

ANNO XLI - N. 6

NOVEMBRE - DICEMBRE 1989

RASSEGNA DELL'AVVOCATURA DELLO STATO



Pubblicazione bimestrale di servizio

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO
ROMA 1990

ABBONAMENTI ANNO 1990

ANNO L. 42.000
UN NUMERO SEPARATO ▶ 8.000

Per abbonamenti e acquisti rivolgersi a:

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO
Direzione Commerciale – Piazza G. Verdi, 10 – 00100 Roma
c/c postale n. 387001

Stampato in Italia – Printed in Italy

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

(2219088) Roma, 1989 – Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato P.V.

INDICE

Parte prima: GIURISPRUDENZA

| | | |
|------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| Sezione prima: | GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE (a cura dell'avv. Franco Favara) | pag. 341 |
| Sezione seconda: | GIURISPRUDENZA COMUNITARIA E INTERNAZIONALE (a cura dell'avv. Oscar Fiumara) » | 346 |
| Sezione terza: | GIURISPRUDENZA SU QUESTIONI DI GIURISDIZIONE (a cura degli avvocati Antonio Cingolo e Giuseppe Stipo) » | 477 |
| Sezione quarta: | GIURISPRUDENZA CIVILE (a cura dell'avvocato Antonio Cingolo) » | 481 |
| Sezione quinta: | GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA (a cura dell'avv. Raffaele Tamiozzo) » | 489 |
| Sezione sesta: | GIURISPRUDENZA TRIBUTARIA (a cura dell'avvocato Carlo Bafile) » | 495 |

La pubblicazione è diretta dall'avvocato:
UGO GARGIULO

**CORRISPONDENTI DELLA RASSEGNA
DELEGATI PRESSO LE SINGOLE AVVOCATURE**

Avvocati

**Glauco NORI, *Ancona*; Carlo BAFILE, *L'Aquila*; Nicasio MANCUSO, *Palermo*;
Rocco BERARDI, *Potenza*; Maurizio DE FRANCHIS, *Trento*; Paolo SCOTTI, *Trieste***

ARTICOLI, NOTE, OSSERVAZIONI, QUESTIONI

| | | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|-----|
| I. F. CARAMAZZA, <i>L'atto amministrativo illegittimo e la dottrina dell'« ultra vires »</i> | I, | 354 |
| P. GENTILI, <i>Sulla protezione diplomatica degli investitori all'estero e sulla nozione di atto arbitrario secondo il diritto internazionale</i> | I, | 369 |
| V. NUNZIATA, <i>La procedura fallimentare e l'autonomia dell'IRI</i> | I, | 359 |
| G. PALMIERI, <i>La requisizione</i> | I, | 363 |

PARTE PRIMA

INDICE ANALITICO - ALFABETICO DELLA GIURISPRUDENZA

GIURISDIZIONE CIVILE

- Concessione di terreni demaniali e patrimoniali indisponibili - Durata del rapporto - Giurisdizione del giudice amministrativo, 477.
- Imposte dirette - Riscossione - Sospensione ex art. 700 - Ricorso per cassazione ex art. 111 Cost. - Inammissibilità - Regolamento preventivo di giurisdizione - Difetto assoluto di giurisdizione dell'A.G.O., 480.

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

- Impiego pubblico - Buonuscita a carico dell'ENPAS - Corresponsione tardiva - Rivalutazione automatica - Spettanza, 489.

REGIONI

- Sanzioni penali - Norma regionale di depenalizzazione - Illegittimità costituzionale, ancorché più favorevole al reo, 341.

SANZIONI AMMINISTRATIVE

- Giudizio di opposizione all'ordinanza-ingiunzione - Inappellabilità della sentenza - Questione di costituzionalità manifestamente infondata, 481.
- Illecito amministrativo continuato - Cumulo giuridico delle sanzioni - Inapplicabilità, 481.
- Illecito commesso dal socio di una società in nome collettivo - Responsabilità solidale della società - Sussistenza - Responsabilità solidale degli altri soci - Insussistenza, 481.
- Inapplicabilità delle norme del codice penale in tema di continuazione e sul limite massimo di san-

zione in caso di concorso materiale - Questione di costituzionalità manifestamente infondata, 481.

TRATTATI INTERNAZIONALI

- Trattato di amicizia, commercio e navigazione del 1948 fra Italia e Stati Uniti, e relativo protocollo aggiuntivo del 1951 - Art. III del Trattato - Affermata ingerenza nel diritto degli azionisti di controllare e amministrare una società, operata attraverso la requisizione dello stabilimento e degli impianti della società - Significato dell'espressione «in conformità con le leggi e i regolamenti applicabili» della Parte contraente - Rilevanza del diritto interno - Possibilità giuridica di turbare il normale esercizio dei diritti nelle situazioni di grave necessità pubblica, con note di CARAMAZZA, NUNZIATA, PALMIERI, GENTILI, 346.
- Trattato di amicizia, commercio e navigazione del 1948 fra Italia e Stati Uniti, e relativo protocollo aggiuntivo del 1951 - Art. V, par. 1 e 3 del Trattato - «Sicurezza e protezione costante» dei cittadini di ciascuna Parte «in relazione alle loro persone e proprietà» - Livello di protezione richiesto - Identificazione delle «proprietà» da proteggere - Gravame per l'occupazione della proprietà - Le previsioni del Trattato non equivalgono a garanzia che la proprietà non sarà mai in nessun caso occupata o impedita nell'esercizio - Gravame per il ritardo nel decidere un ricorso contro la requisizione, con note di CARAMAZZA, NUNZIATA, PALMIERI, GENTILI, 346.
- Trattato di amicizia, commercio e navigazione del 1948 fra Italia e Stati Uniti, e relativo protocollo aggiuntivo del 1951 - Art. V, par. 2

- del Trattato - Art. I del protocollo aggiuntivo - « La proprietà dei cittadini di entrambe le parti non sarà espropriata » - Differenza fra il testo inglese (« taken ») e il testo italiano (« espropriata ») - Espropriazione viziata da eccesso di potere - Rilevanza della situazione finanziaria della società, con note di CARAMAZZA, NUNZIATA, PALMIERI, GENTILI, 346.
- Trattato di amicizia, commercio e navigazione del 1948 fra Italia e Stati Uniti e relativo protocollo aggiuntivo del 1951 - Regola del previo esaurimento dei ricorsi interni per la protezione diplomatica - Applicabilità in causa fondata su Trattato che non prevede la regola - Applicabilità a causa di mero accertamento - Affermazione che l'« estoppel » impedisce di sollevare l'eccezione - Condizioni richieste per l'osservanza della regola, con note di CARAMAZZA, NUNZIATA, PALMIERI, GENTILI, 346.
 - Trattato di amicizia, commercio e navigazione del 1948 fra Italia e Stati Uniti, e relativo protocollo aggiuntivo del 1951 - Art. VII del Trattato - Diritto di acquistare, possedere, disporre di beni o di avere altri diritti reali su di essi - Differenza fra il testo inglese (« interests ») e il testo italiano (« diritti reali ») - Livelli di protezione assicurati dal Trattato, con note di CARAMAZZA, NUNZIATA, PALMIERI, GENTILI, 347.
 - Trattato di amicizia, commercio e navigazione del 1948 fra Italia e Stati Uniti, e relativo protocollo aggiuntivo del 1951 - Art. I, del Protocollo aggiuntivo - Divieto di « misure arbitrarie e discriminatorie... specialmente consistenti nell'impedire l'effettivo controllo e gestione delle imprese o nel pregiudicare diritti acquisiti » - Efficacia dell'espressione « specialmente » - Definizione di atto arbitrario secondo il diritto internazionale - Incidenza della decisione del giudice nazionale sulla questione se l'atto sia o meno arbitrario secondo il diritto internazionale - Questione se un provvedimento adottato nel quadro di un sistema di rimedi giuridici interni efficaci possa costituire una misura arbitraria, con note di CARAMAZZA, NUNZIATA, PALMIERI, GENTILI, 347.
- #### TRIBUTI ERARIALI DIRETTI
- Imposta sui redditi di ricchezza mobile - Periodo di imposta - Imputazione per competenza - Indennità di espropriazione - Riferimento al momento del deposito, 496.
 - Imposta sui redditi di ricchezza mobile - Plusvalenza - Espropriazione - E causa di realizzo, 496.
- #### TRIBUTI ERARIALI IN GENERE
- Commissioni tributarie - Consulenza tecnica - Consulente di parte - Può aversi, 343.
 - Commissioni tributarie - Consulenza tecnica - Non può essere disposta d'ufficio, 343.
 - Contenzioso tributario - Estinzione del processo - Art. 44 D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636 - Eccezione di parte - Non necessità, 495.

INDICE CRONOLOGICO DELLA GIURISPRUDENZA

CORTE COSTITUZIONALE

| | | |
|-------------------------------------------------|-------------|-----|
| 6 luglio 1989, n. 370 | <i>Pag.</i> | 341 |
| 20 dicembre 1989, n. 560 (cam. cons.) | » | 343 |

CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA DELL'AJA

| | | |
|------------------------------------------------|-------------|-----|
| 20 luglio 1989, ruolo generale n. 76 | <i>Pag.</i> | 346 |
|------------------------------------------------|-------------|-----|

GIURISDIZIONI CIVILI

CORTE DI CASSAZIONE

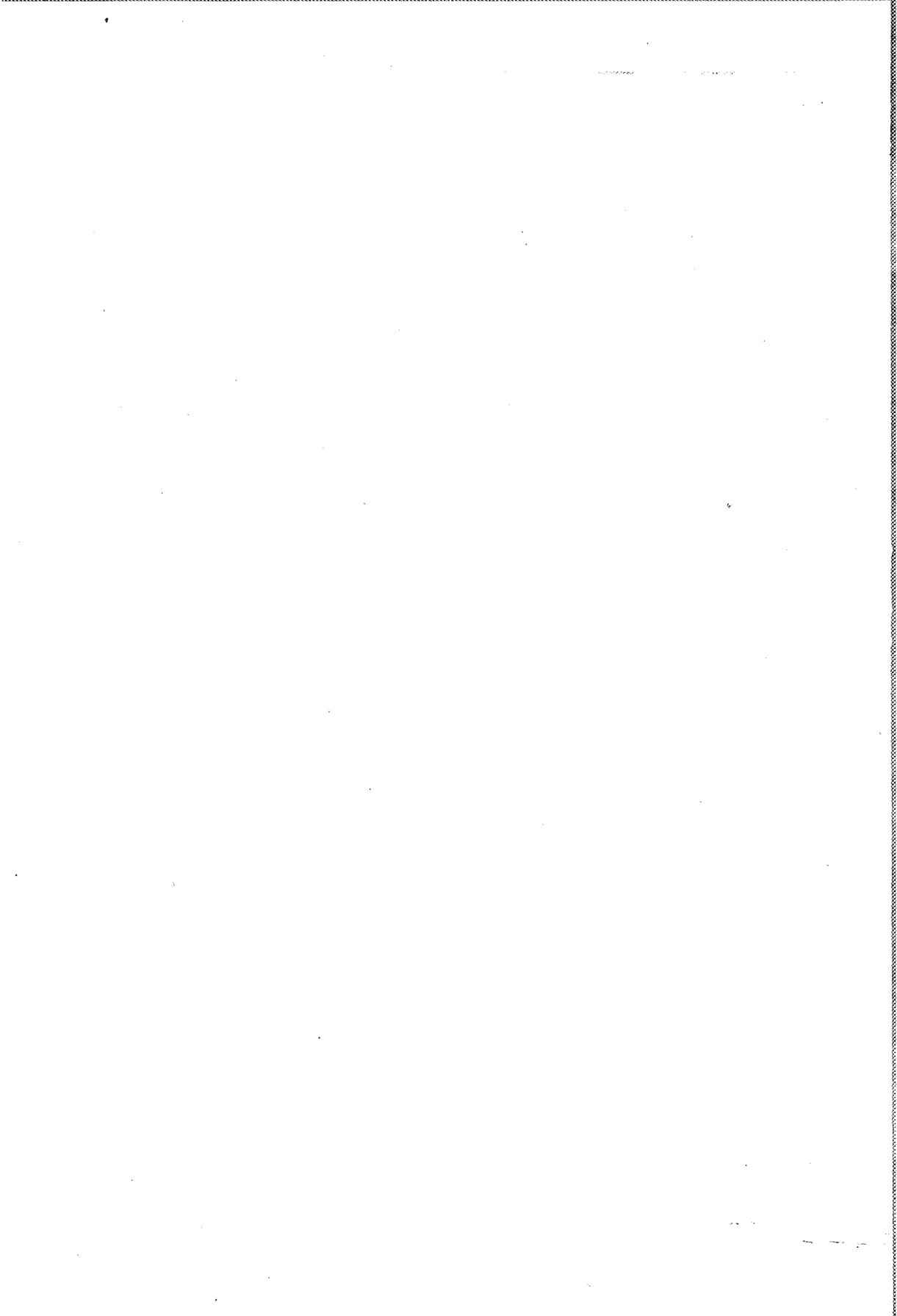
| | | |
|---------------------------------------------|-------------|-----|
| Sez. I, 10 gennaio 1989, n. 19 | <i>Pag.</i> | 495 |
| Sez. I, 27 febbraio 1989, n. 1053 | » | 496 |
| Sez. Un., 2 agosto 1989, n. 3567 | » | 477 |
| Sez. Un., 8 agosto 1989, n. 3660 | » | 480 |
| Sez. I, 29 novembre 1989, n. 5212 | » | 481 |

GIURISDIZIONI AMMINISTRATIVE

CONSIGLIO DI STATO

| | | |
|----------------------------------------------|-------------|-----|
| Ad Plen., 12 settembre 1989, n. 12 | <i>Pag.</i> | 489 |
|----------------------------------------------|-------------|-----|

PARTE PRIMA



GIURISPRUDENZA

SEZIONE PRIMA

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

CORTE COSTITUZIONALE, 6 luglio 1989 n. 370 - Pres. Saja - Rel. Greco - Girardi (n. p.) e Regioni Friuli Venezia Giulia (avv. Pacia).

Regioni - Sanzioni penali - Norma regionale di depenalizzazione - Illegittimità costituzionale, ancorchè più favorevole al reo.

(Cost., artt. 25 e 116; l. reg. Friuli V. G., 7 settembre 1987, n. 30, art. 15).

La legge regionale non può, riqualificando lecita una attività penalmente sanzionata, interferire negativamente con le norme penali, la cui emanazione è riservata allo Stato. Né rileva che la norma regionale costituzionalmente illegittima risulti più favorevole all'imputato (1).

Il Pretore di Latisana dubita della legittimità costituzionale dell'art. 15, quinto comma, della legge regionale del Friuli-Venezia Giulia 7 settembre 1987, n. 30, che ha escluso la necessità dell'autorizzazione regionale per alcuni casi di ammasso temporaneo di rifiuti tossici e nocivi.

A parere del giudice remittente, sarebbero violati l'art. 116 della Costituzione, in quanto la materia dello smaltimento dei rifiuti non rientra in alcuna di quelle per le quali è riconosciuta alla Regione Friuli-Venezia Giulia una potestà legislativa esclusiva o concorrente con quella statale; e l'art. 25 della Costituzione, in quanto, trattandosi di norma penale, la Regione non può rendere lecito ciò che per legge dello Stato non lo è (riserva di legge penale in favore dello Stato).

La questione è fondata. Il d.P.R. 10 settembre 1982, n. 915, è stato emanato per attuare le direttive C.E.E. (nn. 75/442, 76/403, 78/318) in materia di smaltimento di rifiuti tossici e nocivi, al fine di rendere omogenea per tutto il territorio dello Stato la relativa disciplina e di realizzare una uniformità di trattamento.

Esso contiene norme di principio e norme di dettaglio. Le prime sono quelle che, in stretta correlazione con l'esigenza di dare attuazione alle direttive comunitarie, delineano gli obiettivi essenziali ed i limiti di operatività della disciplina sullo smaltimento dei rifiuti. In esse sono designate anche le autorità competenti per la programmazione, l'organizzazione, l'autorizzazione ed il controllo delle operazioni di smaltimento dei rifiuti.

(1) Di notevole interesse l'ultimo periodo della motivazione.

In particolare, gli artt. 6 e 16 prevedono l'obbligo dell'autorizzazione, da parte delle Regioni, per ciascuna delle fasi dello smaltimento, individuate nella raccolta ed il trasporto, nello stoccaggio provvisorio, nel trattamento e nello stoccaggio definitivo in discarica controllata.

E anche apprestato un sistema di sanzioni amministrative e penali. L'art. 26 punisce con l'arresto e l'ammenda chiunque effettui anche una sola delle dette operazioni senza autorizzazione. Tra la norma che determina le fasi dello smaltimento e quella che prevede la sanzione penale v'è, dunque, uno stretto collegamento.

La Regione Friuli-Venezia Giulia ha prima emanato la legge n. 19 del 5 aprile 1985 la quale, per i punti che interessano, non si è discostata dalla legge statale. Successivamente, però, con la legge 7 settembre 1987, n. 30, ha modificato la precedente disciplina e propriamente con l'art. 15, quinto comma, ora denunciato, ha previsto una fase nello smaltimento dei rifiuti che ha denominato « ammasso temporaneo », effettuato dalle imprese nel corso dei rispettivi cicli produttivi, all'interno degli stabilimenti di produzione e l'ha esentato dall'obbligo dell'autorizzazione, se contenuto entro i limiti quantitativi fissati dal regolamento.

Il Pretore remittente ha interpretato le norme di cui trattasi nel senso che l'autorizzazione è richiesta per lo smaltimento che avviene sia all'interno che all'esterno dello stabilimento di produzione perché in tutte e due le ipotesi ricorre quella pericolosità che la legge vuole evitare. Ha poi ritenuto la sussistenza della pericolosità anche se i rifiuti siano destinati ad essere immediatamente impiegati in un diverso ciclo produttivo nella stessa azienda anziché essere smaltiti come tali.

Per quanto riguarda la norma regionale (art. 5, quinto comma, legge regionale n. 30 del 1987) oggetto di censura, ha affermato che l'ammasso temporaneo non è cosa diversa dallo stoccaggio provvisorio. Alla stregua di siffatta interpretazione, la norma regionale censurata altera il sistema previsto dalla norma statale e penalmente sanzionato.

Ora, questa Corte ha affermato (sentenza n. 179 del 1986) che entro il sistema di scelte sanzionatorie non si possono introdurre arbitrarie distinzioni in quanto risulta sconvolta la complessiva logica della legge diretta ad attuare direttive C.E.E. con una uniformità di trattamento in tutto il territorio nazionale.

La potestà legislativa è destinata a cedere all'intervento statale legislativo ispirato a criteri di omogeneità ed univocità di indirizzo e generalità di applicazione in tutto il territorio nazionale con specifiche norme che riguardano anche i risvolti penali del problema ed aventi, comunque, lo spessore di leggi attuative di obblighi contratti in sede comunitaria.

Per quanto riguarda i profili penali, è stato anche affermato (sentenza n. 79 del 1977) che la fonte del potere punitivo risiede solo nella legislazione statale e che le Regioni non dispongono della possibilità di comminare, rimuovere o variare con proprie leggi le pene previste in data

materia; non possono cioè interferire negativamente con le norme penali, disciplinando e considerando, quindi, lecita una attività penalmente sanzionata dall'ordinamento nazionale.

Pertanto, poiché la disposizione impugnata contrasta con la norma contenuta nell'art. 16, primo comma, del d.P.R. 10 settembre 1982, n. 915, producendo di conseguenza un'ingiustificata differenziazione della disciplina penale generale, essa deve essere considerata costituzionalmente illegittima.

Può dirsi, infine, che, ai fini del giudizio di legittimità costituzionale, non ha rilevanza l'assunto della Regione secondo cui nella fattispecie il giudice penale deve egualmente applicare la norma regionale, anche se dichiarata incostituzionale, essendo più favorevole all'imputato.

CORTE COSTITUZIONALE, 20 dicembre 1989, n. 560 (cam. cons.) - Pres. Conso - Rel. Caianiello - Zoccolificio Cerri e Presidente Consiglio dei Ministri.

Tributi erariali in genere - Commissioni tributarie - Consulenza tecnica - Non può essere disposta d'ufficio.

(Cost., art. 24; d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636, art. 35).

Tributi erariali in genere - Commissioni tributarie - Consulenza tecnica - Consulente di parte - Può aversi.

(Cost., art. 24; d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636, art. 35).

Non contrasta con l'art. 24 Cost. la disposizione che non attribuisce alla commissione tributaria il potere di disporre d'ufficio la nomina di un consulente tecnico, prevedendo in via normale la richiesta di relazioni ad organi tecnici dello Stato (1).

Quando la consulenza tecnica è disposta, e può esserlo solo su richiesta di (almeno) una delle parti, possono essere nominati anche consulenti tecnici di parte (2).

È stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 35, terzo comma, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636, nella parte in cui non

(1-2) La Corte ha giustamente osservato che «perizia ed imparzialità» di una collaborazione tecnica fornita da organo statale è non inferiore a quelle ottenibili da un generico consulente tecnico libero professionista. L'esperienza insegna che questa affermazione è esatta, anzi che, per varie ragioni pratiche, il consulente tecnico nominato in controversie nelle quali è parte lo Stato o un ente pubblico finisce per essere maggiormente sensibilizzato alle tesi del c.d. «privato». La seconda massima, da condividere, comporta che la commissione tributaria, nel disporre la consulenza tecnica, deve assegnare termine alle parti per la nomina del loro consulente.

consente al giudice tributario di disporre di ufficio consulenza tecnica, potendo egli richiedere soltanto « relazioni agli organi tecnici della amministrazione dello Stato ». Tale mancata previsione contrasterebbe, ad avviso del giudice *a quo*, con l'art. 24 della Costituzione in quanto limiterebbe il potere di accertamento, da parte del giudice, della verità dei fatti tramite la nomina di un esperto estraneo all'amministrazione.

Altra questione è stata sollevata nei confronti dello stesso art. 35, quarto comma, nella parte in cui non prevederebbe che, una volta nominato il consulente tecnico di ufficio ad istanza di parte, questa possa farsi assistere da un proprio consulente, nel che dovrebbe ravvisarsi un contrasto con l'art. 24 della Costituzione, impedendosi di fatto alla parte ed al giudice di giovare di una corretta tecnica processuale.

Entrambe le questioni non sono fondate.

Per quel che riguarda l'art. 35, terzo comma, del d.P.R. n. 636 del 1972, va premesso che, in ordine al regime probatorio, questa Corte ha affermato (sent. n. 251 del 1989) che spetta al legislatore stabilire, con riferimento a ciascun tipo di processo, i mezzi di prova esperibili e le modalità per la loro assunzione. Ciò vale anche per quel che riguarda il maggiore o minor grado dei poteri ufficiosi da attribuire al giudice, ben potendo il legislatore limitarli ove reputi di dare più largo spazio all'impulso processuale delle parti. Ciò che conta, ai fini della conformità della disciplina ai principi costituzionali in tema di tutela giurisdizionale, è che vengano rispettate l'essenza e la funzione propria del processo in quello di volta in volta preso in considerazione.

Per il processo tributario non appare in contrasto con tali principi che la relativa disciplina preveda che, ai fini dell'accertamento dei fatti, in mancanza di richiesta delle parti, il giudice tributario possa avvalersi solo della collaborazione tecnica degli organi statali, non potendo negarsi che il loro apporto sia tale da assicurare quella perizia ed imparzialità che, secondo la prospettazione del giudice *a quo*, dovrebbe invece ravvisarsi solo nei confronti di consulenti processuali privati.

Oltre a questa possibilità la legge consente però l'accesso anche alle consulenze tecniche del tipo di quelle previste nel processo civile ed in quello penale, purché sia una delle parti del processo tributario a richiederla. Previsione, questa, che pone tutte le parti in posizione di parità processuale, potendo entrambe chiedere che venga esperito quel mezzo, rimanendo però pur sempre affidato al giudice, come negli altri processi in cui esso è previsto, il potere di ammetterlo o meno.

Né può ritenersi costituire un ingiustificato ostacolo al diritto di difesa la circostanza che la parte che avanzi la richiesta, essendo tenuta ad anticipare le spese, finisca per sopportarne definitivamente l'onere. Come ha già esattamente osservato nella memoria difensiva l'Avvocatura generale dello Stato, ciò costituisce diretta conseguenza del regime delle spese, comune ad entrambe le parti nel processo tributario, in quanto, non essen-

do prevista in tale giudizio la soccombenza, entrambe sono soggette alla eventualità di dover sopportare l'onere delle spese sostenute anche in caso di vittoria.

Si è dunque in presenza di una peculiarità che riguarda l'intera disciplina che il legislatore ha ritenuto di imprimere al processo tributario e che, non discriminando nella sua previsione una delle parti rispetto all'altra, appare rispettosa dei principi costituzionali in tema di diritto alla difesa in giudizio.

Per quel che concerne l'art. 35, quarto comma, del d.P.R. n. 636 del 1972, diversamente da quanto sostiene il giudice *a quo*, il fatto che espressamente tale disposizione preveda solo « la nomina di un consulente tecnico di ufficio » non esclude che, una volta ammesso tale mezzo di prova, non debba applicarsi, per assicurare nel modo migliore il diritto di difesa, la medesima disciplina prevista ai fini dell'esperibilità dello stesso mezzo nei processi da cui esso è mutuato, purché questa disciplina risulti compatibile con il processo preso in considerazione.

Relativamente al processo tributario, non appare affatto incompatibile con la sua peculiare disciplina che, ove la consulenza tecnica venga ammessa su richiesta di una delle parti, entrambe possano chiedere di affiancare al consulente di ufficio quello di parte, per meglio esplicitare la propria difesa tecnica.

SEZIONE SECONDA

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA
E INTERNAZIONALE

CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA DELL'AJA, 20 luglio 1989, ruolo generale n. 76 - Stati Uniti d'America (*coagenti* Sofaer e Matheson, *agente aggiunto* Ramish; *avvocati* Chandler, Murphy, Gardner, Moses; *consiglieri* Bisconti, Bonetti, Fazzalari, Rosenne) c. Repubblica Italiana (*agente e consigliere* Ferrari Bravo; *coagente e consigliere* Monaco; *coagente e avvocato* Caramazza; *consiglieri e avvocati* Bonell, Capotorti, Gaja, Highet, Libonati).

Regola del previo esaurimento dei ricorsi interni per la protezione diplomatica - Applicabilità in causa fondata su Trattato che non prevede la regola - Applicabilità a causa di mero accertamento - Affermazione che l'«estoppel» impedisce di sollevare l'eccezione - Condizioni richieste per l'osservanza della regola.

(Trattato di amicizia, commercio e navigazione del 1948 fra Italia e Stati Uniti, e relativo Protocollo aggiuntivo del 1951. Affermata violazione).

Art. III del Trattato - Affermata ingerenza nel diritto degli azionisti di controllare e amministrare una società, operata attraverso la requisizione dello stabilimento e degli impianti della società - Significato dell'espressione «in conformità con le leggi e i regolamenti applicabili» della Parte contraente - Rilevanza del diritto interno - Possibilità giuridica di turbare il normale esercizio dei diritti nelle situazioni di grave necessità pubblica.

(Trattato di amicizia, commercio e navigazione del 1948 fra Italia e Stati Uniti, e relativo Protocollo aggiuntivo del 1951).

Art. V, parr. 1 e 3 del Trattato - «Sicurezza e protezione costante» dei cittadini di ciascuna Parte «in relazione alle loro persone e proprietà» - Livello di protezione richiesto - Identificazione delle «proprietà» da proteggere - Gravame per l'occupazione della proprietà - Le previsioni del Trattato non equivalgono a garanzia che la proprietà non sarà mai in nessun caso occupata o impedita nell'esercizio - Gravame per il ritardo nel decidere un ricorso contro la requisizione.

(Trattato di amicizia, commercio e navigazione del 1948 fra Italia e Stati Uniti, e relativo Protocollo aggiuntivo del 1951).

Art. V, par. 2, del Trattato - Art. I del Protocollo aggiuntivo - «La proprietà dei cittadini di entrambe le parti non sarà espropriata» - Differenza fra il testo inglese («taken») e il testo italiano («espropriata») - Espropriazione viziata da eccesso di potere - Rilevanza della situazione finanziaria della società.

(Trattato di amicizia, commercio e navigazione del 1948 fra Italia e Stati Uniti, e relativo Protocollo aggiuntivo del 1951).

Art. I del Protocollo aggiuntivo - Divieto di « misure arbitrarie e discriminatorie... specialmente consistenti nell'impedire l'effettivo controllo e gestione delle imprese o nel pregiudicare diritti acquisiti » - Efficacia dell'espressione « specialmente » - Definizione di atto arbitrario secondo il diritto internazionale - Incidenza della decisione del giudice nazionale sulla questione se l'atto sia o meno arbitrario secondo il diritto internazionale - Questione se un provvedimento adottato nel quadro di un sistema di rimedi giuridici interni efficaci possa costituire una misura arbitraria.

(Trattato di amicizia, commercio e navigazione del 1948 fra Italia e Stati Uniti, e relativo Protocollo aggiuntivo del 1951).

Art. VII del Trattato - Diritto di acquistare, possedere, disporre di beni o di avere altri diritti reali su di essi - Differenza fra il testo inglese (« interests ») e il testo italiano (« diritti reali ») - Livelli di protezione assicurati dal Trattato.

1. *Anche se le parti di un trattato internazionale non hanno espressamente richiamato in esso l'applicabilità della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni per decidere sull'ammissibilità della sottoposizione a Corti internazionali di controversie inerenti l'interpretazione e l'esecuzione del trattato stesso, tale regola, in quanto principio importante di diritto consuetudinario, deve ritenersi applicabile in mancanza di una contraria volontà espressamente dichiarata dalle parti nel trattato.*

2. *La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni trova applicazione incondizionata in tutti i casi in cui uno Stato agisce in giudizio internazionale contro un altro chiedendo il ristoro di un danno sofferto da propri cittadini, dei quali assume la protezione diplomatica, dichiarando di agire come loro sostituto; non ha pertanto rilievo, al fine di escludere l'applicabilità della predetta regola, la circostanza che lo Stato attore lamenti la violazione di norme poste da un trattato internazionale, e come tali attributive di diritti solo allo Stato e non anche ai suoi cittadini.*

3. *Ogniqualevolta la Corte internazionale di giustizia deve decidere, ai fini dell'applicazione della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni, una questione di diritto interno, essa dovrà riferirsi alla giurisprudenza dei tribunali dello Stato di cui si tratta; e qualora questa risulti incerta o divisa compete alla Corte scegliere l'interpretazione più conforme alla legge.*

4. *Dall'esame dello stato della giurisprudenza italiana non si può ricavare con sufficiente certezza che essa consideri l'art. V del Trattato di amicizia tra Italia e Stati Uniti del 1948 una norma immediatamente applicabile a favore degli individui in essa menzionati, e come tale invocabile da questi avanti al giudice italiano con un'azione risarcitoria*

ex art. 2043 cod. civ. Pertanto gli Stati Uniti, per introdurre un reclamo contro l'Italia alla Corte internazionale di giustizia fondato sull'art. V del Trattato di amicizia del 1948, non debbono dimostrare preliminarmente che i loro cittadini interessati all'affare hanno proposto ed esaurito con esito sfavorevole ricorsi interni tendenti ad ottenere dal giudice italiano l'applicazione immediata della citata norma del Trattato.

5. *A termini dell'art. III del Trattato di amicizia fra Italia e Stati Uniti del 1948 i cittadini e le persone giuridiche di uno dei due Paesi sono autorizzate a costituire, controllare e amministrare società nell'altro Paese conformandosi alle leggi e ai regolamenti vigenti in esso. La requisizione da parte del Sindaco dei macchinari e dell'officina di produzione appartenenti ad una società di diritto italiano controllata da società statunitensi può in astratto costituire violazione della norma citata poiché la conformità della requisizione (in quanto adottata dall'autorità competente e fondata su una base legale attendibile) alle leggi e ai regolamenti italiani comporta solo, in base alla norma internazionale citata, che essa è vincolante per la società e per i suoi azionisti, i quali sono tenuti ad ottemperarvi, ma non esclude che la requisizione stessa possa però costituire violazione dell'art. III del predetto Trattato, potendo ben essere internazionalmente illecito ciò che è lecito per il diritto interno, e viceversa.*

6. *Un'ordinanza sindacale di requisizione delle attrezzature e dell'officina di produzione di una società italiana controllata da società statunitensi, che il Prefetto in sede di decisione del ricorso gerarchico avverso la medesima abbia dichiarato illegittima, può costituire in astratto violazione dell'art. III del Trattato di amicizia fra Italia e Stati Uniti del 1948, nella parte in cui esso garantisce agli azionisti statunitensi il diritto di controllare e amministrare le società da loro costituite o a cui essi partecipino in Italia, conformemente alle leggi e ai regolamenti qui vigenti.*

Tuttavia siffatta violazione in concreto non sussiste allorché anteriormente all'emanazione dell'ordinanza di requisizione la società stessa si trovi in un tale stato di crisi finanziaria da far escludere che i suoi azionisti siano ancora titolari del diritto di controllare e amministrare la Società, o perché tale diritto è venuto giuridicamente meno essendo in suo luogo sorto l'obbligo di chiedere il fallimento ai sensi dell'art. 5 l. fall., o perché comunque la crisi finanziaria impedisce di fatto qualsiasi efficace iniziativa di gestione, ivi compresa la messa in vendita al giusto prezzo di mercato dei beni costituenti il patrimonio della società.

7. *L'art. V, parr. 1 e 3, del Trattato di amicizia fra Italia e Stati Uniti del 1948 prevede che i beni dei cittadini di uno dei due Stati godranno nell'altro di protezione e sicurezza costanti; che i cittadini di uno dei due Stati avranno nell'altro tutta la protezione e la sicurezza garantite*

dal diritto internazionale; che la protezione e la sicurezza assicurate ai cittadini di uno dei due Stati dall'altro Stato non potranno essere inferiori a quelle assicurate da questo ai cittadini propri o di uno Stato terzo. Da tali norme non è possibile desumere che i beni dei cittadini di uno dei due Stati non saranno mai fatti oggetto nell'altro di occupazioni illecite o di turbative nel godimento, ma soltanto che in casi del genere la protezione assicurata non dovrà essere inferiore a quella assicurata ai cittadini dello Stato obbligato alla protezione. Di conseguenza la norma non è violata allorché le autorità di polizia italiane non reprimano immediatamente l'occupazione di una fabbrica in cui società statunitensi hanno interessi prevalenti, effettuata da parte di operai di questa minacciati di licenziamento, qualora l'occupazione non abbia impedito una certa continuazione dell'attività produttiva e non abbia causato alcun danno alla fabbrica o ai suoi macchinari.

8. *Il ritardo del Prefetto nel decidere un ricorso gerarchico contro l'ordinanza sindacale di requisizione di una fabbrica in cui società statunitensi abbiano interessi prevalenti non può essere considerato contrario all'obbligo assunto dall'Italia con l'art. V, parr. 1 e 3, del Trattato di amicizia con gli Stati Uniti del 1948, di assicurare ai cittadini degli Stati Uniti una protezione non inferiore a quella imposta dal diritto internazionale generale né a quella assicurata dall'Italia ai cittadini propri o di Stati terzi.*

Infatti, quanto allo « standard » di diritto internazionale generale, questo è soddisfatto dalla possibilità, esistente all'epoca dei fatti (1968) di diffidare il Prefetto a decidere il ricorso entro sessanta giorni dopo l'inutile decorso di centoventi giorni dalla proposizione del ricorso stesso, potendo in mancanza adire il giudice amministrativo (art. 5 t.u. com. e prov. del 1934); quanto all'obbligo di assicurare ai cittadini statunitensi il trattamento nazionale, non sussiste in tal caso nessuna violazione di questo obbligo poiché esso diviene rilevante solo allorché vi sia una qualche norma nazionale che garantisca una protezione superiore allo « standard » internazionale, e nell'ordinamento italiano non esiste alcuna norma che garantisca ai cittadini una decisione particolarmente rapida dei ricorsi al Prefetto, l'unica garanzia prevista essendo data (all'epoca dei fatti) dalla richiamata procedura di cui all'art. 5 t.u. com. e prov. del 1934.

9. *Gli artt. V, par. 2, del Trattato di amicizia fra Italia e Stati Uniti del 1948 e I del protocollo addizionale del 1951 vietano a ciascuno dei due Stati contraenti di espropriare beni dei cittadini dell'altro senza corrispondere un giusto indennizzo.*

La norma non è applicabile, non potendosi in esso ravvisare un'espropriazione neppure nel senso del più ampio termine (« taking ») usato dalla versione inglese del Trattato, nel caso di requisizione temporanea di una fabbrica con prevalenti interessi statunitensi da parte di un'autorità ita-

liana, allorché tale requisizione cessi dopo sei mesi, alla società proprietaria della fabbrica sia stata corrisposta la giusta indennità di requisizione, e la requisizione stessa non abbia influito in modo determinante sul successivo fallimento della società.

10. *L'art. I del protocollo addizionale del 1951 al Trattato di amicizia fra Italia e Stati Uniti del 1948 vieta gli atti arbitrari che abbiano « specialmente » per effetto di impedire il controllo e l'amministrazione di imprese costituite in uno degli Stati contraenti da cittadini o società dell'altro Stato.*

Conseguentemente, possono configurarsi come violazioni di questo divieto anche atti arbitrari di pubblico potere che non abbiano questo effetto impeditivo, che è previsto dalla norma in via meramente esemplificativa, come dimostra l'espressione « specialmente ».

11. *Un'ordinanza di requisizione del Sindaco annullata dal Prefetto per illegittimità derivante dal vizio di eccesso di potere non può per ciò solo considerarsi atto arbitrario secondo il diritto internazionale perché ciò significherebbe identificare in tutto e per tutto la nozione di arbitrarietà secondo il diritto internazionale con la diversa nozione di illegittimità secondo il diritto interno.*

12. *È arbitrario secondo il diritto internazionale l'atto che si ponga non tanto contro una determinata regola di diritto quanto contro il complessivo impero del diritto, qualificandosi come deliberato disconoscimento delle procedure regolari e manifesta infrazione al senso di correttezza giuridica.*

13. *Non si può ravvisare carattere arbitrario secondo il diritto internazionale in un'ordinanza sindacale di requisizione che, pur viziata da eccesso di potere per incongruità tra il mezzo e il fine (impedire la chiusura di una fabbrica), rientra però tra le competenze attribuite dalla legge al Sindaco, sia stata adottata in presenza di una preoccupante situazione di tensione sociale, e sia inserita in un quadro legale di garanzie procedurali effettive, quali il ricorso gerarchico al Prefetto, l'impugnazione avanti al giudice amministrativo e l'azione di danni avanti al giudice civile.*

14. *Nonostante la più ampia formulazione contenuta nel testo inglese (« interests ») rispetto a quella contenuta nel testo italiano (« diritti reali »), l'art. VII del Trattato di amicizia tra Italia e Stati Uniti del 1948 si riferisce solo agli atti di godimento e di disposizione di diritti reali immobiliari. In ogni caso la requisizione illegittima di un'azienda italiana con prevalenti interessi statunitensi, successivamente fallita, non può qualificarsi come turbativa del diritto, garantito ai proprietari statunitensi dal cit. art. VII, con la stessa ampiezza riconosciuta negli Stati federali cui*

essi appartengono ai proprietari italiani, qualora la requisizione stessa non abbia avuto un'efficacia causale decisiva nel provocare il fallimento (1-5).

Traduzione non ufficiale dall'originale inglese

CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA

20 luglio 1989 - Ruolo generale n. 76

CASO RELATIVO ALL'ELETTRONICA SICULA S.P.A. (ELSI)

(STATI UNITI D'AMERICA C. ITALIA)

Protezione diplomatica - Regola dell'esaurimento dei ricorsi interni - Applicabilità ad una istanza presentata a fronte di un Trattato che non menziona la regola - Applicabilità ad una richiesta di sentenza declaratoria - Allegazione all'ostacolo di « estoppel » che impedisce di invocare l'eccezione - Condizioni richieste perché la regola venga osservata.

Allegazione di violazioni del Trattato di amicizia, commercio e navigazione del 1948 firmato fra gli Stati Uniti e l'Italia, del suo Protocollo nonché dell'Accordo integrativo del 1951.

(1) La Rassegna dell'Avvocatura dello Stato ha ritenuto opportuno pubblicare integralmente la sentenza n. 76 emessa in data 20 luglio 1989 dalla Corte Internazionale di Giustizia dell'Aja in traduzione italiana non ufficiale (*). Tale pubblicazione sembra giustificata sia dall'interesse che ogni sentenza della Corte comunque riveste per l'operatore giuridico e per il prestigio dell'organo giudicante e per la rarità delle pronunce stesse; sia dall'importanza della questione trattata dal punto di vista giuridico, economico e politico.

Il primo profilo tra i tre ultimi citati emerge dalla lettura stessa delle massime; il secondo risulta evidente ove solo si pensi che la statuizione finisce per incidere sulla massa degli investimenti americani in Europa, tanto che ha trovato anche per questo ampia eco sulla stampa (v. « Friendship Treaties' limitations as shields for investors », in « Wall Street Journal/Europe » del 7 novembre 1989).

Per quanto attiene al terzo profilo, infine, basti pensare che un accoglimento anche parziale delle tesi americane avrebbe bollato l'Italia con un marchio inaccettabile come meglio si chiarirà in prosieguo.

Dal punto di vista squisitamente pratico può, poi, assumersi che la pubblicazione integrale potrà restare utile punto di riferimento nel futuro per le

(*) Il testo in una delle lingue ufficiali (inglese) può leggersi in *Rivista di diritto internazionale* 1989, 2, 326 ss. Le difese scritte ed i verbali di udienza nella lingua di lavoro effettivamente usata vengono pubblicati in un supplemento. La massimazione della sentenza è stata curata dall'avv. P. Gentili.

Art. III del Trattato del 1948 - Allegazione di ingerenza nel diritto degli azionisti di « controllare e gestire » la propria società attraverso la requisizione dello stabilimento e delle sue attrezzature - Significato della clausola restrittiva « in conformità con le leggi e regolamenti applicabili » di una delle Parti - Rilevanza del diritto interno - Possibilità di turbare il normale esercizio dei diritti in situazioni di urgente necessità pubblica o simili.

I parr. 1 e 3 dell'art. V del Trattato del 1948 - « ... saranno costantemente garantite ... protezione e sicurezza » dei cittadini di ciascuna delle Parti « per le loro persone e beni » - Livello di protezione prescritta - Definizione dei « beni » da proteggere - Doglianza di occupazione di un bene - Disposizione del Trattato non equivalente alla garanzia che un bene non sarà mai, qualunque siano le circostanze, oggetto di occupazione o perturbazione di godimento - Doglianza relativa al ritardo con cui è stato deciso il ricorso gerarchico proposto contro la requisizione.

Il par. 2 dell'art. V del Trattato del 1948 - Il par. 1 del Protocollo al Trattato del 1948 - « ... diritti spettanti ai cittadini ... di ciascuna ... Parte ... su beni che vengono espropriati ... » - Differenza fra il testo inglese (« taken ») ed il testo italiano (« espropriati ») - Espropriazione mascherata - Importanza della situazione finanziaria della società.

cause internazionali prossime venture anche per alcune particolarità del procedimento.

Sotto l'aspetto propriamente giuridico va, inoltre, segnalata la particolare composizione del collegio difensivo del Governo italiano, del quale facevano parte, secondo una prassi che va consolidandosi, insieme con l'avvocato dello Stato incaricato dell'affare ai sensi dell'art. 9, l. 3 aprile 1979, n. 103, con il ruolo di coagente e avvocato (essendo agente e consigliere il capo del Servizio del contenzioso diplomatico del Ministero degli Affari Esteri e coagente e consigliere uno dei più prestigiosi internazionalisti italiani) un nutrito gruppo di cattedratici di diritto comparato, di diritto internazionale, di diritto commerciale.

Fatto di particolare rilievo, faceva inoltre parte del Collegio un avvocato internazionalista new-yorkese, che ha svolto un ruolo particolarmente importante sia per l'approccio ai problemi dal punto di vista del common-lawyer (tre giudici su cinque erano di formazione giuridica anglo-americana) sia perché nella fase dell'istruttoria dibattimentale occorreva procedere alla escussione dei testi con la tecnica del controinterrogatorio. Tecnica poco familiare al giurista di « civil law », tutt'altro che facile e che — come risulta evidente dalla lettura dei resoconti del dibattito pubblicati in supplemento — ha fornito buoni frutti alle tesi difensive italiane.

La Corte Internazionale di Giustizia era stata adita dal Governo degli Stati Uniti, che agiva in protezione diplomatica di due società per azioni statunitensi, con richiesta del 6 febbraio 1987 introduttiva di istanza di risarcimento danni contro la Repubblica italiana.

Il Governo americano sosteneva che il Governo italiano aveva violato gli obblighi internazionali assunti con il Trattato bilaterale di amicizia, commercio

L'art. I dell'Accordo integrativo del Trattato del 1948 - Interdizione delle « misure arbitrarie o discriminatorie che abbiano per conseguenza di impedire il loro effettivo controllo e l'amministrazione delle imprese » o di recare pregiudizio a diritti legittimamente acquisiti - Effetto dell'espressione « in particolare » - Definizione dell'arbitrario in diritto internazionale - Importanza della decisione del giudice nazionale sulla questione se un atto debba essere qualificato arbitrario nel diritto internazionale - Possibilità o meno che un'ordinanza adottata nel contesto di un sistema giuridico che prevede la possibilità di impugnazioni possa venir considerata una misura arbitraria.

L'art. VII del Trattato del 1948 - Il diritto di « acquistare, possedere e disporre di beni immobili o di altri diritti reali » - Differenza fra il testo inglese (« interests ») ed il testo italiano (« diritti reali ») - Norme di protezione stabilite dal Trattato.

SENTENZA

Presenti: sig. RUDA, *Presidente*; sig.ri ODA, AGO, SCHWEBEL, Sir Robert JENNINGS, *Giudici*; sig. VALENCIA-OSPINA, *Cancelliere*.

Nella causa relativa all'Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI),

fra

Gli Stati Uniti d'America, rappresentati da:

l'Onorevole Abraham D. Sofaer, consigliere giuridico al Dipartimento di Stato;

Sig. Michael J. Matheson, vice-consigliere giuridico al Dipartimento di Stato, in qualità di co-agenti;

e navigazione concluso il 2 febbraio 1948 e con l'accordo supplementare del 26 settembre 1951, ponendo in essere una serie di atti ed omissioni ai danni di due società americane — Raytheon Company e Machlett Laboratories Incorporated — insieme proprietarie dell'intero pacchetto azionario di una società italiana, la Raytheon-ELSI S.p.A. (prima chiamata Elettronica Sicula S.p.A. - ELSI).

Il comportamento illecito addebitato al Governo italiano si sarebbe articolato, secondo l'assunto americano, in quattro azioni ed omissioni ben determinate (e poste in essere in odio agli azionisti statunitensi): la mancata concessione alla ELSI dei vantaggi previsti dalle leggi speciali per il Mezzogiorno; il mancato intervento della forza pubblica per la protezione dei beni aziendali dall'occupazione delle maestranze; la requisizione dello stabilimento ELSI con ordinanza del Sindaco di Palermo quale ufficiale di Governo; il ritardo della decisione prefettizia sul ricorso gerarchico avverso la predetta ordinanza, nonché numerose interferenze nella procedura fallimentare tese a scoraggiare privati acquirenti per consentire all'I.R.I. un acquisto degli impianti ELSI a prezzi rovinosi.

Tali comportamenti sarebbero stati frutto di un disegno ordito da pubbliche autorità italiane di diverso livello (ministri, organi regionali, funzionari, magi-

Sig. Timothy E. Ramish, in qualità di vice-agente;

Sig.ra Melinda P. Chandler, avvocato consigliere al Dipartimento di Stato,

Sig. Sean D. Murphy, avvocato/consigliere al Dipartimento di Stato,
l'On. Richard N. Gardner, Ambasciatore degli Stati Uniti presso la Repubblica Italiana (1977-1981), professore di diritto e di diplomazia internazionale all'Università di Columbia, titolare della cattedra prof. Henry L. Moses, avvocato-consulente presso lo studio legale Coudert Brothers, in qualità di consulenti ed avvocati;

sig. Giuseppe Bisconti, dello studio legale Bisconti di Roma,

sig. Franco Bonelli, professore di diritto all'Università di Genova, socio dello studio legale Bonelli,

sig. Elio Fazzalari, professore di procedura civile all'Università di Roma, socio dello studio legale Fazzalari,

strati) per impadronirsi sotto costo di un « gioiello tecnologico » quale sarebbe stata la società ELSI.

Tale complotto avrebbe causato il fallimento della ELSI stessa, che altrimenti avrebbe potuto essere « ordinatamente liquidata » e, nel fallimento, avrebbe causato il realizzo di una somma largamente inferiore al valore dei beni sociali, con conseguente danno, per la Raytheon e la Machlett, pari alla differenza fra quanto effettivamente realizzato e quanto avrebbe potuto essere realizzato con la vendita dell'azienda come « *ongoing concern* », oltre spese legali ed interessi. (Va, comunque, precisato che nel dibattito la difesa americana ha attenuato i toni dell'accusa, non parlando più di complotto, ma adombrando più sfumate, e fumose, ipotesi di connivenza).

Tale comportamento, secondo il Governo degli Stati Uniti, avrebbe integrato gli estremi di un illecito internazionale per violazione del citato Trattato e del suo supplemento.

Conseguentemente l'Italia avrebbe dovuto essere condannata a versare agli Stati Uniti una somma pari al danno sopportato dalle società americane proprietarie della ELSI, cioè una somma di dollari 12.690.000 oltre accessori, per un importo complessivo finale vicino ai 100 miliardi di lire attuali.

La Corte dell'Aja ha integralmente respinto la domanda.

La pubblicazione della sentenza è accompagnata da quattro note di commento su alcune delle problematiche sollevate dalla sentenza « *de qua* ».

(2) L'atto amministrativo illegittimo e la dottrina dell'« *ultra vires* ».

Uno dei punti cruciali della causa decisa con la sentenza in rassegna era costituito dalla avvenuta emanazione dell'ordinanza di requisizione dello stabilimento ELSI, ordinanza adottata dal Sindaco di Palermo, quale ufficiale di Governo, per gravi motivi di necessità pubblica e di urgenza ex art. 7 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, al fine di consentire la prosecuzione dell'attività produttiva.

Tale ordinanza, che secondo il Governo americano aveva costituito il più importante anello di una catena causale che aveva condotto al fallimento della ELSI ed alla dispersione del suo valore aziendale, era stata infatti annullata dal Prefetto in accoglimento di ricorso gerarchico perché inidonea a raggiungere il

sig. Shabtai Rosenne, membro dell'Ordine israeliano degli avvocati, membro dell'Istituto per il diritto internazionale, membro onorario dell'American Society of International Law, in qualità di consulenti;

e

la Repubblica italiana, rappresentata da:

sig. Luigi Ferrari Bravo, professore di diritto internazionale all'Università di Roma, capo del servizio del contenzioso diplomatico del Ministero degli Affari Esteri, in qualità di agente e consulente;

sig. Riccardo Monaco, professore emerito dell'Università di Roma, in qualità di co-agente e consulente;

sig. Ignazio Caramazza, avvocato dello Stato, segretario generale dell'Avvocatura dello Stato, in qualità di co-agente ed avvocato;

sig. Michael Joachim Bonell, professore di diritto comparato all'Università di Roma,

sig. Francesco Capotorti, professore di diritto internazionale all'Università di Roma,

sig. Giorgio Gaja, professore di diritto internazionale all'Università di Firenze,

sig. Keith Highet, membro degli Ordini degli Avvocati della città di New-York e del distretto di Columbia,

suo scopo. La Corte d'appello di Palermo, inoltre, aveva qualificato tale annullamento come fondato sul tipico vizio di legittimità costituito da un eccesso di potere sintomatizzato da cattivo apprezzamento delle circostanze.

Comprensibile, quindi, come la difesa del Governo americano si sia accanita sul punto, sottolineando come l'atto adottato dal Sindaco di Palermo nella sua qualità di ufficiale di Governo fosse stato annullato perché illegittimo dalle stesse autorità italiane. Tale annullamento per il vizio di legittimità enunciato, secondo la difesa di parte attrice, avrebbe comportato inoltre necessariamente una valutazione di « arbitrarietà » del provvedimento adottato, e quindi la violazione del Trattato di amicizia, commercio e navigazione che vieta, appunto, alle Alte Parti contraenti l'adozione di provvedimenti « arbitrari » in danno dei rispettivi cittadini.

La equazione annullamento per vizio di legittimità = arbitrarietà, già adombrata nelle difese scritte, venne riaffermata e ribadita in sede di discussione orale come fatto assiomatico. E tale in effetti appariva ed appare agli occhi di un giurista di *common law*: circostanza, questa, quanto mai preoccupante per la difesa del Governo italiano, attesa la peculiare composizione del collegio giudicante, già sottolineata nella nota redazionale.

Il problema difensivo posto alla difesa italiana comportava, in realtà, il superamento delle insidie di un duplice specchio deformante. Quello della lingua di lavoro, innanzitutto, — inglese o francese — in quanto entrambe inidonee a rendere rispettivamente le sfumature delle due diverse culture giuridiche sottese. Quello, in secondo luogo, della comparazione di istituti giuridici assai diversi fra loro: l'annullamento dell'atto illegittimo ed il vizio di eccesso di potere in ordinamento a regime amministrativo, da un lato e la dichiarazione di nullità della

sig. Bernardino Libonati, professore di diritto commerciale all'Università di Roma, in qualità di consulenti ed avvocati;
con l'assistenza di:

sig. David Clark, LLB (Hons), membro della Law Society di Scozia,

sig. Alberto Colella, vice-consigliere giuridico al Ministero degli Affari Esteri,

sig. Alan Derek Hayward, professore incaricato all'Institute of Chartered Accountants (periti contabili) d'Inghilterra e del Galles,

sig. Pier Giusto Jaeger, professore di diritto commerciale all'Università di Milano,

sig. Attila Tanzi, vice-consigliere giuridico al Ministero degli Affari Esteri,

sig. Eric Wyler, professore-assistente di diritto pubblico internazionale alla Facoltà di Legge dell'Università di Losanna, in qualità di consiglieri.

La Sezione della Corte internazionale di giustizia, costituita per giudicare la causa sopra indicata, così composta, dopo delibera, pronuncia la seguente sentenza:

1. — Con lettera del 6 febbraio 1987, depositata lo stesso giorno presso la Cancelleria della Corte, il Segretario di Stato degli Stati Uniti d'Ame-

decisione amministrativa *ultra vires* ed il vizio di « irragionevolezza » in ordinamento a regime di *common law*, dall'altro.

Ridotta in termini schematici, la dottrina dell'*ultra vires* in regime di *common law* si riassume nel principio che una pubblica autorità può esercitare solo i poteri conferitile dalla legge e nei modi dalla legge stessa indicati, altrimenti la sua decisione può essere dichiarata nulla in sede di revisione giudiziale (*judicial review*) (1). Se però la pubblica autorità agisce nell'ambito dei propri poteri, la sua decisione — quali che siano i vizi che possano affettarla — sarà *intra vires* e quindi valida: « se un'autorità ha il potere di adottare una certa decisione in modo giusto, ha anche il potere di commettere errori nella propria valutazione e quindi di adottare una decisione sbagliata » (2). L'errore di fatto o di diritto *di per sé* non rende dunque, in un sistema di *common law*, l'atto adottato *ultra vires* (3) e non lo rende quindi *ultra vires* neanche il cattivo uso del potere discrezionale che la legge in ipotesi conferisca all'autorità amministrativa. In realtà il cattivo esercizio del potere discrezionale in regime di *common law* si risolve in *ultra vires* soltanto quando consista in una irragionevolezza tanto grave da trasmodare in arbitrarietà (4).

Facendo leva su tali premesse del proprio sistema giuridico, la difesa del Governo americano ragionava dunque — schematizzandone gli argomenti — nei termini seguenti: la ordinanza del Sindaco di Palermo è stata annullata per uso

(1) H. W. R. WADE, *Administrative law*, V ed. Oxford, 1982, pag. 38.

(2) R. V. Governor of Brixton Prison ex p. Annuals 1968, A. C., p. 234.

(3) Anche se *intra vires* lo rende tuttavia annullabile quando l'errore sia evidente a prima lettura (*error on the face of the record*). Ma la problematica relativa qui non rileva.

(4) H. W. R. WADE, *op. cit.*, pag. 364.

rica ha trasmesso alla Corte una richiesta proponente reclamo contro la Repubblica Italiana avente ad oggetto una vertenza derivante dalla requisizione, attuata dallo Stato Italiano, dello stabilimento ed altri elementi del patrimonio della Raytheon-Elsi S.p.A., società italiana nota in precedenza come Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), dichiaratamente controllata al 100 per cento da due società statunitensi. Con la medesima lettera, il Segretario di Stato ha informato la Corte che il Governo degli Stati Uniti chiedeva, conformemente all'art. 26 dello Statuto della Corte, che la vertenza fosse risolta da parte di una Sezione della Corte.

2. — Conformemente al comma 2 dell'art. 40 dello Statuto, detta richiesta è stata immediatamente comunicata al Governo della Repubblica Italiana e, conformemente al comma 3 del medesimo articolo, tutti gli altri Stati ammessi a presentarsi avanti la Corte ne sono stati informati.

3. — Con telegramma del 13 febbraio 1987, il Ministro degli Affari Esteri della Repubblica Italiana ha comunicato alla Corte che il suo Governo accettava la proposta del Governo degli Stati Uniti di porre il caso dinanzi ad una Sezione costituita in conformità con l'art. 26 dello Statuto,

irragionevole del potere discrezionale conferito dalla legge (lo scopo avuto di mira — la prosecuzione di attività dello stabilimento — non era in realtà realizzabile, tanto che non si realizzò). Dunque tale irragionevolezza deve ritenersi talmente grave da aver trasmodato in arbitrarietà, perché altrimenti non vi sarebbe stato annullamento. Ergo, le stesse decisioni adottate dalla giustizia italiana provano che il trattato è stato violato, perché è stato compiuto un atto arbitrario in danno di soggetti USA.

Tale ragionamento, ineccepibile alla stregua degli ordinamenti vigenti oltre Manica od oltre Atlantico, non è però ovviamente adattabile ad un sistema giuridico continentale quale quello italiano o francese che conoscono l'annullamento giustiziale o giudiziale dell'atto amministrativo (anche se l'atto sarebbe *intra vires* nell'ottica della common law) per un errore di fatto o di diritto e comunque per cattivo uso del potere discrezionale. Conoscono quindi l'annullabilità di un atto pur «ragionevole» secondo le note elaborazioni del vizio di eccesso di potere e del *détournement de pouvoir*.

I repertori di giurisprudenza inglese e francese (il sistema italiano, come è noto, risponde *in parte qua* agli stessi principi che informano quello francese) contengono d'altronde un caso, illuminante in proposito, relativo a due fattispecie quasi identiche risolte in modo opposto dai due ordinamenti. La specie riguardava l'uso di un potere di polizia a fini di istruzione e salute pubblica: così la competente autorità locale francese come quella inglese avevano regolamentato gli orari di apertura delle sale cinematografiche ai fini di non indurre in tentazioni... marinare i minori in età scolare e di tutelarne la salute. Ebbene, la Corte inglese investita del caso dichiarò valida l'ordinanza perché «ragionevole», il Consiglio di Stato francese la annullò, invece, per *détournement de pouvoir* in quanto il potere di polizia era stato utilizzato per fini — pur ragionevoli — diversi da quelli per cui era stato conferito (5).

(5) Associated Provincial Pictures Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation (1948) 1 K. B.; Consiglio di Stato francese, 14 maggio 1954, *Fischer, Rec.*, p. 269.

e detta accettazione fu confermata con lettera del 13 febbraio 1987 a firma del rappresentante dell'Italia.

4. — Con ordinanza del 2 marzo 1989, la Corte, dopo aver richiamato la richiesta di costituzione di una Sezione e menzionato che le Parti erano state debitamente consultate relativamente alla composizione di detta Sezione, conformemente al comma 2 dell'art. 26 dello Statuto e del comma 2 dell'art. 17 del Regolamento della Corte, ha deciso di accedere alla richiesta dei Governi degli Stati Uniti d'America e dell'Italia di costituire una Sezione speciale di 5 giudici per statuire sul caso. A seguito dell'elezione avvenuta lo stesso giorno, la Corte dichiarò membri di detta Sezione, il Presidente Nagendra Singh ed i giudici Oda, Ago e Schwebel nonché Sir Robert Jennings. Dichiarò altresì che, con tale ordinanza, la Sezione così composta risultava debitamente costituita per giudicare il caso.

5. — Con la medesima ordinanza, la Corte ha inoltre fissato i tempi previsti per il deposito della memoria da parte degli Stati Uniti d'America e della contro-memoria da parte dell'Italia, ambedue depositate entro detto termine. Nella contro-memoria, l'Italia ha sollevato una eccezione sull'ammissibilità della richiesta. Con lettere indirizzate al cancelliere in data 16 novembre 1987, le Parti, facendo riferimento al comma 8 dell'art. 79 del Regolamento della Corte, si sono accordate allo scopo che tale eccezione « venisse decisa insieme con il merito ». Con ordinanza del 17 novembre 1987, la Sezione ha preso nota di detto Accordo ed ha ritenuto necessario il deposito di altri atti difensivi da parte delle Parti, autorizzando la presentazione di una replica da parte degli Stati Uniti

Il caso dell'ordinanza del Sindaco di Palermo appare perfettamente analogo a quello ora citato.

La ordinanza adottata — pur illegittima e quindi annullabile (ed annullata) nel nostro ordinamento — sarebbe stata infatti giudicata, nell'ottica del *common lawyer*, assolutamente *intra vires*, perché sussistevano sia la competenza, sia i presupposti per l'esercizio del potere (la necessità e l'urgenza). Il sindaco aveva commesso solo un errore di fatto, valutando male le prospettive di successo della sua iniziativa. Orbene in *common law* il semplice errore di apprezzamento nell'esercizio di un potere discrezionale non può mai rendere l'atto nullo o annullabile: come si è visto, l'errore deve invece essere tale da risolversi in una irragionevolezza talmente grave da trasmodare nell'arbitrario.

Il sillogismo della difesa americana che conduceva all'equazione: annullamento dell'ordinanza = arbitrarietà della stessa era dunque viziato dal fatto che la premessa maggiore enunciava una regola di diritto valida solo in *common law* (il cattivo uso del potere vizia la decisione amministrativa e la rende caducabile solo quando essa si risolve in una grave irragionevolezza e quindi in una arbitrarietà) mentre quella minore (la decisione amministrativa *de qua* è stata caducata per cattivo uso del potere) risultava dall'applicazione delle regole di un diverso ordinamento giuridico che prevede l'annullamento di un atto anche

d'America nonché di una contro-replica da parte dell'Italia, fissando i tempi massimi per il loro deposito. Tanto la replica come la contro-replica sono state depositate entro detto termine.

6. — In data 11 dicembre 1988, si verificò il decesso del Pres. Nagendra Singh, Presidente della Sezione e, dopo nuove consultazioni fra le Parti per la composizione della Sezione conformemente al comma 2 dell'art. 17 del Regolamento della Corte, la Corte dichiarò, con ordinanza del 20 dicembre 1988, l'elezione, avvenuta lo stesso giorno, del Pre. Ruda, Presidente della Corte, a membro della Sezione per occuparvi il seggio divenuto vacante a seguito del decesso del Pres. Nagendra Singh. Conformemente al comma 2 dell'art. 18 del Regolamento della Corte, il Presidente Ruda, Presidente della Corte, è così diventato Presidente della Sezione.

7. — Nel corso delle dodici udienze pubbliche tenutesi dal 13 febbraio al 2 marzo 1989, la Sezione ha ascoltato:

Per gli Stati Uniti d'America:

l'on. A.D. Sofaer; sig. M.J. Matheson; sig. T.E. Ramish; sig. M.P. Chandler; sig. S.D. Murphy, l'on. R.N. Gardner; sig. G. Bisconti; sig. M. Bonelli; sig. E. Fazzalari.

Per la Repubblica Italiana:

sig. L. Ferrari Bravo; sig. R. Monaco; sig. I. Caramazza; sig. M.J. Bonelli; sig. F. Capotorti; sig. G. Gaja; sig. K. Highet; sig. B. Libonati.

per un cattivo uso del relativo potere che non presenti tali caratteri di irragionevolezza.

In conclusione, se è vero in filosofia che tutto ciò che è razionale è reale non è però vero in diritto, almeno in regime di *civil law*, che tutto ciò che è ragionevole è, per ciò solo, legittimo.

L'impostazione difensiva così svolta è stata accolta, almeno nelle sue grandi linee, dalla Corte nel far leva sulla distinzione fra qualificazione alla stregua del diritto interno e qualificazione alla stregua del diritto internazionale, come risulta dai §§ 124 e ss. della sentenza.

I. F. CARAMAZZA

(3) La procedura fallimentare e l'autonomia dell'I.R.I.

Una delle argomentazioni poste dal Governo americano a sostegno delle proprie pretese concerneva le sfavorevoli condizioni di vendita degli impianti ELSI in conseguenza del fatto che non sarebbe stata consentita un'adeguata partecipazione di ditte, italiane o straniere, potenziali acquirenti. Ciò, sempre secondo tale prospettazione, allo scopo di favorire il successivo acquisto dei beni da parte dell'I.R.I.

Una tale affermazione naturalmente presupponeva, da un lato, il totale controllo pubblico sull'I.R.I, così da potersi configurare una sostanziale comunione d'interessi con esso del Governo italiano e, dall'altro, la possibilità di

8. — Gli Stati Uniti hanno fatto comparire in qualità di testimoni Mr. Charles Francis Adams (il cui interrogatorio è stato condotto dall'on. Sofaer ed il contro-interrogatorio dall'avv. Hight) e Mr. John Dickens Clare (il cui interrogatorio è stato condotto dall'avv. Chandler ed il contro-interrogatorio dall'avv. Hight). Gli Stati Uniti hanno fatto comparire, in qualità di esperto, Mr. Timothy Lawrence (il cui contro-interrogatorio è stato condotto dal prof. Bonell). Anche l'avv. Giuseppe Bisconti ha parlato alla Corte in difesa degli Stati Uniti. Poiché, peraltro, in tale occasione fece riferimento a questioni di fatto di cui aveva avuto conoscenza come avvocato della ditta Raytheon, il Presidente della Sezione aderiva alla richiesta dell'agente dell'Italia di considerare per l'effetto l'avv. Bisconti come testimone. L'avv. Bisconti, dopo aver informato la Sezione di aver rinunciato, alla pari della società Raytheon, ad ogni prerogativa pertinente ai testimoni, è stato contro-interrogato dall'avv. Hight. L'Italia ha fatto comparire Mr. Alan Derek Hayward in qualità di esperto.

9. — Nel corso delle udienze, il Presidente e gli altri Membri della Sezione hanno rivolto delle domande alle Parti nonché ai testimoni ed esperti. Le risposte sono state date, oralmente o per iscritto e con documenti in appoggio, prima della chiusura della procedura orale. La Sezione ha inoltre deciso che ciascuna Parte poteva formulare osservazioni per

ingerenze e condizionamenti estranei nelle modalità di svolgimento della procedura di vendita.

Esclusa in via di principio l'esistenza di simili condizionamenti in ragione delle garanzie che il nostro ordinamento assicura all'autonomia ed imparzialità della funzione giurisdizionale, la difesa dello Stato italiano si è quindi incentrata sulla possibilità (oltre che necessità) del previo esperimento dei rimedi apprestati dal nostro ordinamento a tutela della correttezza e trasparenza della procedura fallimentare oltre che degli interessi dei terzi estranei alla procedura medesima.

Si è quindi particolarmente insistito in sede difensiva sul fatto che costituisce principio generale della nostra legge fallimentare (artt. 23 e 26) quello della normale impugnabilità di tutti gli atti del giudice delegato mediante reclamo al Tribunale e, avverso i provvedimenti di quest'ultimo aventi carattere decisorio, quello del ricorso in Cassazione ex art. 111 Cost.

Per quanto specificamente concerne le modalità di vendita, l'art. 108 l. fall. prevede poi che la medesima sia disposta dal giudice delegato su istanza del curatore e che possa essere sospesa quando il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello ritenuto equo.

E in particolare affermazione del tutto pacifica della giurisprudenza, derivante peraltro dalla logica interpretazione della normativa in esame, che il decreto del giudice delegato che dispone la vendita, con ciò ovviamente ritenendo di non esercitare il potere di sospensiva, sia, alla pari di quello che invece sospende la vendita, reclamabile in Tribunale (1).

(1) Cfr., per tutte, Cass. 18 aprile 1962, n. 755, in *Giust. civ.*, 1962, I, 1247 e, più di recente, Cass. 2 aprile 1985, n. 2252, in *Giur. comm.*, 1986, II, 409.

iscritto relativamente a risposte date dall'altra Parte ad una serie di domande che erano state rivolte verso la fine della procedura orale, fissando un tempo limite all'uopo, e detti commenti scritti sono stati depositati entro tale limite. Dopo la chiusura delle udienze, un'ulteriore domanda è stata rivolta ad una delle Parti, che vi ha risposto per iscritto, mentre l'altra Parte ha avuto l'opportunità di presentare osservazioni sue, relativamente a detta risposta.

10. — Nel corso della procedura scritta, le Parti hanno presentato le conclusioni seguenti:

In nome degli Stati Uniti d'America,

nella Richiesta:

« Riservandosi il diritto di completare o modificare, se fosse necessario, le presenti conclusioni nel seguito della procedura, gli Stati Uniti chiedono a codesta Corte di dichiarare e giudicare che:

a) lo Stato italiano ha violato il Trattato di amicizia, commercio e navigazione firmato nel 1948 fra gli Stati Uniti d'America e la Repubblica Italiana, in particolare per quanto si riferisce agli artt. II, III, V e VII, così come agli artt. I e V dell'Accordo Integrativo del 1951;

b) lo Stato italiano sia condannato a versare agli Stati Uniti un risarcimento, il cui ammontare sarà fissato dalla Corte, commisurato ai

Una giurisprudenza pressoché costante afferma inoltre la natura decisoria dei provvedimenti del Tribunale che si pronuncia sul reclamo proposto avverso i provvedimenti del giudice delegato, attese la natura decisoria (2).

In sede difensiva si era inoltre precisata l'ampia legittimazione riconosciuta dal nostro ordinamento alla proposizione del reclamo, ovviamente proprio al fine di garantire la maggiore correttezza e trasparenza della procedura fallimentare.

Secondo una costante interpretazione sono infatti legittimati all'azione non solo il curatore ed il fallito (3), ma anche tutti i terzi, sia pure rimasti estranei al procedimento di vendita, i quali rilevino l'esiguità del prezzo di aggiudicazione rispetto al valore del bene; ciò, quindi, indipendentemente dal fatto che essi si dichiarino disposti ad effettuare un'offerta migliore ovvero denunciino irregolarità della procedura (4).

Il tipo di rimedi apprestati dal nostro ordinamento era dunque tale da assicurare le più ampie garanzie di correttezza della procedura e di tutela della società fallita e dei terzi.

Con un secondo ordine di argomentazioni, sempre teso a confutare la tesi del « complotto » in danno della società americana, la difesa del Governo italiano ha tentato di chiarire la particolare natura giuridica dell'IRI che, ai sensi del r.d.l. 24 giugno 1937, n. 905, può ritenersi un ente pubblico a struttura per-

(2) Cfr. Cass. 16 ottobre 1969, n. 2085, in *Dir. fall.*, 1970, II, 41; Cass. 10 febbraio 1970, n. 316, in *Dir. fall.*, 1970, II, 5; Cass. 22 novembre 1978, n. 5437, in *Giust. civ.*, 1979, I, 474; Cass. 14 gennaio 1981, n. 322.

(3) Sulla legittimazione del fallito, cfr. Cass. 28 novembre 1973, n. 2426, in *Dir. fall.*, 1974, II, 593.

(4) Cfr. Cass. 27 luglio 1982, n. 4329, in *Dir. fall.*, 1982, II, 1348.

danni subiti da cittadini degli Stati Uniti a seguito di dette violazioni, ivi comprese le perdite finanziarie addizionali accusate dalla Raytheon per aver dovuto rimborsare prestiti garantiti e per non aver potuto recuperare somme dovute per crediti concessi, nonché per spese sostenute per difendersi in cause intentate da istituti di credito italiani, per tentare di contenere i danni arrecati alla sua reputazione ed al suo credito, e per far valere i propri diritti ».

nella Memoria:

« Gli Stati Uniti si ritengono autorizzati a richiedere alla Corte di dichiarare e giudicare che:

a) l'Italia — con le azioni ed omissioni sopra descritte che hanno impedito alla Raytheon e alla Machlett, ambedue società di nazionalità statunitense, di liquidare gli averi della società italiana ELSI, di cui detenevano tutte le partecipazioni, causandone il fallimento, e con ulteriori azioni ed omissioni — ha violato gli obblighi giuridici internazionali assunti con la sottoscrizione del Trattato di amicizia, commercio e navigazione e relativo Accordo integrativo, contravvenendo in particolare a:

— l'art. III, par. 2, in quanto le azioni ed omissioni dell'Italia hanno impedito alla Raytheon e alla Machlett di esercitare il loro diritto di gestire e controllare una società di nazionalità italiana;

manente al quale sono affidati compiti di gestione delle partecipazioni azionarie possedute, di assunzione di nuove iniziative industriali, anche in collaborazione con il capitale privato, di realizzazione di iniziative nel campo dell'istruzione professionale.

L'attività dell'Istituto, pur inserendosi nel più ampio quadro delle partecipazioni statali, non è peraltro soggetta a rigidi vincoli governativi (5).

Tanto ciò è vero che l'IRI gode di autonomia patrimoniale, avendo un proprio fondo di dotazione (art. 18 dello statuto approvato con l.lg. 12 febbraio 1948, n. 51), ha la diretta proprietà delle quote azionarie possedute, contrariamente a quanto accade per le partecipazioni dirette dello Stato, effettivamente rientranti nel patrimonio di quest'ultimo, ha una propria struttura organizzativa e deve operare secondo criteri imprenditoriali di economicità e non assistenziali.

Nella sostanza, la difesa dello Stato italiano ha posto in opportuna evidenza che l'IRI non è uno strumento nelle mani del Governo che possa essere indotto ad ogni tipo di operazione che interessi l'esecutivo, essendo al contrario dotato di autonomia decisionale ed imprenditoriale soprattutto con riferimento a singole operazioni, che per legge devono essere improntate a criteri di economicità.

La decisione della Corte di Giustizia, come è noto, ha superato le suddette deduzioni con la considerazione, ritenuta assorbente, che il Governo americano non aveva addotto alcun concreto elemento a supporto della propria ricostru-

(5) Per un'ampia disamina sulla natura giuridica dell'IRI, e ulteriori richiami bibliografici, si può rinviare a SARACENO, voce *Partecipazioni Statali*, in *EdD*, v. XXXII, 1982, 44 ss.

— l'art. V, parr. 1 e 3, in quanto le azioni ed omissioni dell'Italia hanno costituito una violazione dell'obbligo di assicurare quelle piene protezione e sicurezza previste dal Trattato e dal diritto internazionale;

— l'art. V, par. 2, in quanto le azioni ed omissioni dell'Italia hanno costituito una espropriazione nei confronti della Raytheon e della Machlett, private di diritti su loro beni senza giusto indennizzo né giusto procedimento di legge;

— l'art. VII, in quanto tali azioni ed omissioni hanno negato alla Raytheon e alla Machlett il diritto di disporre dei loro diritti reali su beni immobili, a condizioni non meno favorevoli di quelle godute da una società italiana, in caso di reciprocità;

— l'art. I dell'Accordo Integrativo, in quanto il trattamento riservato alla Raytheon e alla Machlett è stato arbitrario nonché discriminatorio, impedendo loro di esercitare un effettivo potere di controllo e gestione sulla ELSI, pregiudicando altresì altri loro diritti ed interessi acquisiti legalmente;

b) viste queste violazioni del Trattato e dell'Accordo integrativo, considerate sia singolarmente che congiuntamente, gli Stati Uniti si ritengono in diritto di pretendere un indennizzo pari all'ammontare totale del danno subito dalla Raytheon e dalla Machlett, ivi comprese le perdite accusate dalle predette società nei loro investimenti, prestiti garantiti e conti aperti nonché le spese legali affrontate dalla Raytheon a seguito

zione, onde l'accusa formulata nei confronti del Governo italiano di avere adottato misure discriminatorie è stata respinta per mancanza di elementi probatori a suo sostegno.

V. NUNZIATA

(4) La requisizione.

1) *Il potere di ordinanza del sindaco*

Nella contromemoria e nella controreplica del Governo italiano ed ancora in sede di discussione orale ampio spazio ed attenzione particolare sono stati dedicati alla questione riguardante la requisizione dello stabilimento ELSI da parte del Sindaco di Palermo, in quanto l'adozione della relativa ordinanza, poi annullata dal Prefetto di Palermo, è stato l'unico fatto allegato dal Governo americano ammesso dal Governo italiano come corrispondente alla realtà degli accadimenti.

Una completa e dettagliata ricognizione della giurisprudenza in tema di requisizione — da parte del Sindaco ufficiale di Governo — di stabilimenti industriali nell'arco di tempo dal 1950 al 1986, ricognizione che ha tenuto conto anche dei fatti che hanno dato origine alle singole controversie al fine di fornire un quadro completo anche sotto il profilo sociale e politico, è servita a dimostrare che la requisizione di aziende non ha avuto carattere episodico ma è stata principalmente utilizzata per garantire il posto di lavoro e, quindi, anche la retribuzione, di dipendenti di imprese minacciate di chiu-

della dichiarazione di fallimento, per assicurare la propria difesa nei litigi successivi ed a sostegno dei propri diritti, così come gli interessi composti annuali maturati su tali importi, calcolati al tasso del *prime rate* in vigore negli Stati Uniti dalla data della perdita alla data di pagamento dell'indennizzo;

c) l'Italia deve, di conseguenza, versare agli Stati Uniti la somma di US \$ 12.679.000, più gli interessi calcolati come sopra indicato ».
nella replica:

« Gli Stati Uniti si ritengono autorizzati a chiedere alla Corte di dichiarare e giudicare che:

a) le domande presentate dagli Stati Uniti sono ammissibili poiché sono stati esauriti i ricorsi interni;

b) l'Italia — con le azioni ed omissioni sopra descritte che hanno impedito alla Raytheon e alla Machlett, ambedue società di nazionalità statunitense, di liquidare gli averi della società italiana ELSI, di cui detenevano tutte le azioni, causandone il fallimento, e con ulteriori azioni ed omissioni — ha violato gli obblighi giuridici internazionali assunti con la sottoscrizione del Trattato di amicizia, commercio e navigazione e relativo Accordo integrativo, contravvenendo in particolare a:

— l'art. III, par. 2, in quanto le azioni ed omissioni dell'Italia hanno impedito alla Raytheon e alla Machlett di esercitare il loro diritto di gestire e controllare una società di nazionalità italiana;

sura al fine di evitare le conseguenze negative dello stato di dissesto dell'impresa sull'occupazione operaia; mentre in altri casi tale requisizione è stata ordinata al fine di eliminare gli effetti negativi per l'economia della zona e per l'ordine pubblico derivanti dal protrarsi della sospensione dell'attività produttiva da parte dell'impresa requisita.

Si trattava, perciò, di una prassi spesso seguita dai sindaci italiani proprio in quel determinato periodo storico in cui era stata emanata anche l'ordinanza di requisizione della ELSI e che, anzi, era una misura normalmente adottata dai Sindaci proprio nell'arco di tempo considerato (fra gli altri sono stati citati il c.d. «affare Marzotto» e quello della Società Italiana Industria Zuccheri S.p.A. che ebbero vasta eco anche nelle cronache giornalistiche dell'epoca).

All'epoca dei fatti di causa, anche in dottrina, la questione se il Sindaco potesse requisire un'azienda industriale per motivi di ordine pubblico e, cioè, al fine di tutelare non la sicurezza pubblica nella comune accezione di ordine pubblico di polizia, bensì la sicurezza pubblica in senso economico («ordine pubblico economico»), intesa come tutela di beni costituzionalmente garantiti in tema di diritto al lavoro, o per finalità sociali, era ampiamente dibattuta ed in modo sempre più vivace proprio per il susseguirsi di provvedimenti di requisizione.

In conclusione, quindi, il provvedimento adottato dal Sindaco di Palermo in quella circostanza era quello che avrebbe adottato nei confronti di qualunque società qualunque sindaco italiano.

Nessuna discriminazione, perciò, si era consumata ai danni della Raytheon e della Machlett né vi era stata alcuna violazione del Trattato del 1948.

— l'art. V, parr. 1 e 3, in quanto le azioni ed omissioni dell'Italia hanno costituito una mancanza all'obbligo di assicurare quelle piene protezione e sicurezza previste dal Trattato e dal diritto internazionale;

— l'art. V, par. 2, in quanto le azioni ed omissioni dell'Italia hanno costituito una espropriazione nei confronti della Raytheon e della Machlett, private di diritti su loro beni senza giusto indennizzo né giusto procedimento di legge;

— l'art. VII, in quanto tali azioni ed omissioni hanno negato alla Raytheon e alla Machlett il diritto di disporre dei loro diritti reali su beni immobili, a condizioni non meno favorevoli di quelle godute da una società italiana, in caso di reciprocità;

— l'art. I dell'Accordo integrativo, in quanto il trattamento riservato alla Raytheon e alla Machlett è stato arbitrario nonché discriminatorio, impedendo loro di esercitare un effettivo potere di controllo e gestione sulla ELSI, pregiudicando altresì altri loro diritti ed interessi acquisiti legalmente;

c) viste queste violazioni del Trattato e dell'Accordo integrativo, considerate sia singolarmente che congiuntamente, gli Stati Uniti si ritengono in diritto di pretendere un indennizzo pari all'ammontare totale del danno subito dalla Raytheon e dalla Machlett, ivi comprese le perdite accusate dalle predette società nei loro investimenti, prestiti garantiti e

La Corte ha sostanzialmente accolto tali argomentazioni difensive ed ha, infatti, affermato che l'ordinanza di requisizione *de qua* non era stata adottata né in considerazione della nazionalità degli azionisti né tantomeno era servita a favorire alcun interesse dell'IRI (cfr., in particolare, p. 60) ed ha così escluso la sussistenza dell'addotta (da parte americana) violazione dell'art. 1 dell'accordo allegato a Trattato, rigettando sul punto la domanda del Governo americano.

2) La decisione « tardiva » del Prefetto

Il Governo americano aveva, inoltre, sostenuto che la decisione del Prefetto di Palermo, emessa a distanza di 16 mesi dalla proposizione del ricorso gerarchico avverso l'ordinanza di requisizione del Sindaco di Palermo, costituiva ulteriore violazione dei parr. 1 e 3 dell'art. 5 del Trattato del 1948, nonché diniego di giustizia processuale riconosciuta dal diritto internazionale, osservando che se il Prefetto avesse emesso rapidamente la decisione di accoglimento del ricorso, il fallimento della ELSI avrebbe potuto essere evitato.

Nella contromemoria, nella controreplica ed in sede di discussione orale il Governo italiano ha fatto, innanzitutto, osservare che all'epoca dei fatti una norma considerata di carattere generale, l'art. 5, quinto e sesto comma, r.d. 3 marzo 1934, n. 383, Testo Unico Comunale e Provinciale, consentiva al ricorrente di attivare la procedura di formazione del silenzio della pubblica Amministrazione; silenzio al quale conferiva il significato di diniego (e, perciò, di rigetto) dell'istanza.

Ma nessun rappresentante della società ELSI aveva ritenuto di avvalersi tempestivamente di tale rimedio che avrebbe consentito di accelerare notevolmente i tempi della decisione o di sollecitarne l'adozione; né tantomeno aveva

conti aperti nonché le spese legali affrontate dalla Raytheon a seguito della dichiarazione di fallimento per assicurare la propria difesa nei litigi successivi ed a sostegno i propri diritti, così come gli interessi composti annuali maturati su tali importi, calcolati al tasso del *prime rate* in vigore negli Stati Uniti dalla data della perdita alla data di pagamento dell'indennizzo;

d) l'Italia deve, di conseguenza, versare agli Stati Uniti la somma di US \$ 12.679.000, più gli interessi calcolati come indicato sopra e nella Memoria ».

In nome della Repubblica Italiana,

nella contro-memoria e nella contro-replica:

« Voglia la Corte,

Dichiarare e giudicare che la richiesta presentata dagli Stati Uniti in data 6 febbraio 1987 non è ammissibile in quanto non sono stati esauriti i ricorsi interni.

In caso contrario, voglia dichiarare che:

1) l'art. III, par. 2, del Trattato di amicizia, commercio e navigazione del 2 febbraio 1948 non è stato violato;

ritenuto di invocare — con qualsiasi altro mezzo (il ricorso stesso, lettera, telegramma) — la decisione con urgenza.

Ciò dimostrava, perciò, una mancanza di interesse concreto alla rapida definizione della vertenza.

Tardiva, quindi, non era stata tanto la decisione del Prefetto, quanto la difesa della ELSI che aveva atteso ben 19 giorni prima di proporre il ricorso gerarchico ed oltre un anno prima di mettere in mora l'autorità decidente che — come risultava dall'« affidavit » allegato agli atti difensivi — aveva tratto dal comportamento della ELSI la motivata convinzione che la Società non avesse alcun interesse alla decisione del ricorso.

Circostanza confermata dal fatto che il fallimento era stato chiesto dalla società ELSI appena una settimana dopo la presentazione del ricorso al Prefetto, rendendo, così, inutile un suo eventuale accoglimento ai fini del recupero della disponibilità dei beni.

La decisione del Prefetto emessa entro i trenta giorni dalla proposizione del ricorso non avrebbe evitato il fallimento: alla relativa declaratoria il Tribunale, infatti, non avrebbe che dovuto provvedere d'ufficio una volta investito della questione attraverso l'istanza di fallimento presentata dalla stessa società ELSI.

Pertanto, la decisione del Prefetto sarebbe stata irrilevante ai fini dello stato di insolvenza della ELSI anche perché il provvedimento di requisizione aveva, per sua natura, carattere temporaneo (6 mesi) e non venne mai prorogato; era stata resa nei tempi medi propri di tale tipo di ricorso, come ha dimostrato la certificazione del Ministero dell'Interno allegata alla contro-memoria; era stata comunque adottata non appena la ELSI (e per essa il curatore fallimentare), dopo oltre un anno, adottò la procedura di messa in mora.

La Corte, pur mostrando qualche perplessità in relazione all'argomento secondo il quale tale decisione era stata presa nei tempi medi occorrenti, ha

- 2) l'art. V, parr. 1 e 3, del suddetto Trattato non sono stati violati;
 - 3) l'art. V, par. 2, del suddetto Trattato non è stato violato;
 - 4) l'art. VII del suddetto Trattato non è stato violato;
 - 5) l'art. I dell'Accordo integrativo del 26 settembre 1951 non è stato violato;
- e, di conseguenza, respingere la domanda ».

11. — Nel corso della procedura orale, le conclusioni sotto riportate sono state presentate dalle Parti:

In nome degli Stati Uniti d'America,
nell'udienza del 16 febbraio 1989:

« Gli Stati Uniti richiedono che l'eccezione del convenuto venga respinta e domandano alla Corte di dichiarare e giudicare che:

1) il convenuto ha violato gli obblighi giuridici internazionali da lui assunti nel Trattato di amicizia, commercio e navigazione e nel relativo Accordo integrativo firmati dai nostri due Paesi, infrangendo in particolare gli artt. III, V e VII del Trattato e l'art. I dell'Accordo integrativo;

2) viste queste violazioni al Trattato e all'Accordo integrativo, considerate sia singolarmente che congiuntamente, gli Stati Uniti ritengono di aver il diritto di pretendere un indennizzo pari all'ammontare totale

sostanzialmente accolto le argomentazioni della difesa del Governo italiano, ritenendo che il « ritardo » della decisione prefettizia non costituisca violazione dei parr. 1 e 3 dell'art. 5 del Trattato (v. parr. 109 e ss. della sentenza), disattendendo, perciò, la domanda del Governo degli Stati Uniti.

3) *L'illegittimità dell'ordinanza di requisizione. Distinzione tra atto illegittimo e atto arbitrario*

Con la decisione di accoglimento del ricorso gerarchico avverso l'ordinanza di requisizione della ELSI, il Prefetto di Palermo aveva riconosciuto la sussistenza, nel caso di specie, del potere del Sindaco di emettere autonomamente provvedimenti di requisizione ex art. 7, l. n. 2248/1865, rientranti fra quelli contingibili ed urgenti di cui all'art. 69, d.l.p.r.s. n. 6/55. Aveva, però, annullato l'ordinanza perché il fine cui tendeva la requisizione e, cioè, assicurare, nell'interesse dell'occupazione, la continuità dell'attività lavorativa ritenuta essenziale per l'economia della zona ed evitare la minaccia all'ordine pubblico derivante dalla programmata chiusura dello stabilimento, non poteva trovare pratica realizzazione con il provvedimento stesso. Il Prefetto aveva, quindi, dato atto che in astratto sussistevano i presupposti per l'adozione del provvedimento di requisizione, ma ne aveva valutato l'inidoneità in concreto a realizzare il fine cui tendeva e, perciò, l'aveva annullato.

La difesa del Governo americano aveva tratto dalla motivazione della decisione prefettizia, secondo la quale mancava al provvedimento di requisizione « la causa giuridica che potesse giustificarlo e renderlo operante », la conclusione che tale provvedimento fosse stato arbitrario.

La difesa del Governo italiano — e la Corte ne ha condiviso pienamente l'impostazione (v. parr. 124 e ss.) — aveva, però, fatto rilevare che la tesi ame-

del danno subito dalla Raytheon e dalla Machlett, ivi comprese le perdite accusate dalle predette società nei loro investimenti, prestiti garantiti e conti aperti nonché le spese legali affrontate dalla Raytheon a seguito della dichiarazione di fallimento per assicurare la propria difesa nei litigi successivi ed a sostegno dei propri diritti, così come gli interessi composti annuali su tali importi, calcolati al tasso del *prime rate* in vigore negli Stati Uniti dalla data della perdita alla data di pagamento dell'indennizzo;

3) l'Italia deve, di conseguenza, versare agli Stati Uniti la somma di US \$ 12.679.000, più i relativi interessi ».

Nell'udienza del 27 febbraio 1989 (nel pomeriggio), il rappresentante degli Stati Uniti ha confermato che queste erano le conclusioni finali degli Stati Uniti.

In nome della Repubblica Italiana,

nell'udienza del 23 febbraio 1989, susseguentemente ripetute nell'udienza del 2 marzo 1989 (pomeriggio) a titolo di conclusioni finali:

« Voglia la Corte,

A. Dichiarare e giudicare che la richiesta presentata dagli Stati Uniti d'America in data 6 febbraio 1987 non è ammissibile in quanto non esaurite le vie dei ricorsi interni.

ricana era basata su un equivoco di fondo: traducendo l'istituto del ricorso gerarchico nel sistema di « civil law » in termini di « common law » la difesa statunitense aveva concluso che l'ordinanza sindacale era stata adottata « ultra vires » perché irragionevole e quindi arbitraria e che, anzi, proprio per questo aveva potuto essere annullata dal Prefetto. Invece, nei sistemi di « civil law », come il francese e l'italiano, l'atto amministrativo può essere annullato per un errore di fatto o di diritto anche se l'atto stesso sia « intra vires », come già ampiamente illustrato in altra nota alla sentenza in rassegna.

Anzi, un atto amministrativo può essere annullato per cattivo esercizio del potere discrezionale anche se si tratta di cattivo esercizio assolutamente ragionevole.

Per contro, in un sistema di « common law », solo da un cattivo esercizio del potere discrezionale che sia tale da sconfinare nella « irragionevolezza » può derivare l'annullamento dell'atto affetto da tale vizio.

Proprio da questa differenza fondamentale tra i due sistemi, della quale la difesa americana non aveva tenuto conto, era sorto l'equivoco di cui si è detto.

In altri termini, il Prefetto di Palermo aveva valutato « a posteriori » che il Sindaco aveva commesso un errore di previsione, errore che era stato tradotto dalla difesa statunitense, in termini di « common law », come arbitrario esercizio di un potere discrezionale in quanto, in tale sistema, il « cattivo esercizio » non porta all'annullamento dell'atto se non in quanto sia talmente grave da travalicare nell'arbitrario.

Nel caso di specie, invece, l'ordinanza sindacale era « intra vires » sia perché il Sindaco era competente, come lo stesso Prefetto aveva precisato nella sua decisione, sia perché le condizioni per l'esercizio del potere esistevano

B. In caso contrario, voglia dichiarare e giudicare che:

- 1) l'art. III del Trattato di amicizia, commercio e navigazione del 2 febbraio 1948 non è stato violato;
- 2) l'art. V, parr. 1 e 3, del suddetto Trattato non sono stati violati;
- 3) né l'art. V, par. 2, del suddetto Trattato né le disposizioni ad esso connesse del Protocollo del Trattato sono stati violati;
- 4) l'art. VII del suddetto Trattato non è stato violato;
- 5) l'art. I dell'Accordo Integrativo del 26 settembre 1951 non è stato violato;
- 6) nessun altro articolo del Trattato o dell'Accordo integrativo è stato violato.

C. Unicamente a titolo subordinato ed alternativo: voglia dichiarare e giudicare che, anche se ci fosse stata infrazione agli obblighi derivanti dal Trattato o dall'Accordo integrativo, tale infrazione non avrebbe causato alcun danno tale da giustificare il versamento di un indennizzo, e, di conseguenza, respingere la domanda ».

12. — Nel presente caso, gli Stati Uniti sostengono che ci fu violazione degli obblighi giuridici internazionali, assunti con il Trattato di amicizia, commercio e navigazione firmato in data 2 febbraio 1948 fra i due Paesi (d'ora in poi chiamato « il Trattato ») nonché con l'Accordo integrativo al medesimo firmato in data 26 settembre 1951, a seguito di azioni ed omissioni perpetrate dall'Italia nei confronti di due società

tutte come aveva precisato il Prefetto e come si è detto all'inizio. Il sindaco aveva soltanto commesso un errore di previsione non valutando correttamente le prospettive di successo della sua iniziativa.

In definitiva, quindi, l'ordinanza sindacale non era affatto arbitraria anche se venne annullata dal Prefetto perché illegittima.

G. PALMIERI

(5) Sulla protezione diplomatica degli investitori all'estero e sulla nozione di atto arbitrario secondo il diritto internazionale.

1) *Sulla protezione diplomatica degli investitori all'estero*

È questo il tipico campo della protezione diplomatica in senso stretto (1).

Presupposto essenziale è sempre la cittadinanza degli investitori. Trattandosi di società, la nazionalità delle medesime (caso Barcelona Traction).

La presenza di società pone il problema dell'ammissibilità della protezione diplomatica dei soci allorché la società abbia la nazionalità dello Stato autore dell'illecito, e i soci siano invece stranieri. La prassi internazionale è nel senso di ammettere l'azione in protezione diplomatica dello Stato dei soci (2).

(1) BATTAGLINI, *La protezione diplomatica delle società*, Padova, 1957, p. 283 ss.; UBERTAZZI, *L'espropriazione di compagnie commerciali straniere*, Milano, 1948; CH. DE VISSCHER, *De la protection diplomatique des actionnaires d'une société contre l'Etat sous la législation duquel cette société s'est constituée*, in *Rev. droit int. et de legisl. comp.*, 1934, p. 624 ss.

(2) Caso *Orinoco Steamship Co.*, in *Rep. of Int. Arbitral Awards*, IX, p. 180 ss.; ma v. *Barcelona*, cit.

statunitensi, la Raytheon Company (anche detta « Raytheon ») e la Machlett Laboratories Incorporated (anche detta « Machlett »), con riferimento al modo in cui è stata trattata la società italiana Raytheon-Elsi S.p.A. (anzitutto ELSI - Elettronica Sicula S.p.A.) della quale le due società detenevano tutte le azioni. L'Italia contesta alcuni fatti asseriti dagli Stati Uniti, nega che ci sia stata una qualunque violazione del Trattato e controbatte, in via subordinata ed alternativa, che se anche ci fosse stata una tale violazione, non ne sarebbe derivato alcun danno meritevole del pagamento di un indennizzo.

13. — Nel 1955, la Raytheon (allora conosciuta sotto il nome di Raytheon Manufacturing Company) decise di sottoscrivere il 14 per cento delle azioni dell'Elettronica Sicula S.p.A. Dal 1956 al 1967, la Raytheon accrebbe ulteriormente la sua partecipazione al capitale della ELSI (anche con investimenti diversi dall'acquisto di azioni) fino a possedere complessivamente il 99,16 per cento del pacchetto azionario. Nell'aprile 1963, la ragione sociale della società, allora la « Elettronica Sicula S.p.A. », venne sostituita con « Raytheon-Elsi S.p.A. »; tuttavia, si proseguirà d'ora in poi a chiamarla « ELSI ». Le rimanenti azioni della ELSI (ossia lo 0,84 per cento) sono poi state acquisite nell'aprile 1967 dalla Machlett, filiale di Raytheon, interamente posseduta da quest'ultima. L'ELSI è stata costi-

In dottrina prevale l'opinione favorevole tra gli scrittori anglo-americani (3). Opinione favorevole espressa anche lo Scialoja nell'affare Canevaro tra Italia e Perù (4).

La tutela dei soci contro lo Stato nazionale della società pone il problema dell'applicabilità della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni (d'ora in avanti p.e.r.i.). Sembra di rilevare un'opinione prevalente secondo cui non hanno importanza i mezzi di tutela interna dati ai soci come tali (mezzi che spesso neanche esistono); per cui si afferma o che la società deve esperire i ricorsi interni, potendosi avere protezione diplomatica quando questi mezzi falliscano per diniego di giustizia (5), o, più radicalmente, che la regola del p.e.r.i. in tali casi non trova proprio applicazione (6).

Sulla problematica è intervenuta da ultimo la Corte dell'Aja nel caso Barcelona, negando agli Stati degli azionisti il diritto di intervento, con sentenza però largamente criticata sia all'interno della stessa Corte (si vedano le numerose opinioni dissenzienti) sia nella dottrina.

Va peraltro notato che nel caso Barcelona lo Stato autore dell'illecito era diverso dallo Stato di cui la Società aveva la nazionalità, per cui fu negato l'intervento agli Stati (ancora diversi) dei soci perché esisteva un soggetto formalmente distinto, legittimato all'azione (lo Stato nazionale della società). Si potrebbe quindi ritenere, « a contrario », che se lo Stato autore dell'illecito

(3) HACKWORTH, *Digest of int. law*, Washington, 1943, III, p. 420 ss.; SCHWARZENBERGER, *Int. law*, I, p. 389 ss.

(4) *Riv. di dir. int.*, 1912, p. 475. Conformi BATTAGLINI, CH. DE VISSCHER, nelle varie *opp. cit.* Unica voce contraria reperita è SERENI, *La cittadinanza degli enti morali in diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1934, p. 128 ss.

(5) *Restatement of the law*, p. 520 ss.

(6) BAGGE, *Intervention on the Ground of Damage Coused to Nationals etc.*, in *British Year Book of int. law*, 1958, p. 169 ss.

tuita a Palermo, in Sicilia, dove aveva uno stabilimento per la produzione di componenti elettronici. Nel 1967, la sua forza di lavoro contava quasi 900 dipendenti, ed i suoi cinque settori di attività coprivano i tubi a micro-onde, i tubi catodici, i raddrizzatori a semi-conduttori, i tubi a raggi X e gli scaricatori elettrici.

14. — Negli anni dal 1964 al 1966 compreso, l'ELSI ottenne un utile di esercizio, ma tale utile non fu sufficiente a controbilanciare i suoi oneri passivi ed il cumulo delle sue perdite, né mai la società pagò alcun dividendo ai suoi azionisti. Nel giugno 1964, le perdite cumulate dalla società oltrepassavano di un terzo il suo capitale e, conformemente a quanto previsto dall'art. 2446 del c.c. italiano, la società ebbe a ridurre il suo capitale sociale da Lit. 4,3 miliardi a Lit. 2 miliardi. Il capitale azionario fu pertanto diminuito di Lit. 2,3 miliardi, e rivalutato poi di pari somma sottoscritta dalla Raytheon. Un'altra operazione analoga fu necessaria nel marzo del 1967. Nel febbraio del 1967, asseriscono gli Stati Uniti, la Raytheon aveva incominciato a prendere misure per cercare di far sì che la ELSI risultasse autosufficiente. Tanto la Raytheon che la Machlett nominarono esperti altamente qualificati nel campo finanziario, manageriale e tecnico, e la Raytheon procurò oltre Lit. 4 miliardi fra ricapitalizza-

sia il medesimo Stato nazionale della società gli Stati dei soci possono agire, perché altrimenti i soci resterebbero senza protezione. E in effetti, in tali ipotesi, le Corti hanno ammesso l'azione degli Stati dei soci appunto per ragione di equità verso i soci stessi (7). Per cui sarà da verificare se nel caso di specie tali motivi di equità sussistano.

Al riguardo si potrebbe forse osservare che non sono immaginabili solo le due ipotesi dello Stato nazionale della società che sia anche l'autore dell'illecito, e dello Stato autore dell'illecito diverso sia dallo Stato nazionale della società che da quello dei soci. Ve n'è una terza: Stato nazionale della società diverso dallo Stato autore dell'illecito, che sia però (quest'ultimo) anche lo Stato nazionale dei soci. In questo caso certo non sarà immaginabile (al pari degli altri due ordini di casi) un'azione dello Stato nazionale della società, che è disinteressato. Ma non sarà neanche immaginabile un'azione dello Stato dei soci, che dovrebbe agire contro se stesso. Come risultato, i soci rimangono senza tutela e non v'è nessuna equità che possa aiutarli. È logico tollerare che dei soci rimangano senza tutela nei loro investimenti internazionali quando lo Stato che li pregiudica sia il loro Stato nazionale, mentre tale tutela abbiano quando lo Stato che commette l'illecito è diverso? Non può soddisfare una risposta positiva fondata sul solo rilievo formale che in un caso lo Stato maltratta i propri cittadini mentre nell'altro maltratta cittadini altrui.

Se anche infatti si ammettesse in generale (cosa già discutibile) il diritto internazionale di ogni Stato a maltrattare i propri cittadini, comunque tale diritto non potrebbe valere nell'ipotesi descritta.

Infatti emerge con chiarezza da tutta l'esperienza dei casi di protezione diplomatica in materia di società che l'illecito rilevante si risolve sempre nel

(7) *Casi Cayuga Indians*, in *Rep. of int. Arb. Awards*, VI, p. 169 ss., e *Delagoa*, cit. da Moore, *Adigest of International Law*, VI, Washington, 1906, p. 647.

zione ed indebitamento garantito. Nel dicembre 1967, a detta degli Stati Uniti, già diversi importanti provvedimenti erano stati messi in atto per modernizzare lo stabilimento e migliorarne l'esercizio.

15. — Tuttavia, nel contempo, il Presidente della ELSI, ed altri alti dirigenti della Raytheon, ebbero numerosi incontri — fra il febbraio del 1967 ed il marzo del 1968 — con rappresentanti del Governo italiano e della Regione Sicilia nonché con delegati dell'IRI (Istituto per la Ricostruzione Industriale) e dell'ESPI (Ente Siciliano per la Produzione Industriale). L'IRI è una finanziaria controllata dallo Stato italiano, con vasti interessi commerciali che, all'epoca, dominava i settori delle telecomunicazioni, dell'elettronica e dell'impiantistica; l'ESPI era l'organismo governativo a livello regionale responsabile della promozione industriale in Sicilia. Scopo dichiarato di queste riunioni era quello di trovare per l'ELSI un socio italiano influente ed economicamente saldo per esplorare le possibilità di una eventuale partecipazione pubblica. Il corpo dirigenziale della Raytheon era dell'opinione che « senza la partecipazione dell'IRI o di un altro ente pubblico italiano, l'ELSI sarebbe rimasta estromessa dalla comunità industriale italiana »; si diceva che un'associazione di questo tipo avrebbe « positivamente influito sulle decisioni governative in materia di pianificazione economica » e permesso all'ELSI di trarre beneficio dagli incentivi previsti dalla legge italiana a favore dello sviluppo industriale delle regioni meridionali (« il Mezzogiorno »). Vi sono state delle testimonianze a prova del fatto che la direzione dell'ELSI era stata informata

negare ai soci stranieri il trattamento nazionale o nel discriminarli. E allora uno Stato non dovrebbe far altro che discriminare o maltrattare (in qualche caso) propri cittadini soci di società estere, per essere così in grado di maltrattare allo stesso modo (in tutti gli altri casi che lo interessino) i cittadini stranieri soci di società ricadenti sotto la sua nazionalità o sotto quella di Stati terzi.

Si produrrebbe così un effetto equivalente alla c.d. clausola Calvo, pacificamente ritenuta priva di valore in diritto internazionale.

Quindi il diverso trattamento di questa ipotesi rispetto alle altre due analoghe non è logicamente giustificato. D'altronde, all'atto pratico, resta vero quanto detto all'inizio, e cioè che nessuna tutela di diritto internazionale i soci potrebbero in tal caso sperare. Ma se così è, non è equo che invece, negli altri casi, tale tutela sia accordata (operando per ragioni di equità una doppia deroga al principio della personalità giuridica delle società e della esclusiva personalità giuridica degli Stati in diritto internazionale). Quindi la pretesa ragione di equità non sussiste, e non può giustificare il trattamento inevitabilmente diverso della terza ipotesi rispetto alle altre due.

La via d'uscita sembra una sola: in materia di protezione di soci di società estere bisogna superare tutti i dati formali rappresentati così dalla esistenza di una società quale persona distinta dai soci, come dalla cittadinanza dei soci quale unico titolo per giustificare l'azione in protezione diplomatica del loro Stato. Occorre fare riferimento al dato dell'interesse sostanziale dello Stato di cui si invoca o si contesta l'intervento.

di poter beneficiare di questi incentivi a favore del Mezzogiorno, ma l'Italia ha esposto dinanzi a questa Sezione che ciò non era vero. L'appoggio a livello statale e regionale era ritenuto decisivo dall'ELSI perché lo Stato italiano, attraverso l'IRI od altri enti, era il cliente privilegiato di molti mercati che rivestivano la massima importanza per le attività ed il successo della società. Un dettagliato « Progetto per il finanziamento ed il riassetto aziendale » fu preparato e sottoposto all'ESPI nel maggio 1967.

16. — La direzione dell'ELSI era dell'opinione che uno dei motivi del suo insuccesso risiedeva nell'aver formato ed assunto una eccessiva forza di lavoro. Nel giugno 1967, fu deciso il licenziamento di circa 300 dipendenti. Conformemente al Contratto collettivo all'epoca in vigore, tale azione richiedeva, in Italia, tutta una serie di notifiche e trattative. Con l'intervento dell'ESPI, fu accettato un piano alternativo che prevedeva la sospensione, a partire dal 10 luglio 1967 e per la durata massima di sei settimane, di 168 dipendenti con stipendio ridotto a carico dell'ELSI, la quale avrebbe cercato di riassumerli alla fine di un programma di aggiornamento e riqualificazione professionale durante il quale sarebbero stati a carico della Regione Sicilia. Poiché le commesse aggiuntive che avrebbero permesso di mettere in atto questo piano non arrivavano, detti

Infatti nella terza ipotesi nessuno Stato interverrà mai a tutela dei soci, perché è evidente che nessuno Stato ha interesse a farlo.

Lo stesso principio, per equità e, soprattutto, per coerenza logica, andrà applicato alle altre due ipotesi: potrà intervenire solo lo Stato che dimostri un concreto interesse all'intervento, perché gli investimenti fatti dai soci hanno un'immediata rilevanza anche per esso.

Non potrà bastare affermare genericamente che propri cittadini hanno investito, perché così si tornerebbe a rendere determinante il puro dato formale della cittadinanza, ricadendo nell'incongruenza logica evidenziata nei passaggi che precedono.

Questo sembra un modo di dimostrare l'esigenza inderogabile che lo Stato agente in protezione diplomatica in senso stretto abbia un interesse proprio che vada oltre i due semplici presupposti costituiti dalla cittadinanza del socio leso e dal p.e.r.i. (ove configurabile); e nel contempo un modo di dare una concretezza a tale interesse dello Stato, che altrimenti sarebbe inafferrabile visto che la lesione, come fatto e come effetti, deve identificarsi totalmente con quella subita dal cittadino.

Per concludere sul punto si deve poi osservare che l'esperienza dei casi di protezione diplomatica di soci di società estere è costantemente intesa (quando è ammessa) come superamento dello schermo fittizio della persona giuridica, per andare a cogliere i reali interessi dei soci-cittadini. Ma allora, questo principio del superamento dello schermo societario deve valere senza eccezioni, anche nel caso in cui, com'è per la ELSI, i soci siano a loro volta società: perché si possa determinare la legittimazione dello Stato, questo dovrà dimostrare non solo che le società socie hanno la sua nazionalità, ma anche che i soci delle socie sono persone fisiche aventi la sua cittadinanza (o magari che tale cittadinanza hanno i soci delle società socie delle socie delle socie...).

dipendenti furono licenziati nel marzo del 1968. Un certo numero di scioperi settoriali si erano verificati all'inizio del 1968; a seguito dei licenziamenti, il 4 marzo 1968, l'intero stabilimento scese in sciopero. Secondo le autorità italiane, oltre a scioperare i dipendenti occuparono lo stabilimento, e questa occupazione era ancora in atto quando lo stabilimento fu requisito in data 1 aprile 1968 (vedi par. 30). Gli Stati Uniti, invece, sostengono che gli scioperi e le occupazioni pacifiche (« sit-in ») che si verificarono prima della requisizione furono solo sporadici, e che, soltanto dopo la richiesta di fallimento, presentata in data 26 aprile 1968 (vedi par. 36), di fatto i dipendenti occuparono lo stabilimento per qualche tempo.

17. — Quando diventò evidente che le discussioni con i funzionari ed enti italiani avrebbero difficilmente portato ad un accordo di mutua soddisfazione per la risoluzione delle difficoltà in cui si dibatteva l'ELSI, la Raytheon e la Machlett, nella loro veste di azionisti, incominciarono a pensare seriamente a chiudere e liquidare l'ELSI, onde contenere le loro perdite. La programmazione di massima per l'eventuale liquidazione dell'ELSI incominciò nel secondo semestre del 1967 e, all'inizio del 1968, piani dettagliati furono messi a punto per chiudere lo stabilimento e procedere con la liquidazione in data posteriore al 16 marzo 1968. In data 2 marzo 1968, i libri e la contabilità della società nonché, secondo la deposizione di un testimone durante le udienze, « una buona parte delle scorte » furono trasferiti dalla sede di Palermo ad un ufficio periferico di

Che presupposto dell'azione sia la dimostrazione della cittadinanza della persona fisica protetta, per cui mancando tale dimostrazione l'azione va respinta *in limine*, è regola costante (8).

Che anche in materia di società si debbano verificare i reali interessi personali sottostanti allo schermo della persona giuridica è sostenuto da P. De Visscher (9).

L'inammissibilità del reclamo per mancanza di un interesse sostanziale di propri cittadini nella società offesa è costantemente affermata (10).

Venendo ai rapporti tra la lesione subita dalla società e quella lamentata dai soci, in dottrina e giurisprudenza si rileva una posizione sostanzialmente unanime e coerente con il presupposto, visto sopra, che la tutela internazionale dei soci va ammessa quando non sia possibile una tutela internazionale della società. Pertanto, la lesione (e la tutela) dei soci è vista sì come autonoma da quella della società, ma nello stesso tempo anche come sussidiaria ad essa: perché sia ammissibile occorrerà che i soci non siano già stati indirettamente risarciti tramite il risarcimento della società (11).

(8) *Casi Priva, Giusti, Gebbia, Miliani*, nel contenzioso Italia-Messico del 1927, citati in FELLER, *op. cit.*, p. 92 ss.

(9) P. DE VISSCHER, *La protection diplomatique*, cit., p. 404 ss. e da varie opinioni dissenzienti nel caso *Barcelona*. V. anche il caso *Stunfeldt* (*Rep. of int. Arb. Awards*, II, p. 1098).

(10) *Caso Compagnie d'électricité de Varsovie*, in *Rep. of Int. Arb. Awards*, III, 1683 e altri, nonché dottrina unanime.

(11) SCHWARZENBERGER, *Int. law*, cit., I, 407; P. DE VISSCHER, *La protection diplomatique*, cit., p. 472; opinione giudice Jessup nel caso *Barcelona*; caso *Soc. Mineraria e Metallurgica di Pertusola*, in *Rep. of int. Arb. Awards*, XIII, p. 175.

Milano. In data 7 marzo 1968, la Raytheon notificò formalmente all'ELSI che, malgrado la sua necessità di ulteriori fondi, la Raytheon non avrebbe « sottoscritto alcuna ulteriore emissione di azioni da parte della Raytheon-Elsi, né garantito alcun prestito addizionale di terzi in favore della società stessa ».

18. — È stato dichiarato che questa decisione fu presa, tra l'altro, dopo disamina del bilancio provvisorio al 30 settembre 1967. Questo bilancio indicava il valore contabile delle attività dell'ELSI in Lit. 17.956,3 milioni, e l'indebitamento complessivo in Lit. 13.123,9 milioni; le perdite cumulate, pari a Lit. 2.681,3 milioni, avevano ridotto il valore del capitale sociale (capitale azionario + conto in sottoscrizione capitale) da Lit. 4 miliardi a 1.318,7 milioni. L'indebitamento complessivo comprendeva un certo numero di impegni verso una banca statunitense e verso diversi istituti di credito italiani, di cui alcuni (ma non tutti) erano garantiti dalla Raytheon. In vista di una possibile liquidazione, una valutazione stimata degli averi al 31 marzo 1968 fu preparata a cura del Capo dei Servizi finanziari della Raytheon, che indicava, a quella data, il valore contabile dell'ELSI in Lit. 18.640 milioni. Come spiegato nel suo « affidavit » depositato nel corso di questo dibattito, tale valutazione indicava anche « l'ammontare minimo di ricupero degli averi sui quali era possibile contare onde assicurare una ordinata alienazione », ed il valore complessivo di realizzo (« quicksale value ») di detti averi era pertanto valutato in

Ci si potrebbe allora chiedere se lo stesso ordine di idee non valga nell'ipotesi (quale la nostra) in cui la società, non potendo ovviamente agire in sede internazionale contro il proprio Stato, abbia adito le giurisdizioni interne, ottenendone, senza diniego di giustizia, una parziale soddisfazione; per concludere che in tal modo anche i soci debbono ritenersi soddisfatti. P. De Visscher (12) cita la posizione assunta nel caso Tlahualilo dal governo britannico, il quale dichiarò che era pronto ad attendere il risultato dell'istanza proposta avanti ai tribunali interni da parte della società ma che, ove la sentenza interna non avesse assicurato alla società la riparazione richiesta, si sarebbe sentito obbligato a presentare un reclamo internazionale a favore dei soci britannici presenti nella società.

Certo è che l'autonomia della lesione dei soci rispetto a quella della società avente diversa nazionalità impone un rigoroso onere della prova allo Stato che agisca in protezione diplomatica dei soci: prova dell'effettivo interesse di questi nella società. Tale prova si raggiunge superando tutti gli schemi societari e rintracciando le persone fisiche degli azionisti (13).

Raggiunta così la prova dell'interesse dei soci, va provato l'interesse del loro Stato che agisca in protezione diplomatica: quell'« interesse che valga la pena di essere protetto da uno Stato » (14), e che sussiste solo se « l'investimento in questione è collegato all'ordine economico nazionale e se lo Stato reclamante

(12) P. DE VISSCHER, *La protection diplomatique*, cit., p. 476.

(13) CH. DE VISSCHER, *De la protection diplomatique*, cit., p. 646; *A proposito delle holdings*, conforme l'opinione del giudice Jessup nel caso *Barcelona*.

(14) Opinione Tanaka nel caso *Barcelona*.

Lit. 10.838,8 milioni. Il bilancio stabilito in seguito per illustrare la posizione della società al 31 marzo 1968, per estrapolazione del bilancio al 30 settembre 1967, indicava un valore contabile dell'insieme delle attività pari a Lit. 17.053,5 milioni ed un ammontare di Lit. 12.970,6 milioni per il totale del passivo.

19. — Nel corso delle udienze, a richiesta dell'agente dell'Italia, la Sezione ha chiesto al Governo degli Stati Uniti di produrre la relazione finanziaria che mostrava la posizione dell'ELSI al 30 settembre 1967 e sulla base della quale erano state desunte le cifre per stimare il valore contabile dei suoi averi. Detta relazione, preparata dai revisori dei conti in Italia della Raytheon in data 22 marzo 1968, è stata depositata come prova. Il bilancio allegato mostrava due serie di cifre: la prima corrispondeva agli attivi e passivi menzionati al precedente par. 18 e dava le cifre come apparivano registrate nei libri contabili della società. La seconda serie di cifre era basata sulle cifre della prima serie ma con un certo numero di aggiustamenti fatti nell'ottica della politica contabile-finanziaria della Raytheon « in modo da permettere il confronto dei dati finanziari inviati dalle sedi estere » delle sue società sussidiarie. Secondo il Co-Agente degli Stati Uniti, la principale differenza fra le registrazioni contabili in uso in Italia e quelle usate dalla Raytheon risiedeva nel fatto che:

« la voce degli oneri differiti, rappresentati per la maggior parte dal costo richiesto per sviluppare le nuove linee di produzione e miglio-

ha subito attentato alla prosperità della sua economia nazionale a causa dell'atto illecito che ha colpito la società » (15).

Un aspetto particolare (rilevante nel nostro caso) delle questioni interne di protezione diplomatica delle società e dei soci è costituito dalle nazionalizzazioni (concetto ampio, che ricomprende anche le espropriazioni e le requisizioni) decise dallo Stato nazionale della società (16).

Dottrina e giurisprudenza concordano sulla completa discrezionalità di ogni Stato nel procedere a nazionalizzazioni (intese come sopra), senza che sia consentito alcun sindacato in sede internazionale sulla realtà e sulla natura del pubblico interesse fatto valere dallo Stato espropriante; ciò soprattutto dopo la fondamentale Risoluzione dell'Assemblea generale dell'ONU 14 dicembre 1962, n. 1803, sulla « sovranità permanente sulle risorse naturali ».

Unico dovere sindacabile in sede internazionale è quello dell'indennizzo, sotto il profilo della sua adeguatezza.

Si era detto all'inizio che la protezione diplomatica dei soci e delle società è il tipico campo della protezione diplomatica in senso stretto. Più precisamente va detto che, mentre la protezione diplomatica della propria società da parte dello Stato nazionale di questa può anche essere in senso ampio (se sia leso autonomamente lo Stato nazionale come tale), la protezione diplomatica dei soci

(15) Opinione Gros nel caso *Barcelona*.

(16) Si veda, in generale, TOSATO, *Un recente dibattito in tema di nazionalizzazioni ed espropriazioni di beni stranieri nel diritto internazionale pubblico*, in *Riv. dir. int.*, 1973, p. 748 ss.

rare la qualità dei prodotti, era riportata nei libri contabili italiani, mentre veniva regolarmente depennata dalla Raytheon Company ».

Questo aggiustamento della voce « oneri differiti » portava ad una diminuzione di Lit. 1.653 milioni dell'insieme degli averi. Considerando l'insieme degli aggiustamenti, la seconda serie di cifre dava un valore di Lit. 14.893,9 milioni agli averi ed un valore di Lit. 15.775,2 milioni ai passivi. I revisori precisarono, nella loro lettera di trasmissione ai contabili della Raytheon, che:

« Gli aggiustamenti praticati dalla società nel preparare il suddetto bilancio e conto di profitti e perdite cumulate non sono stati riportati, alla data della presente relazione, nei libri contabili, essenzialmente per motivi fiscali. Di conseguenza, i conti finanziari allegati non corrispondono alle scritture contabili della società ».

Fra le « Note sui conti finanziari » allegate alle scritture contabili da parte dei revisori, si poteva leggere:

« 10. Le perdite cumulate, dopo aggiustamento, risultano, al 30 settembre 1967, eccedenti il totale del capitale azionario versato più la riserva in conto capitale più il conto di sottoscrizione degli azionisti, per un importo di Lit. 881,3 milioni. Se questo dovesse diventare « ufficiale » (cioè, se gli aggiustamenti praticati per arrivare a questo valore di per-

propri cittadini rispetto alle lesioni arrecate ad una società straniera, è sempre in senso stretto. Infatti si può ravvisare una lesione autonoma dello Stato (tale da giustificare un'azione in protezione diplomatica ampia) solo se il soggetto passivo dell'illecito abbia la cittadinanza o la nazionalità dello Stato che agisce: solo in tal caso può dirsi che lo Stato autore dell'illecito ha avuto coscienza e volontà di offendere (attraverso il cittadino o la persona giuridica) l'altro Stato.

Se invece, come nei nostri casi, il soggetto passivo (la società) ha nazionalità diversa da quella dei soci, l'offesa arrecata dallo Stato alla società non può dirsi coscientemente e volutamente diretta contro lo Stato nazionale dei soci. Questi (e di conseguenza il loro Stato) sono lesi solo in via mediata; pertanto non v'è mai spazio per una lesione autonoma dello Stato: la lesione subita da questo si identifica sempre e comunque con la lesione individuale dei soci, e quindi legittima solo all'azione in protezione diplomatica in senso stretto (con tutte le condizioni preliminari che occorrono in tal caso) (17).

2) Sulla nozione di atto arbitrariamente lesivo del patrimonio di stranieri, secondo il diritto internazionale

1. La nozione di atto arbitrariamente lesivo della proprietà o del patrimonio di stranieri rilevante secondo il diritto internazionale acquista un'importanza pratica decisiva tutte le volte in cui si tratta di valutare l'ammissibilità e la fondatezza dell'iniziativa di interposizione diplomatica intrapresa dallo Stato nazionale dei soggetti lesi.

(17) Cfr. P. DE VISSCHER, *La protection diplomatique*, cit., p. 459 ss.; opinione Ammoun nel caso *Barcelona*, e anche opinione Tanaka.

dite cumulate fossero registrati nei libri contabili della società), in base agli artt. 2447 e 2448 del c.c. italiano, i consiglieri sarebbero nell'obbligo di convocare l'assemblea degli azionisti per prendere le misure necessarie onde coprire le perdite mediante l'apporto di nuovi fondi, oppure mettere la società in liquidazione».

I revisori hanno anche espresso le loro riserve per altre due voci, per un totale di Lit. 1.168,5 milioni.

20. — Ciò malgrado, i funzionari della Raytheon e dell'ELSI furono informati, nel marzo 1968, dal loro legale italiano che « il capitale dell'ELSI, pur tenendo conto delle perdite cumulate fino a quel momento, rimaneva comunque ben al di sopra del minimo richiesto dalla legge », artt. 2447 e 2448 del c.c. italiano (Lit. 1 milione), la quale prevede che venga sciolta d'ufficio la società che non prendesse gli opportuni provvedimenti per riportare il proprio capitale al livello richiesto. Nell'opinione del suddetto legale, « era pertanto possibile, per gli azionisti dell'ELSI, pianificare l'ordinata liquidazione della società nel rispetto della legge italiana ».

21. — In tutto questo dibattito, l'espressione di « ordinata liquidazione » (« orderly liquidation ») viene intesa esclusivamente nel senso che ad essa danno i funzionari dell'ELSI ed i rappresentanti degli Stati Uniti, cioè l'operazione programmata nel 1967-68 dalla direzione dell'ELSI per la vendita dell'attività o dei suoi averi, in toto o separatamente, e l'estinzione, integrale o meno, delle passività dell'ELSI mediante il ricavato, rimanendo tutta l'operazione sotto il controllo della medesima.

L'azione di protezione sarà infatti ammissibile solo se l'atto imputato allo Stato convenuto venga qualificato come arbitrario in un senso tale da porlo come elemento costitutivo di un illecito internazionale, ossia di una violazione di un obbligo stabilito dal diritto internazionale, consuetudinario o convenzionale.

E infatti un punto fermissimo della giurisprudenza e della dottrina che occorre distinguere fra atto arbitrario costituente un'ipotesi di illegittimità rilevante solo alla stregua del diritto interno, e atto la cui arbitrarietà assurge a infrazione dell'ordinamento internazionale (18).

L'illegittimità puramente interna non costituisce valido titolo per un'azione in protezione diplomatica. Sviluppando: non è sufficiente (e neppure necessario) che un provvedimento amministrativo (o qualsiasi altro atto di pubblico potere) incidente sulla proprietà o sul patrimonio di stranieri sia qualificabile come arbitrario secondo il diritto interno dello Stato che ne è autore, affinché per ciò solo esso possa dirsi anche costitutivo di infrazione agli obblighi internazionali in materia di trattamento dei cittadini di altri Stati. Il diritto internazionale sul trattamento e la conseguente attività di protezione diplomatica non possono servire a sanzionare arbitrii di rilievo meramente interno.

(18) Sulla necessità di distinguere tra illecità meramente interna dell'atto e illecità internazionale, l'unica rilevante ai fini della interposizione diplomatica, v., per tutti, Ago, *La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni in tema di responsabilità internazionale*, ora ripubblicato in *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, I, Napoli, 1979, p. 105 ss. e autori e giurisprudenza ivi citati.

22. — Secondo gli Stati Uniti, gli obiettivi chiave della ordinata liquidazione prevista erano di conservare gli averi e mantenere il più possibile la dinamicità dell'azienda per stimolare l'interesse dei possibili acquirenti. Era previsto di dare larga pubblicità alle linee di produzione dell'ELSI, offrendole sia in blocco, sia separatamente. C'era l'intenzione, se l'ammontare realizzato con la vendita degli averi fosse risultato sufficiente, di saldare tutti i creditori. La programmazione tuttavia prevedeva anche la valutazione di realizzo degli averi (vedi par. 18) che, come riscontrato, era inferiore al totale delle passività della società. Era giudicato non possibile mandare avanti una normale produzione. Il personale doveva essere licenziato, ad eccezione di circa 120 persone-chiave necessarie per concludere l'operazione e per assicurare la limitata produzione richiesta dalla necessità di portare a termine certi contratti, in particolare con le Forze Armate, e mantenere i contatti con i clienti.

23. — Nel piano di liquidazione previsto, il direttore amministrativo della Raytheon stabiliva il trattamento riservato ai creditori nel caso di ricavo del solo valore di realizzo, nel modo seguente:

« In linea di massima, dovrebbero essere soddisfatti per primi i piccoli creditori, con riserva, ovviamente, del consenso dei maggiori creditori per ridurre al minimo l'impegno amministrativo nel corso della liquidazione. La priorità dovrebbe spettare ai creditori garantiti e privilegiati che verrebbero pagati con il prodotto della vendita dei beni ipo-

2. L'oggetto della presente ricerca si precisa quindi come segue: in quali casi e a quali condizioni una misura di pubblico potere (segnatamente, ai nostri fini, un provvedimento amministrativo) ablatoria di diritti patrimoniali di stranieri può essere qualificata come arbitraria compressione dello « standard » di trattamento loro riconosciuto dal diritto internazionale.

Occorrerà perciò identificare: a) la struttura delle norme internazionali sul trattamento di stranieri nel campo patrimoniale; b) la nozione di atto arbitrario rilevante in questo medesimo campo.

2a. Le norme internazionali in materia di trattamento degli stranieri nel campo patrimoniale, sia che si considerino le poche poste dalla consuetudine (e che si possono riassumere nel divieto di espropriazione senza indennizzo e nell'obbligo di assicurare una effettiva tutela giurisdizionale), sia che si abbia riguardo a quelle poste da convenzioni (specialmente, come nel nostro caso, da trattati di amicizia e commercio), vanno strutturalmente raggruppate in due classi: le norme che impongono o vietano specificamente il compimento di dati atti da parte dello Stato con cui sono in relazione gli stranieri della cui protezione si tratta (p. es. specifico divieto di visita doganale a carico del naviglio di una certa nazionalità), e che potremmo qualificare come norme che pongono obbligazioni di mezzi; le norme che, senza imporre o vietare in modo specifico alcun atto allo Stato tenuto a rispettarle, fissano degli obiettivi che, in materia di trattamento patrimoniale degli stranieri, tale Stato è tenuto a raggiungere, restando completamente libero circa la scelta dei mezzi da impiegare per tale conseguimento (tipiche le norme sul c.d. trattamento nazionale, sul divieto di ingerenza nelle attività economiche straniere, e quella già ricordata sul divieto

tecati, mentre i maggiori creditori non garantiti verrebbero pagati in base ad aliquote proporzionali sui fondi ottenuti dalla vendita degli averi. Si farebbe poi appello alla Raytheon per soddisfare tutti i creditori garantiti per il rimanente ancora non assolto con il ricavo della vendita degli averi. Abbiamo calcolato che i creditori garantiti e privilegiati riceverebbero il 100 per cento dei loro diritti insoluti mentre i maggiori creditori chirografari non coperti da garanzie sottoscritte dalla Raytheon, otterrebbero circa il 50 per cento delle loro rivendicazioni, essendo questi ultimi alcune banche, la Raytheon e le sue sussidiarie. Confidiamo che una ordinata liquidazione di questo tipo sarebbe accettabile per i creditori, in quanto è molto più favorevole di quanto potrebbero aspettarsi da un fallimento».

Secondo gli Stati Uniti, era prioritaria la soddisfazione di tutti i piccoli creditori

« in modo da contenere il numero dei creditori, rendendolo gestibile per evitare il rischio che un eventuale piccolo creditore irresponsabile prenda provvedimenti avventati, creando così grosse difficoltà allo svolgimento ordinato della liquidazione ».

In appendice ad uno degli « affidavit » depositati dai funzionari della Raytheon e dell'ELSI, annesso alla memoria presentata dagli Stati Uniti, figurano, fra l'altro, i calcoli dettagliati delle varie valutazioni fatte degli averi dell'ELSI, l'analisi delle passività della società e la loro priorità secondo il piano di liquidazione, nonché la ripartizione prevista per i ricavi ottenuti dalla vendita degli averi, sia secondo il loro valore contabile, sia secondo il loro « valore di realizzo minimo ».

di espropriazione senza indennizzo): possiamo designare queste norme come impositive di obbligazioni di risultato (19).

Le norme sul trattamento sono in maggior parte di questa seconda classe (norme « di risultato »); solo in casi particolari e, come s'è visto, poco numerosi, sono norme « di mezzi ».

2a.1. Riguardo alle norme « di mezzi » non può logicamente porsi alcuna questione di loro violazione attraverso atti arbitrari: contenendo esse un obbligo o un divieto tassativo di tenere una data condotta, esse sono rispettate se la specifica condotta imposta o vietata è, rispettivamente, tenuta o non tenuta; sono violate nel caso contrario. Il criterio di accertamento della violazione è del tutto oggettivo, e resta in radice assorbita, per la struttura stessa di norma « di mezzi » che ha la norma in questione, ogni indagine e ogni rilevanza degli elementi soggettivi e finalistici dell'atto: indagine e rilevanza invece essenziali ogniquale si debba valutare un atto sotto il profilo della sua eventuale arbitrarietà.

Va in proposito chiarito, con riferimento al caso di specie, che la norma del Trattato di amicizia Italia-USA che vieta gli atti arbitrari a danno degli

(19) Sulla distinzione fra norme « di mezzi » e norme « di risultato » in materia di trattamento, c. AGO, *op. cit.*, p. 112 ss., nonché ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale, Parte prima*, Firenze, 1902, p. 151; DONATI, *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, I, Torino, 1906, p. 343 ss.

24. — Gli Stati Uniti sostengono che, nonostante la notifica formale fatta dalla Raytheon in data 7 marzo 1968 in base alla quale essa non avrebbe più sottoscritto alcuna ulteriore emissione di azioni, né garantito alcun prestito addizionale (par. 17, alla fine), la suddetta società era nondimeno pronta a fornire un certo supporto finanziario ed alcune garanzie per favorire l'ordinata liquidazione, mentre non era affatto disposta ad elargire ulteriori fondi per mandare avanti l'attività dell'ELSI. Secondo i funzionari dell'ELSI, se fosse stata data alla Raytheon la possibilità di gestire la liquidazione come l'aveva pianificato, sarebbe stata garantita la composizione illustrata al paragrafo precedente. Essi dichiararono:

«A dimostrazione della sua approvazione del previsto piano di liquidazione, la Raytheon dispose l'invio di fondi all'ELSI, prima che essa incominciasse a vendere i suoi averi, in modo da metterla in condizione di saldare facilmente i suoi piccoli creditori e, in quest'ottica, come primo passo, trasferì Lit. 150 milioni all'agenzia di Milano della First National City Bank».

E stato testimoniato durante le udienze che fu iniziato il pagamento dei piccoli creditori con questi fondi, ma che poi detto pagamento fu interrotto dalle banche creditrici in quanto da loro considerato un « trattamento preferenziale ». Era stato previsto che la Raytheon si sarebbe fatta carico del valore nominale dell'esigibile (in seguito valutato in circa Lit. 2.879 milioni), fornendo così una immediata liquidità.

investimenti effettuati da cittadini dell'altro Paese è una norma « di risultato », non « di mezzi ». La tesi di controparte sembra infatti essere quella secondo cui la norma in esame pone uno specifico divieto di compiere atti che, secondo il diritto interno dello Stato che ne è autore, siano qualificabili come arbitrari; di conseguenza, avendo lo stesso Prefetto di Palermo qualificata come viziata da eccesso di potere l'ordinanza sindacale di requisizione, sussisterebbe la pretesa violazione non solo (com'è evidente) del diritto interno ma anche della norma internazionale (posta dal Trattato) che vieterebbe specificamente simili atti.

Ciò non si può condividere per due ordini di motivi. In primo luogo, la tesi implica chiaramente un rinvio da parte del trattato al diritto interno per la qualificazione di ciò che è arbitrario: senonché tale rinvio non emerge da nessuna disposizione del trattato onde, in applicazione del canone interpretativo tenuto sempre fermo dalla Corte internazionale di giustizia, detto della « superiorità del diritto internazionale sul diritto interno », è giocoforza ritenere che l'arbitrarietà dell'atto vada qualificata in base a criteri di stretto diritto internazionale, senza alcun rinvio al diritto interno.

In secondo luogo questa interpretazione, che fa dipendere l'arbitrarietà internazionale rilevante dalle valutazioni del diritto interno, renderebbe la norma superflua: in tal modo, infatti, il divieto di atti arbitrari diverrebbe un doppione della norma sulla parità di trattamento (« trattamento nazionale »), non potendo evidentemente significare altro se non che ciò che è arbitrario per i cittadini italiani (cioè secondo il diritto interno italiano) deve essere ritenuto dagli organi dello Stato come arbitrario anche quando riguardi cittadini statunitensi.

25. — All'epoca, il consulente giuridico dell'ELSI (vedi par. 20) e gli avvocati italiani consultati dagli Stati Uniti erano del parere che, nel marzo 1968, l'ELSI aveva il diritto di procedere ad una ordinata liquidazione dei suoi averi, non aveva l'obbligo di presentare una richiesta di fallimento, né correva il rischio di subire uno scioglimento obbligatorio, come previsto dall'art. 2447 del c.c. italiano, e che era sempre in regola con il disposto dell'art. 2446 del suddetto c.c. Ciò non ostante, l'Italia sostiene che, nel marzo 1968, l'ELSI non era in grado di pagare i suoi debiti e aveva dissipato l'intero suo capitale di Lit. 4 miliardi, che pertanto non poteva pretendere una ordinata liquidazione e che, nella sua veste di debitore insolvente, aveva l'obbligo di richiedere il fallimento. Il dissenso riguarda la valutazione degli averi dell'ELSI fatta al 31 marzo 1968: le parti hanno fatto valutazioni contraddittorie su cosa si intende per una corretta pratica contabile ai fini di ottemperare ai requisiti della legge italiana nella fattispecie. L'Italia ha anche fatto osservare che, indipendentemente dal fatto che l'ELSI fosse o meno insolvente, la procedura prevista non era quella di una liquidazione volontaria come inteso dall'art. 2450 del c.c. italiano in quanto una tale procedura prevede che il liquidatore sia nominato dagli azionisti o, in caso di mancato accordo, dal Tribunale. Secondo la deposizione di un esperto chiamato per conto dell'Italia, essendo l'ELSI insolvente e volendo evitare l'obbligo di una richiesta di fallimento, aveva per unica possibilità quella di chiedere al Tribunale l'autorizzazione di procedere ad un concordato preventivo come regolato dagli artt. 160 e seguenti della legge italiana

Va quindi respinto, nel caso concreto, il tentativo di superare il problema della qualificazione *internazionale* dell'arbitrarietà appiattendola, per così dire, sulla qualificazione di diritto interno dell'ordinanza sindacale come viziata da eccesso di potere; tentativo operato attribuendo alla norma che vieta gli atti arbitrari la struttura di norma « di mezzi » anziché « di risultato ». E va ribadito che tale norma ha il ben diverso contenuto di previsione che fissa un obiettivo da raggiungere nei rapporti internazionali delle parti contraenti, onde è solo con valutazioni di natura internazionalistica che va giudicato della sua eventuale violazione (20).

2a. 2. Il primo presupposto perché possa parlarsi di atto arbitrario secondo il diritto internazionale in materia di trattamento è quindi che si controverta della violazione di una norma « di risultato » e non « di mezzi ».

Riportata così la questione nel campo delle norme « di risultato », si osserva subito la fondamentale conseguenza giuridica che deriva da questa particolare struttura.

Essendo lo Stato completamente libero nello scegliere i mezzi per raggiungere il risultato e consistendo questi mezzi in attività e procedimenti degli organi interni dello Stato stesso, il risultato non può dirsi raggiunto o mancato, ossia la norma di risultato rispettata o violata, fino a quando le attività e i procedimenti interni non siano stati portati al loro integrale compimento:

(20) Sul principio di superiorità del diritto internazionale, v. LAUTERPACHT, *International law*, Cambridge, 1970, I, p. 474 ss.

sul fallimento, dovendo all'uopo presentare la prova che almeno il 40 per cento dei creditori chirografari sarebbe stato pagato. Invece, secondo l'esperto chiamato per conto degli Stati Uniti, l'apparente incapacità di saldare tutti i creditori al 100 per cento non è decisiva ai fini di una ordinata liquidazione volontaria e, a questo proposito, ha fatto menzione, in particolare, del sistema del concordato stragiudiziale.

26. — La direzione dell'ELSI era consapevole che una crisi finanziaria era imminente e, già dal settembre 1967, gli alti dirigenti della società sorvegliavano attentamente l'assottigliamento progressivo dei fondi in modo da evitare che la società arrivasse ad un punto in cui il proseguimento delle sue attività sarebbe stato contrario alla legge italiana. Durante una riunione, tenutasi il 21 febbraio 1968 fra i responsabili della Raytheon e dell'ELSI ed il Presidente della Regione Sicilia, il presidente dell'ELSI « stese un preciso calendario: a) 23 febbraio: riunione del consiglio di amministrazione; b) fra il 26 ed il 29 febbraio: crisi inevitabile con le banche; c) 8 marzo: non ci sono più soldi e bisogna chiudere lo stabilimento ». Il verbale di questa riunione aggiunge che « la data dell'8 marzo fu più volte sottolineata come il limite massimo di cessazione delle attività, motivata da una totale crisi finanziaria ».

27. — In data 16 marzo 1968, si riunì il consiglio di amministrazione dell'ELSI per esaminare la relazione sulla situazione finanziaria, concludendo « che non c'era altra alternativa che far cessare le attività della società ». Il consiglio di amministrazione così

è, come appare evidente, la regola del « previo esaurimento dei ricorsi interni ». Non può quindi parlarsi di atto arbitrario secondo il diritto internazionale fino a quando la condotta interna non si sia completata.

Ne deriva che il secondo presupposto perché possa parlarsi di atto arbitrario in materia di diritto internazionale sul trattamento è che siano stati esauriti i ricorsi interni, e l'atto non sia stato rimosso o non sia stata riconosciuta un'indennità (21).

Nel caso di specie, quanto alla società, l'atto fu rimosso dal Prefetto e l'indennità riconosciuta dal giudice civile; quanto ai soci, essi non intrapresero alcuna azione risarcitoria avanti ai giudici interni, e quindi non esaurirono i ricorsi interni.

Basterebbe ciò ad escludere che l'ordinanza di requisizione emessa dal Sindaco di Palermo sia un atto arbitrario secondo il diritto internazionale.

2b. Concedendo tuttavia, per mera ipotesi, che sussistano le due condizioni preliminari ora viste affinché possa parlarsi di atto arbitrario secondo il diritto internazionale sul trattamento patrimoniale degli stranieri, veniamo nel merito ad esaminare in che cosa potrebbe consistere concretamente tale arbitrarietà.

(21) Per questa nozione dell'attività di adempimento a obblighi di risultato e della regola del previo esaurimento, v. AGO, *La regola del previo esaurimento*, cit., p. 120 ss.; *idem*, *Le délit international*, ripubblicato, in *Scritti*, cit., pp. 231 ss., 240 ss.

« decise la cessazione delle attività della società, da attuare come segue:

1. la produzione verrà fermata immediatamente;
2. le attività commerciali si concluderanno ed i contratti con il personale verranno rescissi al 29 marzo 1968 ».

Questa decisione fu notificata ai dipendenti dell'ELSI con lettera datata 16 marzo 1968. In data 28 marzo 1968, si riunì l'assemblea degli azionisti dell'ELSI che deliberò, fra l'altro, « di ratificare le risoluzioni adottate dal consiglio di amministrazione nella riunione del 16 marzo 1968 e, pertanto, di approvare la cessazione delle attività da parte della società ». Vi furono comunque delle riunioni con funzionari italiani fino al 29 marzo 1968, le autorità continuando a fare ampie promesse circa l'intervento dell'ESPI, facendo forti pressioni sull'ELSI perché non chiudesse lo stabilimento e non licenziasse il personale, mentre i funzionari della società ribadivano che ciò non si poteva più evitare se non arrivavano nuovi fondi. Le lettere di licenziamento furono spedite ai dipendenti in data 29 marzo 1968.

28. — Nella prima mattinata del 31 marzo 1968, l'amministratore delegato dell'ELSI ebbe con il Presidente della Regione Sicilia, dott. Carollo, una riunione nel corso della quale quest'ultimo dichiarò che il Presidente del Consiglio italiano aveva detto che sarebbe stata costituita una società fra l'ESPI e l'IMI (Istituto Mobiliare Italiano) per l'acquisizione dei beni

Dottrina e giurisprudenza internazionale impostano il problema sotto il profilo dell'abuso del diritto. Si tratta infatti di stabilire fino a qual punto uno Stato sia libero di esercitare i propri poteri sovrani anche colpendo stranieri senza che ciò, appunto in nome del diritto di sovranità interna, costituisca violazione del diritto internazionale. Si avverte, quindi, da parte degli autori e dei giudici, che la nozione dell'arbitrio va costruita con estrema cautela poiché essa in sostanza si risolve in un limite imposto alla sovranità. E la sovranità può essere giuridicamente limitata solo in nome della coesistenza (che è l'altro bene tutelato dal diritto internazionale).

Ciò posto, ne discende che è arbitrario secondo il diritto internazionale sul trattamento l'atto di pubblico potere avente carattere emulativo, ossia compiuto riguardo al patrimonio di stranieri senza alcun altro scopo che nuocere a questi ultimi in quanto stranieri (22).

Solo così, infatti, la compressione delle sfere giuridiche patrimoniali dei soggetti supera il livello individuale (ossia il diritto interno) e assurge a compressione mediata o immediata dello Stato cui i destinatari dell'atto appartengono, cioè attinge il livello del diritto internazionale.

Non c'è invero dubbio che lo Stato il quale espropri o requisisca i beni o nazionalizzi o comunque comprometta gli investimenti di cittadini stranieri

(22) Per la nozione di abuso del diritto secondo l'ordinamento internazionale, v. Ago, *Le délit international*, cit., p. 166 ss.; LAUTERPACHT, *International law*, Cambridge, 1970, I, pp. 384 ss., 387 ss., 422 ss., con particolare riguardo ai rapporti fra sovranità e coesistenza.

dell'ELSI e che sarebbe poi stata creata una finanziaria che, alla fine, avrebbe preso il controllo dell'ELSI. Il dott. Carollo avrebbe continuato dicendo che « per far sì che la gente rimanga a Palermo e si eviti un esodo verso altre opportunità di lavoro, nonché per proteggere lo stabilimento e le sue attrezzature, lo stabilimento sarebbe stato requisito... ». In data 1° aprile 1968, alcuni responsabili della società si incontrarono con responsabili delle banche creditrici dell'ELSI per discutere i piani preparati dalla società per attuare l'ordinata liquidazione. Secondo gli Stati Uniti, i responsabili dell'ELSI informarono le banche che la Raytheon non era più disposta a fornire un qualsiasi ulteriore supporto finanziario all'ELSI sotto forma di capitale, prestiti, anticipi o garanzie, ma che era previsto che intervenisse (vedi par. 24) per assicurare il fabbisogno immediato di liquidità necessario per fare fronte alla suddetta ordinata liquidazione. Questo intervento prevedeva l'acquisto, da parte della Raytheon, delle cambiali esigibili dall'ELSI, al 100 per cento del loro valore nominale, in modo da saldare i piccoli creditori, pagare gli stipendi e le indennità di licenziamento ed assolvere agli altri obblighi prioritari urgenti.

per il solo motivo che questi ultimi sono stranieri, colpisce il principio di coesistenza pacifica (siffatta motivazione è ammissibile solo in stato di guerra), e perciò abusa della propria sovranità.

E altresì ritenuto arbitrario secondo il diritto internazionale sul trattamento patrimoniale l'atto ablatorio a danno di stranieri che non abbia altro fine se non quello di sciogliere lo Stato o suoi cittadini da rapporti contrattuali conclusi con gli stranieri e giudicati non (o non più) convenienti, mutando per questo solo fine la valutazione compiuta al momento della stipulazione (ampie applicazioni in materia di « joint ventures ») (23).

Anche questa ipotesi, a ben vedere, non è che una sottospecie della prima, mirando a tutelare le contrattazioni internazionali viste come strumento di coesistenza.

Correlativamente, viene unanimemente escluso da dottrina e giurisprudenza il carattere arbitrario di qualunque atto ablatorio patrimoniale che, pur riguardando soltanto stranieri, sia però adottato dallo Stato sulla base di una valutazione operata in buona fede della sussistenza di un effettivo interesse pubblico o sociale interno all'emanazione di quell'atto. Purché, insomma, vi sia la buona fede, l'atto è legittimo e non arbitrario secondo il diritto internazionale, quale che sia poi la sua sorte secondo il diritto interno (anche, come nel nostro caso, l'annullamento per eccesso di potere da incongruità tra mezzo e scopo dell'atto).

Queste regole di ordine generale non cambiano con riferimento a normative di diritto particolare, quali quelle poste da trattati di amicizia, di cui anzi divengono il criterio interpretativo.

Il divieto di atti arbitrari a danno degli investimenti di cittadini dell'altro Stato non può infatti essere inteso che alla stregua dello scopo del trattato

(23) Per la qualificazione dell'arbitrio secondo il diritto internazionale sul trattamento patrimoniale, v., ancora, LAUTERFACHT, *op. cit.*, p. 387 ss., nonché il suo commento al caso *Anglo-Iranian Oil Company*, *ibidem*, IV, pp. 47 ss., 58 ss., 68 ss., spec. p. 72 e opinioni Brierly, Gidel, Freeman ivi riportate.

29. — Nessun accordo fu raggiunto nel corso di questa riunione. Alcune banche avanzarono richieste di ulteriori informazioni ed un'altra riunione avrebbe dovuto tenersi più in là, sulla base di un ordine del giorno prefissato. Successivamente, i responsabili dell'ELSI vennero informati che lo stabilimento era stato requisito. Secondo gli Stati Uniti, i funzionari della Raytheon e dell'ELSI avevano motivi di credere che, nel caso di una liquidazione, le banche creditrici avrebbero accettato una composizione con pagamento al 50 per cento di tutti i loro crediti, ma non vi è alcuna prova che questo fosse l'atteggiamento delle banche in quel momento. Non appare, dalle deposizioni, che sia stato specificatamente chiesto, nella riunione del 1° aprile 1968, alle banche se erano disposte a collaborare sulla base di un 50 per cento garantito; anzi, l'allora consulente giuridico dell'ELSI ha sostenuto, per conto degli Stati Uniti:

« Non vi è prova di trattative con le banche, all'epoca della requisizione, perché gli azionisti erano allora pienamente convinti che gli averi dell'ELSI sarebbero stati venduti al loro valore contabile, ed era pertanto inutile, in quel momento, avviare negoziati di quel genere. Quello che gli azionisti ed il consiglio di amministrazione dell'ELSI cercavano allora era un'intesa con le banche per programmare ordinatamente il modo ed i tempi della liquidazione ».

Sempre secondo lo stesso legale, fu durante le trattative del settembre-ottobre 1968, ossia dopo la dichiarazione in fallimento dell'ELSI, che le banche si dichiararono pronte ad accettare una composizione sulla base di un pagamento al 40 o 50 per cento dei crediti (v. par. 37).

stesso. Essendo tale scopo la creazione di condizioni favorevoli all'interscambio tra le due parti contraenti, è evidente che sarà arbitrario tutto ciò che nuoccia ai cittadini dell'altra parte solo perché tali, o che infranga per ragioni puramente egoistiche vincoli contrattuali posti in essere in conseguenza del trattato. Viceversa, gli atti di esercizio della sovranità compiuti in buona fede (nel senso sopra chiarito) rimarranno legittimi anche se colpiscono cittadini dell'altra parte contraente. Infatti, per impedire anche questo tipo di atti, occorrerebbe che il trattato li vietasse specificamente (come talora avviene), così ponendo una norma « di mezzi », mentre non è sufficiente la semplice norma « di risultato » sul divieto di atti arbitrari.

3. Dalla connessione sopra evidenziata tra la fattispecie dell'arbitrio secondo il diritto internazionale e la regola del previo esaurimento dei ricorsi, per cui di arbitrio non può parlarsi se i rimedi interni non sono stati esauriti o sono stati esauriti con successo deriva, come già detto, che nel caso di specie nessun arbitrio internazionalmente rilevante fu commesso.

Potrebbe, per mera ipotesi, residuare una sola censura di carattere internazionale al comportamento del Governo italiano: il presunto ritardo del Prefetto di Palermo nell'annullare l'ordinanza di requisizione.

È risultato che tale ritardo non sussistette, perché il ricorso gerarchico fu deciso nei tempi normali.

30. — In data 1° aprile 1968, il Sindaco di Palermo emanò una ordinanza, con decorrenza immediata, allo scopo di requisire lo stabilimento dell'ELSI e beni connessi per un periodo di sei mesi. Il testo di questa ordinanza (nella traduzione inglese fornita dagli Stati Uniti) (1), è il seguente:

« Il Sindaco del Comune di Palermo

Considerato che la società Raytheon ELSI di Palermo ha preso la decisione di chiudere il proprio stabilimento sito in questo capoluogo, Via Villagrazia, 79, adducendo difficoltà di mercato e mancanza di commessa;

Che la stessa società ha altresì disposto l'invio delle lettere di licenziamento alle maestranze che ammontano a circa 1.000 persone;

Rilevato che i provvedimenti presi dall'ELSI oltre a provocare la reazione delle maestranze e delle organizzazioni sindacali manifestatesi con scioperi (settoriali e generali) ha suscitato un vasto e generale movimento di solidarietà di tutta l'opinione pubblica, che ha stigmatizzato violentemente i provvedimenti stessi nella considerazione che circa 1.000 famiglie verrebbero a trovarsi improvvisamente sul lastrico;

Che dalla chiusura della fabbrica deriverà, avuto riguardo al fatto che trattasi della seconda azienda in ordine di importanza della Provincia, un ulteriore grave danno all'economia della Provincia già duramente provata dai movimenti tellurici del gennaio 1968;

Ritenuto che di tale situazione si sta interessando con amplissimo rilievo anche la stampa cittadina la quale non ha mancato di rivolgere

Ammettendo che vi sia stato ne conseguirebbe, peraltro, sul piano internazionalistico una completa trasformazione della fattispecie illecita imputata al Governo italiano: dalla violazione del divieto di arbitrio si passerebbe al ben diverso illecito di diniego di giustizia. E infatti concorde opinione di dottrina e giurisprudenza che, versandosi in ipotesi di infrazione a norme « di risultato » e occorrendo quindi attendere l'esaurimento dei ricorsi interni prima di poter configurare qualsivoglia illecito internazionale, tale illecito potrà sussistere, logicamente, solo in due casi: o in caso di esito insoddisfacente dei ricorsi interni, p. es. perché viene confermato in ogni istanza superiore l'originario provvedimento arbitrario (ma s'è visto che nel caso di specie accadde proprio il contrario); oppure in caso di mancata concessione o di manchevole (p. es. ritardato) svolgimento dei ricorsi stessi, ossia in caso di diniego di giustizia.

Consegue da ciò, sempre per concorde opinione, che il diniego di giustizia si autonomizza dalla eventuale fattispecie di illecito da condotta interna dello Stato su cui i ricorsi interni si radicano, perché viene a porsi come specifica violazione della norma internazionale consuetudinaria che impone di concedere

(1) E qui riportato il testo italiano originale (n.d.t.).

aspre critiche alle autorità responsabili che sono state perfino tacciate di insensibilità per i gravi problemi cittadini;

Che pertanto la situazione stessa è particolarmente allarmata e sensibilizzata per cui non sono da escludere imprevedibili atti di turbativa all'ordine pubblico;

Ritenuto che nel caso ricorrono gli estremi della grave necessità pubblica e dell'urgenza, al fine di tutelare sia l'interesse pubblico economico generale (già seriamente compromesso) che l'ordine pubblico, per potere procedere alla requisizione dello stabilimento comprese tutte le attrezzature di proprietà della Raytheon ELSI sito in questa Via Villagrazia, 79;

Visto l'art. 7 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E;

Visto l'art. 69 dell'Ordinamento Regionale EE.LL.;

ORDINA

la requisizione con decorrenza immediata e per la durata di 6 mesi salvo necessaria proroga e senza pregiudizio dei diritti delle parti e dei terzi dello stabilimento e relative attrezzature di proprietà della Raytheon ELSI di Palermo.

Con successivo provvedimento sarà determinata l'indennità di requisizione da corrispondere alla predetta società ».

L'ordinanza fu notificata alla società in data 2 aprile 1968.

31. — In data 6 aprile 1968, il Sindaco rilasciò una ordinanza con lo scopo di affidare la gestione dello stabilimento requisito al dott. Aldo Profumo, amministratore delegato dell'ELSI onde, fra l'altro, « evitare il danneggiamento delle attrezzature e dei macchinari a seguito dell'abbandono dell'attività, ivi compresa la mancanza di manutenzione ». Il

anche agli stranieri un'effettiva ed adeguata tutela contenziosa dei propri diritti all'interno dello Stato che li ospita (24).

L'eventuale violazione del divieto (convenzionale) di atti arbitrari che può aver dato concretamente causa ai ricorsi resta, a questo punto, del tutto superata: altra è ormai la norma che viene in questione, altro il dovere internazionale violato (in ipotesi) dallo Stato, altro l'illecito commesso.

Ne derivano, tornando alla specie, due conseguenze.

In primo luogo, il preteso ritardo della decisione prefettizia non ha nulla a che fare con la qualificazione come arbitraria o meno della requisizione: è un oggetto di valutazione e di prova da sottoporre a criteri completamente diversi.

In secondo luogo, essendo il diniego di giustizia cosa (condotta) del tutto diversa dall'arbitrio, per dimostrare che esso fu l'illecito se ne sarebbe dovuta compiutamente e specificamente dimostrare l'efficacia causale nella produzione del danno. Non serviva dire che la crisi della ELSI fu provocata dall'ordinanza

(24) Per l'autonomia del diniego di giustizia dalla violazione sottostante, v., ancora, le fonti citate alle note (19) e (21)

dott. Profumo non accettò l'incarico e, in data 16 aprile 1968, il Sindaco scrisse al dott. Silvio Laurin, il consulente più anziano, nominandolo *ad interim* per fare le veci del dott. Profumo « nella stessa qualità, con gli stessi poteri nonché le stesse mansioni e limitazioni », e l'incarico fu accettato dal dott. Laurin. La direzione della società chiese anche ad un altro suo consigliere, il dott. Rico Merluzzo, di rimanere nello stabilimento giorno e notte « per impedire alle autorità locali di aver modo di sostenere che lo stabilimento era stato " abbandonato " dall'ELSI ».

32. — In data 9 aprile 1968, l'ELSI inviò un telegramma al Sindaco di Palermo, con copia ad altre autorità dello Stato, nel quale dichiarava, fra l'altro, di ritenere tale requisizione illegale e di essere intenzionata di procedere per vie legali perché fosse revocata, chiedendo il risarcimento dei danni subiti. Il 12 aprile 1968, la società notificò al Sindaco un documento ufficiale, datato 11 aprile 1968, con il quale lo invitava a revocare l'ordinanza di requisizione. Il Sindaco né rispose, né revocò l'ordinanza e, il 19 aprile 1968, l'ELSI propose contro detta ordinanza ricorso gerarchico al Prefetto di Palermo che era competente a giudicare dei ricorsi promossi contro decisioni pronunciate da autorità amministrative locali. La decisione sul suddetto ricorso non intervenne prima del 22 agosto 1969 (v. par. 41 sotto); nel frattempo, però, la requisizione non fu formalmente rinnovata e pertanto smise di avere effetti legali dopo sei mesi, ossia oltre quattro mesi dopo la dichiarazione di fallimento dell'ELSI (v. par. 36).

33. — Come già accennato (v. par. 16), le Parti sono in disaccordo sul fatto se vi fu, immediatamente prima dell'ordinanza di requisizione, una eventuale occupazione dell'ELSI da parte dei dipendenti, ma esse concordano sul fatto che lo stabilimento era certamente occupato nel periodo immediatamente successivo alla requisizione. In data 19 aprile 1968, i responsabili della società dichiaravano, nel ricorso da loro diretto al Prefetto di Palermo per chiedere la revoca della requisizione, che non vi era, al momento, alcuna occupazione dello stabilimento determinatasi dal licenziamento del personale effettuato in data 29 marzo 1968, ma

del Sindaco per dedurre che il ritardo del Prefetto costituì l'illecito: se l'accusa è diniego di giustizia bisogna appunto dimostrare che fu tale diniego, ossia il ritardo del Prefetto, la « conditio sine qua non » del dissesto. Qualunque dimostrazione dell'efficienza causale dell'atto del Sindaco non avrebbe avuto, sotto questo profilo, alcun rilievo. Insomma, o il danno fu causato interamente dall'ordinanza del Sindaco, e il ritardo del Prefetto esce perciò solo di causa, tornando la questione al punto di partenza (arbitrarietà o meno dell'ordinanza del Sindaco); o il ritardo del Prefetto contribuì causalmente all'evento, e allora tale contributo causale andava specificamente dimostrato, non servendo a nulla riferirgli l'efficienza causale riferibile all'ordinanza del Sindaco.

P. GENTILI

che, il 30 marzo 1968, un gruppo di rappresentanti del personale era venuto allo stabilimento per parlare con i dirigenti della società e « poi era rimasto lì tranquillamente per tutto il giorno » mentre, nei giorni successivi, un piccolo gruppo di dipendenti aveva girovagato nello stabilimento. Il Sindaco di Palermo, in un suo « affidavit », dichiarò che:

« l'occupazione dello stabilimento da parte delle maestranze (iniziata ben prima della requisizione) ... si dimostrò a requisizione avvenuta " collaborativa " e non intralcio affatto quella prosecuzione di attività che le circostanze resero possibile, »

ed un funzionario del Comune di Palermo ha dichiarato, in un suo « affidavit », che « non vi furono problemi di " brutale " picchettaggio » e che uno dei reparti di produzione fu addirittura riattivato « procedendo regolarmente con le commesse da assolvere ». Un « affidavit » depositato dagli Stati Uniti dice che « lo stabilimento rimase inattivo per il resto del 1968 », ma l'Italia ha dato prova che una parte del lavoro in corso fu proseguito e completato nei mesi che seguirono la requisizione, in particolare per quanto si riferisce al Programma HAWK della NATO.

34. — Nei giorni 19 e 20 aprile 1968, vi furono delle riunioni fra i responsabili della Raytheon ed il Presidente della Regione Sicilia, dottor Carollo, che dichiarò che « le Amministrazioni centrale e regionale avevano concluso l'accordo di creare una società di gestione, con la partecipazione dell'IRI, per assicurare l'operabilità dell'ELSI », invitando la Raytheon ad associarsi a questa società di gestione. Questa proposta prevedeva l'apporto di nuovi capitali da parte dell'ELSI, che avrebbe dovuto farsi totale carico di tutto l'indebitamento a monte. Nel corso delle discussioni, il dott. Carollo avrebbe dichiarato che « l'unico scopo della Regione, a questo punto, era di conservare il posto ai dipendenti ». Su richiesta della Raytheon, il dott. Carollo inviò alla medesima, in data 20 aprile 1968, un memorandum per metterla al corrente di « alcuni elementi basilari di giudizio ». In tale memorandum, spiegava che, al momento, la Raytheon non aveva alcuna possibilità di liquidare l'ELSI per i seguenti motivi:

« 1. Nessuno in Italia comprerà (2), ossia l'IRI non comprerà, né ad alto né a basso prezzo, la Regione non comprerà, e l'industria privata non comprerà. Che mi sia lecito aggiungere che la Regione, l'IRI, o chiunque nella posizione di influire sul mercato rifiuterà, nel modo più assoluto, di agevolare una qualsiasi vendita finché lo stabilimento rimarrà chiuso.

2. Gli istituti di credito, che hanno crediti pendenti per circa 16 miliardi di lire italiane, non possono accettare, e non accetteranno, una composizione qualunque essa sia, anche a costo di trascinare la so-

(1) In italiano nel testo (n.d.t.).

cietà in una lite a livello internazionale. Intendo riferirmi alla Raytheon e non all'ELSI perché distinguere l'ELSI dalla Raytheon non è da ritenersi ammissibile in quanto tutti i finanziamenti erogati all'ELSI lo furono sulla base della garanzia morale della Raytheon, e furono i dirigenti della Raytheon che ne condussero le trattative.

3. Comunque, è ben noto che, in Italia, è possibile far valere le suddette rivendicazioni direttamente contro la Raytheon poiché essa possiede partecipazioni e redditi nel nostro Paese anche all'infuori dell'ELSI.

E chiaro che ogni sforzo verrà fatto (anche a costo di lunghe vertenze) per ottenere dalla Raytheon quanto spetti all'ELSI.

4. Se lo stabilimento dovesse rimanere chiuso, in attesa di compratori italiani che mai si faranno vivi, la requisizione verrà mantenuta almeno fin quando la giustizia non avrà deciso del caso. Ci vorranno mesi...».

35. — In data 26 aprile 1968, il presidente dell'ELSI scrisse al dottor Carollo rifiutando formalmente la proposta di entrare a far parte della prevista società di gestione. Nella sua opinione, la proposta era un provvedimento palliativo che non avrebbe risolto il problema di fondo, ossia quello di far restare l'ELSI in Sicilia, mettendola in condizione di essere un'industria « vitale e capace di espandersi » e che soltanto sarebbe servito ad « aggravare la critica condizione finanziaria dell'ELSI ». La lettera proseguiva dicendo « Siamo pertanto obbligati a depositare istanza di fallimento, conformemente a quanto previsto dalla legge italiana ».

36. — In considerazione di quanto affermato dal dott. Carollo, ossia che la requisizione dello stabilimento sarebbe stata mantenuta per mesi, « almeno fin quando la giustizia non avrà deciso del caso », il consulente giuridico italiano dell'ELSI disse quanto segue:

« La disponibilità degli averi dell'ELSI era, per gli azionisti dell'ELSI, un requisito indispensabile per poter procedere all'ordinata liquidazione della società; facevano un gran parte affidamento sui proventi della loro vendita per pagare i creditori dell'ELSI in modo soddisfacente. Senza questa capacità di disporre dei propri averi, l'ELSI non avrebbe avuto la liquidità per poter pagare i debiti man mano che essi arrivavano a scadenza, e pertanto si sarebbe presto ritrovata tecnicamente insolvente ai sensi della legge italiana.

Ho informato i consiglieri dell'ELSI che erano obbligati a depositare una istanza di fallimento, in mancanza di che rischiavano di essere personalmente ritenuti responsabili, come previsto dall'art. 217 della legge fallimentare promulgata con Decreto Reale 16 marzo 1942, n. 267 ».

In data 25 aprile 1968, il consiglio di amministrazione deliberò la richiesta volontaria di fallimento, che fu depositata in data 26 aprile 1968.

Detta richiesta faceva riferimento all'ordinanza di requisizione del 1° aprile 1968 e diceva, fra l'altro:

« A causa dell'ordinanza di requisizione, contro la quale la società ha immediatamente fatto ricorso, la società non ha più il controllo dello stabilimento, né può avvalersi di una immediata fonte di liquidità; in questo frattempo, dei pagamenti sono arrivati a scadenza (come ad esempio le rate di prestiti a lungo termine; una rata di Lit. 800.000.000 dovuta alla Banca Nazionale del Lavoro è scaduta il 18 aprile 1968 e la relativa tratta è già stata o verrà protestata, ecc.). La società riconosce di non essere in grado di pagare questi importi con i fondi esistenti o di cui può disporre, questa incapacità essendo imputabile agli avvenimenti verificatisi in queste ultime settimane... ».

La sentenza di fallimento fu pronunciata dal Tribunale di Palermo in data 16 maggio 1968, ed un avvocato palermitano fu nominato « curatore fallimentare ». Venne nominato un comitato dei creditori di 5 membri, composto da due rappresentanti dei dipendenti dell'ELSI, due rappresentanti delle banche creditrici ed un rappresentante della Raytheon Europe International Company (d'ora in poi indicata come « Raytheon Europe »), sussidiaria europea di gestione della Raytheon ed interamente controllata da quest'ultima, che aveva fatto valere i suoi diritti come creditrice nel fallimento. La Raytheon stessa ed un'altra delle sue filiali, la Raytheon Service Company, vantavano crediti chirografari per circa Lit. 1.140 milioni in beni e servizi da loro forniti anticipatamente all'ELSI e messi in conti non saldati e non garantiti. Tuttavia, su consiglio di un legale italiano, né la Raytheon né la Raytheon Service Company fecero valere i loro diritti nel procedimento di fallimento perché era chiaro che non avrebbero ricavato dalla liquidazione fallimentare quel tanto necessario per giustificare le spese da affrontare.

37. — Dall'aprile 1968 in poi, vi furono una serie di incontri fra il legale italiano della Raytheon, i rappresentanti delle banche creditrici ed autorità dello Stato italiano relativamente al rilevamento dell'ELSI da parte di una società a partecipazione statale e alla composizione con i creditori dell'ELSI. Questa composizione prevedeva, da parte della Raytheon, la concessione a favore della nuova società di una licenza tecnica (della stessa ampiezza di quella di cui l'ELSI disponeva) che l'avrebbe autorizzata ad usare i brevetti ed il « know-how » Raytheon, il pagamento dei debiti dell'ELSI da essa garantiti all'infuori degli altri, con formale liberazione in tal senso, e la rinuncia ai suoi diritti di surrogazione derivanti dal pagamento delle passività garantite. Secondo il legale italiano della Raytheon, nell'ottobre 1968, fu detto da autorità dello Stato italiano che la maggioranza delle banche creditrici italiane erano propense ad un compromesso sulla base del pagamento al 40 per cento dei loro crediti, e che vi era una sola banca che pretendeva il 50 per cento.

A luglio, il Ministro italiano dell'Industria, Commercio ed Artigianato aveva fatto in Parlamento una dichiarazione che aveva sollevato interpretazioni divergenti, ma che confermava che la Regione Sicilia, in associazione con altri enti statali, avrebbe creato una società di gestione incaricata di curare la ripresa dell'attività produttiva fino a quando i problemi finanziari dell'ELSI non fossero stati definitivamente risolti, possibilmente mediante accordo stragiudiziale. In data 13 novembre 1968, il Governo italiano rilasciò un comunicato stampa che diceva:

« poiché il Gruppo STET (Società finanziaria telefonica dell'IRI) intende costruire un nuovo stabilimento a Palermo per la produzione di prodotti destinati al settore delle telecomunicazioni, il Gruppo IRI-STET, sollecitato in tal senso dal Governo a seguito della disamina di soluzioni alternative risultate poi non fattibili, ha dichiarato la propria disponibilità per rilevare lo stabilimento (dell'ELSI) nel contesto dell'organizzazione delle sue future linee di prodotti ».

Secondo il comunicato, le modalità dell'intervento della STET sarebbero poi state fissate in comune accordo fra il Gruppo STET e gli alti vertici della Regione Sicilia.

38. — Il giudice incaricato del fallimento ordinò, per il 18 gennaio 1969, la messa all'asta degli immobili, dello stabilimento e delle attrezzature dell'ELSI, fissando la base dell'offerta in Lit. 5 miliardi. Questa asta, come le altre aste menzionate nel seguito, furono annunciate nei maggiori giornali italiani ed anche in Belgio, Giappone, nei Paesi Bassi, nel Regno Unito e negli Stati Uniti. Non vi fu alcuna offerta a questa prima asta, pertanto una seconda asta fu fissata per il 22 marzo 1969 e, questa volta, includeva anche tutte le scorte presenti nello stabilimento ed altrove. La base d'offerta era di Lit. 6.223.293.258. Nel frattempo, le trattative continuavano per il rilevamento dello stabilimento da parte di una sussidiaria dell'IRI con la riassunzione di buona parte del personale già impiegato all'ELSI. La stampa siciliana riferì che in data 18 marzo 1969 era stato concordato che l'IRI avrebbe acquistato gli averi dell'ELSI, incominciando con la locazione dello stabilimento ad un canone di Lit. 150 milioni, e che l'ex Presidente della Regione Sicilia, dott. Carollo, avrebbe dichiarato in una riunione pubblica, tenutasi il 5 aprile 1969, che era stato sottoscritto, nell'ottobre 1968, un accordo con l'IRI che

« comportava l'acquisizione da parte dell'IRI dello stabilimento (dell'ELSI) per l'ammontare di Lit. 4 miliardi, e che prevedeva che l'IRI si sarebbe astenuto alla prima asta, ma avrebbe partecipato alla seconda, nella quale il prezzo base sarebbe stato precisamente di Lit. 4 miliardi ».

39. — Non vi furono offerte alla seconda asta. Una settimana dopo, il curatore fallimentare ricevette, da parte dell'ELTEL (Industria Elettronica Telecomunicazioni S.p.A.), una società del Gruppo IRI creata nel dicembre 1968, l'offerta di prendere lo stabilimento in locazione per riaprirlo. Le condizioni proposte per la locazione non vennero a dir vero accettate dal comitato dei creditori, che raccomandò, tuttavia e fra altre cose, di accettarle se l'ELTEL comprava anche tutte le scorte di materie prime dell'ELSI, per un ammontare di Lit. 1.800 milioni. Il rappresentante della Raytheon Europe in seno al comitato dei creditori si oppose vigorosamente a questa locazione. Tuttavia, il curatore fallimentare raccomandò che la locazione venisse concessa in base alle condizioni richieste e, in data 8 aprile 1969, il giudice fallimentare ne diede l'ordine. La Raytheon Europe fece ricorso contro questa decisione ma non lo vinse.

Una terza asta fu programmata per il maggio 1969 e, in aprile, l'ELTEL avanzò la proposta di comperare il lavoro incompiuto — il materiale rimasto sulle catene di produzione dell'ELSI al momento della requisizione — per Lit. 105 milioni allorché era stato valutato, nel corso degli accertamenti fallimentari, in Lit. 217 milioni. Il rappresentante della Raytheon Europe in seno al comitato dei creditori si oppose a questa vendita, ma rimase soccombente nella votazione.

40. — La terza asta degli immobili, dello stabilimento e delle attrezzature e scorte dell'ELSI ebbe luogo il 3 maggio 1969, l'offerta base essendo fissata in Lit. 5 miliardi, ma neanche questa volta vi furono offerenti. In data 16 aprile 1969, l'ELTEL aveva informato il giudice fallimentare che era disposta ad offrire Lit. 3.205 milioni a fronte degli uffici, dello stabilimento e delle attrezzature, ma non delle scorte — « merci, materie prime e semi-lavorati » — che non erano considerati indispensabili. In data 3 maggio 1969, il curatore fallimentare chiese al giudice di approvare la vendita all'ELTEL del lavoro in corso sulla base delle modalità proposte dall'ELTEL stessa ed accettate dal comitato dei creditori. In data 9 maggio 1969, il ricorso presentato dalla Raytheon Europe contro la decisione che autorizzava la locazione degli uffici e dello stabilimento all'ELTEL fu respinto. In data 27 maggio 1969, l'ELTEL avanzò un'offerta al Tribunale fallimentare al fine di comperare il resto dello stabilimento nonché delle attrezzature e scorte per l'ammontare di Lit. 4 miliardi. Il curatore fallimentare propose di accettare (sotto riserva di alcuni ritocchi minori alle modalità previste), ed il comitato dei creditori decise, in data 9 giugno 1969, di accettare la proposta, con il voto contrario del rappresentante della Raytheon Europe. In data 7 giugno 1969, il giudice fallimentare fissò la data dell'asta al 12 luglio 1969, sulla base delle modalità approvate dal comitato dei creditori. In data 9 giugno 1969, la Raytheon Europe presentò un ricorso contro la suddetta decisione, ma il ricorso fu respinto.

in data 20 giugno 1969. L'asta ebbe luogo il 12 luglio 1969 e l'ELTEL comprò la proprietà messa all'asta per il prezzo totale di Lit. 4.006 milioni.

41. — Il ricorso depositato dall'ELSI in data 19 aprile 1968 (vedi par. 32) contro l'ordinanza di requisizione del 1° aprile 1968 fu accolto dal Prefetto di Palermo con decisione datata 22 agosto 1969. Le Parti sono in disaccordo sul fatto di considerare o meno questo lasso di tempo come normale per un ricorso del genere. La decisione del ricorso venne pronunciata a seguito di una richiesta fatta dal curatore fallimentare in data 9 luglio 1969, in virtù della possibilità, prevista dalla legge italiana 3 marzo 1934, di sollecitare la suddetta decisione. Questa legge prevede, se un ricorso non è giudicato entro i 120 giorni dal suo deposito (nella fattispecie entro il 17 agosto 1968), che una diffida venga notificata al Prefetto chiedendogli di pronunciare la sua decisione entro i 60 giorni successivi, in mancanza di che il ricorso viene considerato rigettato. La decisione del Prefetto fu di accoglimento del ricorso e pertanto annullò l'ordinanza di requisizione emanata dal Sindaco di Palermo; sugli esatti termini della suddetta decisione, si tornerà più avanti (v. parr. 75, 96, 125 e 126). Il Sindaco di Palermo presentò al Presidente della Repubblica italiana un ricorso contro la decisione del Prefetto e, in data 22 aprile 1972, il Presidente della Repubblica si uniformò al parere del Consiglio di Stato, che giudicava il ricorso del Sindaco inammissibile.

42. — Nel frattempo, in data 16 giugno 1970, il curatore fallimentare aveva iniziato una causa presso il Tribunale di Palermo contro il Ministro italiano dell'Interno e contro il Sindaco di Palermo per il risarcimento dei danni subiti a seguito della requisizione. I danni allegati venivano così identificati:

« la considerevole perdita di valore dello stabilimento e delle attrezzature elettroniche presenti a Palermo, 79 via Villagrazia, si evidenzia dalla differenza fra il valore contabile alla data del fallimento della Raytheon-Elsi, valutato in Lit. 6.623.000.000, e la successiva valutazione fatta, in data 11 ottobre 1968 (cioè una volta scaduti i sei mesi di requisizione), dal perito stimatore del Tribunale, prof. Mario Puglisi, nominato dal giudice con Decreto 19 settembre 1968, che ammonta a Lit. 4 miliardi e 560.588.400, con una perdita reale in valore di Lit. 2.062.411.600 e, poiché la mancata disponibilità dello stabilimento e delle sue attrezzature per il suddetto periodo di sei mesi può essere valutato in Lit. 33.150.000 sulla base del tasso di ammortamento degli stabilimenti industriali che viene usualmente considerato pari al 10 per cento, tale valore cumulato diventa Lit. 2.395.561.600, al quale bisognerà aggiungere gli interessi maturati dal 1° ottobre 1968 fino alla data del pagamento, da calcolare al tasso legale in vigore ».

43. — In data 2 febbraio 1973, il Tribunale di Palermo, con una decisione che verrà esaminata più nel dettaglio in seguito (v. parr. 57, 58, 97 e 127), dichiarò che il curatore non poteva pretendere alcun indennizzo per la requisizione, né dal punto di vista dell'allegata perdita di valore dello stabilimento e delle attrezzature, né da quello dell'allegata mancanza di disponibilità del primo e delle seconde. Nel giudizio di appello, la Corte di Appello di Palermo, con decisione del 24 gennaio 1974, confermò la statuizione del Tribunale circa i danni richiesti a fronte dell'allegata perdita di valore dello stabilimento e delle sue attrezzature. Tuttavia, riformò la sentenza di primo grado in relazione al secondo capo di richiesta dei danni e decise che il curatore aveva diritto ad un indennizzo da parte del Ministro dell'Interno per la perdita di uso e possesso dello stabilimento dell'ELSI e dei suoi beni durante i sei mesi di requisizione. Di conseguenza, veniva fissato un pagamento di « locazione » di circa Lit. 114 milioni, cioè la metà del tasso annuale del 5 per cento calcolato sul valore totale degli averi. Questa decisione, che verrà esaminata in maggior dettaglio successivamente (v. parr. 97, 98 e 127), è stata confermata dalla Corte di Cassazione in data 25 aprile 1975. Fu questa la somma ricevuta in definitiva dal curatore a seguito di questa sentenza e, una volta dedotti i costi e spese, fu ripartita tra i creditori dell'ELSI.

44. — Nel corso della procedura fallimentare, i creditori presentarono contro l'ELSI richieste di pagamento per un ammontare totale di Lit. 13 miliardi, che non tiene conto delle somme dovute alla Raytheon e alla Raytheon Service Company (v. par. 36 sopra). La procedura fallimentare fu chiusa nel novembre 1985. Secondo le relazioni fallimentari, il fallimento realizzò soltanto Lit. 6.370 milioni a fronte degli averi dell'ELSI, invece del valore minimo di liquidazione stimato dalla direzione, nel marzo 1968, in Lit. 10.840 milioni. L'attivo del fallimento, ossia circa Lit. 6.080 milioni fu utilizzato per rimborsare le banche e pagare i dipendenti ed altri creditori. Il resto fu utilizzato per pagare l'amministrazione fallimentare, le tasse, le spese di registrazione e gli oneri doganali. Tutti i creditori garantiti e privilegiati che avevano avanzato richieste nel fallimento furono integralmente pagati. I creditori chirografari ricevettero meno dell'uno per cento dei loro diritti. Pertanto, non vi fu alcun residuo attivo da poter distribuire ai due azionisti, la Raytheon e la Machlett.

45. — La Raytheon aveva garantito l'indebitamento dell'ELSI presso un certo numero di istituti di credito e, a seguito del fallimento dell'ELSI, se ne assunse la responsabilità e pagò, in base alle modalità di garanzia stipulate, la somma di Lit. 7.787,6 milioni alle banche creditrici. Cinque delle sette banche che avevano accordato prestiti non garantiti all'ELSI aprirono vertenze legali presso tribunali italiani per

ottenere il pagamento di questi prestiti da parte della Raytheon, essenzialmente sulla base dell'art. 2362 del c.c. italiano che prevede che l'azionista unico può essere tenuto responsabile dei debiti della società. Veniva argomentato che la Raytheon era, di fatto, l'unica azionista in quanto la Machlett era una sua sussidiaria da lei completamente controllata. Tre di queste vertenze furono, in definitiva, risolte dalla Corte italiana di Cassazione a favore della Raytheon, mentre le altre due furono abbandonate da parte degli istanti.

46. — In data 7 febbraio 1974, l'Ambasciata degli Stati Uniti in Roma trasmetteva al Ministero italiano degli Affari Esteri una nota con accluso il « Reclamo del Governo degli Stati Uniti d'America per conto della Raytheon Company e della Machlett Laboratories Incorporated ». Questo reclamo, che non si basava unicamente sul Trattato di amicizia, commercio e navigazione ma anche sul diritto internazionale consuetudinario, comprendeva una memoria giuridica, di cui il Capitolo VI trattava dell'« Esaurimento dei ricorsi interni ». Vi era detto che « è unanimemente riconosciuto che i ricorsi interni devono essere stati esauriti prima che un reclamo possa essere formalmente accolto in base ai principi del diritto internazionale »; un resoconto era allegato circa le principali azioni legali intraprese in Italia (di cui alcune ancora in corso all'epoca) e, dopo gli allegati pareri di due esperti giuridici italiani, in conclusione veniva detto che « la Raytheon e la Machlett avevano esaurito tutte le utili vie di azione disponibili in Italia ». Al tempo in cui questo Reclamo fu presentato, la Corte d'Appello di Palermo aveva già giudicato l'azione intentata dal curatore fallimentare, ma il caso era poi stato sottomesso alla Corte di Cassazione (vedi par. 43 sopra). Ambedue le Parti riconoscono che ogni altra azione derivante dall'atto di requisizione sarebbe stata a quel punto impossibile per prescrizione. Sembra che gli Stati Uniti non ricevettero formale risposta da parte dell'Italia fino al 13 giugno 1978, quando l'Italia ribatté al reclamo con un promemoria scritto, il cui testo è stato consegnato a questa Sezione. Questo promemoria non accennava al fatto che i ricorsi locali non erano stati esauriti ed addirittura dichiarava che « il reclamo è giuridicamente immotivato, tanto dal punto di vista internazionale che nazionale ». Durante la discussione orale, un consulente giuridico dell'Italia ha affermato che lo Stato italiano, ad una data non meglio specificata ma prima dell'apertura del presente caso, « aveva chiaramente fatto capire al Governo degli Stati Uniti che, in veste di convenuto, avrebbe sollevato l'eccezione del non esaurimento dei ricorsi legali locali ». Tuttavia, non è stata presentata, a questa Sezione, alcuna prova in merito.

47. — Molti dei documenti presentati come prova a questa Sezione sono in lingua italiana. Nella presente sentenza, quando la Sezione si basa su brani tratti da questi documenti, in una ottica di maggiore chia-

rezza, viene citato l'originale italiano con una traduzione in inglese, che potrà non sempre corrispondere alla traduzione fornita dall'una delle Parti, come previsto nell'art. 51, comma 3, del Regolamento di codesta Corte.

48. — Le parti concordano che la Corte è competente per giudicare il presente caso, in base all'art. 36, par. 1, del suo Statuto, ed all'art. XXVI del Trattato di amicizia, commercio e navigazione del 2 giugno 1948 (detto « Il Trattato ») firmato fra l'Italia e gli Stati Uniti, che dice:

« Qualsiasi controversia fra le Alte Parti Contraenti circa l'interpretazione o l'applicazione del presente Trattato, che le Alte Parti Contraenti non risolvano soddisfacentemente in via diplomatica, sarà sottoposta alla Corte Internazionale di Giustizia, a meno che le Alte Parti Contraenti convengano di risolverla con altri mezzi pacifici ».

La questione della competenza si limita pertanto a « l'interpretazione o l'applicazione » del Trattato, dei suoi protocolli e dell'accordo che venne ad integrare detto Trattato fra gli Stati Uniti d'America e la Repubblica italiana in data 26 settembre 1951 (d'ora in poi chiamato « l'Accordo integrativo »), il cui art. IX sancisce che è « parte integrante » del Trattato stesso. Medesima competenza può pertanto essere esercitata da questa Sezione, creata dalla Corte per conoscere del caso in virtù dell'art. 26, par. 2 del suo statuto e degli artt. 17 e 18 del suo regolamento, su richiesta delle Parti e dopo essersi con loro consultata.

49. — Mentre non rimane dubbio sulla competenza di questa Sezione, l'Italia, nella sua contro-memoria, ha sollevato l'eccezione circa l'ammissibilità del presente caso allegando che le due società statunitensi, la Raytheon e la Machlett, per conto delle quali gli Stati Uniti hanno introdotto questo caso, non avrebbero esaurito i ricorsi di cui potevano avvalersi in Italia. Poiché le Parti hanno concordato che questa eccezione dovesse essere giudicata e decisa congiuntamente con il merito, ad essa compete la prima attenzione.

50. — Gli Stati Uniti hanno sollevato l'interrogativo se la regola dell'esaurimento dei ricorsi interni possa addirittura applicarsi ad un caso sottoposto in base all'art. XXVI del Trattato. Detto articolo, è stato detto, è categorico nella sua enunciazione e privo di un qualsiasi riferimento ad una regola relativa ai ricorsi interni; sembra pertanto corretto concludere che se le Parti firmatarie del Trattato avessero voluto limitare la competenza della Corte in base all'applicazione della regola dell'esaurimento dei ricorsi interni in caso di protezione diplomatica, così avrebbero stabilito espressamente come hanno fatto nell'Accordo di cooperazione economica (anch'esso firmato dall'Italia e dagli Stati Uniti nel 1948). La Sezione non dubita affatto che le parti firmatarie di un trattato possano in esso stabilire che la regola dell'esaurimento dei ri-

corsi interni debba o non debba applicarsi a rivendicazioni basate su presunte violazioni del trattato medesimo; tuttavia, essa non ritiene di poter ammettere che un così importante principio di diritto internazionale consuetudinario possa venire considerato tacitamente inapplicabile perché non esplicitamente formulata l'intenzione che lo sia. Questa parte della replica degli Stati Uniti all'eccezione sollevata dall'Italia deve pertanto considerarsi respinta.

51. — Gli Stati Uniti hanno poi sostenuto che la regola dei ricorsi interni non potrebbe comunque applicarsi alla parte del Reclamo da loro presentato che aveva per effetto di chiedere una sentenza dichiaratoria di violazione del Trattato. L'argomentazione degli Stati Uniti tende a dimostrare che una tale sentenza dichiarerebbe che i diritti derivanti agli Stati Uniti dal Trattato sono stati violati e che, davanti ad un pregiudizio così diretto, la regola dei ricorsi interni, pur essendo una regola del diritto internazionale consuetudinario sviluppatasi nel contesto dell'adesione, da parte di uno Stato, ai reclami di uno qualsiasi dei suoi cittadini, non sarebbe applicabile. Orbene, la Sezione non ha ritenuto possibile, nel presente caso, disgiungere un contenzioso relativo ad una presunta violazione del Trattato che abbia provocato agli Stati Uniti un pregiudizio diretto che possa risultare separato nonché indipendente dal contenzioso circa la suddetta violazione nei confronti della Raytheon e della Machlett. Il caso nasce da una controversia che le Parti non hanno saputo risolvere «soddisfacentemente per via diplomatica» e, nel documento presentato a livello diplomatico dagli Stati Uniti nel 1974, detta controversia veniva intitolata «Reclamo del Governo degli Stati Uniti di America per conto della Raytheon Company e della Machlett Laboratories Incorporated». L'agente degli Stati Uniti ha detto a questa Sezione durante le udienze che «gli Stati Uniti avevano per obiettivo il risarcimento dei danni sofferti dalla Raytheon e dalla Machlett». E certamente, come si vedrà più avanti, la questione che ci sia stata o meno una violazione del Trattato è strettamente collegata al problema della situazione finanziaria della società italiana, la ELSI, che era controllata dalla Raytheon e dalla Machlett.

52. — D'altronde nel caso *Interhandel*, la Corte si è trovata a risolvere una questione simile sollevata dalla Svizzera che, nella fattispecie, nella sua «domanda principale» lamentava una «violazione del diritto internazionale» ritenendola pertanto non assoggettata alla regola dei ricorsi interni. Dopo aver esaminata detta «domanda principale», la Corte stabilì che essa era legata alla protezione diplomatica invocata e che le argomentazioni dell'attore «non toglievano alla lite... il carattere di lite in cui lo Stato svizzero si presentava per avere aderito alla causa di un suo cittadino...» (*Interhandel*, Sentenza, I.C.J. Reports 1959, p. 28). Del pari, nel presente caso, la Sezione non ha dubbio sul fatto che l'argo-

mento di fondo del Reclamo degli Stati Uniti è il presunto danno che le azioni del convenuto avrebbero arrecato alla Raytheon e alla Machlett e pertanto la Sezione respinge l'argomentazione secondo la quale, nella specie, sarebbe possibile separare una parte del Reclamo dell'attore al fine di considerare che la regola dei ricorsi interni risulti ad essa inapplicabile.

53. — C'è anche stata un'altra argomentazione dell'attore relativa all'applicazione della regola dei ricorsi interni, la quale si basa su di un'eccezione di « estoppel » e che merita di essere esaminata. Nel « memorandum giuridico » allegato al Reclamo degli Stati Uniti a livello diplomatico, trasmesso allo Stato italiano mediante Nota Verbale del 7 febbraio 1974, è possibile vedere che l'intera Parte VI (p. 113 e seg.) tratta per lo più, e a lungo, dello « Esaurimento dei ricorsi interni ». Vi erano anche allegati i pareri dei legali consultati dall'attore, che trattavano proprio della posizione della Raytheon e della Machlett nei confronti della regola dei ricorsi interni. Detto Memorandum concludeva dicendo che, di fatto, la Raytheon e la Machlett avevano esaurito « ogni possibile ricorso a loro offerto in Italia » (vedi par. 46 sopra). Pertanto, considerati questi elementi di prova che stabiliscono che gli Stati Uniti erano perfettamente coscienti che avrebbero dovuto osservare la regola dei ricorsi interni, che erano manifestamente convinti che questa regola era stata osservata e che erano avvisati che gli azionisti dell'ELSI non disponevano, secondo il diritto italiano, di alcuna azione contro lo Stato italiano, l'attore ha sostenuto che, se tutti i ricorsi locali non erano esauriti, l'Italia avrebbe dovuto informare gli Stati Uniti. Mentre, secondo gli Stati Uniti, il convenuto, fino a quando non ha depositato la sua contro-memoria, non ha mai detto che la Raytheon e la Machlett avrebbero dovuto intentare l'azione davanti le corti italiane fondandosi sul Trattato. Il memorandum scritto, che porta data del 13 giugno 1978, con il quale l'Italia respingeva il Reclamo del 1974, non contiene alcun accenno al fatto che i ricorsi locali non erano stati esauriti, ed a dire vero neanche li menziona.

54. — È stato sostenuto dall'attore che questa mancanza di replica da parte dell'Italia equivarrebbe ad un « estoppel ». Tuttavia, esistono alcuni elementi che non consentono di arrivare a questa conclusione, se si considera lo scambio di lettere avvenuto quando la questione era ancora trattata a livello diplomatico. Nel caso Interhandel, quando la Svizzera sostenne che gli Stati Uniti avevano, ad un dato momento, effettivamente « ammesso che Interhandel aveva esaurito i ricorsi a cui poteva appellarsi davanti alle corti statunitensi », la Corte, ben lungi dall'ammettere che questo rappresentava un « estoppel », respinse l'argomentazione con la semplice motivazione: « questo parere si basava su una opinione priva di fondamento » (Interhandel, I.C.J. Reports 1959,

p. 27). Inoltre, benché non sia possibile escludere che un « estoppel », in certe circostanze, possa nascere da un silenzio quando qualcosa avrebbe dovuto essere esplicitamente detta, risulta però difficile costruire un « estoppel » sul semplice fatto di non aver fatto menzione di una questione in un momento dato nel caso di intermittenti contatti diplomatici.

55. — Posto che è ormai accertato che la regola dei ricorsi interni è applicabile al presente caso, questa Sezione passerà ora ad occuparsi di determinare se i ricorsi interni sono stati, oppure no, esauriti da parte della Raytheon e della Machlett.

56. — Nel caso che ne occupa, viene prospettato che il danno causato alla Raytheon e alla Machlett è derivato dalle « perdite sostenute dai proprietari della ELSI a seguito della modifica, da loro non voluta, della procedura di liquidazione dei beni della ELSI ». Determinante per tale modifica sarebbe stata l'ordinanza di requisizione, la quale rappresenta per ciò il nocciolo della questione sollevata dagli Stati Uniti. Pertanto, quello che era giusto fare, volendo contestare la legittimità della requisizione dello stabilimento dell'ELSI e dei beni ad esso collegati e sollevare il problema dei danni provocati da detta requisizione, sarebbe stato che l'ELSI stessa si fosse avvalsa di tutti i ricorsi interni contro le autorità italiane. In ogni caso, sia per riacquistare il controllo dello stabilimento e dei beni connessi, sia per contenere i danni derivanti dalla presunta impossibilità di mettere in atto il piano di liquidazione previsto, il primo passo spettava all'ELSI — e solo l'ELSI lo poteva fare — e questo passo era di fare ricorso al Prefetto contro l'ordinanza di requisizione. Una volta dichiarato il fallimento, comunque, il ricorso ai rimedi di diritto interno non dipendeva più dalla direzione dell'ELSI bensì del curatore fallimentare (anche dopo la dichiarazione di fallimento, la Raytheon avrebbe potuto influire sulle decisioni del comitato dei creditori se non avesse deciso di non far valere i suoi diritti sulle somme di cui era creditrice nell'ambito del fallimento; tuttavia, esercitò comunque una certa influenza attraverso la sua sussidiaria, la Raytheon Europe, che invece fece valere i suoi diritti di creditrice).

57. — Non appena nominato, il curatore fallimentare, agendo a nome dell'ELSI, fece quanto doveva presso le autorità ed i tribunali italiani. In base ad una legge italiana del 1934, egli sollecitò ufficialmente il Prefetto a pronunciarsi entro i 60 giorni sul ricorso e la decisione del Prefetto fu oggetto di un ricorso infruttuoso al Presidente della Repubblica da parte del Sindaco. Il 16 giugno 1970, il curatore fallimentare, agendo a nome dell'ELSI, intentò causa contro il Ministro dell'Interno ed il Sindaco di Palermo, chiedendo al Tribunale di condannare i convenuti a:

pagare alla massa fallimentare della Raytheon-Elsi... i danni per la requisizione illegittima delle attrezzature e macchinari dello stabili-

mento... per il periodo dal 1° aprile al 30 settembre 1968, per un ammontare complessivo di Lit. 2.395.561.600, più gli interessi... ».

Il 2 febbraio 1973, il Tribunale di Palermo, come già accennato sopra (par. 43), rigettò la domanda. Il curatore fallimentare si appellò alla Corte di Appello di Palermo che, con sentenza 24 gennaio 1974 « in parziale riforma della decisione resa dal Tribunale di Palermo », condannò il Ministero dell'Interno al risarcimento dei danni per un ammontare di Lit. 114.014.711 più gli interessi. Un ulteriore ricorso fu fatto innanzi alla Corte di Cassazione, che confermò la decisione della Corte di Appello con decisione del 26 aprile 1975.

58. — Appare pertinente far notare qui che la suddetta richiesta di danni (vedi par. 42 sopra), nella forma in cui venne formulata dal curatore fallimentare nella causa introdotta presso il Tribunale di Palermo, fu poi descritta da quel Tribunale, come basata, fra l'altro, sull'argomentazione del curatore stesso secondo la quale « il provvedimento di requisizione avrebbe determinato una situazione economica di tale pesantezza da farne scaturire immediatamente e direttamente il fallimento della società » (1). Anche la Corte d'Appello di Palermo ebbe a decidere che non esisteva un « legame causale fra l'ordinanza di requisizione ed il fallimento della società ». Appare quindi chiaro che la sostanza dell'istanza presentata all'esame delle sedi giudiziarie italiane è essenzialmente quella dell'istanza che, oggi, gli Stati Uniti presentano all'esame di questa Sezione. Le argomentazioni sono diverse, perché i tribunali nazionali applicavano il diritto italiano mentre questa Sezione applica il diritto internazionale e le Parti in causa sono naturalmente diverse. Eppure sembrerebbe che le sedi giudiziarie nazionali abbiano perfettamente affermato il punto che è anche la sostanza del reclamo dell'attore davanti a questa Sezione, poiché ambedue i reclami si imperniano sulla presunzione che la requisizione, impedendo l'ordinata liquidazione della società, abbia dato causa al fallimento, determinando poi le perdite asserite.

59. — Con una tale quantità di vertenze intentate dinanzi alle corti nazionali su quello che è il merito della domanda che ora viene presentata a questa Sezione, spettava all'Italia dimostrare che, ciò malgrado, vi erano stati alcuni ricorsi interni trascurati, o comunque non esauriti. L'Italia non ha cercato di evitare tale onere. Ha sostenuto che la questione avrebbe potuto essere portata davanti alle corti locali, invocando la violazione delle disposizioni stesse del Trattato e del suo supplemento. Questo non fu mai fatto. Nelle cause intentate prima davanti al Tribunale di Palermo, poi davanti alla Corte di Appello di Palermo ed infine davanti alla Corte di Cassazione, non furono mai menzionati né il Trattato, né l'Accordo integrativo. Non che questo possa sorprendere poiché,

(1) In italiano nel testo (n.d.t.).

come ben lo riconosce l'Italia, non spettava alla Raytheon né alla Machlett decidere come presentare la materia davanti alle Corti di Palermo, bensì al curatore. Inoltre, la regola dei ricorsi interni non richiede, ed invero non potrebbe richiedere, che una azione intentata davanti a corti nazionali venga presentata nelle forme, e con le argomentazioni, adatte ad una corte internazionale che applica un diritto diverso, rivolgendosi a parti diverse. Perché una rivendicazione venga riconosciuta ammissibile a livello internazionale, è sufficiente che la sostanza del reclamo sia stata sottoposta ai tribunali locali competenti fin quando la legge e le procedure del posto lo permettano, e ciò senza averne ottenuto ragione.

60. — La questione pertanto si riduce a questo: dovevano la Raytheon e la Machlett, in virtù dei loro diritti di società statunitensi presumibilmente danneggiate dalla requisizione dei beni di una società italiana di cui detenevano il pacchetto azionario, intentare una causa presso le corti italiane, entro il periodo di prescrizione (5 anni), per presunta violazione di alcune disposizioni del Trattato firmato fra l'Italia e gli Stati Uniti, e ciò tenendo conto che il punto relativo alle conseguenze derivate dalla requisizione era già in discussione nell'ambito della causa intentata dal curatore fallimentare, e che qualunque risarcimento ottenuto sarebbe comunque stato devoluto alla massa degli averi realizzati sulla quale la Raytheon e la Machlett avevano il diritto di reclamare la sola parte a loro spettante nella loro veste di creditori?

61. — L'Italia sostiene che la Raytheon e la Machlett avrebbero potuto, davanti alle corti italiane, fondare una tale azione sull'art. 2043 del c.c. italiano che recita:

« Qualunque fatto, doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno ».

Secondo l'Italia, questa disposizione è frequentemente invocata dai cittadini nei confronti dello Stato italiano, e, laddove riconosciuto appropriato, somme anche ingenti vengono liquidate come risarcimento agli aventi diritto. Sostiene che se la Raytheon e la Machlett avessero sofferto, da parte di autorità pubbliche italiane, dei danni a seguito della violazione del Trattato e del suo Accordo integrativo, e si fossero rivolte ad un tribunale italiano, questi sarebbe stato costretto a concludere che detti fatti commessi dalle autorità pubbliche erano fatti ingiusti ai sensi dell'art. 2043. Le Parti concordano che i rispettivi Ordini di esecuzione per rendere vigenti in Italia sia il Trattato, sia il suo Accordo integrativo, furono debitamente promulgati (Legge 15 giugno 1949 n. 385 e Legge 1 agosto 1960 n. 910), ma che le loro disposizioni non possono essere invocate dai cittadini davanti alle corti italiane a favore dei loro diritti se le sudette corti non le ritengono di immediata applicazione. Per dimostrare che le disposizioni pertinenti al caso avrebbero potuto

essere considerate tali, l'Italia ha citato delle sentenze della Corte di Cassazione nelle quali alcune disposizioni del Trattato (non quelle di cui al presente caso) erano state applicate a favore di cittadini statunitensi che le avevano invocate davanti alle corti italiane, nonché una disposizione di un trattato, firmato fra l'Italia e la Repubblica Federale Tedesca, ritenuto comparabile all'art. V del Trattato, anch'essa applicata.

62. — Tuttavia, queste sentenze non si fondarono sull'art. 2043 del c.c. italiano e le disposizioni applicate produssero effetto perché usate congiuntamente alla legislazione locale, oppure a disposizioni di altri trattati, in base al meccanismo della clausola della nazione più favorita. In nessuno dei casi citati, le disposizioni del Trattato sono state utilizzate per stabilire la presunta condotta illecita di funzionari pubblici italiani. Quando la Raytheon, nel 1971, consultò due giuristi italiani sul particolare punto dei ricorsi interni nell'ambito del Reclamo per via diplomatica, sembra che nessuno dei due abbia pensato alla possibilità di intentare una causa sulla base dell'art. 2043 in combinato disposto con il Trattato. Sembra pertanto impossibile alla Sezione dedurre, sulla base della recente giurisprudenza citata, quale avrebbe potuto essere l'atteggiamento delle corti italiane, circa una ventina di anni fa, se la Raytheon e la Machlett avessero intentato causa in base all'art. 2043 del c.c. italiano in combinato disposto con le disposizioni del Trattato e del suo Accordo integrativo. Laddove la determinazione di un punto di diritto interno risulta essenziale per permettere alla Corte di statuire su un caso, la Corte deve prendere in considerazione la giurisprudenza dei tribunali locali interessati e, « se questa è incerta o in disaccordo, sta alla Corte decidere l'interpretazione che considererà la più confacente alla legge » (Brazilian Loans, P.C.I.J., Series A, n. 20/21, p. 124). Tuttavia, nel presente caso, stava all'Italia dimostrare, di fatto, l'esistenza di un'azione alla quale gli azionisti statunitensi avrebbero potuto ricorrere e da loro non utilizzata. La Sezione non ritiene che l'Italia abbia adempiuto a questo suo onere.

63. — Non è mai facile, quando un caso è stato oggetto di molti ricorsi davanti alle corti nazionali, decidere se siano stati veramente « esauriti » i ricorsi interni. In questo preciso caso, l'Italia non ha saputo convincere questa Sezione che rimaneva una qualche via di ricorso che la Raytheon e la Machlett, indipendentemente dall'ELSI e dal suo curatore fallimentare, avrebbero potuto percorrere fino ad esaurimento. Di conseguenza, la Sezione può procedere ad esaminare il merito.

64. — Nel paragrafo 1 delle Conclusioni Finali presentate dagli Stati Uniti si sostiene:

« (1) Il convenuto ha violato gli obblighi giuridici internazionali presi con il Trattato di amicizia commercio e navigazione e relativo Accor-

do integrativo firmati fra i due Paesi, ed in particolare ha infranto gli artt. III, V e VII di detto Trattato e l'art. I dell'accordo... ».

Risulta pertanto necessario analizzare i suddetti articoli del Trattato e del suo Accordo integrativo nei confronti della condotta che viene ipotizzata come una violazione degli obblighi derivanti dai suddetti articoli. Sarà necessario, nella fattispecie, ricordare che se gli scopi indicati nel Trattato sono simili a quelli che usualmente si trovano nei trattati del genere, uno scopo dell'Accordo integrativo, definito come « parte integrante » del Trattato stesso, è quello di « dare ulteriore incoraggiamento agli investimenti di capitali in imprese di riconosciuta utilità da un Paese all'altro ».

65. — I fatti del convenuto che avrebbero violato i suddetti obblighi sono stati descritti dal consulente dell'attore in termini che riteniamo utili citare:

« Primo, il convenuto ha violato i suoi obblighi legali quando ha illecitamente requisito lo stabilimento dell'ELSI il 1° aprile 1968, cosa che tolse agli azionisti dell'ELSI il loro diritto di procedere ad una ordinata liquidazione degli averi della società. Secondo, il convenuto ha violato i suoi obblighi quando ha lasciato che i dipendenti dell'ELSI occupassero lo stabilimento. Terzo, il convenuto ha violato i suoi obblighi quando ha eccessivamente ritardato nell'emettere la sua decisione sulla legittimità della requisizione per ben 16 mesi e finché lo stabilimento, le attrezzature ed i lavori in corso non fossero stati acquistati dall'ELTEL. Quarto ed ultimo, il convenuto ha violato i suoi obblighi quando ha interferito nel procedimento fallimentare, cosa che gli permise di realizzare il suo intento, previamente espresso, di acquistare l'ELSI ad un prezzo ben inferiore del suo giusto valore sul mercato ».

66. — Di questi fatti ad opera del convenuto, il più significativo è la requisizione dello stabilimento dell'ELSI, ad opera del Sindaco di Palermo, in data 1° aprile 1968, che l'attore sostiene essere stata una violazione del Trattato in quanto ha reso vano quello che l'attore chiama il piano di « ordinaria liquidazione », come illustrato nei paragrafi 22-25 sopra. Sembra giusto descrivere gli altri fatti contestati dal convenuto, meglio chiariti nel par. 115 sotto, come accessori alla doglianza principale che si fonda sulla requisizione e sugli effetti che da essa scaturiscono.

67. — La Sezione si trova di fronte ad una situazione molto complessa di fatto e di diritto, nella quale differenti profili di fatto e di diritto devono essere analizzati sia separatamente, sia dal punto di vista degli effetti che hanno gli uni rispetto agli altri: cioè il significato e le conseguenze degli articoli pertinenti del Trattato e del suo Accordo inte-

grativo; la legittimità della requisizione dello stabilimento e delle attrezzature dell'ELSI ordinata dal Sindaco; il peso giuridico e pratico della situazione finanziaria dell'ELSI a certe epoche determinanti e il suo eventuale effetto sul piano di ordinata liquidazione della società preparato dalla direzione dell'ELSI. Sembra conveniente incominciare con la disamina di queste considerazioni in relazione a quanto sostenuto dall'attore circa il fatto che l'ordinanza di requisizione ha rappresentato una violazione all'art. III del Trattato.

68. — L'art. III del Trattato consta di due paragrafi. Il par. 1 contempla i diritti riconosciuti ai cittadini di ciascuna Alta Parte Contraente per la loro partecipazione a persone giuridiche ed associazioni dell'altra Parte, e per lo svolgimento delle funzioni esercitate da tali persone giuridiche ed associazioni. Poiché non c'è una denuncia di un trattamento meno favorevole in contrasto con quanto è previsto dalle norme in esame, la Sezione non ritiene necessario soffermarsi su questo paragrafo. Invece, sembra rivestire importanza ai fini della rivendicazione dell'attore il par. 2 del suddetto art. III che recita:

« I cittadini e le persone giuridiche ed associazioni di ciascuna Alta Parte Contraente avranno facoltà, in conformità alle leggi ed ai regolamenti vigenti nei territori dell'altra Alta Parte Contraente, di organizzare, controllare e dirigere persone giuridiche ed associazioni della detta altra Alta Parte Contraente che svolgano attività commerciali, industriali, di trasformazione, minerarie, educative, filantropiche, religiose e scientifiche. Le persone giuridiche ed associazioni controllate dai cittadini e dalle persone giuridiche ed associazioni di ciascuna Alta Parte Contraente e create od organizzate in conformità alle leggi ed ai regolamenti vigenti nei territori dell'altra Alta Parte Contraente avranno facoltà di svolgervi le predette attività, in conformità alle leggi ed ai regolamenti vigenti, a condizioni non meno favorevoli di quelle accordate attualmente o che saranno accordate in avvenire alle persone giuridiche ed associazioni di detta altra Alta Parte Contraente controllate dai propri cittadini e dalle proprie persone giuridiche ed associazioni ».

Neanche qui vi è possibilità di allegare che l'ELSI sia stata trattata secondo norme meno favorevoli di quanto stabilito dalla seconda frase del paragrafo; pertanto, l'allegazione di violazione al presente paragrafo presentata dagli Stati Uniti nei confronti dell'Italia si riferisce alla prima frase.

69. — Ai fini del presente caso, l'effetto della prima frase di questo paragrafo è che tanto la Raytheon quanto la Machlett erano autorizzate ad organizzare, controllare e gestire la ELSI in conformità con le leggi e regolamenti in vigore sul territorio italiano. La protesta degli Stati Uniti punta sul diritto di « controllare e dirigere » mentre sembra che

del diritto di « organizzare », apparentemente da intendere nel senso di costituire una società, non si faccia menzione nella fattispecie. Pertanto, la domanda è se vi è stata, oppure no, violazione di questo articolo se, come asseriscono gli Stati Uniti, la requisizione ha avuto per effetto di privare l'ELSI non solo del suo diritto ma anche della sua possibilità pratica di vendere il proprio stabilimento ed i propri beni per poter pagare i propri debiti verso i suoi creditori e soddisfare i propri azionisti.

70. — Non vi è dubbio che la requisizione dello « stabilimento e relativa attrezzatura » si risolve normalmente in una privazione, almeno per una parte sostanziale, del diritto di controllare e dirigere. È stato obiettato dall'Italia che tale requisizione in nessun modo impedì « agli azionisti di controllare la società », ma solo ebbe effetto sulla gestione, da parte della società, di beni appartenenti alla stessa. È vero che la requisizione ebbe una ripercussione diretta solo sul controllo dei beni interessati dalla requisizione, è però anche indubbio che tale requisizione, che rimase tale fino al 30 settembre 1968, fu ordinata per evitare la chiusura dello stabilimento dell'ELSI, il licenziamento del suo personale e, come conseguenza, la dispersione dei suoi beni, tutte cose che erano parti integranti del piano predisposto dall'ELSI per l'ordinata liquidazione. Poiché la requisizione ebbe così per intento quello di impedire alla Raytheon l'esercizio, per ben sei mesi alquanto critici, di quello che era, all'epoca, una parte quanto mai importante del suo diritto di controllare e dirigere l'ELSI, sorge così la questione di stabilire se tale requisizione è stata conforme ai requisiti dell'art. III, par. 2 del Trattato. Prima di giungere ad una qualsiasi conclusione su questo punto, è ora necessario esaminare alcune altre questioni.

71. — L'art. III del Trattato, tanto nel suo par. 1 che si riferisce ai diritti di cui devono godere i cittadini di una delle parti sul territorio dell'altra, come nel suo par. 2 che parla dei diritti dei cittadini di una delle parti di « organizzare, controllare e dirigere » società dell'altra parte, contengono ambedue la clausola restrittiva « in conformità alle leggi ed ai regolamenti vigenti » nei territori dell'altra Parte. L'Italia ha argomentato che questa clausola conferma che la corretta interpretazione di questo paragrafo è che non intende conferire ai cittadini statunitensi un qualsiasi diritto di controllo o di gestione che sia maggiore, o più protetto, dei diritti goduti da altri azionisti, di qualsiasi cittadinanza, nell'ambito delle società italiane. Pertanto, è stato detto, la requisizione non rappresenta una infrazione ai diritti conferiti dal Trattato poiché la sua « illegittimità... constatata con decisione del Prefetto di Palermo, non altera il fatto che fosse stata emessa da una autorità competente sulla base di un potere esistente ». Tuttavia, nell'opinione di questa Sezione, riferirsi ad una conformità « alle leggi ed ai regolamenti vigenti » non

può stare a significare che, se un atto è conforme alle leggi e regolamenti nazionali, ciò possa in sé escludere la possibilità che tale fatto sia in violazione del Trattato.

72. — Il fatto di dover conformarsi « alle leggi ed ai regolamenti vigenti » non può certamente significare altro se non il fatto che le persone giuridiche ed associazioni italiane controllate da cittadini statunitensi devono conformarsi alle leggi e regolamenti locali in vigore e che, inoltre, devono così fare anche se tali leggi costituiscono violazione del Trattato. Questo l'attore non lo ha mai negato. La Raytheon e la Machlett si sono conformate alle condizioni della requisizione. A dire vero, non avevano altra scelta.

73. — Rimane pertanto la questione di sapere se la requisizione rappresenta o no una violazione dell'art. III, par. 2. Questo punto deve essere considerato all'infuori di quella che è la posizione della legge nazionale al riguardo. La conformità con una legge nazionale e la conformità con le clausole di un trattato sono cose diverse. Quello che può rappresentare una infrazione ad un trattato può risultare lecito dal punto di vista della legge nazionale, e quello che viene considerato illecito da una legge nazionale può risultare perfettamente conforme alle disposizioni di un trattato. Anche se il Prefetto avesse ritenuto che la requisizione era perfettamente legittima alla stregua della legge italiana, questo non avrebbe escluso la possibilità che la stessa rappresentasse comunque una violazione del Trattato.

74. — La questione di sapere se certi fatti possono costituire una violazione del diritto, sancito dal Trattato, di essere autorizzati a controllare e dirigere deve essere apprezzata caso per caso, tenendo conto del significato e dello scopo del Trattato stesso. È chiaro che questo diritto non può essere interpretato come una specie di garanzia che il normale esercizio di controllo e gestione non venga mai disturbato. Tutti i sistemi giuridici devono, ad esempio, prevedere provvedimenti che interferiscano con il normale esercizio dei diritti in casi di emergenza pubblica, o simili. A questo riguardo, bisogna accordare una attenzione particolare ai motivi dati dal Prefetto nella sua decisione, nonché all'analisi giuridica fatta dalla Corte di Appello di Palermo di tale decisione.

75. — Nella sua decisione, il Prefetto prese buona nota del fatto che il Sindaco si era basato sull'autorità giuridica a lui conferita per agire nei casi in cui « l'urgenza e la grave necessità » pubblica lo richiedessero. Non ritenne che tali condizioni mancassero. Tuttavia, egli annullò la requisizione, in primo luogo, in base alle considerazioni seguenti:

« Non v'ha dubbio che anche se possono considerarsi, in linea del tutto teorica, sussistenti, nella fattispecie, gli estremi della grave neces-

sità pubblica e della contingibilità ed urgenza che determinarono l'adozione del provvedimento, il fine cui tendeva la requisizione non poteva trovare pratica realizzazione con il provvedimento stesso, tanto è vero che nessuna ripresa di attività dell'azienda vi è stata a seguito della requisizione, né avrebbe potuto esserci. Manca, pertanto, nel provvedimento, genericamente, la causa giuridica che possa giustificarlo e renderlo operante » (1).

C'è stata qualche controversia fra le Parti circa la traduzione di questo brano (vedi par. 123 sotto); nell'opinione della Sezione, si può tradurre come segue:

« There is no doubt that, even though, from the purely theoretical standpoint, the conditions of grave public necessity and of unforeseen urgency warranting adoption of the measure may be considered to exist in the case in point, the intended purpose of the requisition could not in practice be achieved by the order itself, since in fact there was no resumption of the company's activity following the requisition, nor could there have been such resumption. The order therefore lacks, generically, the juridical cause which might justify it and make it operative ».

La Corte di Appello di Palermo, per motivi che verranno esaminati più accuratamente sotto (par. 127) ha considerato che la conclusione alla quale il Prefetto era arrivato era quella di « un tipico caso di eccesso di potere, che è, come noto, un vizio di legittimità dell'atto amministrativo » (1). La requisizione è stata pertanto giudicata illegittima alla stregua della legge locale vigente. Pertanto se, come sembra che sia il caso, deve ritenersi aver privato la Raytheon e la Machlett di quelli che erano, all'epoca, i loro più essenziali diritti di controllo e di gestione, la cosa può apparire, a prima vista, una violazione all'art. III, par. 2.

76. — Rimane tuttavia una questione cruciale da prendere in considerazione. Secondo il convenuto, la Raytheon e la Machlett erano, a causa della posizione finanziaria dell'ELSI, già spogliate dei loro suddetti diritti di controllo e gestione dei quali dicono essere state private. Sembra pertanto necessario considerare ora quale eventuale effetto la posizione finanziaria dell'ELSI possa avere avuto in merito, prima nella pratica, e poi anche dal punto di vista della legge italiana.

77. — La tesi che prevale in tutto il reclamo dell'attore è quella che la Raytheon e la Machlett, che controllavano l'ELSI, furono, per effetto della requisizione, private del loro diritto, e della possibilità pratica, di condurre una ordinata liquidazione dei beni dell'ELSI. Questo piano di ordinata liquidazione era tuttavia strettamente collegato con lo stato finanziario dell'ELSI, e pertanto le due cose devono essere esaminate insieme.

(1) In italiano nel testo (n.d.t.).

78. — L'insuccesso dell'ELSI è stato attribuito, dalla direzione della società, almeno in parte ad un eccesso di personale in relazione al suo portafoglio di ordini; aveva avuto bisogno di ripetute iniezioni di nuovi capitali e non era mai riuscita a produrre un utile di esercizio sufficiente per ripianare i propri debiti e le perdite che andavano accumulandosi. Nessun dividendo fu mai pagato agli azionisti. Il bilancio al 30 settembre 1966 già riportava le perdite accumulate per circa Lit. 2 miliardi.

79. — Questa situazione inoltre si stava aggravando, come dimostra il bilancio chiuso al 30 settembre 1967 (vedi parr. 18-19 sopra). I revisori dei conti della Raytheon in Italia fecero notare che il bilancio, una volta «aggiustato» per soddisfare i requisiti contabili interni della Raytheon (il bilancio non aggiustato tuttavia sembra aver soddisfatto i requisiti legali italiani) indicava, già allora, che le perdite cumulate aggiustate risultavano in eccesso del totale «del capitale sociale versato, della riserva in conto capitale e del conto di sottoscrizione degli azionisti» per Lit. 881,3 milioni, ed avvisarono che, se questi aggiustamenti delle perdite cumulate fossero stati registrati nei libri contabili della società:

«in base agli artt. 2447 e 2448 del c.c. italiano, i Consiglieri avrebbero dovuto convocare, senza indugio, l'assemblea degli azionisti al fine di prendere i provvedimenti necessari per coprire le suddette perdite mediante l'apporto di nuovi capitali, o altrimenti per mettere la società in liquidazione».

80. — In data 7 marzo 1968, la Raytheon notificò formalmente all'ELSI la propria decisione di non provvedere ad alcun nuovo apporto di capitale, né sotto forma di sottoscrizione di nuove azioni, né dando il proprio avallo ad ulteriori prestiti. Durante una riunione del consiglio d'amministrazione dell'ELSI tenutasi a Roma il 16 marzo 1968, venne deciso che sarebbero cessate le «attività della società», che la produzione sarebbe stata «interrotta immediatamente», che le «attività commerciali ed i contratti con il personale» sarebbero stati troncati in data 29 marzo 1968, e che «una assemblea degli azionisti sarebbe stata convocata per il 28 marzo 1968 per la delibera delle risoluzioni necessarie». Non era tuttavia fra i piani dell'ELSI mettere in atto una liquidazione del tipo previsto all'art. 2450 del c.c. italiano, che prevede la nomina di un liquidatore. Il piano di ordinata liquidazione, inteso dalla direzione dell'ELSI, doveva essere gestito in proprio. Nell'assemblea straordinaria degli azionisti tenutasi a Palermo in data 28 marzo 1968, fu deliberato di ratificare le risoluzioni adottate dal consiglio di amministrazione in data 16 marzo 1968; e cioè:

«di dar mandato al consiglio di amministrazione di prendere contatti con gli istituti di credito e con i maggiori creditori della società

per concordare procedure che consentano nell'interesse di tutti i creditori una ordinata alienazione delle attività sociali al massimo valore di realizzazione » (1).

81. — La politica seguita dalla direzione dell'ELSI in questi mesi che precedettero la requisizione aveva però due volti. Benché l'ordinata liquidazione contemplasse la chiusura dello stabilimento ed il licenziamento del personale, la direzione e la Raytheon avevano come secondo obiettivo quello di fare in modo che l'attività continuasse, sperando che la minaccia di chiudere e di licenziare il personale potesse creare pressioni tali da indurre le autorità italiane a dare alla Raytheon quello che da tempo cercava, ossia una influente partecipazione italiana, nuovi apporti di capitali e gli incentivi previsti per le imprese installate nel Mezzogiorno. Nel « Progetto per il finanziamento e la riorganizzazione della società » preparato nel maggio 1967 viene dettagliatamente presentata la necessità di ulteriori apporti di capitale, di nuovi ordini da parte di fonti statali italiane e di aiuto finanziario per far fronte ai costi di trasporto, agli investimenti in immobilizzi ed agli oneri di formazione. Il Progetto diceva chiaramente che, in caso contrario, la Raytheon avrebbe rifiutato di investire ulteriori capitali, che circa 300 persone si sarebbero trovate d'un giorno all'altro in sovrappiù e che i mercati in declino avrebbero reso l'occupazione ancora più difficile; come detto nel Progetto: « l'alternativa è invero l'effettivo smantellamento dello stabilimento esistente, con tutti gli effetti sociali indesiderati che ne possono derivare ».

82. — Fino al giorno prima della requisizione, i dirigenti della società continuarono le loro discussioni con le autorità italiane ma contemporaneamente, come è detto in un « affidavit » di un funzionario della società, la direzione « era conscia della necessità di avere piani di ripiego se questi sforzi fossero risultati infruttuosi. Nel secondo semestre del 1967, incominciammo con riluttanza a prevedere le grandi linee della possibile liquidazione dell'ELSI ». A detta di un altro funzionario della società, in un suo « affidavit », la Raytheon avrebbe:

« sviluppato un piano per liquidare ordinatamente l'ELSI in circa sei mesi nel corso del 1968. Mentre questo piano veniva sviluppato, i dirigenti della Raytheon e dell'ELSI continuarono ad incontrarsi con funzionari dello Stato italiano nel continuo intento di trovare una soluzione per fare sì che la società continuasse a lavorare ».

Non vi è dubbio che la società desiderasse rinviare la liquidazione il più a lungo possibile, nella speranza di poterla evitare, nella certezza che la minaccia di chiusura dello stabilimento avrebbe rappresentato un mezzo di pressione sulle autorità italiane, fin quando sarebbe rimasta

(1) In italiano nel testo (n.d.t.).

una minaccia. Il rischio, di cui la società era ben cosciente, era che se le cose andavano troppo per le lunghe, si rischiava di finire nello stato di insolvenza contemplato dalla legge italiana. Alla fine, le autorità italiane non diedero il loro aiuto, almeno non secondo modalità che potessero essere accettabili per la direzione dell'ELSI, e la direzione si ritrovò, all'ultimo momento, con il dover mettere in atto il piano di ordinata liquidazione, in quanto sembrava l'unico modo di evitare il fallimento o la liquidazione sotto controllo del tribunale locale; ed il fallimento della sua controllata non era certo una lieta prospettiva per la Raytheon.

83. — Il punto cruciale rimane quello di sapere se la Raytheon, alla vigilia della requisizione e dopo la chiusura dello stabilimento ed il licenziamento della maggioranza del personale in data 29 marzo 1968, aveva ancora la capacità di portare a termine il suo piano di ordinata liquidazione, anche se non si tiene conto della sua presunta impossibilità imputata alla requisizione. Quel piano, come fu concepito all'origine, prevedeva che la liquidazione dello stabilimento e dei suoi beni avrebbe prodotto abbastanza per pagare tutti i creditori al 100 per cento, e che una piccola parte residua sarebbe andata agli azionisti. In uno degli « affidavit » sopra citati è detto: « se gli attivi fossero stati alienati al loro valore contabile, tutti i debiti, incluso gli effetti esigibili dalla Raytheon Company, sarebbero stati saldati ». E, di fatto, il curatore fallimentare, nella sua relazione del 28 ottobre 1968 al giudice fallimentare, spiega che, nel marzo 1968:

« la direzione della Raytheon-ELSI decise, e dichiarò pubblicamente, la propria intenzione (che fu poi adottata dal consiglio di amministrazione) di suggerire agli azionisti di liquidare la società. L'intento era di procedere ad una ordinata liquidazione di tutti gli averi in modo da pagare l'insieme dei creditori della società al 100 per cento ».

Questo deve essere stato considerato come un giusto obiettivo poiché il « valore contabile » poteva ben essere espresso in cifre prudenziali. Non è stato dimostrato che l'ELSI si fosse mai dimostrata inadempiente fino a poco prima della richiesta di fallimento. Inoltre, la Raytheon aveva aperto un conto a Milano onde poter pagare i piccoli creditori al 100 per cento.

84. — Ciò nonostante, poiché non era previsto l'arrivo di nuovi capitali d'investimento, la possibilità di pagare completamente i creditori dipendeva dall'attuazione per tempo del piano di ordinata liquidazione. Questo tempo si stava esaurendo perché i soldi scarseggiavano. Con la situazione che peggiorava di giorno in giorno, in qualsiasi momento poteva succedere che i passivi eccedessero gli attivi, o che si verificasse comunque un inadempimento per mancanza di liquidità. La direzione del-

l'ELSI aveva anche preparato una stima del « valore di realizzazione » (vedi par. 18 sopra) che era nettamente inferiore al valore contabile, ben sapendo che la vendita dei beni della società rischiava di non avvicinarsi agli importi previsti in valore contabile. Erano infine stati redatti dei piani da proporre ai grandi creditori bancari nella speranza di ottenere da loro un accordo di composizione al 50 per cento.

85. — Nella posizione precaria in cui versava la società alla fine di quel marzo 1968, poteva ancora l'ELSI avere la possibilità pratica di procedere con il suo piano di ordinata liquidazione? La buona riuscita di detto piano sarebbe dipesa da una quantità di fattori non controllabili da parte della direzione dell'ELSI. Poiché le casse della società erano paurosamente vuote, bisognava che ci fosse un afflusso di fondi che permettesse di mantenere la liquidità necessaria allo svolgimento del piano. È stato detto dall'attore che la Raytheon era pronta a fornire i fondi e tutta l'assistenza necessaria per assicurare l'alienazione ordinata della società, e la Sezione non ha motivo di dubitare che la Raytheon avesse già o stesse per assumere questo impegno. Sono altri i fattori che, nella fattispecie, sollevano alcuni dubbi.

86. — In primo luogo, perché potesse riuscire il piano, era necessario che i grandi creditori (ossia gli istituti di credito) fossero disposti ad aspettare il pagamento dei loro crediti finché non si fossero liberati i fondi ricavati dalla vendita degli averi: e questo si applica non soltanto alle somme insolute in capitale, che all'epoca potevano ancora non essere esigibili legalmente, ma anche alle riscossioni di interessi e alle tranches di rimborso di capitale. Benché non siano state date informazioni specifiche in merito a questa Sezione, è questo il punto essenziale di quel piano di liquidazione: bisognava chiedere ai creditori di dar tempo alla società. Se l'ELSI fosse stata fiduciosa di poter far fronte rapidamente e regolarmente ai suoi obblighi, mentre cercava un acquirente per i suoi averi, non sarebbero state necessarie tutte queste trattative con i creditori, tutte queste elaborazioni su come dividere i proventi secondo diverse ipotesi, che invece sono state esibite davanti a questa Sezione.

87. — In secondo luogo, la direzione non era affatto sicura che la vendita dei suoi averi avrebbe prodotto quanto bastava per pagare tutti i creditori al 100 per cento; di fatto, l'esistenza di una valutazione di « realizzazione » può addirittura suggerire ancor più che una mera incertezza. Pertanto bisognava chiedere tempo ai creditori offrendo loro l'assicurazione, non già che sarebbero stati pagati al 100 per cento, ma soltanto al 50 per cento almeno. Anche se generalmente è nell'interesse dei creditori accettare questo tipo di proposte, non è detto che, nella fat-

tispecie, l'ELSI potesse contarci. All'epoca della requisizione, sembra chiaro che gli istituti di credito, benché informati della situazione finanziaria della società, non erano ancora stati consultati sul tema della eventuale accettazione di un 50 per cento garantito (vedi parr. 28-29 sopra), pertanto la loro reazione rimane nel dominio della congettura.

88. — Non bisogna neanche dimenticare che i dipendenti licenziati dell'ELSI erano creditori privilegiati per le somme a loro dovute a titolo di indennità di licenziamento ed arretrati. In questa ottica, l'Italia ha segnalato una legge della Regione Sicilia, promulgata in data 13 maggio 1968, per il pagamento nei « mesi di marzo, aprile e maggio 1968, di una speciale indennità mensile ai dipendenti licenziati della Raytheon-Elsi di Palermo, pari all'effettiva remunerazione mensile che ricevevano fino al mese di febbraio 1968 ». Da questo, si può desumere, ha detto l'Italia, che l'ELSI non pagò ai suoi dipendenti il mese di marzo 1968. È stato poi ammesso dall'ex Presidente dell'ELSI, chiamato a testimoniare e poi contro-interrogato, che la liquidità disponibile al 31 marzo 1968 (« 22 milioni in cassa ») non sarebbe stata sufficiente per pagare tutto il personale (« almeno 25 milioni ») nemmeno nella prima settimana di aprile. Non è stato chiesto al testimone se era possibile che l'ELSI non abbia pagato il mese di marzo 1968 al suo personale, e la difesa degli Stati Uniti ha poi dichiarato che l'asserzione secondo la quale « l'ELSI non avesse potuto pagare gli stipendi di marzo » era « semplicemente falsa ». In ogni caso, è certo che, quando la società cessò le sue attività, rimanevano da saldare le indennità di licenziamento del personale che, secondo l'attore, sarebbero state pagate sui fondi forniti dalla Raytheon (par. 28 sopra), ma che non potevano esserlo su quanto rimasto nelle casse dell'ELSI all'epoca.

89. — In terzo luogo, il piano ideato dalla direzione dell'ELSI comportava una potenziale ineguaglianza fra i creditori: se quanto realizzato non fosse bastato per coprire tutti i debiti, i principali creditori avrebbero dovuto accontentarsi del 50 per cento, allorché i piccoli creditori sarebbero stati comunque pagati al 100 per cento. Che questo fosse concepibile o meno dal punto di vista legale ai sensi della regola della *par condicio creditorum* (sembra che la Raytheon abbia contemplato la possibilità di accettare una quota parte minore nell'eventuale ripartizione finale purché i piccoli creditori risultassero pagati al 100 per cento, senza che ciò diminuisse la parte garantita agli istituti di credito), rappresentava comunque un ulteriore elemento che poteva ben dissuadere un grande creditore dall'aderire alla proposta. In base alle testimonianze udite, quando, alla fine del mese di marzo 1968, l'ELSI incominciò ad utilizzare i fondi che la Raytheon aveva messo a disposizione per pagare al 100 per cento i piccoli creditori, « gli istituti di credito inter-

vennero dicendo che non volevano che ciò accadesse poiché era un modo di dimostrare preferenze». Con questa presa di posizione da parte degli istituti di credito, l'intero piano di liquidazione ordinata era messo a repentaglio poiché uno degli obiettivi mirati con la sistemazione dei piccoli creditori era proprio, come lo dice il Reclamo diplomatico del 1974, quello di «evitare il rischio di un eventuale piccolo creditore che prendesse provvedimenti avventati, creando così grosse difficoltà allo svolgimento dell'ordinata liquidazione».

90. — In quarto luogo, gli averi della società dovevano essere venduti al più presto ed al miglior prezzo possibile — due requisiti che spesso non sono conciliabili nella pratica. Gli Stati Uniti hanno sottolineato l'effetto devastante che ebbe la requisizione sui tentativi di vendere gli averi. Dopo la requisizione, non era più possibile far visitare lo stabilimento ai possibili acquirenti, né dar loro una qualsiasi garanzia che, se l'avessero comperato, ne avrebbero avuto il possesso immediato. Tuttavia, non è affatto accertato che la società avesse potuto far visitare, senza impedimenti né disturbi per i possibili acquirenti, i propri locali ed il proprio stabilimento anche in assenza della requisizione. C'è stato un disaccordo fra le Parti sul punto relativo al fatto che lo stabilimento fosse o non fosse, e fino a che punto, occupato dai dipendenti dell'ELSI prima e dopo la requisizione. La cosa certa è che la società temeva qualche problema allo stabilimento quando si seppe che stava per chiudere: i libri contabili erano stati spostati a Milano, come è stato testimoniato durante le udienze «in modo che, anche se ci fossero stati dei problemi, avremmo comunque potuto disporre dei libri» e «avevamo spostato una buona parte delle scorte (con destinazione Milano) in modo da poter venderle da lì, se fosse stato necessario».

91. — In quinto luogo, è da considerare l'atteggiamento del Governo regionale siciliano: la società ben sapeva che l'Amministrazione si opponeva vivamente alla chiusura dello stabilimento, o per meglio dire al licenziamento dei dipendenti. È vero che il provvedimento utilizzato per cercare di evitarlo — l'ordinanza di requisizione — è stata giudicata dal Prefetto come mancante della «causa giuridica che possa giustificarla e renderla operante» (vedi paragrafo 75 sopra). Ma la direzione dell'ELSI, nel marzo 1968, non poteva essere certa che l'ostilità delle autorità locali nei confronti del piano di chiusura e di licenziamento del personale non si sarebbe concretizzata poi nella forma pratica di un provvedimento legale. La direzione della società era stata avvertita, prima che spedisse le lettere di licenziamento al personale, che i licenziamenti avrebbero portato alla requisizione dello stabilimento.

92. — Tutto ciò porta alla conclusione che, al 31 marzo 1968, la fattibilità di un piano di liquidazione ordinata, elemento essenziale del

ragionamento sostenuto dagli Stati Uniti a sostegno della propria istanza, non è stata comprovata in modo sufficiente.

93. — In fine, all'infuori di quelle che potevano essere le possibilità pratiche, c'è la posizione della legge italiana sul fallimento. L'articolo 5 della Legge italiana del 1942 sul fallimento prevede che « l'imprenditore che si trova in stato di insolvenza è dichiarato fallito » (1).

« Lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti ... od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni » (1).

Questa formula esclude uno stato di incapacità semplicemente momentaneo o temporaneo, e si riferisce ad uno stato di incapacità destinata a durare. Il fatto di soddisfare « regolarmente » le proprie obbligazioni sembra riferirsi ad un pagamento al 100 per cento alla dovuta scadenza. Tenuto conto di questa definizione, è chiaro che l'ELSI ben si poteva, alla fine del mese di marzo, considerare, ai sensi della legge fallimentare italiana, « in stato di insolvenza » anche se non proprio inadempiente. Le deposizioni fatte davanti a questa Sezione sono state contrastanti sul punto se la legge italiana obblighi o meno un debitore, in simile stato di insolvenza, a richiedere il fallimento, o se gli è ancora possibile contrattare con i propri creditori una composizione amichevole, all'infuori della supervisione di un tribunale fallimentare (vedi paragrafo 25 sopra).

94. — Tuttavia, se è vero che l'ELSI si trovava in uno stato di insolvenza in base alla legge al 31 marzo 1968 e se, come sostenuto dall'Italia, un tale stato di insolvenza comporta che la società che vi si trova è obbligata a chiedere il proprio fallimento, allora non vi sarebbe stato alcun diritto di controllare e dirigere protetto dal Trattato. Mentre la valutazione dello stato di insolvenza dell'ELSI non appare essenziale per la conclusione della Sezione, già enunciata al paragrafo 92 sopra, per la legge italiana, essa è invece della massima importanza.

95. — L'Italia ha argomentato che, persino prima della requisizione, l'ELSI era in stato di insolvenza in quanto i suoi passivi erano superiori al valore dei suoi averi e, a conferma di ciò, si è riferita, in primo luogo, al « valore di realizzazione » valutato ai fini del piano di liquidazione previsto e, in secondo luogo, alle osservazioni che i revisori dei conti fecero circa il bilancio del settembre 1967. Tuttavia, la Sezione non pensa che sia possibile concludere su questa base che l'ELSI fosse in stato di insolvenza già nel 1967. La valutazione di beni di questo genere, finchè non sono effettivamente venduti, deve essere fatta da esperti nella

(1) In italiano nel testo (n.d.t.).

materia, in base a pareri diversificati, ed il fatto di utilizzare diverse convenzioni contabili può di fatto portare a risultati divergenti.

La direzione della società era chiaramente dell'opinione che poteva continuare le sue attività fino alla fine del mese di marzo 1968, come si può desumere dalla dichiarazione fatta dall'ex Presidente della società a questa Sezione attestante che i consulenti legali e finanziari stavano attentamente seguendo la situazione per assicurarsi che i requisiti legali italiani fossero ben rispettati. E però senza dubbio che l'ELSI si trovava certamente in stato di insolvenza in data 25 aprile 1968, quando il suo consiglio di amministrazione deliberò di richiedere il fallimento. La conclusione alla quale il Consiglio era giunto era che « la situazione finanziaria della società era peggiorata ed arrivata allo stato di insolvenza » poichè, a quanto dice il verbale della riunione, « Vi sono dei pagamenti dovuti a fronte di prestiti a lungo termine che scadono da qui a pochi giorni, così come altri pagamenti che la società non è in grado di onorare a causa della sua mancanza di liquidità ... ». Nella richiesta di fallimento, si specifica che « una rata di Lit. 800.000.000 dovuta alla Banca Nazionale del Lavoro è venuta a scadenza il 18 aprile 1968 e che la tratta relativa è stata o verrà protestata, etc. ». In altre parole, la società era allora in stato di inadempimento, in quanto non era in grado di far fronte ai suoi impegni alle scadenze previste.

96. — Sul tema dello stato di insolvenza, come inteso dalla legge italiana, bisogna anche prendere in considerazione i motivi invocati dal Prefetto di Palermo nella sua decisione di annullare l'ordinanza di requisizione nonchè le conclusioni del Tribunale di Palermo e della Corte di Appello di Palermo nella causa per danni, intentata dal curatore fallimentare dell'ELSI dopo l'annullamento dell'ordinanza di requisizione da parte del Prefetto. Come già detto (vedi paragrafo 75), il Prefetto decise che, con la requisizione, non si sarebbe ottenuto l'obiettivo prefissato, poichè la ripresa delle attività della società non era possibile. E spiegò che:

« lo stato dell'azienda era tale, per circostanze di carattere economico-funzionale e di mercato, da non consentire la prosecuzione dell'attività ... La requisizione, quindi, nulla ha mutato nella situazione aziendale... La situazione di dissesto ha, anzi, determinato la dichiarazione di fallimento dell'azienda, ... » (1).

97. — Al Tribunale di Palermo è stata sottoposta l'argomentazione, menzionata al paragrafo 58 sopra, secondo la quale « il provvedimento di requisizione avrebbe determinato una situazione economica di tale

(2) In italiano nel testo (n.d.t.).

pesantezza da farne scaturire immediatamente e direttamente il fallimento della società » e ha risolto il problema puntando sulla situazione della società alla vigilia della requisizione:

« Al 31 marzo 1968, in sostanza, lo stabilimento dell'ELSI non era più in fase produttiva, fermata per deliberazione dell'organo sociale competente che .. aveva ... opinato, non potendo trovare altro rimedio, per la soluzione più drastica, evidentemente reputandola più confacente agli interessi della società e che aveva come oggetto preciso l'arresto totale della produzione ... Devesi a ciò aggiungere ... che proprio dai primi dell'anno 1968 vi era stato un notevole peggioramento della situazione generale dell'azienda, che via via si andava aggravando per le sfavorevoli condizioni del mercato, avversata, altresì, dai fatti sismici del gennaio e da una serie di scioperi che, per l'appunto, nel mese di marzo ebbero carattere ora di continuità ora di intermittenza, con la conseguenza della perdita di un considerevole numero di ore lavorative ... » (1).

In base a ciò, la Corte di Appello potette concludere:

« Dalle condizioni premesse discende che l'aggancio del fallimento della società all'intervenuta requisizione non ha fondamento, siccome, esattamente, è stato sostenuto coll'amministrazione convenuta, essendo la situazione economica della Raytheon-Elsi già gravemente compromessa da anni per esplicito riconoscimento dei suoi stessi dirigenti » (1).

Il Tribunale di Palermo non si spinse tuttavia fino a dichiarare che l'ELSI si trovava in stato di insolvenza legale prima della requisizione.

98. — Tuttavia, la Corte di Appello di Palermo, nella sua sentenza, dichiara che l'ELSI era in stato di insolvenza prima che l'ordinanza di requisizione fosse emessa. Il brano pertinente, nella suddetta sentenza della Corte di Appello, dice:

« per quanto riguarda i danni che si fanno consistere nell'aver la requisizione provocato il fallimento della società, la conclusione negativa del Tribunale è ampiamente e convincentemente motivata a che le considerazioni critiche dell'appellante non valgono a provocare un convincimento diverso; ... La circostanza certa della insolvenza della società in tempo immediatamente anteriore all'intervento del Sindaco ... è sufficiente per escludere il collegamento causale fra il successivo provvedimento di requisizione e il fallimento della società, per il quale ultimo quello stato di insolvenza è causa determinante e sufficiente (art. 5, Legge fallimentare) » (1).

La Corte di Appello fa anche riferimento ad una « precedente insolvenza » della società, e alla « efficacia determinante dello stato di insolvenza » (1).

(1) In italiano nel testo (n.d.t.).

99. — Che queste conclusioni delle sedi giudiziarie locali siano da considerarsi determinanti ai sensi della legge italiana per stabilire che la ELSI era, al 31 marzo 1968, in stato di insolvenza secondo quanto inteso dalle disposizioni legali pertinenti, oppure che tali conclusioni si considerino come mere asserzioni che, a quella data, la situazione finanziaria dell'ELSI era così disperata da non consentire la possibilità di salvezza, e che pertanto non fu la requisizione ad aver « determinato una situazione economica di tale pesantezza da farne scaturire immediatamente e direttamente il fallimento della società » non fa alcuna differenza ai fini delle conclusioni che sono ora da trarre. Se l'ELSI era allora legalmente in stato di insolvenza, anche se fosse stato possibile portare avanti il piano di liquidazione con la collaborazione dei creditori, gli azionisti avevano comunque perso il loro diritto di controllare e dirigere come previsto nel Trattato. Se, come disse il Prefetto di Palermo, e come certamente era l'opinione delle sedi giudiziarie di Palermo, la situazione di fatto era che la requisizione nulla poteva cambiare, allora gli Stati Uniti non hanno saputo dimostrare che ci fu una vera e propria interferenza nel diritto di controllare e dirigere.

La Sezione non intende stabilire in quale misura potrebbe, o dovrebbe, mettere in discussione la validità di quello che le sedi giudiziarie italiane hanno deciso secondo la legge italiana che regge la materia. Le basta notare che la sua conclusione sopra indicata, ossia che la reale possibilità di mettere in atto la prevista liquidazione ordinata della società non è stata sufficientemente comprovata, viene confortata dalle decisioni delle sedi giudiziarie di Palermo, emesse in occasione della causa intentata dal curatore fallimentare per il risarcimento dei danni provocati dalla requisizione. Che vengano considerate conclusioni in base al diritto italiano o conclusioni di fatto, le decisioni delle sedi giudiziarie di Palermo semplicemente costituiscono un elemento di prova addizionale relativamente alla situazione che la Sezione è chiamata a valutare.

100. — È importante, di fronte a tanti particolari, evitare che la questione esca della sua giusta prospettiva: se una società non dispone di fondi a sufficienza, sta soffrendo importanti perdite, è handicappata dalla necessità di rimborsare ingenti prestiti, ha degli azionisti che non solo hanno deciso di smettere di finanziarla ulteriormente ma anche addirittura di chiuderla e venderla perché, come si sono preoccupati di far sapere a tutti, le risorse si stanno assottigliando molto velocemente, non vi è motivo di stupirsi se, passati parecchi giorni dopo che la direzione stessa aveva preannunciato l'esaurimento dei fondi, la società viene considerata, di fatto o virtualmente, in stato di insolvenza ai fini della legge fallimentare italiana.

101. — Pertanto se, al momento necessario, la direzione dell'ELSI si è trovata nell'impossibilità pratica di procedere felicemente con il suo piano di ordinata liquidazione sotto il proprio controllo, e magari aveva già perso ogni diritto a farlo ai sensi della legge italiana, non è possibile dire che è stata la requisizione che la ha privata della sua facoltà di controllare e dirigere. Inoltre, vi è, nella situazione dell'ELSI, una particolare caratteristica di incertezza del legame causale, sul quale si basa la tesi dell'attore, che esisterebbe fra la requisizione e le conseguenze che ad essa l'Attore attribuisce. Sono varie le cause che hanno concorso a portare l'ELSI al dissesto. Non vi è dubbio che gli effetti della requisizione possano essere considerati fra i fattori concausali, ma la causa fondamentale è stata la vertiginosa corsa dell'ELSI verso l'insolvenza, che sembra abbia addirittura raggiunto prima della requisizione. Si è parlato della chiara e forte proclamazione della precarietà della situazione, della decisione inauspicabile dal punto di vista sociale di porre fine all'attività, con la conseguente chiusura dello stabilimento e licenziamento del personale, e della presa di posizione degli istituti di credito nella loro veste di maggiori creditori. In breve, questa possibilità di procedere ad una liquidazione ordinata, che la Raytheon e la Machlett pretendono esser stata loro negata come conseguenza della requisizione, è solo materia di ipotesi. La Sezione si ritiene pertanto incapace di ravvisare alcun fatto che possa essere considerato una violazione, da parte dell'Italia, all'Art. III, paragrafo 2, del Trattato.

102. — Due richieste dell'attore sono fondate sulle disposizioni dell'Articolo V del Trattato: l'una invoca i paragrafi 1 e 3 e si riferisce alla protezione e sicurezza dei cittadini e dei loro beni; l'altra invece al paragrafo 2 e si riferisce alla privazione o all'espropriazione dei loro beni. Nessun reclamo si riferisce al paragrafo 4 di detto Articolo V. La richiesta dell'attore relativa ai paragrafi 1 e 3 verrà esaminata per prima.

103. — Il paragrafo 1 dell'Art. V dice:

« 1. Saranno costantemente garantite ai cittadini di ciascuna Alta Parte Contraente nei territori dell'altra Alta Parte Contraente, protezione e sicurezza per le loro persone e beni ed essi godranno sotto questo riguardo della piena protezione e sicurezza sancite dal diritto internazionale. A tal fine le persone accusate di reati saranno prontamente tradotte in giudizio e godranno tutti i diritti e privilegi accordati o che potranno essere accordati in avvenire dalle leggi e dai regolamenti vigenti; i cittadini di ciascuna Alta Parte Contraente, finché saranno detenuti dalle autorità dell'altra Alta Parte Contraente, riceveranno un trattamento ragionevole ed umano. Il termine « cittadini » usato nel presente paragrafo, in quanto suscettibile di applicazione riguardo ai beni, sarà

interpretato in modo da comprendere gli enti e le persone giuridiche ed associazioni ».

Il paragrafo 2 del suddetto articolo non è qui pertinente, ma viene riportato al paragrafo 113 della presente sentenza. Il paragrafo 3 invece dice:

« 3. I cittadini e le persone giuridiche ed associazioni di ciascuna Alta Parte Contraente godranno protezione e sicurezza nei territori dell'altra Alta Parte Contraente, per quanto riguarda le materie indicate nei paragrafi 1 e 2 del presente articolo, dietro osservanza delle leggi e dei regolamenti vigenti, non inferiori alla protezione e sicurezza accordate o che potranno essere accordate in avvenire ai cittadini e alle persone giuridiche ed associazioni di detta altra Alta Parte Contraente e non inferiore a quelle accordate o che potranno essere accordate in avvenire ai cittadini e alle persone giuridiche ed associazioni di qualsiasi terzo Paese. Inoltre, in tutte le questioni relative al trapasso di imprese dalla proprietà privata alla proprietà pubblica nonché al passaggio di tali imprese sotto il controllo pubblico, le imprese in cui cittadini e persone giuridiche ed associazioni di ciascuna Alta Parte Contraente abbiano un interesse notevole riceveranno, entro i territori dell'altra Alta Parte Contraente, un trattamento non meno favorevole di quello accordato in avvenire a imprese simili nelle quali cittadini e persone giuridiche ed associazioni di detta altra Alta Parte Contraente abbiano un interesse notevole e non meno favorevole di quello accordato o che potrà essere accordato in avvenire ad imprese simili nelle quali cittadini e persone giuridiche ed associazioni, di qualsiasi terzo Paese abbiano un interesse notevole ».

104. — Pertanto, il paragrafo 1 prevede che saranno « costantemente garantite ... protezione e sicurezza » ai cittadini di ciascuna Alta Parte Contraente, « per le loro persone e beni », ed anche che, relativamente ai loro beni, la parola « cittadini » deve interpretarsi in modo da « comprendere gli enti e le persone giuridiche ed associazioni »; nel definire la natura della suddetta protezione, il livello richiesto viene stabilito facendo riferimento alla « piena protezione e sicurezza sancite dal diritto internazionale ». Il paragrafo 3 porta oltre questa nozione di protezione e di sicurezza, stabilendo che tale livello non debba essere minore di quello accordato ai cittadini, persone giuridiche ed associazioni dell'altra Alta Parte Contraente e non minore di quella accordata ai cittadini, società ed associazioni di un qualsiasi altro Paese terzo. Ci sono pertanto tre diversi livelli di protezione, e tutt'e tre devono essere soddisfatti.

105. — L'attore ritiene che una violazione di queste disposizioni si sia verificata quando il convenuto « permise ai dipendenti dell'ELSI di occupare lo stabilimento » (vedi paragrafo 65 sopra). Gli Stati Uniti

sostengono che, una volta requisito lo stabilimento, i dipendenti dell'ELSI incominciarono un'occupazione dei luoghi che si protrasse, per quanto ne sanno gli Stati Uniti, finché lo stabilimento non fu riaperto dall'ELTEL, e che tale occupazione aveva la tacita approvazione delle autorità locali che non fecero alcuno sforzo né per impedirla, né per porvi fine, e nemmeno per proteggere i luoghi. Gli Stati Uniti attribuiscono a questa occupazione conseguenze dannose, primo, per il deterioramento dello stabilimento e delle sue attrezzature ed installazioni e, secondo, per la vanificazione degli sforzi fatti dal curatore fallimentare per alienare lo stabilimento stesso.

106. — L'Italia ha obiettato che l'Articolo V, nei suoi paragrafi 1 e 3, garantisce la protezione e la sicurezza dei beni appartenenti a persone giuridiche statunitensi in Italia, ma che lo stabilimento di Palermo che, nell'opinione degli Stati Uniti rientra nella protezione del Trattato, apparteneva alla società ELSI che era italiana. Gli Stati Uniti hanno replicato che « i beni della Raytheon e della Machlett in Italia » erano l'ELSI stessa e che l'Italia aveva l'obbligo di proteggere tutta la sostanza dell'ELSI dagli effetti deleteri della requisizione. Benché ci siano alcuni dubbi sul fatto che la parola « beni », nell'Articolo V, paragrafo 1, trattandosi di azionisti, possa estendersi, al di là delle azioni stesse, alla società interessata ed ai suoi averi, la Sezione comunque intende analizzare la questione sulla base interpretativa proposta dagli Stati Uniti, ossia che « i beni » da proteggere in base alla suddetta disposizione del Trattato non erano meramente lo stabilimento e relative attrezzature sotto requisizione, bensì l'ELSI stessa, vista come entità.

107. — Che ci sia stata in qualche misura una occupazione dello stabilimento da parte dei dipendenti dopo la requisizione è un fatto che l'Italia non ha cercato di negare e, incidentalmente, la Corte di Appello di Palermo ha fatto riferimento alla circostanza che « l'autorità requirente avesse tollerato l'illecito penale di una occupazione dei reparti di lavorazione da parte delle maestranze » (1).

Sembra tuttavia che si trattò di una occupazione pacifica, come ne danno notizia il ricorso amministrativo della stessa ELSI, indirizzato al Prefetto contro la requisizione in data 19 aprile 1968, e gli « affidavit » rilasciati dal Sindaco di Palermo e di uno dei suoi funzionari (v. par. 33 sopra). Sembra difficile accettare che detta occupazione possa aver leso seriamente gli interessi dell'ELSI alla luce delle testimonianze prodotte dall'Italia circa il fatto che le misure prese dal Sindaco di Palermo per la gestione *ad interim* dello stabilimento permisero di portare avanti e completare il lavoro in corso nei mesi che seguirono la requisizione. Gli

(1) In italiano nel testo (n.d.t.)

Stati Uniti hanno controbattuto che la produzione proseguita era molto limitata e non poteva essere equiparata ad una ripresa della produzione a pieno regime dello stabilimento, ed hanno continuato a sostenere che le installazioni ed attrezzature furono lasciate all'abbandono dopo la requisizione, cosa che provocò il rapido deterioramento del loro valore. Tuttavia il Tribunale di Palermo non ritenne di poter affermare che l'occupazione, da parte dei dipendenti, avesse provocato danni alle installazioni.

108. — Non è possibile intendere la disposizione dell'art. V che dice che « saranno costantemente garantite ... protezione e sicurezza » come una garanzia che non verranno mai, in nessuna circostanza, occupati i beni a cui si riferisce o venga turbato il godimento. Non è possibile, ragionevolmente, pensare che il licenziamento di circa 800 dipendenti possa passare senza destare alcuna protesta. A dir vero, sembra che la direzione dell'ELSI fosse ben conscia che non c'era da aspettarsi che la chiusura dello stabilimento ed il licenziamento del personale non creassero problemi di un certo tipo, come dimostra il fatto che i libri contabili ed « una buona parte delle scorte » furono trasferiti a Milano (v. par. 17 sopra). In ogni caso, tenuto conto che non risulta provato che eventuali deterioramenti delle installazioni ed attrezzature fossero da ricondurre alla presenza dei dipendenti e che le autorità furono capaci non solo di proteggere lo stabilimento ma anche di assicurare una parziale produzione, non è possibile considerare che la protezione offerta dalle autorità sia stata inferiore alla « piena protezione e sicurezza sancite dal diritto internazionale », né certamente inferiore a quella normalmente garantita agli italiani o a cittadini di paesi terzi. Il semplice fatto che la Corte d'Appello di Palermo abbia parlato di occupazione illecita non sta necessariamente a significare, nell'opinione della Sezione, che la protezione offerta fosse inferiore a quella di norma a livello nazionale, cui il Trattato fa riferimento. Il punto essenziale è pertanto di discernere se la legge locale, nelle sue modalità o nella sua applicazione, ha trattato cittadini degli Stati Uniti in modo meno favorevole di quanto avrebbe trattato cittadini italiani. Questo, nell'opinione della Sezione, non è stato dimostrato. La Sezione, pertanto, deve rigettare il capo di domanda relativo ad una eventuale violazione dell'art. V, parr. 1 e 3.

109. — L'attore vede un'ulteriore violazione dell'art. V, parr. 1 e 3, del Trattato nel ritardo con cui il Prefetto — ben 16 mesi — adottò una decisione sul ricorso gerarchico presentato dall'ELSI contro l'ordinanza di requisizione emessa dal Sindaco o, per citare le parole della difesa dell'attore (par. 65 sopra),

« Il convenuto ha violato i suoi obblighi quando ha eccessivamente ritardato la decisione circa la legittimità della requisizione per ben

16 mesi e finché lo stabilimento dell'ELSI, le sue attrezzature ed il lavoro in corso non fossero stati acquisiti dall'ELTEL». Non vi è dubbio che il Prefetto prese molto tempo e la Sezione non è del tutto convinta di quanto suggerito dal convenuto, ossia che questi tempi eccessivi sono cosa normale per i prefetti. Tuttavia, bisogna ricordare che la requisizione, di fatto, decadde dopo sei mesi e che la legge italiana prevede un ricorso contro gli eventuali ritardi dei prefetti: dopo 120 giorni dalla presentazione del ricorso, è possibile notificare al Prefetto un sollecito perché si pronunci entro i 60 giorni successivi (v. par. 41 sopra). La Raytheon e la Machlett non furono in grado di approfittare di questa procedura perché, alla fine dei 120 giorni, il controllo era del curatore fallimentare; d'altro canto, il curatore fallimentare stesso adottò questa procedura e, poco dopo, il Prefetto pronunciò la sua decisione in merito.

110. — La difesa dell'attore si è riferita a questo ritardo come ad «una negazione del livello di giustizia procedurale sancita dal diritto internazionale». Il suo reclamo tuttavia non si basa sulle regole del diritto internazionale consuetudinario in merito alla negata giustizia, né sul testo del Trattato (art. V, par. 4) che prevede il ricorso alla giustizia. L'importanza che ebbe il ritardo della decisione del Prefetto viene illustrata in due modi. Come prima cosa, viene detto che se la decisione del Prefetto fosse giunta per tempo, il fallimento dell'ELSI avrebbe potuto essere evitato: la Sezione non si ritiene in grado di accettare questa argomentazione per i motivi già esposti in relazione al reclamo connesso all'art. III, par. 2, del Trattato. In secondo luogo, viene sostenuto che, una volta requisito lo stabilimento, il convenuto aveva l'obbligo di proteggere l'ELSI dagli effetti dannosi derivanti da tale requisizione e che uno dei modi in cui venne meno a questo obbligo è stato quando non attuò un provvedimento atto a revocare la suddetta requisizione.

111. — La principale norma dettata dall'art. V è «la piena protezione e sicurezza sancite dal diritto internazionale», ossia, in breve, è detto che questa «protezione e sicurezza» debbano conformarsi al minimo richiesto dal diritto internazionale. Come già accennato, a questo si aggiungono le norme del trattamento nazionale e quelle del trattamento della nazione più favorita. La Sezione è richiesta, nella specie, di applicare le disposizioni di un trattato che — in aggiunta al generale riferimento al diritto internazionale — pone ulteriori norme suscettibili di proteggere i cittadini delle Alte Parti Contraenti ulteriormente a quanto previsto dal diritto internazionale generale; ma gli Stati Uniti non hanno — salvo in un caso — suggerito che, nella specie, il Trattato abbia sancito livelli di protezione superiori a quelli dettati dalla norma internazionale. Rimane il dubbio che, tenuto conto delle circostanze, la ritardata pronuncia da parte del Prefetto della sua decisione possa essere conside-

rata una mancanza a questa norma. Quello che è certo è che la formulazione fatta dall'attore di una « negazione della giustizia procedurale » può ben risolversi in una accusa eccessiva.

112. — Gli Stati Uniti hanno anche sostenuto che il ritardo verificatosi nel caso dell'ELSI era notevolmente più lungo dei ritardi registrati in casi precedenti, interessanti cittadini italiani, e che questo costituisce una manchevolezza all'obbligo di assicurare la norma del trattamento nazionale di protezione. Come già detto, la Sezione non è del tutto convinta sul punto, ossia che lentezze di questo genere sono del tutto normali (v. par. 109 sopra), tuttavia non è neanche convinta che sia stata dimostrata l'esistenza di una « norma nazionale » più spedita per la risoluzione dei ricorsi amministrativi. Pertanto, la Sezione non ritiene di ravvisare in tale ritardo una violazione dei parr. 1 e 3 dell'art. V del Trattato.

* * *

113. — La Sezione rivolge ora la sua attenzione all'istanza degli Stati Uniti basata sull'art. V, par. 2, del Trattato, che recita:

« 2. I beni dei cittadini e delle persone giuridiche ed associazioni di ciascuna Alta Parte Contraente non saranno espropriati entro i territori dell'altra Alta Parte Contraente, senza una debita procedura legale e senza il pronto pagamento di giusto ed effettivo indennizzo. Coloro che riceveranno un siffatto indennizzo avranno facoltà, in conformità alle leggi ed ai regolamenti vigenti, che non siano incompatibili con il par. 3 dell'art. XVII del presente Trattato di ritirare senza interferenze detto indennizzo ottenendo divise estere nella valuta dell'Alta Parte Contraente cui appartengono detti cittadini o dette persone giuridiche ed associazioni, alle condizioni più favorevoli applicabili a detta valuta al momento dell'esproprio dei beni e con esenzione da ogni tassa od imposta di trasferimento o di rimessa, a condizione che la domanda per la concessione di detta valuta sia fatta entro un anno dal ricevimento dell'indennizzo al quale si riferisce ».

Questo paragrafo è di somma importanza, e la sua natura si trova al centro di molti trattati relativi ad investimenti. La sua versione inglese comincia dicendo:

« The property of nationals, corporations and associations of either High Contracting Party shall not be taken within the territories of the other High Contracting Party without due process of law and without the prompt payment of just and effective compensation »,

mentre la sua versione italiana dice:

« I beni dei cittadini e delle persone giuridiche ed associazioni di ciascuna Alta Parte Contraente non saranno espropriati entro i territori

dell'altra Alta Parte Contraente, senza una debita procedura legale e senza il pronto pagamento di giusto ed effettivo indennizzo » (1).

Vi è stata una lunga discussione davanti a questa Sezione sulla differenza che esiste fra la versione inglese della disposizione che utilizza la parola « taken » e la versione italiana che utilizza la parola « espropriati ». Le due versioni sono fidefacienti. Il significato della parola « taking » è più largo ed approssimativo di quello della parola « espropriazione ».

114. — Gli Stati Uniti hanno sostenuto che, indipendentemente dal modo in cui viene interpretata la disposizione, nel presente caso il risultato è lo stesso, il che non vuol dire che le due versioni significano la stessa cosa; e quando si esaminano le azioni e la condotta che l'attore qualifica di violazione all'art. V, par. 2, appare che questa istanza viene espressa nei termini seguenti; nella tesi sostenuta dagli Stati Uniti, tanto l'azione di requisire lo stabilimento dell'ELSI, come quelle successive di acquistare lo stabilimento, i beni e la produzione in corso della società, costituiscono, da parte del convenuto, sia singolarmente che complessivamente, privazioni di beni senza debita procedura legale e senza giusto indennizzo. La requisizione in sé, dal punto di vista degli Stati Uniti, è una privazione (« taking ») perché l'Italia si è materialmente impossessata di beni appartenenti all'ELSI allo scopo, che ebbe effetto, di porre termine alla capacità della Raytheon e della Machlett di controllare e dirigere la società, impedendo loro di procedere alla prevista liquidazione; sempre secondo gli Stati Uniti, è generalmente ammesso, in diritto internazionale, che si consideri « taking » non solo qualsiasi arbitraria interferenza con il loro uso, godimento o liquidazione. In secondo luogo, gli Stati Uniti sostengono che, dopo la requisizione e prima che il Prefetto pronunciasse la sua decisione sul ricorso gerarchico, il convenuto ottenne, attraverso l'ELTEL, di acquistare lo stabilimento e gli averi dell'ELSI per un valore ben inferiore al valore di mercato. La cosa fu riassunta dall'avvocato di Parte durante le udienze come segue:

« La requisizione, ed il ritardo nell'annullare il provvedimento, non solo interferì con la capacità della Raytheon e della Machlett di dirigere e controllare l'ELSI, non solo pregiudicò i loro interessi nella società allorché erano stati legalmente acquisiti, ma si risolse anche in quello che può solo essere definito come una privazione (" taking ") di beni ».

115. — Le specifiche allegazioni di interferenza da parte dello Stato italiano nel fallimento dell'ELSI, sostenute dagli Stati Uniti, si possono sintetizzare come segue. Lo scopo mirato, è stato detto, era quello di assicurare all'IRI gli impianti dell'ELSI, alle condizioni e al prezzo infe-

(1) In italiano nel testo (n.d.t.).

riore a quello di mercato che l'IRI desiderava, mostrandosi contemporaneamente sensibile alla pressione politica attuata dall'ex personale dell'ELSI. Una volta requisito lo stabilimento e provocato il fallimento dell'ELSI, lo Stato italiano avrebbe dissuaso gli offerenti privati dal partecipare alle aste indette per la vendita degli averi dell'ELSI, dando pubblica notizia che lo Stato avrebbe rilevato lo stabilimento. Mentre l'IRI portava avanti i suoi piani in vista del rilevamento dell'ELSI, ad esempio aprendo trattative per la riassunzione del suo personale, è stato detto che l'IRI avrebbe « boicottato » le tre prime aste perché le condizioni stabilite dal giudice fallimentare non erano di suo gradimento.

L'ELTEL fece proposta al curatore fallimentare che le fosse permesso di affittare lo stabilimento e comperare la produzione in corso, cosa che fu consentita dalle autorità fallimentari a condizioni che, è stato sostenuto, erano contrarie agli interessi dell'ELSI, sia perché le somme richieste erano troppo basse, sia perché così facendo l'ELTEL si trovava in una posizione che le permetteva di dettare condizioni per la vendita finale. All'ultima asta, l'ELTEL, già in possesso dello stabilimento in forza del contratto di locazione, comprò lo stabilimento e le sue attrezzature per Lit. 4 miliardi, cifra che la stampa aveva previamente riportato come già convenuta fra l'IRI e le autorità italiane. Come risultato degli accomodamenti fatti con le autorità fallimentari per il rilevamento pezzo per pezzo degli averi dell'ELSI, l'ammontare complessivo ricavato fu di poco più di Lit. 4 miliardi, allorché il loro valore contabile era stato valutato in più di Lit. 12 miliardi.

116. — Pertanto, l'accusa basata sulla combinazione della requisizione e delle azioni successive equivale a dire che la requisizione è stata l'inizio di un processo che portò all'acquisizione della massa degli averi dell'ELSI (che era interamente posseduta dalla Raytheon e dalla Machlett) per un valore di molto inferiore al valore di mercato. Questa accusa non tratta di una semplice privazione temporanea — benché gli Stati Uniti abbiano anche sostenuto che una requisizione temporanea possa costituire una privazione indiretta — ma bensì di un processo attraverso il quale era lo stesso titolo di proprietà sugli averi dell'ELSI che, in fin dei conti, veniva trasferito. Per quanto si riferisce alla requisizione, l'argomentazione dell'avvocato degli Stati Uniti fu la seguente: « il fatto che la requisizione fu decretata per un periodo di 6 mesi, prorogabile, non toglie che questo rappresenti una espropriazione di interessi relativamente ai beni dell'ELSI, visto il fatto che tale requisizione portò la società al fallimento ». Quello che pertanto sostiene l'attore è che, anche se non si può considerare la vicenda come integrante una espropriazione palese, ben potrebbe considerarsi integrare una espropriazione mascherata poiché, alla fine di tale processo, è stato il diritto di proprietà stesso ad essere messo a partito. L'argomentazione è che se una serie di azioni o

omissioni poste in essere dalle autorità italiane hanno avuto il risultato finale, voluto o no, e a seguito di collusione o meno, di causare il definitivo trasferimento di beni statunitensi in Italia in mano italiana, senza che ci sia stato il giusto indennizzo, allora vi è stata una violazione dell'art. V, par. 2, del Trattato.

117. — Bisogna subito aggiungere che gli Stati Uniti, nel corso delle udienze, rispondendo ad una replica dell'Italia secondo la quale si stava cercando di dimostrare che sarebbe esistito un complotto inteso a realizzare questa sostituzione di proprietà, dissero molto chiaramente che questa parte della domanda non dipendeva in alcun modo dalla eventuale allegazione del fatto che le autorità italiane facessero parte di una tale congiura. Gli Stati Uniti dichiararono formalmente che non « era mai stato asserito, e non veniva ora asserito, che le azioni ed omissioni del convenuto in violazione al Trattato equivalevano ad un "complotto" ». È stato inoltre aggiunto che la riparazione del torto ricercata si « basava su azioni ed omissioni ad opera di funzionari e dirigenti statali del convenuto a livello centrale e locale (ivi compreso l'IRI), senza peraltro allegare il fatto che questi funzionari lavorassero in combutta ». Gli Stati Uniti non intendevano « speculare sul perché questi funzionari e dirigenti statali del convenuto agirono in quel modo o, come disse l'agente degli Stati Uniti nella sua discussione, « queste azioni ed omissioni hanno costituito delle violazioni al Trattato ... che le entità statali italiane coinvolte abbiano saputo, oppure no, delle loro reciproche azioni e se agivano di comune accordo o con scopi diversificati ».

118. — L'argomentazione secondo la quale ci fu una « apprensione » (« taking ») con successivo trasferimento del diritto di proprietà presenta alcune difficoltà. Anche ipotizzando, impregiudicata ogni decisione nel merito, che la parola « espropriazione » (1) possa essere considerata di significato sufficientemente lato da poter includere non solo l'espropriazione formale e diretta ma anche l'espropriazione mascherata, rimarrebbe comunque la questione di sapere se il significato del paragrafo possa essere allargato al punto di includere persino la « apprensione » di una società italiana in Italia della quale, a rigor di termini, la Raytheon e la Machlett detenevano solo le azioni. Questo, tuttavia, richiede che venga preso in considerazione anche il primo paragrafo del Protocollo incorporato al Trattato, che dice:

« 1. Le disposizioni del par. 2, dell'art. V, che dispongono il pagamento di indennizzo, si estenderanno ai diritti spettanti direttamente od indirettamente ai cittadini e alle persone giuridiche ed associazioni di

(1) In italiano nel testo (n.d.t.).

ciascuna Alta Parte Contraente sui beni che vengono espropriati entro i territori dell'altra Alta Parte Contraente ».

Il testo inglese di questa disposizione (1) sembra far pensare che essa sia stata precisamente ideata per risolvere i dubbi di cui sopra. Gli interessi degli azionisti nei beni di una società, e nel loro valore residuo in caso di liquidazione, sembrerebbero rientrare nella categoria dei « diritti » (« interests ») protetti ai sensi dell'art. V, par. 2, e del Protocollo. L'Italia ha tuttavia richiamato l'attenzione sull'uso fatto nel testo italiano — che è altrettanto fidefaciente — del termine « diritti » (« rights ») dal significato più ristretto, ed ha sostenuto che, sulla base del principio enunciato all'art. 33, par. 4, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, per una corretta interpretazione del Protocollo bisogna riferirsi al senso più restrittivo del testo italiano.

119. — Tuttavia, nell'opinione della Sezione, né il punto sull'interpretazione da dare ai due testi del Protocollo, né quello relativo alla disputa circa la possibilità di una espropriazione mascherata o di una « apprensione » (« taking ») che sarebbe in fin dei conti equivalsa ad una espropriazione, hanno motivo di essere risolti nel presente caso poiché è semplicemente impossibile dire che il risultato finale è stato la conseguenza delle azioni ed omissioni delle autorità italiane facendo contemporanea astrazione dal fattore di maggior importanza, ossia della situazione finanziaria dell'ELSI e della relativa decisione dei suoi azionisti di chiudere lo stabilimento e di por fine alle attività della società. Come spiegato prima (parr. 96-98), le sedi giudiziarie nazionali hanno ritenuto che l'ELSI, se non già in stato di insolvenza ai sensi della legge italiana già prima della requisizione, versasse comunque in uno stato così precario che il suo fallimento era inevitabile. La Sezione non può accettare che le azioni contestate, verificatesi dopo il fallimento, possano essere considerate violazioni dell'art. V, par. 2, se non vi è prova di collusione, la quale non è ora neanche più sostenuta. Anche supponendo possibile che la requisizione sia stata decretata con lo scopo di provocare il fallimento, quale primo passo verso una espropriazione mascherata, se l'ELSI era già nell'obbligo di presentare una richiesta di fallimento, o se il suo stato finanziario era tale da non poter ulteriormente rimandare questa richiesta, allora la requisizione era un'azione superflua. Inoltre, questa requisizione, indipendentemente dai presunti motivi che l'avrebbero ispirata, essendo di durata limitata e suscettibile di annullamento su ricorso

(1) « 1. The provisions of paragraph 2 of Article V, providing for the payment of compensation, shall extend to interests held directly or indirectly by nationals, corporations and associations of either High Contracting Party in property which is taken within the territories of the other High Contracting Party ».

gerarchico, non poteva, nell'opinione di questa Sezione, equivalere ad una « apprensione » contraria alle disposizioni dell'art. V finché non costituisse, per la Raytheon e la Machlett, una importante perdita dei loro interessi nello stabilimento dell'ELSI, cosa che invece sarebbe avvenuta se la requisizione fosse stata decretata e se fosse stata ritardata la decisione del ricorso gerarchica con una ELSI ipoteticamente rimasta in stato di solvenza. Di fatto, il fallimento dell'ELSI trasformò la situazione appena un mese dopo la requisizione. La requisizione poteva pertanto essere considerata significativa solo se avesse causato o provocato il fallimento. Questa è precisamente l'affermazione che non è possibile conciliare né con i verdetti delle sedi giudiziarie nazionali, né con le conclusioni alle quali questa Sezione è giunta nei parr. 99-100 sopra.

120. — L'art. 1 dell'Accordo integrativo del Trattato, che conferisce diritti ulteriori a quelli previsti da norme nazionali o dalla clausola della nazione più favorita, prevede quanto segue:

« I cittadini, le persone giuridiche e le associazioni di ciascuna Alta Parte Contraente non saranno sottoposti nei territori dell'altra Alta Parte Contraente a misure arbitrarie o discriminatorie che abbiano in particolare per conseguenza: *a)* d'impedire il loro effettivo controllo e l'amministrazione delle imprese che essi abbiano ricevuto il permesso di stabilire o di acquistare; oppure *b)* di pregiudicare altri loro diritti ed interessi relativamente a tali imprese od investimenti da essi effettuati sotto forma di apporto di fondi (prestiti, partecipazioni azionarie o altro), materiali, macchinari, servizi, processi di produzione, patenti, ritrovati tecnici o altro. Ciascuna Alta Parte Contraente si impegna a non agire in maniera discriminatoria nei riguardi di cittadini e persone giuridiche e associazioni dell'altra Alta Parte Contraente così che essi possano ottenere a condizioni normali i capitali, i procedimenti e i ritrovati tecnici occorrenti per lo sviluppo economico ».

Gli Stati Uniti hanno basato le loro rivendicazioni sulla presunzione che sono stati presi dei provvedimenti contemporaneamente « arbitrari » e « discriminatori » ai sensi delle norme sopra citate.

121. — L'attore ha sostenuto con insistenza che la requisizione era un fatto sia arbitrario, sia discriminatorio, in violazione di ambedue le clausole « *a)* » e « *b)* » dell'articolo. La requisizione, è stato detto, ha chiaramente impedito alla Raytheon e alla Machlett di esercitare la propria capacità di controllare e dirigere l'ELSI ed ha anche portato pregiudizio ai loro diritti ed interessi, da loro legalmente acquisiti, nei confronti della società in quanto ha impedito loro di procedere alla liquidazione da loro voluta, portando così l'ELSI a dover presentare richiesta di fallimento. Tuttavia, questa Sezione ha già dato il suo responso circa questa tesi formulata in questi termini: manca una con-

nessione sufficientemente tangibile fra gli effetti della requisizione ed il fatto che l'ELSI non riuscì a portare avanti il suo piano di ordinata liquidazione (par. 101 sopra). Pertanto, non è possibile dire che sia stata la requisizione di per sé che abbia impedito alla Raytheon di controllare e dirigere effettivamente l'ELSI, o che abbia pregiudicato diritti acquisiti legalmente, ai sensi delle clausole sub « a) » e « b) » dell'art. I dell'Accordo integrativo. Tuttavia, anche se questo risponde all'istanza così come viene presentata a fronte delle suddette clausole dell'art. I, questo non risolve la questione. Il fatto che, prima delle clausole « a) » e « b) », venga detto « in particolare » suggerisce che la proibizione di atti arbitrari (e discriminatori) non si limiti a quelli descritti sub « a) » e « b) » ma è, di fatto, una proibizione di ogni atto simile, che produca o meno risultati del genere. Risulta pertanto necessario analizzare se la requisizione stessa fu o non fu un atto arbitrario e discriminatorio.

122. — L'allegazione degli Stati Uniti secondo la quale la Raytheon e la Machlett sarebbero state oggetto di provvedimenti « discriminatori » non risulta fondata. È noto che l'ordinanza di requisizione non è dipesa dalla nazionalità degli azionisti; sono numerosi i casi di ordinanze di requisizione fatte in circostanze similari contro società interamente controllate da azionisti italiani. Tuttavia, gli Stati Uniti affermano che ci sarebbe stata una « discriminazione » a favore dell'IRI, un ente controllato dallo Stato italiano e questo, nell'opinione degli Stati Uniti, è contrario al Trattato ed al suo Accordo integrativo. Viene contestato che gli interessi dell'IRI erano esattamente contrari a quelli della Raytheon e della Machlett, e che lo Stato italiano è intervenuto per favorire i suoi propri interessi commerciali a spese dell'altro Stato. Purtuttavia, non è l'ordinanza di requisizione stessa che è intervenuta a favore degli interessi dell'IRI; solo se detta requisizione venisse considerata come una tappa in un processo destinato a trasferire gli averi dell'ELSI all'IRI, ci potrebbe essere una situazione di fatto suscettibile di offrire una base all'argomentazione in esame. Come già detto peraltro, gli Stati Uniti hanno formalmente dichiarato durante le udienze che non stavano sostenendo che le azioni od omissioni contestate potevano essere ricondotte ad un « complotto », né hanno proposto illazioni sul perché i funzionari e dirigenti del convenuto avrebbero così agito (v. par. 117 sopra). Non vi sono elementi di prova sufficienti perché la Sezione possa aderire al suggerimento che esisteva un piano per favorire l'IRI a danno dell'ELSI, ed il reclamo contro « provvedimenti discriminatori » ai sensi dell'art. I dell'Accordo integrativo non può pertanto essere accettato.

123. — Per dimostrare che l'ordinanza di requisizione era un atto « discriminatorio » ai sensi dell'Accordo integrativo del Trattato, l'Attore si è fondato, fra l'altro, sul regime giuridico di questo tipo di ordinanza nell'ordinamento italiano.

Sostiene che tale requisizione « era precisamente il tipo di atto discriminatorio che veniva proibito » dall'art. I dell'Accordo integrativo in quanto « tanto per il Trattato come per la legge italiana, la requisizione fu un atto ingiusto ed impropriamente motivato », e fu « dichiarato illecito a fronte della legge interna italiana precisamente per questa ragione ». Basandosi sulla propria traduzione della decisione rilasciata dal Prefetto di Palermo in data 22 agosto 1969, l'attore ha concluso che il Prefetto aveva sentenziato che l'ordinanza era « destitute of any juridical cause which may justify it or make it enforceable ». L'Italia per prima cosa ha contestato che la parola « o » della traduzione di quel brano dovrebbe essere sostituita con « e » e, su questa base, propose come alternativa alla traduzione avrebbe potuto essere la lezione « the order, generically speaking, lacks the proper motivation that could justify it and make it effective ». C'è da notare, incidentalmente, che quando l'ELSI, subito dopo la notificazione dell'ordinanza di requisizione, invitò ufficialmente il Sindaco di Palermo a revocarla, richiama sempre la suddetta ordinanza come « detto illegale ed arbitrario provvedimento » (1), mentre invece il ricorso fatto al Prefetto si richiama a numerosi presupposti giuridici di annullamento, ivi incluso « l'eccesso di potere per sviamento del fine » (1), ma non fa menzione del fatto che l'ordinanza sia stata un atto « arbitrario ». È pertanto dovere della Sezione analizzare i presupposti giuridici posti dal Prefetto di Palermo a sostegno della sua decisione, e quanto detto dalla Corte di Appello di Palermo circa l'effetto giuridico che detta decisione ebbe sull'ordinanza di requisizione, per poter giudicare se i verdetti del Prefetto o della Corte di Appello impongano o consentano di concludere che la requisizione è stata un atto « arbitrario ».

124. — Bisogna tuttavia rammentare che, anche quando un atto della pubblica autorità può essere considerato illegittimo ai sensi del diritto nazionale, non necessariamente questo significa che è anche illegittimo ai sensi del diritto internazionale, e costituisce violazione di eventuali trattati od altri. Un verdetto pronunciato da autorità giudiziarie locali che abbia per effetto di dichiarare illegittimo un atto può anche essere pertinente per argomentare che detto atto era anche arbitrario. Ma in generale, non è possibile dire che illegittimità equivalga ad arbitrarietà. Sarebbe un assurdo dire che dei provvedimenti caducati da una autorità superiore o da una corte di grado superiore, possano, per questo solo motivo, essere considerati arbitrari ai sensi del diritto internazionale. Il fatto di identificare l'arbitrarietà con la semplice illegittimità sarebbe come privare l'arbitrarietà di ogni altro suo proprio significato utile; né è possibile, da un verdetto emesso in sede giudiziaria nazionale e contenente

(1) In italiano nel testo (n.d.t.).

la dichiarazione che un atto era ingiustificato, ingiusto od arbitrario, dedurre che tale atto debba necessariamente essere considerato arbitrario ai sensi del diritto internazionale, anche se la qualificazione data da una autorità nazionale ad un atto impugnato può certamente rappresentare una preziosa indicazione.

125. — Il brano della decisione del Prefetto di principale pertinenza qui è già stato citato (vedi par. 75 sopra), ma sembra opportuno richiamarlo:

« Non v'ha dubbio che anche se possono considerarsi, in linea del tutto teorica, sussistenti, nella fattispecie, gli estremi della grave necessità pubblica e della contingibilità ed urgenza che determinarono l'adozione del provvedimento, il fine cui tendeva la requisizione non poteva trovare pratica realizzazione con il provvedimento stesso, tanto è vero che nessuna ripresa di attività dell'azienda vi è stata a seguito della requisizione, né avrebbe potuto esserci. Manca, pertanto, nel provvedimento, genericamente, la causa giuridica che possa giustificarlo e renderlo operante » (1).

Le traduzioni divergenti, presentate dalle Parti, della frase sulla quale molto si fonda l'attore, sono state riportate nel par. 123 sopra. Secondo la Sezione, la traduzione di questa frase è la seguente:

« There is no doubt that, even though, from the purely theoretical standpoint, the conditions of grave public necessity and of unforeseen urgency warranting adoption of the measure may be considered to exist in the case in point, the intended purpose of the requisition could not in practice been achieved by the order itself, since in fact there was no resumption of the company's activity following the requisition, nor could there have been such resumption. The order therefore lacks, generically, the juridical cause which might justify it and make it operative ».

126. — Per appoggiare la sua decisione, il Prefetto ha spiegato che il Sindaco aveva creduto che sarebbe stato possibile far fronte alla situazione mediante la requisizione senza valutare che « lo stato dell'azienda era tale, per circostanze di carattere economico-funzionale e di mercato, da non consentire la prosecuzione dell'attività... ». Fece anche riferimento alla chiusura dello stabilimento e alle azioni di protesta del personale, così come al fatto che la requisizione non riuscì a mantenere l'ordine pubblico e, per ultimo, il Prefetto osservò che l'ordinanza era stata adottata

« anche sotto l'influsso delle pressioni e dei rilievi formulati dalla stampa cittadina, per cui è da ritenere che il Sindaco, anche per sottrar-

(1) In italiano nel testo (n.d.t.).

visi e dimostrare l'intendimento della Pubblica Amministrazione di intervenire in qualche modo, addivenne alla requisizione quale provvedimento diretto più che altro a porre in evidenza la sua intenzione di affrontare comunque il problema » (1).

La traduzione di questo brano della decisione del Prefetto fornita dall'attore dice:

« also under the influence of the pressure created by, and of the remarks made by the local press; therefore we have to hold that the Mayor, also in order to get out of the above and to show the intent of the Public Administration to intervene in one way or another, issued the order of requisition as a measure mainly directed to emphasize his intent to face the problem in some way (o, come citato nella traduzione della sentenza della Corte d'Appello di Palermo fornita dall'Attore " his intention to tackle the problem just the same ") ».

È ovviamente comprensibile che il Sindaco, come ufficiale pubblico, avesse adottato l'ordinanza, in parte, per rispondere alle pressioni pubbliche locali e la Sezione non vede, in questo brano della decisione del Prefetto, un motivo qualsiasi che possa suggerire che l'ordinanza era perciò arbitraria.

127. — Nella causa intentata dal curatore fallimentare per il risarcimento dei danni provocati dalla requisizione, il Tribunale di Palermo, ed in seguito la Corte di Appello di Palermo, dovevano giudicare del peso giuridico della decisione presa dal Prefetto. Il Tribunale di Palermo accettò l'argomentazione della convenuta amministrazione secondo la quale « il provvedimento prefettizio è sostanzialmente di revoca dell'atto richiamato essendo stati ritenuti irrealizzabili gli scopi cui lo stesso mirava » (1). Quando il caso venne giudicato davanti alla Corte di Appello, fu osservato che tale argomentazione era in contraddizione con l'argomentazione del curatore fallimentare « che ravvisa in detto decreto (prefettizio) una dichiarazione di illegittimità del provvedimento di requisizione » (1). La Corte di Appello intese che il Tribunale avesse semplicemente voluto dire che « i vizi del provvedimento di requisizione, rilevati dal Prefetto, sono vizi di merito e non vizi di legittimità » (1) e decise che questo verdetto non era corretto poiché il ragionamento del Prefetto implicava, a suo parere, la chiara indicazione di « un tipico caso di eccesso di potere, che è, come è noto, un vizio di legittimità dell'atto amministrativo » (1). Essendo arrivata a questa conclusione, la Corte d'Appello poi, nella sua sentenza, si riferì alla requisizione come ad un atto « illegittimo ». Che il Prefetto, nell'analisi fatta nell'ambito della sua decisione, abbia ritenuto l'ordinanza un caso di eccesso di potere,

(1) In italiano nel testo (n.d.t.).

e pertanto colpita da vizio di legittimità, non comporta, nell'opinione di questa Sezione, che necessariamente e di per sé il provvedimento preso dal Sindaco sia stato giudicato dal Prefetto, o dalla Corte di Appello di Palermo, un atto ingiusto od arbitrario.

128. — L'arbitrarietà non è tanto quello che si oppone ad una regola del diritto, ma piuttosto quello che si oppone a che le cose vengano regolate dal diritto. Questa idea è già stata espressa dalla Corte nel caso *Asylum* sul problema del diritto di asilo, quando dice che « l'atto arbitrario » esiste quando esso « si sostituisce al diritto » (*Asylum, Judgment, I.C.J. Reports 1950, p. 284 (1)*). È il volontario disprezzo del giusto procedimento di legge, un atto che offende, o ferisce il comune senso della correttezza giuridica. Nulla nella decisione del Prefetto, o nella sentenza pronunciata dalla Corte di Appello di Palermo, può far pensare che l'ordinanza di requisizione del Sindaco possa essere vista in quest'ottica.

129. — Ovviamente, l'argomentazione degli Stati Uniti non si fonda unicamente sulle conclusioni del Prefetto o delle sedi giudiziarie locali. La difesa degli Stati Uniti ha ritenuto di poter dire che, genericamente, la requisizione equivale ad un « esercizio infondato od irragionevole del potere ». Tuttavia, bisogna ricordare la situazione come era a Palermo all'epoca della requisizione, con la minaccia dell'imminente licenziamento di circa 800 dipendenti di uno stabilimento. Non è possibile dire che sia stato infondato, o addirittura avventato, da parte del Sindaco di aver provato ad utilizzare i poteri a lui conferiti dalla legge nell'intento di contenere una situazione difficile ed angosciante. Inoltre, procedendo all'esame dell'ordinanza stessa di requisizione, si arriva alla conclusione che si tratta di uno strumento i cui termini non solo enunciano i motivi che hanno portato alla sua emissione ma anche le disposizioni giuridiche sulle quali esso si basa; che, nonostante il fatto che fu poi annullato dal Prefetto perché « il fine cui tendeva la requisizione non poteva trovare pratica realizzazione con il provvedimento stesso » (par. 125 sopra), rientra comunque nella competenza del Sindaco di Palermo in base alle disposizioni di legge in essa citate; e che la Corte di Appello di Palermo, anche quando la riconobbe illegittima perché viziata da « eccesso di potere » (2), non dissentì dalla previa conclusione che la requisizione era *intra vires*. Inoltre, questo provvedimento fa parte di quella categoria di atti pubblici per i quali la legge prevede un ricorso legale (ricorso che, di fatto, alla fine, fu utilizzato ed anche con successo).

(1) ...when it spoke of « arbitrary action » being « substituted for the rule of law ».

(2) In italiano nel testo (n.d.t.).

Pertanto, l'ordinanza del Sindaco è stata emessa con consapevolezza, nel contesto di un regime legale operante con gli appropriati mezzi di tutela, e come tale fu trattata dall'autorità amministrativa di grado superiore e dalle sedi giudiziarie locali. Non è certo in un quadro del genere che possono ravvisarsi le caratteristiche di un atto « arbitrario ».

130. — La Sezione non può, pertanto, vedere nella requisizione un provvedimento che possa ragionevolmente meritare il qualificativo di « arbitrario », così come viene usato nell'art. I dell'Accordo integrativo e, di conseguenza, non vi è stata violazione di detto articolo.

131. — Per ultimo, gli Stati Uniti avanzano la rivendicazione secondo la quale l'Italia avrebbe violato l'art. VII del Trattato. Questo lungo ed involuto articolo, che consta di quattro paragrafi, intende principalmente stabilire il diritto di « acquistare, possedere e disporre di beni immobili o di altri diritti reali nei territori dell'altra Alta Parte Contraente ». Il testo, nella sua integralità, è il seguente:

« 1. I cittadini e le persone giuridiche ed associazioni di ciascuna Alta Parte Contraente avranno facoltà di acquistare, possedere e disporre di beni immobili o di altri diritti reali nei territori dell'altra Alta Parte Contraente alle seguenti condizioni:

a) nel caso di cittadini e di persone giuridiche ed associazioni della Repubblica Italiana, il diritto di acquistare, possedere e disporre di tali beni e diritti dipenderà dalle leggi e regolamenti che sono o che potranno essere in vigore in avvenire nello Stato, territorio o possedimento degli Stati Uniti d'America dove sono situati i beni o dove esistono i diritti di cui trattasi; e

b) nel caso di cittadini e di persone giuridiche ed associazioni degli Stati Uniti d'America, il diritto di acquistare, possedere e disporre di tali beni e diritti sarà a condizioni non meno favorevoli di quelle accordate o che potranno essere accordate in avvenire ai cittadini e alle persone giuridiche ed associazioni della Repubblica Italiana dallo Stato, territorio o possedimento degli Stati Uniti d'America nel quale è domiciliato detto cittadino od in conformità delle leggi dello Stato, territorio o possedimento in cui tale persona giuridica ed associazione è creata od organizzata; purché la Repubblica Italiana non sia tenuta ad accordare ai cittadini e alle persone giuridiche ed associazioni degli Stati Uniti d'America diritti a questo riguardo più ampi di quelli accordati o che potranno essere accordati in avvenire entro i territori di detta Repubblica ai cittadini e alle persone giuridiche ed associazioni di detta Repubblica.

3. Se si presenti il caso che un cittadino od una persona giuridica ed associazione di ciascuna Alta Parte Contraente, residente o

meno nei territori dell'altra Alta Parte Contraente e che ivi svolga o meno attività d'affari o d'altro genere, non possa, a norma delle leggi e dei regolamenti vigenti nei detti territori, ricevere per successione, perché straniero, quale legatario o quale erede quando trattasi di cittadino, beni immobili ivi situati ed altri diritti reali ivi esistenti, in tal caso, al detto cittadino o alla detta persona giuridica ed associazione sarà concesso un termine di tre anni entro il quale vendere o altrimenti disporre di detti beni o diritti reali. Questo termine sarà prorogato in misura ragionevole qualora ciò sia reso necessario dalle circostanze. Il trapasso o l'accettazione di tali beni o diritti reali saranno esenti dal pagamento di ogni imposta di successione o testamentaria di qualsiasi genere o da tributi amministrativi od altri gravami più elevati di quelli applicati attualmente o che saranno applicati in avvenire in casi uguali di cittadini o di persone giuridiche ed associazioni dell'Alta Parte Contraente nel cui territorio sono situati i beni o esistono i diritti reali.

3. I cittadini di ciascuna Alta Parte Contraente avranno piena facoltà di disporre di beni mobili di qualunque genere entro i territori dell'altra Alta Parte Contraente, per testamento, donazione od altrimenti ed i loro eredi, legatari e donatari, siano essi persone fisiche di qualsiasi nazionalità o persone giuridiche ed associazioni dovunque create od organizzate, residenti o meno entro i territori dell'Alta Parte Contraente ove detti beni sono situati e sia che vi svolgano o meno attività d'affari, succederanno nei detti beni ed avranno facoltà di prenderne possesso, sia personalmente sia a mezzo di propri rappresentanti, e di conservarli o di disporne a loro piacere. Questi atti di disposizione, la successione e la conservazione dei beni saranno soggetti alle norme dell'art. IX e saranno esenti da qualsiasi altro gravame più elevato e da qualsiasi restrizione più onerosa di quelli applicabili in casi uguali ai cittadini e alle persone giuridiche ed associazioni di detta altra Alta Parte Contraente. I cittadini e le persone giuridiche ed associazioni di ciascuna Alta Parte Contraente avranno facoltà di succedere quali eredi, legatari e donatari di beni mobili di qualunque genere entro i territori dell'altra Alta Parte Contraente, lasciati o donati ad essi da cittadini di ciascuna Alta Parte Contraente o da cittadini di qualsiasi terzo Paese e potranno prenderne possesso sia personalmente sia a mezzo di propri rappresentanti, e conservarli o disporne a loro piacere. Questi atti di disposizione, la successione e la conservazione dei beni saranno soggetti alle norme dell'art. IX e saranno esenti da qualsiasi altro gravame e da qualsiasi restrizione, diversi o più elevati di quelli applicabili in casi uguali di cittadini e di persone giuridiche ed associazioni di detta altra Alta Parte Contraente. Nessuna disposizione del presente paragrafo sarà interpretata in modo da aver effetto sulle leggi e regolamenti di ciascuna Alta Parte Contraente che vietino o restringano la proprietà, diretta o indiretta, da parte di persone fisiche, persone giuridiche ed associazioni

di nazionalità straniera quote sociali o titoli di debito di persone giuridiche ed associazioni della detta Alta Parte Contraente che svolgano determinate attività.

4. Rispetto a tutte le materie connesse con l'acquisto di proprietà, locazione, possesso o disposizione di beni mobili, i cittadini e le persone giuridiche ed associazioni di ciascuna Alta Parte Contraente, subordinatamente alla eccezione di cui al par. 3 dell'art. IX, riceveranno un trattamento non meno favorevole di quello accordato o che potrà essere accordato in avvenire ai cittadini e alle persone giuridiche ed associazioni di qualsiasi terzo Paese ».

Il testo italiano della frase introduttiva del par. 1 dice:

« I cittadini e le persone giuridiche ed associazioni di ciascuna Alta Parte Contraente avranno facoltà di acquistare, possedere e disporre di beni immobili o di altri diritti reali nel territorio dell'altra Alta Parte Contraente alle seguenti condizioni... » (1).

132. — È stato obiettato dall'Italia che questo articolo non si applica affatto al caso della Raytheon e della Machlett perché i loro « diritti reali » erano limitati al loro pacchetto azionario nell'ELSI e che il bene immobile a cui si riferivano (lo stabilimento di Palermo) era posseduto dall'ELSI, società italiana. Gli Stati Uniti replicarono che l'espressione « di beni immobili o di altri diritti reali » è sufficientemente vasta da includere il possesso indiretto di diritti reali detenuto attraverso una sussidiaria che non è una società statunitense. L'argomentazione si è a lungo imperniata sulla differenza che esiste fra la parola inglese « interests » e l'espressione italiana « diritti reali ». Non vi è dubbio che, in inglese, la parola « interests » può avere diversi significati, ma poiché, nell'uso inglese, questa parola viene comunemente utilizzata per designare diversi tipi di diritti fondari (ad esempio i privilegi, le servitù, e tutta una serie di « diritti reali a termine »), si può arguire che le versioni inglese ed italiana dell'art. VII significhino presso a poco la stessa cosa, in particolare se si considera che in ogni modo la clausola in questione si riferisce solo ai beni immobili. La Sezione tuttavia tenderebbe a favorire la tesi degli Stati Uniti, che risulta più consona con lo scopo generale del Trattato. L'argomentazione degli Stati Uniti ha proseguito dicendo che la Raytheon e la Machlett, come proprietarie di tutto il pacchetto azionario, erano nella pratica le sole persone a poter decidere (prima del fallimento) se disporre o meno dei beni immobili della società. Di conseguenza, se la requisizione, dando luogo al falli-

(1) In Italiano nel testo. Il testo inglese dice: « The nationals, corporations and associations of either High Contracting Party shall be permitted to acquire, own and dispose of immovable property or interests therein within the territories of the other High Contracting Party upon the following terms... ».

mento, ha privato l'ELSI dalla sua possibilità di disporre dei suoi beni immobili, nella fattispecie erano la Raytheon e la Machlett ad essere lese, e ciò in presunta violazione dell'art. VII.

133. — Tuttavia, ogni tentativo di applicare le disposizioni dell'art. VII ai fatti di causa in questo caso incontra delle difficoltà. In primo luogo, la protezione offerta a questo gruppo di diritti ai sensi del par. 1 dell'art. VII non è senza restrizioni. La restrizione sub *a*) concerne i diritti dei cittadini italiani entro i territori degli Stati Uniti d'America e, di fatto, assoggetta i cittadini italiani alle leggi locali degli Stati Uniti, e non è pertinente. La restrizione sub *b*) è invece pertinente poiché concerne i diritti dei cittadini statunitensi entro i territori della Repubblica italiana. Si tratta di una clausola complessa in quanto stabilisce due norme in alternativa, ma ambedue assoggettate ad una medesima clausola condizionale. Le norme applicabili a questi diritti non devono essere meno favorevoli di quelle che sono o che potranno essere accordate, in futuro « ai cittadini e alle persone giuridiche ed associazioni della Repubblica Italiana » dalle leggi dello « Stato, territorio o possedimento degli Stati Uniti d'America nel quale è domiciliato detto cittadino... o... in cui tale persona giuridica ed associazione è creata od organizzata », e questo, per la Raytheon, è lo Stato del Delaware mentre per la Machlett, è lo Stato del Connecticut. La clausola condizionale dice:

« purché la Repubblica Italiana non sia tenuta ad accordare ai cittadini e alle persone giuridiche ed associazioni degli Stati Uniti d'America diritti a questo riguardo più ampi di quelli accordati o che potranno essere accordati in avvenire entro i territori di detta Repubblica ai cittadini e alle persone giuridiche ed associazioni di detta Repubblica.

134. — Si richiede dunque a questa Sezione l'interpretazione di tale clausola alquanto complessa del Trattato. Nessuna prova veramente convincente è stata proposta a questa Sezione a dimostrazione che l'applicazione della legge italiana in materia fosse meno favorevole del trattamento che l'Italia offre, sul territorio italiano, ai suoi propri cittadini, persone giuridiche ed associazioni. Addirittura sembra che, in particolare durante le agitazioni del '68, le requisizioni di società italiane ad opera dei sindaci furono relativamente frequenti. Pertanto, la contestazione degli Stati Uniti sembra doversi interpretare nel senso che l'ELSI fu trattata meno favorevolmente di come lo sarebbe stata una società italiana assoggettata alle leggi del Delaware o del Connecticut in simili circostanze. Gli Stati Uniti hanno richiamato dei testi a dimostrazione che « in virtù delle leggi del Delaware e del Connecticut, le entità con personalità giuridica possono essere sciolte, ed i loro averi possono essere venduti, su decisioni prese in merito dai loro Consigli di Amministrazione o dai loro Azionisti » e che se uno di questi Stati dovesse pri-

vare una società dei suoi beni immobili a fronte di una necessità pubblica lecita, avrebbe da corrispondere alla medesima il dovuto indennizzo. L'Italia non ha contestato queste disposizioni di legge.

135. — In secondo luogo, tuttavia, anche così rimane precisamente lo stesso ostacolo incontrato per l'applicazione dell'art. III, pa. 2, del Trattato, ossia che, in realtà, quello che ha privato la Raytheon e la Machlett, nella loro qualità di azionisti, del loro diritto di disporre dei propri beni immobili, non è stata la requisizione bensì lo stato finanziario precario in cui versava l'ELSI che inesorabilmente la portava al fallimento. Nella procedura fallimentare, il diritto di disporre dei beni dell'entità con personalità giuridica non è più della persona giuridica bensì del curatore fallimentare nominato per agire a nome suo, e la Sezione ha già accertato che l'ELSI stava sulla strada del fallimento anche prima che si verificasse la requisizione. La Sezione, pertanto, non ritiene che l'art. VII del Trattato sia stato violato.

136. — Avendo accertato che il convenuto non ha violato il Trattato nel modo in cui viene asserito dall'attore, ne consegue che la Sezione respinge anche la richiesta di risarcimento che l'attore ha presentato nelle sue conclusioni.

137. — Per questi motivi,

LA SEZIONE

1) All'unanimità, *respinge* l'eccezione sollevata dalla Repubblica italiana circa l'ammissibilità dell'Istanza presentata in merito al presente caso dagli Stati Uniti di America in data 6 febbraio 1987;

2) Per quattro voti ad uno, *dichiara* che la Repubblica italiana non ha commesso alcune delle violazioni, allegare nella suddetta Istanza, al Trattato di Amicizia, Commercio e Navigazione firmato fra le Parti a Roma in data 2 febbraio 1948, né all'Accordo che integra detto Trattato firmato dalle Parti a Washington in data 26 settembre 1951.

A favore: sig. Ruda, *presidente della Sezione* ed i *giudici* sig.ri Oda, Ago e Sir Robert Jennings;

Contro: sig. Schwebel, *giudice*;

3) Per quattro voti ad uno, *respinge*, di conseguenza, la domanda di risarcimento presentata dagli Stati Uniti d'America contro la Repubblica italiana.

A favore: sig. Ruda, *presidente della Sezione* ed i *giudici* sig.ri Oda, Ago e Sir Robert Jennings;

Contro: Sig. Schwebel, *giudice*.

Fatto in lingua inglese e francese, il testo inglese facendo fede, al Palazzo della Pace, L'Aia, questo ventesimo giorno del mese di luglio

millenovecentoottantanove, in tre esemplari, uno dei quali verrà conservato negli archivi della Corte e gli altri due trasmessi rispettivamente al Governo degli Stati Uniti d'America ed al Governo della Repubblica Italiana.

Firmato: Josè Maria RUDA, Presidente

Firmato: Eduardo VALENCIA-OSPINA, Cancelliere

Il giudice Oda aggiunge in allegato alla sentenza la sua opinione individuale.

Il giudice Schwebel aggiunge in allegato alla sentenza la sua opinione dissidente.

Siglato: J. M. R.

Siglato: E. V. O.

OPINIONE INDIVIDUALE DEL GIUDICE ODA

Ho votato a favore della Sentenza perchè sono arrivato alla conclusione che l'Italia non ha commesso alcuna violazione del Trattato di amicizia, commercio e navigazione del 1948 o del suo Accordo integrativo del 1951 e che la domanda di risarcimento presentata dagli Stati Uniti, basata sulla presunta esistenza di una tale violazione, deve conseguentemente essere rigettata. Tuttavia, sono giunto a questa conclusione per motivi che non sono esattamente quelli su cui si basa la Sentenza pronunciata dalla Sezione, e ritengo che sia giusto illustrarli.

I

Le azioni legali intentate, nel periodo 1968-75, innanzi il Prefetto di Palermo e le sedi giudiziarie italiane dei tre gradi (dal Tribunale di Palermo alla Corte di Cassazione), per contestare la legittimità dell'ordinanza di requisizione emessa dal Sindaco di Palermo in data 1° aprile 1968, lo furono ad iniziativa dell'ELSI, e più in là, del suo curatore fallimentare, ma *non* della Raytheon o della Machlett nella loro veste di azionisti (vedi Sentenza, par. 41-43). Pertanto, nell'ambito di queste azioni legali, è stata la società — e *non* gli azionisti — che ha sostenuto che le autorità italiane avevano commesso dei fatti in violazione dei diritti a lei spettanti.

A dispetto di tutto ciò, il governo degli Stati Uniti incominciò, nel febbraio 1974, a trattare con il governo italiano nell'intento di ottenere una certa protezione a favore della Raytheon e la Machlett — società di nazionalità statunitense — nella loro qualità di azionisti, ma *non* a favore dell'ELSI — società di nazionalità italiana — (vedi Sentenza, par. 46). La mossa fatta dal governo degli Stati Uniti quando ha deciso di sottoporre il presente caso innanzi la Corte internazionale di giustizia si riconduce al fatto che abbia aderito alla causa degli azionisti Raytheon e Machlett (v. conclusioni degli Stati Uniti, par. 10-11). *Non* perché abbia aderito alla causa dell'ELSI.

II

Lo stesso concetto di società per azioni incarna la distinzione fra l'entità sociale ed i suoi azionisti. Quella che è la caratteristica fondamentale di una società, in particolare per quanto riguarda i diritti che spettano agli azionisti, è stata illustrata da questa Corte con molta chiarezza nella sentenza da essa pronunciata nel caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Seconda istanza) e vale la pena citarne alcuni brani:

« 41. ... Il concetto stesso di società si basa sulla ferma distinzione fra entità sociale ed azionista, godendo ciascuno di una serie ben distinta di diritti, e la struttura sociale si richiama a tale distinzione. Relativamente ai beni sociali, la separazione che va fatta fra diritti della società e diritti dell'azionista è una importante manifestazione di questa distinzione. Finchè esiste l'entità sociale, l'azionista non ha alcun diritto sui beni della società ». (*I.C.J. Reports 1970, p. 34*).

« 42. È caratteristica fondamentale della struttura sociale che soltanto la società possa, attraverso i suoi consiglieri o i suoi dirigenti quando agiscono a nome suo, intervenire nelle questioni che rilevano dal suo carattere sociale. Questo si giustifica con la presunzione che quando serve i suoi propri interessi, la società serve altresì gli interessi del suo azionista. Usualmente, nessun azionista può, singolarmente, intentare azioni legali a nome della società, e nemmeno a nome proprio... I diritti degli azionisti nei confronti della società e dei beni sociali rimangono limitati, trattandosi peraltro di un corollario della natura limitata delle loro responsabilità ». (*Ibidem*, p. 34-35).

« 43. ... (L'azionista) ha l'obbligo di tener debito conto dei rischi di minore rendimento e di svalutazione o addirittura di perdita del capitale che possono derivare dalle incertezze commerciali o da un qualche danno ingiusto sofferto dalla società ». (*Ibidem*, p. 35).

« 44. Malgrado la distinzione fra entità sociale ed azionista, un danno subito dalla società frequentemente si traduce anche in un danno per l'azionista. Ma il fatto che tanto la società quanto l'azionista subiscano il danno non basta a dare loro facoltà di avanzare ambedue richieste di risarcimento. ... Non vi è dubbio che gli interessi di ambedue risultino lesi, ma non i loro diritti. Pertanto, quando gli interessi di un azionista vengono lesi a seguito di un torto fatto alla società, bisogna che sia essa a prendere le misure opportune, poichè anche se le due entità hanno subito il medesimo danno, soltanto una di loro è stata lesa nei suoi diritti ». (*Ibidem*).

« 50. ... Il diritto internazionale fa riferimento ... a quelle regole che sono di accettazione generale nei regimi di diritto interno che riconoscono l'istituzione della società a responsabilità limitata con capitale suddiviso in azioni. Quando la Corte si basa su queste regole, non può certo modificarle, ed ancor meno svisarle ». (*Ibidem*, p. 37).

I diritti essenziali dell'azionista rimangono confinati nel campo della partecipazione alla ripartizione dei profitti della società e, nel caso di liquidazione, dei residui attivi della medesima. L'azionista può tutelare questi suoi diritti con la facoltà da essi derivante di votare nelle assemblee degli azionisti, intervenendo così nella gestione e la conduzione della società. Certamente, i diritti dell'azionista sono limitati nei confronti della società stessa e nei confronti dei beni sociali nella misura in cui la sua personale responsabilità risulta altresì limitata.

La legge italiana sulle società segue questi principi generali (c.c. italiano, artt. 2350 e 2351) come del resto quella degli altri paesi (v. Repubblica Federale Tedesca, *Aktiengesetz*, artt. 12, 58 comma 4) e 271; Francia, *Loi n. 66-537 sur les sociétés commerciales* del 24 luglio 1966, artt. 174, 347 e 417; Giappone, *Shoho*, artt. 241, 293 e 425; Svizzera, *Code des obligations*, artt. 660 e 692).

Come la Corte ebbe a spiegare nel 1970, questi diritti — che sono stati definiti « diritti diretti » (« droits propres ») (1) degli azionisti — non comportano alcun diritto di intervento per conto dell'entità sociale. Al contrario, sarebbe più giusto considerarli come diritti nei confronti della suddetta entità. Ed è solo sotto questo secondo profilo che vengono

(1) In francese nel testo (n.d.t.).

tutelati dalle legislazioni interne. Quando la società, o i suoi responsabili, non rispettano uno qualsiasi di questi diritti, l'azionista ha facoltà di ricorrere a certi rimedi contro la società stessa. L'eventuale interferenza di una autorità pubblica a danno di questi diritti può essere altresì oggetto di ricorso. In altre parole, l'azionista può intentare azioni legali innanzi le sedi giudiziarie locali quando si verificano violazioni a « diritti diretti » a lui spettanti nella sua veste di azionista, come ad esempio se si vede negare il proprio diritto di ricevere la quota parte di utile ripartito o di intervenire nell'assemblea degli azionisti. Anche qui, è possibile citare un brano pertinente della Sentenza già menzionata:

« 47. La situazione è diversa quando l'atto incriminato interessa i diritti diretti (*droits propres*) (1) spettanti all'azionista stesso. È ben noto che vi sono dei diritti che il diritto interno conferisce all'azionista in modo distinto dai diritti spettanti alla società, ivi compreso il diritto di ricevere un qualsiasi dividendo dichiarato, il diritto di presenziare alle assemblee generali degli azionisti e di votarvi ed il diritto di partecipare alla ripartizione dell'attivo residuo in caso di liquidazione della società. Se uno qualsiasi di questi diritti diretti viene violato, l'azionista dispone di un diritto indipendente di rivalsa... Tuttavia, bisogna stabilire una distinzione fra una violazione diretta dei diritti spettanti all'azionista, dalle difficoltà finanziarie o perdite alle quali può andare incontro a causa della situazione in cui versa la società (*I. C. J. Reports 1970, p. 36*).

Orbene, non è stata allegata alcuna violazione di questo tipo di diritti con riferimento ai fatti che si sono verificati in Sicilia nel 1968.

Per considerare la questione da un altro punto di vista leggermente diverso, si può anche dire che gli azionisti, in assemblea, deliberano una certa condotta che la società ha poi il compito di mettere in atto. Pertanto, di fronte ai suoi azionisti, la società ha la responsabilità di qualsiasi eventuale sua manchevolezza, ma gli azionisti non possono avvalersi di alcun ulteriore diritto oltre a quello che hanno sulla società stessa. Di conseguenza, se la condotta deliberata in assemblea viene poi frustrata nella sua realizzazione da condotte discutibili messe in essere da terzi, vi può essere motivo di ritenere che c'è stata violazione dei diritti della società, ma non dei cosiddetti « diritti diretti » spettanti agli azionisti. Ne consegue che essi non sono legittimati ad agire nei confronti dei suddetti terzi.

Questo principio generale di diritto, che regola la situazione giuridica degli azionisti, è alla base della legge italiana sulle società ed anche della legislazione commerciale di svariati paesi di diritto civile e non può essere mutato in base ad un trattato inteso a promuovere investimenti a meno che contenga una precisa disposizione in questo senso. Pertanto, la domanda che bisogna porsi è se, con la firma del Trattato e dell'Accordo integrativo, l'Italia e gli Stati Uniti abbiano voluto modificare questo principio generale di diritto oppure se intendessero aggiungere ulteriori incentivi a favore degli eventuali azionisti esteri interessati. È difficile pensare ad una risposta affermativa a queste domande.

Il Trattato e l'Accordo integrativo assicurano alcuni diritti a quelle persone giuridiche statunitensi che desiderassero entrare in affari in

(1) In francese nel testo (n.d.t.).

Italia (e viceversa). Questi diritti, ai quali gli Stati Uniti si richiamano in certe parti della loro Memoria e Replica con riferimento alla posizione giuridica delle società statunitensi, sono espressi chiaramente:

a) « ... le persone giuridiche (statunitensi) ... godranno nei territori (italiani) ... diritti e privilegi relativi alla organizzazione di persone giuridiche (italiane) ... ed alla partecipazione nelle medesime... » (*Art. III 1: prima frase*).

b) « ... le persone giuridiche (statunitensi) ... avranno facoltà, in conformità alle leggi e regolamenti vigenti nei territori (italiani), di organizzare, controllare e dirigere persone giuridiche (italiane), che svolgano attività commerciali, industriali, di trasformazione... » (*Art. III 2: prima frase*).

c) « Saranno costantemente garantite ai cittadini (statunitensi) nei territori (italiani), protezione e sicurezza per le loro persone e beni ed essi godranno sotto questo riguardo della piena protezione e sicurezza sancite dal diritto internazionale ». (*Art. V 1: prima frase*)

d) « I beni ... delle persone giuridiche (statunitensi) non saranno espropriati entro i territori (italiani) senza una debita procedura legale e senza il pronto pagamento di giusto ed effettivo indennizzo ». (*Art. V 2: prima frase*)

d') « Le disposizioni ... che dispongono il pagamento di indennizzo (come da b) sopra), si estenderanno ai diritti spettanti direttamente od indirettamente ... alle persone giuridiche (statunitensi) su beni che vengono espropriati entro i territori (italiani) ». (*Protocollo, par. 1*)

e) « ... le persone giuridiche (statunitensi) godranno protezione e sicurezza nei territori (italiani) per quanto riguarda le materie indicate (in c) e d) sopra) ..., dietro osservanza delle leggi e dei regolamenti vigenti, non inferiori alla protezione e sicurezza accordate o che potranno essere accordate in avvenire ... alle persone giuridiche (italiane) ... e non inferiori a quelle accordate o che potranno essere accordate in avvenire ... alle persone giuridiche ... di qualsiasi terzo paese ». (*Art. V 3: prima frase*)

f) « ... le persone giuridiche (statunitensi) avranno facoltà di acquistare, possedere e disporre di beni immobili o di altri diritti reali nei territori (italiani) alle seguenti condizioni... » (*Art. VII 1*)

g) « ... le persone giuridiche (statunitensi) non saranno sottoposte a misure arbitrarie o discriminatorie (in Italia) che abbiano in particolare come conseguenza: a) d'impedire il loro effettivo controllo nei territori (italiani) e l'amministrazione delle imprese che essi abbiano ricevuto il permesso di stabilire o di acquistare; oppure b) di pregiudicare altri loro diritti ed interessi relativamente a tali imprese od investimenti da essi effettuati ... (Italia) si impegna a non agire in maniera discriminatoria nei riguardi di ... persone giuridiche (statunitensi) ... così che essi possano ottenere a condizioni normali i capitali, i procedimenti e i ritrovati tecnici occorrenti per lo sviluppo economico ». (*Accordo Integrativo, Art. 1*).

Di fatto, il Trattato fra Stati Uniti ed Italia non è l'unico a concedere questo tipo di diritti alle persone giuridiche dell'altra parte, disposizioni simili si possono trovare (sebbene con qualche variazione) nei trattati di amicizia, commercio e navigazione che gli Stati Uniti stipularono successivamente con altri paesi nel dopo guerra: il Trattato del 1948 con l'Italia è stato il secondo, gli Stati Uniti ne avevano firmato uno prece-

dentemente con la Cina nel 1946, e ne firmarono altri poi con l'Irlanda (1950), la Grecia, Israele e Danimarca (1951), Giappone (1953), la Repubblica Federale Tedesca (1954), l'Iran (1955), i Paesi Bassi e la Repubblica Coreana (1956), ecc.

La mia personale interpretazione di queste disposizioni è assai differente da quella adottata dalla Sezione nella sua sentenza.

In primo luogo, in base agli Articoli III 1 (prima frase) e III 2 (prima frase) del Trattato, i cittadini (persone giuridiche) statunitensi godono di «diritti e privilegi relativi alla organizzazione di persone giuridiche» italiane con il diritto di «organizzare, controllare e dirigere persone giuridiche» in Italia (v. ad esempio: *Danimarca-Stati Uniti*, art. VII 2 e VIII 1; *Giappone-Stati Uniti*, art. VIII 1; *Germania Fed.-Stati Uniti*, art. VII 1; *Paesi Bassi-Stati Uniti*, art. VIII 1; etc.). La Raytheon e la Machlett potevano certamente «organizzare, controllare dirigere» in Italia società di cui detenevano 100 per cento del pacchetto azionario — come era il caso dell'ELSI — ma questo non può voler dire che queste società statunitensi, nella loro veste di azionisti dell'ELSI, possano godere di ulteriori diritti oltre a quelli normalmente garantiti agli azionisti dalla legge italiana e dai principi generali del diritto delle società. I diritti di cui potevano godere la Raytheon e la Machlett come azionisti dell'ELSI erano sempre quelli e non potevano essere potenziati dal Trattato.

L'ordinanza di requisizione non poteva quindi rappresentare una violazione dei diritti garantiti alla Raytheon e alla Machlett dal Trattato perché tale ordinanza non colpiva i loro «diritti diretti» di azionisti statunitensi di una società italiana bensì la società italiana stessa, di cui le due società statunitensi erano rimaste azionisti.

In secondo luogo, le disposizioni dell'Articolo V 1, 2, 3 (seconda frase) del Trattato, che si riferiscono ai beni delle persone giuridiche, così come il par. 1 del Protocollo che limita l'Art. V 2 del Trattato (v., fra l'altro, *Danimarca-Stati Uniti*, art. VI 1, 3, 5 e Prot. 2; *Giappone-Stati Uniti*, art. VI 1, 3, 4 e Prot. 2; *Germania Fed.-Stati Uniti*, art. V 1, 4, 5 e Prot. 5; *Paesi Bassi-Stati Uniti*, art. VI 1, 4, 5 e Prot. 6), non possono parimenti essere interpretate come disposizioni che danno facoltà agli azionisti esteri di attingere ai «beni» («*property*»), ossia di poter disporre dei beni della società, della società stessa, o dei «diritti ... sui beni» di essa («*interests .. in property*»).

In terzo luogo, le disposizioni dell'art. VII 1 del Trattato, (v., ad esempio, *Danimarca-Stati Uniti*, art. IX 3, 4, 5; *Giappone-Stati Uniti*, art. IX 2; *Germania Fed.-Stati Uniti*, art. IX 2; *Paesi Bassi-Stati Uniti*, art. IX 2) non possono essere interpretate come disposizioni che danno facoltà ad azionisti esteri di «acquistare, possedere e disporre di beni immobili o di altri diritti reali» («*immovable property or interests therein*»), questo diritto essendo riservato all'entità sociale.

Infine, le disposizioni dell'Art. I dell'Accordo integrativo non conferiscono agli azionisti esteri alcuna protezione particolare nei confronti del paese che li ospita. È la società, e non i suoi azionisti che viene protetta contro eventuali misure «arbitrarie o discriminatorie» prese dal paese ospitante (v., fra l'altro, *Danimarca-Stati Uniti*, art. VI 4; *Giappone-Stati Uniti*, art. V 1; *Germania Fed.-Stati Uniti*, art. V 3; *Paesi Bassi-Stati Uniti*, art. VI 3). Di fatto, qualunque siano state le azioni ritenute necessarie per impugnare l'ordinanza di requisizione emessa dal Sindaco di Palermo in data 1° aprile 1968, era l'ELSI, la società, e non la Raytheon o la Machlett, i suoi azionisti, che era stata vittima delle

presunte misure « arbitrarie e discriminatorie » adottate dalle autorità italiane.

Ci possiamo chiedere se è possibile supporre che uno qualsiasi dei diritti garantiti alle persone giuridiche statunitensi in base al Trattato (diritti che sono dettagliatamente illustrati nella Sentenza nei parr. 64 e 135) sia attinente ai diritti spettanti alla Raytheon e alla Machlett nella loro veste di azionisti dell'ELSI. Il Trattato assicura alle persone giuridiche statunitensi il diritto di detenere fino al 100 per cento del pacchetto azionario di una società di nazionalità italiana. Tuttavia, non vi è motivo di interpretare ciò come il fatto di concedere ai cittadini o persone giuridiche statunitensi, con azioni in una società italiana, ulteriori diritti oltre a quelli di cui godono normalmente in base alla legge italiana e ai principi generali del diritto delle società.

Il vero punto di questo caso si focalizza sull'ELSI, una società italiana controllata da due società statunitensi (la Raytheon e la Machlett), ossia una persona giuridica italiana nella quale le suddette persone giuridiche statunitensi avevano un interesse sostanziale. Ammettendo che il Trattato serva a proteggere gli investimenti di cittadini di una Alta Parte nei territori dell'altra Alta Parte, questo certo non accade per effetto delle disposizioni citate sopra. Pur tuttavia, vi sono, nel Trattato, delle disposizioni atte a proteggere gli interessi delle persone giuridiche statunitensi che posseggano azioni o abbiano comunque cointeressenze su società italiane o, altrimenti detto, atte a proteggere gli interessi della Raytheon e della Machlett, persone giuridiche statunitensi, nella loro veste di azionisti dell'ELSI, società italiana.

a) « Le persone giuridiche (italiane) ..., organizzate da ... persone giuridiche (statunitensi) ..., (o nelle quali partecipino), conformemente ai diritti e privilegi indicati nel presente paragrafo, ... e che controllate da ... dette persone giuridiche ..., avranno facoltà di esercitare le funzioni per le quali sono state create od organizzate in conformità alle leggi ed ai regolamenti vigenti, a condizioni non meno favorevoli di quelle accordate attualmente o che saranno accordate in avvenire alle persone giuridiche ... similmente organizzate ... da persone giuridiche ... di qualsiasi terzo Paese, o nelle quali partecipino, ... e che siano controllate (dalle medesime) ». (Art. III 1: seconda frase)

b) « Le persone giuridiche (italiane) ... controllate ... dalle persone giuridiche (statunitensi) e create od organizzate in conformità alle leggi ed ai regolamenti vigenti (in Italia) ... avranno facoltà di svolgervi le predette attività (commerciali, industriali), in conformità alle leggi ed ai regolamenti vigenti, a condizioni non meno favorevoli di quelle accordate attualmente o che saranno accordate in avvenire alle persone giuridiche (italiane) ... controllate (da) persone giuridiche (italiane) ... » (Art. III 2: seconda frase)

c) « ... in tutte le questioni relative al trapasso di imprese dalla proprietà privata alla proprietà pubblica nonché al passaggio di tali imprese sotto il controllo pubblico, le imprese (italiane) in cui... persone giuridiche (statunitensi)... abbiano un interesse notevole riceveranno, entro i territori (italiani) ... un trattamento non meno favorevole di quello accordato o che potrà essere accordato in avvenire a imprese similari nelle quali... persone giuridiche... di qualsiasi terzo Paese abbiano un interesse notevole ». (Art. V 3: seconda frase).

Queste disposizioni non sono limitate al Trattato a cui il caso fa riferimento, si ritrovano anche in altri trattati (vedi *Danimarca-Stati Uniti*, art. VI 5 e VIII 2; *Giappone-Stati Uniti*, art. VI 4 e VII 1,4; *Germania Fed.-Stati Uniti* art. V 5 e VII 1,4; *Paesi Bassi-Stati Uniti*, art. VI 5 e VII 1,4; ecc.).

L'art. III 1 riguarda il caso della società italiana (l'ELSI), organizzata o alla quale partecipano società statunitensi (la Raytheon e la Machlett) che la controllano, alla quale deve essere riconosciuta la facoltà di esercitare le funzioni, per le quali era stata creata od organizzata, a condizioni non meno favorevoli di quelle accordate a società organizzate o alle quali partecipano società di qualsiasi terzo Paese.

L'art. III 2 riguarda il caso della società italiana (l'ELSI) controllata da società statunitensi (la Raytheon e la Machlett), alla quale deve essere riconosciuta la facoltà di svolgere attività, sia commerciali, industriali, od altre in Italia in conformità alle leggi e ai regolamenti vigenti, a condizioni non meno favorevoli di quelle accordate a società italiane controllate da società italiane.

L'art. V 3 riguarda il caso che, in tutte le questioni relative all'eventuale trapasso di una impresa italiana (l'ELSI), nella quale società statunitensi (la Raytheon e la Machlett) abbiano un interesse notevole, dalla proprietà privata alla proprietà pubblica, nonché in tutte le questioni relative all'eventuale passaggio della suddetta impresa sotto il controllo pubblico, alle società statunitensi deve essere accordato un trattamento non meno favorevole di quello accordato alle società italiane, o di qualsiasi altro Paese terzo, che avessero, nella società italiana interessata dal provvedimento, lo stesso notevole interesse.

Queste tre disposizioni sono eccezionali ed intese ad assicurare che una società, come l'ELSI, possa essere, in Italia, protetta dal Trattato stesso, e ciò malgrado il fatto che si tratti di una società italiana operante in Italia. Purtroppo, esse sono state ignorate da ambedue le parti in tutto il corso del procedimento e la Sentenza stessa ne fa solo appena menzione.

La facoltà di organizzare delle attività in un altro Paese diverso dal proprio rappresenta un grande privilegio: il fatto di essere autorizzati a svolgere attività commerciali od industriali ed a trattare affari attraverso entità giuridiche costituite all'estero permette ai cittadini di un determinato Paese di ottenere ulteriori vantaggi. Tuttavia queste consociate locali, poiché sono persone giuridiche registrate nel Paese ospitante, sono assoggettate alla legislazione interna di questi; pertanto può capitare che agli stranieri venga richiesto di accettare certe restrizioni in compenso del vantaggio a loro accordato di trattare affari attraverso società insediate localmente.

Ciò nonostante, il Trattato firmato fra l'Italia e gli Stati Uniti, come qualcuno degli altri trattati citati, assicura protezione alle società locali nelle quali cittadini dell'altro Paese abbiano fatto investimenti provvedendo, in virtù dell'art. III 1 (seconda frase), che ad esse venga riservato un trattamento non meno favorevole di quello assicurato alle società nazionali organizzate, nelle quali partecipino, e che siano controllate da entità di paesi terzi mentre, in virtù dell'art. III 2 (seconda frase), aggiunge che tale trattamento non deve neanche essere meno favorevole di quello assicurato alle società nazionali controllate da cittadini del proprio Paese.

Inoltre, in questioni relative all'eventuale espropriazione di imprese per il loro passaggio alla proprietà pubblica, nonché in quelle relative

alla loro eventuale presa sotto controllo pubblico, in virtù dell'art. V 3 (seconda frase), il Trattato prevede un'ulteriore protezione per quelle imprese nelle quali soggetti dell'altro Paese abbiano un notevole interesse. A questo riguardo, vorrei far rilevare, a titolo di spiegazione complementare, che il verbo inglese «take» che corrisponde, nel testo italiano, al verbo «espropriare» viene invece reso, nel trattato firmato fra la Germania Federale e gli Stati Uniti, con il verbo «enteignen» che esclude la possibilità di accettare la tesi che l'ordinanza del Sindaco di Palermo possa essere considerata una «apprensione» di beni.

Queste società locali presentano un duplice carattere: sono delle entità nazionali di un determinato Paese che, contemporaneamente, se ne differenziano per il fatto di essere controllate da cittadini (o persone giuridiche) dell'altro Paese che, in esse, hanno notevoli interessi. Tenuto conto di questa caratterizzazione, il Paese nel quale è costituita la società locale si fa garante, nei confronti dell'altro Paese, che ad essa venga assicurata la facoltà di esercitare le funzioni per le quali è stata creata sulla base del trattamento riservato alla «nazione più favorita», o il diritto a svolgere le sue operazioni commerciali godendo dei diritti riservati ai nazionali; mentre il Paese sul cui territorio la suddetta società locale è organizzata risponde all'altro Paese del fatto di riservarle un trattamento di speciale protezione nel caso che venisse a passare sotto controllo pubblico.

Ci si potrebbe chiedere se un Paese estero (gli Stati Uniti), i cui cittadini controllano in pratica una società (l'ELSI) del Paese ospitante (l'Italia), o che comunque abbiano un notevole interesse in detta società (l'ELSI) sul territorio di quel Paese (l'Italia), è legittimato a difendere gli interessi di tale società in una controversia con l'altro Paese. La questione è paradossale.

Tuttavia, richiamandosi all'art. III 1 (seconda frase), all'art. III 2 (seconda frase) e all'art. V 3 (seconda frase) del Trattato, io credo — e ripeto che queste disposizioni non sono limitate a questo Trattato — che gli Stati Uniti avrebbero potuto spiegare intervento adesivo alla causa dell'ELSI, società di nazionalità italiana, contro lo Stato italiano.

È questo il motivo per cui mi sono riferito a queste disposizioni del Trattato chiamandole «eccezionali» e credo che la domanda contro l'Italia avrebbe dovuto essere presentata a questa Corte sulla sola base di dette disposizioni, che sono le uniche a proteggere gli interessi di cittadini statunitensi (la Raytheon e la Machlett), nella loro veste di azionisti, anche se in modo indiretto. Tuttavia, gli Stati Uniti non hanno prospettato la loro domanda su tali basi ed hanno invece ripetutamente invocato disposizioni non pertinenti.

Riassumendo, l'ELSI, società di nazionalità italiana, e più avanti il curatore fallimentare a nome suo, intentarono azioni legali interne per impugnare l'ordinanza del Sindaco di Palermo. Il caso venne giudicato sino dalle supreme istanze della magistratura italiana e, di conseguenza, furono considerati esauriti tutti i ricorsi interni. Gli Stati Uniti potevano pertanto aderire alla causa dell'ELSI sulla base di un «diniego di giustizia» sempre che la sentenza pronunciata dalla Corte di Cassazione italiana fosse stata ritenuta «manifestamente ingiusta» nel modo in cui aveva applicato il Trattato.

Tuttavia, né l'ELSI, né il suo curatore fallimentare, hanno mai invocato il Trattato nel corso dell'esperimento dei rimedi interni e, per giustificare questa manchevolezza, non sarebbe possibile all'ELSI basarsi sul fatto che il Trattato non era di immediata applicazione poiché l'Italia aveva

promulgato i relativi Ordini di esecuzione. Né è stato provato dall'attore che l'ordinanza di requisizione del 1° aprile 1968 abbia determinato per l'ELSI, nell'esercizio delle sue funzioni, un trattamento meno favorevole di quello accordato ad un'eventuale altra società italiana controllata da cittadini di un qualsiasi Paese terzo, oppure meno favorevole di quello accordato ad una società italiana controllata da cittadini italiani. Ed anche nell'ipotesi che il presente caso si riferisca al passaggio della società sotto controllo pubblico, non è stato presentato alcun elemento di prova che permetta di ravvisare che all'ELSI sia stato riservato un trattamento meno favorevole di quello accordato ad un'altra società.

IV

Concludendo, mi sembra che alcune delle argomentazioni utilizzate dall'attore per presentare, innanzi a questa Corte, la causa della Raytheon e della Machlett in sede di protezione diplomatica siano state fondate, purtroppo, su una cattiva interpretazione delle disposizioni del Trattato.

Ma anche se l'attore avesse presentato la propria domanda basandola sulle disposizioni del Trattato con le quali veniva garantito all'ELSI il trattamento dovuto ai cittadini della « nazione più favorita » o quello riservato ai cittadini nazionali, esso avrebbe comunque dovuto presentare elementi di prova sufficienti per stabilire che l'ELSI era stata vittima di un diniego di giustizia da parte delle autorità giudiziarie italiane. Questo onere non è stato comunque assolto.

Firmato: Shigeru ODA

OPINIONE DISSIDENTE DEL GIUDICE SCHWEBEL

La Sentenza pronunciata dalla Sezione è valida, a mio parere, sotto due aspetti della massima importanza, che potranno inoltre avere notevoli ripercussioni sulla vitalità e la crescita del diritto internazionale per quanto si riferisce agli argomenti da essa trattati.

In primo luogo, la Sentenza applica il principio della ragionevolezza nella sua interpretazione della portata della regola dell'esaurimento dei ricorsi interni. Non ritiene che, per soddisfare tale regola, sia necessario che tutti quanti i ricorsi interni in astratto ipotizzabili siano stati esauriti ma invece ritiene che se, nella sostanza, tutti i ricorsi interni che normalmente si propongono siano stati esperiti, questo è sufficiente alla soddisfazione dei requisiti della suddetta regola, anche se poteva esistere una via alternativa di ricorso che non è stata, di fatto, esperita. È chiaro che, da sempre, è stato considerato parte della regola dell'esaurimento dei ricorsi interni il limite costituito dalla effettività di tali ricorsi. Si può dire che la Sezione altro non ha fatto che riaffermare questo pacifico aspetto della suddetta regola. E di fatto, lo ha riaffermato ma, così facendo, la sentenza ha anche contribuito al chiarimento della regola dei ricorsi interni in quanto ha stabilito che, quando un caso è stato, nei suoi elementi essenziali, portato fino all'ultima istanza giudiziaria di un determinato Paese, la regola in questione non richiede che il caso sia oggetto di ulteriori vertenze tendenti a proporre tutte le eventuali argomentazioni possibili alla decisione delle competenti sedi giudiziarie interne se, nella pratica, non vi erano probabilità di poter ottenerne un verdetto diverso. Nelle loro conclusioni, gli Stati Uniti hanno detto che la loro domanda era ammissibile in quanto « tutti i ricorsi ragionevoli » erano stati esauriti nella loro sostanza; la Sezione lo ha ritenuto giusto e ha fatto bene. Questo punto di vista ha pertanto riportato certe interpretazioni dell'estensione della regola dell'esaurimento dei ricorsi interni precedenti entro limiti più ragionevoli.

In secondo luogo, la sentenza ha estesamente commentato le disposizioni del Trattato firmato tra gli Stati Uniti e l'Italia in un modo che tende a interpretarlo come uno strumento essenzialmente inteso a favorire più che a vincolare la protezione dei diritti dei cittadini, persone giuridiche ed associazioni statunitensi in Italia, così come i diritti dei cittadini, persone giuridiche ed associazioni italiane negli Stati Uniti. Se fossero state accettate, le argomentazioni svolte dinanzi alla Sezione avrebbero invece tolto al Trattato molto del suo valore. In particolare, è stato sostenuto che il Trattato non era, nella sostanza, pertinente con la domanda degli Stati Uniti in questo caso poiché le misure prese dall'Italia (in particolare la requisizione dello stabilimento dell'ELSI e delle sue attrezzature) non riguardavano direttamente cittadini o persone giuridiche statunitensi, bensì una società italiana, l'ELSI, le cui azioni erano casualmente detenute da persone giuridiche statunitensi che, da meri azionisti, erano del tutto esclusi dallo scopo di protezione previsto dal Trattato. La Sezione non ha accettato questa argomentazione, come non ha accettato che il diritto di organizzare, controllare e dirigere si limitasse al fatto di creare società nominandone il consiglio di amministrazione ma senza includere anche la facoltà di gestirle, come non ha accettato che il diritto di controllare e dirigere non sia stato alterato dalla requisizione dello stabilimento e delle sue attrezzature.

La Sezione non ha neanche ritenuto necessario prendere posizione sul fatto che veniva richiesto di dare ai termini del Trattato una accezione restrittiva della parola « taking » in modo da interpretarla unicamente nel senso di « espropriazione » (è detto che, nell'opinione della Sezione, questo punto non ha motivo di essere risolto nel presente caso). Queste, come tutte le altre preclusive interpretazioni del Trattato sono state per lo più tralasciate dalla Sezione.

Inoltre, la sentenza pronunciata dalla Sezione non tocca il principio della costante garanzia di protezione e sicurezza per le persone ed i beni sancita dal Trattato e sono lasciate intatte le disposizioni del Trattato che prevedono il pronto pagamento di giusto ed effettivo indennizzo. Il significato dato dagli Stati Uniti all'espressione « giusto ed effettivo indennizzo » non è stato contestato. Gli Stati Uniti hanno sostenuto che, quando uno Stato priva un cittadino straniero dei suoi diritti sui beni di una società, « l'indennizzo dovrebbe essere calcolato sull'intero valore dell'attività ». Come norma, hanno fatto rilevare gli Stati Uniti, la stima del valore dell'attività tiene conto dei potenziali guadagni futuri ma, nel presente caso, gli Stati Uniti non hanno voluto avanzare richieste del genere poiché l'ELSI non stava producendo utili. D'altronde, visto che la requisizione dell'ELSI risaliva al 1968 e tenuto conto che gli Stati Uniti sostenevano che fu proprio questa requisizione ad impedire all'ELSI di procedere all'ordinata liquidazione, gli Stati Uniti hanno proposto come base di computo il valore contabile dell'ELSI all'epoca, pur sempre sottolineando che, di norma, gli Stati Uniti non considerano che il valore contabile sia un metro giusto di valutazione di una impresa in attività, anzi, che in generale tale valore contabile è del tutto rifiutato e non considerato sufficiente per la giusta valutazione di una impresa. Mentre questi principi non sono stati affatto contestati dall'Italia, quest'ultima ha sostenuto che non solo l'ELSI non era stata privata di alcun diritto previsto dal Trattato ma addirittura, tenuto conto della sua situazione, era una impresa che valeva ben meno del suo valore contabile.

In breve, le disposizioni pertinenti del Trattato sono state, in generale, interpretate in modo da dar loro effetto piuttosto che contenere il loro effetto. Le domande fatte dagli Stati Uniti nel presente caso non sono state accolte, ma ciò non è dovuto al fatto che la Sezione abbia deciso contro gli Stati Uniti in base al Trattato; ha deciso contro sulla base del significato pratico e legale da dare ai fatti del caso.

Non condivido tutte le conclusioni della Sezione, in particolare su due punti salienti. Mentre condivido quanto stabilito dalla Sezione che, a prima vista, la requisizione dello stabilimento dell'ELSI aveva privato la Raytheon e la Machlett della loro facoltà, sancita dall'art. III del Trattato, di « controllare e dirigere » l'ELSI, non sono d'accordo con la sua conclusione che, « ciò malgrado, l'art. III non è stato violato perché, al tempo della requisizione, dette facoltà di controllare e dirigere non esistevano più sia perché la capacità dell'ELSI di mettere in atto una ordinata liquidazione dei propri beni non è stata sufficientemente accertata, sia perché lo stato di insolvenza dell'ELSI all'epoca obbligava quest'ultima a presentare una istanza di fallimento.

Non condivido poi le conclusioni della Sezione quando dice che la requisizione non è stata un atto arbitrario in violazione delle disposizioni dell'art. I dell'Accordo Integrativo che prevede che i cittadini e le persone giuridiche delle Parti « non saranno sottoposti... a misure arbitrarie ». Sono invece d'accordo con il concetto di atto arbitrario sostenuto dalla Sezione, che è un concetto classico nel diritto internazionale,

ma non condivido né la sua valutazione dell'ordinanza di requisizione né l'interpretazione della Sezione in ordine ai severi apprezzamenti del Prefetto e della Corte di Appello di Palermo.

Prima di passare alle spiegazioni del perché ritengo erronee queste conclusioni della Sezione, mi sembra comunque opportuno proporre un certo numero di considerazioni generali sul proposito ed il fine del Trattato che, a mio avviso, non sono stati tenuti in sufficiente considerazione da parte della Sezione stessa.

La complementarità del Trattato e del suo Accordo Integrativo

Secondo quanto recita l'art. 2 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, un trattato può essere incorporato in « un unico strumento, oppure in due o più strumenti correlati ». Il Trattato firmato dagli Stati Uniti e dall'Italia in data 2 febbraio 1948 consta di un trattato, un protocollo, un protocollo addizionale ed uno scambio di note, e nel caso specifico dei protocolli viene espressamente stabilito che le loro disposizioni « saranno considerate come parte integrante del Trattato predetto », nonché di un Accordo Integrativo firmato in data 26 settembre 1951 intitolato « Accordo integrativo del Trattato di amicizia, commercio e navigazione tra la Repubblica Italiana e gli Stati Uniti d'America » e viene parimenti stipulato che « costituirà... parte integrante del predetto Trattato... ».

Tenuto conto che la citata disposizione della Convenzione di Vienna rispecchia i contenuti del diritto consuetudinario dei trattati, che i vari strumenti del Trattato contengono espresse disposizioni in tal senso come riportato, e ricordando il significato del termine « complementarità », ossia composto di svariati componenti integrati fra di loro, è chiaro che il Trattato ed il suo Accordo Integrativo non possono essere dissociati e devono essere considerati come il tutto integrale che affermano di essere. La Sezione riconosce questa conclusione (anche se la difesa del convenuto ha affermato che l'Italia non lo riconosceva). La Sezione poteva difficilmente fare altrimenti. Essa stessa nasce da un trattato, lo Statuto della Corte che la Carta delle Nazioni Unite dichiara « parte integrante della presente Carta ». Sarebbe difficile concepire una argomentazione volta a sostenere che, ciò malgrado, lo Statuto della Corte e la Carta delle Nazioni Unite non devono essere interpretati contemporaneamente, come un unico strumento che integra un tutto unico, ed ancora più difficile immaginare che la Corte possa accettare una tale argomentazione.

Le circostanze e le intenzioni del Trattato e dell'Accordo Integrativo

Nella sua difesa, l'Italia si è basata nelle regole di interpretazione dei trattati contenute nell'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati in quanto rispecchiano il diritto internazionale consuetudinario e questo punto non è stato contestato dagli Stati Uniti.

L'art. 31 dispone che « Ciascun trattato dovrà essere interpretato in buona fede, nel significato usuale da dare ai termini del trattato stesso visti nel contesto ed alla luce del suo oggetto e scopo ». Stabilisce inoltre che « Il contesto da considerare per l'interpretazione di ciascun trattato dovrà comprendere, in aggiunta al testo stesso, ...le sue premes-

se...». Specifica che sarà preso in considerazione, assieme al contesto, «ogni eventuale accordo intercorso fra le parti riguardante l'interpretazione del trattato o l'applicazione delle sue disposizioni». E l'art. 32 recita che:

«Potrà essere fatto uso di mezzi complementari per l'interpretazione, in particolare lavori preparatori del trattato e le condizioni in cui si è perfezionato in modo da confermare il significato derivante dalla sua interpretazione secondo le regole dell'art. 31, o per determinarne il significato quando l'interpretazione effettuata a norma dell'art. 31:

- a) lascia il significato ambiguo o poco chiaro; oppure
- b) porta ad una conclusione manifestamente assurda o illogica.

Nel presente caso, le Parti hanno dato interpretazioni radicalmente opposte alle disposizioni del Trattato e del suo Accordo Integrativo a cui facevano riferimento. Non vi è dubbio che, quando vengono messe una accanto all'altra le proposizioni contraddittorie di certe disposizioni del Trattato, il loro significato risulta ambiguo e poco chiaro. Tanto è così che ciascuna Parte ha sostenuto che l'interpretazione fatta dall'altra Parte portava a conclusioni, magari non manifestamente assurde, ma certamente illogiche. Pertanto, secondo la Convenzione di Vienna, questo è un caso in cui è certamente opportuno far ricorso ai lavori preparatori ed alle condizioni di perfezionamento del Trattato stesso.

Quali furono le circostanze del perfezionamento dell'Accordo Integrativo che forma parte integrante del Trattato? E qual'è l'oggetto, o lo scopo principale, che si delinea dall'esame dei lavori preparatori e dal procedimento di ratificazione? Ed ancora, in che modo tale procedimento è in grado di illuminare l'interpretazione da dare a queste disposizioni?

In base ai contenuti degli atti parlamentari relativi che l'Italia ha sottoposto alla Sezione — atti che contengono la prova autentica che le Parti avevano l'intenzione di concludere tanto il Trattato quanto il suo Accordo Integrativo — l'Italia ha sostenuto che l'Accordo Integrativo sarebbe stato concluso per agevolare l'afflusso di capitali statunitensi in Italia soddisfacendo le note richieste degli investitori. Riguardo ad un disegno di legge per la ratifica ed il perfezionamento dell'Accordo Integrativo, la *Gazzetta Ufficiale* italiana riporta che lo scopo dell'Accordo era di incoraggiare «l'afflusso di capitali privati di investimento in Italia» e «di creare le premesse perché gli investimenti stranieri possano essere al sicuro» (*ICM, Ann., Doc. 9, p. 1, 2*). E prosegue:

«Poiché con "investimenti stranieri" si intendono, attualmente, soprattutto gli investimenti provenienti dagli Stati Uniti, riteniamo opportuno di concludere un accordo specifico atto ad allontanare ogni possibile ostacolo all'afflusso dei capitali privati statunitensi... abbiamo ora una idea molto più precisa di quali siano i requisiti degli investitori statunitensi, e ci rendiamo conto della necessità di un trattato specifico...» (*ICM, Ann., Doc. 9, p. 3*).

La relazione prosegue, indicando quali erano questi requisiti degli investitori statunitensi:

«Protezione dei diritti concessi alle società statunitensi... nelle società in cui avranno investito; possibilità del rtrasferimento in America dei capitali investiti... garanzie contro le discriminazioni; garanzie contro i rischi politici; ...». (*Ibidem, p. 4*).

« Quello che pertanto veniva richiesto a tutela degli investimenti statunitensi era la maggior protezione possibile contro le suddette condizioni non ancora garantite, proteggendo contemporaneamente gli interessi italiani, in particolare attraverso la ricerca di investimenti produttivi diretti ed a lungo termine, da preferirsi agli investimenti di tipo speculativo ». (*Ibidem*).

L'Accordo Integrativo era inoltre inteso a « offrire agli investitori la massima libertà di scelta relativamente alla società... in cui abbiano preso una partecipazione... ». (*Ibidem*, p. 6).

Nel dibattito della Camera dei Deputati per la ratifica dell'Accordo Integrativo, il portavoce del Governo ha osservato che la prima parte dell'Accordo stesso « è certamente la più importante » in quanto assegnava, fra l'altro, agli investitori la facoltà di « liberamente trasferire capitali... nonché la facoltà, per i suddetti cittadini o persone giuridiche, di dirigere le società da loro costituite od organizzate » (*ICM, Ann., Doc. 11, p. 20-21*). Una forma di investimento statunitense che l'Accordo intendeva favorire era quella dell'« installazione in Italia di stabilimenti industriali sotto il diretto controllo di società statunitensi consociate... ». (*Ibidem*, p. 24).

La Relazione presentata al Senato italiano riassume il contenuto dell'Accordo Integrativo, dicendo che è inteso a garantire:

« L'eliminazione di ogni trattamento discriminatorio o misura arbitraria che possa causare un pregiudizio alle persone fisiche o giuridiche nonché alle associazioni italiane o statunitensi che operino nei territori dell'altro Stato; la possibilità di controllare senza ostacoli le proprie imprese; la garanzia di un trattamento il più liberale possibile per il trasferimento dei capitali e le agevolazioni fiscali sono tutti criteri che, integrando i criteri stabiliti nel Trattato di Amicizia..., dovrebbero essere di aiuto (in particolare) all'economia italiana in quanto sono intesi a favorire gli investimenti di capitali statunitensi in Italia ». (*USM, Ann. 89, p. 4*).

La relazione del Segretario di Stato degli Stati Uniti, trasmessa al Senato federale per ottenere il suo parere e consenso per la ratifica dell'Accordo Integrativo descrive parimenti l'Accordo come contenente delle « estensioni » al Trattato che, « allargando i principi globali che regolano in generale le relazioni economiche stabilite in tale trattato, dovrebbero incoraggiare ulteriormente gli investimenti privati di capitali ». (*USM, Ann. 88, p. 2*)

La vera e propria complementarità dell'Accordo Integrativo — ossia il fatto che sia stato previsto per « ulteriormente » incoraggiare gli investimenti di capitali privati che il Trattato, già nel 1948, intendeva incoraggiare (fra altre cose) — si delinea chiaramente nel procedimento di ratifica di questa Convenzione. Tanto è così che la relazione del Comitato per gli Affari Esteri e le Colonie del Senato della Repubblica Italiana, in data 28 maggio 1949, dichiarava che, nell'essere favorevole alla ratifica ed al perfezionamento del Trattato, aveva preso in considerazione il fatto che « l'economia italiana aveva un urgente bisogno di capitali di investimento esteri » (*ICM, Ann. Doc. 7, p. 10*). La Relazione osserva che, nelle modalità stabilite, gli Stati Uniti avevano:

« innanzitutto cercato di proteggersi ... contro ogni eventuale possibilità di discriminazione contro i loro interessi e beni e possibili esclusioni o limitazioni di attività sul mercato italiano » (*Ibidem*, p. 14)

La relazione passa in rassegna i primi articoli — i più importanti — del Trattato dicendo che garantiscono « pieni diritti ... per organizzare, controllare e dirigere società ... nonchè proteggerle contro ogni eventuale illecita interferenza ... » (*Ibidem*, p. 7). Fra i principi a sostegno del Trattato, la Relazione menziona quello de « l'equità, in tutti i casi ». (*Ibidem*, p. 4).

La sentenza della Sezione cita gli articoli del Trattato e dell'Accordo Integrativo che sono stati oggetto di dibattito fra le Parti. Può anche essere aggiunto che il Preambolo dell'Accordo Integrativo non solo parla del desiderio delle Parti di « dare ulteriore incoraggiamento agli investimenti di capitali ... da un Paese all'altro », ma aggiunge anche che esse sono « consapevoli del contributo che a tal fine può essere costituito dall'ampliare i principi di equo trattamento enunciati con il Trattato... ». L'Articolo III dell'Accordo Integrativo prosegue stabilendo che « Circa la trasferibilità dei capitali investiti ... dalle persone giuridiche ... di una delle Alte Parti Contraenti nei territori dell'altra ... le Alte Parti Contraenti si impegnano ad accordarsi l'un l'altra il trattamento più liberale possibile ». Ed ancora l'Articolo V stabilisce:

« saranno applicate agli investimenti eseguiti in Italia le norme relative alle speciali agevolazioni previste in materia fiscale, doganale e di tariffe dei trasporti, per l'industrializzazione dell'Italia meridionale... ».

Bisogna rilevare che, in tutta l'amplissima, minuziosa e ripetitiva relazione alle leggi di ratifica del Trattato e del suo Accordo Integrativo fatta dall'Italia, mentre sembra che da parte degli Stati Uniti non vi furono particolari sforzi, non si trova l'ombra di un elemento che permetta di sostenere l'interpretazione secondo la quale i numerosi diritti così concessi ad un investitore statunitense in Italia o ad un investitore italiano negli Stati Uniti si basino sulla condizione che un investimento venga fatto in una società della nazionalità dell'investitore.

Al contrario, è previsto ed è stabilito che all'investitore straniero saranno garantiti i privilegi stabiliti dal Trattato e dal suo Accordo Integrativo, sia che egli destini il proprio investimento ad una società della propria nazionalità, o ad una società della nazionalità dell'altra parte. Tanto è così che l'Accordo Integrativo era inteso a garantire la protezione « dei diritti dei cittadini statunitensi ... nelle persone giuridiche delle quali essi detengano partecipazioni », era stato concepito per assicurare agli investitori « la facoltà di dirigere le persone giuridiche » che avrebbero « costituite od organizzate » e una delle forme di investimento statunitense previste era quella di « installare in Italia stabilimenti industriali sotto il diretto controllo di consociate statunitensi... ».

In base ai termini del Trattato e del suo Accordo Integrativo, e nell'ottica di quella che era l'intenzione all'atto della relativa, così come risulta dai brani sopra citati estratti dal corso dei procedimenti di ratifica di questi strumenti, consegue che la Raytheon, investendo con tanta larghezza nell'ELSI, così faceva nell'ambito di un trattato che la autorizzava a ritenere che:

essa stessa (e l'ELSI) avrebbero potuto godere dei « principi di equo trattamento enunciati nel Trattato » (« l'equità, in tutti i casi »);

essa stessa (e la direzione dell'ELSI) avrebbero potuto godere dei « pieni diritti » di organizzare, controllare e dirigere l'ELSI; ossia che avrebbero avuto piena « facoltà di dirigere » l'ELSI, « il controllo non

ostacolato» dell'ELSI e « la massima libertà di scelta » con rispetto all'ELSI;

avrebbe potuto godere del « trattamento più liberale possibile » per riportare in patria i suoi capitali;

essa stessa (e l'ELSI) sarebbero state « protette contro i rischi politici »; e

l'ELSI avrebbe goduto delle « norme relative alle speciali agevolazioni previste in materia fiscale, doganale e tariffaria dei trasporti per l'industrializzazione dell'Italia meridionale ».

La violazione del diritto della Raytheon di controllare e dirigere l'ELSI

La conclusione alla quale la Sezione è giunta, ossia che l'Italia non ha violato l'Articolo III del Trattato, si impernia sul fatto che, all'epoca dell'emissione dell'ordinanza di requisizione, il diritto di controllare e dirigere l'ELSI non competeva più ai consiglieri o agli azionisti dell'ELSI ma spettava al curatore fallimentare. La Sezione ha ragione quando dice che la domanda principale degli Stati Uniti comportava che la requisizione dell'ELSI fosse una violazione del diritto della Raytheon e della Machlett di controllare e dirigere l'ELSI e del diritto accessorio di tale facoltà, fondamentale quanto altri mai, di liquidare i beni sociali. Ci si può tuttavia chiedere se la Sezione sia altrettanto nel giusto quando conclude che, a causa di problemi contingenti legati alla situazione finanziaria dell'ELSI e alle obbligazioni che ad essa derivavano dall'ordinamento fallimentare italiano, né la Raytheon, né la Machlet, potevano ulteriormente pretendere, alla data della requisizione, l'esercizio del loro diritto di controllare e dirigere l'ELSI e che, pertanto, tale ordinanza non le ha private di alcun diritto allorché, se le circostanze fossero state diverse, la suddetta ordinanza sarebbe stata considerata una violazione dell'Articolo III del Trattato.

Io trovo che questa essenziale conclusione della Sentenza pronunciata dalla Sezione non è corretta, e ne spiego le ragioni.

In primo luogo, è chiaro, ed accettato dalla Sezione, che i legali dell'ELSI la hanno accuratamente consigliata, in tutte le occasioni pertinenti, tanto dal punto di vista della precarietà della sua situazione finanziaria che da quello delle conseguenze legali a cui andava incontro. Né la società, né i suoi azionisti hanno mai agito contro le raccomandazioni contabili e legali ricevute, e hanno sempre messo in atto i consigli loro dati. Prima che intervenisse l'ordinanza di requisizione, né la direzione dell'ELSI, né i suoi azionisti furono mai avvisati che la società versava in uno stato di insolvenza tale da obbligarli a depositare una istanza di fallimento o, comunque, a rinunciare ad ogni diritto di controllo e gestione. Al contrario, furono informati che la situazione finanziaria dell'ELSI nel marzo 1968, in conformità con le disposizioni della legge italiana, permetteva loro di procedere alla liquidazione dei suoi beni nel quadro di una procedura gestita dall'ELSI stessa. Non è questa una considerazione decisiva, ma è pur sempre una considerazione che ha un certo peso.

In secondo luogo, dal punto di vista dei fatti, fino alla data della requisizione, ossia il 1° aprile 1968, nessun atto era stato adottato per togliere ai consiglieri dell'ELSI, o ai suoi azionisti, il diritto di controllare e dirigere la società per affidarlo ad altri. Non solo l'ELSI non sembrava

minimamente inadempiente, non solo l'ELSI aveva quanto mai delibatamente non depositato una istanza di fallimento, ma nessun creditore e nessuna autorità pubblica aveva fatto il ben che minimo passo per forzarla in quella direzione.

In terzo luogo, nei mesi, settimane e giorni che precedettero la requisizione, furono avviate trattative per evitare, o quanto meno ritardare, la chiusura dello stabilimento dell'ELSI ed il licenziamento del suo personale, trattative che coinvolsero i responsabili e gli azionisti dell'ELSI, da una parte, e diverse autorità dello Stato e della Regione Sicilia, dall'altra. Queste trattative non furono casuali o di routine. Tutt'al contrario, furono intense e coinvolsero non solo semplici funzionari dell'amministrazione italiana ma anche esponenti a livello governativo come il Presidente della Regione Sicilia, Ministri e persino il Presidente del Consiglio. L'Amministrazione italiana era informata, esplicitamente e per iscritto, della situazione finanziaria in cui versava l'ELSI ed anche che i suoi azionisti avevano deciso di sospendere i finanziamenti. Questi fatti sono riassunti nei paragrafi da 26 a 28 della Sentenza pronunciata dalla Sezione. Come detto nella Sentenza, le autorità italiane continuarono, fino al 29 marzo 1968, a fare pressioni sull'ELSI perchè non chiudesse lo stabilimento e non licenziasse i dipendenti. L'ELSI fu ufficialmente messa in guardia che, se chiudeva il proprio stabilimento, si sarebbe proceduto alla sua requisizione. A requisizione avvenuta, l'Italia esercitò ufficialmente sull'ELSI pesantissime pressioni perchè riaprisse ed il Presidente della Regione Sicilia si spinse al punto di scrivere un « memorandum » nel quale prevedeva, o minacciava, che la liquidazione dell'ELSI sarebbe stata assolutamente impossibile finché fosse durata la chiusura. Ben lungi dal sostenere che l'ELSI, in considerazione della sua posizione finanziaria e delle disposizioni italiane, fosse obbligata a depositare una istanza di fallimento prima della data della requisizione, ossia prima del 1° aprile 1968, il Presidente della Regione Sicilia, in data 19 aprile 1968, insisteva proprio perchè l'ELSI non iniziasse una procedura fallimentare. Non soltanto, diceva, il fallimento avrebbe « moralmente nociuto al buon nome della Raytheon in Italia ed in Europa » e non avrebbe « ora » prodotto « niente a fronte degli attivi », obbligando la Raytheon a « pagare tutti i debiti », ma inoltre le banche italiane avrebbero alla fine ottenuto che la Raytheon ripianasse tutti i passivi dell'ELSI bloccando, nel frattempo, qualunque richiesta di trasferimento di valuta all'estero da essa presentata relativamente alle « royalties » percepite sui guadagni delle altre società italiane in cui aveva delle partecipazioni, come ad esempio la Selenia (*USM, Ann. 73, p. 2, 3; Ann. 38, p. 1, 2*). Invece, se l'ELSI avesse riaperto lo stabilimento, e se la Raytheon fosse stata disposta a collaborare con una società di gestione provvisoria organizzata dall'IRI e dalla Regione Sicilia, « si sarebbe trovato il modo di agevolare una rapida liquidazione dell'ELSI in modo che risulti produttiva... poiché l'obiettivo di fondo della Raytheon era comunque quello di liquidare la società ».

E da presumere che il Presidente del Consiglio, il Presidente della Regione Sicilia, ed i capi dei dicasteri dell'amministrazione italiana coinvolti abbiano agito nel rispetto della legge italiana, e certamente bisogna presumerlo. Erano al corrente dell'importante indebitamento dell'ELSI presso gli istituti di credito; erano informati che la società era a corto di liquidi e che pertanto stava per chiudere lo stabilimento, o lo avrebbe fatto a breve. Orbene, ben lungi dal suggerire che l'ELSI

era obbligata a presentare una istanza di fallimento o che comunque stava per perdere il diritto di controllare e dirigere la società, ben lungi dal denunciare che erano già scaduti i tempi per pensare ad una liquidazione e ben lungi dall'agire in modo consono con quella interpretazione dei fatti e degli obblighi legali italiani, queste autorità facevano pressioni sull'ELSI perché non chiudesse lo stabilimento, mantenesse o riassumesse i dipendenti e portasse avanti o riavviasse la produzione. In altre parole, indipendentemente dal fatto che, ad avere ragione sull'interpretazione da dare ai requisiti della legge italiana, siano stati gli esperti di diritto italiano presentati dall'Italia nell'ambito di questo processo o gli esperti di diritto italiano presentati dagli Stati Uniti nell'ambito del medesimo processo, è chiaro che il diritto vigente in Italia all'epoca della requisizione è in contraddizione con quanto sostenuto dalla difesa italiana nel presente caso ed incompatibile con l'accoglimento di tale tesi da parte della Sezione. E mai possibile che l'Italia, nel 1989, possa sostenere l'opposto di quanto avevano sostenuto, nel 1968, i più alti esponenti della sua amministrazione? E mai possibile ritenere che la Sezione è nel giusto quando fonda la sua sentenza su di un terreno così mobile?

In quarto luogo, non solo la conclusione principale della Sezione risulta in conflitto con l'interpretazione della legge italiana fatta dai più alti funzionari italiani dell'epoca, ma non è neanche del tutto conciliabile con le conclusioni della Corte d'Appello di Palermo alle quali la Sezione si richiama. La Corte, così come la Sezione, hanno concluso che il fallimento dell'ELSI non era stato determinato dalla requisizione ma dal suo anteriore stato di insolvenza, in quanto « lo stato di insolvenza della società rappresentava la causa determinante e sufficiente del suo fallimento (Art. 5 della legge fallimentare) ».

Ora c'è da chiedersi se, con questa frase, la Corte d'Appello di Palermo intendeva o implicava che l'ELSI, o i suoi azionisti, non avendo goduto del loro diritto di controllare e dirigere la società o di ogni altro loro diritto sui beni sociali a causa del proprio stato di insolvenza verificatosi immediatamente prima dell'intervento del Sindaco, ne erano stati privati in conseguenza della requisizione. Niente affatto. Al contrario, non solo la Corte di Appello accertò che era « probabile che la società stessa avesse richiesto il fallimento onde poter uscire dalla sua gravissima situazione di inoperatività creata dalla requisizione », ma considerò l'appello (riformando così la decisione del Tribunale):

« fondato per quanto si riferisce ai danni riconducibili all'inoperatività dello stabilimento, installazioni ed attrezzature oggetto dell'ordinanza di requisizione, tale inoperatività essendo stata causata dall'esecuzione della suddetta ordinanza ».

Di conseguenza, liquidò un risarcimento per i danni causati dalla requisizione, la quale viene ripetutamente qualificata « illegittima ». Ci sarebbe anche molto spazio per discutere se questo risarcimento è stato corrisposto in misura adeguata, ma questo esula dal punto in considerazione, ossia che il ragionamento e la conclusione della Corte di Appello di Palermo in materia sembrano in contrapposizione con il fulcro del ragionamento e della conclusione della Sezione. Certamente, il fatto di togliere all'ELSI o ai suoi azionisti il loro diritto di controllare e dirigere la società non era il punto in discussione innanzi la Corte d'Appello. Il punto era piuttosto quali « danni » — e tanto vuol dire che la Corte abbia proprio utilizzato la parola « danni » — erano dovuti all'ELSI, o

a chi per lei (il curatore fallimentare), in conseguenza di una requisizione, giudicata illegittima, dello stabilimento e delle attrezzature? La Corte di Appello ritenne che all'ELSI spettavano dei « danni » per quel periodo durante il quale l'ELSI, o chi per essa, non aveva potuto disporre dello stabilimento e delle sue attrezzature a causa della requisizione. In questo modo, la Corte di Appello ha riconosciuto implicitamente che l'ELSI, o chi per essa, malgrado il fatto che si trovasse in stato di insolvenza prima che intervenisse la requisizione, aveva, ciò malgrado, continuato ad avere diritti sullo stabilimento e le sue attrezzature, dalla data della requisizione in poi, anche se ne era stata privata dalla requisizione stessa. Se la Corte d'Appello avesse ritenuto che l'ELSI non era stata privata di alcun diritto a seguito dell'ordinanza di requisizione poichè lo stato di insolvenza, con gli effetti che tale stato comporta per la legge italiana, aveva già impedito l'esercizio di tale diritto, come avrebbe potuto decretare il risarcimento di quanto chiama i « danni » subiti in relazione alla suddetta requisizione?

In quinto luogo, non solo gli esperti chiamati dalle Parti divergono nelle loro analisi finanziarie e conclusioni giuridiche, ma addirittura gli esperti chiamati dall'Italia non son stati in grado di accordarsi fra di loro. Così poco certo era lo stato di insolvenza dell'ELSI alla data della requisizione che l'esperto contabile che ha testimoniato a nome dell'Italia ha sostenuto che l'ELSI era « sull'orlo dell'insolvenza », pertanto non era insolvente (se non altro, non in termini concreti).

Non si è trattato di una parola lasciata sfuggire. Nella dichiarazione che egli ha preparato per la Corte, quell'esperto ha anche dichiarato che l'ELSI « stava sull'orlo dell'insolvenza ben prima che intervenisse la requisizione dello stabilimento in data 1° aprile 1968 ». La Sezione lo ha interrogato minuziosamente sul significato di questa sua dichiarazione, ed egli ha confermato che « la società, al 31 marzo, era sull'orlo dell'insolvenza ». Il Presidente della Sezione insistette: « Ma io ritengo che il punto sia: era insolvente oppure no? Perchè una cosa è stare sull'orlo dell'insolvenza, ed un'altra è il fatto di essere insolvente ». L'esperto dell'Italia a questo rispose:

« L'insolvenza è uno stato — in francese viene detto *'cessation de paiements'* — nel quale una società non è più in grado di pagare i propri debiti via via che arrivano a scadenza. Può tuttavia capitare che un fornitore non insista per essere pagato subito, e permetta pertanto alla società di saldare altri fornitori prima di lui, in tal caso, anche se tecnicamente insolvente, la società può prolungare lo stato di insolvenza per gestire gli affari correnti. Una società può trovarsi in *'état de cessation de paiements'* ma, finché qualcuno non presenti istanza in tribunale per far dichiarare che la società è insolvente, essa può continuare le sue attività commerciali — e penso che questo sia stato il caso dell'ELSI ».

L'Italia ha poi prodotto come prova una lettera del 9 maggio 1968 (ossia, dopo che l'ELSI aveva presentato istanza di fallimento) che il Sindaco di Palermo avrebbe scritto al Direttore generale dell'Ufficio di gestione del Programma Hawk della NATO a Parigi. Parlando del valore « insostituibile » dell'ELSI per la vita economica della Sicilia a causa delle sue « attrezzature e mezzi, il suo personale altamente qualificato, il suo corpo dirigenziale e le sue relazioni commerciali con l'estero... », il Sindaco vi descriveva la decisione della Raytheon-ELSI di chiudere il proprio stabilimento e licenziare il personale « più come un ultimo sforzo di

esercitare una pressione sull'amministrazione centrale e regionale onde ottenere la partecipazione richiesta, che un vero e proprio bisogno derivante da uno stato irreversibile della situazione sociale » — una dichiarazione che sembra discordante non solo con la stima al ribasso che i legali italiani avevano fatto del valore dei beni dell'ELSI ma anche, per deduzione, con la conclusione che, nel marzo del 1968, l'ELSI fosse in stato di insolvenza e che il suo fallimento fosse inevitabile.

In sesto luogo, il punto — il più rilevante — di sapere se l'ELSI era insolvente o meno al 1° aprile 1968 dipende, in fin dei conti, dalla linea di condotta adottata dal suo maggiore azionista, la Raytheon. La Raytheon aveva, ed ha tuttora, delle risorse notevolmente maggiori di quelle che erano in ballo nella questione dell'ELSI. Avrebbe certamente potuto pagare tutti i debiti dell'ELSI e risolvere qualsiasi problema collegato con la sua insolvenza. Non è possibile sostenere che l'atteggiamento della Raytheon sia stato quello di voler pagare tutti i debiti dell'ELSI. Se la Raytheon fosse stata dell'opinione di continuare ad elargire capitale all'ELSI, la questione della sua liquidazione non si sarebbe posta. Le difficoltà finanziarie dell'ELSI vennero a galla quando la Raytheon dichiarò che non era più disposta ad investire capitali nell'ELSI. È chiaro, in particolare, che la Raytheon non era disposta a saldare i prestiti accordati all'ELSI senza la propria fideiussione, mentre era disposta, e lo fece con puntualità, a rimborsare *in toto* i prestiti per i quali aveva dato fideiussione.

Ma questo non vuole assolutamente dire che la Raytheon non fosse disposta o addirittura non desiderasse anticipare quanti ulteriori capitali fossero risultati necessari per portare avanti una ordinata liquidazione degli attivi dell'ELSI.

Gli Stati Uniti hanno offerto delle prove, accettate dalla Sezione, in base alle quali la Raytheon aveva trasferito in Italia ulteriori fondi per poter saldare i debiti contratti con i piccoli creditori. Hanno anche offerto la prova, sempre accettata dalla Sezione, che la Raytheon era pronta a rilevare i crediti dell'ELSI al 100 per cento del loro valore, cosa che avrebbe iniettato una ingente somma di denari nelle casse quasi vuote dell'ELSI. Hanno anche presentato elementi di prova, che non sembra siano stati contestati, che, nel marzo 1968, lo stabilimento stava producendo (nei limiti permessi dagli scioperi in atto) e che l'ELSI stava ricevendo delle commesse e che, alla fine del mese, era pronta, seppur con un personale ridotto all'osso, a completare il lavoro in corso di esecuzione, cosa che avrebbe prodotto notevoli introiti. Cosa ancora più importante, gli Stati Uniti hanno sostenuto con insistenza che la Raytheon era intenzionata ad anticipare le risorse necessarie per assicurare la liquidità necessaria perchè l'ELSI potesse portare avanti il suo piano di ordinata liquidazione, e la Sezione ha ritenuto provato questo cruciale punto della controversia.

La difesa dell'Italia ha cercato di mettere in dubbio la veridicità di questa intenzione della Raytheon ed ha affermato che la difesa dell'attore aveva presentato quest'assunto soltanto verso la fine del dibattimento orale e non nell'atto introduttivo o nella memoria scritta, e che non vi si era mai riferita prima, cosa che certamente avrebbe fatto se ne avesse avuto le ragioni. Questa argomentazione dell'Italia era priva di fondamento perchè non solo la difesa degli Stati Uniti aveva già prima sollevato questo argomento nella sua discussione orale ma il curatore fallimentare stesso lo aveva menzionato, circa una quindicina di anni fa,

come si può vedere dalla sentenza emessa dalla Corte di Appello di Palermo, nella quale si osservava:

« l'argomentazione svolta dall'attore è che ... gli azionisti della Raytheon-ELSI, già avendo coperto le perdite degli anni precedenti, avrebbero anche preso le misure necessarie da permettere l'ordinata liquidazione della società, evitando così il fallimento, il quale invece si è reso necessario a seguito della requisizione ordinata dal Sindaco ». (*U S M*, Ann. 81, p. 15)

È chiaro che l'interesse stesso della Raytheon era di adottare e mettere in atto una linea di condotta che avrebbe fornito all'ELSI la liquidità necessaria perchè fosse realizzabile l'ordinata liquidazione. In primo luogo, la prospettiva che una società del gruppo Raytheon possa andare in fallimento era proprio quella che una società internazionale di tale levatura doveva cercare di evitare — magari non ad ogni costo, ma comunque fino ad un certo costo. Inoltre, se la liquidazione avesse potuto essere messa in atto fino in fondo, non solo la Raytheon si sarebbe vista ripagare di tutti gli ultimi capitali elargiti, ma avrebbe anche evitato di dover far fronte alla copertura di almeno alcuni, e più probabilmente di tutti, i prestiti da essa garantiti a nome dell'ELSI. Poichè è stata una razionale linea di condotta aziendale che ha consigliato alla Raytheon di fornire i fondi necessari per assicurare la liquidità richiesta, e poichè la presunzione dell'atteggiamento del « buon padre di famiglia » è applicabile alle società come agli individui, per quale motivo non si dovrebbe assumere che, disponendo dei fondi occorrenti per assicurare la liquidità nonchè dei denari ricavati dalla vendita alla Raytheon di crediti e di altro, l'ELSI non si sarebbe trovata nella situazione di poter ritardare il fallimento, o anche magari evitarlo del tutto?

La Sezione ha accettato il punto che la Raytheon era disposta ad anticipare la liquidità necessaria, che è di fondamentale importanza, ma nondimeno ha concluso che, all'epoca della requisizione, l'ELSI era in stato di insolvenza o che, se ancora non lo era, era comunque velocemente avviata al fallimento. Perchè?

A mio parere, è arrivata a questa conclusione perchè non ha esattamente analizzato la successione cronologica dei fatti.

È un fatto che l'ELSI, dopo la requisizione, ha presentato istanza di fallimento, indicando che la requisizione ne era stato il motivo. Questo, in sé, difficilmente dimostra che la requisizione era veramente la causa del fallimento, e le conclusioni della Sezione sul punto sono corrette. Stabilire il rapporto da causa ad effetto, in un caso come questo, è sempre molto complesso, e la requisizione può, tutt'al più, essere stata una delle cause del fallimento dell'ELSI (anche se è probabile che ne sia stata il fattore determinante immediato). Tuttavia, prima della requisizione, non solo l'ELSI non si era considerata in stato di insolvenza, non solo le autorità italiane con cui aveva continui rapporti non l'avevano considerata in stato di insolvenza, né trattata come avrebbero dovuto farlo se lo fosse stata, non solo non sembra che l'ELSI abbia mancato ai suoi obblighi, ma addirittura l'ELSI stava attivamente pianificando la vendita dei suoi beni. Sono state presentate alcune prove sul fatto che la cosa aveva interessato alcuni possibili acquirenti esteri. Se non ci fosse stata la requisizione, e se gli immediati bisogni di liquidità dell'ELSI fossero stati effettivamente risolti dalla Raytheon, così da guadagnare tempo per procedere alla vendita, è mai possibile ritenere che l'ELSI non aveva altra scelta che il fallimento, o comunque che

era *quello il momento* in cui doveva fare istanza di fallimento? Certamente no, o comunque probabilmente no; senza la requisizione, l'ELSI sarebbe stata in grado di vendere una parte dei suoi beni, o di prometterne la vendita (oltre a vendere i suoi crediti, il lavoro in corso e le scorte). Se fosse stata abilitata a fare ciò, i guadagni ricavati sarebbero stati considerevoli. E possibile che questi guadagni non sarebbero stati sufficienti a coprire tutti i debiti accumulati, tuttavia se così fosse stato, e se l'ELSI ad un determinato momento avesse deciso di presentare istanza di fallimento, o fosse stata obbligata a farlo, le perdite a carico dell'ELSI e dei suoi creditori sarebbero state sostanzialmente inferiori a quanto sono state, e le somme che la Raytheon aveva l'obbligo di versare ai creditori dell'ELSI da lei stessa garantiti sarebbero state sostanzialmente inferiori a quanto sono risultate. E questo perchè, senza il fattore di accelerazione rappresentato dalla requisizione, il fallimento sarebbe intervenuto più in là. Senza la requisizione, l'eventuale curatore fallimentare avrebbe potuto liberamente accedere allo stabilimento e pertanto avere la possibilità di liquidare gli attivi mesi prima di quanto ha potuto fare il curatore nominato nel presente caso, impedito come è stato dall'accedere allo stabilimento per i sei mesi della requisizione.

Inoltre, se la requisizione non fosse intervenuta, e se fosse stata lasciata alla Raytheon la possibilità di fornire i fondi necessari al fabbisogno di liquidità, gli istituti di credito sarebbero stati incentivati, dal tempo così guadagnato, a trovare un accordo con l'ELSI.

In effetti, in caso di mancato accordo con conseguente fallimento, la legge italiana avrebbe costretto le banche a riversare al curatore fallimentare tutte le somme da loro percepite dall'ELSI nell'anno precedente ma ciò che maggiormente premeva agli istituti di credito era che sarebbe risultato più conveniente fare un concordato sulla base di un 40 per cento, piuttosto che spingere per un fallimento che, alla fine, non avrebbe dato loro più dell'uno per cento dei loro crediti. Si potrebbe sostenere che, facendo causa, essi potevano sperare di recuperare il 100 per cento dei loro crediti se fossero riusciti ad ottenere che la Raytheon fosse stata giudicata responsabile anche dei debiti dell'ELSI da essa non garantiti. Ma, in base alla legge italiana così come era all'epoca, una tale sentenza si sarebbe potuta ottenere soltanto se fosse stato dimostrato che la Raytheon era l'unico azionista dell'ELSI, e la Raytheon non è mai stata l'unico azionista dell'ELSI. Fino al 1967, buona parte del pacchetto azionario era detenuto da altre società italiane e quando, nel 1967, la Raytheon comprò questo pacchetto, fu molto attenta che una parte di tale pacchetto non fosse detenuta dalla Raytheon stessa, ma da un'altra società, la Machlett, a sua volta controllata dalla Raytheon. Stando così le cose, il buon esito di una tale causa deve essere stato giudicato problematico, tanto è così che, alla fine, le banche non hanno ottenuto dai tribunali italiani che la Raytheon fosse tenuta responsabile dei debiti dell'ELSI.

La sentenza della Sezione conclude che la « possibilità » di una ordinata liquidazione ad opera dell'ELSI « è solo materia di ipotesi ». Io condivido l'opinione che la messa in atto dell'ordinata liquidazione fosse irta di difficoltà, ma queste difficoltà non sono tanto da attribuire al fatto che l'ELSI avesse la capacità e la possibilità di liquidare i suoi averi quanto nella possibile valutazione dei danni che sono da ricondursi al diniego di questa capacità e possibilità imposta all'ELSI attraverso l'atto di requisizione.

A mio avviso, non è convincente che la Sezione dica, al dunque, che siccome l'ELSI sarebbe comunque andata prima o dopo in fallimento, la requisizione non ha importanza. E su questo punto che ritengo che la Sezione ha confuso fattualità e cronologia. Al tempo della requisizione, essa importava, e comportava le conseguenze economiche appena descritte, o almeno alcune di esse. Al momento in cui fu adottata, essa privò la Raytheon e la Machlett del loro diritto di controllare e dirigere, e pertanto di liquidare, l'ELSI, e privò l'ELSI stessa del suo diritto di essere liquidata da una direzione che doveva risponderne alla Raytheon e alla Machlett. In conseguenza di ciò, con la requisizione, l'Italia ha commesso un atto in violazione dell'Articolo III del Trattato in base al quale doveva essere riconosciuto alla Raytheon e alla Machlett il diritto di « controllare e dirigere » l'ELSI.

Questa conclusione diventa obbligata se si tiene conto del significato del Trattato quando viene illustrato in base alle disposizioni per l'interpretazione ed ai lavori di perfezionamento della ratifica ricordati nella presente opinione dissidente. E mai possibile dire che la requisizione, così come è stata imposta e quando è stata imposta, si accorda con i « diritti » dei quali la Raytheon e la Machlett avrebbero dovuto godere di « organizzare, controllare e dirigere » l'ELSI; che si accorda con la loro facoltà di dirigere « senza interferenza » e con « massima libertà di scelta »? E mai possibile considerarla pertinente con « i principi di equo trattamento » enunciati dal Trattato come viene detto nella Premessa dell'Accordo Integrativo? E mai possibile dire che la requisizione era un atto in armonia con la regola di accordare alla Raytheon « il trattamento più liberale possibile » per il ritrasferimento in patria dei capitali da essa investiti? E mai possibile dire che la requisizione rispettava la prevista « garanzia contro i rischi politici » che il Trattato, nel suo insieme, era inteso ad assicurare? A mio parere, no.

Il provvedimento arbitrario della requisizione.

È possibile considerare che il provvedimento di requisizione imposto dall'ordinanza del Sindaco di Palermo all'ELSI sia stato un atto « arbitrario », così come è inteso nell'Articolo I dell'accordo Integrativo al Trattato?

La Sezione giustamente ha concluso che, anche se la requisizione non avesse impedito alla Raytheon e la Machlett « il loro effettivo controllo e l'amministrazione » dell'impresa, l'ELSI, che essi avevano ricevuto il permesso di acquistare in Italia (v. comma a) dell'Art. I, citato nel par. 120 della Sentenza) ed anche se la requisizione non avesse pregiudicato « altri loro diritti ed interessi » nell'ELSI (v. comma b), il punto sarebbe rimasto comunque: È stata la requisizione un atto da considerarsi arbitrario? A mio parere, e per i motivi stabiliti nei paragrafi precedenti del presente avviso, è vero che la requisizione ebbe per effetto di impedire alla Raytheon e alla Machlett il loro effettivo diritto di controllare e dirigere l'ELSI, come è vero che ha pregiudicato i loro diritti ed interessi legalmente acquisiti sull'ELSI. Ma anche se, nell'argomentazione, la questione dell'osservanza da parte dell'Italia degli obblighi assunti a fronte dell'Art. I è posta nella forma: « È stato il provvedimento di requisizione imposto dall'ordinanza di requisizione un atto arbitrario? », io non credo che a questo interrogativo, la Sezione abbia risposto in modo convincente.

La Sezione accetta che il Prefetto di Palermo abbia riconosciuto che il provvedimento di requisizione fosse erroneamente motivato ed illegittimo, addirittura un « tipico caso di eccesso di potere » come disse la Corte di Appello di Palermo. Eppure conclude che, nel quadro dei rimedi interni, la requisizione non fu considerata un atto arbitrario, né nelle sue modalità, né nella sua sostanza. Ritiene poi che, anche se fosse stata giudicata arbitraria da quelle sedi domestiche, ciò non sarebbe stato da considerare determinante nell'ottica del diritto internazionale, ma soltanto da valutare come una « preziosa indicazione ». Sempre basandosi sulla propria interpretazione del significato di quanto deciso nell'ambito dei ricorsi interni, la Sezione ritiene che la requisizione, agli occhi del diritto internazionale, non è stato un atto arbitrario perché era un provvedimento che si opponeva ad una regola del diritto, ma non alla regola di diritto. Essa definisce l'arbitrarietà come il volontario disprezzo del giusto procedimento di legge, ritiene che la requisizione non sia stata un atto né infondato, né avventato, e conclude che, poichè l'ordinanza del Sindaco era stata presa nel contesto di un regime legale operante, che prevedeva appropriati mezzi di tutela, non era da considerarsi un provvedimento arbitrario.

Nella fattispecie, il ragionamento della Sezione si impernia su tre asserzioni, e nessuna delle tre, a mio avviso, è fondata: in primo luogo, il fatto che né Prefetto né la Corte di Appello di Palermo abbiano ritenuto che la requisizione fosse arbitraria: in secondo luogo, il fatto che la requisizione, nell'ottica del diritto internazionale, non era né infondata, né irragionevole; e in terzo luogo che, in ogni modo, il fatto che l'ordinanza di requisizione fosse soggetta al controllo giurisdizionale attraverso rimedi impugnatori assicurava che l'ordinanza non fosse un provvedimento arbitrario. Prenderò in considerazione queste tre asserzioni una dopo l'altra.

i) Le conclusioni del Prefetto e della Corte d'Appello

Della decisione del Prefetto, la Sezione ha citato il brano che essa qualifica di « principale pertinenza », il quale recita:

« Non v'ha dubbio che anche se possono considerarsi, in linea del tutto teorica, sussistenti, nella fattispecie, gli estremi della grave necessità pubblica e della contingibilità ed urgenza che determinarono l'adozione del provvedimento, il fine cui tendeva la requisizione non poteva trovare pratica realizzazione con il provvedimento stesso, tanto è vero che nessuna ripresa di attività dell'azienda vi è stata a seguito della requisizione, né avrebbe potuto esserci. Manca, pertanto, nel provvedimento, genericamente, la causa giuridica che possa giustificarlo e renderlo operante ».

In base a questo e ad altri brani della decisione del Prefetto, la Sezione sembra concludere che l'ordinanza di requisizione del Sindaco sia stata ritenuta dal Prefetto *intra vires*. Tuttavia, quanto ritenuto dal Prefetto era che il Sindaco si fosse basato su disposizioni di legge che, visti gli estremi della grave necessità pubblica e della contingibilità ed urgenza, gli permettevano di emettere ordinanze di requisizione sui beni privati ma che, nella fattispecie, riteneva che tali estremi potevano essere considerati esistenti « in linea del tutto teorica », un inciso che sembra evocare il fatto che non fossero effettivamente sussistenti.

La Sezione invece è giunta alla conclusione opposta. Nel citare il suddetto brano della decisione del Prefetto, indica che il Prefetto « non ritenne che tali condizioni mancassero ». A mio parere, quello che non va nella conclusione della Sezione, proseguendo nella lettura della decisione prefettizia, è che gli estremi della grave necessità pubblica e della contingibilità ed urgenza proprio non c'erano. Il Prefetto scrive: « Stabilita la competenza del Sindaco, deve essere accertato se nel caso sussistevano i presupposti per l'esercizio del potere ». (*USM, Ann. 76, p. 10*). Questa frase del decreto prefettizio è immediatamente seguita dal brano sopra citato e poi prosegue:

« Il Sindaco, infatti, attesa la situazione venutasi a determinare nello stabilimento della Raytheon-Elsi di Palermo, ritenne di poterla fronteggiare mediante un provvedimento di requisizione senza, evidentemente, tener conto che lo stato dell'azienda era tale, per circostanze di carattere economico-funzionale e di mercato, da non consentire la prosecuzione dell'attività se non a seguito di interventi, da parte degli organi responsabili, intesi a risolvere il problema finanziario ed industriale dell'impresa.

La requisizione, quindi, nulla ha mutato nella situazione aziendale, tanto è vero che l'attività cessata non è stata ripresa né si sono venute a creare, a seguito del provvedimento, più favorevoli condizioni in seno all'azienda stessa. La situazione di dissesto ha, anzi, determinato la dichiarazione di fallimento dell'azienda, con la conseguenza che il complesso è stato sottratto alla disponibilità dell'Autorità governativa.

Giova ancora evidenziare che lo stabilimento, all'atto della dichiarazione di fallimento, non era in esercizio e le maestranze vi stazionavano all'interno in segno di protesta per la mancata ripresa dell'attività e per l'avvenuto licenziamento in massa.

Quanto poi al pericolo, che si è voluto fronteggiare con la requisizione, dell'insorgenza di 'imprevedibili atti di turbativa all'ordine pubblico', gli eventi alla requisizione successivi hanno ampiamente dimostrato la inefficacia del provvedimento, tanto è vero che i cortei e le manifestazioni di protesta si sono susseguiti, dando luogo anche a vivaci episodi di turbativa dell'ordine, fintanto che da parte dei responsabili organi di governo la questione non è stata affrontata ed avviata, sia pure con tutte le remore purtroppo inevitabili, a soluzione. (*USM, Ann. 76, p. 11-12*)

Tanto vale a dire che dopo aver detto che potevano considerarsi « in linea del tutto teorica, sussistenti, nella fattispecie, gli estremi della grave necessità pubblica e della contingibilità ed urgenza » per determinare l'adozione del provvedimento di requisizione, il Prefetto passò ad esaminare se fosse stato « di fatto » il caso di prendere tale provvedimento concludendo: *a)* che l'ordinanza di requisizione non poteva consentire la prosecuzione dell'attività dell'ELSI, e non poteva risolverne i problemi economico-funzionali e di mercato; *b)* che l'ordinanza di requisizione non poteva, di fatto, permettere la ripresa dell'attività cessata, né aiutare l'azienda; *c)* che lo stabilimento rimase fuori esercizio ed occupato dai dipendenti; *d)* che, malgrado l'ordinanza di requisizione, l'ordine pubblico fu comunque turbato; ossia, per farla breve, che l'ordinanza di requisizione a nulla era servita. Come può, la Sezione, in base alle suddette conclusioni, fondare la propria tesi secondo la quale il Prefetto avrebbe ritenuto che « non mancassero » le condizioni di grave necessità pubblica, contingibilità ed urgenza?

In più, il punto essenziale del brano della decisione del Prefetto citato dalla Sezione, e ripreso all'inizio di questo paragrafo del presente avviso, è che la requisizione non poteva trovare pratica realizzazione e, pertanto, difettava della causa giuridica che l'avrebbe giustificata e resa operante. Non è molto lontano dal dire espressamente che la requisizione non aveva giuste motivazioni, e pertanto era infondata ed anche arbitraria.

La decisione prefettizia continua, (nella traduzione fornita dagli Stati Uniti) (1):

« Non è da sottacere, poi, che il provvedimento era stato adottato, come emerge dalla stessa ordinanza e come osserva la ricorrente, anche sotto l'influsso delle pressioni e dei rilievi formulati dalla stampa cittadina, per cui è da ritenere che il Sindaco, anche per sottrarvisi e dimostrare l'intendimento della Pubblica Amministrazione di intervenire in qualche modo, addivenne alla requisizione quale provvedimento diretto più che altro a porre in evidenza la sua intenzione di affrontare comunque il problema ».

Quest'ultima frase della decisione prefettizia è resa diversamente nella traduzione della sentenza della Corte d'Appello di Palermo, sempre fornita dagli Stati Uniti: « Il Sindaco... si risolse alla requisizione come ad un passo avente più che altro lo scopo di rendere palese la sua intenzione di affrontare in qualche modo il problema » (2).

In questo brano, il Prefetto si riferisce all'ordinanza del Sindaco quando recita:

« *Ritenuto* che di tale situazione si sta interessando con amplissimo rilievo anche la stampa cittadina, la quale non ha mancato di rivolgere aspre critiche alle autorità responsabili che sono state perfino tacciate di insensibilità per i gravi problemi cittadini ... ».

Con riferimento al suddetto passaggio, è stata rivolta all'Italia la seguente domanda:

« Questa dichiarazione del Prefetto sembra voler dire che il Sindaco abbia emesso la propria ordinanza non sulla base di giustificati motivi giuridici, bensì con lo scopo di dimostrare all'opinione pubblica che stava facendo qualcosa, indipendentemente dal fatto che questo qualcosa fosse lecito o ragionevole, solo per « dimostrare l'intendimento della Pubblica Amministrazione di intervenire in qualche modo »; ossia l'ordinanza intendeva essere un provvedimento « diretto più che altro a porre in evidenza » l'intenzione del Sindaco « di affrontare comunque il problema ». Orbene, la mia domanda è questa: può un provvedimento, essere emesso da una autorità pubblica per « intervenire in qualche modo », e non con l'intenzione di risolvere il problema — e di fatto il Prefetto dice che non lo poteva risolvere — ma con l'intenzione di ammansire la stampa e le critiche cittadine ed « in qualche modo » conquistarsi l'opinione pubblica, essere ritenuto un provvedimento arbitrario? »

(1) E qui, invece, riportato il testo italiano originale (n.d.t.).

(2) La traduzione del Decreto prefettizio recita: « ... the Myor... issued the order of requisition as a measure mainly directed to emphasize his intent to face the problem in some way » (n.d.t.).

Parte della replica dell'Italia recita:

« Se il provvedimento è stato emesso con il solo scopo di « intervenire in qualche modo », non con l'intenzione di risolvere il problema ... ma con l'intenzione di ammansire la stampa e le critiche cittadine ed « in qualche modo » attirarsi la simpatia dell'opinione pubblica, allora la risposta è che probabilmente si sarebbe trattato di un provvedimento arbitrario.

Tuttavia, se oltre allo scopo di accattivarsi l'opinione pubblica vi erano altre ragioni valide e veritiere, come ad esempio quella di 'tutelare sia l'interesse pubblico ... generale ... che l'ordine pubblico', mai potrebbe essere considerato un provvedimento arbitrario.

Questa replica ha sollevato la questione se un atto pubblico unico, non divisibile, che contenga elementi arbitrari ed altri no, debba essere considerato arbitrario; e quindi se un atto ufficiale le cui motivazioni sono parzialmente arbitrarie abbia i requisiti dell'arbitrarietà (tornerò in seguito sull'esecuzione di un tale atto).

Ma quali erano veramente le motivazioni dell'ordinanza di requisizione? Erano, come sostiene l'Italia, di tutelare l'interesse pubblico generale e l'ordine pubblico? Come indicato poco fa, non sembra che queste motivazioni siano state ritenute valide dal Prefetto. Oltre a dichiarare questi estremi sussistenti « in linea del tutto teorica », il fatto che il Prefetto abbia ritenuto che l'ordinanza di requisizione non abbia, di fatto, né tutelato l'interesse pubblico, né preservato l'ordine pubblico, non giova alla fondatezza delle suddette motivazioni.

Non vi è possibilità di dubbio che uno degli scopi essenziali della requisizione era di impedire all'ELSI di disperdere e liquidare i propri attivi. Questo è detto con perfetta chiarezza nelle dichiarazioni fatte dal Presidente della Regione Sicilia, riportate anteriormente (v. parr. 28 e 34 della Sentenza pronunciata dalla Sezione), così come nella lettera del Sindaco datata 9 maggio 1968 nella quale si riferisce esplicitamente ai rischi a cui l'ELSI andrà incontro procedendo allo « smantellamento » e alla « smobilizzazione » del proprio stabilimento. E più che probabile che l'ordinanza di requisizione sia stata adottata per dare ad una pubblica opinione critica e comprensibilmente preoccupata l'impressione che il Sindaco stesse tentando di « fare qualcosa » o, come disse il Prefetto, di « intervenire in qualche modo » in modo da dimostrare l'intendimento del Sindaco « di affrontare comunque il problema » ricorrendo alla requisizione come ad un passo avente più che altro lo scopo di rendere palese la sua intenzione di affrontare comunque il problema. Ma queste considerazioni difficilmente possono dimostrare che tale azione sia stata fondata piuttosto che infondata, o assennata piuttosto che avventata. Impedire all'ELSI di vendere i propri beni — con ogni probabilità disperdendoli in varie direzioni all'infuori da Palermo — deve essere sembrato un buon motivo al Sindaco, il quale ha preso la sua decisione senza dare alcun segno di essere al corrente che esisteva un Trattato in base al quale l'ELSI avrebbe dovuto godere di certi diritti. Tuttavia, non è questo un provvedimento che avrebbe potuto fare riaprire lo stabilimento, riprendere l'attività a regime e rimettere i dipendenti al lavoro, né era un requisito preliminare perchè la Regione si accollasse, come fece, gli stipendi (come gentilmente concesso dall'Italia). Se vista nel contesto dei diritti e privilegi derivanti dal Trattato, come è stato illustrato nel presente parere dissidente, può tale azione, ideata per impedire all'ELSI di vendere i propri beni nonchè il ritrasferimento in patria delle somme

risultanti, essere considerata altro che una azione arbitraria? La Sezione giustamente ha reputato che:

« La questione di sapere se certi fatti possono costituire una violazione del diritto, sancito dal Trattato, di essere autorizzati a controllare e dirigere deve essere apprezzata caso per caso, tenendo conto del significato e dello scopo del Trattato stesso ».

Non dovrebbe quanto ritenuto « arbitrario » ai sensi del Trattato essere altrettanto apprezzato caso per caso, tenendo conto del significato e dello scopo del Trattato stesso?

È significativo che la Corte di Appello di Palermo abbia dato tanta importanza al decreto del Prefetto che reputa l'ordinanza del Sindaco una azione presa sotto l'influsso delle critiche della stampa e diretto « più che altro » a porre in evidenza la propria volontà di affrontare « comunque » il problema. La Corte di Appello ha qualificato « dura » questa dichiarazione e ha ritenuto che quel provvedimento del Sindaco era « un tipico caso di eccesso di potere » che « costituisce vizio di legittimità di un atto amministrativo », aggiungendo:

« la decisione del Prefetto ha effetto *ex tunc* e non *ex nunc* e pertanto priva la requisizione dei beni della società appellante, così come fu fatta dall'amministrazione, di qualsiasi giustificazione, e questo è il motivo per cui, in ogni caso, viene sollevato il problema dei danni che la società avrebbe subito di conseguenza ... è del tutto evidente che — quando il Prefetto fece notare che '... il fine cui tendeva la requisizione non poteva trovare pratica realizzazione con il provvedimento stesso' e che 'manca ... nel provvedimento, genericamente, la causa giuridica che possa giustificarlo e renderlo operante' come è stato, all'epoca, ampiamente dimostrato, concludendo con il duro apprezzamento che 'il Sindaco, anche per sottrarvisi e dimostrare l'intendimento della Pubblica Amministrazione di intervenire in qualche modo, addivenne alla requisizione quale provvedimento diretto più che altro a porre in evidenza la sua intenzione di affrontare comunque il problema. (*the Mayor .. resorted to requisition as a step aimed more than anything else at bringing out his intention to tackle the problem just the same*)' — egli stava ovviamente dimostrando un tipico caso di eccesso di potere che, come sappiamo, vizia la legittimità di un atto amministrativo ... » (*USM, Ann. 81, p. 13-14*).

E se « un tipico caso di eccesso di potere » non suggerisce un classico caso di atto arbitrario, cosa può farlo?

La conclusione della Corte d'Appello è anche istruttiva da un altro punto di vista. L'ordinanza del Sindaco chiude con: « Con successivo provvedimento, sarà determinata l'indennità di requisizione da corrispondere alla predetta società ». Come fece rilevare la Corte d'Appello, questo ulteriore provvedimento non fu mai emesso. L'amministrazione italiana non offrì né pagò nulla all'ELSI a fronte della requisizione operata. La Corte di Appello ritenne che:

« Ora, a parte la considerazione che la mancata determinazione di tale indennità (nessuna autorità operò in tal senso, anche se ciò avrebbe dovuto essere fatto ben prima che terminasse la requisizione), sarebbe stata sufficiente per riconoscere l'illegittimità della requisizione ... non è possibile non evidenziare l'incongruenza di negare ad una società — oggetto di tale requisizione illegittima — una indennità che certa-

mente sarebbe stata concessa se tale azione fosse stata presa legittimamente dall'amministrazione ». (*Ibid.*, p. 19)

Non vi è dubbio che la Corte ha ragione quando ritiene che il fatto che il Sindaco non abbia pagato alcuna indennità a fronte della requisizione aggrava l'illegittimità del provvedimento. Ma il fatto stesso che il Sindaco non abbia rispettato la sua ordinanza non potrebbe suggerire che ci fu qualche irragionevolezza nel procedimento di requisizione? Certo è difficile conciliarla con il giusto procedimento di legge che è l'antitesi dell'atto arbitrario.

ii) L'infondatezza e l'irragionevolezza che caratterizzano la requisizione

Mi sembra sia stato dimostrato, nel paragrafo precedente, in quale misura il provvedimento di requisizione sia stato infondato ed irragionevole poichè nel suo insieme:

le basi giuridiche sulle quali l'ordinanza del Sindaco si fondavano erano giustificate solo teoricamente;

l'ordinanza non aveva la capacità di produrre gli effetti dichiarati;

l'ordinanza non aveva ottenuto i risultati per cui era stata emessa;

l'ordinanza, emessa, come fu detto, « anche » perchè « la stampa cittadina ... non ha mancato di rivolgere aspre critiche alle autorità responsabili che sono state perfino tacciate di insensibilità per i gravi problemi cittadini », è stata in parte ideata più per porre in evidenza l'intenzione del Sindaco di « voler comunque affrontare il problema » che per prendere un provvedimento volto alla risoluzione del problema;

di conseguenza, l'ordinanza non solo è risultata illegittima, ma è risultata addirittura integrare un « tipico caso di eccesso di potere »;

scopo principale della requisizione era quello di impedire che i beni dell'ELSI venissero liquidati, scopo questo che è stato perseguito senza il minimo riguardo verso gli obblighi di un trattato di opposto tenore (e da quanto sostenuto dall'Italia, gli obblighi del Trattato non sono solo vincolanti con l'estero ma sono anche di applicazione immediata nel diritto interno);

il Sindaco ha contraddetto i termini della propria ordinanza quando ha mancato di emettere un ulteriore decreto di indennizzo per la requisizione, o comunque di offrire o pagare tale indennizzo.

La natura stessa di ciò che è infondato o irragionevole è soggetta, secondo le circostanze, ad un apprezzamento che può variare. Questi sono termini che, mentre hanno un determinato significato nell'ambito del diritto internazionale consuetudinario, non hanno una definizione semplice e rigida ma possono solo essere applicati nel contesto specifico dei fatti di un caso. Tenuto conto dei fatti di questo caso, e per i motivi esposti, vi è da concludere che l'ordinanza di requisizione, così come fu motivata, emessa ed applicata, era infondata ed irragionevole, e perciò arbitraria.

iii) L'esistenza di (ed il ricorso a) un procedimento di appello in sé non fa necessariamente sì che un provvedimento arbitrario non sia più tale.

Il motivo di maggior peso avanzato dalla Sezione, a supporto della propria conclusione che la requisizione non era stata arbitraria, può

essere considerato il fatto che essa sia stata oggetto di ricorsi gerarchici e giudiziari. Nel presente caso, bisogna accordare a questi ricorsi ogni beneficio di obiettività non soltanto, e magari anche principalmente, perchè erano ricorsi in applicazione della legge italiana attraverso procedure gerarchiche e giudiziarie italiane, ma anche perchè, in fin dei conti, hanno manifestato obiettività, decidendo nel principio a favore degli interessi dell'ELSI anche se, nella pratica, l'ELSI ed i suoi creditori ne derivarono poche soddisfazioni finanziarie. Una cosa è certa, la decisione del Prefetto è stata gravemente e ingiustificabilmente ritardata, e questo ritardo era notevolmente pregiudizievole agli interessi dell'ELSI e dei suoi creditori. Ciononostante, rimane il fatto che, in questo caso, i procedimenti gerarchici e giudiziari italiani hanno funzionato. È suggestivo l'argomento secondo il quale, poiché l'ELSI o chi per essa (il curatore fallimentare) poteva ricorrere alla giustizia, e poiché non è possibile considerare che le procedure ed i risultati di tale procedimento siano stati equivalenti ad un diniego di giustizia, con questo la questione sia chiusa, e che, anche se l'ordinanza di requisizione fosse stata arbitraria e pertanto coinvolgesse all'origine le responsabilità assunte dall'Italia in base al Trattato, tali responsabilità non sarebbero mai sorte a causa del fatto che, alla fine, il caso dell'ELSI è stato trattato nell'ambito dei procedimenti interni italiani. A dir vero, perchè la Sezione possa concludere, in questo caso, che il requisito dell'esaurimento dei ricorsi interni era stato rispettato, il fatto che il caso dell'ELSI fosse stato trattato equamente era della massima importanza.

Per quanto sostanziali siano queste considerazioni, io non le trovo convincenti, per motivi che meglio si chiariscono nell'ottica del progetto di codificazione del diritto degli Stati redatto a cura della Commissione giuridica internazionale.

Gli artt. 20 e 21 della Bozza preparata dalla Commissione sulle responsabilità degli Stati recitano:

Art. 20 - Violazione ad un obbligo internazionale che preveda l'adozione di una particolare linea di condotta

Vi è da parte di un Paese violazione di un obbligo internazionale che prevede l'adozione di una particolare linea di condotta quando il comportamento del suddetto Paese non è in conformità con quanto richiesto dall'obbligo stesso.

Art. 21 - Violazione ad un obbligo internazionale che preveda il conseguimento di un determinato risultato

1. Vi è, da parte di un Paese, violazione di un obbligo internazionale che preveda che venga conseguito, con metodi a sua scelta, un determinato risultato se tale risultato non viene conseguito a seguito della linea di condotta prescelta.

2. Quando la condotta di un Paese ha creato una situazione che non è in conformità con il risultato stabilito dall'obbligo internazionale assunto, ma tale obbligo permette che tale risultato, od un risultato equivalente, possa comunque essere conseguito dalla linea di condotta successivamente adottata dal suddetto Paese, vi sarà violazione all'obbligo

assunto soltanto se il Paese interessato, con la sua successiva linea di condotta, manca altresì di conseguire il risultato richiesto». (*YILC, 1977, Vol. II, Part Two, p. 11*).

La serie di commenti allegata a questi articoli spiega che l'art. 20 si riferisce ad obblighi internazionali che richiedono ai Paesi di mettere in atto, o al contrario di non metter in atto, una determinata azione. Questi obblighi sono, in taluni casi, chiamati « obblighi di condotta » o anche « obblighi di mezzi ». Tali obblighi devono distinguersi dagli « obblighi di risultato » di cui all'art. 21. Quello che caratterizza il primo tipo di obblighi nei confronti del secondo non è che gli obblighi « di condotta » o di « mezzi » non debbano avere un determinato scopo o risultato, ma che tale loro scopo o risultato debba essere conseguito attraverso azioni, condotte o mezzi « specificatamente enunciati » dall'obbligo internazionale stesso, cosa che invece non è richiesta dagli obblighi « di risultato » (*YILC, 1977, Vol. II, Part Two, p. 13-14*). Se un Paese manca di mettere in atto, o se rifiuta di mettere in atto, una azione come specificatamente richiestogli, questa sua linea di condotta in sé dà luogo senza alcun motivo di dubbio alla sua responsabilità in termini di diritto internazionale.

Che cosa è l'obbligo sottoscritto dalle Parti con l'Accordo Integrativo, il quale prevede di non sottoporre le persone giuridiche di ciascuna Alta Parte « a misure arbitrarie o discriminatorie » nei territori dell'altra « che abbia in particolare per conseguenza » — ma non esclusivamente per conseguenza — i risultati dettagliatamente descritti in seguito nei sottoparagrafi a) e b) dell'art. I: un obbligo di condotta o un obbligo di risultato?

Gli scopi specifici dell'obbligo di non sottoporre le suddette persone giuridiche a misure arbitrarie o discriminatorie sono molto chiaramente esposti. Non così i mezzi specifici per metterlo in atto. Pertanto, basandosi sui criteri di analisi utilizzati dalla Commissione, l'obbligo dell'art. I potrebbe sembrare un obbligo non di mezzi ma di risultato, come lo sono, di norma, gli obblighi assunti in base a trattati internazionali relativamente alla protezione degli stranieri e dei loro interessi. Ciò nonostante, questo non permette di concludere che, nel presente caso, l'Italia non debba rispondere del trattamento arbitrario messo in atto nei confronti dell'ELSI e degli interessi dei suoi azionisti solo perchè la requisizione è stata sottoposta ad un sindacato amministrativo e giudiziario.

Questa è la mia conclusione perchè, per riprendere la terminologia della bozza di articoli stesa dalla Commissione:

« Vi è, da parte di un Paese, violazione di un obbligo internazionale che preveda che venga conseguito, con metodi a sua scelta, un determinato risultato se tale risultato non viene conseguito a seguito della linea di condotta prescelta ».

Nel caso specifico, l'Italia non ha conseguito il risultato richiesto, ossia, quello di sollevare l'ELSI dagli effetti subiti a seguito dell'arbitrario provvedimento di requisizione. Non lo ha conseguito né in generale, né con rispetto agli scopi ben precisi specificati nei sottoparagrafi a) e b) dell'art. I.

La bozza di articoli stesa dalla Commissione specifica che non basta che la violazione commessa da un Paese venga sottoposta a procedimenti gerarchici e giudiziari, ma che tale violazione debba essere corretta, ossia che « il risultato ... possa comunque essere conseguito ». È possibile dire che il provvedimento di requisizione imposto all'ELSI sia stato

completamente corretto dai procedimenti gerarchici e giudiziari italiani, e che lo scopo di non sottoporre l'ELSI a tale provvedimento arbitrario, benchè non conseguito inizialmente, lo è stato in seguito?

Il Prefetto ha annullato l'ordinanza di requisizione. Ma il Prefetto non ha decretato questo annullamento che ben 16 mesi dopo che il provvedimento era stato adottato. L'Italia ha sostenuto che è normale per un Prefetto non evadere le pratiche per 16 mesi, che l'ELSI non aveva qualificato il suo ricorso come urgente, e che vi è un procedimento per sollecitare la decisione di un prefetto non sollecito, e che a tale procedimento l'ELSI non fece ricorso. Condivido l'opinione della Sezione che tali argomenti mancano di persuasività.

Non è stato dimostrato che una tale lentezza fosse norma, le prove proposte in merito parlavano di giorni, non di mesi per far annullare ordinanze di requisizione. Il ricorso dell'ELSI, per la sua natura stessa, era da considerare urgente, la situazione e le intenzioni dell'ELSI, che tanta preoccupazione suscitava nell'opinione pubblica e nella stampa non potevano essere ignorate dal Prefetto di Palermo. Quando, nei termini di tempo fissati dalla legge, l'ELSI avrebbe potuto sollecitare il Prefetto, essa già si trovava in stato di fallimento e non aveva più la capacità di attivare questa procedura.

La decisione del Prefetto riveste importanza tanto per i motivi stabiliti nella sentenza della Sezione che per quelli indicati nel presente parere. Intervenendo con tanto ritardo, non ebbe il risultato, e non lo poteva avere, di assicurare l'obbligo assunto dall'Italia di non sottoporre l'ELSI a misure arbitrarie. Dopo 16 mesi, era da tempo ormai impossibile all'ELSI ottenere il 100 per cento del valore dei suoi crediti, di ricevere un aiuto di liquidità da parte della Raytheon, di completare e vendere le « lavorazioni in corso » e le scorte, e di cercare di vendere il proprio stabilimento e le sue attrezzature, avendo la possibilità di organizzare la loro visita e propagandare su basi professionali il loro valore e la loro appetibilità per i potenziali acquirenti, attenzioni tutte che un curatore fallimentare certo non poteva avere. Il Prefetto avrebbe dovuto intervenire praticamente nell'immediato — come altri prefetti hanno dimostrato di aver fatto in altri casi di requisizione — se si fosse voluto che la requisizione venisse annullata prima che l'ELSI si ritrovasse costretta a chiedere il proprio fallimento. Ma non le fece e, considerando i pronostici e le minacce che il Presidente della Regione Sicilia aveva indirizzato tanto all'ELSI che alla Raytheon (v. par. 34 della Sentenza della Sezione), l'ELSI doveva avere scarse speranze che lo facesse.

Nei commenti della Commissione giuridica internazionale, c'è un richiamo ad un caso in cui era stato ritenuto che « il risultato richiesto era da considerarsi frustrato dal momento stesso in cui la legge sull'espropriazione è promulgata » in quanto « la promulgazione di detta legge compromette gravemente il valore commerciale dei beni posseduti da stranieri » (*loc. cit.*, p. 26). Alla luce degli effetti, sopra illustrati, che la requisizione ebbe sulla situazione dell'ELSI, non sarebbe possibile concludere, analogamente, che il risultato richiesto, ossia quello di non sottoporre l'ELSI a misure arbitrarie, possa essere stato senza dubbio frustrato dal momento in cui l'ordinanza di requisizione fu emessa poichè la sua applicazione ha compromesso « gravemente il valore commerciale » degli interessi che la Raytheon possedeva nell'ELSI? I commenti indicano chiaramente che, perchè uno Stato possa essere assolto di una violazione, appena iniziata o anche soltanto annunciata, il risultato richiesto non debba essere diventato « definitivamente irraggiungibile

per motivo della suddetta azione od omissione » la quale costituiva provvisoriamente una violazione (*Ibidem*, p. 28). In base ai motivi sopra menzionati, vi è da dubitare che potesse essere raggiungibile il risultato di reintegrare pienamente l'ELSI e di eliminare gli effetti prodotti dalla requisizione.

Per adempiere all'obbligo del risultato in questo caso, i ricorsi gerarchici e giurisdizionali italiani avrebbero dovuto, secondo le parole della Commissione, « completamente conseguire il risultato previsto mettendo in atto una nuova condotta che avrebbe eliminato, completamente e *ab initio*, la situazione incompatibile creata dalla sua precedente condotta » (*Ibidem*, p. 29). In alternativa, avrebbe potuto fornire un risultato equivalente offrendo « indennizzo completo ed esauriente » della violazione (*Ibidem*, p. 29). Resta da considerare se le sentenze del Tribunale e della Corte d'Appello di Palermo abbiano stabilito un indennizzo completo ed esauriente.

Nella causa innanzi al Tribunale di Palermo, il curatore fallimentare ha sostenuto che l'ELSI era stata obbligata a richiedere il proprio fallimento a seguito della situazione creata dall'ordinanza di requisizione; che, anche dopo la dichiarazione di fallimento, il curatore fallimentare non aveva potuto prendere possesso dello stabilimento e delle sue attrezzature poichè tale ordinanza era rimasta in vigore fino al 30 settembre 1968, cosa che creò « danni inimmaginabili alla società fallita e, pertanto, ai suoi creditori »; che l'ordinanza di requisizione era stata dichiarata illegittima dal Prefetto; e che il ministro dell'Interno nonchè il Sindaco di Palermo dovevano essere condannati a pagare danni alla massa fallimentare dell'ELSI a causa dell'occupazione illegittima dello stabilimento. Era detto che questi danni derivavano dalla notevole diminuzione del valore dello stabilimento e delle sue attrezzature determinabile in base allo scostamento fra il loro valore contabile alla data del fallimento e la stima stabilita dal perito del tribunale immediatamente dopo i sei mesi di requisizione, ossia Lit. 2.395.561.600, più gli interessi.

Dopo aver preso conoscenza della situazione finanziaria dell'ELSI alla vigilia della requisizione, e osservando che, a tutti gli effetti, lo stabilimento dell'ELSI a quella data non era più operante, il Tribunale di Palermo ha concluso che non era giustificato collegare il fallimento della società all'ordinanza di requisizione. Rigettò la domanda secondo la quale i danni avrebbero dovuto essere commisurati alla differenza fra le due valutazioni sopra indicate che sarebbe derivata dall'impedimento di poter accedere allo stabilimento durante il periodo di requisizione, in quanto il fallimento era da ricondursi ad altri motivi, molto più pertinenti; che le valutazioni della parte attiva del bilancio erano « relative » e che non era provato che alcun danno fosse derivato dal mancato accesso allo stabilimento o dal fatto che lo stesso fosse stato oggetto di una occupazione da parte dei dipendenti a seguito di una custodia negligente dello stabilimento stesso. In altre parole, il Tribunale di Palermo non ha riconosciuto alcun indennizzo a fronte della requisizione, perchè giunse alla conclusione che la medesima non aveva causato alcun danno all'ELSI.

La sentenza in merito della Corte di Appello di Palermo è stata minuziosamente esaminata nella Sentenza della Sezione e nel presente parere. Relativamente ai danni, la suddetta Corte dice che:

« relativamente ai danni che consistono nel fatto che l'ordinanza abbia provocato il fallimento della società, la conclusione negativa alla quale è arrivato il Tribunale (di Palermo) è motivata in modo ampio

e convincente ... in ogni modo ... non vi è prova alcuna che siano incorsi danni da questo punto di vista ».

La Corte d'Appello ha attribuito un effetto decisivo a quello che è ritenuto lo stato anteriore di insolvenza dell'ELSI e giunse alla conclusione che « è certo che i danni » richiesti, poichè « sono collegati al fallimento » non si possono considerare sussistenti. Non vi era prova dell'affidabilità delle cifre indicate nel bilancio, né alcuna prova a sostegno del fatto che la svalutazione lamentata dal curatore fallimentare provenisse dalla requisizione. Nessun perito poteva, difatti, nel 1974, stabilire quale sarebbe stato il valore dello stabilimento e delle sue attrezzature alla data dell'ordinanza di requisizione.

Ciononostante, come detto prima, la Corte d'Appello concluse che l'appello era giustificato « dal punto di vista dei danni derivanti dall'indisponibilità operativa dello stabilimento, delle sue attrezzature e dei suoi macchinari sottoposti all'ordinanza di requisizione... ». Concluse che era irrefutabile che, se l'ordinanza di requisizione fosse stata legittima, sarebbe stata seguita dal pagamento di un indennizzo; ed era quindi tanto più assurdo non pagare un indennizzo per una requisizione illegittima. La perdita della disponibilità di un bene è una perdita economica che comporta un indennizzo quando tale perdita segue in modo legittimo, ed il risarcimento dei danni è dovuto quando tale perdita segue in modo illegittimo. L'autorità emanante il provvedimento di requisizione doveva essere ritenuta responsabile almeno per il pagamento del valore economico che corrispondeva al possesso del bene requisito. Inoltre, « il ritardo con il quale il curatore fallimentare ha potuto prendere possesso della proprietà ha ritardato le operazioni di liquidazione e pertanto la realizzazione del valore del bene requisito con evidente danno » della massa fallimentare. La Corte, « in mancanza di prova relativa ad un eventuale danno ulteriore », stabilì un danno pari all'ammontare dell'interesse calcolato al tasso del 5 per cento annuo sul valore del bene requisito, così come questo valore era stato stimato dal perito nominato dal curatore fallimentare, ossia una somma di Lit. 114.014.711 lire, più gli interessi da calcolare dalla data di scadenza della requisizione.

È mai possibile considerare che l'indennità accordata dalla Corte di Appello di Palermo possa essere considerata, nella sua commisurazione e nel suo ammontare, commisurata alla « compensazione completa ed esauriente » che avrebbe dovuto produrre un risultato uguale come se l'ELSI non fosse mai stata requisita? Certamente no. Che la requisizione sia o non sia stata la causa del fallimento — addirittura accettando che non ne sia stata « la » causa — la requisizione ha causato l'ELSI ed ai suoi creditori un danno rimasto senza compensazione, ivi compreso: a) l'incapacità pratica dell'ELSI di vendere i propri crediti al 100 per cento del loro valore nominale; b) l'incapacità effettiva dell'ELSI di completare il lavoro in corso o di venderlo così come le sue scorte al loro valore (alla fine, le « lavorazioni in corso » furono vendute per un ammontare sostanzialmente minore del loro valore stimato); e c) l'incapacità effettiva dell'ELSI di organizzare la visita e la vendita dello stabilimento, delle sue linee di produzione e delle sue attrezzature nonchè la sua incapacità di mettere a frutto la sua conoscenza dei propri beni e del proprio « know-how » in modo da ottenere il massimo dalla vendita dei suddetti beni (ivi compresi i beni immateriali). Non è possibile supporre che la vendita dei beni della società mentre era in atto un procedimento di fallimento potesse produrre l'intero valore dei beni dell'ELSI. Trattan-

dosi di una vendita fallimentare, era poco probabile, ed è ancora meno probabile considerando le circostanze che hanno accompagnato la vendita stessa. Per i motivi sopra indicati, l'ammontare accordato dalla Corte di Palermo non può aver colmato il largo divario che esisteva fra la somma realizzata nel procedimento di fallimento ed il valore dei beni dell'ELSI.

Può ovviamente essere sostenuto che, anche senza la requisizione, l'ELSI sarebbe comunque andata in fallimento. Questo è chiaramente il nocciolo delle conclusioni delle sedi giudiziarie italiane e della Sezione. Ma questa conclusione non tiene conto del fatto — o di quello che si ritiene sia stato dimostrato essere il fatto nel presente parere — che, se la requisizione non fosse stata ordinata quando lo è stata, l'ELSI avrebbe avuto la capacità di realizzare molto di più a fronte dei suoi attivi di quanto abbia potuto ricavarne, anche se, ad un certo momento, si fosse trovata nell'obbligo di richiedere il fallimento.

Ne consegue che l'ELSI non si è trovata nella situazione in cui si sarebbe trovata se non fosse intervenuta la requisizione. I procedimenti gerarchici e giurisdizionali italiani non arrivarono a questo risultato, per quanto corretti abbiano potuto essere. E questo il motivo per cui, a mio avviso, questi procedimenti non assolvono l'Italia dall'aver commesso un atto arbitrario ai sensi dell'Accordo Integrativo del Trattato.

Firmato: Stephen M. SCHWABEL

SEZIONE TERZA

GIURISPRUDENZA SU QUESTIONI DI GIURISDIZIONE

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Un., 2 agosto 1989, n. 3567 - Pres. Brancaccio - Rel. Iannotta - P.M. Amatucci (conl. conf.). Ballerini (avv. Ligi e Guidetti) c. Ministeri Difesa e Finanze (vice Avv. Gen. Stato Gargiulo).

Giurisdizione civile - Concessione di terreni demaniali o patrimoniali indisponibili - Durata del rapporto - Giurisdizione del giudice amministrativo.

La controversia concernente la durata della concessione amministrativa avente ad oggetto l'utilizzazione agricola di terreni appartenenti al patrimonio indisponibile dello Stato rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo (1).

(omissis) Con l'unico motivo il Ballerini denuncia la violazione e la falsa applicazione dell'art. 22 legge 11 febbraio 1971, n. 11, dell'art. 1 legge 1° dicembre 1981, n. 692 (di conversione del d.l. 2 ottobre 1981, n. 546) e degli artt. 51 e 53 legge 3 maggio 1982, n. 206; in relazione all'art. 360, nn. 1 e 3 c.p.c.

Premesso che la Corte di Bologna ha confermato la decisione di difetto di giurisdizione del giudice ordinario dopo aver definito il rapporto tra il Ballerini e l'Amministrazione come concessione amministrativa, il ricorrente lamenta che i giudici di appello abbiano fatto leva sulla sentenza di questa Corte del 9 gennaio 1973, n. 8 senza tenere in debito conto la legislazione successiva ed in particolare la legge n. 692 del 1981 e quella n. 203 del 1982 sui patti agrari.

Con riguardo alle concessioni amministrative aventi ad oggetto l'utilizzazione agricola di terreni appartenenti al patrimonio indisponibile dello Stato, la citata sentenza n. 8 del 1972 ebbe ad escludere — fra l'altro — l'applicabilità delle norme sull'affitto dei fondi rustici, ma, a giudizio del ricorrente, le nuove leggi innanzi indicate avrebbero sancito

(1) Decisione ineccepibile, della quale non constano precedenti specifici oltre a quello citato in motivazione: Cass. Sez. Un. 9 gennaio 1973 n. 8 in questa *Rassegna* 1973, I, 833.

il principio opposto e cioè che le disposizioni sull'affitto si applicano anche alle predette concessioni amministrative fino a che persista l'utilizzazione agricola dei terreni pubblici.

Sotto lo stesso riflesso il Ballerini critica anche la decisione con la quale il Consiglio di Stato ha respinto nel merito la sua impugnazione contro la decisione negativa del TAR dell'Emilia Romagna.

Il ricorso non merita accoglimento.

È da premettere che, essendo la questione fondamentale di causa costituita dall'accertamento della giurisdizione la relativa decisione non può non essere influenzata dalla qualificazione del rapporto sul quale il Giudice è chiamato a provvedere. Al riguardo va osservato che la convenzione a suo tempo intercorsa tra il Ministero delle Finanze ed il Ballerini aveva ad oggetto una porzione del terreno facente parte del compendio demaniale di S. Martino Spino di Mirandola e che la natura pubblica di detto terreno, esplicitamente indicata nella convenzione ed altrettanto espressamente affermata dalla sentenza qui impugnata — con precisa classificazione in termini di appartenenza al patrimonio indisponibile dello Stato — non è in alcun modo contestata dal ricorrente.

Ora, per i beni propriamente demaniali, come per quelli patrimoniali indisponibili, data la loro comune destinazione alla diretta soddisfazione di pubblici interessi, il modo legittimo e tipico per attribuirne, entro certi limiti e per alcune finalità, la disponibilità a privati è quello della concessione amministrativa che assume normalmente la configurazione della concessione-contratto; fattispecie questa complessa risultante dalla convergenza di un negozio unilaterale ed autoritativo (atto deliberativo) della pubblica amministrazione e di una convenzione attuativa (contratto, capitolato o disciplinare) e quindi di un rapporto contrattuale bilaterale fonte di obblighi e diritti reciproci dell'Ente concedente e del privato concessionario.

È da precisare che, nonostante la posizione per alcuni riflessi paritetica delle parti in relazione alle previsioni del contratto e del capitolato, il diritto stesso alla conservazione della concessione è un mero diritto affievolito che, nel contrasto con il prevalente interesse pubblico, può essere soppresso unilateralmente dall'Amministrazione con la revoca dell'atto di concessione al di là della risoluzione, sia pure per determinazione unilaterale della stessa Amministrazione, a seguito di inadempienza del concessionario.

Nel caso di specie il rapporto tra l'Amministrazione delle Finanze ed il Ballerini si configura appunto come concessione in linea con i principi testé ricordati. Di concessione parla invero, espressamente e ripetutamente, la convenzione *inter partes* e la stessa qualificazione si riscontra nelle difese svolte in causa. Sul punto va in particolare sottolineata la

clausola contenuta nella predetta convenzione secondo cui l'Amministrazione poteva, indipendentemente dalla scadenza pattuita, revocare la concessione per qualsiasi insindacabile motivo con preavviso di giorni 60, ovvero senza preavviso per particolari esigenze, con il solo diritto del concessionario al rimborso della quota di canone già pagata per il periodo per il quale la disponibilità dei terreni sarebbe venuta meno.

Siffatta clausola rende evidente la posizione di preminenza dell'Amministrazione rispetto al privato, stante la facoltà della prima di incidere sul rapporto in corso sino al punto di farlo cessare a seguito di apprezzamento discrezionale delle esigenze dell'Amministrazione. Il rapporto si caratterizza pertanto, non per limitazioni particolari e preordinate, ma per la soggezione del concessionario ai poteri discrezionali del concedente che integrano appunto quella supremazia nel governo del rapporto atto ad escludere la natura privatistica della convenzione.

Stabilito così che la convenzione in esame, per il suo oggetto, per la sua struttura, e per le particolari e qualificanti pattuizioni, rientra nella categoria delle concessioni amministrative di beni pubblici, ne deriva che la presente controversia tra il Ballerini e la pubblica Amministrazione — vertente sulla durata della concessione — si sottrae alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario, come esattamente rilevato dal giudice del merito, ai sensi dell'art. 5 della legge n. 1034 del 1971. Tale ultima legge — istitutiva dei tribunali amministrativi regionali — ha introdotto infatti una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva stabilendo che sono devoluti alla competenza dei tribunali amministrativi regionali i ricorsi contro atti e provvedimenti relativi al rapporto di concessione di beni o di servizi pubblici, facendo salva la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria per le controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, e quella inoltre dei tribunali delle acque pubbliche nelle materie indicate negli artt. 140, 144 del T.U. 11 dicembre 1933, n. 1775.

Quella del giudice ordinario è quindi una giurisdizione residuale che nella specie non viene in rilievo perché la controversia non riguarda indennità, canoni e corrispettivi ma la durata della concessione in esame.

È da aggiungere che il suindicato riparto di giurisdizione in tema di concessioni di beni pubblici non è stato modificato dalle norme sull'affitto dei fondi rustici invocate dal ricorrente, norme che vanno tenute presenti, ai fini della sostanziale regolamentazione del rapporto, dal giudice munito delle necessarie attribuzioni giurisdizionali. Peraltro queste Sezioni Unite hanno di recente avuto modo di affermare che l'applicabilità delle norme sull'affitto dei fondi rustici ai terreni demaniali o patrimoniali indisponibili, ai sensi degli artt. 22 legge n. 11 del 1971, 9 legge 692 del 1981 e della legge n. 203 del 1982 — fino a che persista l'utilizzazione agricola dei medesimi terreni — riguarda solo la determinazione dei canoni e non anche la durata del rapporto concessorio (cfr. sent. n. 1889/1989). (*omissis*).

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Un., 8 agosto 1989, n. 3660 - Pres. Brancaccio - Rel. Finocchiaro - P. M. Caristo (concl. conf.) - Ministero delle Finanze (avv. Stato Zotta) c. Castaman.

Giurisdizione civile - Imposte dirette - Riscossione - Sospensione ex art. 700 - Ricorso per cassazione ex art. 111 Cost. - Inammissibilità - Regolamento preventivo di giurisdizione - Difetto assoluto di giurisdizione dell'A.G.O.

Contro l'ordinanza di sospensione, ex art. 700, della procedura di riscossione delle imposte dirette, non è ammesso ricorso per cassazione ex art. 111 Cost., atteso il carattere strumentale e non decisorio del provvedimento. È ammesso, invece, regolamento preventivo di giurisdizione. In materie sottratte alla competenza dell'A.G.O. è preclusa al pretore l'adozione di provvedimenti d'urgenza ex art. 700 (1).

(1) La sentenza riafferma principi ormai consolidati.

SEZIONE QUARTA

GIURISPRUDENZA CIVILE

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 29 novembre 1989, n. 5212 - Pres. Scanzano - Est. Angarano - P. M. Lo Cascio - Sbardella Idilio ed altri (avv. Ielpo e Pignatelli) c. Prefettura di Roma (avv. Stato Polizzi).

Sanzioni amministrative - Illecito amministrativo continuato - Cumulo giuridico delle sanzioni - Inapplicabilità.

(art. 8, l. 24 novembre 1981, n. 689).

Sanzioni amministrative - Inapplicabilità delle norme del codice penale in tema di continuazione e sul limite massimo di sanzione in caso di concorso materiale - Questione di costituzionalità manifestamente infondata.

(art. 8, l. 24 novembre 1981, n. 689).

Sanzioni amministrative - Illecito commesso dal socio di una società in nome collettivo - Responsabilità solidale della società - Sussistenza - Responsabilità solidale degli altri soci - Insussistenza.

(art. 6, l. 24 novembre 1981, n. 689).

Sanzioni amministrative - Giudizio di opposizione all'ordinanza-ingiunzione - Inappellabilità della sentenza - Questione di costituzionalità manifestamente infondata.

(art. 23, l. 24 novembre 1981, n. 689).

Il cumulo giuridico delle sanzioni amministrative previsto dal 1° comma dell'art. 8 legge 689/81 si applica alla sola ipotesi di più violazioni, della stessa o di diverse disposizioni, commesse con una unica azione e non anche al caso di più azioni esecutive di un medesimo disegno che realizzino più violazioni di legge (1).

È manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale degli artt. 1, 8, 10, 39, 40, 133 della legge 689/81 in relazione agli artt. 3, 23, 24 e 25 Cost., se interpretati nel senso che alle violazioni amministrative non si applicano le norme del codice penale in tema di continuazione e sul limite massimo della sanzione in caso di concorso materiale (2).

(1-2) Sull'inapplicabilità della disciplina del reato continuato in tema di illecito amministrativo la Corte di Cassazione non fa che recepire l'interpretazione dell'art. 8 legge 689/81 offerta dalla Corte costituzionale nell'ordinanza 19 novembre 1987 n. 421 (in Giur. Cost. 1987, I, 2881) dove, nel dichiarare la manifesta infondatezza della stessa questione, si sottolinea che l'ipotesi del concorso formale è ben diversa dall'ipotesi della continuazione e ciò giustifica la diversità di disciplina. Pertanto, osserva la Cassazione, non può essere confermato l'orien-

Ai sensi del 3° comma dell'art. 6 legge 689/81 la solidarietà nel pagamento della sanzione pecuniaria sussiste tra l'autore dell'illecito e la persona giuridica o ente di fatto da esso rappresentati; pertanto in caso di illecito commesso dal socio di una società in nome collettivo la responsabilità si estende solidalmente alla società ma non anche agli altri soci estranei al fatto, i quali potranno però essere chiamati a rispondere del debito sociale quali soggetti illimitatamente responsabili delle obbligazioni sociali, previa escussione della società (3).

E manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 23 legge 689/81, in relazione agli artt. 3 e 4 Costituzione, nella parte in cui prevede che il giudizio di opposizione si svolga in unico grado (4).

(omissis) Con il primo mezzo di impugnazione i ricorrenti, denunciando ai sensi dell'art. 360, nn. 3 e 5 c.p.c. violazione degli artt. 74 — 102 D.P.R. n. 162 del 1965, 10 — 33 legge n. 689 del 1981, 14 delle preleggi, nonché motivazione insufficiente su punti decisivi della controversia, censurano la sentenza del Pretore di Palestrina:

a) per non avere applicato agli illeciti contestati la norma del codice penale sulla continuazione;

b) per avere escluso la operatività in via estensiva dell'art. 39 della legge n. 689/81 in tema di violazioni finanziarie, che, richiamando la legge 7 gennaio 1929, n. 4, consentirebbe di far ricorso all'istituto della continuazione;

c) per avere ritenuto inapplicabile al caso di specie il limite massimo di L. 20.000.000 previsto dall'art. 10 della legge n. 689, sull'erroneo rilievo

tamento di cui a Cass. 28 marzo 1987 n. 3034 (in Foro it. Mass. 1987, 516) in cui si afferma invece che l'art. 8 cit. è applicabile anche al caso di più violazioni commesse con una pluralità di azioni od omissioni.

In dottina v. Leoni, *Il concorso di illeciti amministrativi*, in Giust. pen. 1986, I, 218; Barbieri, *Il concorso di sanzioni amministrative pecuniarie con particolare riguardo alle sanzioni regionali e alla potestà legislativa delle regioni*, in Riv. giur. polizia locale, 1987, 5.

(3) Il principio è senz'altro da condividere. La Corte tiene opportunamente distinte, da un lato la solidarietà ex art. 6, 3° comma, legge 689/81 tra l'autore dell'illecito e l'ente o imprenditore presso il quale egli opera e, dall'altro, la solidarietà ex artt. 2291 e 2304 c.c., con beneficium preventivae excussionis, tra i soci e il patrimonio delle società in nome collettivo. Non constano precedenti negli stessi termini.

(4) In senso conforme: Cass. 15 dicembre 1983 n. 7409 (in questa Rassegna, 1984, I, 98) e Cass. 30 gennaio 1986 n. 594. La Corte Costituzionale ha sempre negato l'esistenza di un principio costituzionale del doppio grado di giurisdizione, cfr. sent. 7 marzo 1984 n. 52 (in Giur. cost. 1984, I, 380). Sent. 1° febbraio 1982 n. 8 (in Foro it. 1982, I, 329); sent. 15 aprile 1981 n. 62 (ibidem 1981, I, 1497); sent. 10 luglio 1973 n. 117 (ibidem, 1973, I, 2682). (F.S.).

che tale limite attiene alla sanzione irrogabile per ciascun illecito consumato;

d) per non avere ravvisato un unico illecito omissivo permanente con conseguente irrogazione di una unica sanzione, o quanto meno un unico illecito per ogni trasporto cumulativo.

La censura è infondata.

Come correttamente ritenuto dal primo Giudice, nella fattispecie non può trovare applicazione l'istituto della continuazione, né per effetto del riferimento analogico all'art. 81 del codice penale, né per la operatività in via estensiva dell'art. 39 della legge 689/81.

Quanto al riferimento alla norma del C.P. è appena il caso di osservare, infatti, che la indubbia matrice penalistica della disciplina depenalizzata non può far trascurare le peculiarità della medesima disciplina quali risultano segnalate sin dai lavori preparatori della legge 689/81 e che trovano significativa manifestazione nella previsione dell'art. 8 della legge, ove il beneficio della continuazione risulta limitato alla sola ipotesi di più violazioni commesse con un unico atto, indubbiamente meno grave di quella in cui più azioni, esecutive di un unico disegno realizzino più violazioni.

Tale interpretazione riceve conforto anche dalla ordinanza della Corte Cost. 421/87 di cui si dirà, nonché dall'art. 1 sexies L. 31 gennaio 1986 n. 11, che nel prevedere la continuazione in questa materia la limita alle violazioni della disciplina della previdenza ed assistenza obbligatoria. E per questo che non può essere confermato l'orientamento di cui a Cass. 28 marzo 1987, n. 3034.

Altrettanto infondato è il riferimento all'art. 39 della legge 689/81 che, richiamando la legge n. 4 del 1929, ad avviso del ricorrente dovrebbe consentire il ricorso all'istituto della continuazione.

In proposito è da ribadire quanto già affermato dal Pretore, che cioè la richiamata disciplina di cui alla legge 4/29 è applicabile solo alle violazioni previste dal primo comma del menzionato art. 39, ossia solo alle violazioni previste da leggi in materia finanziaria.

Errata è poi la proposta interpretazione dell'art. 10 della legge 689/81 che si vorrebbe riferito non alle singole sanzioni, ma anche al cumulo delle stesse: tale interpretazione contrasta, sia con la lettera della norma, che si riferisce chiaramente ad ogni singola sanzione, sia con la logica più elementare, atteso che, se si riconoscesse un tetto così basso, dovrebbe parimenti riconoscersi alla sanzione la perdita di qualsiasi attitudine a prevenire la reiterazione della violazione.

Quanto alla pretesa di considerare come illecito omissivo permanente il fatto addebitato, e quanto meno come illecito unico ogni trasporto cumulativo, a parte la considerazione che, trattandosi di questione prospettata solo nel corso del giudizio di opposizione, e non con l'atto intro-

duittivo, la stessa sarebbe inammissibile perché prospettata in violazione del principio secondo cui l'oggetto del giudizio di opposizione deve essere rigorosamente definito dal ricorso al Pretore, è da osservare che quella pretesa contrasta con la natura stessa della violazione della norma dettata dall'art. 74 del d.P.R. 12 febbraio 1965, n. 162.

Tale violazione, così come evidenziato dalla giurisprudenza di questa Corte sia pure in epoca anteriore alla depenalizzazione (cfr. Cass. pen. 715/70, 670/71, 5233/72), è da includere infatti tra le violazioni di mera condotta, ossia tra quelle violazioni che si compiono non appena si verificano le violazioni delle prescrizioni contenute nella norma, mediante la omissione anche di uno solo soltanto degli adempimenti prescritti. Sicché nel caso di specie le singole violazioni debbono ritenersi perfezionate con la emissione delle singole bollette di accompagnamento prive in tutto o in parte dei dati prescritti, e quindi anche soltanto della indicazione degli estremi di identificazione del mezzo di trasporto.

Con il secondo motivo di ricorso i ricorrenti, denunziando anche motivazione insufficiente su un punto decisivo della controversia, ripropongono la questione di incostituzionalità, con riferimento agli artt. 3, 23, 24, 25 della Costituzione, degli artt. 1, 8, 10, 39, 40, 113 della legge n. 689 del 1971 se interpretati nel senso che alle violazioni amministrative non si applicano le norme in tema di continuazione e sul limite massimo della sanzione in caso di concorso materiale: ad avviso dei ricorrenti si verificherebbe in tal caso una disparità di trattamento rispetto agli illeciti finanziari ed alle contravvenzioni non depenalizzate.

La manifesta infondatezza della sollevata questione appare evidente sol che si consideri la impossibilità di semplicistiche comparazioni tra istituti vigenti nell'ambito di discipline caratterizzate da numerose difformità.

Non può pertanto definirsi irragionevole la scelta del legislatore che ha limitato l'applicazione dell'istituto della continuazione, nella disciplina delle sanzioni amministrative, alla sola ipotesi di più violazioni commesse con una unica azione.

Si è trattato invero di una scelta mirata a favorire soltanto la ipotesi meno grave di concorso di più violazioni, in una disciplina in cui si è attribuito al carattere pecuniario della sanzione una specifica attitudine dissuasiva rispetto al protrarsi di comportamenti illegittimi.

Con ordinanza n. 421 del 1987 la stessa Corte Costituzionale ha avuto occasione di rilevare la manifesta infondatezza, in relazione all'art. 3 della Costituzione, della questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge 24 novembre 1981, n. 689, sia nella parte in cui prevede il cumulo giuridico delle sanzioni amministrative per la sola ipotesi di concorso formale, sia nella parte in cui non estende all'illecito amministrativo il regime previsto dall'art. 81 c.p. per il reato continuato.

In proposito la Corte regolatrice delle leggi ha affermato:

1) che la ipotesi del concorso formale (consistente nella realizzazione di più illeciti mediante una sola azione od omissione) è ben diversa dalla ipotesi della continuazione (consistente invece nella realizzazione di più illeciti mediante più azioni od omissioni, seppure attuate in esecuzione di un medesimo disegno), e che l'attribuire alle predette due forme di concorso una diversa disciplina agli effetti della pena non pone in essere discriminazioni ai sensi dell'art. 3 della Costituzione in quanto ciascun istituto opera nei riguardi di tutti coloro che si trovano nella situazione o condizione prevista;

2) che non ha senso la pretesa di applicare ad illeciti amministrativi istituti propri degli illeciti penali, tenuto conto che tra le due categorie di illeciti esistono sostanziali diversità anche sul piano costituzionale, che il legislatore del 1981 ha disciplinato l'illecito amministrativo anche con ricorso ad istituti di diritto civile tanto da fare apparire insussistente qualsiasi pretesa omogeneità della disciplina penale e di quella amministrativa, che l'istituto della continuazione si fonda sulla esistenza di un medesimo disegno criminoso, per il cui accertamento è richiesta una indagine psicologica, irrilevante per l'illecito amministrativo.

Con il terzo motivo, denunziandosi violazione dell'art. 40 legge n. 689 del 1981, degli artt. 2 c.p., 11 delle preleggi, e 25 della Costituzione nonché difetto assoluto di motivazione su un punto decisivo della controversia, si sostiene che ai fatti commessi prima del 29 maggio 1982, data di entrata in vigore del capo I della legge 689/81, avrebbe dovuto essere applicata la legge penale in quanto più favorevole, o almeno le pene precedenti o il limite massimo della pena pecuniaria ex art. 78 c.p., mentre per le infrazioni poste in essere prima della entrata in vigore dell'aumento di pena stabilito dall'art. 113 della legge 689/81 si sarebbe dovuto irrogare la sanzione minima precedente, ché altrimenti l'art. 40 della legge si rivelerebbe incostituzionale per contrasto con l'art. 25 della Costituzione.

L'assunto è fondato per quanto di ragione.

Infatti, mentre non può essere revocato in dubbio che le disposizioni contenute nel capo I della legge 689/81 (comprese quindi quelle degli artt. 32 sgg. concernenti la depenalizzazione e la soggezione degli illeciti depenalizzati alla disciplina della nuova legge) siano applicabili anche alle violazioni commesse anteriormente alla entrata in vigore della legge di depenalizzazione, non può dirsi che a queste ultime violazioni sia applicabile l'aumento di pena previsto dall'art. 113, che è invece contenuto nel capo V della legge di depenalizzazione.

L'art. 40 della legge dispone infatti che alle violazioni, commesse anteriormente alla sua entrata in vigore e non ancora definite, si applicano

le disposizioni del 1° capo e non anche quelle contenute nei capi successivi. Del resto, l'impossibilità di applicare all'infrazione una sanzione pecuniaria maggiorata con una legge successiva, deriva anche dalla razionale interpretazione del principio di legalità enunciato all'art. 1 della legge in esame.

Ha errato quindi il Pretore allorché, occupandosi della questione, ha riconosciuto legittima per tutte le violazioni la medesima sanzione, trascurando di considerare che, prima della loro depenalizzazione avvenuta con la legge 689/81, le violazioni delle disposizioni di cui all'art. 74 della legge 162/1965 venivano punite, ai sensi dell'art. 102 della medesima legge, con una sanzione pecuniaria prevista nel minimo in L. 200.000 alla quale non era applicabile l'aumento introdotto, nella misura del quintuplo, dalla legge 689/81.

Si impone quindi, con l'accoglimento per quanto di ragione del 3° motivo, il ricalcolo della sanzione complessiva alla luce delle considerazioni or ora esposte.

Con il quarto motivo del ricorso i ricorrenti, denunciando ai sensi dell'art. 360 nn. 3 e 5 c.p.c. violazione degli artt. 3 e 6 legge n. 689/81 e degli artt. 2291 e 2304 c.c., nonché mancanza di motivazione su un punto decisivo della controversia, censurano la impugnata sentenza per avere erroneamente condannato anche i due soci Giuseppe e Claudio Sbardella nonostante la mancanza di qualsiasi prova circa la commissione degli illeciti anche da parte dei predetti e nonostante l'autonomia patrimoniale della società.

Anche questa censura è fondata e deve essere accolta.

Il Pretore, che pure si è soffermato a spiegare le ragioni della affermata responsabilità solidale di tutti i soci nel pagamento della sanzione e che ha in tal modo resa manifesta l'avvenuta discussione della questione nel giudizio di opposizione, (ond'è che deve escludersi la novità della questione) ha trascurato di considerare che secondo l'art. 3 della legge la responsabilità è personale e che l'art. 6 prevede la solidarietà, nella obbligazione al pagamento della sanzione pecuniaria, soltanto tra l'autore dell'illecito e la persona giuridica o ente privo di personalità o imprenditore dal primo rappresentati.

Conseguentemente il Pretore avrebbe dovuto identificare l'autore degli illeciti, ossia delle irregolari compilazioni delle bollette, e, tenuto conto della autonomia patrimoniale della società, avrebbe dovuto quindi sancire la responsabilità solidale nel pagamento della sanzione del predetto autore e, se del caso, in presenza di corrispondente contestazione, della società, e non anche dei soci eventualmente estranei alla commissione degli illeciti. Altro è, ovviamente che questi ultimi possano poi essere chiamati (ma, ai sensi dell'art. 2304 c.c., con il c.d. *beneficium preventivae*

excussionis) a rispondere del relativo debito sociale quali soggetti illimitatamente responsabili delle obbligazioni della società.

Gli accertamenti non effettuati dal Pretore di Palestrina debbono quindi essere adempiuti dal giudice del rinvio, previa cassazione della impugnata sentenza nella parte in cui prevede la condanna solidale di tutti i soci.

Con il quinto motivo, denunziandosi violazione degli artt. 74 comma 2°, 102 d.P.R. n. 162 del 1965, e 3 legge 689/81, nonché motivazione insufficiente su un punto decisivo della controversia, si deduce che il Pretore avrebbe dovuto ritenere insussistenti tutte le violazioni per difetto dell'elemento oggettivo, mancando la prova che i trasporti fossero stati eseguiti con automezzi muniti di targa, nonché per difetto dell'elemento soggettivo in quanto la circostanza che i dati risultanti dalle bollette erano sufficienti per identificare i trasporti effettuati varrebbe a dimostrare la mancanza di dolo e di colpa.

La deduzione è infondata, se non addirittura inammissibile.

Infatti, anche a prescindere dalla considerazione che la deduzione sarebbe stata prospettata inammissibilmente ora per la prima volta, è da evidenziare che essa contraddice, per un verso, e sotto il primo profilo, con valutazioni insindacabili di fatto (che, se fossero poi frutto di travisamento, avrebbero potuto dar luogo eventualmente a ricorso per revocazione e non al ricorso per cassazione), e per altro verso, sotto il secondo profilo, con la natura meramente formale delle violazioni in discussione, che, come innanzi ricordato, si consumano per il solo fatto della emissione di bollette irregolari, prescindendo dalla reale intenzione dell'agente. Va comunque aggiunto che secondo l'accertamento dei verbalizzanti, recepito dal giudice di merito, l'irregolarità delle bollette non si limitava alla mancata indicazione della targa del veicolo, ma riguardava anche la mancanza dell'orario del trasporto.

Con l'ultimo motivo del ricorso, denunziandosi violazione dell'art. 23 penultimo comma della legge 689/81, 2697 c.c. e 115 c.p.c., si ripropone la questione di costituzionalità del predetto art. 23, in relazione agli artt. 3 e 24 della Costituzione ed all'art. 339 c.p.c., nella parte in cui prevede che il giudizio di opposizione si svolga in unico grado, e si osserva che o si fa piena applicazione del principio che pone a carico dell'Amministrazione l'onere della prova della responsabilità, o si pone in essere una grave riduzione del diritto dell'opponente di agire in giudizio.

Il mezzo di impugnazione è privo di giuridico fondamento.

Sul punto questa Corte ha già avuto occasione di pronunciarsi, affermando che le disposizioni della legge 689/81 le quali escludono l'appellabilità delle sentenze del Pretore che decidono sulla opposizione avverso l'ordinanza-ingiunzione irrogativa di sanzioni pecuniarie amministrative, manifestamente non contrastano con fondamentali principi, non comportando l'art. 24 della Costituzione alcuna garanzia contro la soppressione

di un grado, ch  anzi l'ordinamento costituzionale, non imponendo il doppio grado di giurisdizione, lascia libero il legislatore di fissare deroghe in proposito, purch  giustificate da criteri obiettivi e ragionevoli che riguardino, senza discriminazioni, tutte le situazioni di un determinato tipo.

In definitiva, mentre debbono essere rigettati il 1^o, 2^o, 5^o e 6^o motivo, vanno accolti per quanto di ragione il 3^o ed il 4^o motivo, con la conseguenza che, cassata la sentenza nelle parti relative ai motivi accolti, la causa deve essere rimessa ad altro giudice per il riesame delle questioni cui si riferiscono il 3^o e 4^o motivo. (*omissis*)

GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

CONSIGLIO DI STATO, Ad Plen., 12 settembre 1989, n. 12 - Pres. Crisci - Est. Baccarini - Liberati ed altri (avv. Sciacca) c. Min. Difesa, Min. Tesoro, Enpas (avv. Stato Bruno).

Giustizia amministrativa - Impiego pubblico - Buonuscita a carico dell'ENPAS - Corresponsione tardiva - Rivalutazione automatica - Spettanza.

Il principio dell'automatismo rivalutativo si applica tendenzialmente a tutte le situazioni creditorie collegate con le prestazioni di lavoro: di conseguenza, le somme tardivamente corrisposte, spettanti per indennità di buonuscita ENPAS — legata geneticamente alla cessazione dal servizio del dipendente dello Stato — devono essere rivalutate automaticamente (1).

(omissis) Può quindi procedersi all'esame dell'appello principale, con il quale gli appellanti lamentano che il Tar abbia disatteso la domanda di rivalutazione monetaria dei crediti accertati in sentenza.

Va ricordato che nella materia controversa non rientra il trattamento di quiescenza, la cui cognizione è devoluta alla giurisdizione esclusiva della Corte dei conti, come dianzi affermato in accoglimento del primo motivo dell'appello incidentale. Rientrano invece l'indennità di buonuscita e le speciali indennità di cui agli artt. 67 e 68 legge 113/54 e agli artt. 47 e 48 legge 288/56.

(1) La decisione rappresenta un cambiamento di tendenza rispetto al precedente orientamento giurisprudenziale della stessa Adunanza Plenaria, che aveva negato la rivalutabilità della indennità di buonuscita Enpas corrisposta in ritardo, considerata la sua natura previdenziale (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. sent. 28 gennaio 1985 n. 1, in questa Rassegna 1985, 292 e ss.). Si segnala, peraltro, che, più in generale, sul tema della rivalutazione automatica della indennità di buonuscita si era già recentemente pronunciata la stessa Ad. Plenaria, con la decisione 15 marzo 1989 n. 7 (GRENZI c. INPS), in *Cons. Stato* 1989, 227 ss. (che non è stata citata nella sentenza in esame), affermando che « indipendentemente dalla finalità previdenziale, è soggetta a rivalutazione automatica, da parte del giudice amministrativo, una attribuzione monetaria che, come il trattamento pensionistico integrativo o l'indennità di buonuscita, trovi la sua diretta e necessaria genesi nel rapporto di lavoro e sia sensibile al danno conseguente alla svalutazione monetaria, in quanto ordinariamente destinata al soddisfacimento dei bisogni di vita del lavoratore e della sua famiglia ».

In altri termini, il Consiglio di Stato ritiene che l'eccezione al principio nominalistico dei crediti pecuniari, introdotta dall'art. 429 c.p.c., abbia assunto va-

In proposito, l'adunanza plenaria non ignora che al quesito in ordine alla rivalutabilità dell'indennità di buonuscita Enpas, come pure ad analogo quesito relativo all'indennità di fine servizio Inam, l'adunanza stessa ha dato in passato risposta negativa con le sentenze 28 gennaio 1985, n. 1.

Appare necessaria, tuttavia, una rimeditazione del tormentato tema, alla luce anche delle successive acquisizioni giurisprudenziali.

Il presupposto logico-giuridico dal quale muoveva il tessuto argomentativo delle predette pronunce era la dicotomia: crediti retributivi - crediti previdenziali, che riproduceva la bipartizione tradizionale nel codice di procedura civile — titolo IV del libro II — tra « controversie individuali di lavoro » e « controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatoria ».

Più in particolare, il problema immanente era quello dell'applicabilità diretta dell'art. 429 c.p.c., concernente la rivalutazione automatica dei crediti di lavoro, ai crediti previdenziali e la risposta era negativa, in conformità alla giurisdizione della Corte di cassazione e della Corte costituzionale, (in particolare, cfr. sent. 162/77) la quale ultima, recependo la soluzione restrittiva prevalsa presso il giudice comune, affermava non essere costituzionalmente illegittima la diversità di regime, in punto rivalutazione monetaria, tra crediti di lavoro e crediti previdenziali.

Il quadro normativo e giurisprudenziale appare, peraltro, investire una problematica più ampia.

Ed invero, la legge 533 del 1973, introduttiva delle nuove disposizioni (artt. 429 e 150 disp. att. c.p.c.) in punto di rivalutazione monetaria dei crediti di lavoro, appare il punto di emersione di un orientamento più generale, affermatosi negli anni '70, diretto a conservare inalterato, di fronte alla costanza ed alle dimensioni del fenomeno inflattivo, il potere d'acquisto a favore dei creditori pecuniari.

Sul piano della normazione, in particolare, veniva introdotto, nel diritto comune (art. 24 legge 27 luglio 1978 n. 392), l'istituto dell'aggiornamento, in relazione agli indici Istat, del canone delle locazioni degli immo-

lore di principio per tutti i crediti geneticamente collegati al rapporto di lavoro dipendente, tanto pubblico che privato, in relazione alla loro specifica funzione.

Tale interpretazione « estensiva » dell'art. 429 c.p.c. non è tutt'ora condivisa dalla Corte di Cassazione (cfr., tra le tante, Cass., sez. lav., sent. 18 maggio 1989 n. 2381, in *Foro it.* 1989, p. 2795 con nota di A. CASADONTE), che ritiene applicabile, ai crediti per prestazioni previdenziali corrisposti in ritardo, l'art. 1224, 2° co., codice civile.

Peraltro, la stessa Corte di Cassazione ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 429 c.p.c., nella parte in cui *esclude* la sua applicazione ai crediti per prestazioni previdenziali, in riferimento agli artt. 3, 36 e 38 Cost. (cfr. Cass., Sez. un. civ. sent. 1° dicembre 1989 n. 5299 e Cass., Sez. lav., ord. 7 febbraio 1990 n. 74, in *Foro it.* 1990, p. 427 ss., con nota di A. DI MAJO, *Interessi e svalutazione tra risparmiatori e pensionati*). (G.M.).

bili urbani, istituto strumentale alla realizzazione di primarie esigenze abitative della persona.

Nell'ambito del pubblico impiego, costituivano evenienze significative:

a) l'introduzione e la generalizzazione della contrattazione collettiva periodica, diretta, principalmente, ad adeguare la misura delle contribuzioni dei pubblici dipendenti (per il personale degli enti ospedalieri: art. 40 legge 12 febbraio 1968 n. 132 e 33 d.p.r. 27 marzo 1969 n. 130; per il personale statale: art. 24 legge 28 ottobre 1970 n. 775 e 9 legge 22 luglio 1975 n. 382; per il personale degli enti substatali: artt. 26-28 legge 20 marzo 1975 n. 70; per il personale degli enti locali: art. 6 d.l. 29 dicembre 1977 n. 946 convertito in legge 27 febbraio 1978 n. 43; per il personale delle unità sanitarie locali: art. 47 legge 23 dicembre 1978 n. 833), fino alla legge-quadro sul pubblico impiego (l. 29 marzo 1983 n. 93);

b) la progressiva accentuazione della dinamica retributiva costituita dall'indennità integrativa speciale (legge 27 maggio 1959 n. 324 e successive modificazioni ed integrazioni), di cui il recente d.p.r. 17 settembre 1987 n. 494 (artt. 15, 22, 38, 51, 56 e 69) ha previsto il parziale conglobamento nello stipendio per il personale dei ministeri, degli enti pubblici non economici, degli enti locali, delle aziende e delle amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, del servizio sanitario nazionale e della scuola;

c) l'adeguamento annuale con decreto, in relazione agli indici rilevati per la maggiorazione dell'indennità integrativa speciale, delle indennità di trasferta e delle indennità chilometriche, spettanti ai dipendenti dello Stato inviati in missione (artt. 1 e 8 legge 26 luglio 1978 n. 417; artt. 1 e 5 d.p.r. 16 gennaio 1978 n. 513). Non può poi essere sottaciuto il recentissimo riconoscimento legislativo della rivalutazione monetaria del diritto al risarcimento del danno a favore del proprietario del terreno utilizzato per finalità di edilizia residenziale, pubblica, agevolata e convenzionata, in caso di provvedimento espropriativo dichiarato illegittimo con sentenza passata in giudicato (art. 3, 2° comma, legge 27 ottobre 1988 n. 458).

Sul versante giurisprudenziale, si evidenziava una decisa linea di tendenza diretta a spostare, nel caso di tardivo adempimento di obbligazioni pecuniarie, il punto di rilevanza ermeneutica dal debitore al creditore.

In materia di diritto comune, si affermava il principio secondo il quale, ai fini dell'identificazione e della quantificazione del maggior danno conseguente al ritardo nel pagamento di cui all'art. 1224, cpv., c.c., poteva farsi ricorso allo strumento probatorio delle presunzioni, purché fondato su condizioni e qualità personali del creditore quali quella di esercente attività imprenditoriale (con il criterio dei proventi medi dell'attività imprenditoriale o del costo del prestito bancario), di risparmiatore abituale (con il criterio dell'investimento consueto), di creditore

occasionale (con il criterio degli investimenti più probabili, ivi incluso il deposito bancario), di modesto consumatore (con il criterio degli indici inflattivi). (Cass. Sez. Un., 5 aprile 1986, n. 2368).

In materia di pubblico impiego, l'estensione del principio della rivalutazione monetaria ai crediti di lavoro dei pubblici dipendenti (Cons. Stato, ad. plen., 7 aprile 1981, n. 2) veniva condivisa, *sub specie iurisdictionis*, dalla Corte di cassazione.

Al contempo, si veniva svolgendo, nella problematica della rivalutazione monetaria del credito di lavoro, un processo di affinamento concettuale che ne spostava la collocazione dall'esterno all'interno del credito stesso, da accessorio ad elemento coesistente di esso in quanto credito indirizzato (Cass., sez. un., 6 ottobre 1988, n. 5390).

Si affermavano, pertanto, i principi: *a*) dell'estensione del privilegio previsto dall'art. 2751 c.c. per le retribuzioni e l'indennità di fine lavoro alla somma rappresentata dalla rivalutazione monetaria di detti crediti (Cass. 18 gennaio 1979, n. 349); *b*) della non imputabilità dell'adempimento parziale dell'obbligazione retributiva secondo le previsioni degli artt. 1193 e 1194 c.c., con conseguente rivalutazione della differenza ancora dovuta (Cass. 2 aprile 1982, n. 2034); *c*) della separata azionabilità della pretesa del lavoratore di ottenere la rivalutazione del proprio credito di lavoro, già soddisfatto tardivamente nel suo importo originario (Cass. 16 febbraio 1984, n. 1148); *d*) della sussumibilità della rivalutazione monetaria nella nozione di reddito da lavoro dipendente prevista ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche (Cass. 15 maggio 1987, n. 4496).

Dell'accennato quadro concettuale appare un corollario il principio della rivalutazione monetaria automatica dei crediti di pensione ordinaria a carico dello Stato, affermato sull'assunto e con i limiti del collegamento di quella situazione creditoria con un'attività di lavoro (Corte conti, sez. riun., 27 gennaio 1987, n. 525/A).

In queste composite ed articolate coordinate normative e giurisprudenziali va collocato il problema, che ne occupa, della rivalutazione monetaria dell'indennità di buonuscita.

In prima approssimazione, va osservato che lo spostamento *ex latere creditoris* della prospettiva in tema di adempimento tardivo delle obbligazioni pecuniarie al tempo stesso accentua il profilo funzionale della fattispecie creditoria e ne sbiadisce la rilevanza del profilo strutturale e del regime giuridico.

Per tal guisa, nella qualificazione alternativa dell'indennità di buonuscita non è che la natura previdenziale appaia, come in passato, un'entità ontologicamente contrapposta alla natura retributiva, ma piuttosto il quesito è se nella fattispecie del credito previdenziale non si rinvenga un assetto di interessi in qualche modo analogo a quello della fattispecie del credito retributivo.

Al quesito è stata già data risposta affermativa.

Dapprima la Corte di cassazione, con la sent. 3 maggio 1986, n. 3004, ha affermato che il creditore previdenziale si inquadra, di regola, nella figura del modesto consumatore, che spende tutto il denaro disponibile per le esigenze di vita, in maniera, quindi, tale da sottrarsi agli effetti della svalutazione monetaria; tale impiego del denaro resta precluso per effetto del ritardo nell'adempimento del debitore. In tal caso, al modesto consumatore si applica una presunzione (di danno) peculiare rispetto a quelle che assistono le altre figure di creditori.

In seguito, con ulteriore passaggio logico, la Corte costituzionale, con la sent. 7 aprile 1988, n. 408, pronunciando sulla specifica questione di legittimità costituzionale delle norme che avrebbero precluso, secondo i giudici *a quibus*, la rivalutazione monetaria dell'indennità di buonuscita Enpas, passava dal criterio soggettivo delle condizioni e qualità personali del creditore al criterio oggettivo della natura del credito, così testualmente affermando: « Sebbene la giurisprudenza continui a riferirsi a criteri personalizzati, appare evidente come in tema di crediti previdenziali le conclusioni raggiunte vadano alquanto oltre e creino un tessuto interpretativo, in presenza del quale questa corte ritiene che si possa sfuggire, nel nuovo quadro complessivo determinato dalle decisioni dei giudici ordinari e amministrativi, a censure di illegittimità, in riferimento così all'art. 3 come all'art. 38 Cost.

« In altri termini, le enunciazioni riportate inducono alla conclusione che le somme percepite a titolo di prestazione previdenziale sono per loro natura, più che per le particolari qualità personali del singolo creditore considerato, normalmente destinate alle comuni esigenze di vita ed in quanto tali sensibili al danno conseguente alla svalutazione monetaria.

« In caso di tardivo pagamento deve dunque provvedersi ad eliminare tale danno, pur quando sia impossibile allegare la prova di uno specifico pregiudizio.

« Sfuggono a tale regime le somme di rilevante importo corrisposte in unica soluzione; nel qual caso trovano applicazione... regole e criteri concernenti il creditore occasionale ».

L'adunanza plenaria condivide questa impostazione che, nel quadro di un'autentica « giurisprudenza degli interessi », costruendo una nozione funzionale del credito previdenziale ed individuandone l'affinità con il credito di lavoro, riconduce il sistema a razionale unità e coerenza costituzionale.

Infatti, la capacità espansiva del principio dell'automatismo rivalutativo a tutte le situazioni creditorie collegate, con le prestazioni di lavoro, affermata dal giudice delle pensioni, non può non involgere logicamente anche l'indennità di buonuscita Enpas, legata geneticamente alla cessazione del servizio, che costituisce la cerniera tra pubblico impiego e rapporto pensionistico, nei quali quell'automatismo rivalutativo vive. Così soltanto, del resto, può dirsi completata l'unificazione del si-

stema di tutela contro il ritardo nell'adempimento di tutti i crediti che traendo la loro origine diretta o indiretta, nel rapporto di lavoro, sono destinati comunque ad assicurare ai lavoratori, negli eventi più carichi di significato socio-economico, mezzi adeguati alle loro esigenze di vita. Lo stesso dicasi, a maggior ragione, per le speciali indennità per cui è causa.

Applicando i suesposti principî di diritto al caso di specie, nel quale si controverte di importi differenziali di indennità, l'appello principale va accolto e va dichiarato il diritto degli appellanti alla rivalutazione monetaria sui crediti accertati nelle sentenze di primo grado, con la conseguente pronuncia di condanna.

SEZIONE SESTA

GIURISPRUDENZA TRIBUTARIA

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 10 gennaio 1989, n. 19 - Pres. Scanzano -
Rel. Vignale - P.M. Amirante (conf.). Ministero delle Finanze (Avv.
Stato Cocco) c. D'Agostino.

**Tributi in genere - Contenzioso tributario - Estinzione del processo -
Art. 44 D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636 - Eccezione di parte - Non
necessità.**

(d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636, art. 44; C.P.C., art. 307).

*L'estinzione del processo per mancata presentazione dell'istanza di
fissazione di udienza a norma dell'art. 44 del D.P.R. 26 ottobre 1972,
n. 636, comportando una decadenza equivalente alla improcedibilità del
ricorso, deve essere pronunziata d'ufficio, non trovando applicazione
l'art. 307, c.p.c. nella parte in cui prevede che l'estinzione deve essere
eccepita dalla parte (1).*

(omissis) Col primo motivo, la ricorrente Amministrazione lamenta
che erroneamente sia stata ritenuta applicabile, nella fattispecie, la dispo-
sizione di cui all'art. 307, cod. proc. civ., giacché l'estinzione del processo
per omessa tempestiva richiesta di prosecuzione, a norma dell'art. 44 del
D.P.R. n. 636 del 1972, è rilevabile d'ufficio. Deduce, comunque, di avere
eccepito l'estinzione del processo innanzi alla Commissione di II grado.

Col secondo motivo, censura la sentenza della Corte di appello per
aver affermato che incombeva ad essa Amministrazione la prova della
tardiva presentazione dell'istanza di fissazione dell'udienza e sostiene che,
trattandosi di atto processuale diretto alla prosecuzione del giudizio, era
a carico del contribuente la prova non solo della presentazione, ma
anche della tempestività dell'istanza.

Il ricorso è infondato, benché la decisione della Corte d'appello debba
essere corretta in ordine all'affermazione relativa alla non rilevanza
d'ufficio dell'estinzione del procedimento tributario. L'art. 44 D.P.R. 26 ot-
tobre 1972, n. 636, sulla revisione del contenzioso tributario, pose a carico
dei contribuenti, a pena di declaratoria di estinzione del processo, l'onere
di produrre — entro un termine perentorio — un'istanza per la fissa-
zione dell'udienza di trattazione dei ricorsi pendenti. Già potrebbe osser-
varsi, al riguardo, che, applicandosi nel procedimento tributario, a norma

(1) Decisione da condividere pienamente.

dell'art. 39 dello stesso D.P.R., solo le disposizioni di cui al I libro del codice di rito civile e non anche quelle del secondo, di cui l'art. 307 fa parte, la pronuncia di estinzione del processo non può ritenersi soggetta ad eccezione di parte. Ma è, altresì, evidente che, in base all'art. 44 del D.P.R. n. 636/1972, l'inosservanza dell'onere di tempestiva presentazione dell'istanza di fissazione comporta — per il contribuente — una decadenza e questa, riguardando diritti indisponibili e determinando l'improponibilità dell'azione, non può non essere rilevata anche d'ufficio, secondo quanto dispone l'art. 2969 cod. civ. La declaratoria di estinzione del processo tributario, in questo caso, equivale infatti proprio ad una pronuncia di improponibilità del ricorso, che può essere emessa anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento, in quanto effetto necessario ed indefettibile dell'inerzia del contribuente (Cass. 17 novembre 1981 n. 6101). *(omissis)*

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 27 febbraio 1989, n. 1053 - *Pres. Vercellone - Est. Cantillo - P. M. Amirante (con.) Soc. SIPAR (avv. Matarese) c. Ministero delle Finanze (avv. Stato Palatiello).*

Tributi erariali diretti - Imposta sui redditi di ricchezza mobile - Plusvalenza - Espropriazione - È causa di realizzo.

(t.u. 29 gennaio 1958, n. 645, artt. 82 e 100).

Tributi erariali diretti - Imposta sui redditi di ricchezza mobile - Periodo di imposta - Imputazione per competenza - Indennità di espropriazione - Riferimento al momento del deposito.

(t.u. 29 gennaio 1958, n. 645, artt. 81, 100 e 106).

L'espropriazione è atto idoneo a determinare plusvalenza sempreché l'indennizzo venga liquidato in relazione al valore venale (1).

Ai fini dell'imputazione, per competenza, sul periodo di imposta, l'indennità di espropriazione è da considerare esigibile al momento del deposito presso la Cassa Depositi e Prestiti (2).

(omissis) 1. - Nell'ordine logico-giuridico deve essere esaminato con precedenza il secondo motivo di ricorso, con cui la Società Bonifica denuncia la violazione degli artt. 81 e 110 ss. del t.u. 29 gennaio 1958,

(1-2) Identica è la sentenza coeva n. 1065.

La prima massima è ineccepibile; anche sotto il vigore del t.u. del 1958 era considerato realizzo di plusvalenza qualunque trasferimento a titolo oneroso. Il supposto valore risarcitorio della indennità (se tale può ritenersi) non farebbe mutare la conclusione; già era stato riconosciuto come generatore di plusvalenza l'indennizzo di bene distrutto (Cass. 3 aprile 1979 n. 1874, in questa *Rassegna*, 1979, I, 547). Si dovrebbe solo dire che non persuade la precisazione

n. 645, e critica la decisione impugnata per avere erroneamente ravvisato una cessione onerosa, suscettibile di dar luogo a plusvalenza, nell'espropriazione per pubblica utilità, laddove l'indennità integra un mero realizzo patrimoniale, avente natura risarcitoria e, dunque, non qualificabile come componente reddituale.

Non è chiaro se con la censura si intende negare che, alla stregua della disciplina dell'abrogato t.u. delle imposte dirette, nell'espropriazione fosse configurabile un'operazione speculativa ovvero che l'indennità potesse costituire un'incremento tassabile; ma l'inconsistenza della critica è evidente sotto entrambi i profili.

È pacifico che gli artt. 81 e 100 del d.P.R. n. 645 del 1958, attraverso il generico riferimento alle operazioni di « realizzo di beni » dietro corrispettivo di un prezzo, annoveravano fra gli atti idonei a generare plusvalenze imponibili anche i trasferimenti coattivi — come le vendite forzate, le espropriazioni per pubblica utilità, etc. — i quali realizzano fattispecie di trasferimenti derivativi ed onerosi, ancorchè caratterizzate dall'assenza del requisito della volontà del titolare del diritto rispetto al prodursi della vicenda traslativa.

Ora, questo elemento poteva assumere rilievo per la configurabilità della plusvalenza in relazione ai soggetti per i quali si esigeva il requisito dell'intento speculativo, non per le imprese commerciali e per i soggetti tassabili in base a bilancio, per i quali, invece, ai sensi dell'art. 106 t.u. cit., le plusvalenze di tutti i beni concorrevano in ogni caso, a prescindere dall'intento suddetto a formare, il reddito imponibile dell'esercizio nel quale erano « realizzate, distribuite o iscritte in bilancio ». E a tale categoria apparteneva, appunto, la società ricorrente, sicchè il riferimento alla mancanza della finalità lucrativa non è pertinente.

Quanto, poi, all'altro aspetto della censura, è agevole osservare che la funzione *lato sensu* risarcitoria dell'indennità non costituisce ostacolo alla configurabilità della plusvalenza, che si realizza sempre che l'indennizzo venga liquidato in relazione al valore venale del bene e questo sia superiore all'ultimo valore riconosciuto.

Giova rilevare che questi principi si trovano puntualmente recepiti nella normativa del vigente t.u. delle imposte dirette (d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917), che fra le plusvalenze patrimoniali comprende sia quelle realizzate mediante cessione a titolo oneroso, sia quelle realizzate me-

che l'espropriazione costituisce plusvalenza solo quando l'indennità sia liquidata in relazione al valore venale; qualunque valore, se superiore a quello di riferimento, determina plusvalenza.

Da condividere anche la seconda massima, pur precisando che il momento della esigibilità dell'indennità di espropriazione non è tanto quello del deposito ma quello del perfezionamento del procedimento amministrativo; in ogni caso è irrilevante il procedimento di volontaria giurisdizione necessario per ottenere lo svincolo.

diante il risarcimento per la perdita o il danneggiamento dei beni (art. 54 lett. *a* e *b*) e a fortiori, quindi, quelle conseguite mediante l'indennità di espropriazione.

2. - Con il primo motivo, denunziando del pari la violazione degli artt. 81, 100 e 106 del t.u. n. 645 del 1958, nonchè vizi della motivazione, la ricorrente sostiene che la plusvalenza non poteva ritenersi realizzata nell'anno 1966, posto che l'indennità diviene esigibile, e può essere iscritta in bilancio, soltanto in seguito al decreto di svincolo emesso dalla competente autorità giudiziaria.

Anche questa censura è manifestamente infondata.

Il credito per indennità di espropriazione diventa liquido ed esigibile, per l'ammontare liquidato nel decreto di espropriazione, con il deposito dell'indennità presso la Cassa depositi e prestiti che è considerato equivalente al pagamento ai fini della liberazione del debitore espropriante, il quale, relativamente alla somma depositata, non è tenuto neppure a corrispondere interessi all'espropriato, cui competono soltanto gli interessi corrisposti dalla Cassa.

Il procedimento di volontaria giurisdizione per lo svincolo attiene, invece, al pagamento dell'indennità, con la conseguenza che la plusvalenza che essa comprende deve intendersi definitivamente realizzata già con il deposito, essendo irrilevante a questi effetti il tempo occorrente per l'espletamento di detta procedura.

Nella specie, quindi, il credito doveva necessariamente essere iscritto nell'attivo dello stato patrimoniale del bilancio della società relativo all'anno 1966, durante il quale si era formato, trattandosi di credito correlato ad un disinvestimento patrimoniale, e il conseguente saldo positivo non poteva non influenzare, quale elemento positivo di reddito, il conto profitti e perdite. (*omissis*)