

ANNO LIII - N. 1-4

GENNAIO-DICEMBRE 2001

RASSEGNA
AVVOCATURA
DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO
TOMO I

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO
ROMA 2002

ABBONAMENTI ANNO 2001

	ITALIA	ESTERO
ABBONAMENTO ANNUO	€ 41,32	€ 77,47
UN NUMERO SEPARATO	€ 41,32	€ 77,47

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

Per abbonamenti e acquisti rivolgersi a:

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO
Funzione Editoria

P.zza Verdi, 10 – 00198 Roma
Tel. 0685084127 – 0685082307
Fax 0685084117
E-mail: editoriale@ipzs.it
c/c postale n. 387001

Stampato in Italia – Printed in Italy

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

(5600868/1) Roma, 2002 — Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato – S.

INDICE

PREMESSA	pag.	I
----------------	------	---

Parte prima: DOTTRINA - RASSEGNA BIBLIOGRAFICA

DOTTRINA	pag.	3
RASSEGNA BIBLIOGRAFICA	»	131

Parte seconda: GIURISPRUDENZA

Sezione prima:	GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE (a cura di Ignazio Francesco Caramazza)	pag.	3
Sezione seconda:	GIURISPRUDENZA COMUNITARIA E INTERNAZIONALE (a cura di Oscar Fiumara)	»	93
Sezione terza:	GIURISPRUDENZA DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE (a cura di Sergio Laporta)	»	155
Sezione quarta:	GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA (a cura di Raffaele Tamiozzo)	»	249
Sezione quinta:	GIURISPRUDENZA TRIBUTARIA (a cura di Giancarlo Mandò)	»	344
Sezione sesta:	GIURISPRUDENZA PENALE (a cura di Paolo di Tarsia di Belmonte)	»	441

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

Hanno collaborato inoltre al presente numero:

Giacomo Aiello - Giuseppe Albenzio - Giuseppe Arpaia - Valentina Bertoldi
Marco Bisogni - Alessandra Bruni - Lorenzo Capaldo - Francesco Caput - Franco Favara
Maurizio Fiorilli - Cristina Giorgiantonio - Maria Letizia Guida - Teresa Iaconinoto
Luana Iannetti - Paola Lombardo - Maria Vittoria Lumetti - Giuseppe Marianetti
Adolfo Mutarelli - Marco Natoli - Giuseppe Nucaro - Giancarlo Pampanelli
Emanuela Pantanella - Ubaldo Perrucci - Carmela Pluchino - Vincenzo Rago - Paola Raparelli
Emanuela Rosanò - Sergio Sabelli - Michele Savarese - Mario Antonio Scino - Roberta Tortora
Antonio Volpe - Valeria Vinci Orlando

La pubblicazione è diretta da
OSCAR FIUMARA

ARTICOLI, NOTE, DOTTRINA, RECENSIONI

Primi atti nell'incarico dell'Avvocato LUIGI MAZZELLA:

a) Corte costituzionale – Il saluto del Presidente Ruperto... all'Avvocato generale Plinio Sacchetto	pag. V
b) Cerimonia d'insediamento – Discorso del Presidente del Consiglio »	VII
c) Cerimonia d'insediamento – Discorso dell'Avvocato Generale »	X
d) Avvocatura generale dello Stato – Circolari istitutive delle Sezioni »	XVII
e) Avvocatura generale dello Stato – Circolari sulla firma degli atti »	XXV
f) Relazione dell'Avvocato Luigi Mazzella al <i>Service sulla Giustizia del Lions Club "Salerno 2000"</i> : "Lo Stato italiano al bivio tra federalismo esterno e federalismo interno. Il ruolo dell'Avvocatura dello Stato". »	XXVIII
G. AIELLO, <i>Recensione a: Mario Sanino, Diritto sportivo</i>	I, 131
G. ALBENZIO, <i>Il Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità. Presentazione</i>	I, 94
G. ARPAIA, <i>Nuovi limiti allo svolgimento del diritto di assemblea per le associazioni sindacali operanti nei servizi pubblici essenziali</i>	II, 245
M. BISOGNI, <i>L'estensione ai detenuti del diritto alle ferie</i>	II, 56
A. BRUNI, <i>Traduzione del provvedimento di espulsione di extracomunitario: nuovo indirizzo della Suprema Corte</i>	II, 157
L. CAPALDO, <i>Istruzione pubblica e concorrenza sleale</i>	II, 177
F. CAPUT, <i>Giudizio risarcitorio e colpa dell'amministrazione</i>	I, 40
I. F. CARAMAZZA, <i>I limiti costituzionali della giurisdizione esclusiva</i>	II, 26
I. F. CARAMAZZA, <i>In ricordo di Massimo Severo Giannini</i>	I, 18
I. F. CARAMAZZA, <i>Risarcimento del danno e giudizio amministrativo</i>	I, 30
R. DE FELICE, <i>IRPEG e revisione prezzi</i>	II, 398
R. DE FELICE, <i>La detrazione IVA tra decadenza e rimborso</i>	II, 378
R. DE FELICE, <i>L'immobile nel reddito d'impresa (e di lavoro autonomo)</i>	II, 372
R. DE FELICE, <i>Procedimento penale ed accertamento tributario: inutilizzabilità o utilizzabilità di atti viziati</i>	II, 413
R. DE FELICE, <i>Una dubbia decisione in tema di applicazione analogica di termini decadenziali</i>	II, 349
F. FAVARA, <i>Le modifiche al titolo V della Costituzione. I quesiti sorti in sede di prima esegesi. Osservazioni</i>	II, 10
O. FIUMARA, <i>Le sentenze dei giudici comunitari dell'anno 2001 in cause cui ha partecipato l'Italia</i>	II, 93
C. GIORGIANTONIO, <i>Credito d'imposta e maggiorazione di conguaglio</i>	II, 402
C. GIORGIANTONIO, <i>La sentenza di patteggiamento costituisce un rilevante elemento di prova ai fini dell'accertamento del reddito imponibile (nella specie di illeciti proventi): la Cassazione conferma il proprio orientamento</i>	II, 367

C. GIORGIANTONIO, <i>Principio consensualistico ed imposizione fiscale: note a margine di una sentenza</i>	II,	386
L. IANNETTI, <i>Le modifiche al titolo V della Costituzione. Gli impatti della riforma in materia di istruzione</i>	II,	18
L. IANNETTI, <i>Le modifiche al titolo V della Costituzione. Il nuovo testo costituzionale, come modificato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3</i>	II,	3
L. IANNETTI, <i>Le modifiche al titolo V della Costituzione. Le prime pronunce della Corte Costituzionale</i>	II,	15
P. LOMBARDO, <i>Trattamento tributario delle attività delle associazioni autoqualificantesi come religiose: spunti ricostruttivi</i>	II,	419
M. V. LUMETTI, <i>Le azioni di riparazione per errore giudiziario ed ingiusta detenzione: natura e contenuto della statuizione del giudice</i>	I,	55
G. MARIANETTI, <i>L'Adunanza Plenaria ricostruisce il procedimento di annullamento ministeriale delle autorizzazioni paesaggistiche</i>	II,	272
A. MUTARELLI, <i>Il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche scopre il reclamo cautelare ex art. 669 terdecies c.p.c</i>	II,	168
M. NATOLI, <i>Enti locali: tra autonomia e devoluzione</i>	I,	24
G. PAMPANELLI, <i>Accorpamento delle aree di contrattazione collettiva della dirigenza e criterio di ripartizione dei distacchi sindacali nel Contratto Collettivo Nazionale Quadro del 27 febbraio 2001</i>	II,	239
U. PERRUCCI, <i>Il falso problema delle "concessioni in fieri"</i>	II,	160
C. PLUCHINO, <i>Ingiusta detenzione: natura giuridica e novità normative</i>	II,	466
P. RAPARELLI, <i>Effetti sostanziali e processuali del d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74 sui processi penali in corso</i>	II,	446
E. ROSANÒ, <i>La vicenda Carbonara/Ventura e il problema della prescrizione del diritto al risarcimento del danno da "occupazione acquisitiva"</i>	II,	114
E. ROSANÒ, <i>L'«occupazione acquisitiva»: percorsi di un istituto controverso</i>	I,	98
M. SAVARESE, <i>Il caso Bush v. Gore: analisi di una battaglia</i>	I,	3

PARTE PRIMA

DOTTRINA	<i>pag.</i>	3
RASSEGNA BIBLIOGRAFICA	»	131

PARTE SECONDA

INDICE ANALITICO – ALFABETICO DELLA GIURISPRUDENZA

ACQUE PUBBLICHE

- Giudizio dinanzi al tribunale Superiore - Ordinanza di sospensione - Reclamo - Ammissibilità, con nota di A. MUTARELLI, 168.

AMBIENTE

- Disciplina degli scarichi - Disciplina previdente della Provincia - Sopravvenienza normativa statale contrastante - Legittimità, 79.
- Inquinamento acque conflitto tra Province e Stato - Corpo Forestale Stato - Corpo Forestale Provinciale, 79.
- Sistema di depurazione - Responsabilità penale del gestore di impianti di depurazione generale - Lesione attribuzioni provinciali - Insussistenza, 79.

ATTO AMMINISTRATIVO

- Legge 27 agosto 1990, n. 241, artt. 22 e 24 - Accesso ai documenti - Esercizio presso uffici periferici o tramite servizio postale - Diniego - Fattispecie, 269.

BELLEZZE NATURALI

- Annullamento ministeriale nulla osta paesistico - Concorrenza poteri Stato - Regione, con nota di G. MARIANETTI, 272.
- Annullamento ministeriale nulla osta paesistico - Eccesso di potere - Profili, con nota di G. MARIANETTI, 272.
- Annullamento ministeriale nulla osta paesistico - Leale cooperazione Stato Regione - Rispetto principi generali legittimità azione amministrativa, con nota di G. MARIANETTI, 272.
- Annullamento ministeriale nulla osta paesistico - Sindacato di mera legittimità - Esclusione valutazioni di merito su atto regionale, con nota di G. MARIANETTI, 272.

BENI CULTURALI

- Ritrovamento non fortuito - Premio - Artt. 1 e 49 legge n. 1089/39 - Spettanza, 335.

COMPETENZA CIVILE

- Foro erariale - Difetto di competenza - Rilevabilità - Preclusione, 205.

COMUNITÀ EUROPEE

- Concorrenza nel settore dei servizi postali, 105.
- Libera circolazione delle merci - Tutela della proprietà industriale e commerciale - Diritto di marchio - Esaurimento - Immissione in commercio al di fuori dello spazio economico europeo (SEE) - Reimpostazione all'interno del SEE - Consenso del titolare del marchio - Necessità di un consenso espresso o tacito - Prescrizione di consenso - Inapplicabilità, 146.
- Norme commerciali dell'olio d'olivo - Olivo extravergine e olio vergine - Designazione del luogo di origine - Luogo di molitura - Legittimità, 100.

CONCORRENZA

- Istruzione pubblica - Natura non imprenditoriale - Non configurabilità di atti di concorrenza sleale nei confronti di istituti scolastici privati, con nota di L. CAPALDO, 177.

CONCORSO PUBBLICO

- Non vincitore - Diritto alla scorrimento della graduatoria in caso di posti vacanti - Potere discrezionale dell'Amministrazione, 198.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

- Art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione - Privazione di proprietà - Occupazione acquisitiva pronunciata dalla Corte di Cassazione molti anni dopo il completamento dell'opera - Applicazione del termine di prescrizione a partire da quest'ultimo momento - Impossibilità per i proprietari originari di essere indennizzati, con nota di E. ROSANÒ, 114.

DIRITTO DELL'UOMO E LIBERTÀ FONDAMENTALI

- Diritto ad un processo equo e tempestivo - Diritto ed obbligazioni di carattere civile - Nozione autonoma dal diritto interno dello Stato membro - Controversie tributarie - Ambito della categoria, 124.
- Divieto di discriminazioni - Onere della prova, 124.

FALSITÀ IN ATTI

- Falsità ideologica - Non configurabilità con riferimento ad una delibera del Consiglio di facoltà adottata in conformità ad una bozza predisposta in precedenza da uno dei suoi componenti, con nota di M. BISOGNI, 441.

GIUDIZIO DI COSTITUZIONALITÀ

- Ricorso in via principale - Prospettazione tesi alternative - Ammissibilità, 79.

GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA

- Decisione della Corte dei conti - Competenza, 302.

GIUDIZIO PENALE

- Equa riparazione - Entità della liquidazione - Innalzamento da cento milioni a un miliardo *ex art. 15, comma 1, lettera a)*, della legge 16 dicembre 1999 n. 479 - Applicabilità della nuova legge ai procedimenti di liquidazione pendenti alla data della sua entrata in vigore, con nota di C. PLUCHINO, 465.

- Ingiusta detenzione cautelare - Equa riparazione - Entità dell'indennizzo - Criteri e parametri valutativi - Discrezionalità del giudice - Limite massimo di durata complessiva della custodia cautelare - Riferimento all'art. 303, quarto comma lettera *c)*, c.p.p., con nota di C. PLUCHINO, 465.

GIURISDIZIONE

- Organizzazione internazionale - FAO - Persona giuridica - Immunità giurisdizionale - Rapporto di lavoro di cittadino italiano - Giurisdizione italiana - Esclusione, 192.

GIURISDIZIONE CIVILE

- Concessione demaniale scaduta - Domanda di rinnovo - Mancata accettazione dei canoni proposti - Inesistenza del diritto - Giurisdizione amministrativa - Domanda riconvenzionale per la restituzione del bene demaniale e per l'indennizzo da occupazione senza titolo - Giurisdizione ordinaria, con nota di U. PERRUCCI, 160.
- Straniero - Obbligazioni sorte o da eseguirsi in Italia - Procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi - Azione revocatoria - Giurisdizione del giudice italiano - Fondamento, 120.

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

- Estensione della giurisdizione esclusiva a tutta la materia dell'edilizia, ivi comprese le cause sui diritti soggettivi connessi ad atti, provvedimenti e comportamenti delle amministrazioni pubbliche - Irragionevolezza - Violazione del diritto di difesa, dei principi del giudice naturale, del giusto processo e della funzione di nomofilachia attribuita alla Corte di Cassazione, con nota di I. F. CARAMAZZA, 26.
- Giudizio in materia di opere pubbliche - Riduzione dei termini processuali - Si applica anche alle controversie aventi ad oggetto atti di secondo grado, 250.

- Giudizio in materia di opere pubbliche - Riduzione dei termini processuali - Termine per la proposizione del ricorso - Sopravvenienza della legge n. 205 del 2000 - Irrilevanza, 250.
- Istruzione e scuole - Insegnante di religione - Nulla osta vescovile - Sindacabilità - Sussiste, 310.
- Ricorso - Indicazione nel provvedimento dei termini e l'autorità cui ricorrere - Rimessione in termini per errore scusabile - Criteri - Esclusione, 250.
- Ricorso - Notificazione a mezzo del servizio postale - Tardività - Rimessione in termini per errore scusabile - Esclusione, 250.
- Ricorso per revocazione - Motivi - Contrasto tra sentenza di primo grado e di appello - Inconfigurabilità, 259.
- Ricorso per revocazione - Motivi - Contrasto tra tesi di diritto - Inconfigurabilità, 259.
- Ricorso per revocazione - Motivi - Errore di fatto - Omesso esame di allegato a relazione istruttoria - Inammissibilità, 259.

IMPIEGO PUBBLICO

- Concorso - Graduatoria - Parità di punteggio - Preferenza per il candidato più giovane - Art. 3, comma 7, legge 15 maggio 1997, n. 127 - Questione di legittimità costituzionale - Infondatezza, 66.
- Contrattazione collettiva - Comparti - Sindacati monocategoriali - Rappresentatività, 199.
- Contrattazione collettiva aree dirigenziali - Distacchi e permessi sindacali - Ripartizione operata dal Contratto Collettivo Nazionale Quadro del 27 febbraio 2001 - Appare legittima - Art. 50 decreto legislativo n. 165/001, con nota di G. PAMPANELLI, 239.
- Dirigenti - Concorso per titoli e colloqui - Durata di validità delle graduatorie - Diritto alla nomina e al conferimento dell'incarico - Esclusione, 202.
- Indennizzo per infermità derivanti da cause di servizio - Divieto di cumulo con assicurazione a carico dello Stato - Inapplicabilità del divieto agli eredi, 304.

- Trattamento pensionistico - Accertamento diritto del dipendente a maggior trattamento retributivo - Nesso di intima connessione tra pretesta e rapporto d'impiego - Giurisdizione giudice amministrativo, 315.
- Sospensione cautelare dal servizio - Sentenza penale di condanna - Attivazione procedimento disciplinare - Domanda del dipendente di *restitutio in integrum* - infondatezza, 315.
- Sospensione cautelare dal servizio - Sentenza penale di condanna - Mancata attivazione procedimento disciplinare - Domanda del dipendente di *restitutio in integrum* - rimessione questione all'Adunanza Plenaria, 315.

IMPUGNAZIONI CIVILI

- Ricorso in Cassazione - Sentenza sul giudizio di opposizione all'ingiunzione di pagamento - Decorrenza termine breve - Notifica - Idoneità della notifica d'ufficio, 155.

INGIUNZIONE FISCALE

- Opposizione - Mancata notificazione presso l'Avvocatura dello Stato - Costituzione del Ministero delle finanze - Sanatoria - Sussiste, 434.

IVA

- Detrazione - Decadenza - Esercizio in sede di liquidazione periodica ma non in dichiarazione annuale - Sussiste - Conseguenze - Diritto al rimborso, con nota di R. DE FELICE, 378.
- Rettifica - Prove - Documenti acquisiti nel corso di perquisizione disposta dal P.M. - Utilizzabilità, con nota di R. DE FELICE, 413.

LEVA MILITARE

- D.lgs n. 504/1997 e decreto del Presidente della Repubblica 25/1998 - Ritardo per motivi di studio - Studenti Università straniere in Italia - Non spetta, 307.

MEDICI

- Iscritti alle scuole di specializzazione - Borse di studio - Direttiva 82/76/CEE - D.lgs. n. 257/1991 - Prescrizione quinquennale dei crediti - Sussiste, 340.

ORDINAMENTO PENITENZIARIO

- Detenuto lavoratore alle dipendenze dell'amministrazione carceraria - Mancato riconoscimento espresso del diritto al riposo annuale retribuito - Irrinunciabilità di tale diritto e funzione rieducativa del lavoro carcerario - Illegittimità costituzionale in *parte qua*, con nota di M. BISOGNI, 56.

PROCEDIMENTO CIVILE

- Notificazioni - Mediante il servizio postale - Art. 149 cod. proc. civ. - Interpretazione della norma nel senso che la notifica si perfeziona al momento della ricezione dell'atto anziché al momento della spedizione - Questione di legittimità costituzionale - Manifesta inammissibilità, 70.
- Di primo grado - Rito ordinario - Intervento di terzi - Tipologie - Ammissibilità - Preclusioni, 205.

PROTEZIONE GIURIDICA DELLE INVENZIONI BIOTECNOLOGICHE

- Certezza del diritto - Obblighi di diritto internazionale degli Stati membri - Diritti fondamentali - Dignità della persona umana, 133.

PROVENTI DI ATTIVITÀ ILLECITA

- Imponibilità - Giudizio tributario - Sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti - Elemento di prova, con nota di C. GIORGIANTONIO, 367.

RAPPORTI DI DIRITTO CIVILE

- Riconoscimento di debito e/o rinuncia alla prescrizione da parte della p.a. - Art. 3 del decreto legislativo n. 29/1993 - Competenza dell'organo a rappresentare l'ente - Necessità, 189.

REATO

- Associazione antinazionale - Art. 271 cod. pen. - Questione di legittimità costituzionale - Fondatezza, 62.

REATI TRIBUTARI

- Utilizzazione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti punite dall'art. 4 lett. *d*) d.lgs. 10 luglio 1982 n. 429, convertito in legge 7 agosto 1982, n. 516 - Perdurante rilevanza penale a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74 - Esclusione, con nota di P. RAPARELLI, 446.
- Utilizzazione dei predetti documenti a supporto della dichiarazione annuale dei redditi - Continuità normativa fra ipotesi di frode di cui all'art. 4 lett. *f*) decreto legge 10 luglio 1982 n. 429 convertito in legge 7 agosto 1982 n. 516 e nuova ipotesi di dichiarazione fraudolenta di cui all'art. 2 d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74 - Sussistenza, con nota di P. RAPARELLI, 446.

REDDITO D'IMPRESA

- Plusvalenze iscritte - Costruzione di immobile iscritto al conto patrimoniale da parte di società di costruzioni edili - Iscrizione al costo comprendente costi non documentati o non inerenti - Natura di questi valori: plusvalenze iscritte, con nota di R. DE FELICE, 372.

RESPONSABILITÀ CIVILE DA FATTO ILLECITO

- Danni da sangue infetto ed emoderivati - Responsabilità della p.a. - Qualificazione *ex art.* 2049 c.c. - Esclusione - Qualificazione *ex art.* 2050 c.c. - Esclusione - Qualificazione *ex art.* 2043 c.c. - Sussistenza, 205.
- Prescrizione - *Dies a quo* - Decorrenza - Rilevanza penale della fattispecie - Termine quinquennale - Esclusione, 205.

RIFIUTI

- Divieto di smaltimento di rifiuti di provenienza extraregionale per rifiuti speciali - Violazione norme di riforma economica e sociale e del principio di libera circolazione di cose tra le Regioni, 71.

SANZIONI AMMINISTRATIVE

- Notifica ad opera di un funzionario - Notifica a mezzo posta - Fidejussione della sottoscrizione da parte dell'ufficiale postale fino a querela di falso - Prova testimoniale - Ammissibilità, 193.

SINDACATI

- Attività sindacale - Assemblea di lavoratori operanti nei servizi pubblici essenziali - Mancato rispetto delle norme poste a tutela dei diritti costituzionalmente garantiti per i cittadini - Equiparazione del diritto di assemblea a quello di sciopero - Conseguenze, con nota di G. ARPAIA, 245.

STRANIERO

- Cittadino extracomunitario - Provvedimento di espulsione - Traduzione in lingua inglese - Assenza di motivazione sulla mancata traduzione nella lingua di origine - Illegittimità, con nota di A. BRUNI, 157.
- Espulsione amministrativa - Impossibilità di eseguire con immediatezza la misura - Trattenimento presso centri di permanenza temporanea - Necessaria convalida giudiziaria - Mancata previsione della convalida del provvedimento di accompagnamento - Non fondatezza nei sensi di cui in motivazione, 49.
- Espulsione amministrativa - Trattenimento dello straniero presso centri di permanenza temporanea - Automatica permanenza per complessivi 20 giorni - Mancata previsione di provvedimento motivato dell'Autorità Giudiziaria - Asserita violazione del principio di riserva di giurisdizione - Infondatezza, 49.
- Trattenimento presso centri di permanenza temporanea - procedimento di convalida - Poteri del giudice - Violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa - Manifesta inammissibilità, 50.

TRIBUTI (IN GENERALE)

- Accertamento - Presunzioni - Comportamenti irrazionali e antieconomici - Accertamento extracontabile - Ammissibilità, 375.
- Accertamento - Presunzioni - Trasporto di poche paia di scarpe in consegne frazionate e località distanti - Indizio grave di in veridicità delle bolle, 375.
- Accertamento - Prova - Alterazione di bolla accompagnatoria - Trasformazione dell'ultimo numero della «P» di paio - Esame del documento in originale - Necessità, 375.
- Contenzioso - Annullamento in autotutela da parte della Amministrazione finanziaria - Sindacabilità - Esclusione, 346.
- Procedimento contenzioso - Art. 52, comma 2, d.lgs. n. 546/1992 - Autorizzazione all'appello da parte del capo dell'ufficio tributario - È atto interno, e comunque non costitutivo del potere di impugnazione, 437.

TRIBUTI DOGANALI

- IVA all'importazione - Riscossione - Solidarietà - Spedizioniere: responsabilità sussidiaria - Incompatibilità con il diritto comunitario, 344.

TRIBUTI ERARIALI DIRETTI

- IRPEF - Imponibile - Proventi da illeciti (percezione di "tangenti") - Inclusione - Eccezioni - Sequestro o confisca penale - Sequestro del magistrato contabile: irrilevanza, 359.
- IRPEG - Maggiorazione di conguaglio - Computo - Determinazione reddito imponibile del periodo - Sopravvenienze passive (da imposte accertate) relative a periodi d'imposta anteriori al 1983 - Esclusione, con nota di C. GIORGIANTONIO, 402.
- IRPEG - Reddito d'impresa - Ricavi - Opere con esecuzione ultrannuale - Computo - Riserve dell'appaltatore - Esclusione, con nota di R. DE FELICE, 398.

- IRPEG e ILOR - Soggetti passivi - Associazione di carattere religioso - Scientology - Accertamento - Criteri, con nota di P. LOMBARDO, 419.
- IRPEG e ILOR - Soggetti passivi - Associazione di carattere religioso - Svolgimento intensa attività di cessione di beni e prestazione di servizi agli associati - Rilevanza - Giudizio di fatto, con nota di P. LOMBARDO, 419.
- Reddito d'impresa - Costi - Annotazione irregolare - Preclude deduzione se irregolarità sostanziale - Nozione: impedimenti all'accertamento, 382.

TRIBUTI ERARIALI INDIRETTI

- Imposta di registro - Agevolazioni - Legge 168/1982 - Revoca - Termini - Decadenza - Triennale - Decorrenza - Fattispecie, con nota di R. DE FELICE, 349.
- INVIM - Momento applicativo - Atto dell'alienazione - Produzione dell'effetto traslativo - Coincidenza - Compravendita immobiliare - Reg. Trentino Alto Adige - Produzione dell'effetto traslativo - Intavolazione - Necessità, con nota di C. GIORGIANTONIO, 385.

UNIVERSITÀ

- Docenti universitari - Incarichi ad ultra settantenni - Art. 15-*nonies* del d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502, 306.

INDICE CRONOLOGICO DELLA GIURISPRUDENZA

CORTE COSTITUZIONALE

ordinanza 10 aprile 2001, n. 105	<i>pag.</i> 49
22 maggio 2001, n. 158	» 56
12 luglio 2001, n. 243	» 62
ordinanza 19 luglio 2001	» 66
ordinanza 25 luglio 2001, n. 297	» 50
ordinanza 27 luglio 2001, n. 322	» 70
19 ottobre 2001, n. 335	» 71
18 dicembre 2001, n. 412	» 79

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE

Sez. 5 ^a , 14 dicembre 2000, nella causa C-99/99	<i>pag.</i> 100
Sez. 6 ^a , 17 maggio 2001, nella causa C-340/99	» 105
<i>Plenum</i> , 9 ottobre 2001, nella causa C-377/98	» 133
<i>Plenum</i> , 20 novembre 2001, nelle cause riunite C-414, 415, 416/99	» 146

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Sez. 2 ^a , 30 maggio 2000	<i>pag.</i> 114
12 luglio 2001	» 124

GIURISDIZIONI CIVILI

CORTE DI CASSAZIONE

Sez. Tributaria, 1° agosto 2000, n. 10047	<i>pag.</i> 344
Sez. Tributaria, 9 ottobre 2000, n. 13412	» 346
Sez. Un., 21 novembre 2000, n. 1196	» 349
Sez. Tributaria, 23 dicembre 2000, n. 16176	» 359
Sez. Tributaria, 17 gennaio 2001, n. 630	» 367
Sez. Tributaria, 27 gennaio 2001, n. 1186	» 372
Sez. Tributaria, 9 febbraio 2001, n. 1821	» 375
Sez. Tributaria, 9 febbraio 2001, n. 1823	» 378
Sez. Tributaria, 16 febbraio 2001, n. 2315	» 382
Sez. Tributaria, 8 marzo 2001, n. 3415	» 385
Sez. Tributaria, 26 aprile 2001, n. 6084	» 398
Sez. I, 14 giugno 2001, n. 8045	» 155
Sez. Tributaria, 15 giugno 2001, n. 8119	» 402
Sez. Tributaria, 19 giugno 2001, n. 8344	» 413
Sez. Un., 26 giugno 2001, n. 8745	» 120
Sez. I, 6 luglio 2001, n. 9138	» 157
Sez. Tributaria, 22 ottobre 2001, n. 12871	» 419
Sez. Un., 17 luglio 2001, n. 9652	» 160

COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE DI FIRENZE

Sez. 31, 30 maggio 2001, n. 79/31/00 pag. 437

CORTE D'APPELLO DI ROMA

Sez. III, 15 marzo 2001, n. 930 pag. 189

CORTE D'APPELLO DI TRIESTE

Sez. I, 4 gennaio 2001, n. 10 pag. 177

TRIBUNALE SUPERIORE DELLE ACQUE PUBBLICHE

Ordinanza 28 maggio 2001 pag. 168

TRIBUNALE DI LATINA

Sez. 2^a, 3 luglio 2000 n. 812 pag. 434

TRIBUNALE DI NAPOLI

Sez. lavoro, 26 luglio 2001 pag. 245

TRIBUNALE DI ROMA

Sez. lavoro, 5 novembre 1999, n. 109889 pag. 192

Sez. VII, 23 ottobre - 28 novembre 2000, n. 37691 » 193

Ordinanza 16 novembre 2000 - 7 marzo 2001 » 26

Sez. lavoro, 6 dicembre 2000, n. 19734 » 198

Sez. lavoro, 31 gennaio 2001, n. 1463 » 199

Sez. lavoro, ordinanza 12 aprile 2001 » 202

Sez. II, 14 giugno 2001 n. 23097 » 205

Sez. lavoro, ordinanza 20 luglio 2001 » 239

GIURISDIZIONI AMMINISTRATIVE

CONSIGLIO DI STATO

Ad. Plen., 14 febbraio 2001, n. 1 pag. 250

Ad. Plen., 11 giugno 2001, n. 3 » 259

Ad. Plen., 2 luglio 2001, n. 5 » 269

Ad. Plen., 14 dicembre 2001, n. 9 » 272

Sezione VI, 16 novembre 2000, n. 6133 » 310

Sezione IV, 3 aprile 2001, n. 1949 » 302

Sezione IV, 19 aprile 2001, n. 2366 » 304

Sezione VI, ordinanza 20 aprile 2001, n. 2389 » 306

Sezione IV, ordinanza del 27 aprile 2001, n. 2551 » 307

Sezione VI, 8 maggio 2001, n. 2568 » 315

INDICE CRONOLOGICO DELLA GIURISPRUDENZA

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO

Sez. 2 ^a , 13 maggio 2000 n. 3949	<i>pag.</i>	335
Sez. 3 ^{a bis} , 19 luglio 2001 n. 6691	»	340

GIURISDIZIONI AMMINISTRATIVE

CORTE DI CASSAZIONE

Sez. 1 ^a pen., ud. 2 giugno 2000 - dep. 27 luglio 2000	<i>pag.</i>	441
Sez. Un., 7 novembre 2000, n. 27	»	446
Sez. Un., 14 giugno 2001, n. 24287	»	465

PREMESSA

Primi atti nell'incarico dell'avv. Luigi Mazzella

Con deliberazione del 14 dicembre 2001 il Vice Avvocato Generale Luigi Mazzella è stato chiamato dal Consiglio dei ministri a succedere nella carica di Avvocato Generale dello Stato all'avv. Plinio Sacchetto, cessato dal servizio per raggiunti limiti di età.

L'elemento di continuità di una Istituzione, che il naturale succedersi degli uomini nella prestigiosa carica finisce inevitabilmente per misurare, si correla, tuttavia, in occasione della nomina dell'avv. Luigi Mazzella, a forti elementi di innovazione.

Il quadro istituzionale, nel quale l'avv. Luigi Mazzella assume l'incarico di Avvocato Generale dello Stato, è caratterizzato, infatti, da importanti mutamenti nell'articolazione organizzativa e funzionale dei pubblici poteri, sovranazionali, statali e regionali, e, conseguentemente, dalla necessità dell'Avvocatura dello Stato di adeguare le sue strutture e il suo modo di operare alle nuove esigenze che si vengono a proporre; prime fra tutte quelle che derivano dall'organizzazione federalista della Repubblica e dalla dimensione sovranazionale, ed in particolare europea, delle scelte di fondo.

I primi mesi della successione – dal dicembre 2001 al marzo 2002 – si vengono così subito a caratterizzare per significative novità nell'organizzazione e nel funzionamento dell'Avvocatura Generale dello Stato, fino al delinearsi – nei discorsi d'insediamento pronunciati dall'on. Silvio Berlusconi e dall'avvocato Luigi Mazzella – di importanti linee per alcune riforme non marginali delle istituzioni della Repubblica.

I documenti riportati nella Rassegna dell'Avvocatura dello Stato, nella loro successione cronologica e nella diversa valenza istituzionale – dai discorsi di congedo e d'insediamento alle prime circolari organizzative – intendono dare conto, ad un pubblico potenzialmente vasto, di questi mutamenti, offrendo altresì alle amministrazioni nazionali e regionali, che si avvalgono della consulenza e della difesa giudiziale dell'Istituto, uno strumento conoscitivo che consenta un uso più funzionale delle opportunità tecniche ed organizzative messe loro a disposizione dall'Avvocatura dello Stato.

La valorizzazione delle professionalità degli avvocati e procuratori dello Stato, attraverso l'istituzione di Sezioni di attività, sotto il diretto coordinamento dei Vice Avvocati Generali e la responsabilità dei singoli affidatari degli affari contenziosi e consultivi nei rapporti con gli uffici delle amministrazioni pubbliche – clienti, sono gli elementi nuovi attraverso i quali l'Avvocatura dello Stato, in un sistema dei pubblici poteri sempre più ampi, articolati e complessi, intende adeguare e sviluppare la sua funzione di servizio alle pubbliche amministrazioni e alla collettività generale.

Roma 15 marzo 2002

La redazione della Rassegna

Si pubblicano i seguenti documenti:

DOC. 1 – Corte costituzionale – *Il saluto del presidente Ruperto... all'avvocato generale dello Stato, Plinio Sacchetto* – 18 dicembre 2001

DOC. 2 – Cerimonia d'insediamento – *Discorso del Presidente del Consiglio on. Silvio Berlusconi* – 20 febbraio 2002

DOC. 3 – Cerimonia d'insediamento – *Discorso dell'Avvocato Generale* – 20 febbraio 2002

DOC. 4 – Avvocatura generale dello Stato – *Circolari 16 bis del 21 gennaio 2002; 38 del 4 febbraio 2002 e 48 dell'8 febbraio 2002 istitutive delle Sezioni*

DOC. 5 – Avvocatura generale dello Stato – *Circolari 59 del 18 febbraio 2002, 61 del 18 febbraio 2002 e comunicazione dei Vice Avvocati Generali del 27 febbraio 2002. sulla firma della corrispondenza.*

DOC. 6 – Relazione dell'Avvocato Generale dello Stato avv. Luigi Mazzella al *Service sulla Giustizia del Lions Club «Salerno 2000»*, patrocinato dalla Provincia di Salerno – 9 marzo 2002

*Documento 1**Nell'udienza pubblica di oggi a Palazzo della Consulta**Il saluto del presidente Ruperto al nuovo giudice Amirante
e all'Avvocato Generale dello Stato, Plinio Sacchetto*

«... E per un grande amico che arriva, un altro che parte, velando di malinconia la mia gioia di oggi.

Proprio oggi, infatti, si accomiata dalle funzioni a lungo nobilmente esercitate Plinio Sacchetto, avvocato generale dello Stato, cui desidero rivolgere un vivo rinnovato saluto, da vecchio giudice a vecchio avvocato, che hanno percorso insieme, serenamente, un lungo tragitto di circa mezzo secolo, l'uno a fronte dell'altro, attraverso la tormentata vita giudiziaria italiana.

Il contributo della sua competenza e delle sue squisite maniere ai lavori di questa Corte collegano il ministero di lui alle migliori tradizioni dell'Avvocatura erariale, che fin dai primordi dello Stato unitario ha raccolto nel suo seno uomini e giuristi di primissimo piano, il venerato nome di molti dei quali (cito per tutti Giuseppe Mantellini e Adriano de Cupis senior) è ancora impresso negli annali delle nostre istituzioni e vivo nella memoria di alcuni tra noi.

Il patrocinio dello Stato in giudizi così singolari come quelli che si svolgono davanti a questa Corte – nei quali discutiamo, in definitiva, per il migliore diritto possibile –, potenziando, infatti, ed esaltando la cura per il pubblico interesse, richiede non soltanto dottrina ed esperienza, ma anche speciale equilibrio: quell'avvertita sensibilità e quella probità di chi deve farsi interprete delle ragioni e degli interessi che consideriamo generali, in quanto sinteticamente espressi, nel modello che conosciamo, dalla volontà del legislatore nonché dalla pubblica amministrazione. Ragioni di certo tuttora persistenti, pur nel configurarsi di un nuovo pluralistico assetto costituzionale dei pubblici poteri della Repubblica.

A questo stile di apertura, e al contempo di severità, l'avvocato Sacchetto ha dato prova di ispirarsi nei suoi quasi cinquant'anni di servizio, molti dei quali ho seguito con attenzione. Nato a Padova nel 1929 e laureato in giurisprudenza nell'Università di Roma con Tomaso Perassí, egli è infatti entrato nell'avvocatura dello Stato nel 1956, sei anni dopo il mio ingresso in Magistratura, divenendo avvocato dello Stato nel 1960. Ha esercitato le funzioni, alternativamente, presso le sedi di Venezia – dal 1978 come avvocato distretturale – e di Roma.

Nel 1911 è stato nominato vice-avvocato generale e nell'aprile 1999 avvocato generale.

Docente di discipline pubblicistiche presso le Università di Venezia, prima, di Udine, poi, e da ultimo presso la Lumsa di Roma, è autore di varie notevoli pubblicazioni scientifiche, specialmente in materia di ordinamento regionale, di beni culturali e ambientali, di giustizia amministrativa, di comu-

nicazioni. È stato anche componente di numerosi organismi collegiali: dalla Commissione di consulenza legislativa del Consiglio regionale del Veneto, da lui anche presieduta, al Comitato direttivo della Scuola superiore della pubblica amministrazione, al Consiglio di amministrazione dell'Università di Venezia, al Consiglio consultivo degli utenti presso il Garante per la radio-diffusione e l'editoria, al collegio dei sindaci dell'Iri, fino alla privatizzazione dell'Istituto. Nel suo molteplice impegno, e anche nel suo amore per la letteratura e soprattutto per la musica – che ci accomuna – ha impresso il tratto profondo della signorilità e di una squisita umanità. Vorremmo qui, nel salutarlo, dargliene, con gratitudine, pubblicamente e ulteriormente atto; nella fiducia, per me, di seguire per molti anni ancora a stargli vicino ogni giovedì sera ai concerti dell'Accademia Filarmonica Romana, alla quale entrambi da molti anni siamo tanto affezionati. E con l'augurio che possa continuare in altre sedi a prodigare le sue capacità intellettuali e le sue doti umane nell'interesse del Paese.

dal Palazzo della Consulta, 18 dicembre 2001».

*Documento 2****Discorso del Presidente Silvio Berlusconi
all'insediamento dell'Avvocato Generale dello Stato***

Signor Presidente della Repubblica, autorità, signore e signori,
sono qui, alla cerimonia di insediamento del nuovo Avvocato Generale dello Stato, l'Avvocato Luigi Mazzella, per portare il ringraziamento del Governo a questa Istituzione che, nata quando ancora l'Italia non era stata unificata, si è poi rivelata uno strumento essenziale di supporto giuridico che ha saputo adattarsi, sempre con grande professionalità, dedizione, saggezza ed equilibrio, ai mutamenti sopravvenuti nella struttura dello Stato. L'Avvocatura ha sempre svolto al meglio il suo ruolo di difensore in giudizio e di consulente legale delle amministrazioni statali davanti a tutte le giurisdizioni: quella penale, quella civile, quella amministrativa e, dato ancora più significativo, davanti alla Corte costituzionale e alle Corti internazionali.

L'Avvocato Mazzella assume questo importante incarico in un momento storico di grandi mutamenti istituzionali che coinvolgono direttamente lo Stato-Nazione e le sue prerogative: la scelta federalista, infatti, ha scomposto un mosaico consolidato di certezze normative affidando ai Comuni le funzioni amministrative e ripartendo la potestà legislativa e regolamentare tra Stato e Regioni.

È fisiologico che questo forte vento di novità istituzionale favorisca la nascita di nuovi, potenziali contenziosi per i quali la consulenza e il ruolo attivo dell'Avvocatura risulteranno basilari. Saggezza politica e buon senso istituzionale dovrebbero scongiurare, sia da parte del governo centrale che da parte delle giunte regionali, un alto tasso di conflittualità che avrebbe l'unico effetto di rallentare quella devoluzione di poteri che è uno dei punti fondanti del programma di governo del centrodestra.

Ma in una situazione di profondi cambiamenti, è prevedibile che qualche contenzioso venga a determinarsi e, sparita la figura del Commissario di governo, l'Avvocatura potrebbe svolgere una funzione di grande rilievo consultivo per esaminare, sotto il profilo tecnico, la legittimità delle leggi e dei regolamenti regionali nell'interesse dello Stato, in vista delle eventuali impugnazioni davanti alla Corte Costituzionale.

In questo quadro, potrebbe trovare posto una modifica istituzionale volta ad avvicinare la nostra Avvocatura al modello dell'Attorney General, di matrice anglosassone. Anche senza giungere ad attribuirle funzioni di pubblico ministero, come è nel sistema statunitense, si può, appunto, ipotizzare un potenziamento del suo ruolo nella gestione del «contenzioso federale».

La riforma in senso federalista e la determinazione del governo di rendere operativo, ovunque sia possibile, il principio di sussidiarietà, alleggeriranno, in molti settori, il peso dello Stato centrale che del resto, nella nuova formulazione dell'articolo 114 della Costituzione, risulta essere solo uno degli elementi costitutivi della Repubblica, insieme con i Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni. Ma non alleggeriranno, come abbiamo visto, il lavoro dell'Avvocatura dello Stato, che anzi sarà chiamata ad appro-

fondire quegli elementi di novità, e a suggerire le linee interpretative delle nuove norme che dovranno, comunque, ricomporre un equilibrio armonico tra centro e periferia, nell'interesse di tutti i cittadini. Non va dimenticato, inoltre, che l'Avvocatura può anche assumere la difesa delle Regioni che ne facciano richiesta.

Anche sul fronte internazionale sono prossimi grandi mutamenti, con la scrittura della nuova Costituzione che porterà a un'Europa in cui gli Stati nazionali dovranno cedere quote non irrilevanti di competenze e di sovranità. Una Costituzione alla quale l'Italia darà il suo contributo leale e convinto.

Lo sviluppo degli ordinamenti sovranazionali ha determinato per l'Avvocatura dello Stato il conferimento di funzioni di difesa dello Stato italiano sia dinanzi alla Corte internazionale dell'Aja, sia, più frequentemente, davanti alla Corte di Giustizia Europea. Ebbene, il governo italiano è determinato a far sì che, progressivamente, si riducano quelle lentezze e quei ritardi per i quali la Corte di Giustizia Europea è più volte intervenuta nei confronti del nostro Paese. Per questi casi, Avvocato Mazzella, il mio auspicio è che la mole di lavoro dell'Avvocatura possa diminuire sensibilmente nei prossimi anni.

Ma, tornando alle questioni più strettamente nazionali, mi preme sottolineare come la consulenza dell'Avvocatura sia una funzione necessaria allo svolgimento dell'azione amministrativa nel suo complesso. A differenza della difesa giudiziaria, che implica un inevitabile ruolo di parte, la consulenza consente di garantire la tutela non già dell'interesse contingente e parziale della singola amministrazione, bensì degli interessi pubblici generali nel rispetto del principio di legalità.

Il ruolo tecnico svolto consente, dunque, all'Istituto di tutelare gli interessi non solo dello Stato-apparato, ma anche dello Stato-comunità. Significativo, a questo proposito, è il ruolo che il Governo intende assegnare all'Avvocatura nella chiusura transattiva del contenzioso in materia di «equo indennizzo» per la violazione del termine ragionevole nella definizione dei processi.

Ma c'è un altro caposaldo della riforma dello Stato che il governo intende attuare, e sul quale il contributo dell'Avvocatura è e sarà importantissimo: la semplificazione della giungla normativa in materie che toccano da vicino l'attività dei cittadini, il loro lavoro e il rapporto fra il cittadino e la pubblica amministrazione. Una semplificazione che dovrà ristabilire un circuito virtuoso di reciproca fiducia e collaborazione fra gli italiani e la struttura burocratica dello Stato, troppo spesso divenuta un intralcio oppressivo alla libera iniziativa privata.

Proprio sul versante della semplificazione l'Avvocatura è stata chiamata a fornire indicazioni su come gestire il procedimento, anche alla luce degli orientamenti giurisprudenziali. E non solo: essa stessa ha dato un apporto essenziale alla redazione dei testi unici che, presto, entreranno in vigore su materie di estremo interesse per l'intera collettività: come l'edilizia e l'espropriazione.

Sono poi in corso di preparazione l'aggiornamento della legge generale sul procedimento amministrativo e la legge delega per la codificazione del processo amministrativo. Due leggi che segneranno una svolta epocale, e per le quali l'Avvocatura si porrà come tramite per lo scambio di conoscenze tra potere amministrativo e potere giurisdizionale.

E ancora: il governo è al lavoro per l'attuazione della Legge-Obiettivo, che ha il compito di ammodernare le infrastrutture del Paese e gli insediamenti produttivi strategici, e quindi di colmare quel «gap» che ancora ci separa dai nostri partner europei. La legge delegata, che verrà a incidere sulla normativa vigente per quanto riguarda le opere pubbliche, richiederà l'impegno degli operatori del diritto per una corretta attuazione di questi interventi di preminente interesse nazionale. Non meno importante, poi, è il ruolo dell'Avvocatura nella difesa dello Stato nei processi relativi alla tutela del paesaggio e dell'ambiente, alla concorrenza nel mercato, alla Sanità pubblica, alla gestione degli iter delle privatizzazioni con il conseguente ritiro dello Stato dal mercato.

Signor Presidente della Repubblica,

la storia e l'esperienza di più di 130 anni di vita di questa Istituzione insegnano che l'Avvocatura dello Stato ha la capacità tecnica e l'attitudine professionale non solo per assolvere alla propria funzione con onestà istituzionale, ma anche per assumere quei «nuovi» compiti che l'Italia del Duemila richiede.

Signor Avvocato Generale,

la sua storia professionale di giurista e di Avvocato dello Stato, le sue multiformi esperienze di manager pubblico, la sua statura di uomo di cultura e di Grand Commis dello Stato che ha spaziato in tanti settori della Pubblica Amministrazione, sono tutte garanzie di piena riuscita nelle nuove funzioni.

A Lei, Avvocato Mazzella, e a tutti gli Avvocati dello Stato, a quelli che operano qui a Roma e a tutti quelli che operano in tutte le regioni d'Italia, i più fervidi auguri di buon lavoro, certo di un suo costruttivo impegno alla guida di questa grande Istituzione e di una proficua collaborazione con la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Grazie.

Roma, 20 febbraio 2002

Documento 3

***Discorso dell'Avvocato Generale
avv. Luigi Mazzella alla cerimonia di insediamento***

Signor Presidente,

desidero innanzitutto esprimereLe, anche a nome di quelli che operano in questo Istituto, i sensi della più viva gratitudine per aver voluto onorare, con la Sua partecipazione, questa cerimonia di insediamento.

Un sentito ringraziamento rivolgo anche al Presidente del Senato, al Presidente della Camera ed ai relativi Vice Presidenti, al Presidente del Consiglio dei Ministri ed al Vice Presidente del Consiglio, al Vice Presidente della Corte Costituzionale, ai Ministri, all'Ambasciatore di Svezia accreditato presso il Governo Italiano, ai Giudici costituzionali, al Primo presidente della Corte di Cassazione ed al Procuratore Generale, ai Presidenti del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, a tutti i magistrati presenti, alle Autorità civili e militari, ai colleghi del libero foro cui tanti e profondi vincoli ci legano, a tutti i componenti dell'Avvocatura dello Stato, di questa sede e delle Distrettuali, e a tutti coloro che hanno voluto partecipare a questa cerimonia.

Un sentimento di gratitudine, inoltre, desidero esprimere a Lei, signor Presidente del Consiglio dei Ministri, per la fiducia che mi è stata accordata con la nomina a questa carica, ringraziandoLa, altresì, per le lusinghiere parole che ha voluto rivolgere all'Istituto ed a me personalmente. Parole che costituiscono per noi avvocati dello Stato un ambito riconoscimento del nostro impegno professionale ed uno sprone per la nostra attività futura.

So, per avervi assistito, che le cerimonie di insediamento delle cariche dello Stato hanno una forma ed un contenuto molto protocollari e, solitamente, chi viene immesso nelle funzioni si astiene dall'affrontare le tematiche più vive e brucianti che riguardano le istituzioni, cui quelle manifestazioni ufficiali si riferiscono.

È consuetudine che l'investito ritenga opportuno limitarsi a ricordare, illustrandole, le caratteristiche peculiari del proprio Istituto, le benemerienze ed il prestigio acquisiti negli anni della sua breve o, come nel caso della nostra Avvocatura, lunga esistenza, proponendosi di intrattenere le Autorità competenti sulle cose che si ritenga debbano essere modificate in altra sede, solitamente più chiusa e riservata.

Non mi discosterò nella sostanza da tale prassi, nel caso dell'Avvocatura dello Stato più che secolare.

Ma, con un discorso necessariamente breve e contenuto, intenderei prospettare per grandi linee, alle Autorità presenti in sala, lo scenario in cui mi sembra debba collocarsi l'Avvocatura dello Stato degli anni duemila.

Vedere, cioè, quali adattamenti imponga ad un Istituto, ideato nel periodo preunitario e fatto proprio dallo Stato risorgimentale, la radicale, profonda trasformazione che ha subito ed ancora sta subendo la nostra Repubblica in questi ultimi anni.

Sul piano internazionale tutto volge al «globale» e al «sopranazionale», mentre la legislazione interna si orienta verso posizioni decisamente federalistiche, con l'affermazione dei principi della sussidiarietà e della devoluzione.

Sul piano interno dal punto di vista delle istituzioni e della politica ad esse relativa, la situazione si presenta complessa.

Lo Stato-centrale, in relazione alla sua riforma in senso federalistico e lo Stato-nazione, nella prospettiva di un processo sempre più avanzato e rapido di integrazione europea, avvertono il bisogno di considerare sotto nuova luce e con diverse prospettive la natura, la collocazione e l'assetto di Istituti, Organi, Enti di lunga e consolidata tradizione.

E mi sembra che tale necessità non risparmi un'Istituzione come l'Avvocatura dello Stato, che, pure, con l'assetto attuale ha ricevuto e continua a ricevere attestazioni numerose e significative di considerazione e di stima per il servizio che rende allo Stato ed alla collettività.

Non intendo ricordare ad un uditorio così alto, qualificato, avvertito e colto, anche nello specifico dell'argomento trattato, la storia del nostro Istituto. Ma per dimostrare quanta acqua sia passata sotto i ponti dal momento in cui, all'indomani dell'unificazione, venivano istituiti sei Uffici del contenzioso finanziario alle dirette dipendenze del Ministero delle Finanze, al momento attuale un «excursus», succinto e mirato a cogliere gli aspetti degli ipotizzabili «aggiustamenti di tiro», mi sembra pertinente.

La difesa e la consulenza dello Stato, inteso nella sua accezione di Stato-Amministrazione nel complesso delle sue articolazioni, ricevette anch'essa, come tante altre prestigiose Istituzioni, un forte e decisivo impulso dalla evoluzione della giustizia amministrativa (iniziata, come si ricorderà, con l'abolizione del sistema del contenzioso amministrativo, operato dalla l. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E).

Questa legge, fondamentale per il nostro ordinamento, contribuì in maniera notevole a creare anche le condizioni per una nuova sistemazione generale del patrocinio dello Stato.

L'esigenza, infatti, di una riforma degli uffici del contenzioso divenne palese intorno al 1870.

L'idea di costituire un corpo di avvocati, alle dipendenze dello Stato, specializzati ed in grado di imprimere un orientamento unitario alla difesa delle Amministrazioni, fu propugnata da insigni giuristi, contrastati, per la verità, da altri (altrettanto illustri) dottrinari, che erano favorevoli all'idea di attribuire il compito della difesa dello Stato al Pubblico Ministero, estendendone i compiti alla materia patrimoniale.

Per questi ultimi giuristi, l'intento di assicurare, anche attraverso la difesa giudiziale delle Amministrazioni, la persecuzione del fine di giustizia avrebbe dovuto far premio su qualsiasi altra, pur significativa ed importante esigenza.

Si potrebbe dire che una sorta di compromesso tra le due tesi contrapposte fece sì che l'Avvocatura dello Stato nascesse, mi si perdoni l'espressione colorita, da una «costola» del Pubblico Ministero.

La l. 28 novembre 1875, n. 2781, infatti, limitando per altri versi, ed anche notevolmente, le competenze del Pubblico Ministero, all'art. 7, delegò al Governo l'emanazione di un regolamento, che avesse a prescrivere le norme relative alla direzione ed alla trattazione delle cause, ai rapporti degli uffici del contenzioso finanziario con le pubbliche amministrazioni e, in genere, disponesse per l'attuazione della legge.

Il legislatore italiano seguiva, dunque, in quella occasione una via ben diversa ed in qualche modo specularmente opposta a quella battuta da altri Paesi occidentali, quali gli Stati Uniti d'America, ad esempio, ove la normativa (Titolo 28, § 507 dell'United States Code) prevedeva (e tuttora prevede) la figura dell'United State Attorney, visto al tempo stesso come Avvocato dello Stato e come Pubblico Ministero. L'Avvocatura dello Stato statunitense, in altre parole, era (ed è) costituita da due branche: l'una penalistica per la pubblica accusa, l'altra civilistico-amministrativa per la difesa degli interessi patrimoniali dell'Amministrazione pubblica.

Ritornando al nostro ordinamento, possiamo dire che fu quindi la legge del 1875 ad aprire la strada all'attuale sistema di difesa dello Stato. Con l'emanazione del regolamento del 16 gennaio 1876 n. 2914, fu istituita, infatti, la Regia Avvocatura Erariale.

Inizialmente inquadrato nel Ministero delle Finanze, l'Istituto mutò la propria denominazione in quella di Regia Avvocatura dello Stato, nel 1930 e, nel 1931, fu inquadrato definitivamente nella Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Tutto questo e quanto dirò innanzi è soprattutto per ricordare come e con quanta duttilità il nostro Istituto si sia sempre prontamente e tempestivamente adeguato alle esigenze dello Stato ed a quelle di porsi in modo ottimale al servizio della collettività.

L'Avvocatura, infatti, seguiva ancora l'evoluzione socio-economica dello Stato durante il periodo compreso tra le due guerre.

Quando si accentuò la tendenza ad una visione unitaria ed accentrata della Pubblica Amministrazione, il R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611 immaginò e realizzò un disegno giuridico di difesa dello Stato e degli altri enti pubblici non statali coerente con i principi all'epoca vigenti.

E quel rapporto, troppo forte e saldo, tra ente difeso, Avvocatura dello Stato e Stato-organizzazione generale apparve, ai più attenti osservatori politici del dopoguerra, incompatibile con la nuova Costituzione repubblicana e soprattutto con la natura squisitamente tecnico-professionale che aveva caratterizzato la «prima» Avvocatura.

Sarebbe comunque grave non ricordare che le doti di equilibrio, di sensibilità, di responsabilità degli Avvocati dello Stato hanno fatto sempre sì che l'Istituto si sia mosso, negli ampi confini disegnati per la sua attività, con grande ed apprezzabile moderazione.

Per lo Stato Unitario, – prima e dopo la Costituzione repubblicana – l'Avvocatura dello Stato ha sempre costituito uno strumento utile ed indispensabile.

Avere nello «Stato di diritto» un organo che, unitariamente su tutto il territorio nazionale, provvedesse alla difesa ed alla consulenza legale di tutte le Amministrazioni statali, centrali e periferiche e degli enti ad esse collegati ha sempre significato certezza di una risposta professionale competente ed adeguata.

Ma rispondere brillantemente a questa esigenza e dimostrare, nel contempo, di essere, negli anni, una istituzione di grande prestigio, di assoluta integrità morale, di straordinaria validità professionale, non è bastato agli Avvocati dello Stato per non porsi – essi per primi – negli anni settanta il problema di un adeguamento necessario alla nuova normativa repubblicana e di un rafforzamento di quelle istanze di autonomia professionale così peculiari all'attività da loro svolta.

L'Istituto aveva avvertito fin dai primi anni di quel decennio che un processo, sia pure segnato ora da tappe importanti ed ora da significative battute d'arresto, portava all'introduzione dell'ordinamento regionale.

La legge n. 103 del 1979, fortemente sollecitata prima dall'Associazione di categoria e poi anche con sempre maggiore determinazione dall'Istituto, modificò significativamente le linee della nostra Istituzione, adeguandole alle nuove esigenze insorte per effetto della dislocazione in sede locale di poteri e competenze.

Ne risultò l'immagine di una Avvocatura dello Stato in più accentuata posizione di indipendenza funzionale, individuata e modellata come struttura di collegamento e di intermediazione fra le amministrazioni statali e quelle regionali, quale garante, attraverso il filtro di una visione generale, di un'attività amministrativa concretamente indirizzata al migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico.

Ora che il nostro paese è entrato in un'ulteriore fase di trasformazione, sia all'interno del proprio ordinamento che in rapporto all'Europa, l'Istituto sembra avvertire l'esigenza di un ulteriore ripensamento legislativo.

E questo momento di interesse e di attenzione per l'Avvocatura dello Stato, indirettamente stimolato dall'investitura che mi riguarda, mi induce ad abusare brevemente della vostra pazienza per prospettarvi non linee di una riforma che non devono essere neppure accennate da chi ha responsabilità esecutive, spettando esse unicamente agli organi politici di Governo e di Legislazione, ma unicamente «esigenze».

Quelle istanze, cioè, che potrebbero fare apparire necessarie, a mio avviso, modifiche eventuali del nostro assetto.

Massimo Severo Giannini, nel sintetizzare l'evoluzione dello Stato moderno, rilevava, già nel 1991, che lo Stato non era più il solo pubblico potere, dominante su una serie di enti minori diretti e controllati, ma era uno dei pubblici poteri esistenti, condizionato da altri pubblici poteri, alcuni di livello superstatale, altri di livello interno.

A distanza di poco più di un decennio, avvertiamo tutta l'importanza e pregnanza di questo monito: il concetto di Nazione è toccato da una serie di eventi che portano gli Stati a cedere quote di sovranità sempre più ampie, sia in senso verticale che in senso orizzontale.

Ci si riferisce al federalismo, con la rinuncia di funzioni a favore sia di regioni minori (federalismo interno) e sia di regioni maggiori (federalismo esterno), per cui eventi locali vengono influenzati in modo non trascurabile da eventi lontani.

D'altra parte, tali tendenze evolutive si collocano oggi in un contesto internazionale complesso, e mutato in seguito alla tragedia dell'11 settembre: si è acuita la necessità di un'unione politica che sia all'altezza di quella economica, di un'evoluzione reale e concreta del concetto di Stato, di una comune politica di sicurezza, di una comune politica economica, di una comune politica di ricerca e di una comune politica per uno spazio giuridico europeo.

Di fronte alla trasformazione in senso federale dello Stato con l'attribuzione di molte competenze legislative, oggi statali, alle regioni, è da tenere in seria considerazione la necessità di un adeguamento a nuovi compiti delle strutture, soprattutto periferiche (le Avvocature Distrettuali), del nostro Istituto.

Nei luoghi di produzione della legislazione regionale manca, all'attualità, una struttura dello Stato centrale in grado di «monitorare» e rappresentare nelle sedi competenti gli eventuali conflitti tra l'ordinamento federalistico e quello nazionale.

La presenza sul territorio di sedi periferiche dell'Avvocatura dello Stato, con il loro istituzionale raccordo con l'Avvocatura Generale di Roma, potrebbe rivelarsi preziosa, per la creazione di un Centro composito e territorialmente articolato di consultazione, di alta competenza professionale, in grado di fornire elementi di giudizio e di valutazioni alle Autorità competenti per la sollevazione dei conflitti.

Ma oltre al ruolo di «cerniera» nel rapporto Stato-Regioni l'Avvocatura dello Stato potrebbe assolvere anche quello del tutto analogo nel rapporto Stato-Unione Europea, attraverso un'organizzazione, per così dire, più internazionalistica dei luoghi di «rilevamento» di potenziali inadeguamenti alla normativa comunitaria ed ipotizzabili conflittualità.

La prevedibile riduzione quantitativa del contenzioso dello Stato per effetto della tendenza sopradelineata (federalismo) unita al fenomeno delle privatizzazioni consentirà certamente all'Istituto di sviluppare con maggiore pienezza, intensità e validità professionale, l'attività di consulenza pre-contenziosa nel senso sopra delineato (rapporti Stato-Regioni e rapporti Stato-Unione Europea) nonché di fronteggiare il prevedibile, notevole incremento di difese giudiziali in materia costituzionale e comunitaria.

L'attività dell'Avvocatura dello Stato, volta da una parte a tutelare l'unitarietà e la razionalità dell'ordinamento e, dall'altra, gli interessi del Paese, nel concorso degli Stati membri, potrebbe contribuire a rendere più equilibrato ed armonico il progredire dell'unificazione europea.

La surricordata professionalità specifica degli Avvocati dello Stato potrebbe tornare utile per immaginare, altresì, meccanismi di soluzione dei conflitti che talvolta insorgono – con riflessi esteriori di immagine che sorprendono i cittadini – tra Autorità indipendenti ed Amministrazioni per così dire tradizionali dello Stato.

Se la sede della composizione non può essere quella della Presidenza del Consiglio per la natura indipendente della Autorità-Garante, ben potrebbe essere invece quella dell'Avvocatura dello Stato.

Si eviterebbe in tal modo che un conflitto, comunque interno alla Amministrazione complessiva dello Stato, venga portato al suo esterno all'esame di organi giurisdizionali.

Ma per potere adempiere ai tre compiti delineati l'Avvocatura dello Stato ha bisogno dell'attenzione del Governo e del Parlamento.

La difficile e complessa situazione in cui, sul piano istituzionale oltre che su quello politico, è venuto a trovarsi lo Stato centrale, non solo in relazione alla sua riforma in senso federalistico ed alla prospettiva di un processo sempre più avanzato e rapido di integrazione europea, ma anche per effetto dell'introduzione nell'assetto istituzionale di Autorità Indipendenti (Garanti) e di strutture privatizzate a capitale pubblico impone la necessità di considerare sotto nuova luce la stessa collocazione dell'Istituto nell'Ordinamento complessivo dello Stato.

Dal suo compito originariamente previsto, l'Avvocatura dello Stato, per effetto di leggi o di interpretazione estensiva di quelle preesistenti, si è vista trasformata in organo di difesa e di consulenza non solo dello Stato-Amministrazione ma della Presidenza della Repubblica, dei due rami del Parlamento (Senato e Camera dei Deputati), delle Corti e delle Magistrature nonché dei loro organi di autogoverno – ove esistenti -, del Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro e delle surricordate Autorità indipendenti.

Già questa estensione del suo ruolo originario comporta, per un corretto inquadramento dell'Istituto nel complesso delle Istituzioni dello Stato, una collocazione in un ambito di indipendenza e di autonomia (professionale e gestionale) che possa immaginarsi in qualche modo ricalcata su quella adottata dall'Ordinamento per Organismi Tecnico-Professionali operanti nel campo dell'Economia.

Un'Avvocatura ridisegnata per dare utilità oltre che al proprio paese alla causa della integrazione europea, potrebbe essere apprezzata anche dagli altri Stati dell'Unione – dove, come in tutte le democrazie più avanzate ed evolute, il contributo tecnico professionale di avvocati ed economisti è sempre di più ritenuto rilevante ed essenziale – e rappresentare un modello organizzatorio apprezzabile anche fuori dai nostri confini nazionali, in quanto utile per agevolare il dialogo tra giuristi di diversa formazione ed esperienza.

Signor Presidente del Consiglio,

mi permetta di sottolineare e rimarcare che agli eventuali nuovi e più rilevanti compiti che potrebbero attenderla ove Parlamento e Governo ne prevedessero l'auspicata trasformazione, l'Avvocatura dello Stato è pronta, sul piano umano e professionale, a dare ancora una volta risposte adeguate.

Soprattutto se, congiuntamente alla sua diversa collocazione ed alla sua più complessa attività difensiva e consultiva, si accompagnasse un maggiore sostegno sul piano delle potenzialità organizzative e strutturali.

L'epoca della nostra competizione professionale con gli studi legali gestiti da grandi e spesso solitari Maestri del giure è finita e l'Avvocatura è uscita dall'esperienza più che onorevolmente.

Oggi che gli studi professionali privati sono «mega» e transnazionali, capaci di prestare, in modo efficace, la propria assistenza specialistica su vari fronti ed in varie materie, l'Avvocatura chiede di essere messa in grado di dare alla collettività organizzata prestazioni ancora più utili ed adeguate, con lo stesso spirito di servizio che ha sempre caratterizzato la sua attività.

Roma, 20 febbraio 2002

Documento 4 (istituzione delle sezioni)

Avvocatura Generale dello Stato

Roma, 21 gennaio 2002
Prot. n. 1316/Amm.

Comunicazione di servizio n. 16-bis/2002

Ai Signori Avvocati e Procuratori dello Stato

SEDE

Nell'ambito dell'Avvocatura Generale dello Stato sono costituite le *Sezioni*: prima, prima-bis, prima-ter, seconda, terza, quarta, quinta, sesta e settima.

Ciascuna di esse è affidata alla direzione di un *Vice Avvocato Generale dello Stato*, designato dall'Avvocato Generale con proprio provvedimento. In caso di vacanza nella funzione dei Vice Avvocati Generali, la direzione della Sezione viene assunta, in via interinale, da un Vice Avvocato Generale di altra Sezione designato dall'Avvocato Generale.

Ciascun Vice Avvocato Generale designa discrezionalmente, nell'ambito della propria Sezione, un avvocato dello Stato cui l'Avvocato Generale delega i compiti di coordinamento e di proposta al Vice Avvocato Generale per l'assegnazione degli affari.

I delegati delle varie sezioni fanno parte del collegio denominato *Comitato per il Coordinamento Generale, per gli Studi e la Legislazione*, che si riunisce secondo necessità e, comunque, non meno di una volta al mese per l'attuazione degli indirizzi di carattere generale in materia contenziosa e consultiva, nonché per la trasmissione, previa delibazione di rilevanza di massima, degli affari al Comitato Consultivo.

Il suddetto Comitato, al quale potrà partecipare ciascun Vice Avvocato Generale, è alle dipendenze dell'Avvocato Generale, dal quale è presieduto direttamente o a mezzo di delega anche di carattere permanente da affidarsi ad un Vice Avvocato Generale dello Stato.

Per gestire la transizione dall'attuale sistema organizzativo al nuovo assetto previsto dal presente provvedimento è costituito un Nucleo operativo, presieduto dall'Avvocato Aldo Linguiti e composto dagli Avvocati Antonio Palatiello e Massimo Salvatorelli. Tale Nucleo continua a gestire – in tale fase – la redazione del notiziario e delle comunicazioni di servizio.

Gli Avvocati e i Procuratori conservano la trattazione dei singoli affari contenziosi e consultivi ad essi attualmente affidati fino ad esaurimento.

Resta ferma, in tal caso, la competenza – per tutto quanto pertinente a detti affari – del Vice Avvocato Generale preposto alla conduzione della Sezione di cui fa parte l'Amministrazione interessata.

Alle assegnazioni dei nuovi affari, dopo la individuazione dell'Amministrazione interessata e, conseguentemente, della Sezione competente a cura dell'Ufficio addetto all'esame ed allo smistamento degli atti e della corrispondenza in entrata, provvede il Vice Avvocato Generale che presiede la Sezione.

Il nucleo operativo provvede, con la maggiore sollecitudine possibile, a ricercare presso i Vice Avvocati Generali attualmente competenti nelle singole materie e ad inviare a ciascuno dei Vice Avvocati Generali preposti alla Sezione la raccolta dei pareri di maggior rilevanza e un'indicazione degli indirizzi assunti negli anni precedenti al nuovo assetto nelle questioni giuridiche relative alle Amministrazioni di competenza delle rispettive sezioni.

Sono assegnati direttamente dall'Avvocato Generale ad Avvocati appartenenti a tutte le Sezioni gli affari contenziosi e consultivi, nonché gli affari d'ordine in materia costituzionale, quelli relativi a procedimenti dinanzi alle Corti internazionali e sovranazionali di giustizia, nonché gli affari del Parlamento, del C.N.E.L., della Presidenza della Repubblica, quelli della Presidenza del Consiglio dei Ministri che rivestano la caratteristica di atti di Governo e di alta Amministrazione e qualsiasi altro affare per ragioni di carattere eccezionale.

La prima Sezione cura gli affari dell'Agenzia delle Entrate, per quanto riguarda quelli interessanti gli organi centrali dell'Agenzia e quelli degli uffici finanziari aventi sede nelle Regioni centrali e gli affari ordinari della Presidenza del Consiglio dei Ministri, dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali, del Dipartimento per la protezione civile, dell'ARAN e dell'AIPA ed è presieduta dal Vice Avvocato Generale Giancarlo Mandò. (*Omissis*)

La prima Sezione-*bis* cura gli affari dell'Agenzia delle Entrate per quanto riguarda quelli interessanti gli uffici finanziari aventi sede nelle Regioni settentrionali, gli affari del Garante della concorrenza e del mercato e delle Regioni, esclusa la Regione Lazio, ed è presieduta dal Vice Avvocato Generale Glauco Nori. (*Omissis*)

La prima Sezione-*ter* cura gli affari dell'Agenzia delle Entrate per quanto riguarda quelli interessanti gli uffici finanziari aventi sede nelle Regioni meridionali, gli affari del Ministero dell'Ambiente e del Territorio, del Ministero delle Comunicazioni e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed è presieduta dal Vice Avvocato Generale Sergio Laporta. (*Omissis*)

La seconda Sezione cura gli affari del Ministero degli Affari Esteri, del Ministero dell'Economia e delle Finanze – Settore Tesoro e Bilancio, della CONSOB, dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas e della Regione Lazio ed è presieduta dal Vice Avvocato Generale Franco Favara. (*Omissis*)

La terza Sezione cura gli affari delle strutture ministeriali addette alle funzioni del Settore Finanze, dell'Agenzia del Demanio, dell'Agenzia del Territorio, dell'Agenzia delle Dogane, e dell'Amministrazione dei Monopoli, del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ed è presieduta dal Vice Avvocato Generale Ivo Maria Bragaglia. (*Omissis*)

La quarta Sezione cura gli affari del Ministero dell'Interno e quelli del Ministero per i Beni e le Attività Culturali ed è presieduta dal Vice Avvocato Generale Paolo Vittorio di Tarsia di Belmonte. (*Omissis*)

La quinta Sezione cura gli affari del Ministero della Salute, del Ministero della Difesa e della Croce Rossa Italiana ed è presieduta dal Vice Avvocato Generale Ignazio Francesco Caramazza. (*Omissis*)

La sesta Sezione cura gli affari del Ministero per le Attività Produttive, del Ministero delle Politiche Agricole e Forestali, del Ministero della Giustizia, dell'Istituto per il commercio con l'estero e dell'AGEA ed è presieduta dal Vice Avvocato Generale Oscar Fiumara. (*Omissis*)

La settima Sezione cura gli affari del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, dell'ANAS, dell'ENAC, dell'ENAV, dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici e delle Autorità portuali ed è presieduta dal Vice Avvocato Generale Giuseppe Stipo. (*Omissis*)

L'ordine di assegnazione degli Avvocati alle Sezioni, risultante da una rigorosa distribuzione in base alla collocazione nel ruolo ed alle esigenze numeriche di ciascuna Sezione, potrà essere variato fin dalla sua prima attuazione attraverso scambi di Sezione tra avvocati della stessa fascia o di fasce diverse, purché risulti il consenso degli interessati. Gli avvocati interessati allo scambio di Sezione, che non abbiano raggiunto accordi in tal senso con i colleghi, possono rivolgere all'Avvocato Generale istanza di cambiamento indicando la loro preferenza in ordine scalare per tre Sezioni. Di tali istanze si terrà conto, rispettando l'ordine di anzianità nel ruolo, nell'ambito di una valutazione del complesso delle richieste in relazione alla necessità di integrare il numero dei componenti di una Sezione per effetto dell'aggravarsi del carico di lavoro nonché in conseguenza delle vacanze dovute al collocamento fuori ruolo o in aspettativa.

Con successive comunicazioni di servizio saranno rese note modalità e condizioni per assicurare una rotazione periodica degli Avvocati tra le varie Sezioni.

Entro i 10 giorni successivi all'entrata in vigore del presente provvedimento, ciascun Vice Avvocato Generale preposto ad ogni singola Sezione designa l'addetto al coordinamento e ne comunica il nominativo all'Avvocato Generale per la delega e l'inserimento nel Comitato per il Coordinamento Generale, per gli Studi e la Legislazione.

Ciascun Vice Avvocato Generale può richiedere all'Avvocato Generale la convocazione di riunioni collegiali con la partecipazione di tutti i Vice Avvocati Generali, quando ne ravvisi la necessità per la soluzione di problemi interessanti la complessiva attività dell'Istituto anche in aggiunta a quelle riunioni dello stesso tipo direttamente convocate dall'Avvocato Generale.

Ciascun Vice Avvocato Generale informa le Amministrazioni di rispettiva competenza dell'avvenuta istituzione della Sezione e della necessità di darne opportuna indicazione nella corrispondenza relativa alla trattazione dei singoli affari.

Restano salvi gli attuali ordinamenti del Servizio Procura e degli uffici competenti per le cause degli invalidi e per gli affari esecutivi che sono assegnati ai procuratori appartenenti a ciascuna Sezione. La cura degli affari relativi agli invalidi civili è affidata al Vice Avvocato Generale di più recente nomina. Restano salve le modalità operative contenute in precedenti comunicazioni di servizio relative ai turni di udienza dinnanzi alla giustizia amministrativa. Tali turni sono redatti, sulla base dei criteri di massima concordati tra le Sezioni, a cura del Nucleo operativo.

Restano salvi, altresì gli attuali criteri di assegnazione degli affari.

Ogni altra disposizione di precedenti comunicazioni di servizio incompatibile con il predetto assetto organizzativo deve ritenersi abrogata.

Il presente ordine di servizio entra in vigore il 5 febbraio 2002.

L'AVVOCATO GENERALE DELLO STATO

Documento 4-bis

Avvocatura Generale dello Stato

Roma, 4 febbraio 2002
Prot. n. 2275/Amm.

Comunicazione di servizio n. 38/2002

Ai signori avvocati e procuratori dello Stato

SEDE

Oggetto: *Istituzione delle Sezioni; indicazioni operative.*

A seguito delle proposte di scambio formulate e dei gradimenti manifestati dagli interessati ai sensi della disposizione di servizio del 21 gennaio u.s., n. 16-*bis*, le Sezioni risultano composte come da allegato prospetto (all. 1).

Ad integrazione delle prime istruzioni operative di cui alla comunicazione di servizio del 25 gennaio u.s., n. 22, segnalo la necessità delle seguenti iniziative:

a) gli affari nuovi – compresi i ricorsi in materia di lavoro non impiantati – vanno inviati, dal relativo Ufficio, direttamente all'Avvocato Generale o al Vice Avvocato Generale a seconda delle rispettive competenze;

b) la firma della corrispondenza e dei pareri, nonché il visto sugli atti difensivi degli affari assegnati dall'Avvocato Generale sono riservati al medesimo;

c) ai fini del riparto delle competenze tra le sezioni I, I-bis e I-ter, la Regione Emilia Romagna è considerata regione centrale (insieme con la Toscana, le Marche, l'Umbria e il Lazio), mentre l'Abruzzo è considerata regione meridionale (insieme con il Molise, la Campania, la Puglia, la Basilicata, la Calabria, la Sicilia e la Sardegna);

d) l'assegnazione delle pratiche agli appartenenti alle sezioni è operata secondo i criteri a suo tempo elaborati dal Comitato Consultivo, (all.3);

e) in caso di temporanea assenza o impedimento, ciascun Vice Avvocato Generale sarà sostituito dal collega che lo segue nell'anzianità di incarico; il Vice Avvocato Generale Caramazza sarà sostituito dal Vice Avvocato Generale Stipo;

f) gli affari attribuiti in base al precedente sistema, in caso di interinato vanno assegnati dal Vice Avvocato Generale della Sezione ora competente ad Avvocato appartenente alla medesima, a prescindere dalla Sezione di appartenenza del titolare dell'affare;

g) le pratiche relative alle cause di invalidi civili in sede di giudizio di legittimità e le questioni di carattere generale in tema di invalidità civile sono curate dalla Sezione di competenza dell'Amministrazione interessata.

L'AVVOCATO GENERALE

Allegato 1 ()*

I SEZ. MANDÒ	I SEZ. BIS NORI	I SEZ. TER LAPORTA	II SEZ. FAVARA	III SEZ. BRAGUGLIA	IV SEZ. DI TARSIA	V SEZ. CARAMAZZA	VI SEZ. FIUMARA	VII SEZ. STIPO
Linguiti	D'Amato	Zotta	Nucaro	Mari	Fiorilli		Palatiello	Bruni N.
Criscuoli	Massella	Polizzi			Fiengo			Linda
De Bellis	Cingolo		Arena G.	Albenzio	Sabelli	de Figueiredo	Arena E.	Clemente
	Lettera						Sica	
Aiello Ch.	Lancia	Patierno	Coaccioli	Vinci Orlando	Palmieri N.	Cosentino	Russo V.	Corsini
Giacobbe		Di Martino						
De Socio	Gentili	Guida	Tortora	Caputi	Scaramucci	Salvatorelli	D'Avanzo	Nunziata
		De Stefano						
Spina	Sclafani	Zerman						
de Felice	Giordano	Melillo	Aiello G.	De Giovanni	Palmieri P.	d'Elia	Basilica	Figliolia
Ranucci	Rago				Elefante	Cesaroni		
Barbieri	Giannuzzi	Guizzi	Macaluso	Greco	Saulino	Pino	Ventrella	Vessichelli
Galluzzo	Nicoli				Liberati	Pampanelli	Ferrante	Varrone
Bacosi		Tidore		Scino	Di Cave	Russo M.	Cimino	Bruni A.
Bachetti			Colelli	Guarracino	Giua	Cherubini	Urbani N.	Soldani
			Mangia		Arena F.	Gallo	Fedeli A.	
					Volpe	Valicenti		

(*) La tabella subisce adattamenti attraverso decreti dell'Avvocato generale dello Stato.

*Allegato 2****Comitato consultivo***

Verbale della seduta del 29 maggio 1995,
in prosecuzione di quella del 23 maggio 1995.

Il giorno 29 maggio 1995, alle ore 12,30, nella sede dell'Avvocatura Generale dello Stato, si è riunito il Comitato Consultivo, in prosecuzione della seduta del precedente 23 maggio 1995, sotto la presidenza dell'Avvocato Generale Enzo Ciardulli.

Sono presenti tutti i componenti.

Il Comitato Consultivo, sentita l'ampia relazione degli avv.ti di Tarsia e Palatiello, esaminato lo schema di provvedimento dai medesimi elaborato, dopo ampia discussione, espresso vivo apprezzamento agli avv.ti di Tarsia e Palatiello per l'opera svolta, all'unanimità, stabilisce, a norma dell'art. 26, 2° comma, lett. b), della legge 3 aprile 1979, n. 103, i seguenti

Criteria di massima per l'assegnazione degli affari contenziosi e consultivi agli avvocati ed ai procuratori dello Stato

1) Ai fini del presente atto, si intende per affare contenzioso quello che deve essere trattato, in giudizio, nonché quello avente ad oggetto l'eventuale impugnazione di provvedimenti giurisdizionali ovvero l'eventuale esercizio dell'azione giudiziaria o del patrocinio in giudizio ai sensi dell'art. 44 R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611; per affare consultivo si intende quello avente ad oggetto l'esame di questioni non direttamente destinate al vaglio della giurisdizione ovvero coinvolgente la gestione di un numero indefinito di contenziosi.

2) Gli affari, contenziosi e consultivi, si distinguono a seconda della loro natura:

- a) di massima
- b) di particolare rilevanza
- c) ordinaria

Sono di massima gli affari la cui trattazione è destinata a costituire guida per lo svolgimento di un numero indefinito di affari simili.

Sono di particolare rilevanza gli affari che richiamano specifico interesse sociale o politico o che abbiano ad oggetto questioni di valore superiore a lire 5 miliardi o che richiedano la soluzione di questioni giuridiche di alta necessità.

Tutti gli altri affari si definiscono ordinari.

3) Gli affari contenziosi si distinguono, a seconda dell'autorità giurisdizionale competente, in affari di:

- a) Corte di Giustizia e collegi internazionali
- b) Corte Costituzionale
- c) Corte di Cassazione

d) Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, Consiglio di Stato, Corte dei Conti, ed organi equiparati, Corte d'appello in sede diversa da quella di gravame.

e) TAR

f) Giudice ordinario di merito, collegio arbitrale.

4) Gli avvocati e procuratori dello Stato si distinguono a seconda della qualifica, della classe di stipendio e dell'anzianità di servizio nella qualifica.

5) La trattazione degli affari contenziosi di cui al § 3, lett. *a)* e *b)* è affidata agli avvocati che abbiano conseguito da almeno tre anni la terza classe di stipendio.

La trattazione degli affari contenziosi di cui al § 3, lett. *c)* è affidata agli avvocati che abbiano un'anzianità nella qualifica di almeno 5 anni;

quelli di cui al § 3, lett. *d)* è affidata agli avvocati che abbiano un'anzianità nella qualifica di almeno 2 anni.

6) Gli affari di cui al § 2, lett. *a)* e *b)* vengono di norma affidati agli avvocati che abbiano conseguito la quarta classe di stipendio.

7) Gli avvocati alle prime due classi di stipendio ed i procuratori saranno chiamati a collaborare, ciascuno per un massimo di due affari all'anno, con gli avvocati assegnatari delle pratiche di cui ai §§ 2, lett. *a)* e *b)*, e 3, lett. *a)*, *b)* e *c)*.

8) Per la trattazione degli affari di cui al § 2, lett. *a)* e *b)*, all'incaricato possono essere associati uno o più colleghi aventi una minore qualifica o anzianità.

9) Gli avvocati di cui ai §§ 5 e 6 potranno essere chiamati a trattare affari diversi da quelli ivi indicati per, esigenze d'ufficio, seguendosi, in tal caso, l'ordine inverso di ruolo.

10) Nella designazione dell'incaricato si terrà conto, compatibilmente con le esigenze dell'ufficio, della specifica attitudine, del gradimento personale, e delle esperienze professionali acquisite.

11) Nelle sedi distrettuali, dove le dimensioni dell'organico non consentano la piena applicazione dei presenti criteri, sarà dato particolare spazio ai criteri di cui ai §§ 7 e 8 senza il limite quantitativo ivi indicato, ferma restando l'esigenza dell'attribuzione degli affari in relazione diretta tra la loro importanza e l'anzianità di qualifica.

12) L'assegnazione dell'affare si riferisce ad ogni relativo incombente e, nel caso di assunzione di difesa penale ex art. 44 R.D. 30 ottobre 1933 n. 1611, potrà comportare l'assegnazione allo stesso avvocato o procuratore di affare connesso, fino all'esaurimento totale della pratica; resta salva la possibilità di chiedere la riassegnazione a collega più giovane in caso di sostanziale mutamento della natura dell'affare.

13) Il carico di lavoro complessivo, valutata in termini di impegno qualitativo e quantitativo, sarà uguale a parità di anzianità di qualifica; nella valutazione predetta si terrà conto degli incarichi interni e, tra quelli esterni, solo degli incarichi assunti per obbligo di legge e gratuiti.

14) Chiunque può essere chiamato a sostituire il collega legittimamente impedito.

La seduta è tolta alle ore 13,50.

Del che è verbale.

Il Segretario

Il Presidente

Documento 4 ter

Avvocatura Generale dello Stato

Roma, 8 febbraio 2002
Prot. n. 2539/Amm.

Comunicazione di servizio n. 48/2002

Ai signori Avvocati e Procuratori dello Stato

SEDE

Oggetto: *Istituzione delle Sezioni; indicazioni operative.*

Facendo seguito alle precedenti comunicazioni di servizio n. 16/bis e n. 38 del 2002, si rappresenta quanto segue:

a) Gli affari relativi all'assunzione della rappresentanza e la difesa degli impiegati e agenti delle Amministrazioni dello Stato e delle amministrazioni o degli enti di cui all'an. 43 nei giudizi civili e penali che li interessano per fatti e cause di servizio devoluti dalla legge alla mia firma (art. 44 R.D. 1611/1933) devono essere preventivamente istruiti dai Vice Avvocati Generali competenti per Amministrazione.

b) Per effetto di reciproco consenso: l'Avv. Maurizio Di Carlo passa alla Sezione I^ater, mentre l'Avv. Nadia Palmieri passa alla Sezione IV^a; l'Avv. Alessandro De Stefano passa alla Sezione I^ater, mentre l'Avv. Maurizio Greco passa alla Sezione III^a.

Documento 5

Avvocatura Generale dello Stato

Roma, 18 febbraio 2002
Prot. n. 3488/Amm.

Comunicazione di servizio n. 59/2002

*Ai Signori Avvocati e Procuratori dello
Stato*

SEDE

*Al Preposto al Servizio - Ufficio V -
Archivio e Impianti*

SEDE

*Al Preposto al Servizio - Ufficio VI -
Collaborazione professionale*

SEDE

Oggetto: Sottoscrizione della corrispondenza.

A far data dalla entrata in vigore della presente comunicazione i Vice Avvocati Generali possono delegare i colleghi incaricati della trattazione degli affari consultivi e contenziosi a firmare direttamente «per il Vice Avvocato Generale» competente la corrispondenza ordinaria.

Per corrispondenza ordinaria devono intendersi tutte le note in partenza che contengono comunicazioni o richieste di notizie o documenti o che abbiano carattere interlocutorio o istruttorio, con esclusione delle note di trasmissione di provvedimenti giurisdizionali a carattere decisorio e di quelle che comportino – anche per implicito – espressioni di pareri su questioni di diritto o di opportunità o adozione di opzioni decisionali in punto di linee difensive di eventuale impugnazione.

Sia nell'ipotesi che i Vice Avvocati Generali si determinino a delegare e sia in quella contraria, la corrispondenza a firma dei Vice Avvocati Generali o, «per» essi, degli avvocati incaricati, recherà per esteso in dattiloscrittura il nome del Vice Avvocato Generale competente.

La presente comunicazione di servizio entrerà in vigore il 1° marzo 2002.

Documento 5-bis

Avvocatura Generale dello Stato

Roma, 19 febbraio 2002
Prot. n. 3769/Amm.

Comunicazione di servizio n. 61/2002

*Ai Signori Avvocati e Procuratori dello
Stato*

SEDE

*Al Preposto al Servizio - Ufficio V -
Archivio e Impianti*

SEDE

*Al Preposto al Servizio - Ufficio VI -
Collaborazione professionale*

SEDE

Oggetto: *Sottoscrizione della corrispondenza.*

Ad integrazione della comunicazione di servizio n. 59/2002 del 18 febbraio 2002, si dispone che le note per le quali non sia operante la delega di firma da parte del competente Vice Avvocato Generale siano comunque sottoscritte anche dall'Avvocato estensore della nota stessa.

L'AVVOCATO GENERALE

Documento 5-ter

Avvocatura Generale dello Stato

Roma, 27 febbraio 2002
Prot. 4236/Amm.

Comunicazione di servizio n. 63/2002

*Ai signori Avvocati e Procuratori dello
Stato*

SEDE

Al Segretario Generale

SEDE

Oggetto: *Attuazione delle comunicazioni di servizio dell'Avvocato Generale numeri 59 e 61 del 2002.*

I sottoscritti Vice Avvocati Generali dello Stato, in attuazione delle comunicazioni di servizio dell'Avvocato Generale nn. 59 e 61 del 2002, delegano, con decorrenza 1° marzo 2002, gli Avvocati e Procuratori dello Stato

appartenenti alle rispettive Sezioni e, per quanto possa occorrere, quelli appartenenti alle altre, a firmare la «corrispondenza ordinaria» così come definita nel capoverso della comunicazione 59/2002.

A fini di uniformità si invitano i colleghi a far predisporre in tutte le lettere il nome dattiloscritto dell'Avvocato incaricato secondo i seguenti schemi:

- 1) firma per delega: per il Vice Avvocato Generale – l'avvocato incaricato
- 2) doppia firma: l'avvocato estensore – il Vice Avvocato Generale

Roma, 22 febbraio 2002

I VICE AVVOCATI GENERALI (*)

N.B.: Gli avvocati F. Favara e S. Laporta hanno firmato «con esplicita riserva di revoca della delega, anche individualmente».

Documento 6

Relazione dell'Avvocato Generale dello Stato, Luigi Mazzella, al Convegno di Studi patrocinato da The International Association of Lions Clubs e dalla Provincia di Salerno (Palazzo Sant'Agostino, 9 marzo 2002).

Lo stato italiano al bivio tra federalismo esterno e federalismo interno. Il ruolo dell'Avvocatura dello Stato

Sommario:

1. CONCETTO DI STATO IN SENSO CLASSICO.
2. CRISI DELLO STATO ITALIANO, DELLA SUA UNITÀ E DELLA SOVRANITÀ STATALE ALL'INTERNO: LA FRAMMENTAZIONE DEGLI ORDINAMENTI STATALI.
3. OLTRE LO STATO: SOVRANITÀ COMUNITARIA: FASE ASCENDENTE E FASE DISCENDENTE.
4. ALL'INTERNO DELLO STATO. INFLUENZA DEL DIRITTO COMUNITARIO SULLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E SULLA NOZIONE DI ENTE PUBBLICO.
5. INFLUENZA DEL DIRITTO COMUNITARIO NEL RITIRO DELLO STATO DALLA ECONOMIA. DALLO STATO IMPRENDITORE ALLO STATO REGOLATORE. IL FENOMENO DELLE PRIVATIZZAZIONI. LE AUTORITÀ INDIPENDENTI.
6. INFLUENZA DEL DIRITTO COMUNITARIO SULLE SPINTE AUTONOMISTICHE (C.D. FEDERALISMO): LA SUSSIDIARIETÀ.
7. LA LEGGE COSTITUZIONALE N.3 DEL 2001 E LA MODIFICA DEL TITOLO V DELLA PARTE II DELLA COSTITUZIONE.
8. IL RUOLO DELLA AVVOCATURA DELLO STATO.

1. CONCETTO DI STATO IN SENSO CLASSICO.

In senso giuridico la prima condizione perché si abbia uno Stato è che esso non dipenda, per la predisposizione delle regole istituzionali e organizzative che lo compongono, da un altro ordinamento; in due parole esso deve essere *originario e indipendente*.

Perché una società politica sia indipendente rispetto alle altre, è necessario che essa abbia in se stessa la capacità e la forza di disciplinare gli interessi che ritiene giuridicamente rilevanti, e conseguentemente deve disporre di un apparato autoritario che abbia preminenza sia sui singoli che sulle collettività minori.

Accanto alla condizione che lo Stato sia indipendente, si pone un'altra condizione, e cioè che esso sia dotato di un apparato *autoritativo* in grado di assicurare la composizione dei confliggenti interessi e di assicurare la pacifica convivenza dei consociati.

Perché si abbia uno Stato, oltre all'elemento umano, la società, e all'elemento organizzativo, deve esistere anche l'elemento materiale, *il territorio*, come centro di riferimento degli *interessi* che in esso trovano la loro *localizzazione*, oltre che limite di competenza.

In senso giuridico, tuttavia, il termine «Stato» può essere assunto in diversi significati.

In un primo significato, lo *Stato-istituzione* è quello su indicato, e cioè un corpo sociale organizzato su un territorio, con determinate caratteristiche e con propri e esclusivi elementi costitutivi che valgono ad individuare l'ordinamento giuridico statale come *comprensivo*, oltre che di tutti i minori corpi sociali, anche di tutti gli ordinamenti particolari e ad essi sovraordinato. È questo, appunto, lo *Stato-istituzione*, lo *Stato-ordinamento*, che la nostra Costituzione designa più spesso col termine «*Repubblica*» (artt. 5, 29, 114) e talvolta col termine *Stato* (art. 7), ma anche coi termini «*Italia*» (artt. 1, 11), «*Patria*» (art. 52) e «*Paese*» (artt., 3, 47).

In un secondo significato, il termine Stato designa l'apparato autoritario, vale a dire il *complesso di autorità*, e la relativa organizzazione, cui l'ordinamento attribuisce formalmente il potere di emanare e di applicare le norme e i comandi mediante i quali lo Stato fa valere la sua supremazia. Allo Stato così inteso, che si definisce *Stato-apparato* o *Stato-governo*, l'ordinamento conferisce anche la personalità giuridica, e pertanto esso si può definire *Stato-soggetto* o *Stato-persona*.

In questa ultima accezione, esso è *il massimo dei soggetti giuridici* ma, ciò non pertanto, sottoposto, al pari degli altri soggetti giuridici, al diritto (è il concetto dello *Stato di diritto*).

Nell'ordinamento italiano, lo *Stato-soggetto* è posto accanto ad altri soggetti di diritto pubblico (p.es. lo Stato è titolare del diritto di proprietà; l'art. 28 Cost. si riferisce ai dipendenti dello Stato e alla loro responsabilità; l'art. 134 regola i conflitti tra i poteri dello Stato e quelli tra lo Stato e le Regioni).

Lo *Stato-apparato* costituisce l'insieme dei governanti a cui si contrappongono gli altri soggetti pubblici e privati, che vengono definiti come governati, e che sono sottoposti alla sua supremazia.

A seconda della forma di governo questi soggetti sono o nettamente distinti ovvero tendono ad avvicinarsi, senza tuttavia arrivare a confondersi con lo Stato-apparato.

Questo insieme di soggetti viene definito *Stato-comunità*.

Risalendo alla tripartizione montesquieuiana dei poteri, *quello legislativo*, *quello giurisdizionale* e *quello esecutivo*, e pur potendosi individuare altri poteri di tipo costituzionale nel nostro ordinamento (Presidente della Repubblica, Corte Costituzionale), esiste un *ulteriore concetto* di Stato, lo *Stato-amministrazione*, che è quella parte della organizzazione pubblica che svolge a livello statale *le funzioni amministrative* e che nella Costituzione viene indicata come *potere esecutivo*.

Storicamente lo Stato mantiene *l'organizzazione per Ministeri* sulla base del modello cavouriano con le modifiche incisive apportate dal D.Lgs. 29/1993 nel rapporto tra vertice politico e vertice burocratico, ma li affianca con le aziende autonome e, soprattutto, presenta altre amministrazioni parallele, costituite da enti pubblici nazionali.

I tipi di *enti pubblici* sono numerosi e si ispirano a *modelli differenziati*, anche in ordine al regime giuridico cui sono sottoposti, potendo essere regolati, quanto alla loro azione, da norme di *diritto privato*, come gli *enti pubblici economici* (artt. 2093 c.c. e art. 409 n. 5 c.p.c.) (p.es. le ultime esperienze delle FF.SS. e delle Poste Italiane prima di trasformarsi in società per azioni).

L'amministrazione dello Stato, pur avendo gli uffici centrali in Roma, si svolge su tutto il territorio nazionale, *con uffici e organi periferici*, come le Prefetture, il Provveditorato agli Studi, la Capitaneria di Porto, etc.

Accanto, poi, alle Università, statali e libere, la cui accentuata autonomia è già garantita dalla Costituzione del 1948, agli ordini e collegi professionali, di consolidata istituzione, è recente la introduzione di *figure soggettive nuove*, denominate Amministrazioni o Autorità indipendenti, in cui la indipendenza, come si vedrà meglio in prosieguo, è garantita essenzialmente nei confronti del potere esecutivo, affermandosi la necessità che la tutela di certi valori non possa essere influenzata dalla parte politica rappresentata dal Governo.

Si fa riferimento, per esempio, al Garante per l'editoria, alla CONSOB, all'ISVAP, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, e ad altre ancora.

Si ha così un'amministrazione statale, centrale e periferica, per ministeri, Aziende autonome, enti pubblici, e autorità indipendenti.

L'organizzazione al centro è solo un aspetto delle amministrazioni pubbliche, che sono arricchite dagli *enti pubblici territoriali* (*Regioni, Province e Comuni*), i quali, a loro volta, hanno una *amministrazione parallela* costituita da altri enti, aziende speciali, istituzioni e società per azioni (artt. 22 e 23 della L. 142/1990 trapiantati nel TUEL 267/2000).

Esiste un ulteriore concetto di Stato, visto dal punto di vista comunitario.

Ai fini della responsabilità dello Stato per violazione degli obblighi comunitari (c.d. illecito del legislatore), per Stato legislatore la Corte di giustizia intende lo Stato nella sua unitarietà, lo Stato-ordinamento, del quale fanno parte anche gli enti locali e le amministrazioni pubbliche in genere. Ne deriva che dal punto di vista comunitario, ai fini della responsabilità, per *Stato amministrazione* si intende qualsiasi amministrazione anche non statale (un ente territoriale) al pari di un soggetto privato dotato di poteri autoritativi.

Allo Stesso modo, l'illecito dello *Stato legislatore*, per inadempimento dell'obbligo di attuare la normativa comunitaria non direttamente applicabile, o per violazione dell'obbligo di rispetto della normativa comunitaria, si concreta anche in caso di legge regionale violativa degli obblighi comunitari.

2. CRISI DELLO STATO ITALIANO, DELLA SUA UNITÀ E DELLA SOVRANITÀ STATALE ALL'INTERNO: LA FRAMMENTAZIONE DEGLI ORDINAMENTI STATALI.

La *crisi dello Stato italiano* dipende dalla mutazione genetica del suo medesimo concetto nel tempo.

In primo luogo all'interno è in crisi la unità dello Stato e del controllo governativo degli apparati pubblici. Allo Stato in senso classico e agli enti locali sempre più potenti, si aggiunge il potere delle autorità indipendenti.

All'esterno, le implicazioni della caduta delle barriere nazionali e l'apertura dei mercati hanno comportato la erosione della sovranità statale a cui si sostituisce in parte la *sovranità bilaterale, multilaterale statale o sovranazionale*.

All'interno lo *Stato-amministrazione* in senso classico secondo il modello ministeriale, è in fase recessiva, in quanto il potere pubblico si è andato *frammentando* a seguito della istituzione e moltiplicazione di enti pubblici nazionali e di figure ibride, a loro volta importate dalla normativa comunitaria, che fa riferimento alla figura del *c.d. organismo di diritto pubblico*, che serve per smascherare, dietro alla privatizzazione formale, la pubblicità reale, in caso di controllo pubblico, di finanziamento o sovvenzionamento pubblico.

Si è passati ad un nuovo e stravolgente concetto di ente pubblico e ad un nuovo settore, che non è più quello statale, necessario storicamente per dare unità e forza al potere centrale, ma è di nuovo, in senso romanistico, più generalmente, quello *pubblico*, della *c.d. res publica* (secondo la definizione ulpiana «*publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*»).

Non si nega che tuttavia l'intero mondo dei vari poteri pubblici non statali sia in qualche modo anche oggi *riconducibile alla sovranità dello Stato e all'indirizzo del governo*, per conseguentemente rispondere ai fini di un qualche tipo di responsabilità (p.es. anche i componenti delle autorità indipendenti, sfuggenti dal punto di vista democratico, sono *nominati* dai Presidenti delle Camere, dal Presidente della Repubblica, dal presidente del consiglio, a seconda delle previsioni delle leggi istitutive).

Secondo il modello di riferimento tradizionale, lo Stato (nel senso di Stato-amministrazione) è una *persona giuridica unitaria* che agisce, anche in sede periferica (p. es. il Prefetto, il Provveditore agli studi) attraverso i suoi organi, i Ministeri, che sono grandi strutture organizzative.

La *erosione dello Stato*, all'interno dell'ordinamento statale, è ormai divenuto un fenomeno irreversibile, a causa del venir meno del modello classico di Stato centrale organizzato su base ministeriale.

Tale erosione di competenze dipende sia da *fattori meramente interni, che da influenze di derivazione comunitaria*.

Dal punto di vista interno, la *inefficienza dell'apparato burocratico statale* ha suggerito l'abbandono parziale dei modelli classici di riferimento, così come a livello legislativo e normativo si assiste, di fatto, ad un depauperamento dell'esercizio della funzione legislativa del Parlamento, a favore del Governo nazionale (che legifera sostanzialmente a mezzo di decreti delegati, come nel caso dei testi unici, e con i decreti-legge), e a favore delle *Regioni e degli enti locali* (v. ultima modifica costituzionale in tal senso, la n. 3/2001), oltre che a favore della *Unione europea*.

Il disgregamento dello Stato dipende per il resto da fenomeni, in parte di inseguimento di modelli stranieri diversi, e in parte dalla influenza della normativa comunitaria e dei suoi principi.

Il diritto comunitario ha determinato una modifica della sovranità nazionale, sia per la sua stessa esistenza, in quanto la Unione Europea consiste in *un nuovo modello di sovranità degli Stati nazionali, che per la normativa da essa prodotta*, che determina una modifica di struttura all'interno degli Stati membri.

Il diritto comunitario può infatti essere considerato la fonte, diretta o indiretta, di fenomeni che hanno determinato il modificarsi del modello di Stato centrale, in quanto ad esso devono farsi risalire i fenomeni del *c.d. federalismo, il fenomeno del ritiro dello Stato dall'economia, e quindi il fenomeno, più che l'istituto delle autorità indipendenti*.

Lo Stato nazionale, per come l'abbiamo conosciuto negli ultimi quattro-cinque secoli, è una realtà inattuale, in quanto gran parte delle funzioni storiche non gli appartengono più.

Il concetto di Stato ha oggi perso di importanza, in quanto, come ha calcolato uno studioso americano, la parola Stato può assumere fino a cento significati diversi.

Risaliva a Costantino Mortati, uno dei padri della Costituzione del 1948, la abitudine di accoppiare al termine «Stato» un altro vocabolo per dare un significato: Stato-ente, Stato-persona, Stato-ordinamento, Stato-società. Si è osservato, però (CASSESE, *La crisi dello Stato*, Ed. Laterza 2002), che quando servono due parole per esprimere una cosa, cominciano a perdere di senso o le parole o le cose.

D'altronde, se per Stato si intende la sovranità, essa si è persa.

Sia all'interno che all'esterno si assiste alla disaggregazione degli Stati. All'esterno, essi non operano più come unità, ma come organismi internazionali, mentre all'interno è in crisi la nazionalità della economia.

È entrato in crisi non soltanto la economia, ma anche il diritto che tende a internazionalizzarsi, come nel caso della finanza internazionale, che segue un unico diritto e una unica lingua, l'inglese.

Gli organismi internazionali sono attualmente circa milleottocento, e si aggiungono ai duecento governi. Nei quindici paesi della Unione Europea le regioni sono circa centotrenta.

Come ha detto *Jean Monnet*, uno dei padri della Europa comunitaria, *«le nazioni sovrane del passato non rappresentano più il quadro in cui possano risolversi i problemi del presente. Anzi, la stessa Comunità è solo una tappa verso forme organizzative del mondo di domani, è più che un essere, un divenire»*.

Lo Stato italiano vive infatti una nuova dimensione di sovranità nel contesto europeo.

Da un concetto arcaico nel quale lo *Stato* era visto come una *«comunità perfetta»*, in cui la dimensione territoriale degli Stati nazionali era normalmente adeguata alle necessità della società e dei mercati, nella attuale fase storica, come è stato ben detto, *«lo Stato è ormai troppo grande per le cose piccole e troppo piccolo per le cose grandi»*.

Il fenomeno della *globalizzazione* ha reso evidente che i grandi capitali, o le grandi associazioni criminali, o le grandi evasioni fiscali, non sono più nazionali, ma multinazionali o addirittura apolide.

La differenza di civiltà sociale, culturale, religiosa, economica, tra le parti industrializzate del globo e quelle meno avanzate, avendo drammaticamente posto il problema del dialogo, non più e non tanto tra sistemi che condividono la stessa civiltà, come i paesi della UE, ma dell'Europa e del mondo occidentale con il resto della umanità, ha creato la esigenza di una *politica estera* e mondiale non più statale, ma *europea*, e quindi mondiale e globale.

Sul versante *giuridico-istituzionale* il principale effetto della globalizzazione è il definitivo *superamento della idea di sovranità statale* come situazione di indipendenza, unita al potere di comando supremo e incondizionato e *superiorem non recognoscens*.

Per quanto controverso sia il concetto di sovranità, si riconosce che anche esso, oggi, goda di una sostanziale *relatività*, come rapporto tra una pluralità di ordinamenti giuridici diversi.

La sovranità statale, a differenza di quanto sosteneva il Mortati, secondo il quale essa rappresenta un concetto assoluto, *o c'è o non c'è*, è oggi invece *l'esito riassuntivo e sempre mutevole* di una *serie di relazioni* tra tutti i soggetti che compongono lo Stato ordinamento; allo stesso modo, sul piano internazionale, la partecipazione degli Stati a forme di organizzazioni internazionali determina una nuova forma di sovranità, la «*sovranità condivisa*».

3. OLTRE LO STATO: SOVRANITÀ COMUNITARIA: FASE ASCENDENTE E FASE DISCENDENTE.

Nella teoria degli ordinamenti giuridici, la Comunità Europea assurge al rango di nuovo ordinamento giuridico, il cui diritto prevale, con valore di *supremazia*, sul diritto nazionale e le cui norme sono direttamente applicabili.

Nell'ordinamento comunitario, a differenza che nell'ordinamento internazionale, di cui soggetti rilevanti sono soltanto gli Stati nazionali, e non i cittadini e gli individui, sono soggetti degni di rilevanza anche il singolo e altri tipi di enti (p.es. le amministrazioni locali).

L'ordinamento comunitario, legittimato dagli Stati nazionali (in Italia l'adesione al Trattato originario è giustificata dalle *limitazioni* di sovranità consentite dagli artt. 10 e 11 Cost.), *crea nuovo diritto* al quale si adegua l'ordinamento nazionale.

Si dà luogo pertanto ad un processo osmotico circolare, in quanto gli ordinamenti nazionali *si «federano»* per dare vita al nuovo fenomeno giuridico, *unico nel suo genere*, dell'ordinamento comunitario, apportando il loro patrimonio di principi e conoscenze giuridiche, come per esempio in materia di tutela del consumatore e della concorrenza, di vizi dell'atto amministrativo (*fase ascendente*); dall'altro lato, il nuovo diritto comunitario, una volta formatosi, in forza della sua sovranità, avente valore di supremazia sul diritto nazionale, ha *efficacia diretta* nell'ordinamento interno, secondo il Trattato originario CEE (*fase discendente*).

Anzi, secondo le più recenti ricostruzioni, il rapporto tra i due ordinamenti, quello interno e quello comunitario, *non è di separazione* in ambiti diversi, (come lo Stato e la Chiesa nella teoria dei cieli danteschi, «che l'uno all'altro, raggio non ingombra»), *ma di continua integrazione*.

Infatti, le norme comunitarie sono, come detto, *immediatamente applicabili* nell'ambito dell'ordinamento interno, e sono idonee ad attribuire direttamente diritti ed obblighi senza necessità di una norma interna di *recepimento*, ad eccezione delle direttive non autoesecutive.

Il potere pubblico comunitario penetra ogni giorno nella vita della nostra società, come dimostrano gli esempi sotto gli occhi di tutti, stabilendo come va prodotta la cioccolata, il limite di qualità della carne, i limiti dei rumori inquinanti, le norme che deve rispettare un impianto elettrico abitativo.

È facile oggi imbattersi sulla dizione «Made in UE», una sorta di marchio di garanzia europea, sui nostri prodotti commerciali.

La norma comunitaria è inoltre parametro per valutare la legittimità costituzionale e amministrativa (per illegittimità in violazione della normativa comunitaria) di una norma interna o di un atto amministrativo interno.

Tra i due ordinamenti non vi è un riparto per competenze fisse, ma un riparto *per competenze mobili*, basato sui *principi dei poteri impliciti e della sussidiarietà*, tale da rendere fisiologica e inevitabile la possibilità di interferenze reciproche, specie alla luce della accelerazione impressa al processo di integrazione dal Trattato di Maastricht.

L'ordinamento interno e quello comunitario possono regolare pertanto la stessa materia, ma l'ordinamento interno può regolare la materia fintanto che non sia intervenuto l'ordinamento comunitario.

4. INFLUENZA DEL DIRITTO COMUNITARIO SULLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E SULLA NOZIONE DI ENTE PUBBLICO.

L'ordinamento comunitario ha influenzato altresì l'apparato amministrativo nazionale dando luogo alla *nascita di una amministrazione europea e di un diritto europeo*, così come alcuni procedimenti amministrativi, da nazionali, sono diventati *compositi* (interessando per una fase l'amministrazione comunitaria, e per altra fase quella nazionale, come per esempio in materia di agricoltura e di finanziamenti per le regioni depresse e in via di sviluppo). In altri casi il procedimento comunitario non si fonde con quello nazionale (*procedimento composito*), ma si aggiunge ad esso al quale è unito da un rapporto di *intima connessione*. Si pensi al *principio di addizionalità dei fondi strutturali* comunitari, che sono complementari rispetto alle azioni condotte dagli Stati membri, al fine di evitare che le risorse dei fondi comunitari vadano semplicemente a sostituirsi agli aiuti nazionali, in quanto l'aiuto comunitario deve esercitare un effetto trainante nei confronti dello sforzo finanziario nazionale.

L'ordinamento comunitario ha reso anche necessaria nell'ambito dei diritti interni una *rivisitazione del concetto di pubblica amministrazione*.

Nell'ordinamento italiano tradizionale, il concetto di Pubblica Amministrazione, non solo statale, *pubblica*, veniva definito da una serie di parametri tra i quali assumeva particolare rilievo il *dato formale*, cioè il fatto che l'ente avesse una organizzazione e una struttura di carattere pubblicistico.

Il diritto comunitario ha imposto una revisione della nozione di P.A.. Con particolare rilievo al *settore degli appalti*, tale diritto è del tutto disattento al profilo della qualificazione o organizzazione pubblicistica, ma attribuisce significato alla circostanza che un soggetto, *pur se formalmente privato* (ad esempio una *società per azioni a partecipazione in parte pubblica*), sia controllato dalla pubblica amministrazione sulla base del parametro della influenza dominante ed agisca ai fini del perseguimento di fini pubblici.

La adesione comunitaria ad un *concetto sostanziale e allargato di pubblica amministrazione* è il portato e la ricaduta del *principio di effettività* del diritto comunitario. Poiché in tema di appalti, per esempio, la normativa comunitaria impone alle autorità che indicano gare di appalto di seguire *determinate regole* (la gara comunitaria) al fine di consentire la partecipazione di tutti gli imprenditori dei paesi dell'Unione, l'utilizzo di un concetto formale di pubblica amministrazione consentirebbe ai soggetti pubblici la *comoda elusione* di dette regole attraverso la creazione di soggetti formalmente privati, ma posti sotto il loro controllo al fine del perseguimento degli obiettivi istituzionali ma sostanzialmente controllati (come una s.p.a. con azioni integralmente nelle mani di un comune) al fine di contrarre senza vincoli di sorta.

Da tali premesse nasce *l'attenzione tutta comunitaria*, ai fini di tutela della concorrenza, alla necessità, come si è detto, di *snidare la pubblicità reale* che si nasconde dietro il dato formale e trova il suo *humus* la nascita della categoria degli organismi di diritto pubblico, come tali tenuti a seguire le regole comunitarie in tema di appalti; detti organismi sono definiti in termini *sostanzialistici* dal legislatore comunitario e dalle norme interne di *recepimento* quali soggetti giuridici «*istituiti per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale e commerciale, dotati di personalità giuridica e la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è sottoposta al controllo di questi ultimi, oppure i cui organi di amministrazione, di direzione o vigilanza sono costituiti da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico*» (in tal senso direttive 89/440, 93/1997, L. 109/1994 art. 2 come modificato dalla L. 415/1998).

La introduzione di tale nozione nell'ordinamento nazionale porta a ritenere *compatibile la nozione di pubblica amministrazione con la veste societaria* (p. esempio, FF.SS. spa, Poste Italiane spa, Agecontrol spa, società miste di servizi pubblici locali, come gas, acqua, etc) e, soprattutto, allarga la nozione di p.a. e di atto amministrativo, o se si preferisce, dilata il perimetro dei soggetti privati formalmente, ma equiparati alle pubbliche amministrazioni, e quindi tenuti a seguire le regole di questa e a emanare provvedimenti amministrativi (attività oggettivamente amministrativa).

Dopo l'art. 6, comma 1 L. 205/2000, sembra chiuso il dibattito sul significato solo procedimentale o anche sostanziale e processuale della nozione di organismo pubblico, avendo il legislatore affidato al G.A. in via esclusiva la cognizione delle controversie relative anche agli appalti indetti da soggetti privati equiparati a enti pubblici, con ciò intendendo che tali soggetti sono considerati come pubbliche amministrazioni in senso pieno, e i relativi atti sono a tutti gli effetti qualificabili determinazioni amministrative.

Indicativa della ampiezza della nozione pubblicistica è la disciplina del diritto d'accesso (artt. 22 e ss., esercitabile nei confronti non solo delle pubbliche amministrazioni in senso soggettivo, ma anche nei confronti dei soggetti privati, ma *concessionari, rectius, gestori di pubblici servizi* (L.265/1999).

Il sistema va configurandosi in modo nuovo non solo nel senso che si *amplia* la nozione di *ente pubblico*, ma si amplia in genere il *perimetro di azione del diritto pubblico*, in quanto assume rilievo pubblicistico l'attività svolta dai concessionari.

D'altro canto, la materia oggetto di cognizione del giudice amministrativo è diventata quella dei pubblici servizi (dal D.Lgs.80/1998), le *service publique* importato dall'ordinamento francese, concetto che, se foriero di incertezze per la mancanza di definizioni precise, certamente introduce la novità di fare riferimento non solo all'aspetto del *soggetto autore dell'attività* (servizio pubblico in senso *soggettivo* o in senso *oggettivo* a seconda che sia il medesimo ente pubblico titolare del servizio a gestirlo, oppure che lo gestisca un soggetto privato), ma anche ai soggetti *destinatari* della attività (come in caso di offerta al pubblico di cui all'art. 1336 c.c.): ha rilievo la *destinatarietà alla collettività aperta dei cittadini*, a conferma del fatto che i pubblici poteri non sono tali in quanto finalizzati a se medesimi, ma solo se apportano benefici alla collettività.

È d'altronde tipico dello Stato sociale moderno ed europeo allargare il suo raggio d'azione nella misura in cui ne riduce lo spessore autoritativo, presentandosi come *service publique*, sempre più su un piano di parità con i cittadini, che sono visti come consumatori e utenti.

5. INFLUENZA DEL DIRITTO COMUNITARIO NEL RITIRO DELLO STATO DALLA ECONOMIA. DALLO STATO IMPRENDITORE ALLO STATO REGOLATORE. IL FENOMENO DELLE PRIVATIZZAZIONI. LE AUTORITÀ INDIPENDENTI.

Principi di derivazione comunitaria, e necessità di modelli di efficienza, hanno comportato una trasformazione del concetto di ente pubblico, e hanno *allocato in sedi diverse dallo Stato le competenze decisionali, sia amministrative che legislative (sia verso l'alto, l'Unione Europea, sia verso il basso, regioni e altri enti locali)*.

Si parla, oltre che del nuovo concetto di ente pubblico, del principio della sussidiarietà, che è alla base del federalismo e del decentramento amministrativo, e del principio della libertà di concorrenza (*workable competition*).

Al modello statale e assolutista che comprime la concorrenza (tutto deriva dallo Stato), e che ha dimostrato i suoi limiti nei paesi comunisti e corporativi, l'ordinamento comunitario ha preferito il corno opposto della stimolazione esasperata della concorrenza, nella convinzione che essa ridondi a favore dei cittadini consumatori, ai quali verrà offerto il miglior prodotto al miglior prezzo e alle migliori condizioni, determini un aumento della produzione di ricchezza, crei e promuova le condizioni di sviluppo anche delle aree depresse o più deboli della Unione, che però possono essere aiutate, e comporti minori sprechi di risorse pubbliche.

Già prima della influenza comunitaria, tuttavia, si era assistito ad un cambiamento della forma degli enti pubblici e dei loro organi, al fine di rispondere a modelli di efficienza, di economia (art. 1 L. 241/1990), di necessità di equilibri di bilancio, di alleggerimento da obblighi contabili.

Emblematica è la vicenda delle Ferrovie dello Stato, che da azienda autonoma, con propria autonomia, presieduta dal Ministro dei Trasporti, sono divenute prima ente pubblico economico, e successivamente trasformate in società per azioni (c.d. privatizzazione formale, a cui segue la trasformazione sostanziale nel caso di collocamento delle azioni in tutto o in parte nel mercato aperto ai privati).

La globalizzazione ridisegna in termini nuovi anche il rapporto tra pubblico e privato, in quanto i moduli privatistici penetrano nella pubblica amministrazione, che si preoccupa dei suoi clienti, i cittadini, alla stessa maniera di una impresa che mira a soddisfare le richieste dei consumatori, fornendo sempre maggiormente servizi pubblici, che migliorino la qualità della vita dei cittadini, e vedendo diminuire la quantità di poteri autoritativi.

Occorre osservare che lo Stato italiano ha receduto dal suo ingombrante ruolo di protagonista dell'economia, di produttore di caramelle e di ballerine, come si è criticamente detto, visto anche il fallimento di tale modello di riferimento.

La normativa comunitaria ha influito in tal senso, pur non essendo vincolante nelle scelte, in quanto a livello comunitario vale il principio della *neutralità* nei confronti delle imprese pubbliche, e cioè *l'impresa può essere pubblica o privata*.

I principi di *divieto di discriminazione* in base alla nazionalità, quello della *libera concorrenza* (il miglior prodotto al miglior prezzo a favore del cittadino consumatore), e soprattutto il *divieto di aiuti di Stato alle imprese*, che devono inseguire criteri di redditività, quantomeno a medio e lungo termine, impediscono tuttavia allo Stato di ingerirsi nell'assetto e nel funzionamento del mercato, di ostacolare gli scambi e di abusare di posizioni dominanti.

Il principio della libera concorrenza ha determinato pertanto il ritiro sostanziale dello Stato dal mercato, e quindi ha determinato il passaggio *dal ruolo di Stato-imprenditore-attore (giocatore) a quello di Stato regolatore (arbitro) del mercato, e in genere dei c.d. «settori sensibili»*.

Il modello illuministico di Stato era quello dello Stato-providenza, che si propone la finalità di diffondere il sapere, e ha una sua politica industriale, finanziaria, economica, occupandosi quasi di tutto. *Lo stato regolatore, invece, stabilisce le regole e fa giocare gli altri*. Lo Stato di un tempo, tanto per fare un esempio, aveva una sua religione, verso la quale cercava di orientare i cittadini. Oggi, nel mondo occidentale, vale il principio del lasciar fare, assicurando tuttavia, il rispetto della tolleranza, e lo stesso può dirsi di ogni settore di azione, quale quello mercantile.

Il fenomeno del sorgere delle autorità indipendenti è dovuto proprio alla opportunità di creare, su modelli stranieri, nuove entità amministrative che *regolino il gioco*, libere da legami politici che ne possano condizionare l'operato. Si parla di amministrazioni, *rectius* autorità, indipendenti ad alto tasso di imparzialità e soggette soltanto alla legge.

Esse autorità *sovraintendono*, più che amministrare in senso tradizionale, alla gestione di settori sensibili di rilevanza costituzionale, per la quale sono muniti di una particolare posizione di *terzietà*, di *neutralità*, *più che di imparzialità*, di indifferenza rispetto agli interessi stessi.

La differenza tra *la imparzialità e la neutralità* è la seguente: la imparzialità corrisponde all'obbligo della p.a. di valutare complessivamente tutti gli interessi pubblici e privati, primari e secondari, coinvolti nella fattispecie, per il raggiungimento del miglior *interesse pubblico*, ma tra tali interessi l'interesse pubblico della amministrazione pubblica ha valore primario; la neutralità corrisponde invece al distacco, alla *indifferenza* da tutti gli interessi.

Motivo e allo stesso tempo effetto della nascita di tali organismi, è la progressiva recessività del modello della gestione diretta dei servizi pubblici, e *l'abbandono, per dichiarato fallimento*, dell'organizzazione amministrativa classica e del potere giudiziario in sede di gestione e regolazione di settori sensibili.

In ordine a tali autorità, che sono corpi amministrativi facenti parte dello *Stato-ordinamento e dello Stato-comunità, piuttosto che dello Stato-amministrazione*, si pone un problema di copertura costituzionale, e di classificazione delle loro attività, non riconducibili alle funzioni autoritative classiche, ma in senso lato *regolatorie, normative, tutorie, paragiurisdizionali, giurisdicenti (Jus comprensivo sia del regolare che del decidere)*, in settori caratterizzati da un alto tasso di tecnicismo, come *una sorta di magistratura economica sui generis*.

Anche la funzione normativa ad esse attribuita a mezzo della potestà regolamentare pone grossi dubbi di *costituzionalità*, in quanto i relativi organi sono per così dire, *acefali*, cioè *irresponsabili* dal punto di vista *politico* e d'altro canto, *muniti di una rappresentatività meno che diretta*, in quanto non sono esponenziali della volontà popolare, ma sono a loro volta nominati da organi *super partes*, ma non eletti direttamente dal popolo (p.es. i Presidenti delle Camere).

Infatti il principio di rappresentatività popolare è quello che nelle civiltà democratiche giustifica l'esercizio del potere legislativo, attraverso il rispetto del circuito democratico-costituzionale: *no taxation without representation (taxation inteso come scelte di policy)*.

Inoltre, l'ipotesi di una amministrazione indipendente dal Governo si pone in conflitto con il dettato dell'art. 95 Cost., secondo cui la responsabilità ministeriale è collegiale per il Consiglio dei Ministri e individuale per i singoli Ministri.

Il fenomeno delle autorità indipendenti di fatto ha determinato sia la erosione di competenze originariamente statali (p.es. del ministero delle Comunicazioni o dei Lavori Pubblici), che della funzione normativa (*delegated legislation*) pur non essendo legittimati, come detto, se non indirettamente da una investitura popolare (si ricorda che ai sensi dell'art. 1 Cost. «*la sovranità appartiene al popolo*»).

Pertanto, in sostanza, il Parlamento nazionale è in buona parte depauperato delle sue funzioni originarie, a causa della devoluzione di poteri legislativi e normativi dall'alto, in quanto la Unione Europea esercita una sovranità, in parte ceduta dagli Stati nazionali a mezzo di patto («*foedus*») originario; dall'altro, a livello nazionale l'esercizio della funzione legislativa avviene per lo più da parte del Governo, a mezzo della legislazione delegata (come testimonia la recente, e significativa dal punto di vista quantitativo, esperienza dei *Testi unici*), o a mezzo della decretazione d'urgenza (art. 77 Cost.).

La funzione normativa viene inoltre esercitata a livello nazionale dalle autorità amministrative indipendenti, che rientrano soltanto *lato sensu* nella funzione di amministrazione in senso classico (sia attiva che di controllo), ma che condividono anche aspetti e peculiarità degli altri poteri dello Stato, quello giurisdizionale, in quanto risolvono conflitti, emettono sanzioni, *et coetera*, e con quello legislativo, appunto, in quanto esercitano funzione normativa ponendo norme di carattere generale (si è parlato al proposito di *c.d. legisdizione*).

Il primo riferimento legislativo generale alle autorità indipendenti è contenuto nella L. Bassanini-uno (L.59/1997), con la esclusione *apertis verbis* dal conferimento di funzioni e compiti dallo Stato alle Regioni e agli enti locali dei «compiti di regolazione e controllo già attribuiti con legge statale ad apposite autorità indipendenti», a conferma della loro appartenenza, a tale fine di natura sistematica, allo Stato-ordinamento e non allo Stato-amministrazione, cui per altro verso, si avvicinano.

In definitiva, deve però osservarsi che il liberismo, l'arretramento dello Stato non significano necessariamente meno Stato, ma soltanto uno Stato diverso, in quanto le regole del gioco possono anche richiedere *tante leggi e tanto Stato*. Per esempio, la liberalizzazione di un settore può richiedere molte regole e molti enti tenuti a farle rispettare.

6. INFLUENZA DEL DIRITTO COMUNITARIO SULLE SPINTE AUTONOMISTICHE (C.D. FEDERALISMO): LA SUSSIDIARIETÀ.

La normativa comunitaria ha altresì influito a livello di principi sulla struttura attuale dello Stato e nelle spinte riformistiche *in senso c.d. federale*.

È evidente che un certo grado di federalismo è una richiesta e una conseguenza della globalizzazione, poiché gli Stati, per collaborare efficacemente, hanno bisogno di allearsi.

Alla base del federalismo, oltre ad una istanza di tipo politico, esiste pertanto anche una esigenza pratica, che si traduce anche in principi giuridici.

Di derivazione comunitaria, contenuto ormai anche in leggi nazionali (dalla prima Bassanini in poi) e inserito in Costituzione con la L.3/2001, è il principio di *sussidiarietà*, che negli ordinamenti federali opera come strumento di *demarcazione fra i diversi livelli di competenze statuali*.

Tale principio, fatto risalire ad Aristotele e poi a Tommaso D'Aquino, ha origine assai diverse dal suo significato attuale, e faceva riferimento alla difesa della persona da parte dello Stato e delle comunità di persone, e alla *solidarietà e carità cristiane*.

Oggi sono stretti i rapporti tra *federalismo e sussidiarietà*, in quanto si individua in base alla seconda ciò che può essere deferito alla Comunità e ciò che può essere più efficacemente realizzato a livello federale.

Diversamente dalla *communis opinio*, il principio di sussidiarietà opera non solo come elemento di *decentramento amministrativo*, ma anche come criterio giustificativo della *avocazione* di ulteriori funzioni da parte delle autorità centrali, le quali hanno anche a volte ampliato il novero delle attività che non possono che essere svolte in sede centrale (secondo la teoria dei *poteri impliciti*).

Il principio, è stato detto, ha *carattere bidirezionale di allocamento di funzioni*.

La etimologia della parola deriva dal termine latino «*subsidium*», inteso come *aiuto* tenuto in riserva per chi non arriva a fare una cosa che gli spetta di fare.

Il principio suddetto acquista un *aspetto positivo*, che impone alla autorità superiore di intervenire nel caso in cui sia necessario, ma anche un *aspetto negativo*, che vieta all'autorità superiore di assumere funzioni che non le competono.

Essenziale è il concetto di *autolimitazione*, in quanto la autorità superiore, quando interviene per supplire ad una carenza, deve ritirarsi nel momento in cui ha messo l'entità inferiore nelle condizioni di poter operare.

Negli ordinamenti federali la sussidiarietà determina la *ripartizione delle competenze*. Nella Repubblica federale tedesca i Lander hanno diritto di legiferare nella misura in cui la legge fondamentale non conceda al Bund le competenze legislative.

Nell'ordinamento europeo, si è affermato che in caso di competenze concorrenti tra Stati membri e Unione europea, l'Unione agisce esclusivamente per svolgere i compiti che in comune possono essere svolti più efficacemente che non dai singoli Stati membri separatamente, in particolare quelli la cui realizzazione richiede l'azione dell'Unione in quanto *le loro dimensioni o i loro effetti oltrepassano i confini nazionali*.

La azione comunitaria non deve andare al di là di quanto sia necessario per il raggiungimento degli obiettivi comunitari, per quanto riguarda le *competenze esclusive*; per quanto riguarda le competenze concorrenti, la comunità interviene soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possano essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono, dunque, a motivo degli *effetti o delle dimensioni* dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario.

Nel Trattato di Maastricht (1992) il principio di sussidiarietà viene ribadito come regolatore nella spartizione di rispettivi compiti; nel Trattato di Amsterdam, ad esso viene affiancato il principio di *proporzionalità*, *anche se già tale principio è insito nel concetto stesso di diritto e di giustizia, alla pari della logica: il diritto è, secondo la espressione dantesca, hominis ad hominem proportio*, e quindi sempre regola da adattare alle necessità del caso concreto.

In base alla fusione di tali principi, la sussidiarietà viene ribadita nella sua dinamicità e consente che l'azione della Comunità, entro i limiti delle sue competenze, sia *ampliata* laddove le circostanze lo richiedano e *inversamente ristretta e sospesa* laddove essa non sia più giustificata.

La sussidiarietà è un criterio di riparto delle competenze tra i diversi livelli di governo della cosa pubblica (*sussidiarietà verticale*); diverso concetto è quello della *sussidiarietà orizzontale*, che intercorre fra le pubbliche amministrazioni in genere e i *soggetti privati*.

Le nuove leggi prevedono il principio della sussidiarietà degli enti locali rispetto ai cittadini (p.es. delle organizzazioni di volontariato), come la L.265/1999 che ha novellato l'art. 2 L.142/1990.

Mentre la sussidiarietà verticale conduce alla affermazione di un modello decentrato e federale di amministrazione pubblica, *la sussidiarietà orizzontale porta, invece, alla liberalizzazione delle attività private, al ritiro dello Stato dalla economia, alle privatizzazioni e alla deregolamentazione amministrativa, sub specie di delegificazione e di semplificazione (p.es. artt. 19-20 L. 241/1990), con ulteriore contrazione della attività del potere pubblico.*

È evidente che il passaggio da un sistema accentrato e burocraticizzato ad un modello liberista (in cui si può fare tutto ciò che non è vietato), comporta un arretramento del potere pubblico, o comunque una sua modifica da modello concessorio e autoritativo a potere per lo più di sola vigilanza e controllo.

Sia la sussidiarietà verticale che quella orizzontale appartengono ad *un unico disegno piramidale* di competenze dal basso verso l'alto, che parte dagli individui per giungere, attraverso le formazioni giuridiche private e pubbliche intermedie, fino allo Stato e alla Unione Europea.

Sul piano amministrativo il principio di sussidiarietà trova applicazione attraverso gli strumenti della semplificazione e del federalismo, oscillando tra *l'eupeismo e il localismo*.

Occorre chiarire che il federalismo amministrativo è concetto *atecnico*, essendo più pertinente parlare di conferimento di funzioni o di decentramento amministrativo.

Il federalismo, all'opposto del decentramento, è un modello costituzionale che nasce non dalla dismissione di poteri da parte di uno Stato centrale già costituito, come in Italia, ma dalla aggregazione di stati indipendenti che si federano. L'etimo nasce dalla parola latina «foedus» patto, la cui radice è la medesima di fiducia.

Foederati erano i popoli alleati di Roma. Questo è anche il significato che assume nella maggior parte degli Stati che attualmente si dicono federati, quali gli USA, l'India, la Repubblica Sudafricana.

Nell'attuale gergo politico e anche legislativo nostrano, per federalismo si intende il ridisegno dello Stato con larghissima *concessione di autonomie* alle regioni e agli enti locali, a Costituzione invariata o a Costituzione variata.

7. LA LEGGE COSTITUZIONALE N. 3 DEL 2001 E LA MODIFICA DEL TITOLO V DELLA PARTE II DELLA COSTITUZIONE.

Con la ultima riforma approvata per referendum il legislatore ha ridisegnato interamente il sistema delle autonomie e dei rapporti tra gli enti territoriali che compongono la Repubblica, novellando radicalmente *il titolo V della parte seconda della Costituzione («Ordinamento della Repubblica»-«Le Regioni, le Province, i Comuni»)*.

Per diverse legislature si erano costituite *commissioni bicamerali* per la riforma della intera parte seconda della Costituzione, ma a nulla avevano appodato, come noto.

La nuova legge costituzionale si pone al contempo, in linea *di continuità e di frattura* rispetto al vasto movimento di riforma identificabile nelle leggi sugli enti locali del 1990 e del 1999 e soprattutto *nelle leggi Bassanini* (L. 59/1997, 127/1997, 191/1998 e 50/1999), le quali, prendendo atto del fallimento delle bicamerali, avevano disegnato *un federalismo a Costituzione invariata*.

La ultima riforma costituzionale introduce nella Carta Costituzionale principi e meccanismi delle leggi Bassanini (sussidiarietà, competenza tassativa dello Stato e residuale degli altri enti territoriali, etc.); dall'altro supera le complesse costruzioni sul federalismo amministrativo e le interpretazioni estensive del testo costituzionale vigente; *costituzionalizza il principio di sussidiarietà* garantendolo da successivi interventi del legislatore ordinario, e chiarisce che lo *Stato è ente pubblico distinto dalla Repubblica* la quale si compone del primo e degli altri enti territoriali, consacra la competenza residuale degli enti locali e delle regioni a fronte della limitazione dell'intervento centrale ad ambiti predefiniti.

Tale legge costituzionale non muta però l'assetto della Repubblica, nel senso che non ne fa una Repubblica federale, in quanto da un lato ridefinisce la composizione degli enti territoriali, muta gli equilibri interni fra centro e periferia, ridisegna dalle fondamenta i meccanismi di finanziamento degli enti territoriali, ricostruisce dalle basi le reti di relazione fra privati, enti locali e Stato, e quindi fa molto di più di quanto farebbe uno Stato federale; *dall'altro lato, però, non sostituisce alla struttura originaria dello Stato unitario una federazione di stati sovrani*, e per tale motivo è *stato bocciato un espresso richiamo al federalismo*. Dal punto di vista, pertanto, parlare di federalismo, a proposito delle autonomie locali, è un errore tecnico, in cui peraltro, erano incorse leggi precedenti, come le varie Bassanini e la L.56/2000 sul c.d.federalismo fiscale.

*Il federalismo è una cosa diversa dal decentramento, in quanto il primo è centripeto e il secondo è centrifugo; il federalismo è un modello costituzionale che non nasce dalla *dismissione* di poteri da parte di un modello di Stato centrale già costituito, ma dalla *aggregazione di stati indipendenti che si federano*.*

Ciò che disegna il nuovo titolo V è uno Stato che, pur restando unitario, è composto da enti territoriali, ma la cui forte autonomia è garantita da sfere esclusive di competenza; abbiamo uno Stato *autonomista nel senso già indicato dall'art. 5 Cost., interpretato nella sua più ampia estensione*.

Le modifiche al titolo V iniziano dal suo primo articolo: il 114, che definisce, nel suo testo originario, la partizione interna della Repubblica, che si riparte in regioni, Province e Comuni.

Il nuovo testo dell'art. 114 disegna un assetto diverso, nel quale sono gli enti territoriali a formare la Repubblica, secondo un *principio di pluralismo cooperativo: la Repubblica italiana è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato*. L'ordine di *inversa grandezza* è un evidente applicazione del *principio di sussidiarietà*: a differenza del principio del *dominium eminens* (*tutto deriva dallo Stato*) la nazione si costruisce *dal basso*, a partire dagli enti territoriali più vicini al cittadino; lo Stato, cioè lo *Stato-ente o Stato-persona* è elencato per *ultimo*, così come *tassative e limitate* sono le sue funzioni nel nuovo sistema di riparto, in contrapposizione alla *sfera residuale di competenze attribuita agli enti locali*. Il *Comune è l'ente originario, addirittura preesistente storicamente rispetto allo Stato, mentre la Provincia è l'ente intermedio*.

L'ordinamento è costituito *in primo luogo dai consociati*, e poi, in un senso *ascendente* che va dal *basso verso l'alto*, dai comuni, dalle province, dalle regioni, dallo Stato e dalla Unione Europea.

A proposito dello *Stato*, è di non secondaria importanza la dichiarazione costituzionale della sua *qualità di ente pubblico separato dalla Repubblica*.

Si è già detto che il termine *Stato-apparato*, del quale sono sinonimi *Stato-ente e Stato-persona, o Stato-soggetto*, indica l'ente pubblico che agisce nell'ordinamento giuridico ed è sottoposto al diritto come tutte le persone giuridiche e fisiche, nonostante la sua posizione di *massimo* tra i soggetti giuridici e di ente esponentiale della comunità nazionale (e quindi anche degli altri enti pubblici, territoriali o meno). Con la espressione *Stato-comunità*, invece, si vuole intendere la unione dello Stato-apparato, delle altre persone giuridiche pubbliche, del popolo e dei suoi organi rappresentativi costituzionali, nonché del territorio: in tal senso si usa correttamente il termine *Repubblica*. Ulteriore definizione è quella dello *Stato-istituzione o Stato-ordinamento*, con cui si descrive il corpo sociale organizzato, appunto l'istituzione, che contiene in sé tutti gli altri ordinamenti e tutte le minori organizzazioni o corpi sociali.

La chiara individuazione dello Stato come ente pubblico che, nel nuovo assetto, *insieme agli altri* enti territoriali a competenza generale e libera nei fini, *costituisce la Repubblica*, giova a sancirne e consacra il principio autonomistico; conseguenzialmente, l'art. 114 Cost. novellato prosegue con l'affermazione *della autonomia degli enti locali e delle regioni*.

L'art. 114 modificato assorbe le *dichiarazioni d'autonomia sia delle regioni sia degli enti locali*, fino ad oggi divise tra gli artt. 115 e 128, oggi abrogati, e che distinguevano l'autonomia *regionale* da quella *locale*, in quanto la *prima era riconosciuta dalla costituzione*, mentre la seconda si esplicava *solo secondo le leggi generali della Repubblica*.

In base alla costruzione nuova vale il principio di *pari autonomia e di sostanziale parità fra regioni e enti locali*, anche *ad evitare ogni centralismo regionale che si sostituisca al centralismo statale*.

Nella attività normativa, già prima della modifica costituzionale, l'ordinamento volgeva verso il *c.d. policentrismo normativo*, cioè la distribuzione del potere normativo tra più soggetti, con aumento totale della regolazione sia a livello di *normazione primaria, in cui interagiscono lo Stato, le autonomie regionali e l'ordinamento comunitario, sia al livello di normazione secondaria, in cui ai soggetti istituzionalmente abilitati ad emanare regolamenti come lo Stato e le regioni, si sono aggiunti le province, i comuni e numerosi altri enti pubblici*.

Nel nuovo assetto, a livello *legislativo* la novella determina un *nuovo riparto di competenze* tra Stato e regioni, in base al quale allo Stato non spetta più una generale potestà regolatrice, ma un potere legislativo esercitabile *soltanto in determinate materie*, enumerate dall'art. 117 comma 2. Nelle altre materie si apre lo spazio di intervento del *legislatore regionale, concorrente* con quello nazionale in alcuni casi, ed *esclusivo* in altri.

Dal lato dello Stato, la sua potestà legislativa è esclusiva in determinate materie. In altre materie la potestà legislativa è concorrente tra le Regioni e lo Stato. *Inedita* è invece la potestà legislativa *esclusiva* delle Regioni che opera, in determinate materie, in assenza di qualsiasi potere normativo statale.

Le regioni e le province autonome partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedono alla *attuazione* e alla esecuzione degli accordi internazionali e degli atti della UE, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza, e pertanto diventano a pieno titolo *soggetti di diritto comunitario, se non proprio di diritto internazionale (art. 117 comma quinto)*.

Già in precedenza si riconosceva un ruolo alle regioni che partecipavano alla formazione del diritto comunitario dal basso verso l'alto (p.es. con *il Comitato delle Regioni* in ambito comunitario)

La potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni. La potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia. I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina della organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite.

Sono previste *intese* (istituto già previsto dal decreto del Presidente della Repubblica 616/1977 e tipico del diritto internazionale tra Stati) *tra regioni* per il migliore esercizio delle loro funzioni, così come è possibile la individuazione di organi comuni.

Nelle materie di sua competenza la Regione può concludere accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad altro Stato, nei casi e nelle forme disciplinati dalla legge dello Stato (art. 117 ultimo comma) ed *assurge pertanto pienamente a soggetto di diritto internazionale*.

La riforma compie anche un passaggio storico, *incorporando il principio di sussidiarietà, con il suo apporto di democraticità e di avvicinamento dei cittadini ai centri decisionali*.

Ai sensi dell'art. 118 *le funzioni amministrative* sono attribuite, in generale, *ai comuni*, salvo che per assicurarne *l'esercizio unitario*, siano conferite alle province, alle regioni e allo Stato, sulla base dei principi di *sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza*.

Si è detto, efficacemente (Guarino), che siamo ritornati alla *Repubblica dei comuni, che trova giustificazione nelle enormi differenze sociali, economiche, culturali, politiche della penisola*.

L'art. 118 comma 2 accoglie altresì il principio di *sussidiarietà orizzontale* assegnando alla iniziativa privata la funzione di perseguimento dell'interesse generale.

L'art. 119 prevede il principio di *autonomia finanziaria* (c.d. federalismo fiscale) di Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni, che dispongono di risorse autonome, stabiliscono tributi propri ed entrate proprie. Si tratta di un federalismo fiscale *più evoluto* di quelli pensati in precedenza, in quanto non soltanto è *effettuato a costituzione variata*, ma individua come soggetto attivo del rapporto tributario gli enti locali, che stabiliscono nuovi tributi, *non necessariamente solo quelli già previsti per essi (enti locali) da leggi dello Stato (p.es. IRAP)*.

La riforma attribuisce allo Stato solo alcune materie residuali, in linea con le costituzioni liberali ottocentesche in senso federale, secondo le quali allo Stato spettano i compiti in materia di *bandiera* (rapporti internazionali), *toga* (giustizia), *spada* (ordine pubblico) e *moneta* (emissione della moneta).

Nella attualità, mentre la *giustizia* è materia statale (solo l'organizzazione dei giudici di pace, e pertanto della *parva materia* della giustizia, quella meno rilevante, può essere devoluta alle regioni), *l'ordine pubblico e le relazioni internazionali* sono in parte devolute o da devolversi alla *Unione Europea*, o comunque tale spostamento di competenze è oggetto di dibattito attuale per stabilire *i limiti e la efficacia* della politica estera della Unione, che dovrebbe essere comune, e degli Stati nazionali. Per quanto riguarda la *moneta*, deve prendersi atto che essa è ormai, con la moneta unica e con le funzioni della BCE, pressoché interamente devoluta a livello comunitario, diminuendo a livello nazionale il ruolo nel sistema monetario della Banca d'Italia, della quale residua sostanzialmente il ruolo di Garante del sistema creditizio, e delle corrispondenti figure degli altri Stati nazionali.

Si tenga conto, quanto alla futura evoluzione della politica europea, che la Unione Europea è nata su impulso dei fattori economici, che fanno da traino alla unione politica, ancora però da raggiungere in maniera compiuta, cosa che ha portato gli osservatori ad affermare che la *Unione Europea è un gigante economico e un nano politico*.

L'azione comunitaria si sviluppa infatti sugli elementi fondanti della unione monetaria, che ha avuto il suo epilogo nella entrata in vigore della moneta unica, cui si affiancano la liberalizzazione dei movimenti di capitale e la creazione di un unico Istituto Monetario Europeo, e nella unione economica, che consiste nel mercato unico, nel coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, nelle politiche strutturali e di sviluppo regionale, in più incisive politiche della concorrenza e in una più oculata gestione dei bilanci (rapporto *Delors* del 1989). Con il Trattato di *Maastricht*, anche la *cooperazione politica* è entrata a far parte degli obiettivi comunitari e forma uno dei tre pilastri su cui è fondata la Unione Europea [cioè le tre comunità economiche + la politica estera e di sicurezza comune (PESC) + cooperazione nel settore della giustizia e degli affari interni].

Al fine di attribuire alla Unione europea poteri politici ulteriori, osta, all'attualità, la *manca di una Costituzione europea* sui punti fondanti dell'ordinamento, oltre che lo *scarso rispetto del livello di democraticità*, in quanto gli organi della comunità (la Commissione e il Consiglio) godono di una *rappresentatività mediata, c.d. di secondo grado o indiretta* con la popolazione, mentre il Parlamento Europeo, eletto direttamente dai cittadini, non dispone certo del potere normativo dei corrispondenti parlamenti nazionali, e ancora meno del livello elevato di *rappresentatività* delle regioni e dei comuni.

Si ricorda la legge costituzionale che ha modificato *l'art. 122 Cost. (n. 1 del 1999)*, consentendo la elezione diretta del Presidente della Regione (il c.d. Governatore), sul modello delle elezioni dirette del Sindaco e del Presidente della Provincia, introdotte nel 1993.

Si ricorda ancora che a livello nazionale, seguendo l'andamento della realtà della *Costituzione materiale*, che si impone sulla Costituzione formale, le ultime elezioni politiche si sono svolte in sostanza, sulla base della indicazione di *due candidati premiers*, e sulla preferenza di due schieramenti opposti, pur in un *sistema di democrazia formalmente solo parlamentare*.

Per tali motivi, gli osservatori guardano con impazienza alla nuova Costituzione della Unione, che possa fissare le regole fondamentali dell'ordinamento.

Il legislatore delle riforme costituzionale ha posto dei *presidi contro il separatismo*, (secondo il *principio dei pesi e contrappesi*) prevedendo il divieto di istituire dazi tra regioni e il divieto di istituire limiti alla libertà di movimento, sul presupposto dell'art. 5 Cost.: *la Repubblica è una e indivisibile*.

Si è ritenuto di accompagnare le dismissioni consistenti di competenze statali con una *rete di sicurezza di poteri sostitutivi* al fine di evitare che il decentramento si potesse risolvere in un peggioramento dei servizi e delle condizioni di vita pubblica e privata.

L'art. 120 comma 2 prevede il *potere sostitutivo* del Governo rispetto a organi delle regioni, delle province, delle città metropolitane e dei comuni, che non si pone in contrasto con lo spirito autonomista né con il principio di sussidiarietà, il quale funziona in primo luogo a tutela della autonomia

del cittadino, e poi a favore di quella delle comunità locali e delle regioni; inoltre l'autonomia locale e regionale non può comportare mai limitazioni dell'autonomia privata o riduzioni di quei livelli della qualità della vita che ne sono il presupposto necessario.

Il nuovo disegno costituzionale delle autonomie pone lo Stato, le regioni e gli enti locali a operare in *ambiti separati, con proprie distinte sfere di competenza*, che si sovrappongono solo in occasione di funzioni amministrative condivise o di legislazione concorrente.

In base alla nuova riforma è impossibile identificare, o usare come sinonimi, i termini di Stato e di Repubblica, poiché mentre gli enti politici territoriali (regioni, province e comuni) trovavano prima il proprio fondamento nella Repubblica, ora concorrono alla composizione di una *entità astratta, la Repubblica*, che rappresenta la *fusione* di entità territoriali diverse, tra le quali alla pari delle altre lo Stato, la cui dimensione territoriale costituisce l'ambito di efficacia dell'esercizio del potere nonché di luogo della emersione degli interessi pubblici.

Il nuovo assetto degli enti politici, nella entità astratta che è la Repubblica, va in senso *ascendente*, dall'ente con base territoriale meno vasta fino all'ente con base più vasta, lo Stato, in quanto in via di principio la sovranità appartiene al popolo, ma tra enti *non esiste alcuna relazione di gerarchia, o rapporto di preminenza o continenza*.

La nuova riforma determina una erosione ulteriore, una dispersione della sovranità dello Stato a favore di enti territoriali politici, e si pone il dubbio della *tenuta complessiva della Costituzione*, che prevede come garante della unità nazionale il *Capo dello Stato*, mentre oggi lo Stato non è più la proiezione istituzionale della Repubblica, ma solo un *primus inter pares*.

Nella formula *previgente lo Stato non era una parte, una componente della Repubblica, ma rappresentava la Repubblica come ente unitario*; invece, con la formula attuale la Repubblica è una *espressione ellittica* a cui *non corrisponde un vero soggetto di diritto amministrativo*, perché la Repubblica è la *sommatoria di comuni, province, Città metropolitane, Regioni e anche dello Stato*.

Non esiste un soggetto che impersona la Repubblica come ente unitario, né a livello legislativo, né a livello amministrativo, in quanto la Repubblica è la risultante della interazione tra più soggetti, tra i quali si colloca anche lo Stato: la Repubblica è quindi la *somma* di enti pubblici tra di loro su pari piano di dignità.

A seguito delle su esposte riforme, è prevedibile che *aumenteranno i giudizi di costituzionalità* delle leggi in via principale, nei quali la legittimazione al ricorso è a favore dello *Stato e della regione*, i quali, a tutela della sfera loro attribuita costituzionalmente, possono impugnare una legge statale o di un'altra regione, che invada la loro competenza.

La inversione del criterio di attribuzione delle materie di potestà legislativa tra Stato e Regioni, la equiparazione della potestà legislativa regionale a quella statale saranno ulteriori motivi di crescita del carico del contenzioso della *Corte Costituzionale*, che, come noto, recenti istanze politiche vorrebbero modificare nella *composizione*, per accrescere la *rappresentatività delle regioni*, nella nomina di alcuni componenti.

La nuova legalità di tipo tendenzialmente regionale (p.es. la materia del governo del territorio è di competenza regionale concorrente) determinerà prevedibilmente un aumento del *contenzioso di legittimità* degli atti amministrativi, *a seguito del mutamento dei parametri di legittimità*.

La potestà amministrativa, generalmente di tipo comunale, e non più regionale o statale, e la differenziazione per materie, determineranno un aumento del contenzioso per conflitti di competenza negativi e positivi, per territorio e per materia, dinanzi ai giudici amministrativi, per controversie che investiranno quasi solo enti pubblici, stravolgendo il tradizionale processo in cui la pubblica amministrazione era parte in veste soltanto di soggetto resistente.

Deve osservarsi che la distinzione di competenze tra i vari enti pubblici secondo il criterio della *materia* (p.es. ambiente, urbanistica, edilizia, sanità) sarà purtroppo foriera di nuovi conflitti interpretativi, non solo per la esistenza di blocchi di materie di cui alcune di legislazione esclusivamente statale, altre di legislazione concorrente e altre di esclusiva competenza residuale regionale, ma anche in quanto la distinzione per materia quale *modus finium regundorum* ha già mostrato i suoi limiti sia *dall'art. 117 Cost.* originario, sia con il *decreto del Presidente della Repubblica 616/1977*, sia nella distinzione per blocchi di materie ai fini del *riparto di giurisdizione* tra *G.O.* e *G.A.* attuato con il *D.Lgs.80/1998* e con la *L.205/2000*.

La materia può essere definita come *l'oggetto* della disciplina legislativa e amministrativa.

La *suddivisione per materia risulta tuttavia superata*, in quanto le molteplici relazioni e le influenze reciproche che legano i fatti della vita umana *sfuggono a rigide classificazioni ed elenchi*. La urbanistica e la edilizia non sono materie concluse, ma in rapporto tra di loro e con altre, come i lavori pubblici o la tutela dei beni artistici e storici. La realizzazione di un edificio da adibire a scuola pubblica costituisce una situazione che coinvolge differenti materie, in quanto la *scuola* rileva dal punto di vista urbanistico ed edilizio, quale opera di urbanizzazione secondaria e costruzione; con essa si soddisfa anche il bisogno primario alla istruzione; gli utilizzi possibili fuori orario possono coinvolgere il diritto alla salute sportiva, la promozione di attività culturali, lo svolgimento di tornate elettorali.

L'ambiente, a sua volta, per esempio, pur essendo di competenza statale, è inteso come interesse secondario compresente con altri interessi primari, e non può dirsi estraneo alla edilizia e urbanistica, di competenza comunale, né ai lavori pubblici, né alla sanità, e ai beni culturali.

Sotto il profilo organizzativo, va osservato che la disciplina più recente va verso il modello degli *Sportelli unici per le attività produttive*, per gli espropri, per l'edilizia, che costituiscono esempi di organizzazione pubblica non più basata sulla competenza per materia, ma sul risultato, sull'esito finale della attività. L'ambito di operatività degli Sportelli Unici si contraddistingue proprio per il suo carattere *trasversale* rispetto alle tradizionali ripartizioni per materia.

8. IL RUOLO DELLA AVVOCATURA DELLO STATO.

L'Avvocatura dello Stato, sorta all'indomani della unità d'Italia per superare le disfunzioni dei singoli uffici del contenzioso, nell'evidente obiettivo di garantire una visione unitaria dell'azione dello Stato, realizzando anche un coordinamento del contenzioso, ha subito successivamente alla Costituzione del 1948 una sostanziale modifica, determinata, da un lato, dall'ampliamento degli interessi pubblici gestiti dallo Stato, dall'altro da una accelerazione di domanda di giustizia, che ha determinato la genesi anche di nuovi diritti, specie in ambito sociale, e la creazione di nuovi giudici più vicini ai cittadini, come ad esempio i Tribunali Amministrativi Regionali.

Tale evoluzione ha determinato nel tempo una esplosione del contenzioso al quale l'Avvocatura dello Stato ha dovuto fare fronte. Si consideri che nel 1950 il numero degli affari nuovi trattati nell'anno era di 31.665 a fronte di 242 avvocati dello Stato complessivi, laddove nel 1994 il numero degli affari nuovi era di 197.067 (quasi 200.000) a fronte di un organico solo di poco variato (complessivi 370 avvocati). Si è assistito ad un aumento del contenzioso di sei volte maggiore a fronte di un aumento di organico di una volta e mezza circa.

Nel nuovo assetto costituzionale e comunitario in precedenza delineato per sommi capi, muta conseguentemente il ruolo degli organi tradizionalmente ausiliari dello Stato (Consiglio di Stato, Corte dei Conti, ai sensi dell'art. 100 Cost., nonché Avvocatura dello Stato).

L'Avvocatura dello Stato è *organo ausiliario* dell'amministrazione centrale dello Stato *gerarchicamente subordinato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri alle cui dipendenze è posto per legge*.

Già *l'ambito soggettivo delle istituzioni* e degli enti assistiti è però, come noto, di gran lunga più vasto del perimetro originario, così come l'ambito oggettivo della funzione non è limitato alla tutela degli interessi prevalentemente patrimoniali o anche morali dello *Stato-amministrazione*, ma investe tutti i primari valori giuridici *dell'ordinamento dello Stato*, dal rispetto della supremazia comunitaria e degli obblighi internazionali e comunitari al rispetto della autonomia comunale.

La Costituzione non la contempla nel titolo III parte I (artt. 99-100) tra gli organi ausiliari del Governo, ma tale dato formale non esclude che si possa darle tale qualifica in via sistematica. Infatti essa occupa un posto ben preciso nella *costituzione materiale*, essendo chiamata a esercitare un ruolo sia di assistenza del soggetto pubblico, che una immanente funzione di giustizia nel sistema unitario e indivisibile dell'ordinamento. Si ricorda che la Commissione Bicamerale del 1997 aveva introdotto l'Avvocatura dello Stato tra gli organi ausiliari dello Stato, con funzione consultiva e di difesa in giudizio.

Inoltre l'Avvocatura dello Stato è menzionata, e pertanto costituzionalizzata, quantomeno indirettamente, nella legge n. 87/1953 che disciplina *i giudizi dinanzi alla Corte Costituzionale*.

Nella realtà giuridica successiva, appunto nella *costituzione materiale*, deve osservarsi, che il ruolo del Consiglio di Stato, come organo *di consulenza giuridico-amministrativa* e di tutela della giustizia dell'amministrazione,

è andato *restringendosi alla alta consultazione*, limitata alla attività normativa o a casi previsti dalla L. 127/1997 (atti normativi, testi unici, ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica o schemi generali di contratti-tipo), *mentre non può negarsi che sia l'Avvocatura dello Stato a svolgere una funzione consultiva del caso concreto (art. 13 R.D. 1933/1611), anche come prevista dalla Costituzione per gli organi ausiliari dello Stato*, che rientra nella attività di assistenza (art. 1 R.D.1933/1611) giuridica dell'avvocato, diversa dalla attività difensiva a seguito della instaurazione di un procedimento giudiziario.

L'Avvocatura dello Stato *non* partecipa però del *potere esecutivo*, né rappresenta soltanto esso, né è una parte di esso (*come quella parte apicale dell'esecutivo che sta in giudizio da sola ex art. 86 c.p.c.*), ma esercita una funzione di *raccordo, non amministrativa né giurisdizionale, ma giustiziale, di raccordo tra le due, e in osservanza del principio di legalità ex art. 97 Cost.*

La differenza tra l'attività dell'avvocato del libero foro e quella dell'avvocato dello Stato, oltre alla differenza di qualifica soggettiva, risiede nel fatto che l'avvocato dello Stato, pur nella attività pratica di difensore, esercita una *funzione magistratuale*, di applicazione e di rispetto della legge e della legalità: la differenza tra l'avvocato del libero foro e l'avvocato dello Stato risiede, come diceva il Calamandrei, in ciò, che per il primo la *legalità e la legittimità* sono un *limite* da non travalicare, mentre per il secondo costituiscono il *fine* da raggiungere.

Nel nuovo assetto l'Avvocatura dello Stato in ambito comunitario e internazionale rappresenta lo *Stato-ordinamento*, la Repubblica italiana davanti ai giudici soprannazionali, internazionali e stranieri, e *non solo lo Stato-amministrazione*.

Particolare è il ruolo della Avvocatura dello Stato nei giudizi *dinanzi alla Corte di giustizia della Unione Europea*, non solo per la difesa dello Stato nazionale, al fine per esempio di evitare *condanne per infrazione*, ma anche per apportare il contributo di *cultura giuridica* di uno Stato che si vanta giustamente di essere la culla del diritto, in quanto è noto che ogni Stato ha contribuito alla formazione del diritto comunitario.

Infatti, alla formazione del diritto europeo lo Stato italiano collabora con l'apporto del proprio *patrimonio giuridico*, tanto che la Corte di Giustizia si avvale del supporto di *amministratori di formazione giuridica nazionale* (è noto che il diritto comunitario è la *sintesi* delle culture giuridiche nazionali, e che principi oggi comunitari, come la *sussidiarietà o la proporzionalità*, sono concetti tipici del sistema federale tedesco, e sono assurti a vizi dell'atto amministrativo prima a livello comunitario e poi anche negli ambiti nazionali, così come le *détournement de pouvoir* e il vizio di eccesso di potere sono concetti derivati del diritto francese e del diritto italiano).

Si tenga conto altresì del fatto che il sistema giuridico comunitario ha attraversato diverse fasi, in quanto si è passati *dal momento iniziale della formazione del diritto comunitario* e dei suoi principi, dalla fusione dei diritti nazionali, al processo di *armonizzazione dei sistemi giuridici nazionali* imposto dalla Unione. La fase compiuta ed evoluta prevede la **UNIFICAZIONE** dei sistemi giuridici, e cioè, più e oltre l'armonizzazione, che significa soltanto assenza di contrasti e concordia sui punti salienti, *un unico sistema giu-*

ridico, che sostituirà in alcune materie (si fanno gli esempi del sistema tributario unico, o del sistema processual-penale unico), gli ordinamenti giuridici nazionali. *Si passa quindi dalla separazione degli ordinamenti, alla integrazione degli stessi, e infine alla loro unificazione: l'obiettivo finale è un unico ordinamento giuridico.*

Il ritiro dello Stato dalla economia e il passaggio dallo Stato imprenditore a quello di regolatore, la privatizzazione di enti pubblici e la nascita delle autorità indipendenti, dal punto di vista della rappresentanza in giudizio e della difesa hanno comportato una *diminuzione del carico di lavoro* per l'Avvocatura, che non difende *enti ormai formalmente privatizzati* (p.es. le FF.SS. spa), anche se la *Corte dei conti* ha ritenuto, in tali ipotesi, fin dall'inizio del fenomeno delle privatizzazioni, di dovere continuare ad esercitare il controllo *finché il danaro investito è di provenienza pubblica* ed esistono esborsi di mano pubblica.

Dall'altro lato, il carico di lavoro è aumentato in quantità, ma soprattutto in qualità, considerato l'elevato tasso di tecnicismo della materia (p.es. per la Consob, il Garante della concorrenza, l'Autorità dei LL.PP.), in quanto le *autorità indipendenti*, organi dello *Stato-ordinamento*, e non dello Stato-amministrazione, vengono rappresentate e difese dalla Avvocatura dello Stato, pur non essendo parte dello Stato-amministrazione in senso classico. Si pone, sia a livello giudiziale che extragiudiziale, il problema della difesa in caso di *conflitto tra autorità* (p.es. tra quella della concorrenza e quella dei servizi pubblici o quella delle comunicazioni), che non può essere lasciato al solo rimedio giudiziale, del quale già si contesta l'ammissibilità e la opportunità in generale per le questioni devolute alle autorità. Tali organismi, in altri paesi, per esempio negli Stati Uniti d'America, costituiscono una alternativa al *judicial decision making*, mentre in Italia, si è osservato, i giudici prima hanno fatto concorrenza, e poi si sono impadroniti delle autorità, trasformandosi essi stessi in *autorità ultima delle autorità*.

Il problema non è di poco rilievo se si pensa che tutte le decisioni più importanti delle autorità indipendenti sono impugnate dinanzi al giudice amministrativo, che le probabilità di annullamento giurisdizionale crescono in relazione alle dimensioni delle imprese coinvolte e alla entità delle sanzioni comminate, che il giudice e i processi, con i loro limiti strutturali, anche per l'elevato tecnicismo delle materie investite, *non riducibili agli aspetti meramente giuridici*, si pongono di fatto come limite alla operatività della concorrenza o di quei settori e servizi che la esistenza delle stesse autorità dovrebbero salvaguardare.

Né può condizionare, dal punto di vista della loro collocazione sistematica, che il *Consiglio di Stato* abbia definito le *authorities come organi dello Stato* (decisione della sesta sezione n. 1716/1994), in quanto non vengono pregiudicate le garanzie di indipendenza coesistenziali alla attività delle stesse. Del resto, anche apparendo una parziale forzatura definire le autorità indipendenti come *organi dello Stato* (ma piuttosto ordinamento che amministrazione) anche se a fini esclusivamente processuali e del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, attesa l'attività *para-giurisdizionale* svolta in alcuni casi,

non può negarsi che i Garanti svolgono principalmente *attività amministrativa* e sono *organizzati* come amministrazioni, anche se condividono in parte, come si è detto, *poteri giurisdizionali di soluzione dei conflitti, e legislativi, di posizione di norme*.

Deve considerarsi poi che i provvedimenti delle autorità sono normalmente caratterizzati dalla *esecutorietà e dalla coercibilità*, che sono abilitati a derogare al diritto privato, che per la garanzia dello svolgimento delle funzioni dei Garanti la normativa vigente consente ad esse di avvalersi degli *organi di polizia del Ministero delle Comunicazioni e del Ministero dell'Interno*.

Si è osservato che la decisione del Consiglio di Stato, nel passaggio relativo alla difesa dell'Avvocatura dello Stato, sia stata condizionata dalla *volontà di affidare* alla stessa il patrocinio delle autorità indipendenti, e pertanto non può avere valore di sistemazione giuridica degli istituti.

Il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato non deve però sollevare residui dubbi, considerato che tale istituto assiste e difende *non solo lo Stato-amministrazione, ma anche organi dello Stato-ordinamento*; l'Avvocatura dello Stato è inoltre di sicuro affidamento per la *selezione* dei suoi componenti e per la *sua indipendenza, sia professionale che amministrativa*, essendo dotata di un organo di *autogoverno*; la soluzione prescelta è di inesistente onerosità, poiché l'assunzione di patrocinio non è stata accompagnata alla nomina di alcun avvocato o procuratore dello Stato a ad aumenti di organico.

Lo Stato può essere parte in giudizio come *Presidenza del Consiglio dei Ministri*, oltre che come singolo Ministero e come organo periferico, come azienda autonoma, ma anche in veste diversa dal potere Esecutivo, (ma si tratta in realtà dello *Stato-ordinamento*) come Camera legislativa, come organo di rilevanza costituzionale (*Corte costituzionale, CSM, Presidenza della Repubblica*).

Nei giudizi internazionali e comunitari lo Stato sta in giudizio nella sua *unitarietà*, quale *Stato italiano, o quale Repubblica italiana o Governo italiano, secondo la prassi del diritto internazionale*.

All'uopo deve osservarsi, tuttavia, che le Regioni e le Province autonome hanno, nel nuovo assetto, potestà legislativa in linea tendenzialmente generale, sicché aumenteranno le ipotesi di possibilità di inadempimento dello Stato legislatore, la cui responsabilità ricadrà sullo Stato-ordinamento nella sua globalità, ma sarà sostanzialmente e politicamente della singola Regione, per cui sarà oggetto di discussione il pagamento delle eventuali infrazioni.

Si sente pertanto la necessità di *meccanismi di raccordo giuridici* nel rapporto tra Stato e Regioni (p.es. sul modello della Conferenza Stato-Regioni o istituendo un apposito organo indipendente diverso dal Consiglio di Stato), che svolga a livello statale-regionale, in occasione della attività normativa di adeguamento alla normativa comunitaria, ruolo di consulenza giuridica.

Si consideri che per adempiere all'obbligo di conformazione alla normativa comunitaria e per sottrarsi, per quanto possibile, a condanne per infrazioni, l'ordinamento nazionale prevede il meccanismo della *legge comunitaria annuale*, istituita con L. 86/1989 (*c.d. legge La Pergola*) modificata, che contiene: 1) le disposizioni abrogative o modificative di norme vigenti in contra-

sto con obblighi comunitari, 2) disposizioni occorrenti per dare attuazione o assicurare l'applicazione degli atti comunitari, anche mediante delega legislativa al Governo, 3) autorizzazione al Governo ad attuare direttive in via regolamentare.

*L'Avvocatura dello Stato rappresenta lo Stato italiano, quale amministratore o quale legislatore, dinanzi alle Corti sia europee che internazionali; svolge importanti compiti consultivi per prevenire liti o facilitare la osservanza dei trattati e l'inserimento delle norme comunitarie nell'ordinamento italiano. Essa opera altresì quale collaboratore della Unione Europea per l'attuazione delle norme comunitarie anche davanti ai giudici nazionali, agendo, si è detto, quale organo indiretto della Comunità, oggi Unione (in tal senso BELLI, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, voce *Avvocatura dello Stato*).*

Nel nuovo assetto si pone la necessità di evitare conflitti tra Stato e Regioni a livello legislativo o tra Regioni e altri enti locali a livello di giurisdizione amministrativa.

Si è detto del prevedibile aumento del contenzioso dinanzi alla Corte Costituzionale tra Stato e regioni o tra regioni, così come la generalizzazione delle competenze amministrative ai comuni determinerà un aumento del contenzioso di legittimità amministrativa dinanzi ai giudici amministrativi. Nei giudizi dinanzi alla Corte Costituzionale, sia di costituzionalità delle leggi, sia di conflitti di attribuzione, che involgono spesso problemi di carattere politico, l'Avvocatura dello Stato, pur nella autonomia professionale riguardante l'aspetto tecnico-giuridico, e «pur dovendo attenersi alle scelte del potere politico, per quanto attiene alla instaurazione, resistenza o intervento nella lite, potrà fare sentire nei confronti di detto potere il peso della sua autorevolezza sia nella fase preliminare che nel corso del giudizio, non accettando passivamente le decisioni del potere politico, bensì cercando, pur nel rispetto dei rapporti istituzionali tra Avvocatura e Governo, di far valere le proprie convinzioni giuridiche» (PAVONE, *Lo Stato in giudizio*).

I suddetti mutamenti determineranno la necessità di assestamento e conseguentemente *modifiche istituzionali idonee*, al fine di salvaguardare la legalità, la legittimità dell'operato delle amministrazioni, il controllo giurisdizionale e non, *l'assistenza continua di tipo giuridico in via preventiva* alla pubblica amministrazione che risponde a principi di efficienza (art. 1 L. 241/1990), legalità e buon andamento della tenuta complessiva del sistema sia legislativo che normativo, e che pertanto *non può trovare soluzioni soltanto in via giurisdizionale, poiché, come insegnavano i giuristi medievali, pessimo è quel sistema che confida soltanto nell'intervento dei giudici*.

Per esempio, si porrà il problema della attività di *consultazione sugli atti normativi regionali*, che copriranno *la materia prima statale*, considerando che il *Consiglio di Stato* emette parere sui progetti di legge e sui regolamenti statali. Sugli atti normativi regionali è inconcepibile il parere del Consiglio di Stato, essendo esso organo ausiliario del Governo, né è consigliabile il parere di una sezione regionale (o di TT.AA.RR.) del Consiglio di Stato, del quale ultimo si è sempre criticato il duplice ruolo, giurisdizionale e consultivo.

Si osserva ancora, come proposta che vuole essere di rottura con tesi pur formalmente ineccepibili, che la *giustiziabilità immediata* di tutte le pretese, anche nei confronti della pubblica amministrazione, affermata a più riprese dalla Corte Costituzionale in ossequio *all'art. 24 Cost.*, dovrebbe essere *attenuata* rispetto ad un soggetto, *la P.A. (p.es. quella tributaria, ma la considerazione è di carattere generale)*, che comunque è tenuta al rispetto del principio di *legalità* e pertanto assume al ruolo di *parte imparziale*. Soluzioni pre-giudiziali non devono fare gridare al ritorno del vecchio concetto della *definitività* dell'atto amministrativo, in quanto esse hanno invece lo scopo di alleviare e diminuire la *domanda* di giustizia dei cittadini, per la quale la macchina, come ampiamente noto, non è adeguata, secondo i criteri di un paese che pretende di definirsi civile (come dimostrano gli effetti della *c.d. legge Pinto* sui ritardi della giustizia italiana), alla *risposta*.

La necessità di garantire la difesa e l'assistenza in un contenzioso sempre più massificato e seriale, anche per la inefficienza di alcuni settori della P.A. statale, ha inevitabilmente comportato, finora, data la sproporzione esistente tra l'organico e il numero delle cause trattate, il depotenziamento di quella funzione di *coordinamento* che l'alta professionalità degli Avvocati dello Stato era destinata ordinariamente a garantire in primo luogo nella fase precontenziosa e di consulenza dell'amministrazione. Si consideri che l'Avvocatura dello Stato non soltanto deve coordinare quella parte della attività statale interessata dai contenziosi giurisdizionali e dalle richieste di chiarimenti (pareri) delle amministrazioni, ma, per la sua alta funzione di *raccordo tra esecutivo e legislativo, ai sensi dell'art. 15 L. 103/1979*, riferisce periodicamente al Presidente del Consiglio dei Ministri sulla attività svolta dall'Istituto, presentando apposite relazioni, e segnala anche prontamente le *eventuali carenze legislative* ed i *problemi interpretativi* che emergono nel corso dell'attività istituzionale.

È presumibile che l'attuazione dei principi del federalismo di cui alla modifica del Titolo V della parte II della Costituzione operata con legge costituzionale confermata per referendum popolare nello scorso ottobre, principi che comporteranno un ampliamento di competenze degli enti territoriali con correlativa diminuzione di competenze dello Stato, sia destinata a determinare una inversione di rotta nella prospettata evoluzione con riduzione del contenzioso involgente lo Stato e segnatamente del contenzioso *c.d. seriale*.

Tale riduzione consentirà all'Avvocatura dello Stato il recupero del suo ruolo centrale nella difesa dello Stato e del coordinamento della sua azione, da svolgersi sia rispetto agli organismi di diritto comunitario e internazionale che rispetto agli enti di cui si compone la Repubblica. Dal punto di vista temporale, il contributo dell'Avvocatura dello Stato potrà avvenire non soltanto in fase di applicazione e di esecuzione delle leggi, *ma anche in via preventiva, nella fase formativa* (p.es. per adeguamento agli obblighi comunitari).

Andrà inoltre esaltata la funzione consultiva, organicamente potenziata attraverso la costituzione di specifiche sezioni consultive presso l'Avvocatura Generale e le Avvocature Distrettuali, con l'intento di deflazionare il contenzioso.

In tale chiave di coordinamento l'Avvocatura dello Stato potrebbe svolgere il compito di verificare *la conformità delle leggi regionali rispetto alla distribuzione dei poteri*, in relazione ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dal diritto internazionale, garantendo in tal modo l'unità dell'ordinamento.

Nella riferita prospettiva, l'Avvocatura dello Stato, forte della sua articolazione territoriale, potrebbe assicurare, sia in sede consultiva che contenziosa, la centrale funzione svolta nelle *controversie tributarie*, ormai concentrate tutte dinanzi alle commissioni tributarie con l'ultima riforma in materia, laddove vengono in rilievo questioni di massima o particolare valore economico o pendono *ricorsi-pilota* in grado di influenzare significativamente il futuro contenzioso. A tal fine sarebbe sufficiente un intervento legislativo, sul tipo di quello previsto dal D.Lgs. 29/1993 in tema di patrocinio dello Stato nelle cause di pubblico impiego «privatizzato», che rimetta alla valutazione dell'Avvocatura dello Stato la scelta, in base alla importanza della questione, se difendere l'Amministrazione o se rimettere, come avviene tuttora, direttamente ai funzionari della stessa la rappresentanza e difesa in giudizio.

La rivoluzione istituzionale della quale siamo spettatori, il cambiamento del volto dello Stato, richiedono l'adeguamento anche degli istituti e delle istituzioni più radicate nel sistema statale classico, in quanto, come insegnano gli studiosi della *dogmatica* del diritto (PARESCHE, voce *Dogmatica giuridica*, Enciclopedia Treccani, Giuffrè), «*quando dal mare dei valori, alcuni di questi vengono sommersi* (lo statalismo, l'interesse statale, l'autoritatività della attività amministrativa, l'economia statale) *e altri ne emergono* (l'adeguamento ai principi comunitari, l'uropeismo e la unificazione europea, il federalismo, il localismo, l'efficienza, l'economicità, il coordinamento, il ritiro dello Stato dalla economia e lo svolgimento di funzione soltanto regolatoria), *il giurista non soltanto deve cambiare rotta e dirigersi avverso quei valori, ma altresì deve cambiare le carte di navigazione, e utilizzarne di più nuove ed aggiornate*».

LUIGI MAZZELLA

PARTE PRIMA

Il caso Bush v. Gore: analisi di una battaglia

1. – Le elezioni presidenziali americane del novembre 2000 passeranno alla storia degli Stati Uniti, e non solo di questi, come una tappa fondamentale del ricambio dei vertici delle moderne democrazie occidentali.

Presso taluni segmenti dell'opinione pubblica mondiale quelle elezioni hanno lasciato l'impressione che, a determinare la vittoria di Bush su Gore, sia stato decisivo l'intervento della Corte Suprema USA, raggiunto con una maggioranza risicata (5 a 4), soprattutto per merito del giudice Antonin Scalia, estensore della decisione del 12 dicembre 2000, che poneva fine alla *querelle* (1). Ancora ieri, in qualche apparizione pubblica di Scalia, in occasione di convegni o lezioni universitarie, non sono mancati contestatori di fede democratica inalberanti cartelli come «Ladro di voti» o «Scippatore della Presidenza». Più recentemente, però, sono stati effettuati studi statistici molto seri, da parte di giornali, istituzioni mass-mediatiche ed Università, all'esito dei quali risulta che Bush avrebbe guadagnato i 25 voti della Florida anche se si fosse proceduto al riconteggio manuale di tutte le schede.

Questo risultato, unitamente a considerazioni obiettive sulla particolarità della legge elettorale presidenziale, toglie ogni legittimità ad interpretazioni di segno opposto e porta a concludere che l'intervento dei giudici nella vicenda è stato pienamente conforme alla Costituzione ed alla situazione di fatto verificatasi in Florida il 7 novembre 2000.

2. – Agli occhi di un giurista al di qua dell'Atlantico appare singolare il criterio, fissato dalla Costituzione degli Stati Uniti, dell'elezione di secondo grado del Presidente: elezione, cioè, risultante non dalla maggioranza dei voti raccolti sull'intero territorio del Paese, ma dalla maggioranza dei voti dei così detti «Grandi Elettori» eletti direttamente dal popolo, e corrispondenti, per ciascuno Stato, al numero dei deputati e senatori di quello stesso Stato (Cost., art. II, Sez. 1). Il numero totale dei grandi elettori è fissato in 538: di questi, 25 spettano allo Stato della Florida. Il candidato che, nella Florida, avesse ottenuto il maggior numero dei voti «popolari» si sarebbe aggiudicato l'intero pacchetto dei 25 voti «elettorali». In questo contesto, ciò che in un Paese europeo appare estremamente difficile da realizzarsi, cioè che per uno scarto minimo di voti si possa capovolgere il risultato di un'elezione (ad esempio, 1 o 2 voti, laddove, com'è noto, le differenze di voti nei collegi uninominali viaggiano sempre sull'onda delle centinaia), nel sistema americano assume una valenza determinante. Infatti, nel caso della Florida, 1 voto di differenza fra i due candidati, cioè la seimilionesima parte del corpo elettorale (tenuto conto del numero dei cittadini elettori di circa sei milioni) comporta l'aggiudicazione, o la perdita, della ventunesima parte del collegio elettorale dei Grandi Elettori.

(1) La sentenza fu approvata dal Presidente Rehnquist e dai Giudici Scalia, O' Connor, Kennedy e Thomas, votarono contro i Giudici Souter, Breyer, Stevens e Ginzburg.

Questo sistema del voto disgiunto (voto popolare per i Grandi Elettori, voto degli Stati attraverso i Grandi Elettori per il Presidente) mira a salvaguardare gli Stati più piccoli (si pensi al Delaware, al Vermont, al Distretto di Columbia di Washington che hanno solo 3 Grandi Elettori per ciascuno) rispetto al possibile prevalere degli Stati più grandi. Infatti, in una normale elezione popolare, cittadini degli Stati più grandi e popolosi avrebbero preponderanza nella scelta del Presidente, direttamente proporzionale al peso delle rispettive popolazioni. I voti popolari degli Stati più piccoli sarebbero dissolti e praticamente annullati nel confronto fra i termini delle rispettive grandezze, con la possibilità che nessun voto raccolto in questi Stati più piccoli possa essere veramente influente nella scelta del Presidente.

Il sistema ingegnosamente costruito dai Padri fondatori, invece, assicura ad ogni Stato un peso, sì, proporzionale alla sua popolazione, ma determinante nel collegio dei Grandi Elettori, data la ristretta base di riferimento di quest'ultimo (538 voti elettorali totali). E così, sempre portando ad esempio il Delaware, il Vermont o il Distretto di Columbia, quei 3 voti elettorali costituiscono un segmento non trascurabile del totale dei Grandi Elettori, e, in una elezione *border line*, potrebbero fare la differenza. Si spiega, così, la grande battaglia giudiziaria fra Bush e Gore per la conta dell'ultimo voto, suscettibile di spostare la bilancia del collegio dei Grandi Elettori e raggiungere la faticosa soglia della maggioranza di 270 voti elettorali.

I Padri della Costituzione americana hanno creato questo sistema misto fra elettorato diretto popolare ed elettorato indiretto dei Grandi Elettori, mirante alla salvaguardia della sovranità e dell'eguaglianza giuridica dei singoli Stati, in virtù della loro forte e convinta adesione al concetto di federalismo, quale elaborato dai famosi saggi di Alessandro Hamilton⁽²⁾. Fu ritenuto che il massimo di coesione, compatibile col massimo di libertà degli Stati, dovesse necessariamente privilegiare il corpo legislativo di ciascuno Stato nell'organizzare i modi e le forme di partecipazione alla nomina del Presidente dell'Unione, senza che le Autorità federali, Suprema Corte compresa, potessero interferirvi. Ed in effetti, uno fra gli argomenti esposti dal Giudice Ruth Bader Ginzburg per motivare il suo dissenso sulla decisione del 12 dicembre 2000 è stato proprio questo:

«In light of constitutional guarantees to States of a «Republican form of Government» – U.S. Const. Art. IV, §4 –, art. II can hardly be read to invite this Court to disrupt a State's republican regime».

3. – Il rilievo della Ginzburg, guardando lo stato e l'evoluzione del sistema elettorale presidenziale, non appare infondato, anche se, per altro verso, è insufficiente ad escludere l'intervento della Corte Suprema federale.

Cercherò di spiegarmi.

Che ogni Stato, secondo l'art. II, Sez. 1 della Costituzione, possa stabilire, a sua discrezione, i modi di «appoint» (cioè designare o nominare o eleg-

(2) V. Hamilton, Jay, Madison, *Il Federalista*, ediz. ital., con introduzione di Gaspare Ambrosini, Pisa 1955.

gere) i Grandi Elettori di rispettiva competenza è fuori discussione. Infatti ogni Stato si fornisce di un suo Codice elettorale e, come *extrema ratio*, prevede anche la possibilità che, per qualsiasi causa di stallo elettorale, sia lo stesso Parlamento statale a designare direttamente i Grandi Elettori di competenza (così, in particolare, lo Stato della Florida).

A controbilanciare, peraltro, la piena sovranità degli Stati sulla materia, la Costituzione, sempre nell'art. II, sostituito in una nuova versione con il XII Emendamento del 1903, stabilisce minuziosamente le procedure cui i Grandi Elettori devono attenersi e le supreme Autorità del Congresso devono dar seguito per eleggere il Presidente ed il Vice Presidente. Inoltre una legge federale, l'*Electoral Count Act* del 1887, stabilisce che «*after States have tried to resolve disputes, through judicial or other means, Congress is the body primarily authorized to resolve remaining disputes*».

Il combinato disposto (come direbbe un giurista di *civil law*), della Costituzione e della legge federale elettorale fa confluire nel Congresso degli Stati Uniti la competenza ultima a risolvere tutte le questioni inerenti e derivanti dall'elezione, *dopo, però, che siano state attivate e percorse le strade che le leggi elettorali dei singoli Stati possono avere stabilito nei rispettivi ordinamenti*. A differenza di quanto è prescritto dall'art. 66 della nostra Costituzione («Ciascuna Camera giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità»), che esclude ogni intervento di Autorità giudiziaria in materia, (3) i sistemi – (il plurale è d'obbligo perché ogni Stato ha una sua legge elettorale) – in vigore negli Stati Uniti non escludono siffatta possibilità, anzi, come nello Stato della Florida, la disciplinano in maniera organica, coordinandola con le competenze e le procedure proprie del Congresso.

Si può rilevare ancora che, al fondo dell'impianto così delineato, sia la preoccupazione di lasciare, per quanto possibile, il Congresso fuori di ogni *querelle* elettorale, per evitare anche solo il sospetto che, alla fine, l'elezione del Presidente venga decisa, più che in base al voto degli elettori, piccoli o Grandi, in base ai giochi dei partiti o delle correnti dei partiti, aventi rappresentanza nel Congresso stesso.

Si vuole evitare, cioè, che possa in qualche maniera riprodursi il caso Hayes-Tilden che agitò l'intero Paese nelle elezioni presidenziali del 1876. Esso è l'unico precedente di una elezione contestata fino sugli scranni più alti del Congresso, e decisa poi in maniera ambigua, che lasciò insoddisfatto il Paese (4).

In quelle elezioni era accaduto che tre Stati, la Florida (sempre!), la South Carolina e la Louisiana avevano inviato a Washington, per la conta

(3) V. anche art. 87 decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957 n. 361 (Camera dei Deputati), art. 27 d.lgs. 20 dicembre 1993 n. 553 (Senato della Repubblica) che rinvia al testo della Camera.

(4) Per una conoscenza più approfondita, v. MAUROIS, *Storia degli Stati Uniti*, Milano, 1953, 405 sgg., HAWORT, *The Hayes-tilden disputed presidential election of 1976*, Cleveland, 1906.

dei rispettivi Grandi Elettori, due liste ciascuno, essendo in disaccordo su quale delle due fosse quella regolare. Senza i voti di questi tre Stati, il candidato democratico Tilden avrebbe avuto 184 voti elettorali, uno in meno del *quorum*. Inserendo, invece, i voti dei tre Stati, il repubblicano Rutherford Hayes avrebbe ottenuto 185 voti elettorali, sufficienti, allora, per essere eletto. Il Congresso, cui fu rimessa la questione, decise di nominare una Commissione elettorale di cinque deputati, cinque senatori e cinque giudici della Corte Suprema. Uno di questi, precisamente il giudice Bradley, fu nominato Presidente della Commissione, ago della bilancia fra i dieci membri del Congresso, appartenenti pariteticamente ai due partiti in lizza, il democratico ed il repubblicano, e i quattro rimanenti giudici. E Bradley decise di accettare i voti repubblicani dei tre Stati assegnando, così, la Presidenza a Hayes.

Il giudice Bradley fu immediatamente accusato di avere accettato tangenti e cointeressenze nel settore ferroviario, allora in piena espansione. Si parlò addirittura di una decisione assunta alla ventitreesima ora, dopo una notte di «assedio» alla casa del giudice da parte di repubblicani (5).

In realtà, molti anni dopo, fu dimostrato che il giudice Bradley era stato onesto ed imparziale, in quanto aveva ritenuto che il Congresso (e la Commissione da esso nominata) non erano autorizzati a rivedere la conta dei voti, ma dovevano limitarsi ad accettare, fra quelli certificati dalle competenti autorità degli Stati, gli Elettori aventi i migliori titoli di legittimità (6).

Fu proprio l'insoddisfacente soluzione del caso Hayes che indusse il Congresso ad emanare, qualche anno più tardi, l'*Electoral Count Act*, del 1887, che si trova poi trasfuso e codificato nell'art. 3 § 5 del U.S. Code, norma invocata, con opposte interpretazioni, sia dai patroni di Bush che da quelli di Gore davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti.

4. – La norma invocata, fra le altre disposizioni, attribuisce «*conclusive effect*» alle determinazioni degli Stati su ogni controversia concernente l'elezione dei Grandi Elettori purché queste determinazioni:

a) siano assunte in base a leggi emanate prima del giorno delle elezioni;

b) ed entro il termine preteritorio di almeno 6 giorni antecedenti la riunione dei Grandi Elettori.

Poiché la data di questa riunione è legislativamente fissata, per tutti gli Stati, al 18 dicembre, e le determinazioni di ogni Stato devono essere assunte entro il 12 dicembre. Una volta che queste siano state assunte, per via elettorale, per via giudiziaria (*Circuits Courts*) o direttamente per via legislativa, scatta la successiva fase delle riunioni dei Grandi Elettori in ogni Stato, nel

(5) V. WOODWARD, *Reunion and reaction*, New YORK 1966, 159-60.

(6) V. BICKEL, *The least dangerous branche*, Boston 1962, 185.

corso delle quali essi scrivono i nomi dei candidati alla Presidenza ed alla Vice Presidenza su schede sigillate ed inviate al Congresso. Quest'ultimo, il giorno 6 gennaio dell'anno successivo, si riunisce per la conta dei designati e proclama ufficialmente il vincitore, che si insedierà come prescrive il XX Emendamento della Costituzione (1932) – a mezzogiorno del 20 gennaio.

Nel decorso del tempo intercorrente fra la data delle elezioni (7 novembre) e i sei giorni precedenti la riunione dei Grandi Elettori (12 dicembre) devono trovar luogo ed esito tutte le procedure per eventuali contestazioni elettorali, anche mediante ricorsi giudiziari.

Per giungere al finale sono previsti, nello Stato della Florida, con legge emanata dal Parlamento statale (*Fla. Election Code*), vari passaggi e procedure.

Ogni circoscrizione elettorale di Contea (*County Canvassing Board*) procede al conteggio delle schede e ne invia il risultato al Dipartimento di Stato (s'intende, della Florida), entro le ore 5 pomeridiane del settimo giorno successivo alle elezioni, (cioè entro il 14 novembre). Qui siede un apposito Organo (*Election Canvassing Commission*), composto dal Governatore (7) dal Segretario di Stato e dal Direttore della divisione elettorale, che accerta e dichiara chi è stato eletto (fase di certificazione). Le schede pervenute oltre la predetta data e ora saranno ignorate dal Segretario di Stato e dalla Commissione.

Proprio su quest'ultima disposizione si è incentrata una parte del dibattito fra i due contendenti. Infatti, nello stesso testo normativo della Florida si trovano due disposizioni apparentemente contraddittorie. Il § 102.111 del Codice elettorale della Florida statuisce: «*Shall be ignored*» mentre il § 102.112 statuisce: «*May be ignored*». Nessuna delle parti ha saputo fornire una ragionevole spiegazione su questa contrapposizione tra: «*Dovrà essere ignorata*» e «*Potrà essere ignorata*»(8). Appare probabile pensare ad un difetto di coordinamento fra le due norme. Nella scelta, tuttavia, vien fatto di privilegiare la prima versione, data la perentorietà del termine, individuato persino nell'ora di scadenza (ore 17) per procedere all'inoltro dei dati da parte delle Contee(9). Si tratta, tuttavia, di questione marginale(10), perché la battaglia fu giocata su altri, e più significativi, fronti.

(7) Poiché Governatore della Florida era Jeb Bush, fratello del candidato, egli si dimise ed al suo posto subentrò il Commissario all'Agricoltura Robert Crawford.

(8) La Corte Suprema della Florida, poiché le due norme datavano, rispettivamente, dal 1951 e dal 1989, ne tentò una spiegazione invocando il principio: *Lex posterior derogat anteriori* ed invocando, inoltre, il principio *Lex specialis derogat generali*, attribuendo natura specifica alla seconda; ma il ragionamento si potrebbe facilmente capovolgere, se si attribuisse carattere *eccezionale*, e perciò di stretta interpretazione, alla seconda norma.

(9) Anche presso di noi le leggi elettorali prevedono termini perentori all'ora: art. 9, d.lgs. 20 dicembre 1993 n. 533 (Senato), art. 20 decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957 n. 361 (Camere), stabilendo un periodo di dodici ore 8-20 per la presentazione delle candidature.

(10) Almeno lo era diventata, dopo che la certificazione dei voti pervenuti anche oltre la data del 14 novembre vedeva sempre Bush prevalere sull'avversario.

5. – Se volessimo cercare termini di paragone nelle legislazioni di *civil law* (benchè, come si è visto, anche in Florida la materia sia retta da precise normative di legge, gli *Statutes*), potremmo individuare due tipi di contestazioni elettorali, una di carattere amministrativo, l'altra di carattere giudiziario.

La fase amministrativa di contestazione elettorale è quella definita «*protest*». La richiesta va presentata alla Circoscrizione elettorale di contea (*County Canvassing Board*) e dev'essere decisa entro il termine previsto per la trasmissione dei dati al Dipartimento di Stato, cioè entro il 14 novembre. Se la protesta appare meritevole di accoglimento, il Board può disporre un riconteggio automatico o manuale e l'errore viene corretto.

Dopo la certificazione dei risultati elettorali da parte della Commissione governativa, (che avrà luogo dopo che i risultati delle Contee tempestivamente trasmessi saranno stati elaborati), qualunque elettore, oltre, naturalmente, il candidato sconfitto, può attivare la procedura di «*contest*». Essa è una vera e propria procedura giudiziaria, che va instaurata presso la «*Circuit Court*», corrispondente alla nostra Corte di Appello, ed anch'essa è ancorata a brevi termini perentori (dieci giorni dalla certificazione).

In definitiva, a partire dal 7 novembre, giorno delle elezioni, si ha una precisa scaletta di tempi: 14 novembre, consegna dei verbali delle Contee, una data successiva X (non indicata, ma largamente anteriore al 12 dicembre) per la certificazione degli eletti, la data X + 10 per promuovere il giudizio di contestazione, la data successiva X+10+X per l'esito del giudizio di contestazione, (comunque entro il 12 dicembre, termine ultimo per ufficializzare ed attribuire «*conclusive effect*» alle decisioni assunte dallo Stato), 18 dicembre riunione dei Grandi Elettori ed invio dei plichi al Congresso, 6 gennaio proclamazione del Presidente e del Vice Presidente da parte del Congresso.

6 – Questo *timing*, che apparirebbe inderogabile, è stato il primo terreno di scontro fra i due contendenti proprio sulla sua natura, cogente o derogabile, dopo che la Suprema Corte della Florida lo aveva profondamente alterato spostando la *deadline (data ultima)* dal 14 al 26 novembre. E proprio sulle risposte che potevano darsi al problema è stato posto il più ampio quesito sulla competenza a conoscerne da parte della Corte Suprema della Florida, prima, e da parte della Corte Suprema degli Stati Uniti successivamente.

Infatti, a parte i vari ricorsi di urgenza ai Giudici di Contea presentati da Gore, che era 1784 voti dietro Bush, per ottenere una riconta manuale dei voti nelle quattro Contee di Volusia, Palm Beach, Broward e Miami-Dade, la Corte Suprema della Florida, con una prima decisione del 21 novembre, accogliendo un ricorso di Gore, ordinò al Segretario di Stato

della Florida, Signora Katherine Harris, di accettare e tener conto anche di tutte le schede elettorali inviate dalle Contee successivamente al 14 novembre, sanando i ritardi e stabilendo il nuovo termine del 26 novembre, in luogo di quello del 14 novembre previsto dalla legge elettorale (11)

In ottemperanza a tale ordine della Corte, il Segretario di Stato procedette ad una nuova elaborazione dei dati pervenuti fino al giorno 26 novembre e, accertato che, alle ore 17 di quel giorno, malgrado i nuovi conteggi, Bush era ancora in testa, col parere conforme della Commissione elettorale, certificò che Bush aveva conquistato i 25 voti elettorali della Florida.

Rispettando i tempi della procedura di *contest*, Gore propose ricorso alla *Circuit Court* della Contea di Leon, competente per territorio, richiedendo ulteriori conteggi manuali, sostenendo che non tutte le schede erano state conteggiate a suo favore. Qui si innestarono quelle considerazioni di contorno concernenti i vari modi di interpretazione delle schede, che costituiscono l'elemento, per così dire, folcloristico della vicenda, almeno presso il grande pubblico.

Poiché le schede dovevano essere perforate con una punzonatrice che avrebbe lasciato un buco (sensibile poi al successivo conteggio da parte delle macchine) sul nome del candidato, era accaduto che alcune schede, forse per imperfetto funzionamento della macchina, recassero ancora attaccati i «coriandoli», ostruendo parzialmente il buco. Si parlò allora di «*hanging chads*» («coriandoli pendenti»), disquisendo puntigliosamente quando essi potessero considerarsi staccati (e quindi espressione di un voto), e quando dovessero considerarsi ancora parte della scheda (e quindi espressione di non voto). Si giunse a sostenere che i «*chads*» attaccati per due soli lembi potessero considerarsi voti, o addirittura i «*chads*» non staccati dalla scheda, ma perforati a sufficienza per poter far filtrare la luce potessero considerarsi egualmente voti, rientrando tutti nella categoria degli *undervotes* (voti erroneamente non contati). Viceversa – e questo era il controrilievo di Bush – si sarebbe dovuto tener conto anche degli *overvotes*, cioè voti espressi per più di un candidato, ma con chiara indicazione del candidato presidenziale, nonché dei voti per corrispondenza provenienti anche da territori oltreoceano – come previsto dalla legge – ma giunti in ritardo a causa di disservizi postali.

Intanto ci si avvicinava pericolosamente al fatidico 12 dicembre, termine ultimo perché lo Stato potesse esprimere le sue determinazioni: termine che, nel gergo costituzionale veniva definito come «*safe harbor*» (rifugio sicuro).

(11) Questa decisione, però, venne annullata il 4 dicembre successivo dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, che vi ravvisò difetto di motivazione e rinviò alla stessa Corte della Florida per una motivazione più approfondita.

La Corte della Florida vi ottemperò con la decisione 11 dicembre, con la quale ribadiva il suo precedente orientamento; ma a qual momento ed in quello stesso giorno, tutta la questione era in discussione, davanti alla Corte Suprema USA. Questo fu il motivo del dissenso espresso dal Presidente Wells, che avrebbe preferito attendere il giudizio della Corte di Washington.

Il 4 dicembre la *Circuit Court* di Leon respingeva il ricorso di Gore. Il Giudice Sander Sauls osservava, metodologicamente, che, nella procedura di *contest*, il ricorrente non deve limitarsi a dimostrare la sussistenza di irregolarità nelle operazioni elettorali, ma deve dimostrare la «ragionevole probabilità» che queste possano avere cambiato il risultato elettorale. Dopo aver poi accertato nel merito – secondo le testimonianze assunte – che tale prova non era stata offerta da Gore, né erano risultati comportamenti dolosi, ma erano risultati, invece, nelle diverse Contee, due sistemi di conteggio delle schede, quello manuale e quello meccanico, rilevava nella motivazione orale della sua decisione:

«Io sento il dovere di ammonire che, accettando i dati provenienti da questo doppio sistema, lo Stato corre il rischio di violare le Costituzioni sia degli Stati Uniti che dello Stato della Florida. Questo rischio potrebbe far sì che tutti i voti dello Stato della Florida siano neutralizzati e preclusi dall'inserzione nel Collegio elettorale per la Presidenza».

Come gli eventi successivi dimostrarono, l'intuizione di questo isolato Giudice della Florida anticipò la soluzione che, al massimo livello giudiziario del Paese, fu adottata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti!

Gore propose immediato ricorso alla Corte Suprema della Florida: questa, convocata con estrema rapidità, con la sentenza 8 dicembre presa a maggioranza di 4 a 3 (fra i 3 il Presidente Wells), annullò la decisione del Giudice Sanders Saul e dispose la creazione di un complesso di procedure, ordinando alla Corte di merito di tabulare a mano immediatamente le 9000 schede della Contea di Miami-Dade e, a tutte le altre Contee che non lo avessero fatto, di ricontare a mano tutte le schede recanti *undervotes*.

Ed ecco, a questo punto, l'intervento della Corte Suprema degli Stati Uniti, investita da Bush con ricorso di urgenza per una dichiarazione di «*stay*», cioè di una sospensiva della decisione della Corte della Florida.

7. – Nel sistema giudiziario degli Stati Uniti, l'orientamento della Corte Suprema è piuttosto restio ad ammettere controlli e revisioni sulle sentenze delle Corti Supreme degli Stati. Secondo la *Rule 10* delle *Supreme Court Rules*, il controllo sulle decisioni delle Corti statali si attua mediante il così detto «*writ of certiorari*,» che potrebbe essere considerato, presso di noi, l'equivalente di un ricorso per assoluto difetto di giurisdizione alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione o per conflitto di attribuzioni davanti alla Corte costituzionale. Esso è ammesso, a discrezione della Corte, ogni qualvolta una Corte statale di ultima istanza abbia deciso un'importante questione federale in conflitto con la decisione di un'altra Corte statale di ultima istanza o di una Corte di Appello degli Stati Uniti.

Il ricorso di urgenza per una sospensiva venne accolto dalla Corte Suprema a maggioranza (5-4) con ordinanza del 9 dicembre, con l'opinione dissenziente dei Giudici Stevens, Souter, Ginzburg e Brayer. La Corte ritenne che ricorressero sia gli estremi del *fumus boni juris*, che del *periculum in mora*.

Le due tesi, esposte con notevole determinazione nelle contrapposte opinioni, costituivano le avvisaglie della più ampia battaglia che si sarebbe combattuta due giorni dopo nelle solenni aule della Corte, da parte dei più prestigiosi avvocati del Paese e, come è risultato alla fine, degli stessi componenti della Corte, spaccata a metà sulla decisione.

I quattro Giudici dissenzienti motivarono molto duramente il loro dissenso, scrivendo:

«Nella decisione odierna sulla sospensiva, la maggioranza si allontana da tre venerandi principi di autolimitazione giudiziaria che hanno guidato la Corte attraverso la sua storia. Sulle questioni concernenti leggi statali, noi abbiamo fermamente rispettato le opinioni delle più alte Corti degli Stati. Sulle questioni la cui risoluzione è affidata in larga misura ad altre branche del Governo federale, noi abbiamo costruito la nostra giurisdizione in maniera limitativa e l'abbiamo esercitata con molta cautela. Sulle questioni federali costituzionali che non furono chiaramente presentate alle Corti, di cui si chiede la revisione, noi abbiamo prudentemente rifiutato di esprimere un giudizio. La maggioranza ha agito non saggiamente».

Per effetto della sospensiva disposta dalla Corte Suprema, il riconteggio dei voti fu immediatamente sospeso in tutte le Contee, e la causa di merito venne fissata davanti alla stessa Corte per l'udienza di lunedì 11 dicembre, previa assegnazione alle parti del termine fino alle ore 16 di domenica 10 dicembre per presentazione di memorie scritte non eccedenti 50 pagine e con l'assegnazione di un'ora e mezzo complessive per la discussione orale da parte dei patroni (12).

8. – Fin dall'alba di lunedì 11 dicembre centinaia di giornalisti e decine di operatori televisivi stazionavano nei paraggi della Corte Suprema, in attesa di essere ammessi nell'aula di udienza, secondo criteri preassegnati.

I *Briefs* (le memorie difensive), di precise 50 pagine ciascuno, erano stati depositati il giorno precedente nella Cancelleria della Corte e distribuiti anche ai media. Gli schieramenti dei Collegi legali erano imponenti: per il ricorrente Bush gli Avvocati Olson di Washington (Capo del collegio), Carvin di Washington, Ginzberg di Washington, Richard di Tallahassee, Terwilliger di Washington, Kelley di Notre Dame, Manning di New York, Clark di Washington; per il resistente Gore gli Avvocati Boies di Armonk (Capo del collegio), Tribe di Cambridge, Goldstein di Washington, Klain di Washington, Massey di Washington, Coffey di Miami, Rubin di Washington.

Nel contempo, e nelle stesse ore, era stato convocato, per il giorno successivo nella Capitale Tallahassee, il Congresso della Florida, avente all'ordine del giorno la nomina dei 25 Grandi Elettori di competenza dello Stato. Si trattava degli stessi 25 Grandi Elettori già certificati dalla commissione elettorale il 26 novembre precedente, ma oggetto di contestazione giudiziaria

(12) Colpisce la rapidità e la precisione degli adempimenti richiesti alle parti, in un termine che, ai nostri ritmi processuali, apparirebbe frustrante e di quasi impossibile adempimento. Eppure tutte le prescrizioni ed i termini furono puntualmente rispettati dalle parti!

da parte di Gore. In tal modo, o Stato della Florida, attraverso il suo ramo di potere legislativo (Congresso), dimostrava chiaramente la sua ferma intenzione di avvalersi del «*safe harbor*» previsto dalla legge elettorale, per inviare i suoi voti al Congresso degli Stati Uniti, se, per avventura, la Corte Suprema degli Stati Uniti avesse dichiarato irricevibile, o respinto, il ricorso di Bush.

Davanti alla Corte, gli argomenti che i difensori di Bush presentarono nella loro memoria difensiva si incentrarono soprattutto sulla affermazione della competenza della Corte Suprema USA, ben consci dell'orientamento di *self restraint* che aveva caratterizzato la giurisprudenza della Corte stessa sulle questioni concernenti le revisioni delle sentenze delle Corti Supreme statali. Si trattava di trovare motivi che potessero coinvolgere disposizioni della Costituzione USA, non essendo sufficienti i semplici motivi di violazione di legge che si potessero addurre contro la decisione della Corte della Florida, dato che questa non era, tecnicamente, una Corte inferiore, ma la Corte di un ordinamento *diverso ed autonomo*.

Questo tentativo fu incentrato su tre grandi filoni:

a) la violazione diretta dell'art. II, Sez. 1 della Costituzione USA, che attribuisce al Potere legislativo dei singoli Stati *la competenza esclusiva* di determinare i modi di *appointment* dei Grandi Elettori;

b) il difetto assoluto di giurisdizione della Corte Suprema della Florida in materia di contenzioso elettorale presidenziale;

c) la violazione delle clausole della *Equal protection* e del *Due process* stabiliti nel XIV Emendamento, Sez. 1, alla Costituzione degli Stati Uniti.

Tanto importante appariva la necessità di invocare disposizioni costituzionali violate (e trovarvi validi riscontri) che se ne ebbe subito conferma all'inizio del dibattimento, – come risulta dalla registrazione – allorché il Giudice Kennedy interrompe l'Avvocato Olson, che aveva appena cominciato la sua illustrazione, chiedendogli:

«*Avvocato, può cominciare parlando della nostra giurisdizione federale? Dov'è qui la questione federale?*» (13).

E l'Avvocato Olson rispose proprio:

«*La questione federale nasce dal fatto che la Corte Suprema della Florida ha violato l'art. II, Sez. 1 della Costituzione, nonché la Sezione 5 del Titolo III della legge federale*».

(13) Nei dibattimenti davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti – come nelle altre Corti – è prassi costante l'interruzione del patrocinante da parte del giudice: interruzione che non riguarda – come di regola avviene presso di noi – l'ordine della discussione, ma il merito vero e proprio. Ciò avviene con maggiore frequenza proprio davanti alla Corte Suprema, dove ogni Giudice ha il diritto, esercitato con la massima larghezza, di scrivere la sua opinione in aggiunta a quella espressa *per curiam* dalla maggioranza; tali opinioni sono oggetto di ampie disamine e discussioni non solo negli ambienti forensi. Nel nostro caso, è singolare rilevare che il Giudice Kennedy aderì poi alla decisione di maggioranza.

Il difetto di giurisdizione della Corte Suprema della Florida venne articolato sotto due aspetti: esercizio di un potere spettante in via esclusiva al Parlamento della Florida, ed esercizio di giurisdizione di appello contro le decisioni della Circuit Court di Leon in contrasto con le leggi della Florida.

Il primo aspetto potrebbe essere paragonato al disposto dell'art. 606, lett. a) del nostro Codice di procedura penale che parla di «esercizio, da parte del giudice, di una potestà riservata dalla legge a organi legislativi o amministrativi ovvero non consentita ai pubblici poteri».

Olson spiegò, infatti, che il Parlamento della Florida non aveva attribuito alcun potere agli Organi giudiziari dello Stato, se non alle Circuits Courts, ed a queste sole, per la fase di contestazione della certificazione. Se avesse inteso stabilire diversamente, non avrebbe mancato di indicarlo espressamente.

Pertanto, gli interventi della Corte Suprema della Florida erano doppiamente incostituzionali, perché esercitati da un Potere statale incompetente, che si era arrogato il diritto di modificare profondamente la legge elettorale presidenziale, spostando addirittura i termini per gli adempimenti e le contestazioni elettorali, e perché la Corte non aveva competenza quale giudice di appello contro la decisione della *Circuit Court* di Leon.

Oltre alle questioni federali e di giurisdizione, la difesa di Bush sollevò il problema delle due clausole garantiste stabilite nel XIV Emendamento, che, per la verità, erano state solo fuggacemente proposte davanti ai Giudici della Florida. Ma si trattava di questioni che avrebbero potuto essere sollevate d'ufficio, e perciò neanche la difesa di Gore sollevò, quanto alla loro ammissibilità, se non una blanda opposizione.

Quelle clausole garantiscono il diritto di ogni cittadino di fruire, in condizioni di assoluta parità, della protezione della legge e dei procedimenti giurisdizionali o amministrativi che questa prevede (14).

Le controdifese di Gore furono incentrate anzitutto nel negare la competenza della Corte Suprema adita, in quanto si sarebbe trattato di questioni interne dello Stato della Florida, denunciabili in ultimo grado solo alla Corte Suprema di questo Stato, com'era in effetti avvenuto. La tesi non appariva peregrina, dato che – come si è detto – ben 4 dei 9 Giudici si erano già espressi in tal senso (sia pure in via deliberativa sul *fumus boni juris*) nella precedente fase della sospensiva .

In via subordinata, i patroni di Gore sostenevano che la Corte Suprema della Florida era competente a conoscere in appello delle questioni di contenzioso elettorale, in quanto la Costituzione della Florida assicurava

(14) Si tratta, in sostanza di una esplicitazione, diversamente articolata, del principio di eguaglianza stabilito dall'art. 3 della nostra Costituzione. Il principio è stato ripetutamente utilizzato come «grimaldello» per radicare la competenza della Corte Suprema USA; ma, anche presso di noi, la grande maggioranza delle ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale fa leva proprio sulla violazione del principio di eguaglianza.

comunque il ricorso alla Corte Suprema avverso le decisioni delle *Circuit Courts*. E, nel merito, osservavano che la Corte Suprema della Florida non aveva creato una nuova legge, invadendo le competenze proprie del Congresso, ma si era limitata ad *interpretare ed applicare* le leggi federali e statuali esistenti alla data del 7 novembre 2000 (giorno delle elezioni).

Quanto alla dedotta violazione delle clausole di *Equal protection* e *Due process* se ne contestava la sussistenza, in quanto il regime di conta e valutazione delle schede vigente nella Florida non creava sperequazioni da Contea a Contea, ma poteva, al più, cagionare interpretazioni soggettive diverse da parte dei *Canvassing Boards*, contro le quali erano consentiti i ricorsi di *protest* e di *contest*.

Ma i Giudici della Corte Suprema intervennero puntigliosamente anche su tale questione ponendo precise osservazioni, che nella nostra procedura, si potrebbero definire vere e proprie contestazioni.

Il Presidente, interrompendo l'Avv. Boies, patrono di Gore, sul punto delle clausole di garanzia, esclamò:

«La mia preoccupazione è che la procedura di contest richiede la predisposizione di standards e di decisioni giudiziarie, ma il relativo periodo risulta abbreviato di 19 giorni, rendendo così difficile un giudizio di appello. Il Congresso legislativo avrebbe potuto provvedere con una legge, né la stessa Corte Suprema avrebbe potuto farlo se non approntando un nuovo schema, un nuovo sistema per affrontare il riconteggio così tardivamente: del che io sono molto preoccupato».

Si poteva, così, già intravedere il percorso che la Corte Suprema (o almeno la sua maggioranza) aveva in animo di seguire: non tanto affrontare il problema della competenza della Corte della Florida, quanto ritenere che essa, anche per la ristrettezza dei tempi, non avesse disposto regole puntuali e trasparenti idonee a garantire la perfetta eguaglianza di trattamento degli elettori, quale che fosse la Contea dov'essi avevano espresso il loro voto.

9. – La sentenza non si fece attendere. Nelle prime ore del giorno seguente, 12 dicembre, la Corte depositò la sentenza *per curiam* (cioè il testo di maggioranza, esteso dal Giudice Scalia), accompagnato dall'opinione conforme del Presidente Rehnquist, cui aderì anche il Giudice Thomas; contestualmente venivano depositate anche le opinioni difformi, con varie motivazioni, dei Giudici Stevens, Souter, Breyer e Ginsburg.

In tal modo veniva rispettato il termine del 12 dicembre per la pronuncia dello Stato della Florida della scelta dei suoi Grandi Elettori (il famoso *Safe harbor*), e si evitava che il Parlamento della Florida potesse procedere alle relative nomine al posto del voto elettorale contestato.

La sentenza della Corte, piuttosto che affrontare le questioni di giurisdizione e di competenza della Corte Suprema della Florida, che erano

state prospettate con grande vigoria da entrambi i contendenti, preferì esaminare i profili di violazione delle clausole garantiste inserite nel XIV Emendamento (15).

La questione appariva veramente rilevante, e forse assorbente, perché atteneva alla tutela dei diritti costituzionali fondamentali, fra i quali l'insopprimibile diritto all'eguaglianza del voto, espresso nel motto: «*One person, one vote*».

La Corte non vi giungeva senza precedenti. I due più famosi erano Baker v. Carr, del 1962 e Reynolds v. Sims del 1964 (16), applicati proprio in materia di leggi elettorali negli Stati e giudicati con criteri assolutamente vincolanti in tema di garanzie per gli elettori, nel senso che i voti di ogni elettore non potessero avere pesi e valenze diversi a seconda che fossero espressi in un luogo piuttosto che in un altro dell'Unione.

Anche nel caso in esame, la Corte si adeguò ai medesimi principii. La sentenza osservò infatti:

«Il meccanismo di riconta dei voti posto in essere in base alla decisione della Corte Suprema della Florida non soddisfa il minimo requisito per un trattamento non arbitrario dei votanti, sì da assicurare questo diritto fondamentale... Noi riteniamo che la formulazione di regole uniformi per determinare l'intento degli elettori sia praticabile e, in conclusione, necessaria».

E, venendo allo specifico, la Corte soggiungeva:

«L'ordine (della Corte della Florida) non specifica chi dovrebbe ricontare le schede. I County Canvassing Boards furono costretti a mettere in piedi squadre composte di giudici di vari circuiti che non avevano alcuna precedente esperienza nel trattare ed interpretare i voti. Per di più, mentre ad alcuni fu permesso di presenziare, ad essi fu proibito di sollevare alcuna obiezione durante le operazioni di riconta».

Ed ancora:

«Quando una Corte ordina un rimedio valevole per tutto lo Stato, ci dev'essere almeno la sicurezza che i requisiti rudimentali di uguale trattamento e di fondamentale trasparenza siano soddisfatti».

La Corte, pertanto, annullava la decisione della Suprema Corte della Florida che aveva ordinato la riconta dei voti. Sul piano sostanziale, veniva in tal modo confermata la «certificazione» fatta il 26 novembre precedente dal Segretario di Stato Katherine Harris, che dichiarava Bush attributario dei 25 voti elettorali della Florida.

10. – Le decisioni della Corte Suprema degli Stati Uniti, per lunga tradizione severa custode della Costituzione, ma soggetta a costante attenzione da parte dell'opinione pubblica, non si sottraggono alla tentazione di fornire

(15) La sentenza afferma, infatti: «*For purposes of resolving the equal protection challenge, it is not necessary to decide whether the Florida Supreme Court had the authority under the legislative scheme for resolving election disputes*»

(16) Le sentenze si possono leggere rispettivamente in GREENBAUM, *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli S.U.*, Milano, 1992, 51; e PADOVER, *The living U.S. Constitution*, New York, 1983, 260

ai cittadini anche le ragioni «politiche» delle scelte effettuate, specie quando siano adottate a maggioranza, e con opinioni difformi da parte di autorevoli esponenti della minoranza.

Anche il caso Bush-Gore, e proprio per essere il caso Bush-Gore, non è sfuggito a questa regola, sia da parte della maggioranza, che da parte della minoranza.

Quasi in prevenzione delle critiche che avrebbero potuto esser mosse alla decisione, il Giudice Scalia scriveva, nella parte finale della sentenza:

«Nessuno è maggiormente conscio dei limiti vitali sull' Autorità giudiziaria dei componenti di questa Corte, e nessuno è più ammirato del disegno della Costituzione di lasciare la scelta del Presidente al popolo, attraverso il Potere legislativo, ed alla sfera politica. Tuttavia, quando parti contendenti invocano il processo delle Corti, diventa nostra ineludibile responsabilità il risolvere i problemi federali e costituzionali che il sistema giudiziario ha costretto ad affrontare.»

Sul versante opposto, le opinioni dei dissenzienti non erano meno esplicite.

Scrivendo il Giudice Breyer, anche per conto degli altri dissenzienti:

«In questa materia altamente politicizzata, l'emanazione di una sentenza spaccata a metà comporta il rischio di minare la fiducia nella Corte. Questa fiducia è un tesoro pubblico. Essa è stata costruita lentamente attraverso molti anni, alcuni dei quali furono contrassegnati da una guerra civile e dalla tragedia della segregazione. Noi non corriamo il rischio di ritornare ai giorni in cui un Presidente (17) (rispondendo ai tentativi di questa Corte di proteggere gli Indiani Cherokee), disse: Il Presidente John Marshall ha fatto questa decisione, se la applichi lui! Ma noi rischiamo una ferita autoinferta, una ferita che può danneggiare non tanto la Corte, quanto la Nazione!»

Come si vede, parole di fuoco, che fanno il paio con quelle espresse nell'opinione dissenziente del Giudice Stevens:

«Una cosa è certa. Benché noi non potremo mai conoscere con assoluta certezza l'identità del vincitore di questa elezione presidenziale, l'identità del perdente è perfettamente chiara: è la fiducia della Nazione nel Giudice come guardiano imparziale della legge:»

11. Queste considerazioni critiche non devono, tuttavia, far pensare che la Corte Suprema degli Stati Uniti sia diventata, dopo il caso Bush, un'istituzione politica o, peggio, partigiana. Sotto questo profilo appare irrilevante, anzi, per certi versi, controproducente, il ripercorrere la fonte della nomina dei 9 Giudici che hanno risolto il caso.

(17) Era il Presidente Andrea Jackson, sempre fortemente critico sull'ingerenza della Corte Suprema nei confronti del Legislativo e dell'Esecutivo. «L'opinione dei giudici non ha maggiore autorità sul Congresso di quanta ne abbia il Congresso sui giudici, e, su quel punto, il Presidente è indipendente da entrambi»(v. «The living U.S. Constitution», citata a nota 16, pag. 90).

Infatti, se è vero che il Presidente Rehnquist fu nominato dal repubblicano Nixon, e così gli altri 4 Giudici della maggioranza dal repubblicano Reagan, altri Giudici, di minoranza, furono nominati egualmente da Presidenti repubblicani (Souter da Ford, Stevens da Nixon), mentre Breyer e Ginzburg furono nominati dal democratico Clinton. Quindi il voto della Corte non rispecchiava specularmente la provenienza di ognuno dei Giudici.

Ma, dal complesso delle opinioni, di maggioranza e di opposizione, un dato comune sembra unificare tutte le posizioni: il rispetto della sovranità dei singoli Stati e delle leggi da questi emanate in materia elettorale, nel quadro del più ampio rispetto della forma federale dell'Unione.

Fermo restando questo principio istituzionale del rispetto degli Stati, la Corte non poteva abdicare all'altro principio, anch'esso costituzionale, di uguale trattamento di tutti i cittadini elettori di fronte alla legge, ottenuto con l'adozione di standards uniformi nell'interpretare i vari modi di espressione del voto.

Uno degli stessi Giudici dissenzienti (Souter) parve tanto convinto di questa necessità da scrivere nella sua opinione:

«Io rinvierei il caso alle Corti della Florida con istruzioni di stabilire uniformi standards per valutare i vari tipi di schede che hanno ottenuto un diverso trattamento».

Più realisticamente, però, i Giudici della Corte Suprema della Florida, nella decisione finale del 22 dicembre, che formalmente definiva il giudizio di rinvio secondo le prescrizioni della Corte Suprema USA, scrivevano, questa volta all'unanimità:

«La Corte Suprema ha stabilito il principio di diritto che ogni tipo di riconta manuale dev'essere concluso entro il 12 dicembre 2000, secondo l'art. 3 § 5 Codice elettorale USA. Tenuto conto della data di quella decisione, questi adempimenti e questi termini non possono più essere osservati. Per di più, e dopo avervi riflettuto, noi concludiamo che la creazione di specifici ed uniformi standards necessari per assicurare eguale applicazione del fondamentale diritto di voto nello Stato della Florida dovrebbe essere affidata all'Istituzione che noi riteniamo sia la più adatta cioè il Potere legislativo».

Così, vuoi la soluzione del rinvio alle Corti – che sarebbe stata possibile ed auspicabile in una normale tornata di elezioni legislative – vuoi la soluzione legislativa ad opera del Congresso della Florida, non poterono essere perseguite, perché si trattava di elezioni presidenziali, scadenzate dalle leggi, federali e statali, con estrema precisione dei termini, per poter far sì che il nuovo Presidente, chiunque egli fosse, potesse insediarsi alla Casa Bianca il 20 gennaio.

Si potrebbe allora concludere con la Corte Suprema della Florida:

«La nostra Nazione ha dovuto affrontare un severo confronto, ma noi abbiamo fatto tesoro dell'esperienza. A questo punto una cosa è certa: i principi basilari della nostra democrazia sono intatti».

Il caso affollerà le biblioteche delle Università e gli scaffali della storia, ma non intaccherà la saldezza delle istituzioni democratiche degli Stati Uniti.

In ricordo di Massimo Severo Giannini (1)

Mi sia consentito anzitutto portare all'amico Alfredo Mirabelli Centurione due testimonianze: una di ammirazione ed una di gratitudine.

La prima è doveroso tributo a chi si sia cimentato con tanto successo nell'opera di aggiornamento delle Istituzioni gianniniane: opera difficile quant'altre mai per più di una ragione.

L'originalità del testo innanzitutto, primo ed unico nel suo genere e che affronta ogni istituto nel quadro comprensivo della teoria generale e nella prospettiva profonda della storia, prima di analizzarne l'essenza giuridica, frutto maturo del pensiero di quel grande Maestro del diritto nelle cui mani, come è stato autorevolmente detto, la scienza giuridica seppe diventare cultura.

Una seconda difficoltà va, poi, letta nella peculiarità del periodo con cui l'aggiornatore dell'opera ha dovuto fare i conti: l'ultimo ventennio del secolo appena trascorso, nel quale il diritto, la società, lo Stato hanno attraversato una profonda crisi di trasformazione. Una crisi di trasformazione tanto profonda da meritare le aggettivazioni temporali e spaziali più forti, quali «epocale» e «planetaria». Crisi, tra l'altro, prevista con sorprendente precisione, proprio all'inizio del ventennio in considerazione, dal Maestro scomparso, come più in dettaglio mi riprometto di dire fra poco.

Orbene, i riflessi di questa crisi hanno investito con particolare intensità il diritto amministrativo italiano, in un convulso succedersi di innovazioni legislative e giurisprudenziali che hanno percorso il ventennio in considerazione con moto progressivamente accelerato. Integrare tutte tali innovazioni nel raffinato e multidisciplinare tessuto connettivo dell'opera gianniniana era, quindi, impresa da far tremare le vene ed i polsi a qualunque giurista e tutta la nostra ammirazione va pertanto ad Alfredo Mirabelli Centurione per essersi cimentato con tanto successo.

Sarebbe fuor d'opera da parte mia ed eccederebbe il compito assegnatomi dagli organizzatori di questa manifestazione scendere più nel dettaglio, ma mi sia consentito ricordare alcuni capitoli o paragrafi del volume che costituiscono esempi paradigmatici di eccellente innesto di nuova materia nell'impianto originario.

Citerò soltanto quelli dedicati al pubblico impiego, ai controlli, alle Autorità amministrative indipendenti, ai nuovi raccordi Stato-regioni, alle autonomie locali, al procedimento amministrativo, alla concessione di opere pubbliche, al bilancio dello Stato. È un elenco che, dinanzi ad un uditorio quale quello cui ho l'onore di parlare, basta da solo ad illustrare l'assunto.

Subito dopo la testimonianza di ammirazione viene quella di gratitudine: è la gratitudine dell'operatore del diritto verso chi gli ha permesso di

(1) Commemorazione tenuta nella sede del Consiglio di Stato il 10 dicembre 2001 in occasione della presentazione della seconda edizione del volume *«Istituzioni di Diritto Amministrativo»*, aggiornato a cura di ALFREDO MIRABELLI CENTURIONE.

ricorrere ad un testo gianniniano non solo per rinnovare il piacere di una lettura sempre affascinante e per rinfrescare il ricordo di qualche principio generale, ma anche per trovare il conforto scientifico aggiornato per la soluzione di un problema di lavoro quotidiano.

Vi è poi una categoria assai ampia di soggetti che questa gratitudine dovrebbero tributare a Mirabelli in misura massima: gli studenti ed i giovani laureati che affrontano le prove selettive postuniversitarie meno impegnative.

Essi sono, infatti, a parte le rare eccezioni dei più dotati, nella media, lettori pigri ed utilitaristici, che mai consulterebbero testi vecchi di venti anni, quale che ne sia l'Autore.

Il lavoro dell'amico Mirabelli accosterà alla lettura di Giannini migliaia di giovani che, senza il suo aggiornamento, non avrebbero mai conosciuto l'eleganza e la profondità del pensiero gianniniano e questo sarà un fatto altamente positivo per la loro formazione culturale.

A questo punto è finita la parte del mio compito resa facile dall'amicizia e dall'affetto che mi legano da anni ad Alfredo Mirabelli Centurione.

Dovendo passare a ricordare la figura di Massimo Severo Giannini, pur avendo avuto il privilegio di conoscerlo da vicino, come avvocato di parte avversa – quanto cortese e quanto temibile! – come moderatore di convegni o tavole rotonde, come Presidente della Società degli avvocati amministrativisti e di apprezzare il suo tratto umano squisito e signorile, non posso che provare quel timore reverenziale che suscitano tutte le grandi figure.

A questo si aggiunga il fatto di dover prendere la parola dopo il professor Picozza ed il Presidente Chieppa! Non mi resta quindi che confidare nell'indulgenza dell'uditorio.

Una prima notazione si impone: Massimo Severo Giannini non è stato soltanto uno dei più grandi giuspubblicisti del secolo XX, al di là di ogni barriera nazionale, ma anche uno dei più grandi uomini di legge nel senso alto e comprensivo dell'espressione.

Caratteristica della sua personalità era, infatti, la pluridimensionalità. Una pluridimensionalità intesa tanto come misura della sua disponibilità operativa quanto come descrizione del suo metodo di studio.

Sotto il primo profilo dobbiamo ricordare, infatti, accanto al Giannini giurista il Giannini Grand Commis dello Stato, il Giannini legista ed il Giannini politico.

Fu lui, con Giuliano Vassalli, a suggerire a Nenni l'istituzione di quel Ministero per la Costituente in cui doveva diventare capo di gabinetto del Ministro nel 1945, con il compito di preparare la convocazione dell'Assemblea costituente e di predisporre gli elementi per lo studio della nuova Costituzione.

Fu lui, in sede di studio redazionale, a concepire la struttura ed il contenuto della norma che doveva diventare l'art. 3 della nostra Costituzione, norma feconda di sviluppi quant'altre mai e dalla quale la nostra Corte Costituzionale, quasi attraverso una estrapolazione della equazione hegeliana, ha tratto il principio che è conforme a diritto solo ciò che è conforme a ragione, capovolgendo il brocardo «*dura lex sed lex*».

Smisurata, poi, la sua attività di predisposizione di disegni di legge, soprattutto attraverso la partecipazione a commissioni di redazione, come membro o, più spesso, come presidente.

Devo naturalmente limitarmi a ricordarne solo alcune fra le più significative:

la Commissione Franceschini per la tutela del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio, che elaborò il concetto giuridico di bene culturale come valore universale; la Commissione per il completamento dell'ordinamento regionale, di cui Giannini fu Presidente, e che portò al decreto delegato 616/1977; la Commissione per le riforme istituzionali, istituita nel 1983, di cui fu Presidente, articolata nelle tre sottocommissioni presiedute da Casese, Laschena e Nigro, i cui lavori portarono in via diretta alla legge 241/1990 sul procedimento e l'accesso e prepararono, in via indiretta, il terreno alla successiva normativa di delegificazione e di riforma della giustizia amministrativa.

L'esperienza più propriamente politica fu la sua partecipazione al Governo Cossiga del 1979-1980 come Ministro per la Funzione Pubblica, partecipazione che ha lasciato come traccia indelebile il suo Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato, articolato nelle famose quattro parti della tecnica di amministrazione (con particolare attenzione posta al principio di produttività) della tecnologia (con particolare attenzione posta all'informatica) del personale e del riordinamento dei poteri centrali (con particolare attenzione posta al raccordo Stato-regioni, al decentramento, ai controlli, alla giustizia amministrativa).

In quel rapporto, purtroppo rimasto al momento lettera morta, furono posti a fuoco, con largo anticipo, tutti i punti critici ed i progetti riformatori che dovevano rivelarsi o attuarsi negli anni successivi.

È interessante notare che, assumendo l'incarico di Ministro, Giannini chiese la cancellazione dall'Albo degli avvocati e rinunciò a tutti gli incarichi professionali. Gesto elegante, che non fu ripagato con altrettanta eleganza dalla classe politica del tempo, che lo sostituì nell'incarico senza nemmeno avvisarlo.

Fedele al suo stile, Giannini si limitò a protestare con una lettera riservata indirizzata al segretario del suo partito in cui diceva testualmente: «nei paesi civili, quando si vuol dimissionare una persona c'è l'uso di avvertirla in tempo utile, se non altro per assicurare la continuità dei servizi».

Ma la delusione politica non lo ferì più di tanto. Se era stato Grand Commis dello Stato e dello Stato si sarebbe sempre considerato una riserva a disposizione e se era stato uomo politico, Giannini era soprattutto uomo di legge ed anche nella sua dimensione di uomo di legge portava il poliedrico sincretismo di una personalità pluridimensionale.

Anche se, da giurista di razza, infatti, Giannini ebbe sempre ben presente il suo ruolo di interprete di un diritto positivo, seppe comunque arricchire la sua analisi dogmatica con la linfa di tante discipline diverse da quella giuridica strettamente intesa: la semiologia, la filosofia, la sociologia, l'economia, la politologia, la storia.

L'attenzione che portava al momento semantico lo spingeva spesso ad avviare molte sue ricerche proprio con un esame del significato delle parole: nel volume che esce oggi in seconda edizione compaiono molte analisi di parole o di espressioni polisemiche, le cui diverse accezioni costituiscono base di acute costruzioni, a partire dallo stesso termine «amministrazione» e dallo stesso verbo «amministrare».

Tutta la originale costruzione gianniniana poggia, poi, su una solida base di teoria generale in cui confluiscono elementi di filosofia del diritto. Muovendo dalla teoria della pluralità degli ordinamenti del suo maestro Romano, Giannini individuò le caratteristiche dell'ordinamento giuridico nel concorso di tre elementi: l'organizzazione, la normazione e la plurisoggettività. Il diritto, quindi, nella sua ricostruzione, è l'insieme di norme che regola i rapporti fra i soggetti di un gruppo organizzato.

Così facendo Giannini riduceva sincreticamente ad unità la teoria normativistica di Kelsen, quella istituzionale di Santi Romano e la teoria relazionale di Kant rielaborata da Alessandro Levi, giungendo allo stesso risultato cui doveva arrivare, ma molti anni dopo, Norberto Bobbio.

Giannini distingueva, poi, fra norme intersoggettive o di condotta e norme di conformazione o di organizzazione.

La rilevanza delle seconde – e qui si passa all'utilizzazione della sociologia – segna il passaggio dallo stato borghese monoclasse ottocentesco allo stato sociale pluriclasse del secolo appena trascorso; il passaggio dalla concezione del diritto come garanzia della libertà e della proprietà individuale alla concezione del diritto come promotore di solidarietà e cooperazione.

Il grimaldello sociologico venne qui usato da Giannini, in veste di dissacratore di miti, per mettere in discussione il dogma della divisione dei poteri, dogma visto come arma della borghesia emergente per affermare la supremazia del potere legislativo, da essa controllato grazie al suffragio limitato, sulla Corona e sul Governo.

Non a caso il momento storico del passaggio dallo Stato monoclasse a quello pluriclasse venne visto in una «seconda costituzione» succeduta allo Statuto albertino ed individuata nelle leggi elettorali del 1882, 1912 e 1919 che, a cavallo fra '800 e '900, estesero il diritto di voto fino al suffragio universale.

Qui emerge in tutto il suo pregnante significato la definizione elaborata da Giannini del giurista come scienziato sociale.

Di solide basi sociologiche è, poi, nutrita tutta la vasta opera gianniniana sul diritto pubblico dell'economia, che mise a fuoco il dilagare dell'intervento pubblico nel mondo imprenditoriale negli anni 60 e 70 del novecento e che per prima avvertì che «i pubblici poteri entravano in forza nella cittadella del capitale privato».

Basti ricordare, in proposito, negli scritti sul credito, i riferimenti alla crisi bancaria del 1907-1908, al crollo di Wall Street, al crack della Creditanstalt.

Se tante furono le componenti culturali che arricchirono l'opera di Giannini amministrativista, non vi è, però, dubbio che la più importante di esse fu quella storica.

Nell'arco della sua avventura intellettuale – che iniziò con il superamento del modulo pandettistico e con la sostituzione della nozione di «provvedimento» a quella di «atto», si dispiegò attraverso l'analisi del concetto di discrezionalità, intesa come «ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario» (concetto fecondo quant'altri mai di sviluppi attraverso la progressiva estensione della categoria di interessi secondari contemplati) e si concluse con un ritorno verso il diritto comune, verso i modelli convenzionali del procedimento negoziato, verso un giudizio amministrativo processualeciviltizzato – Giannini non perse mai di vista la dimensione storica, che accompagnò costantemente l'analisi di tutti gli istituti di diritto amministrativo da lui coltivati o visitati e che coprono, praticamente, l'intero ventaglio della materia.

Il ricorso alla storia consentì a Giannini di individuare nel diritto amministrativo, inteso come ordinamento giuridico settoriale, una delle cinque soluzioni possibili e tutte contingenti del problema (che è invece immanente) dei rapporti fra Stato ed individuo.

Il diritto amministrativo, o regime amministrativo, si pone, quindi, come soluzione storicamente datata, adottata dallo stato borghese monoclasse postrivoluzionario, accanto alle altre possibili e storicamente esistite o esistenti: da quella puramente privatistica del mondo romano, a quella esclusivamente pubblicistica dell'assolutismo puro, a quelle miste dei paesi di common law (in cui il diritto costituzionale regola i rapporti fra pubblici poteri ed il diritto comune quelli fra Amministrazione e cittadino) e dei regimi dell'assolutismo illuminato, retti dal regime dell'actum principis contrapposto all'atto adottato iure privatorum.

Proprio in quest'ultimo regime Giannini riconobbe l'antecedente storico dello Stato a regime amministrativo, nato come erede dell'assolutismo illuminato e che da esso si differenzia attraverso la giuridicizzazione dell'atto autoritativo, anch'esso ormai sottoposto a regole di diritto ancorché diverse da quelle che reggono l'atto adottato iure privatorum dalla pubblica Amministrazione.

In questa sottilissima ed elegante analisi Giannini disvelò, poi, una ulteriore dimensione scientifico-culturale: quella del comparatista, quale emerge in particolare dalla prefazione alla traduzione italiana dal famoso trattato di Wade sul sistema inglese intitolato «Administrative Law» e disvelò così anche il suo peculiare metodo storico di tipo, appunto, comparatistico, ancorché diacronico invece che sincronico, dando ragione alla tesi di Gorla sullo stretto legame che unisce la comparazione dei diritti alla storia.

Da ultimo e per concludere, vi è una ulteriore dimensione di Giannini scienziato di cui non si può tacere: la preveggenza. Paolo Grossi, nel suo splendido profilo storico sulla scienza giuridica italiana, ha intitolato «un presente che si fa futuro» il paragrafo dedicato a Massimo Severo Giannini, e Sabino Cassese ha scritto di lui che la sua modernità è stata scoperta solo dopo che il futuro che essa anticipava era divenuto da tempo presente.

Fare qualche esempio di previsione avveratasi comporta solo l'imbarazzo della scelta: dalla risarcibilità degli interessi legittimi, all'abbandono della dicotomia diritto-interesse come criterio di riparto delle giurisdizioni, alla tutelabilità degli interessi diffusi.

La profezia più impressionante è però quella fatta, esattamente venti anni fa, al Congresso di Messina-Taormina intitolato «Cinquanta anni di esperienza giuridica», in cui Giannini analizzò la crisi del diritto e della società allora in atto come crisi dello Stato nazionale teorizzato da Jean Bodin. Stato nazionale volto, dopo quasi cinque secoli, alla fine del suo ciclo vitale e pronto a cedere il passo, dopo guerre e rivoluzioni, ad una nuova «Repubblica delle genti» dai contorni non ben definibili ma probabilmente diversi da quelli allora immaginabili.

Mi pare che l'impetuoso prevalere dell'economia sulla politica, grazie anche alle nuove tecnologie, attraverso un mercato globale governato da una lex mercatoria transnazionale e le convulse e violente contraddizioni che stiamo vivendo realizzino appieno la profezia del grande giurista che oggi ricordiamo.

Un giurista che seppe, dall'analisi del passato, ricostruire il presente e dalla interpretazione del presente disegnare il futuro, in una linea lucidissima di continuità storica.

AVV. IGNAZIO FRANCESCO CARAMAZZA

Enti locali: tra autonomia e devoluzione

L'attività legislativa che negli ultimi tempi ha interessato la materia degli enti locali può essere individuata in due blocchi ben distinti; da un lato la legge 3 agosto 1999, n. 265 (recante disposizioni in materia di autonomia e ordinamento degli enti locali, nonché modifiche alla legge 8 giugno 1990, n. 142) ed il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (concernente il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli stessi enti locali) hanno determinato l'ampliamento dell'autonomia degli Enti in questione dando vita ad una vera struttura regionale delle autonomie locali; dall'altro la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (concernente modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), (1) ed il disegno di legge costituzionale recante modificazioni dell'articolo 117 della Costituzione (approvato definitivamente dal Consiglio dei Ministri il 21 febbraio 2002) hanno dettato la disciplina sulla riforma federalista dello Stato consistente nella devoluzione di poteri effettivi del governo alle regioni.

Quanto sopra è il frutto di un periodo d'importanti innovazioni legislative che si sono completate con l'adozione della legge 8 giugno 1990, n. 142 e con i successivi interventi normativi. Tutto ciò trova una spiegazione in merito alla circostanza che la sfera d'azione degli enti in questione è circoscritta ad un ambito delimitato spazialmente; peraltro il fine pubblico che essi perseguono è rilevante ai soli interessi locali e tra i componenti degli organi amministrativi non figura lo Stato od altro ente pubblico nazionale.

L'ente locale è ente pubblico territoriale, dove quindi il territorio è elemento costitutivo; esso è altresì autarchico (opera cioè nel campo del diritto amministrativo), è ad appartenenza necessaria (ossia è costituito dai residenti stabili), è associativo (cioè composto da tutti i residenti sul territorio) ed è dotato d'autonomia politica, amministrativa e finanziaria rispetto allo Stato.

L'ente locale è stato sottoposto, dagli inizi degli anni '70, alla procedura di trasferimento delle funzioni amministrative, in base ai principi stabiliti dall'art. 118Cost.; infatti, dopo la fase dei decreti delegati del 1972, di quella coincidente con la legge delega 22 luglio 1975, n. 382 e dopo il successivo periodo attuatosi con l'entrata in vigore dei decreti del Presidente della Repubblica nn. 616, 617 e 618 del 24 luglio 1977, si è verificato il ribaltamento del principio tradizionale del trasferimento di funzioni. Con la legge delega 15 marzo 1997, n. 59 (cd. legge Bassanini1) e con il successivo decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, si è stabilito che la totalità delle funzioni amministrative, ad eccezione di quelle espressamente riservate allo Stato ed elencate nella stessa legge 59/1997, siano conferite alle Regioni ed agli enti locali. Tutto ciò è dovuto al recepimento nel nostro ordinamento, da parte della sopra indicata legge Bassanini 1, del c.d. principio di sussidiarietà introdotto dal Trattato sull'Unione Europea del 7 febbraio 1992 (Trattato di Maa-

(1) A tal fine si segnala l'imminente approvazione da parte dell'Esecutivo del Disegno di legge recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge cost. 3/2001.

stricht) ed in base al quale la gestione amministrativa della cosa pubblica deve essere affidata alla struttura più vicina alla cittadinanza e, quindi, all'ente locale. Il citato principio di sussidiarietà trova una precisa applicazione pratica in quanto ogni ente superiore svolge un'attività «sussidiaria» nei confronti dell'ente locale più vicino al cittadino secondo una procedura che, interessando *ab initio* Comune-Provincia-Regione-Stato, culmina, infine, all'Unione Europea, attribuendole tipiche funzioni d'interesse extrastatale. Proprio per questo motivo la richiamata legge 59/1997 privilegia gli enti locali minori, in modo che non subentri al centralismo statale analogo centralismo di natura regionale. L'art. 4, comma 5, della Bassanini 1 impone a ciascuna regione di adottare, entro brevi termini, le leggi di «puntuale individuazione delle funzioni trasferite o delegate agli enti locali e di quelle mantenute in capo alla regione stessa», ai fini dell'applicazione dell'articolo 3 della legge 142/1990.

Nel caso d'inadempienza delle Regioni, il Governo è delegato, dalla stessa norma, a provvedere con propri decreti legislativi, sentite le regioni inadempienti. Tale meccanismo sostitutivo è stato introdotto proprio per evitare che vadano disattesi i principi di cui all'art. 3 della l. 142/1990. Con le leggi regionali *ex lege* 59/1997, le medesime regioni dovranno anche conferire agli enti locali tutte le funzioni relative alle materie di cui all'art. 117 della Costituzione che non richiedano l'unitario esercizio a livello regionale.

È in questo quadro generale profondamente innovato dalle leggi Bassanini 1 e 2 (l. 15 maggio 1997, n. 127) e dal decreto legislativo n. 112 del 31 marzo 1998, che deve essere esaminata l'ulteriore riforma delle autonomie locali avviata con la legge n. 265/1999.

Il primo elemento che viene in risalto è l'indubbia importanza che ha assunto, nel quadro normativo dell'ente locale, lo statuto.

Com'è noto, l'art. 4 della legge 142/1990 ha introdotto la potestà statutaria della Provincia e del Comune, dando attuazione a quanto disposto dall'articolo 128 della Costituzione. È rilevante che la citata legge 142/1990 abbia sancito, all'entrata in vigore degli statuti degli enti locali, la totale abrogazione delle norme disciplinanti le materie conferite. A tal punto non si è più parlato degli statuti, come fonti di rango secondario, ma si è configurata, nei confronti degli stessi, una vera e propria riserva di statuto, tanto da arrivare alla loro indicazione di «fonte subprimaria» ossia di fonte posta al di sopra delle fonti secondarie dei regolamenti comunali e provinciali e appena al disotto delle norme legislative di principio e all'esplicita individuazione di una vera e propria potestà statutaria.

Il divario tra la fonte primaria legislativa e la fonte subprimaria dello statuto si è andato ancora più assottigliando proprio con l'entrata in vigore della legge 265/1999. Attualmente lo statuto può derogare a norme di legge, qualora esse non comportino principi espressamente dichiarati «inderogabili». L'importanza dello statuto è ribadita anche dall'articolo 31, comma 6-bis della legge 142/1990, che ha disposto il compito da parte dell'atto in questione (formalmente amministrativo ma sostanzialmente normativo e quindi dotato di forza normativa) di prevedere e disciplinare i casi di deca-

denza dal mandato consiliare. Analoga funzione dello statuto si riscontra sui novellati artt. 33 (Composizione delle giunte) e 34, comma 2-bis (Elezione del Sindaco e del Presidente della provincia. Nomina della giunta) della citata legge 142/1990.

Il principio per cui in questa fase lo statuto non può derogare ne' contrastare con tutti gli atti legislativi ordinari potrà successivamente essere superato quando il processo iniziato *ex lege* 265/1999 con il riconoscimento a comuni e province dell'autonomia normativa, organizzativa e amministrativa e con l'ampliamento del concetto di «autonomia finanziaria» (delimitato, ai sensi dell'articolo 2, comma 4, l. 265/1999, dall'ambito delle leggi e del coordinamento della finanza pubblica e regolamentato dal decreto legislativo 25 febbraio 1995, n. 77) sia terminato con la definitiva realizzazione del decentramento amministrativo. Ed è proprio in base a tale fenomeno (e nella specie degli enti locali si parla più precisamente di decentramento autarchico territoriale consistente nel trasferimento ai predetti enti di tipiche funzioni amministrative) che l'esercizio delle attività amministrative a livello locale viene attuato dalle regioni, *ex art.* 3 della legge 142/1990, attraverso gli enti territoriali dei Comuni e delle Province. Estrinsecazione del richiamato decentramento amministrativo e, pertanto, dell'applicazione sempre più evidente del principio di sussidiarietà, ai sensi dell'articolo 4, comma 3, lett. a) della legge 15 marzo 1997, n. 59, è la manifesta importanza che prima le leggi 142/1990 e 127/1997 e, poi, la legge 265/1999 ha attribuito ai dirigenti degli enti territoriali; si è, infatti, verificato sempre più l'ampliamento dell'attività gestionale ed operativa conferita a tali organi (con l'attribuzione agli stessi di competenze spettanti prima al Sindaco o alla Giunta come ad esempio il rilascio di concessioni edilizie) in un contesto di piena autonomia decisionale e con il perseguimento degli obiettivi indicati dai vertici politici attraverso il piano esecutivo di gestione (PEG) ed il piano risorse – obiettivi (PRO). Contestualmente si è sempre più concretizzata la responsabilità gestionale degli stessi, in caso di mancato conseguimento degli obiettivi; tale situazione ha reso il dirigente comunale sempre più simile al manager dell'impresa privata (in tal senso si parla di responsabilità manageriale) e, contemporaneamente, ha provocato l'introduzione nell'ambito locale del sistema d'amministrazione per obiettivi (sistema detto anche per «*budget*»), criterio, quest'ultimo, rilevato direttamente dai principi dell'economia aziendale. In realtà il recepimento da parte dell'ente locale di tipici modelli di comportamento rientranti nell'ambito dell'impresa privata non può essere accolta senza critica, mancando, nello stesso concetto d'autonomia locale, una figura simile a quella dell'imprenditore; tutto ciò ha portato conseguentemente ad una più netta distinzione tra la funzione d'indirizzo politico – amministrativo, spettante agli organi di direzione politica, e la funzione di gestione, spettante alla dirigenza.

Il processo *de quo* ha avuto una sublimazione proprio con l'entrata in vigore della legge 265/1999 che ha specificato ancora più fortemente il ruolo dei dirigenti degli enti locali mettendo in risalto la possibilità da parte degli stessi di adottare atti vincolanti la stessa amministrazione locale verso

l'esterno e l'ulteriore possibilità, ai sensi dell'art. 14 della legge in argomento che ha novellato l'art. 56 della legge 142/1990, di stipulare i contratti previa «apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa».

Ulteriore applicazione del principio di sussidiarietà, e conseguente spinta alla realizzazione del decentramento amministrativo, viene attuato con gli artt. 16 e 17 della legge 265/1999, concernenti le aree metropolitane.

Ad una riconferma di individuazione *ex lege* di determinate aree metropolitane, è stata «rafforzata» la «stretta integrazione territoriale» tra i comuni interessati in conformità al decentramento autarchico territoriale delle autonomie locali.

Il legislatore ha voluto dare indubbiamente una più consistente accelerazione al progetto decentrativo, disponendo, all'art. 17, co.2, della legge 265/1999, la competenza della regione a determinare territorialmente l'area metropolitana, su conforme proposta degli enti locali interessati. Il secondo capoverso del comma in questione prevede l'intervento sostitutorio del Governo, sentita la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, nei confronti della regione inadempiente nel procedere alla delimitazione dell'area metropolitana.

L'art. 18 della già richiamata legge 142/1990, concernente l'istituzione delle città metropolitane nell'ambito delle aree metropolitane, dispone, al comma 5, l'acquisizione da parte delle predette città delle funzioni della provincia; tale articolo ribadisce l'attuazione del «decentramento previsto dallo statuto» nel quadro della più ampia autonomia normativa attribuita agli enti locali.

È proprio nel contesto sopra evidenziato che lo statuto assume una funzione fondamentale che si manifesta con l'autonomia statutaria.

A tal proposito si deve evidenziare che, prima dell'entrata in vigore della legge sugli enti locali, l'ordinamento del comune si basava sull'uniformità dell'organizzazione assumendo solo successivamente, con l'entrata in vigore della Costituzione, la configurazione di ente autonomo.

Interpretato prima in senso restrittivo e poi in senso ampliativo quanto disposto dall'art. 128 della Carta costituzionale, i comuni in seguito hanno ottenuto il riconoscimento di adottare con gli statuti la normativa diretta ad individuare le specifiche realtà locali.

L'atto comunale in questione si è pertanto configurato come atto necessario, ossia indispensabile per la vita di ogni singolo ente, unico, esclusivo e capace, nello stesso tempo, di innovare l'ordinamento giuridico, fino alla definizione della fonte in questione come «piccola costituzione dell'ente – Comune» (Italia).

Passando all'analisi dettagliata dello statuto comunale, si può evidenziare il contenuto obbligatorio e quello facoltativo dello stesso.

Lo statuto, *in primis*, disciplina le materie indicate espressamente dalla legge che costituisce **il contenuto cd. obbligatorio** della potestà statutaria, in assenza del quale si verifica un vizio di legittimità dell'atto *ex lege* 142/1990.

Altro elemento dello statuto è quello relativo alla disciplina delle attribuzioni agli organi delle relative competenze che peraltro non intacca in alcun modo la medesima competenza in materia del legislatore; infatti l'attività statutaria si limita a determinare la composizione dei predetti organi ed a razionalizzare i rapporti intercorrenti tra gli stessi.

Critica è stata sollevata nei confronti dell'attribuzione legislativa in base alla quale lo statuto può determinare l'ordinamento degli uffici e dei servizi pubblici essendo la normativa statutaria imperniata da una forte dose di staticità. Tutto ciò si scontra con l'impostazione burocratica degli uffici e con il condizionamento degli accordi nazionali di lavoro, revisionati di continuo e da conferire, secondo parte della dottrina, alla potestà regolamentare. (2). Tale assetto, anche alla luce della legge 127/1997, è stato determinato in conseguenza di conferimento alla fonte regolamentare della funzione di organizzazione della struttura burocratica degli uffici, mentre alla fonte statutaria compete l'individuazione dei principi organizzativi più vicini alla realtà dell'ente.

Altri elementi rientranti nel contenuto obbligatorio dello statuto comunale sono quelli concernenti le forme di collaborazione tra Comuni e Province (con l'eventuale introduzione del principio della libertà delle forme) ed i vari tipi di istituti di partecipazione popolare:

a) iniziativa popolare (in proposito si sottolinea che l'art. 4 della legge 265/1999 ha previsto una nuova azione popolare in materia ambientale: infatti le stesse associazioni di protezione ambientale possono proporre azioni per il risarcimento del medesimo danno ambientale, in luogo di Comuni e Province e solo innanzi alla giurisdizione ordinaria);

b) referendum consultivo;

c) diritto di accesso e di informazione. (3)

Ulteriore importante istituto è quello concernente le forme di decentramento ex art. 13 della legge 142/1990 con la composizione in tal modo delle Circoscrizioni di decentramento comunale; il che realizza, pertanto, il decentramento funzionale ed il coevo snellimento della struttura centrale dei Comuni più grandi. Si rileva, infine, la possibilità da parte dei cittadini di accedere alle informazioni ed ai procedimenti amministrativi. Tuttavia in tale materia gli statuti rinviano alle disposizioni regolamentari (legge 127/1997, art. 17).

(2) *Potestà regolamentare*: artt. 2, 9, 10 l. 142/90 T.A.R. Toscana sez. 1 - Sentenza 9/2/96, n. 49 - Foro italiano - 1996 - Parte III col. 524 e ss.: dove viene sancita l'esclusione dall'autonomia regolamentare della potestà di disciplinare i registri delle unioni civili e dichiarata manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2, co. 2, e 9 l. 142/90, nella parte in cui escludono dalla potestà regolamentare dei comuni il potere di disciplinare i registri delle unioni civili, in riferimento agli artt. 2, 3 e 29 Cost.

(3) *Diritto di accesso*: Art. 7 l. 142/90 Consiglio di Stato - 1994 - Sez. v decisione dell'8/2/1994, n. 78 - Foro italiano - parte terza col. 364: dove in differenti contesti è stata sancita l'ammissibilità del ricorso contro il diniego dell'amministrazione di consentire l'accesso a documenti.

Il contenuto cd. facoltativo degli statuti comunali viene indicato dal Virga nell'individuazione da parte dello stesso comune degli *elementi identificativi dell'ente*, nell'ulteriore *suddivisione del territorio comunale* e negli *obiettivi che l'ente comunale intende raggiungere*.

Ulteriori osservazioni devono essere fatte nei confronti del procedimento di approvazione dello statuto comunale che si configura come procedimento aggravato (e nei confronti del quale, quindi, è venuta meno l'applicazione del divieto di aggravamento dello stesso procedimento disposto dall'articolo 1, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241) giustificato dall'importanza dell'atto e dalla necessità di confrontare gli interessi coinvolti di maggioranza e opposizione politica. Nella fattispecie in esame la legge richiede il quorum della maggioranza assoluta per due votazioni, anche se le stesse non vengano compiute in maniera consecutiva. Successivamente la delibera contenente lo statuto viene inviata al Coreco per il successivo controllo di legittimità e non di merito dell'atto in argomento e, quindi, sottoposta alla necessaria pubblicazione nell'albo pretorio dell'ente, nella Raccolta ufficiale degli statuti presso il Ministero dell'Interno e nel Bollettino ufficiale della Regione.

Si rammenta, inoltre, che nel caso in cui l'atto comunale contenga disposizioni che violino situazioni soggettive giuridicamente rilevanti, il medesimo non possa essere impugnato, ma sia invece oggetto di gravame il suo atto di approvazione, in quanto lesivo della sfera soggettiva.

In conclusione si può osservare come l'autonomia locale, caratterizzata dalle varie species precedentemente evidenziate, abbia raggiunto, in questi ultimi anni d'elevato fermento legislativo, una completezza tale da indurre lo stesso legislatore ad intervenire sempre più con frequenza mediante l'adozione di provvedimenti legislativi diretti a portare a termine il processo di decentramento con il contestuale e definitivo abbandono dell'opposta figura organizzativa dell'accentramento.

AVV. MARCO NATOLI
(Presidenza del Consiglio dei Ministri
Dipartimento per gli Affari giuridici e legislativi)

Nota bibliografica

FORLENZA OBERDAN – CARUSO GIUSEPPE – VOLPE ITALO – TRICOMI IRENE,
Guida al diritto, fascicolo n. 33 del 28 agosto 1999, pagg. 62 e seguenti;

DI BENEDETTO UGO, *Diritto amministrativo – Giurisprudenza e casi pratici* –
Maggioli Editore – Novembre 1999;

FENUCCI, *I regolamenti d'autonomia locale*, Milano, 1994;

GROPPI, *Autonomia costituzionale e potestà regolamentare degli enti locali*,
Milano, 1994;

CORSI, *L'autonomia statutaria dei Comuni e delle Province*, Milano, 1995.

Risarcimento del danno e giudizio amministrativo (*)

1. – *Introduzione.*

È consuetudine, in questi convegni, che ogni relatore partecipi quale portatore della sua specifica esperienza istituzionale. Nel mio caso, dunque, di quella dell'Avvocatura dello Stato.

Di fronte al tema specifico di oggi, che accoppia quelli della Amministrazione in giudizio e della tutela risarcitoria, non posso fare a meno di pensare – se mi si consente una divagazione frivola per la quale ho un autorevole predecessore (1) – all'aneddoto che raccontava un umorista della prima metà del secolo scorso. Mi pare fosse Pitigrilli.

Narrava, l'aneddoto, di un ufficiale del regio esercito che, essendo risultato beneficiario di una cospicua eredità a seguito della scomparsa di uno zio scapolo, indirizzò al suo Ministero un telegramma così concepito: «Essendo venute a cessare le ragioni ideali per cui servivo in armi la Patria e il Re, ho l'onore di rassegnare le mie dimissioni».

Se l'Avvocatura dello Stato volesse imitare quell'ufficiale e se le logiche dell'operare umano potessero tras porsi alle istituzioni, l'Istituto al quale mi onoro di appartenere dovrebbe chiedere la propria soppressione a Parlamento e Governo.

Fondamentale tra i compiti attribuitigli alla sua nascita – e, debbo dire, pienamente assolto – fu, infatti, al di là delle più morbide formule ufficiali, l'affermazione del principio che l'attività autoritativa della pubblica Amministrazione non può essere causa di danni risarcibili.

Il dichiarato intento con cui venne istituita l'Avvocatura – la cui originaria denominazione di «erariale» forse già denunciava le limitate dimensioni che lo Stato intendeva attribuire al proprio contenzioso – fu, per la verità quello più generale di concorrere, con l'adozione di criteri di difesa unitari, alla elaborazione giurisprudenziale della distinzione fra diritti ed interessi e a definire i limiti oggettivi del potere del giudice ordinario in ordine all'atto amministrativo. A fronte della formula generale del legislatore del 1865, «di semplicità ingannatrice» (2), parve infatti necessaria l'istituzione di un organo unitario di difesa in giudizio (3), per supplire alla soppressione di un foro amministrativo speciale (4), soprattutto in previsione del passaggio alla Casazione della competenza sui conflitti. Ciò a differenza di quanto accadeva

(*) Relazione tenuta al Premio Sorrentino 2001.

(1) S. GIACCHETTI, *La responsabilità patrimoniale dell'amministrazione nel quadro del superamento della dialettica diritti soggettivi-interessi legittimi*, in *Il Consiglio di Stato*, 2000, 2029.

(2) L. ARMANNI, *Il Consiglio di Stato*, in *Trattato* di V.E. Orlando, s.d., I, 949.

(3) F. BATISTONI FERRARA, *La difesa dello Stato in giudizio e la soluzione italiana*, in «*L'Avvocatura dello Stato*», studio storico-giuridico per la celebrazione del Centenario, Roma, 1976, 254.

(4) Relazione al Regolamento 16 gennaio 1876 n. 2914, serie II, pubblicata in allegato alla *Relazione dell'Avvocatura Generale Erariale*, per il 1876, 74.

in Francia, dove – scriveva nella sua prima relazione l'Avvocato Generale – «...si fidano... del prefetto: e poterono dispensarsi da un istituto di consiglieri, di avvocati demaniali o erariali, in grazia di quel loro foro amministrativo che ne avoca le maggiori cause e dove l'Amministrazione trova nei giudici quanta assistenza a lei bisogna» (5).

Fin dall'inizio dell'attività, tuttavia, nel concreto, l'Istituto elaborò la linea difensiva della distinzione fra atti di imperio e atti di gestione e della sindacabilità *incidenter tantum* dell'atto di imperio solo in via di eccezione e solo quando lo stesso atto aggiungesse al rapporto «politico» un «rapporto accidentale e contingente di natura civile» (6).

Particolare cura fu messa nello spingere quanto più avanti possibile la linea di difesa della negazione al giudice della *potestas iudicandi*, soprattutto in materia di responsabilità aquiliana, attraverso l'argomento che sotto le mentite spoglie di una pretesa risarcitoria si sindacava – inammissibilmente – l'emanazione o la mancata emanazione di un atto amministrativo: «Tanto fa chiedere la condanna del Sindaco quale Ufficiale di Governo a rilasciare il certificato di buoni costumi, quanto il chiedere la condanna del Sindaco a soddisfare al danno lamentato dall'attore per negatogli certificato» (7).

Questo scriveva l'Avvocato Generale nella sua relazione per l'anno 1882, riecheggiando l'antico principio inglese del «*the King can do no wrong*» e così redigendo l'atto di nascita del paralogismo in base al quale, qualche anno dopo, doveva nascere la categoria dell'interesse legittimo come situazione soggettiva mai tutelabile in via aquiliana pur in presenza, all'epoca, di una clausola generale di responsabilità che non contemplava l'ingiustizia del danno come condizione della sua risarcibilità (art. 1151 c.c. 1865).

Corollario del principio così affermato fu la nascita di un giudice amministrativo chiamato a fornire agli amministrati, di fronte agli atti amministrativi, una diversa tutela, di tipo cassatorio, con la quale la tutela risarcitoria veniva considerata totalmente incompatibile. Tanto vero che quando al giudice amministrativo vennero affidate in via di eccezione materie in cui l'Amministrazione operava anche *iure gestionis* la tutela risarcitoria gli fu sempre rigorosamente preclusa, con l'espreso divieto di conoscere dei «diritti patrimoniali consequenziali». Né, d'altronde, avrebbe avuto gli strumenti processuali per esercitarla.

Entrambi i due principi della irrisarcibilità del danno recato dalla mano pubblica e della inidoneità del giudice amministrativo a fornire tutela risarcitoria, (indiscussi per quasi tutto l'arco del secolo passato) sono stati sovvertiti improvvisamente e sono quindi venute meno le ragioni che avevano storicamente costituito la ragione fondante dell'Avvocatura dello Stato.

È superfluo aggiungere, fuor dell'aneddoto, che le vicende umane non sono trasponibili alle istituzioni e che il difensore istituzionale della pubblica

(5) Relazione *ult. cit.*

(6) Relazione dell'Avvocato Generale Erariale per l'anno 1880, 49 ss.

(7) Relazione dell'Avvocato Generale Erariale per l'anno 1882, 6.

Amministrazione ha oggi ben altre ragioni fondanti rispetto a quelle originarie – la stessa sua istituzionale partecipazione al giudizio amministrativo è d'altronde un tradimento delle origini – per cui non vi è alcuna valida ragione per chicchessia, e men che meno per i suoi componenti, di chiederne la soppressione.

2. – *Le riforme di fine secolo della giustizia amministrativa.*

Gli ultimi tre anni del secolo appena trascorso hanno segnato un'improvvisa e violentissima accelerazione di quella che era stata una lenta e faticosa evoluzione centenaria. Una accelerazione scandita dagli interventi di Parlamento, Corte Costituzionale, Cassazione, Consiglio di Stato e Governo.

A dare il via fu il legislatore delegante della legge 15 marzo 1997 n. 59, che indicò fra i principi e criteri direttivi la «estensione della giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi compreso quello relativo al risarcimento del danno». Seguì, il legislatore delegato, con il d.lgs. 24 marzo 1998 n. 80, che, nell'attuare la delega, devolvette anche alla giurisdizione esclusiva le tre nuove materie dei servizi pubblici, dell'urbanistica e dell'edilizia. Intervenero poi le Sezioni Unite della Cassazione con la celeberrima sentenza 22 luglio 1999 n. 500, che infranse il dogma della irrisarcibilità degli interessi legittimi, il Consiglio di Stato, con la decisione 30 marzo 2000 n. 1 dell'Adunanza Plenaria ed ancora, in dissonanza, le Sezioni Unite della Cassazione con le sentenze n. 71 e 72 del 30 marzo 2000.

Fu poi la volta della Corte Costituzionale, che, con la sentenza 17 luglio 2000 n. 292, sanzionò un eccesso di delega nel decreto delegato 80/1998. Il Parlamento, infine, con la legge 21 luglio 2000 n. 205 (approvata in via definitiva dal Senato appena 48 ore dopo la pubblicazione della sentenza della Corte) (8), sostituendo, con modifiche, gli artt. 33, 34 e 35 del decreto delegato, eliminò ogni questione di eccesso di delega, ed estese la tutela risarcitoria a tutte le aree nelle quali il giudice amministrativo esercita giurisdizione.

Nell'arco di tre anni fu così fulmineamente portata a coronamento una linea evolutiva che per quasi un secolo si era andata faticosamente e lentamente sviluppando.

Il nuovo sistema segna, infatti, da un lato, una accentuazione quasi totalizzante della tendenza, in atto da tempo, di trasformare il criterio di discriminare fra le due giurisdizioni da quello tradizionale della distinzione fra diritto e interesse in quello della ripartizione per materie, mediante progressivo ampliamento della giurisdizione esclusiva.

Tale linea di tendenza – non priva ovviamente di qualche discontinuità – appariva sinergicamente tracciata, oltre che dal legislatore, dal giudice civile e da quello penale, da quello amministrativo e dal giudice delle leggi, sia pure in una notevole dissonanza e confusione di lingue che testimoniavano la rispondenza di tale linea di tendenza ad esigenze di giustizia sostanziale.

(8) R. TISCINI, *La giurisdizione esclusiva*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo*, a cura di B. SASSANI e R. VILLATA, Torino, 2001, 327.

Il fenomeno del progressivo mutare del discrimine fra le giurisdizioni si colloca in un processo di trasformazione del giudizio amministrativo, in virtù del quale anche il giudice amministrativo italiano, come i giudici amministrativi di altre nazioni, già alla fine degli anni '80 sembrava avviato in prospettiva a diventare il giudice naturale della Pubblica Amministrazione o del pubblico interesse o della pubblica funzione, con una individuazione della sua competenza operata prescindendo dalla natura delle situazioni protette.

Dall'altro lato il legislatore di fine millennio introduce nelle materie di competenza del G.A. la tutela risarcitoria accanto a quella cassatoria.

Il problema di riparto di giurisdizioni sembra quindi ormai avviato in Italia verso una soluzione finalmente cartesiana, non più condizionata da eventi storici che condussero il cammino delle istituzioni per vie contorte e sempre diverse da quelle volute dal legislatore.

Il giudice amministrativo sarà il giudice naturale della funzione pubblica in base ad una ripartizione di competenza per materia e nell'esercizio della sua giurisdizione fornirà tutela sia risarcitoria che di annullamento.

Non può a tal punto non constatarsi la paradossale contraddittorietà in cui è incorsa la legislatura che si è appena chiusa: una legislatura che, attraverso i lavori della Commissione bicamerale, aveva portato al Consiglio di Stato l'attacco forse più pericoloso che esso abbia mai dovuto fronteggiare, revocandone in dubbio la stessa sopravvivenza, mentre, attraverso la sua attività ordinaria, ha posto il Consiglio di Stato al vertice di un plesso giurisdizionale amministrativo enormemente arricchito di competenze e di strumenti istruttori e decisorio nel quadro di quella che può senz'altro definirsi la più radicale riforma della nostra giustizia amministrativa mai effettuata da un secolo in qua.

Si è parlato in proposito di un aumento di competenze compensativo della perdita del pubblico impiego privatizzato: ma sotto questo profilo, come è stato acutamente rilevato, vi sarebbero tutti i presupposti per una lesione *ultra dimidium* in danno della magistratura ordinaria (9).

Resta ancora da osservare che il coro a più voci che ha dato vita alla riforma di cui parliamo è ben lontano dall'essere terminato: pendono già dinanzi alla Corte Costituzionale varie questioni di costituzionalità della legge 21 luglio 2000 n. 205 della cui conformità a Costituzione si è dubitato dai giudici remittenti sotto vari profili, segnatamente sotto quello del carattere di eccezionalità che dovrebbero avere i casi di giurisdizione esclusiva (10).

Quale che sia il responso del giudice delle leggi è comunque facile profetia prevedere che ulteriori interventi del legislatore saranno necessari per

(9) C. CONSOLO, *Il processo amministrativo fra snellimento e civilizzazione* in *Il Corriere giuridico*, n. 10/2000.

(10) V. per tutti Trib. Roma, ord. 16 novembre 2000 in *Gazzetta Ufficiale* 7 marzo 2000, 1^a serie speciale n. 10. Vedasi anche F. BILE, *Qualche dubbio sul nuovo riparto di giurisdizione*, in *Corriere Giuridico* 1998, 147.

scrivere finalmente quell'auspicato codice di procedura amministrativa che da tempo si reclama e per adeguare gli organici della magistratura amministrativa al carico di lavoro ed ai tempi brevi del nuovo processo.

Sicuramente auspicabili saranno anche interventi del legislatore costituzionale, che appaiono anzi assolutamente necessari per completare organicamente il disegno riformatore avviato con un compiuto passaggio dal sistema dualistico a quello monistico di giustizia amministrativa (11), in quanto, a Costituzione invariata, non è sicuramente possibile, a tacer d'altro, la estensione totale della giurisdizione esclusiva (12).

3. – *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi.*

La più dirompente delle novità introdotte dal legislatore del 2000 è indubbiamente quella contenuta nel quarto comma del novellato art. 35 del decreto delegato, che così corre: «il primo periodo del terzo comma dell'art. 7 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, è sostituito dal seguente: Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali».

La volontà del legislatore fu sicuramente quella di devolvere al giudice amministrativo, in blocco, l'intera materia della tutela risarcitoria degli interessi legittimi, come risulta anche dal confronto fra l'originario progetto ed il testo definitivo della legge (13) e come emerge evidente dalla esigenza storica di superare l'eccezione dualistica italiana, facendo confluire anche il nostro processo nelle grande tradizione monistica continentale dei sistemi di giustizia amministrativa (14).

Si tratta di vedere se la lettera della legge sia stata idonea a sorreggere la volontà del legislatore o se, come spesso di recente è accaduto, sciagurate carenze di tecnica legislativa non abbiano comportato seri problemi ermeneutici, in quanto non possiamo dimenticare che a mente dell'art. 12 delle preleggi la interpretazione letterale rimane la regola base per l'interprete, rispetto alla quale tutte le altre sono subordinate.

Nella specie credo che ogni possibile critica possa essere mossa ad un legislatore che ha affrontato una riforma di dimensioni epocali con la tecnica disinvolta della «leggina di emergenza, raffazzonata ed abborracciata» (15), una leggina che, lungi dal rappresentare l'avvio di un necessario, meditato processo di riforma ha rappresentato il trionfo della fretta, dell'approssimazione e del velleitarismo.

(11) M. NIGRO, *Giustizia Amministrativa*, Bologna 1984, 54 e ss.; A. Camozzi, *La legge 205/2000 in materia di giustizia amministrativa* in *T.A.R.*, 2000, 529 e ss.

(12) R. TISCINI, *op. cit.*, 324.

(13) R. TISCINI, *op. cit.*, 364.

(14) M. NIGRO, R. CAMOZZI, *opp. locc. citt.*

(15) V. CARBONE, *Dannosità, e illegittimità dell'atto amministrativa prima della legge n. 205/2000 e della sentenza n. 292/2000 della Corte costituzionale*, in *Il Corriere giuridico* n. 9/2000.

Sulla fretta, si è già detto: quarantotto ore sono poche per licenziare un testo di legge che riforma *ab imis* la giustizia amministrativa e la necessità di colmare i vuoti prodotti da una sentenza della Corte Costituzionale non sembra scusa sufficiente.

Quanto alla tecnica è quella, ormai usuale, della «novellazione ad intarsio» che consiste nell'inserire nuovi incisi in luogo di precedenti frasi soppresse negli articoli o nei commi di antichi corpi normativi, con il risultato di sconvolgere il vecchio sistema senza creare la certezza di un sistema nuovo o, se si preferisce, di sostituire antiche certezze con nuovi dubbi.

Terzo (e non certo ultimo) difetto della tecnica legislativa adottata è la pretesa di esprimere concetti nuovi con termini antichi, il che poteva riuscire benissimo ad un artista come Andrea Chenier che ispirava la sua poetica al «*sur des pensers nouveaux faisons des vers antiques*» ma che al nostro legislatore suggerisce solo soluzioni pasticciate.

Nel diritto le parole sono peggio che pietre: rappresentano concetti e istituti precisi ed il comma 4 dell'art. 7, della legge istitutiva dei T.A.R. nella sua nuova lezioni non sembra lasciare dubbi. Il giudice amministrativo, nell'ambito della sua giurisdizione non conosce infatti, *sic et simpliciter*, di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, ma conosce «anche» di esse. Ed «anche» è avverbio che sarebbe stato assolutamente superfluo ove si fosse voluto attribuire al giudice amministrativo una tutela risarcitoria totalmente svincolata da quella caducatoria.

Ancora: il risarcimento del danno è espressamente qualificato come «diritto patrimoniale consequenziale». Cioè, nel lessico amministrativo, diritto ad un risarcimento conseguente all'annullamento di un atto amministrativo.

Il collegamento del quinto comma dell'art. 35 con il quarto – così come riscritti dal legislatore del 2000 – conferma, poi, ancora l'interpretazione letterale sopra lumeggiata: l'abrogazione di tutte le disposizioni che devolvono al giudice ordinario tutte le controversie sul danno conseguente all'annullamento di un atto amministrativo da parte del giudice amministrativo sembrerebbe confermare che la precedente norma del comma 4 devolve allo stesso giudice amministrativo tutte le questioni risarcitorie conseguenti all'annullamento.

L'esegesi letterale non sembra quindi poter portare ad altro risultato che non sia quello di subordinare la ammissibilità della domanda risarcitoria ad un contestuale o precedente ricorso in legittimità (16) e ad essa si aggiunge una esigenza logico-sistematica.

La qualifica del danno da lesione di interesse legittimo come diritto patrimoniale consequenziale comporta la definizione della relativa giurisdi-

(16) L.V. MOSCARINI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e termini di decadenza*, in *Dir. Proc. Amm.* vo 2001, 10.

zione come giurisdizione esclusiva (17): e questo appare l'unico modo possibile per attribuire al giudice amministrativo, in materia, i poteri determinativi ed istruttori previsti dai commi 2 e 3 del novellato articolo 35 e che sembrano essenziali per decidere in materia aquiliana.

In definitiva e per concludere – provvisoriamente – sul punto sembrerebbe che la potestà del giudice amministrativo di conoscere della domanda risarcitoria per lesione di interesse legittimo sia legata alla contestuale o previa proposizione di una azione di annullamento (18).

Ciò lascerebbe però tuttora aperti ampi spazi alla giurisdizione del giudice ordinario, avendo la Cassazione svincolato la risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi dal previo annullamento dell'atto. Esemplicativamente e non esaustivamente si possono fare le ipotesi di un atto amministrativo non impugnato, o non più impugnabile (magari per sopravvenuta carenza di interesse), o impugnato con insuccesso per motivi formali o di un danno conseguente a mero ritardo nell'adozione di un atto (magari con conseguente *ius superveniens*). In tutti questi casi dovrebbe restare aperta l'azione aquiliana dinanzi all'A.G.O. (19).

Se a questa soluzione dovessimo arrivare accettando – come dovremmo da servitori della legge – l'interpretazione letterale della novella del 2000 dovremmo accettare anche una nuova bizantina *querelle* di riparto di giurisdizioni fra giudice ordinario e giudice amministrativo basata non più sulla distinzione fra diritto ed interesse ma fra risarcimento consequenziale e non. Per dirla con Giannini ci troveremmo di fronte a nuovi esami per mandarini cinesi (20), celebrandi fra riti esoterici e misteri eleusini (21).

Credo proprio che non sarebbe un gran progresso.

Mi auguro quindi la stipula tra giudice ordinario ed amministrativo di un nuovo «concordato giurisprudenziale» che si faccia carico di prendere atto della volontà di un legislatore frettoloso ed impreciso ma che ha comunque espresso con chiarezza l'intento di devolvere al giudice amministrativo il compito di giudice tendenzialmente unico della pubblica amministrazione, commettendogli anche integralmente la tutela risarcitoria.

L'appiglio letterale per superare le aporie della legge potrebbe essere trovato nel fatto che nelle mutate dimensioni della giurisdizione esclusiva rispetto a quella del 1923 la consequenzialità del danno patrimoniale può (e

(17) C. VARRONE, *La nuova disciplina processuale, in Verso il nuovo processo amministrativo*, Commento alla legge 21 luglio 2000 n. 205 a cura di V. CERULLI IRELLI, Torino, 2000, 36.

(18) In tal senso si è orientata la prima giurisprudenza formatasi. Vedasi per tutti T.A.R. Toscana, 27 ottobre 2000 n. 2212. Per osservazioni problematiche vedasi anche F. FRACCHIA, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in Il nuovo processo amministrativo* a cura di F. CARINGELLA e MARIANO PROTTI, Milano, 2001, 606.

(19) C. CONSOLO, *op.loc.cit.*; A.R. TASSONE, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in *www.Giust. it.* 3-2001.

(20) A.R. TASSONI, *op. loc. cit.*

(21) S. GIACCHETTI, *La responsabilità patrimoniale dell'amministrazione nel quadro del superamento della dialettica diritti soggettivi – interessi legittimi*, in *Il Consiglio di Stato*, 2000, 2029.

deve) intendersi non tanto rispetto all'annullamento di un atto quanto rispetto ad un riscontrato vizio della funzione esercitata dalla P.A., anche se non sanzionato con una pronunzia caducatoria (22).

Al giudice amministrativo dovrebbe essere pertanto sempre proposta, anche in via aggiuntiva od alternativa all'annullamento, la domanda risarcitoria (23).

La soluzione sembra la più sensata per molti motivi.

Sembra pacifico, anzitutto, che solo il giudice amministrativo, previa valutazione del comportamento della pubblica amministrazione, possa concedere la tutela risarcitoria attraverso la reintegrazione in forma specifica (24).

Sempre il giudice amministrativo sembra, poi ed in generale, il più qualificato a valutare se ed in che misura l'illegittimo comportamento della p.a. ridondi in danno risarcibile (25).

Appare facile, inoltre, ipotizzare casi in cui l'annullamento dell'atto soddisfi integralmente le pretese del ricorrente e, per contro, casi in cui il ricorrente sia ormai diventato indifferente alla pronuncia cassatoria ed attenda invece solo da un *tantundem* la realizzazione del suo interesse.

Estremamente delicati e di elettiva competenza del giudice amministrativo appaiono, ancora, i casi di lesione di interesse pretensivo quando questo non sia a soddisfazione pre-regolata ma occorra invece integrare la valutazione con giudizi prognostici connessi con l'esercizio di una discrezionalità tecnica od addirittura amministrativa. Giudizi prognostici che non possono prescindere da una approfondita valutazione dell'azione amministrativa adottata ed adottanda. Altre delicate questioni potranno sorgere dalla risarcibilità degli interessi meramente formali o partecipativi e tutta da scrivere è l'incidenza in questa nuova materia dell'art. 1227 c.c.

Il problema, infatti, è se ed in che misura la omessa impugnazione di un atto o di un silenzio e la omessa richiesta di sospensiva possano elidere o diminuire la responsabilità dell'Amministrazione sub specie di fatto colposo del creditore.

La questione è aperta e non credo sarebbe coerente con il sistema che chiamato a risolverla fosse il giudice ordinario.

Un'ultima notazione: è stato giustamente osservato che se nei rapporti di diritto privato la soluzione di una lite è a costo zero per la collettività, quale che essa sia, lo stesso non accade nei rapporti di diritto amministrativo (26) dove l'annullamento – ad esempio di un concorso con migliaia di

(22) M. NIGRO, *Giustizia Amministrativa*, 1984, Bologna, 272.

(23) Così F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in *Il Nuovo Processo Amministrativo* a cura di F. CARINGELLA e M. PROTTI, *cit.*, 719 e ss.

(24) E. D'ASTE, *La reintegrazione in ofmra specifica nel giudizio davanti al giudice amministrativo* in *T.A.R.*, 2000 n. 10; F. CARINGELLA, *op. cit.*, 672.

(25) R. VILLATA, *La riforma*, in *Il processo dinanzi al giudice amministrativo* a cura di B. SASSANI e R. VILLATA, *cit.*, 4.

(26) S. GIACCHETTI, *La riforma infinita del processo amministrativo*, in *www.Giust. it.* 1999.

candidati o di una gara di appalto già aggiudicata – può causare un danno gravissimo alla collettività rappresentando, al tempo stesso, un ristoro minimo per l'interesse del ricorrente.

Sarebbe veramente auspicabile che un intervento legislativo, o forse anche soltanto qualche audace invenzione giurisprudenziale, introducesse nel nostro ordinamento quella possibilità per il giudice di graduare e scegliere fra gli strumenti di tutela – cassatori e risarcitori – quelli che riescano a dare al privato il massimo del ristoro con il minimo possibile sacrificio del bene pubblico, così come è pragmaticamente previsto dall'ordinamento comunitario (27) e, sia pure con modalità diverse, da quello francese (28).

4. – *Le prospettive nella nuova giustizia amministrativa. Considerazioni conclusive.*

È stato autorevolmente detto che il futuro è già cominciato: credo che tutti noi ce ne accorgiamo anche senza indulgere a suggestioni millenaristiche.

La crisi di ideologie fino a ieri egemoni, i nuovi equilibri politici impostisi a livello planetario e l'impetuoso progresso tecnologico hanno portato al trionfo di un mercato ormai «globalizzato» (e quanto diverso da quello di Adamo Smith!), con un conseguente predominio dell'economia sulla politica fino a ieri impensabile.

Per limitarci al nostro Paese possiamo constatare come i grandi rivolgimenti di fine millennio abbiano innescato una corsa verso il privato volta a raggiungere la meta ultima di quello che è stato definito, con suggestiva immagine, lo «Stato minimo».

Il tipo di privatizzazione perseguito si risolve, nell'immediato, in una trasformazione dello Stato imprenditore nello Stato azionista (privatizzazione in senso formale o debole) ed in prospettiva nella sostituzione di un azionariato popolare diffuso all'azionariato di stato (privatizzazione in senso sostanziale o forte).

Fine ultimo da raggiungere è, poi, quello di una economia regolata dalle leggi del mercato e della concorrenza invece che dallo Stato attraverso il potere di indirizzo e di gestione diretta. Il che comporta, però, che alla privatizzazione sostanziale si accompagni la liberalizzazione, che la privatizzazione relativa alle imprese erogatrici di servizi pubblici e di pubbliche utilità sia subordinata a particolari cautele, prima fra tutte la creazione di organismi indipendenti per la regolazione delle tariffe ed il controllo della qualità dei servizi (29); che, infine, venga istituito un sistema generale di controllo del mercato e della concorrenza, a tutela dei consumatori.

Come già osservava, infatti, un liberista della statura di Luigi Einaudi «un mercato è innanzitutto caratterizzato dai carabinieri che ne fanno rispettare le regole» (30).

(27) S. GIACCHETTI, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 2043.

(28) A.R. TASSONE, *op. loc. cit.*

(29) Vedasi in particolare legge 14 novembre 1995 n. 481.

(30) F. BONELLI, *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche*, Milano 1996, 1.

L'interesse pubblico sotteso all'economia, dunque, che una volta trovava la sua soddisfazione attraverso l'indirizzo e l'intervento diretto si è ritratto dall'uno e dall'altro, e tende però adesso a realizzarsi attraverso una funzione di regolazione, a garanzia della corretta osservanza delle regole della concorrenza e del mercato (31), con conseguente fioritura di una istituzione pubblica finora ignota al nostro ordinamento: le autorità indipendenti, che rappresentano dunque le legittime eredi del carabiniere ottocentesco nel nuovo Stato neo-liberista.

Altra conseguenza della privatizzazione e del trionfo dei mercati è il fatto, per certi aspetti paradossale, della imposizione di procedure di tipo pubblicistico ai soggetti privati esercenti funzioni di particolare rilievo economico, con conseguente attrazione nella giurisdizione del giudice amministrativo di controversie interprivate che impongono il ricorso ad una nozione «ampliata» di pubblica amministrazione (32). Si verifica qui il paradosso di una privatizzazione che, lungi dal sottrarre competenze al giudice amministrativo, per contro, le accresce e il paradosso si ripete anche per altro aspetto della privatizzazione e dell'avanzata del mercato: come si accennava, infatti, l'interesse pubblico nell'economia, prima soddisfatto con l'esercizio del potere di programma e di indirizzo e con la gestione diretta, tende a spostarsi, con la privatizzazione, nel momento della regolazione del mercato e della concorrenza e nella tutela dei consumatori a mezzo di autorità indipendenti.

Orbene, tali autorità, anche se investite di funzioni pubbliche neutrali da «magistrature economiche» non possono essere considerate nel nostro ordinamento altro che autorità amministrative, in quanto tali assoggettate secondo le regole generali al sindacato naturale del giudice amministrativo, come d'altronde espressamente previsto in numerosi casi.

Attraverso il sindacato degli atti delle autorità indipendenti, il giudice amministrativo resterà dunque il giudice dell'interesse pubblico nell'economia anche nella nuova epifania regolatrice.

Il ruolo del giudice amministrativo italiano risulta dunque profondamente innovato e potenziato dai rivolgimenti di fine secolo e soprattutto da quello culminato con la legge 21 luglio 2000 n. 205. Rivolgimenti che lo hanno portato da un originario controllo formale di legalità degli atti all'attuale giudizio sostanziale sui contrapposti interessi confliggenti, anche a livello macroeconomico (33), come note e recentissime vicende hanno dimostrato. Giudizio sostanziale particolarmente ficcante, in quanto ormai armato anche di quella tutela risarcitoria che, nelle dimensioni della macroeconomia, può risultare davvero temibile per chiunque.

AVV. IGNAZIO FRANCESCO CARAMAZZA

(31) N. IRTI, *Il diritto della transizione*, in *Riv. it. dir. priv.* 1997, 11 e ss.

(32) S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giornale dir. amm.* 1996, 915; F. FRACCHIA, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, cit. 599.

(33) S. GIACCHETTI, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 2032 ss.

Giudizio risarcitorio e colpa dell'Amministrazione

1. *L'elemento psicologico nel quadro della tutela risarcitoria: considerazioni generali*

Chi si sia trovato ad affrontare situazioni di danno aquiliano, nel cui ambito venisse in considerazione una responsabilità della P.A. e dei suoi dipendenti, avrà sicuramente verificato che in quelle situazioni l'elemento psicologico del dolo e della colpa si attegga in modo assai particolare, e comunque diverso rispetto alle soluzioni prospettate in relazione alle ordinarie fattispecie di responsabilità da illecito civile.

Per la P.A., infatti, si era ormai univocamente stabilizzata la concezione – invero sconosciuta nel sistema codicistico degli articoli 2043 ss. c.c. – della colpa *in re ipsa*, secondo la quale il requisito della colpevolezza, richiesto per il perfezionamento della fattispecie di danno aquiliano, deriva automaticamente dalla presenza di un provvedimento o di un'attività amministrativa illegittimi, senza necessità di compiere alcuna indagine ulteriore per accertare la effettiva sussistenza del requisito in questione. Se vogliamo utilizzare le parole della Suprema Corte «la colpa è, di per sé, ravvisabile nella violazione delle norme, operata con l'emissione dell'atto, e con la sua esecuzione. Non si vede, infatti, come l'esecuzione volontaria di un atto amministrativo illegittimo per violazione di legge o che abbia inciso su un diritto soggettivo, possa non integrare, di per sé, gli estremi della colpa, anche in ipotesi lieve, specie se riferita direttamente ad una struttura pubblica, organizzata e qualificata per agire, nella sua attività vincolata, secondo il diritto» (1).

In altra e successiva decisione la Corte precisa che «non si tratta di qualificare la responsabilità civile della P.A. come una forma di responsabilità oggettiva, ma di affermare soltanto che non occorre la prova del comportamento colpevole del funzionario (2).

Non si tratterà, quindi, di responsabilità oggettiva, quanto piuttosto di un'ipotesi di «colpa in senso oggettivo», ravvisabile nei casi in cui il soggetto, sia questa persona fisica o persona giuridica, realizzi un comportamento diverso rispetto a quello imposto dalle regole giuridiche (3).

Secondo la dottrina, che in gran parte ha avallato l'enunciata impostazione giurisprudenziale, il requisito della colpevolezza in questi casi deve intendersi sostituito dalla mera riferibilità del fatto all'amministrazione (4). Così operando, evidentemente, si stabilisce un criterio di imputazione affine al rischio di impresa, e quindi eminentemente oggettivo; non si considera, tuttavia, che è improponibile un'equiparazione su questo piano tra la respon-

(1) Così Cass., S.U., 22 maggio 1984 n. 5361, in *Resp. Civ. e prev.*, 1985, 652 ss. Nello stesso senso si vedano Cass., 24 maggio 1991 n. 5883, *ibid.*, 1992, 247 ss.; Cass., 9 giugno 1995 n. 6542, *ibid.*, 1995, 711 ss.

(2) Così Cass. 5883/1991, *cit.*

(3) Sul concetto oggettivo di colpa cfr. RESCIGNO, *Trattato di diritto privato*, vol. 14, Torino, 1996, 73 ss.

(4) Si veda, per tutti, VIRGA, *Diritto Amministrativo, I principi*, Milano, 1995, 420.

sabilità del produttore o dell'imprenditore e la responsabilità del soggetto pubblico, la cui azione è sempre e comunque finalizzata al perseguimento di interessi pubblici. Non solo, ma in tal modo si sostituisce all'elemento della colpevolezza quello della riferibilità del fatto, in forza del rapporto organico, alla P.A. Cioè la colpa diviene imputabilità, intesa come volontà consapevole di agire e come imputazione del fatto alla persona giuridica pubblica. Né può appagare la considerazione che, escludendosi la riferibilità della condotta, si interrompe il rapporto organico e dunque si esclude la responsabilità (5), giacché ci si continua a muovere sul piano della imputazione (giuridica) di un fatto (commesso dalla persona fisica) alla persona giuridica P.A.

Il comportamento antiggiuridico (per violazione di leggi o regolamenti) realizzato dal dipendente determina automaticamente la responsabilità, ove sia riferibile alla P.A. in forza del rapporto organico, così provocando «una sostanziale oggettivizzazione della responsabilità (6)».

2. La colpa dell'apparato

Nel quadro che abbiamo succintamente descritto si inserisce la sentenza del 22 luglio 1999 n. 500, con la quale la Cassazione abbandona la propria impostazione precedente affermando che la teoria della colpa *in re insa* non è conciliabile con una più ampia lettura dell'articolo 2043 c.c., e che il giudice dovrà effettuare una «più penetrante indagine... estesa alla valutazione della colpa non del funzionario agente..., ma della P.A. intesa come apparato... che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice può valutare, in quanto si pongano come limiti esterni alla discrezionalità».

La svolta è di certo innovativa, ma forse crea più problemi agli operatori di quelli che voleva risolvere. Cosa significa, infatti, colpa dell'apparato? Come si può conciliare una siffatta nozione dell'elemento psicologico, fondata sulla violazione delle regole di buona amministrazione, con il grado o il livello della diligenza ordinaria richiesta al debitore, che da sempre hanno caratterizzato nel nostro ordinamento la configurazione della colpa nell'azione del soggetto? Ovvero, come si concilia quella nozione con i concetti di negligenza e di imperizia nell'agire, espressi nell'articolo 43 c.p. ed anch'essi da sempre utilizzati come parametri di riferimento per la configurazione di una condotta colposa?

La nozione introdotta dalla Cassazione sembra abbastanza semplicistica, e perciò richiederà una lunga e paziente opera di definizione e di specificazione. Nei procedimenti amministrativi complessi, ad esempio, l'illegittimità dell'atto lesivo terminale può derivare dalla illegittimità di un atto endoprocedimentale, adottato da un'autorità diversa rispetto a quella che ha

(5) VIRGA, *cit.*, 420.

(6) Così CACACE S., *La responsabilità della P.A. per lesione degli interessi legittimi negli anni '90: dieci tappe di una evoluzione*, in *Urbanistica e appalti*, n. 2/2001, 133.

emesso il provvedimento impugnato (es. parere, nullaosta, ecc...). Insorge, a nostro avviso, l'opportunità di distinguere tra imputazione (o riferibilità) dell'atto e imputazione (o riferibilità) degli effetti dell'atto: il primo sarà imputabile, sul piano civilistico – risarcitorio, all'ente che lo ha adottato, mentre i secondi saranno riferibili, sul piano giurisdizionale – amministrativo, all'ente che assume la determinazione finale e lesiva dell'interesse tutelato del soggetto. Altrimenti si giunge inevitabilmente alla costruzione di ipotesi di responsabilità oggettiva, cioè poste a carico di «apparati» (nel senso di enti, soggetti pubblici, autorità amministrative) che hanno adottato l'atto terminale del procedimento ma che non hanno violato alcun obbligo di diligenza, né alcuna disposizione di legge. La tutela risarcitoria, infatti, essendo legata all'accertamento di una responsabilità specifica in capo ad un determinato soggetto dell'ordinamento, richiede l'individuazione precisa di colui cui sia imputabile (nel senso civilistico di colpevolezza) la condotta antiggiuridica che ha causato il danno ingiusto. A meno che, come si è accennato nel precedente paragrafo, non si voglia inserire la responsabilità della P.A. nell'alveo della responsabilità oggettiva connessa con il fischio insito nello svolgimento di alcune, ma finora ben individuate, attività di impresa.

A questo riguardo mi sembra opportuno sottolineare il pericolo che si corre. Quello di creare una dicotomia inaccettabile in ordine alla responsabilità aquiliana della P.A., nel senso che se la lesione attinge un diritto soggettivo è sufficiente l'illegittimità dell'atto; viceversa, se attinge un interesse legittimo, occorre la colpa dell'apparato. La sensazione è che si voglia recuperare sotto il profilo soggettivo (rigoroso accertamento della colpa) ciò che si è ceduto sul piano oggettivo (danno ingiusto). Né si è chiarito se la nuova configurazione della colpa offerta dalla Cassazione nella sentenza 500 riguardi tutte le fattispecie di responsabilità della P.A., ovvero sia riferita solo ai casi in cui il danno derivi dalla lesione di un'interesse legittimo.

Riesce dunque estremamente difficile applicare i criteri di una responsabilità oggettiva, derivante dallo svolgimento di un'attività di impresa, ad un soggetto come la P.A. In primo luogo, perché quest'ultima non è un soggetto unitario, comprendendo una gamma assai estesa di enti e di organismi, la cui azione talvolta s'interseca nell'ambito di un unico procedimento complesso, che è la risultante di sub-procedimenti attivati in connessione con il procedimento principale ma dotati di una loro autonoma disciplina e regolamentazione.

In secondo luogo perché, se può essere accettabile che l'ordinamento modelli delle ipotesi di responsabilità oggettiva in relazione ad un determinato (e prevalente) interesse economico, non altrettanto può ritenersi in relazione al soggetto pubblico, che tra l'altro non è neppure titolare, in senso civilistico, dell'interesse, bensì è unicamente titolare del potere di gestire un interesse che fa capo alla collettività.

3. *Colpa e rapporto amministrativo*

Vero è che la nozione di colpa individuata nelle precedenti considerazioni non è la sola che può essere individuata. Un'autorevole dottrina, infatti, modella l'elemento psicologico dell'illecito aquiliano, sempre nelle fattispecie

che coinvolgono un'amministrazione pubblica, come elemento caratterizzante delle attività amministrative poste in essere nell'ambito di un «contatto amministrativo qualificato» (7). Assume rilievo, quindi, in quest'ottica, l'affidamento obiettivo ingenerato in una parte dal comportamento dell'altra; la fonte della responsabilità non è più collegata all'utilità finale (bene della vita) che non sarebbe più conseguibile, bensì al dovere dell'amministrazione di agire secondo i canoni di correttezza e buona fede, prescindendo dalla successiva adozione di un provvedimento favorevole al privato e soddisfacente dei suoi interessi sostanziali.

Già Nigro faceva riferimento, in questa prospettiva, alla nozione di «rapporto amministrativo», finendo per chiedersi «se non sia possibile e giustificato addivenire alla unificazione dei concetti di interesse legittimo e di rapporto amministrativo, arrivandosi addirittura ad affermare che l'interesse legittimo non è che questo rapporto amministrativo» (8). È vero, infatti, che a fronte dell'interesse legittimo c'è un potere, non un obbligo, come avviene per il diritto soggettivo; ma è anche vero che la P.A. è obbligata ad esercitare quel potere secondo regole giuridiche precise. Quindi la violazione delle regole può ben essere individuata come fonte di responsabilità e giustificare il risarcimento in favore del soggetto leso dalla violazione

4. Responsabilità della P.A. e del funzionario

Una significativa conferma della difficoltà di applicare in modo coerente gli enunciati della giurisprudenza in materia di colpa della P.A. si rinviene nell'ipotesi in cui il terzo danneggiato abbia chiamato in giudizio l'Amministrazione ed il funzionario. Non è difficile ravvisare in questo caso diversi elementi di contrasto tra la soluzione adottata dai giudici e l'articolo 28 della Costituzione. Per un medesimo fatto dannoso, imputabile – per finzione giuridica – a due distinti soggetti, si giunge ad affermare due distinte responsabilità, solidali ed entrambe dirette (9). Per i dipendenti è richiesta però la colpa grave; per l'attività materiale della P.A. è sufficiente, invece, la colpa dell'uomo medio, riferita all'agente; mentre per i danni derivanti da lesione di interesse legittimo è richiesta la colpa dell'apparato, quando addirittura non ci si richiama alla nozione di colpa *in re ipsa*. Si tratta, in definitiva, di un complesso normativo complicato, disomogeneo, «poco coerente e soprattutto ben poco rispettoso dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza (articolo 3 Cost.), quando non anche dell'articolo 28 Cost.» (10).

(7) Cfr. CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, I, 148 ss. Per la dottrina amministrativa si veda MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.

(8) NIGRO M., *Ma cos'è questo interesse legittimo?*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, III, 1897.

(9) SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, XIII ediz., 1982, 794.

(10) Così CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 594.

5. *Colpa e posizione deteriore della P.A.*

Ciò che a mio avviso si deve sottolineare, in relazione al concetto di colpa della P.A., è che questa non può risentire di una posizione deteriore rispetto a quella del privato.

Nessuna norma costituzionale o di legge ordinaria consente questo risultato.

Mi sembra pacifico che, ove sia la P.A. ricorrente a chiedere una declaratoria di inadempimento del gestore di un servizio pubblico (11), verrebbe sicuramente in rilievo la diligenza del privato, nonché l'esistenza di circostanze che rendono non imputabile l'eventuale inadempimento alle obbligazioni assunte *ex art.* 1218 c.c. mentre a posizioni invertite si è portati a costruire una «colpa dell'apparato», quasi una sorta di responsabilità oggettiva, addossando alla P.A. gli effetti dannosi di una condotta che non è dipesa da sua colpa, essendo invece imputabile (per ipotesi) ad una diversa amministrazione che neppure è parte del processo (parere non reso o reso tardivamente, approvazione non intervenuta, controllo tardivo, inerzia di organi di vigilanza, erroneità o illegittimità di atti preparatori e di atti preposti adottati da autorità diverse, ecc.).

Credo sia opportuno richiamare l'attenzione sul fatto che il giudizio risarcitorio, che nasce da un accertamento di responsabilità, è necessariamente un giudizio tra soggetti di diritto, che sono appunto le parti in lite; la colpa è appunto un elemento di necessaria personalizzazione (o soggettivazione) del comportamento generatore del danno ingiusto, e non può svanire in questa sua finzione allorché il giudice si trovi ad esaminare l'attività amministrativa, diventando appunto una sorta di accolto oggettivo e impersonale di responsabilità da parte dell'autorità che ha provveduto in modo illegittimo (ma avendo seguito i canoni della diligenza media), ovvero che non ha potuto provvedere tempestivamente a causa dell'inerzia di altre P.A. estranee al processo. Se poi si partisse dal presupposto che la cura del pubblico interesse è attività di particolare delicatezza e di grande rilievo per la collettività, per cui richiede il massimo dell'applicazione e della dedizione, occorrerebbe richiamare il principio civilistico secondo cui, nelle attività che richiedono una particolare competenza, viene sanzionata soltanto la responsabilità per dolo o colpa grave, o comunque il giudizio sulla responsabilità deve essere ancorato alla natura dell'attività esercitata (art. 2236 cc).

6. *Colpa ed errore scusabile*

Non solo, ma deve ammettersi altresì la rilevanza dell'errore scusabile. È sufficiente richiamare, al riguardo, la giurisprudenza penale in tema di buona fede nelle contravvenzioni e in tema di errore di diritto non rimproverabile *ex articolo* 5 cod. pen., dopo la nota sentenza della Corte Costituzionale n. 364/1988. Se l'erroneo convincimento del funzionario, che ha condotto all'adozione dell'atto lesivo illegittimo, ha il requisito della inevitabilità; ovvero derivi dalla estrema incertezza e contraddittorietà del quadro norma-

(11) Cfr. ad es. T.A.R. Campania, Sez. I, 30 maggio 2000.

tivo di riferimento; ovvero, ancora, sia la conseguenza di un contrasto giurisprudenziale sull'applicazione e sulla interpretazione della norma, o di contrastanti direttive adottate dai diversi organi della P.A.; ebbene nessuno dubita che, ricorrendo siffatte circostanze in controversie tra soggetti privati, il giudice – sia civile che penale – potrebbe giungere tranquillamente a ritenere insussistente l'elemento psicologico dell'illecito, sulla base di una valutazione in concreto della situazione nella quale il soggetto agente si è trovato ad operare. Negare al giudice il potere di compiere le stesse valutazioni, ove si tratti di casi che riguardano la responsabilità della P.A., introducendo una nozione ambigua e indefinita come quella che si compendia oggi nella nozione di «colpa dell'apparato», mi pare sintomatico di un atteggiamento di pregiudiziale ostilità nei confronti dell'Amministrazione, tra l'altro non sostenuta da alcuna disposizione di legge.

L'illecito civile è regolato da una disciplina unitaria, ed in seno ad essa deve trovare collocazione anche la responsabilità della P.A.

7. *La colpa professionale*

Così, analogamente, non solo sarà consentito, ma sarà addirittura doveroso operare un richiamo alla peculiare disciplina dettata nell'articolo 2236 cc. per la responsabilità del prestatore d'opera intellettuale, nel cui ambito viene in rilievo solo il dolo o la colpa grave per i problemi di speciale difficoltà. Disciplina che, sia detto per inciso, è sicuramente espressione di un principio generale dell'ordinamento (12), come tale di necessaria applicazione in tutte le fattispecie nelle quali la lesione della situazione soggettiva sia connessa con una prestazione di natura prevalentemente o esclusivamente intellettuale.

Credo sia inevitabile la necessità di inquadrare l'indagine sulla configurazione dell'elemento soggettivo nel quadro complessivo della responsabilità aquiliana. L'elemento soggettivo è elemento costitutivo della responsabilità, per cui non può dissolversi per il fatto che la condotta illecita è riferibile ad una P.A. Se così fosse vi sarebbero fondati dubbi sulla legittimità costituzionale della nuova impostazione giurisprudenziale, anche perché l'articolo 2043 parla di «fatto doloso o colposo»

Tanto si applicano le regole generali che la giurisprudenza correttamente sta già richiamando le norme ordinarie sul concorso di colpa del creditore (art. 1227) sulla prevedibilità del danno (art. 1225 c.c.) e sull'obbligo di diligenza del creditore per i danni evitabili (art. 1227, 11 comma, c.c.).

Sarebbe dunque opportuno rivalorizzare, nel quadro offerto dalla sentenza 500, il collegamento dell'azione amministrativa (condotta del danneggiante) con il criterio della media/ordinaria diligenza (artt. 1176 e 1218 cc.), soprattutto nei casi in cui l'illegittimità scaturisce da disfunzioni amministrative, carenze organizzative, vuoti di organico, insufficienza dei mezzi (tutti elementi ricollegabili peraltro alle dotazioni del bilancio).

(12) Cfr., ad esempio, la recente normativa in tema di responsabilità del funzionario e dell'amministrazione dettata nell'art. 3 d.l. 23 ottobre 1996 conv. con legge 20 dicembre 1996 n. 369.

8. *Concorso colposo del danneggiato*

È uno dei primi aspetti che stanno emergendo nella casistica giurisprudenziale. L'articolo 1227 c.c., infatti, prevede che: 1) se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo l'entità della colpa e l'entità della conseguenze che ne sono derivate; 2) il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza. Detta norma è applicabile all'illecito aquiliano in forza del richiamo operato dall'articolo 2056 c.c.

Per andare subito sul concreto, l'omessa tempestiva impugnazione (con richiesta di sospensiva) può essere a tal fine invocata? La giurisdizione civile consolidata è attestata sulla negazione di un siffatto obbligo del danneggiato, mentre il giudice amministrativo sembra orientarsi in senso contrario. Discorso diverso meritano, invece, la richiesta di riesame dell'atto in sede amministrativa, nonché la mancata o non corretta partecipazione al procedimento amministrativo, che ovviamente derivino da una scelta consapevole del danneggiato.

Non possiamo, in questa sede, analizzare nei dettagli tutti questi comportamenti. Interessa porre in evidenza, tuttavia, che da una valutazione della condotta del danneggiato il giudice non potrà prescindere, individuando non solo le circostanze che siano sufficienti a connotare come colposo il suo comportamento, ma individuando altresì il livello di gravità della colpa, così come prescritto dall'articolo 1227, richiamato dall'articolo 2056 c.c.

9. *Colpa ed onere della prova*

Per quanto concerne in generale l'onere della prova nel giudizio risarcitorio, la Cassazione sembra propensa ad applicare la regola generale imposta dall'articolo 2697 cc: il danneggiato deve provare l'elemento oggettivo e soggettivo della fattispecie illecita. Prima della sentenza 500 valeva una presunzione assoluta di colpa a carico della P.A. (derivante dall'adozione di un provvedimento illegittimo); oggi si sarebbe tornati (il condizionale è d'obbligo) al regime probatorio ordinario, ma la dottrina⁽¹³⁾ auspica un'inversione dell'onere della prova. Rilevo che, a mio avviso, le regole stabilite dall'ordinamento in materia di onere della prova non sono derogabili a seconda della qualità o della tipologia dei soggetti implicati nel giudizio: il privato danneggiato, dunque, sarà tenuto all'osservanza di quelle regole anche nei confronti della P.A.; la quale, a sua volta, potrà utilizzare le norme sul concorso di colpa del creditore assoggettandosi alle relative incombenze probatorie.

Diversamente opinando, per sottolineare ancora una volta delle affermazioni già esposte, si giungerebbe non solo a differenziare ingiustificatamente il regime della responsabilità aquiliana a seconda del soggetto cui sia

(13) Cfr. CARANTA R., *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, 3201.

riferibile il fatto dannoso, ma anche a differenziare il regime processuale del giudizio risarcitorio, sempre senza invocare adeguati supporti normativi e secondo chi è convenuto nello stesso giudizio.

Anche sotto questo profilo, non si vede la ragione per cui le regole ordinarie del processo, che valgono per la generalità dei soggetti, non devono valere nei confronti dell'Amministrazione. La Cassazione, quando prima della sentenza 500/1999 riaffermava il principio della colpa *in re ipsa*, faceva riferimento ad una estrema difficoltà probatoria nella quale il privato si sarebbe dibattuto di fronte alla P.A. Ma il ragionamento non ci sembra convincente, giacché esso si articola grosso modo in questi termini: siccome è difficile provare la colpa dell'Amministrazione, allora si elimina l'elemento soggettivo dalla fattispecie che sorregge la responsabilità per fatto illecito. Parlare di colpa *in re ipsa*, infatti, significa collegare automaticamente al fatto lesivo (atto illegittimo) il requisito della colpa, senza verificarne in concreto la sussistenza o l'assenza. Ma il primo risultato finale di una simile interpretazione è quello di modificare il dettato dell'articolo 2043 del codice civile, il quale non consente di amputare in nessun caso dalla fattispecie dell'illecito l'elemento psicologico che ha sorretto l'azione o l'omissione dell'agente. Il secondo risultato, poi, è quello di applicare il principio generale sancito dall'articolo 2697 c.c. solo ai giudizi nei quali non sia parte una P.A. che abbia emesso provvedimenti illegittimi, poiché se ciò è avvenuto nessuna indagine probatoria sarà richiesta per giungere alla condanna.

Con la sentenza 500/1999 la Cassazione sembra essere rientrata nei binari del diritto comune, nel senso di richiedere nuovamente un'indagine sulla colpa della P.A. intesa come apparato (14), ripristinando quindi implicitamente la vigenza dell'articolo 2697 c.c. anche per le controversie promosse contro la P.A. Sembra, dunque, che tutto sia stato ricondotto nell'ambito del sistema; ma in effetti così non è. Faccio subito un'osservazione: che senso ha verificare dapprima che è stato emesso un atto illegittimo, per poi accertare che dalla stessa illegittimità (violazione della regole di buona amministrazione) deriva la sussistenza della colpa? In altre parole, l'atto illegittimo concreta dapprima l'elemento dell'ingiustizia del danno e dell'antigiuridicità della condotta; poi lo stesso atto, in quanto già ritenuto illegittimo, sarà anche idoneo a colorare la condotta dell'agente, imputabile alla P.A. in forza del rapporto organico, in termini di colpa.

(14) Così Cass., S.U., n. 500/1999: «non sarà invocabile, ai fini dell'accertamento della colpa, il principio secondo il quale la colpa della struttura pubblica sarebbe *in re ipsa* nel caso di esecuzione volontaria di atto amministrativo illegittimo... il giudice ordinario dovrà svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento della illegittimità del provvedimento..., bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente..., ma della P.A. intesa come apparato..., che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo... sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongano come limiti esterni alla discrezionalità».

Secondo la Cassazione, il giudice deve quindi accertare l'illegittimità dell'atto (per affermare che il danno è ingiusto) e in seguito ancora l'illegittimità dell'atto (per stabilire che c'è colpa): giacché dire che l'adozione dell'atto è «avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione», significa affermare che ci si deve trovare in presenza di un atto illegittimo! A ben vedere, infatti, qualunque vizio di legittimità dell'atto amministrativo può essere ricondotto nell'ambito della violazione delle regole di buona amministrazione.

Ed è proprio a questo riguardo che vorrei fare un'ulteriore considerazione. Mi sembra, come ho già rilevato, che la Cassazione abbia sostenuto di aver abbandonato la precedente impostazione, fondata sulla nozione della colpa *in re ipsa*, mentre ciò non è assolutamente avvenuto. Se l'illegittimità dell'atto occorre per stabilire che si è verificata la lesione (antigiuridica) di un interesse protetto, per accertare la sussistenza dell'elemento psicologico dovrebbe essere necessaria un'indagine diversa ed ulteriore. Se questa indagine, invece, mira ad accertare l'esistenza nella fattispecie di un atto illegittimo (per violazione della già enunciate regole di buona amministrazione), mi pare che niente di nuovo si affermi rispetto alla situazione interpretativa anteriore alla sentenza 500/1999. Si ribadisce, con altre parole e in modo più elegante di prima, che per la colpa della P.A. è sufficiente un provvedimento illegittimo. Con buona pace, per ovvia conseguenza, anche del principio dell'onere della prova sancito nell'articolo 2697 del codice civile.

10. *Colpa e atto legittimo: il danno da ritardo*

Anche sotto questo profilo si cominciano a vedere le prime applicazioni giurisprudenziali, nella ricerca di dare concretezza alla nuova configurazione dell'elemento psicologico (15).

Ma mi sembra evidente che, sul piano civilistico, questa prospettiva sia riferibile alle sole obbligazioni contrattuali e dunque alle ipotesi di rilevanza della causa imputabile o non imputabile, cioè della diligenza nell'adempimento dell'obbligazione (1218/1223 c.c.). Tanto è vero che leggendo la sentenza citata sembra di trovarsi di fronte ad un caso di evento doloso (sviamento intenzionale mediante utilizzazione impropria di poteri pubblici). Si sottolinea, peraltro, che il danno da ritardo può venire in rilievo in casi di provvedimento illegittimo: es. il diniego (tardivo) di concessione edilizia per sopraggiunta modifica di P.R.G. In questi casi vi sarebbe una condotta illecita ma un atto legittimo. La norma (art. 34 D.lgs. n. 80/1998) parla di atti e comportamenti, tra i quali si ricomprende l'inerzia, il silenzio, l'inadempimento, ecc. (16); occorre considerare, comunque, che probabilmente oggi il giudice amministrativo è giudice unico del risarcimento *ex art. 7 legge 205* (17). Se così fosse, ovviamente, la problematica rivestirebbe carattere

(15) Si veda, tra le altre, TAR Sicilia-Catania n. 38/2000.

(16) Si ricorda che l'inerzia concreta di per sé una condotta illegittima *ex articolo 2, legge n. 241/1990*.

(17) Così CARINGELLA - DE MARZO - DELLA VALLE - GAROFOLI, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Milano, 2000, 410 ss.

generale, indifferente essendo la giurisdizione amministrativa, ovvero ordinaria *ex* articolo 2043 cc. Mi sembra interessante rimarcare, in ogni caso, che in queste ipotesi diviene ineludibile la necessità di approfondire la disamina sulla condotta che ha generato il danno, verificando se effettivamente la causa del ritardo era (civilisticamente) imputabile alla P.A., o se invece non fosse addebitabile a causa non imputabile alla stessa amministrazione. È un'ulteriore dimostrazione della inadeguatezza che accompagna la tesi della colpa *in re ipsa*: infatti, non essendovi una declaratoria di illegittimità dell'atto, viene molto difficile sostenere che la scadenza del termine possa di per sé configurare un comportamento colposo. Anche perché non saremmo in presenza di un rapporto obbligatorio e dunque le norme sulla mora e sul rischio non possono obiettivamente trovare applicazione.

11. *Colpa e provvedimento contrattato*

Esiste una figura di provvedimento che merita qualche considerazione particolare. È il «provvedimento contrattato», previsto e disciplinato dall'articolo 11 della legge 241/1990, anche se questa disposizione lo qualifica più propriamente come «accordo sostitutivo di provvedimento».

L'illiceità di un siffatto provvedimento determina la sussistenza di un inadempimento contrattuale e sanzionabile sul piano risarcitorio⁽¹⁸⁾. Si applica in queste fattispecie la nozione di «colpa contrattuale», cioè la nozione di diligenza nell'adempimento, oppure no? Sono frequenti, infatti, le ipotesi in cui l'emanazione (o il rifiuto) di un provvedimento si innestano in un quadro di natura emmentemente contrattuale, ovvero concessoria e contrattuale insieme; in tali ipotesi il provvedimento illegittimo (o il rifiuto illegittimo di emanare l'atto) può valere come fatto sufficiente a concretare un inadempimento contrattuale⁽¹⁹⁾. Allora l'illegittimità dell'atto va letta in termini di imputabilità della causa che ha generato l'inadempimento (che, come è noto, in ambito contrattuale sostituisce la nozione di dolo o colpa). Direi che solo in questo caso può essere accettata l'equazione illegittimità colpa responsabilità perché essendovi una situazione di tipo contrattuale si possono applicare nozioni diverse dell'elemento psicologico rispetto a quelle che caratterizzano l'illecito aquiliano; precisandosi, però, che anche in questi casi il giudice dovrà accertare se la causa della illegittimità (e quindi dell'inadempimento) sia imputabile alla P.A. convenuta nel giudizio risarcitorio, ovvero ad altri soggetti (penso alla designazione illegittima del componente di un organo collegiale, da parte di un ente, che si traduce nella illegittimità delle deliberazioni adottate dall'organo non ritualmente costituito). Ove ciò accadesse, saremmo in presenza di un inadempimento derivante da causa imputabile o non imputabile? Se l'interrogativo riguardasse una lite tra pri-

(18) Si veda, ad es., TAR Umbria 24 marzo 1999, n. 218.

(19) Si pensi all'obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede, come prescritto dall'articolo 1375 cod. civ.

vati, la soluzione discenderebbe da un esame del grado di diligenza richiesto (e richiedibile) al soggetto inadempiente: non vedo, francamente, alcuna ragione per non applicare la stessa metodologia di ricerca nelle controversie con la P.A.

12. *Colpa per inosservanza di leggi o regolamenti*

Veniamo, adesso, ad esporre qualche considerazione sulla colpa della P.A. per inosservanza di leggi o regolamenti. Sembra, questo, il profilo che meglio si adatta a connotare la colpa dell'apparato e dei suoi organi, posto che l'illegittimità spesso deriva da una violazione di legge. Va sottolineato, invece, che anche in ordine a questo profilo la situazione risarcitoria della P.A. può presentare aspetti peculiari, o comunque non omogenei rispetto alle situazioni che riguardano il soggetto privato. Vorrei fare, a questo riguardo, due ipotesi, riferite a fattispecie ben differenziate tra loro.

1) L'illegittimità dell'atto (applicativo) deriva dalla accertata illegittimità della norma regolamentare. Premetto che mi interessa il caso in cui gli organi che hanno adottato i due provvedimenti siano distinti. Es.: il Prefetto emana un atto che viene annullato perché fondato su un regolamento (o anche su una circolare, una direttiva, ecc.) approvato dal Ministero dell'interno e dichiarato illegittimo anch'esso. Dove è la «colpa» del Prefetto? La perplessità è aggravata dal fatto che nel processo amministrativo la qualità di parte viene riconosciuta all'autorità (all'organo) che ha emesso il provvedimento impugnato, non al Ministro, come avviene per le controversie devolute all'A.G.O. Quindi se ne deve dedurre che, anche sul piano della responsabilità, ciascun organo ha una sua posizione processuale, una sua propria legittimazione, una sua responsabilità per colpa. Ma, io mi chiedo, dove è la colpa del Preside che ha applicato una circolare ministeriale o una direttiva del Provveditore? Ricordiamoci che, non applicandola, il Preside avrebbe probabilmente commesso un illecito penale. Conclusione: ci sarà pure un atto illegittimo, un atto da annullare, ma non sarà ravvisabile un comportamento colposo. Mi pare che l'ipotesi sia piuttosto singolare perché porta anch'essa a dubitare non poco dell'equazione illegittimità colpa: in questo caso vi è sicuramente un'azione amministrativa illegittima, ma non vi è nessuna colpa dell'organo sott'ordinato gerarchicamente.

2) L'illegittimità dell'atto deriva dall'applicazione di una norma contrastante con la normativa comunitaria. Tutti conosciamo le affermazioni della giurisprudenza al riguardo: il giudice deve decidere disapplicando, se del caso, la legge nazionale contrastante con la fonte sovraordinata. Ebbene, anche in questo caso io mi chiedo: dove è la colpa dell'amministrazione e del suo apparato? Il funzionario era praticamente obbligato ad agire in un certo modo! Anche in questo caso la peculiarità della fattispecie deriva dal fatto che verrebbe giudicato colposo un comportamento che invece ha applicato la norma di legge. Se qui volessimo utilizzare gli schemi elaborati dal diritto civile sull'art. 2043, l'elemento psicologico è carente, non è oggettivamente ravvisabile: né il funzionario, né l'apparato nel suo complesso, potevano agire diversamente. Non credo neppure che sia fondata l'obiezione secondo cui il funzionario, in casi siffatti, ha il potere – dovere di disappli-

care la norma interna; questa è solo un'affermazione da giuristi, nessun funzionario si accollerà mai il rischio di disapplicare consapevolmente la disposizione di legge, sulla base oltretutto di una sua valutazione soggettiva sull'esistenza di un contrasto con la fonte comunitaria (mi permetto soltanto di richiamare le difficoltà inerenti alla qualificazione di una direttiva come «autoesecutiva»).

13. *Colpa per omissione*

Anche questo profilo della colpevolezza assume una particolare connotazione nelle ipotesi in cui la vicenda risarcitoria riguardi la P.A. Il referente è costituito dall'articolo 40 comma 2 c.p. (non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo). Questa norma riguarda il nesso di causalità, ma in realtà se ne è fatta applicazione costante per giungere ad una qualificazione della condotta omissiva in termini di colpa: l'omissione è colposa quando il soggetto aveva l'obbligo giuridico di intervenire per impedire l'evento dannoso.

Il punto centrale risiede, dunque, nell'individuazione di un obbligo giuridico che impone al soggetto (nel nostro discorso alla P.A.) di attivarsi al fine di impedire un danno ingiusto. Ed è su questo punto che nascono i problemi, soprattutto se si prendono in esame i poteri pubblici.

Prendiamo, ad esempio, il settore dei controlli, delle funzioni di vigilanza che la legge attribuisce alla P.A. in molte materie. E anche il settore nel quale si rinviene il maggior numero di pronunce. Ebbene, in presenza di una domanda risarcitoria del danneggiato, che lamenti l'insufficienza o l'assenza del potere di vigilanza, il giudice sarà chiamato a verificare la sussistenza di questo presupposto. Sarà chiamato ad accertare ed a valutare come la P.A. ha esercitato il potere di controllo. La casistica è varia al riguardo: mi limito a richiamare il caso del risparmiatore che invoca una tutela aquiliana nei confronti della P.A. per l'insufficienza dei controlli effettuati su una società finanziaria divenuta insolvente, o su una società di assicurazioni; oppure il caso del danno subito in occasione di un avvenimento sportivo per scontri e violenze tra le opposte tifoserie.

Ebbene, il giudice sarà chiamato a valutare come la P.A. ha esercitato la funzione della vigilanza. A questo riguardo, credo sia opportuno sgombrare subito il campo da un equivoco. Mi pare che in casi siffatti, o almeno nella gran parte di essi, non c'entri molto l'omissione come fatto naturalisticamente rilevante. Il giudice, infatti, affermerà che la P.A. è responsabile dell'evento dannoso per non aver esercitato in modo corretto la funzione di vigilanza: il giudizio di valore sul non fare dipende e discende in realtà da un giudizio sul fare. Voglio dire che l'eventuale affermazione di responsabilità in carico alla P.A. discende da un'approfondita valutazione sulla sufficienza o insufficienza di ciò che la P.A. stessa ha fatto, o poteva concretamente fare, per impedire l'evento dannoso (parametri ordinari della diligenza /negligenza). Ma siffatta valutazione è quella che ordinariamente compie il giudice che si trovi a dover valutare la correttezza dell'azione amministrativa.

Se non viene rilasciata (illegittimamente) un'autorizzazione, o prendiamo ad es. una concessione edilizia, la P.A. non sarà responsabile per condotta omisiva colposa, cioè per ciò che non ha fatto; bensì risponderà per non aver correttamente esercitato la funzione amministrativa in ordine al rilascio (dovuto) della concessione edilizia.

In questa prospettiva, è evidente, non sembra pertinente approfondire la tematica che si incentra sull'esistenza di un obbligo giuridico di agire. La P.A., infatti, non ha l'obbligo di rilasciare la concessione edilizia, così come il Questore non ha l'obbligo di inviare allo stadio 1000 poliziotti. La P.A., invece, ha l'obbligo (potere – dovere) di esercitare correttamente la sua funzione, negando il rilascio della concessione solo quando la legge glielo consente. L'unico obbligo rintracciabile in tutti questi casi è quello di non esercitare la funzione in modo illegittimo (come ben avverte Nigro, di fronte all'interesse tutelato c'è sempre un potere, non un obbligo). La conclusione, come si vede, è identica a quella che viene presa in considerazione in tutte le ipotesi di responsabilità della P.A.

Sul tema restano da fare, tuttavia, due brevi considerazioni.

a) La prima è che, comunque si voglia rigirare la matassa, il giudice (sia giudice ordinario che giudice amministrativo) esaminerà e giudicherà nel merito l'an e il *quomodo* delle potestà pubbliche: esame e valutazione che entrerà in pieno nel merito dell'azione amministrativa. Nell'esempio dei disordini tra i tifosi, il giudice deciderà, col suo libero e prudente apprezzamento (per usare l'espressione del c.p.c.), se bastavano cento o duecento poliziotti (20).

b) La seconda considerazione deriva dalla necessità che lo stesso giudice, se deve entrare così a fondo nel sindacato dell'azione amministrativa, deve anche applicare nei confronti della P.A. gli ordinari criteri che il codice civile prevede per valutare la condotta del danneggiante: livello di diligenza del soggetto agente, eventuale sua negligenza o impreparazione, prevedibilità dell'evento dannoso, eventuale concorso di colpa del danneggiato per sue azioni od omissioni, ecc. Dico questo, e voglio sottolinearlo, perché non mi sembra legittimo *baipassare* queste valutazioni richiamandosi ad una nozione (piuttosto generica e ambigua) di «colpa dell'apparato», ovvero giungendo ad affermazioni di responsabilità oggettiva del tipo: danno provocato da insufficienza dell'azione amministrativa colpa della P.A. responsabilità della P.A. La insufficienza dell'azione amministrativa (o se si preferisce la sua illegittimità) attiene alla condotta (*rectius*, all'antigiuridicità della condotta), non all'elemento della colpevolezza. Allora il processo logico dovrebbe essere il seguente: danno-azione amministrativa illegittima come causa del danno ingiusto- colpa- responsabilità Per tornare all'esempio dello stadio, se il Que-

(20) Si veda, su questa problematica specifica, la recente sentenza della Cassazione 3 marzo 2001 n. 3132, relativa alla responsabilità della CONSOB per omessa vigilanza.

store manda tutti i poliziotti disponibili, dov'è la colpa (colpa in concreto, come dicono i penalisti)? Non si può eludere questo interrogativo rispondendo che comunque il Ministro dell'interno aveva l'obbligo di inviare per l'occasione mille poliziotti (colpa oggettiva dell'apparato), perché così operando si amplierà sicuramente la tutela del cittadino, ma si disapplicano ingiustificatamente (e illegittimamente) le norme civilistiche sulla responsabilità aquiliana.

14. *Colpa e pubblico servizio*

Tutte le perplessità e le considerazioni appena formulate valgono, a maggior ragione, nel settore del servizio pubblico. Anche qui il giudice dovrà verificare, dapprima, se l'azione amministrativa resa nell'espletamento del pubblico servizio è legittima o meno; se propende per l'illegittimità deve verificare, poi, la sussistenza degli elementi richiesti per giungere ad accordare la tutela risarcitoria. Il percorso è sempre uguale, così come identicamente penetrante sarà il sindacato giurisdizionale sull'esercizio della funzione amministrativa.

Con qualche peculiarità, che mi accingo a segnalare. Nel servizio pubblico, come è noto, assumono un rilievo particolare due aspetti dell'attività amministrativa: 1) l'aspetto organizzativo; 2) l'aspetto economico-finanziario. L'illegittimità dell'azione, dunque, riguarderà in molti casi le modalità di organizzazione del servizio pubblico e i profili di sostenibilità economica ditali modalità.

Ritengo che i due aspetti siano difficilmente scindibili, nel senso che l'aspetto economico può incidere sensibilmente sull'efficienza dell'assetto organizzativo.

Se così è, non sarebbe sufficiente per il giudice amministrativo (o anche per il giudice ordinario nel caso di controversia puramente risarcitoria) accertare che l'illegittimità dell'atto è dipesa da una disfunzione organizzativa della struttura, giacché la potenzialità di quest'ultima è strettamente connessa all'impegno finanziario sostenibile da parte del soggetto pubblico. Allora, se anche in questi casi si vuole evitare di introdurre nell'ordinamento una responsabilità oggettiva che non esiste, sarà inevitabile verificare la sussistenza di una colpa in concreto (sempre riportando un'espressione mutuata dal diritto penale) dell'autorità che ha emesso il provvedimento. Se la scelta della P.A. appariva inevitabile, sulla scorta dei mezzi finanziari a disposizione, quella scelta potrà essere illegittima ma non colposa, dunque non sanzionabile sul piano risarcitorio.

Vero è, peraltro, che anche le situazioni soggettive tutelate non sono omogenee tra loro: una cosa, infatti, è il diritto alla salute o all'incolumità personale, altra cosa è un diritto di credito o similare. Il rigore probatorio richiesto potrà essere, di conseguenza, modulato in relazione al tipo d'interesse tutelato, giacché questo meccanismo operativo corrisponderebbe al sistema giuridico vigente ed alle priorità di protezione che vengano da esso accordate.

15. *Conclusion*

È tempo di giungere rapidamente alla conclusione. Ritengo che tutte le problematiche cui ho accennato necessitino, di attenta riflessione, sia da parte degli studiosi che da parte dei giudici. Ciò che occorre assolutamente evitare è di eludere nella sostanza i problemi, magari ricorrendo a formule stereotipate, ambigue e talvolta contraddittorie.

Qualche proposta concreta già è stata formulata (21): valorizzare i criteri elaborati dalla giurisprudenza comunitaria con riferimento alla responsabilità extracontrattuale dello Stato. Valutare quindi: 1) il grado o livello della discrezionalità; 2) la violazione di una norma attributiva del diritto in senso lato; 3) la gravità ed evidenza della violazione; 4) l'esistenza di un nesso di causalità diretto tra azione amministrativa e danno. La proposta mi sembra convincente, ma credo che sconfini nel «*de iure condendo*». Perché la verità, a mio avviso, è una sola: o si applicano le norme del codice civile sulla responsabilità e sul danno; o quelle norme si cambiano e si costruisce un diritto speciale che disciplina la responsabilità della P.A., come è puntualmente avvenuto, ad esempio, per il danno da occupazione acquisitiva e per gli appalti comunitari.

Forse questa è proprio la strada da intraprendere.

AVV. FRANCESCO CAPUT

(21) Cfr. CACACE S., *La responsabilità della P.A.*, cit., 134 e 135.

Le azioni di riparazione per errore giudiziario ed ingiusta detenzione: natura e contenuto della statuizione del giudice

I

NATURA GIURIDICA DEL DIRITTO ALLA RIPARAZIONE MONETARIA MOMENTO GENETICO DEL DIRITTO AZIONABILE

In un sistema personalistico come il nostro, improntato al valore della libertà personale, i rimedi previsti per mitigare le conseguenze degli errori umani sono fortemente indicativi della credibilità del sistema giudiziario.

Nell'ordinamento vigente, il meccanismo riparatorio si basa sui due istituti fondamentali: la riparazione dell'ingiusta detenzione, regolata dagli artt. 314-315 c.p.p., e la riparazione dell'errore giudiziario, disciplinata dagli artt. 643-647 c.p.p. (originariamente era proprio quest'ultima ad essere prevista dai codici preunitari).

Il diritto alla riparazione è previsto a livello costituzionale: l'art. 24, 4 comma, della Costituzione prevede che il legislatore determini i presupposti e le condizioni per la riparazione degli errori giudiziari.

Perplessità si sono nutrite in merito alla costituzionalizzazione o meno del diritto alla riparazione, a causa della natura programmatica dei principi costituzionali e del rinvio ivi contenuto alle scelte legislative (1).

(1) V. SPANGHER V., voce *Riparazione pecuniaria*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1023, nonché CATARINELLA P., *Riparazione per ingiusta detenzione*, in *Giur. di Merito*, 1993, 1091.

Per un *excursus* storico sulla ingiusta detenzione v. COPPETTA M.G., *Verso la riparazione della custodia cautelare ingiusta*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986, 1171; BELLANTONI G., *La riparazione alle vittime del reato tra istanze «risarcitorie» e politica «assistenziale»*, in *Ind. Pen.*, 1985, 535; DI CHIARA G., *Attualità del pensiero di Francesco Carrara in tema di riparazione dell'ingiusto «carcere preventivo»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, 1412; CHIAVARIO M., *Nuovo modello di giustizia penale e libertà personale dell'imputato*, in *Politica del Dir.*, 1984, 427 nonché CHIAVARIO M., *La custodia preventiva nel faticoso e tortuoso cammino delle riforme*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, 1296.

Cfr. anche CARRARA F., *Progresso e regresso del giure criminale nel nuovo Regno di Italia*, Lucca, 1874, 299 e 309 ss., che è stato il primo a porre il problema della riparazione dell'ingiusta carcerazione cautelare.

Sulla legge 23 maggio 1960, n. 504, che disciplinava l'istituto in attuazione dell'art. 24 Cost., v. LEONE G., *Manuale di diritto processuale penale*, 13^a ed., Jovene, Napoli, 1988, 714, secondo il quale il contraddittorio, deve essere pieno e fin dall'origine con il Ministero del tesoro che, essendo debitore e non organo con funzioni tecniche, non può soffrire limitazioni nella sua difesa e può intervenire non solo per la determinazione del *quantum debeatur*, come potrebbe far supporre una riduttiva interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 573 c.p.p. abr., ma anche per discutere del fondamento dell'istanza e della sua tempestività e regolarità.

Cfr. anche CONSO G. GREVI V., *Profili del nuovo codice di procedura penale*, 4 ed., Cedam, Padova, 738, il quale sottolinea che non risultano numerose le novità del nuovo codice in materia di riparazione, essendo privo di indicazioni specifiche in proposito l'art. 2 n. 100 della delega (il quale, peraltro, ha previsto in modo congiunto e indifferenziato la riparazione sia dell'ingiusta detenzione sia dell'errore giudiziario). In senso contrario alla costituzionalizzazione Cass. pen., Sez. un., 6 marzo 1992, in *Cass. Pen.*, 1992, 1075, 2041.

La Corte costituzionale, con sentenza 24 gennaio 1969 n. 1, aveva ritenuto che il rinvio alle scelte legislative riducesse la suddetta norma a una vuota direttiva: spetterebbe, difatti, al legislatore includere o no l'iniqua custodia cautelare fra gli errori riparabili.

L'attuale art. 314 risolve in senso affermativo il problema (2).

Da una concezione soggettiva volta a considerare la riparazione una sorta di sussidio erogato a chi versa in stato di bisogno, si è pervenuti, grazie ad una volontà politica del legislatore finalizzata al raggiungimento del più alto senso di civiltà morale e giuridica, ad una considerazione oggettiva dell'errore, considerato inficiante e pregiudizievole del contenuto del provvedimento del giudice.

Di grande interesse è la natura del procedimento che si svolge di fronte al giudice di merito nelle forme di cui all'art. 127 c.p.p., operando l'art. 646 c.p.c. il richiamo alla forma tipica dell'udienza camerale, la quale pur non sempre soddisfacendo le esigenze peculiari della procedura riparatoria, garantisce l'economicità e la speditezza delle forme.

Problemi sorgono, come vedremo in seguito, a causa della mancanza di un qualsiasi riferimento all'istruzione probatoria e ai modi di acquisire prove precostituite (3).

Il Ministero del Tesoro, legittimato passivo nelle suddette cause di riparazione pecuniaria, è il soggetto obbligato a corrispondere l'indennizzo, il cui ammontare è stabilito con ordinanza di condanna della Corte di appello.

La forma dell'ordinanza come provvedimento conclusivo si desume dalle formalità del procedimento in camera di consiglio ex art. 127 c.p.p., ed è senz'altro ispirata ai recenti istituti procedimentali del nuovo codice (4).

Il giudizio si svolge in un unico grado di merito, dinanzi alla Corte di appello; avverso il provvedimento, gli interessati possono ricorrere per Cassazione per i motivi di cui all'art. 606 c.p.p. (5).

(2) V. CORDERO F., *Commentario al Codice di procedura penale*, Utet, 1990, 361.

(3) Cfr. *supra* pr 3, sul problema delle prove e dell'onere probatorio nelle azioni di riparazione.

Né d'altra parte, per sopperire alle insufficienze dello schema camerale ordinario, è possibile, in materia riparatoria, applicare istituti dibattimentali, senza correre il rischio di piegarli ad usi impropri o addirittura distorti.

Affronta questa problematica COPPETTA M.G., *Brevi note sul procedimento per la riparazione dell'ingiusta detenzione*, in *Cass. Pen.*, 1994, 2171.

(4) Sul carattere dell'ordinanza sono state nutrite delle perplessità originate dal fatto che i procedimenti di cui trattasi, a causa della loro importanza, richiederebbero la forma di sentenza. Significativo al riguardo R. VANNI, *Nuovi profili della riparazione dell'errore giudiziario*, Padova, 1992, 84; G. ARICÒ, *Ordinanza (dir. proc. pen.)* in *Enc. dir.*, XXX, Milano 1980, 961, nonché SCOMPARIN LAURA, *Riparazione dell'errore giudiziario*, Digesto, Pen., XII, Utet, Torino, 1996, 326.

(5) L'art. 646 comma 3 c.p.p. (al quale rinvia l'art. 315 comma ultimo c.p.p.), stabilisce semplicemente che avverso il provvedimento della Corte di appello gli interessati possono ricorrere per cassazione: conseguentemente il suddetto rimedio è regolato dall'art. 606 c.p.p., con le limitazioni ivi previste circa i motivi di ricorso.

Cfr. *Cass. pen.*, sez. IV, 21 aprile 1994, in *Mass. Pen. Cass.*, 1994, fasc. 9, 100.

L'istituto della riparazione per ingiusta detenzione è stato introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento con il nuovo codice di procedura penale, in ottemperanza alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali recepita con la legge 4 agosto 1955, n. 848 (art. 5), nonché al Patto internazionale sui diritti civili e politici recepito con la legge 25 ottobre 1977, n. 881 (art. 9) (6). I suddetti articoli sanciscono, rispettivamente, che *ogni persona vittima di arresto o detenzione contra ius abbia diritto ad una riparazione e che chiunque sia vittima di arresto o detenzione illegali ha diritto ad un indennizzo*.

Nella fattispecie la Corte, affermando tale principio, ha dichiarato inammissibile il ricorso avverso un'ordinanza del giudice di merito in quanto non era dedotta una violazione di legge, bensì semplicemente l'ingiustizia della decisione della Corte con cui era stato attribuito l'equo indennizzo.

L'istanza di riparazione per ingiusta detenzione, pur potendo essere proposta dalla parte personalmente o dal suo procuratore speciale, deve essere presentata presso la cancelleria della Corte di appello competente e, tale formalità, è prevista a pena di inammissibilità (Cass. pen. Sez. un. 26 novembre 1997, n. 14, in *Cass. pen.* 1998, 1338, e non ammette equipollenti (ad esempio la presentazione a mezzo del servizio postale, cfr. Cass. pen. IV sez. 28 novembre 1995, n. 3862, in *Giust. pen.* 1996, III, 663; C. Appello, ordinanza del.; Cass. pen. sez. un., 27 giugno 2001, in www.giustizia.it/cassazione/novita/penale.14.html).

Sui requisiti di forma della domanda v. DELLA MARRA T., *Un punto fermo sulle modalità di presentazione della domanda di riparazione per l'ingiusta detenzione*, *Giur. It.*, 1995, 621, dove è annotata la sentenza della Cass. pen. sez. un., 14 dicembre 1994.

Ai sensi del combinato disposto degli art. 315, comma 3, e 646, comma 3, c.p.c., deve ritenersi esteso anche al p.m. il potere di ricorrere per Cassazione avverso l'ordinanza della Corte di appello che decide sulla domanda di riparazione per ingiusta detenzione, Cass. pen., sez. IV, 18 dicembre 1993, in *Mass. Pen. Cass.*, 1995, fasc. 7, 75.

Il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza con la quale la Corte d'appello, con il rito di cui all'art. 127 c.p.p., decide sull'istanza deve essere deciso con procedura in camera di consiglio ex art. 611 c.p.p. (Cass. Pen., sez. IV, 17 maggio 1994, in *Cass. Pen.*, 1995, 3039 e *Mass. Pen. Cass.*, 1995, fasc.1, 110).

(6) Con un'importante recente pronuncia del 6 aprile 2000 la Corte europea dei diritti dell'uomo ha stabilito che la riparazione pecuniaria per ingiusta detenzione concessa al detenuto prosciolto ex art. 314 c.p.p. non priva il ricorrente della qualità di «vittima» di una violazione dell'art. 5 par. 3 conv., in quanto che tale riparazione è concessa sull'unico presupposto del proscioglimento e non è accompagnata dal riconoscimento del carattere eccessivo della custodia cautelare.

V. anche RAIMONDI G., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento italiano* (Nota minima in margine alla sentenza Ciulla), in *Riv. Int. Dir. dell'Uomo*, 1990, 36.

Cfr. in *Corriere Giur.*, 2000, 1435; GALLI G., *Diritto alla riparazione degli errori giudiziari*, in *Giust. e Cost.*, 1982, 39 ss e CHIAVARIO M., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il suo contributo al rinnovamento del processo penale italiano*, in *Riv. dir. intern.*, 1974, 454 ss.

Altri principi costituzionali costituiscono il caposaldo del diritto alla riparazione: l'art. 2 Cost., il quale sancisce l'adempimento da parte dello Stato dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, e l'art. 10 Cost., il quale afferma che l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute (7).

Va da sé che l'istituto della riparazione si sostanzia in una garanzia della libertà personale, quale realizzazione dei presupposti contenuti negli artt. 13 comma 1 e 24 comma 4 Cost. (8).

Relativamente alla riparazione per errore giudiziario significativo è lo scritto di Cannone, *Il diritto alla riparazione previsto dagli Accordi internazionali sui diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in *RDIn*, 1986, 38 ss.; PISAPIA G.D., *Legislazione di emergenza e garanzie costituzionali: in tema di limiti massimi di carcerazione preventiva*, in *Riv. Dir. proc.*, 1983, 185; GALLI G., *Diritto alla riparazione degli errori giudiziari*, in *Giust. e Cost.*, 1982, 39, dove si esaminano le norme della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo che disciplinano la riparazione dell'errore giudiziario nonché PEDRAZZI FRANCESCA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Protocollo addizionale n. 7: una nuova tappa nella tutela delle garanzie fondamentali*, in *Riv. int. dei dir. dell'uomo*, 1992, 453.

Sul dibattito in sede di commissione redigente e consultiva del nuovo codice di procedura penale e sui rapporti con la ratifica della convenzione di Roma per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, entrata in vigore il 26 ottobre 1955, nonché col Patto internazionale di New York relativo ai diritti civili e politici entrato in vigore il 15 dicembre 1978 v. CONSO G., *Un istituto di difficile coordinamento tra legge delega ed impegni costituzionali*, in *Giust. pen.*, 1979, 297 ss.

V. anche CASAROLI G., *La Convenzione Europea sul risarcimento alle vittime dei reati violenti: verso la riscoperta della vittima del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986, 560 ss.

Interessante è Cass. civ. sez. un., 12 giugno 1999, n. 328, in *Riv. Dir. Internaz. Priv. e proc.*, 2000, 727, in cui si nega la giurisdizione italiana in relazione alla domanda di risarcimento danni causati da un errore giudiziario, proposta da un cittadino italiano contro uno stato straniero.

Sulle fonti internazionali e le fonti storiche VANNI R., *La detenzione ingiusta. Il procedimento riparatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 651 ss.

(7) Non può disconoscersi che le norme pattizie contenute nella Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo e delle libertà fondamentale e nel Patto internazionale sui diritti civili e politici abbiano assunto la qualità di norme non scritte, sentite e fatte proprie dalla Comunità internazionale.

Cfr. al riguardo BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, 6 ed., Cedam, Padova, 1992, pp. 586, 587: «l'art. 2, di converso, come è ovvio, trattando delle basi fondamentali della convivenza, richiede l'adempimento dei doveri di solidarietà, politica, economica e sociale.

Anche sotto questo profili l'art. 2 è una matrice, quella degli obblighi costituzionali, i quali sono principalmente contenuti negli artt. 2, 53 e 54 C. (...) La solidarietà politica, economica e sociale di cui parla l'art. 2 è un termine derivato dalla dottrina sociale cattolica, che fu accettato da tutte le forze politiche dell'assemblea costituente, perché rappresentava in modo plastico questo senso di unità della comunità sottostante allo stato, che impone doveri senza i quali non può esservi pacifica e fattiva convivenza».

Cfr. anche CATARINELLA P., *Riparazione per ingiusta detenzione*, in *Giur. di Merito*, 1993, 1092.

(8) *Amplius v. COPPETTA M.G.*, *La riparazione per ingiusta detenzione: il regime transitorio*, in *Cass. Pen.*, 1992, 361.

A livello di disciplina normativa, trattandosi di un diritto assoluto nuovo per il nostro ordinamento giuridico (9), l'art. 315, comma 3, c.p.p. rinvia genericamente, sia per gli aspetti processuali sia per quelli sostanziali, alla disciplina della riparazione per errore giudiziario di cui all'art. 645, c.p.p. (10).

Il c.p.p. predispone una disciplina procedurale comune alla riparazione dell'errore giudiziario e per l'ingiusta custodia; pertanto, sotto questo profilo, comuni sono anche le carenze che è dato riscontrare a livello di disciplina.

Se presupposto dell'istanza di riparazione per ingiusta detenzione è la sentenza irrevocabile di assoluzione con la formula di proscioglimento, indicata nella prima parte dell'art. 314 (11), e, nel caso di riparazione di errore

(9) La novità assoluta dell'istituto spiega le problematiche applicative sorte nell'immediatezza dell'entrata in vigore del nuovo codice e risolte, per esigenze di certezza giuridica, con la tesi di non applicare le nuove norme nei confronti di coloro che, pur avendo subito ingiustamente una detenzione, abbiano assistito alla definizione del procedimento prima della data del 24 ottobre 1989.

La retroattività degli effetti *ex art.* 314 c.p.c. riguarda la detenzione sofferta prima dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale.

Significativa in proposito Corte d'Appello Perugia, ordinanza del 27 giugno 1991, in *Giur. Di Merito*, 1990, 1087, nonché CATARINELLA P., *Riparazione per ingiusta detenzione*, in *Giur. di Merito*, 1993, 1091.

Sul punto anche Cass. pen., sez. IV, 11 maggio 1993, in *Mass. Pen. Cass.*, 1994, fasc. 3, 103 e in *Nuovo Dir.*, 1993, 563.

(10) Cfr. in proposito C. Appello Milano 17 gennaio 1994, in *Giur. it.* 1995, 439 e 441; C. Appello di Trento, ordinanza 24 ottobre 1996 in *Foro it.* 1997, II, 501 nonché CANALE M., *Il problema dell'appartenenza delle somme corrisposte dallo Stato a titolo di riparazione per ingiusta detenzione nel caso di morte del soggetto ingiustamente detenuto*, in, www.giuristi.thebrain.net/zaleuco/canale.htm, p. 1, laddove l'autore lamenta la scarsa chiarezza delle norme compensata, tuttavia, dalla possibilità di diverse interpretazioni della disciplina applicativa dell'istituto.

Sulla natura sostanziale e procedimentale del rinvio operato dall'art. 315, 3 comma, c.p.p., cfr. MACRÌ M., *Il riferimento alle «conseguenze personali e familiari» derivanti dalla custodia cautelare rende effettivo il diritto alla riparazione per l'ingiusta detenzione*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1995, 721 (nota a sent. Cass., sez. Un., 31 maggio 1995, ivi pubblicata, 712).

(11) Non avrebbe a tal riguardo rilievo se a tale formula il giudice penale fosse pervenuto per l'accertata prova positiva di non colpevolezza o per l'insufficienza o contraddittorietà della stessa, o ancora se l'assoluzione fosse stata pronunciata ai sensi del primo o del comma 2 dell'art. 530 c.p.p.

Cfr. al riguardo Cass. pen., sez. IV, 12 aprile 2000, n. 2365, in *CED Cassazione*, 2000.

Sull'erroneità dell'ordine di esecuzione quale nuova situazione legittimante la riparazione per l'ingiusta detenzione (es. ordine di esecuzione emesso in assenza di valido titolo esecutivo), v. LAVARINI B., *Ordine di esecuzione e detenzione ingiusta*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 938 ss.

giudiziario, il proscioglimento in sede di revisione (12), la *ratio* giustificatrice degli istituti è da rinvenirsi nel riconoscimento di un diritto soggettivo pubblico, quale legittima pretesa nei confronti dello Stato, sulla base di una causale eziologicamente riferita al legale esercizio di una pubblica funzione, quale è il potere giurisdizionale di disporre la custodia cautelare di cui agli artt. 284, 285, 286 c.p.p. (13).

Il fondamento della revisione è stato ravvisato talora nell'errore giudiziario, talaltra nella certezza dei comandi in quanto aspetto della certezza giuridica in generale, in cui la coerenza dell'ordinamento svolge un ruolo fondamentale (14).

Mai come in questo caso si fa sentire la tensione tra giustizia e diritto: basti pensare alla connotazione finalistica del rimedio contro le lesioni del bene fondamentale della libertà personale (15).

(12) Denuncia l'arretratezza della disciplina dell'errore giudiziario CARAMAZZA I.F., in, *La riparazione dei danni da errore giudiziario e da ingiusta detenzione (una novità – di antica data! – nel progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale)*, in *Vita notarile*, 1979, 506.

Cordero è fortemente critico: «è un diritto codificato tardi: l'assai poco decente art. 571, testo 1930 (sostituito dall'art. 1 legge 23 maggio 1961 n. 504), elargiva un «soccorso» al bisognoso.» CORDERO F., *Codice di procedura penale*, Utet, 1990, 721.

(13) PINI V., *La qualificazione dell'indennizzo nella riparazione per ingiusta detenzione: parametri variabili e disorientamenti giurisprudenziali*, in *Giur. it.* 1995, 437.

(14) L'inconciliabilità logica tra giudicati penali è sintomo della presenza di un errore che dovrà essere in concreto rilevato e accertato.

Accettato l'errore come un accadimento naturale, la soluzione più equilibrata è proprio quella di disciplinarlo, di tal che a certe condizioni l'errore diviene fonte di nuovo accertamento.

Così LUPACCHINI O., *La risoluzione della cosa giudicata penale tra etica e diritto*, in *Giur. It.*, 1996, 103.

V. anche VANNI R., *Revisione del giudicato penale*, in *Enc. Dir.*, voce, XL, Milano, 1989, 159 e 161, TREVISSON LUPACCHINI T., *Revisione e riparazione dell'errore giudiziario: una questione di «ius superveniens»*, in *Giur. It.*, 1990, 423 ss.; AGNOLI F.M., *Il giudizio di ammissibilità nell'azione risarcitoria da errore giudiziario nel testo trasmesso dalla Camera dei deputati al Senato*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1988, 567; LASERRA G., *Lo Stato nella responsabilità per errore giudiziario*, in *Amm. e cont. dello Stato e degli enti pubbl.*, 1987, 1.

Cfr. anche KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, 3 ed., Torino, 1975: se l'applicazione del diritto è contemporaneamente produzione di diritto, la sentenza giudiziaria assume non già un carattere esclusivamente dichiarativo, bensì carattere «costitutivo», in quanto è semplicemente la continuazione del processo di produzione del diritto.

(15) Sul significato di giustizia ELIA L., *Effettività della tutela giudiziaria*, in *Dem. e dir.*, 1986, 137; ROSSO A.G.B., *La crisi della giustizia*, in *Dir. e pratica nella assic.*, 1986, 695 ss. nonché AGRÒ A.S., *Il primo intervento della Corte costituzionale in tema di riparazione per l'ingiusta detenzione*, in *Giur. Cost.*, 1992, 1910; LUPACCHINI O., *op. cit.*, in *Giur. It.*, 1996, 102.

Quest'ultimo autore affronta il problema della cosa giudicata in senso sostanziale e l'esigenza etica della giustizia.

Analizza la polemica risalente sulla giustizia e il diritto nonché le discrepanze tra verità legale e verità naturale, concludendo per l'estraneità della verità naturale all'universo del diritto.

Su quest'ultimo importante aspetto significativo FASSÒ G., *Storia della filosofia del diritto*, I, Bologna, 1970, 37: l'ammettere che la prova in giudizio non ha, di regola, il carattere della verità assoluta, ma è recata quale elemento di probabilità e verosimiglianza dovrebbe implicare, piuttosto, che già solo per questo, di regola verità materiale e verità giudiziale sono concetti non destinati a coincidere.

Da una parte si ritiene che non si possa ritenere *secundum ius* la condanna di un innocente (16), dall'altra si nega l'antigiuridicità dell'atto, giacché la validità giuridica è ratificata dal fatto che ne viene ricollegata, come conseguenza giuridica, la concessione dell'azione riparatoria (17).

Significativo al riguardo è Kelsen (18) il quale, pur pessimisticamente riconoscendo che finché ci saranno organi giudiziari vi saranno inevitabilmente anche errori giudiziari, concepisce lo Stato come ordinamento giuridico incapace di commettere illecito e riconosce che alle vittime della giustizia non è applicato altro che il diritto, il quale in tal caso interviene come correttivo.

Significativa al riguardo è la sentenza della Corte costituzionale del 2 aprile 1999, n. 109, la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 314, comma 1 e comma 2 c.p.p., in quanto mancante, nella disciplina dell'art. 314, c.p.p., la previsione di un corrispondente diritto a favore di chi sia stato colpito, non da una misura cautelare detentiva, bensì dalla misura dell'arresto in flagranza (artt. 380 e 381) o da quella del fermo di indiziato di delitto (art. 384) (19).

L'identificazione della giustizia con la libertà è stata operata da KANT E., *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*, 1784, Tesi V e VIII.

Per la negazione di giustizia invece HEGEL, *Filosofia del diritto*, § 30, il quale considera lo Stato come Dio che si è realizzato nel mondo e si nega fin la possibilità di discutere sotto qualsiasi aspetto l'ordinamento giuridico: «Il diritto è qualcosa di sacro in genere perché è l'esistenza del concetto di assoluto».

La tensione tra giustizia e libertà si riverbera inevitabilmente anche in ordine al rapporto tra legge civile e morale. Attualmente esiste la tendenza a far coincidere la moralità propria del diritto, con quella dello Stato, in virtù del primato contemporaneo della politica.

La conseguenza estremizzante è che se lo Stato è totalità etica, nessuna altra forma di orizzonte etico potrà essere legittimata.

In questa prospettiva, dunque, l'*ethos* individuale non solo rischia di perdere ogni consistenza, ma ha continuamente bisogno di quello pubblico per trovare una propria identità.

Interessante è anche GRANDE L., *Il nuovo codice e la libertà dell'imputato*, in *Il ponte*, 1990, 31, dove l'autore, dopo aver affrontato il tema della custodia cautelare in carcere nel nuovo codice, evidenzia la cospicua novità costituita dal diritto alla riparazione per l'ingiusta detenzione che finalmente viene equiparata all'errore giudiziario.

(16) CARAMAZZA I. F., *La riparazione dei danni da errore giudiziario e da ingiusta detenzione (una novità – di antica data! – nel progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale)*, in *Vita notarile*, 1979, 506 ss.

(17) LUPACCHINI O., *op. cit.*, in *Giur. It.*, 1996, 112.

(18) KELSEN H., *Gott und Staat*, in *Logos*, XI, 3, 278 e ss.

(19) Corte cost. 2 aprile 1999, n. 109, in www.giust.it/cst1999-0109.htm.

Per il commento a tale ultimo intervento della Corte costituzionale cfr. APRILE E., *Il diritto alla riparazione spetta anche a colui che è stato ingiustamente detenuto in quanto arrestato in flagranza o fermato perché indiziato di delitto*, in *Il Nuovo Dir.*, 1999, 331, dove l'autore osserva che la Corte ha posto rimedio ad una innegabile distonia del c.p.p. relativamente ai presupposti per ottenere la riparazione per ottenere la riparazione per l'ingiusta detenzione.

Sulla stessa linea D'ALESSIO R., *Misure cautelari personali. Riparazione per l'ingiusta detenzione*, in *Giur. cost.*, 1999, 960 e MARANDOLA A., *Riparazione per l'ingiusta detenzione*, in *Studium Iuris*, 1999, 700 ss.

Le due azioni riparatorie si differenziano, in quanto la riparazione per ingiusta detenzione si pone quale tutela anticipata rispetto all'errore giudiziario, interagendo con quest'ultima in un rapporto che è stato definito da *genus ad speciem* (20), ove l'ingiusta detenzione si configura quale ulteriore specificazione dell'errore giudiziario.

Se ne ribadisce l'assoluta e completa autonomia di valutazioni rispetto al processo penale, tant'è che la domanda di riparazione pecuniaria può essere proposta solo attraverso i suddetti istituti (21).

Il procedimento coinvolge interessi economici e presenta connotati processualciviltistici giacché si applicano, per quanto non diversamente disposto, i principi e le norme di diritto processuale civile (22): la natura di processo civile, per la maggioranza della dottrina e della giurisprudenza, è indubitabile, nonostante i due istituti siano inseriti per ragioni di opportunità in una procedura che si svolge innanzi al giudice penale (23).

V. anche al riguardo GALLO G.M., *Riparazione per l'ingiusta detenzione e s-favor rei. La storia di un istituto sospeso fra un'incerta evoluzione dommatica ed i condizionanti segnali provenienti dal giudice delle leggi e da quello di legittimità. L'attuale equilibrato orientamento di una corte di merito*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, n. 4, 406 ss.; SANTORIELLO C., *Un'opportuna precisazione in tema di ingiusta detenzione*, in *Giur. cost.*, 1999, fasc. 2, 961 nonché SPANGHER G., in *Studium iuris*, 1999, n. 5, 594. *Riparazione per il fermo e l'arresto, ritrattazione alla p.g.*

Quest'ultimo autore rileva come l'ipotesi della misura cautelare disposta in assenza di validi presupposti presenti una stretta analogia con quello del fermo o dell'arresto non convalidati in tempo utile, posto che la mancata convalida priva la misura assunta del requisito richiesto dall'art. 13, comma 2 e 3, cost. decretandone, in tal modo, la illegittimità.

Cfr. sui presupposti dell'istituto ancora SPANGHER G., *Archiviazione e riparazione per l'ingiusta detenzione*, in *Studium iuris*, 1998, 339.

(20) COPPETTA M.G., *La riparazione per ingiusta detenzione*, Cedam, 1993, 215 ss.

V. anche DI PALMA E.M., *Riparazione per ingiusta detenzione: parametri sui quali articolare il giudizio quantificatorio*, in *Cass. Pen.*, 1997, 820.

(21) Sul punto è molto eloquente Cass. pen., sez. VI, 23 febbraio 1999, n. 728, in *Cass. Pen.*, 2000, 1727.

(22) Cass. Pen., sez. VI, 27 gennaio 1999, in *Cass. Pen.*, 2000, 145 e in *Dir. Pen. e Processo*, 2000, 363; Cass. pen., sez. VI, 27 gennaio 1999, n. 267, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1999, 271; Cass. pen., sez. IV, 15 gennaio 1997, in *Cass. Pen.*, 1998, 1750; Cass. pen., sez. VI, 12 aprile 1995, n. 1304, in *Cass. Pen.*, 1995, 2230 e in *Giust. Pen.*, 1995, III, 385; Cass. pen., sez. IV, 17 dicembre 1992, in *Giust. Pen.*, 1993, III, 213 e in *Mass. Pen. Cass.*, 1993, fasc. 9, 7.; Cass. pen., sez. IV, 27 novembre 1992, in *Mass. Pen. Cass.*, 1993, fasc. 6, 47; Cass. pen., sez. IV, 17 dicembre 1992, in *Giust. Pen.*, 1993, III, 213 e in *Mass. Pen. Cass.*, fasc. 9, 7; Cass. pen., sez. IV, 27 novembre 1992, in *Mass. Pen. Cass.*, 1993, fasc. 6, 49.

La prima affermazione sulla natura civilistica del procedimento *de quo* è stata quella di Cass. pen. sez. un., 6 marzo 1992, in *Cass. pen.* 1992, 2035.

La *sedes materiae* in cui il procedimento per l'attribuzione di somme a titolo di equa riparazione per l'ingiusta detenzione è inserito, ossia il codice di procedura penale (artt. 314 - 315), non ne ha mutato la natura civilistica. Ne consegue, peraltro, che avverso le sentenze della Corte di cassazione in sede penale viziate da errore di fatto il rimedio esperibile, di cui all'art. 391-bis c.p.c., è senz'altro il ricorso per revocazione alla medesima Corte di cassazione, che decide con il procedimento camerale *ex art.* 127 c.p.p.

(23) RIVELLO P.P., *Riparazione per l'ingiusta detenzione*, in *Digesto, Pen.*, XII, Utet, Torino, 1996, 347; Cass. pen., sez. IV, 25 marzo 1998, n. 970 in *CED Cass.*, 1998, Cass. Pen., sez. VI, 27 gennaio 1999, n. 267, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1999, 271.

La collocazione nel codice di procedura penale di un istituto a prevalente valenza civilistica ne interpreta l'intima *ratio* garantista e di tutela dei massimi valori costituzionali, in cui l'esigenza di celerità ricopre senz'altro un ruolo primario.

Né, d'altronde, il diritto potrebbe avere natura penale sostanziale, non configurando reati o comminando pene siamo, infatti, al di fuori degli artt. 25 comma 2 Cost. e 2 comma 3 c.p. – né il soggetto richiedente è assimilabile all'imputato, ma piuttosto all'attore in un giudizio civile (24).

L'asserita natura civilistica non dovrebbe, tuttavia, adombrare gli innegabili interessi pubblicistici che ne costituiscono il perno, e la cui sorte non può essere affidata esclusivamente all'attività delle parti (25), in quanto il diritto alla riparazione è un diritto che non trova la sua fonte in un rapporto tra privati, bensì in una obbligazione pubblica che deriva dall'esercizio stesso da parte dello Stato dell'attività giurisdizionale (26).

La fattispecie costitutiva non può, infatti, essere ricondotta ad una ipotesi di fatto illecito, né *sub specie* art. 2043 né sotto alcuna fattispecie illecita tipica, in quanto la sottoposizione a custodia cautelare è da qualificarsi come atto avente carattere autoritativo, che non viene eliminato per mezzo della sentenza di proscioglimento.

Ne consegue che proprio a causa di questa connotazione pubblicistica riesce difficoltoso accogliere *tout court* la tesi della natura civilistica.

Ciò nondimeno non può sottovalutarsi che il substrato indefettibile e, spesso esclusivo, della base probatoria del giudizio sull'esistenza del diritto alla riparazione è rappresentata da atti relativi al procedimento penale, principale e incidentale, cui la domanda si riferisce.

(24) Ne consegue che non si applicano gli artt. 571 e 613 c.p.p. nella parte in cui consentono all'imputato di proporre personalmente ricorso per cassazione, (cfr. Cass. pen., sez. IV, 9 maggio 2000, n. 2772, in *CED Cassazione*, 2000, e che il mandato *ad litem* è disciplinato dalle norme del codice di procedura civile e non già da quelle del codice di procedura penale (Cass. pen., sez. IV, 21 aprile 1994, in *Mass. Pen. Cass.*, 1994, fasc. 9, 1999, Cass. pen., sez. IV, 31 gennaio 1994 in *Giust. Pen.*, 1994, III, 499 e in *Mass. Pen. Cass.*, 1994, fasc. 5, 116; Cass. pen., sez. IV, 18 dicembre 1993, in *Mass. Pen. Cass.*, 1995, fasc. 7, 73).

La procura speciale, pertanto, per la proposizione del ricorso per cassazione, ex art. 365 c.p.c., va rilasciata *ex professo* con particolare e specifico riferimento alla fase processuale del giudizio di legittimità sulla base di una ponderata valutazione della sentenza da impugnare.

Inoltre, sempre per lo stesso principio il carico delle spese va regolato secondo il principio della soccombenza di cui all'art. 91 c.p.p., Cass. pen., sez. un., 12 marzo 1999, n. 8 in *Cass. Pen.*, 1999, 3385.

V. pr. 3.

Cfr. anche Cass. pen. sez. un., 6 marzo 1992, in *Cass. pen.* 1992, 2035 nonché Cass. pen., sez. IV, 11 maggio 1993, in *Nuovo Dir.*, 1993, 563.

(25) Nota a C. App. Palermo, ordinanza 19 novembre 1996, in *Foro it.* 1997, c. 705 e Cass. 8 luglio 1994 MAFFEZZOLI.

(26) Cass. pen., sez. IV, 7 aprile 2000, n. 2225 in *CED Cass.* 2000.

Né può negarsi che sovente le valutazioni giudiziali – come quelle sulla definitività della sentenza di assoluzione, di non luogo a procedere o di archiviazione, ovvero sulla irrevocabilità della decisione di cui all'art. 314 comma 2 c.p.p. – seguono le regole stabilite dal cpp.

Vero ciò, appare incongruo applicare forme civilistiche a verifiche che hanno a fondamento istituti propri del procedimento penale, anche perché il potere del giudice civile si inquadra nelle situazioni soggettive del potere-facoltà, e non del potere-dovere proprio del giudice penale.

Inoltre è indubitabile che il giudice della riparazione ha il compito di acquisire gli atti della P.A. e non invece gli atti processuali costitutivi dello stesso procedimento.

È questo il motivo per cui si è sostenuto che, configurandosi la riparazione come un diritto soggettivo di ordine pubblicistico, il giudice più naturalmente competente sarebbe proprio quello penale, il quale solo avrebbe la facoltà di ripristinare una situazione giuridica direttamente creata da un provvedimento giurisdizionale ingiusto (27).

Il profondo significato di garanzia *ex post* della inviolabilità della libertà colloca l'istituto nettamente nell'ambito del diritto pubblico: «l'interesse che lo sorregge prima che privato è dell'ordinamento tutto, nel suo significato di verità e giustizia» (28).

Non privo di rilevanza si configura l'inserimento dei suddetti istituti nel c.p.p., dettato, si è detto, da ragioni opportunità politica, non imposte ma favorite dalla Costituzione stessa: emerge, *ictu oculi*, come questo diritto costituzionalmente garantito sia stato incardinato in una materia riservata alla giurisdizione penale.

Va da sé che neppure la giurisdizione penale è la sede adatta per accogliere la materia riparatoria, in ragione della sua estraneità alle vicende incidenti sullo *status libertatis* dell'individuo (artt. 13 e 25 comma 2, Cost.) (29).

(27) JANNELLI E., *Sulla natura civilistica o pubblicistica del procedimento riparatorio la Corte di cassazione alle soglie di un nuovo cambiamento di rotta sul tema tormentato della riparazione?*, in *Cass. pen.* 1995,2983.

L'autore annota la sentenza 16 aprile 1995

(28) *Cass. pen.*, sez. IV, 14 aprile 1995, in *Cass. Pen.*, 1995, 2979.

(29) In questo senso, principalmente, GIOSTRA G., *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, Giuffrè, 1983, 100 s e NOBILI M., *Contributo allo studio del processo di prevenzione praeter delictum*, Giuffrè, 1974, 43, ai quali vanno il merito di aver svincolato, attraverso una rigorosa ricostruzione del tessuto costituzionale, la giurisdizione penale dal riferimento alla natura delle fattispecie e delle sanzioni, rispettivamente, da accertare e da infliggere, ampliandone così il campo di operatività.

Cfr. sul punto anche COPPETA M.G., *Brevi note sul procedimento per la riparazione dell'ingiusta detenzione*, in *Cass. Pen.*, 1994, 2173.

Sarebbe auspicabile prevedere, tenuto conto della specificità della materia riparatoria, una struttura processuale caratterizzata dalle prerogative della giurisdizione penale, anche se maggiormente differenziata da quelle che trattano situazioni penali in senso stretto (30).

D'altronde, che la tesi della natura processualcivilistica delle azioni riparatorie sia sbrigativa, lo dimostra il fatto che il diritto fatto valere sia di rilevanza costituzionale ed appare riduttivo inquadrarlo in una mera pretesa di carattere civilistico.

Amnesso e non concesso che l'oggetto della procedura riparatoria sia una situazione meramente economica, è incontrovertibile che il procedimento sia finalizzato all'accertamento della sussistenza del diritto, prima ancora che alla determinazione del *quantum*, ponendosi come momento istruttorio prioritario ed imprescindibile.

Il rito *de quo* è infatti preordinato a verificare se le lesioni della libertà personale subite dalle vittime assumono rilievo in ambito riparatorio e con ciò è evidente come l'accertamento dei presupposti si incardini in una materia riservata alla giurisdizione penale.

Ed invero, la peculiarità della natura giuridica del procedimento di riparazione si evince anche dalla struttura dell'onere probatorio che, come dimostreremo in seguito, non obbedisce ad istanze e regole meramente processualcivilistiche.

Una soluzione potrebbe essere quella di inquadrare la materia nell'ambito della giurisdizione volontaria, proprio a causa dell'assenza di contenziosità del procedimento.

È possibile riscontrare analogie con l'azione di interdizione, di disconoscimento della paternità, di scioglimento del matrimonio anche a causa della presenza del P.M. che si configura come parte pubblica chiamata in causa proprio per tutelare interessi di natura pubblicistica (non si dimentichi che il p.m. può proporre impugnazione nei procedimenti riparatori).

Con ciò si potrebbe agevolmente inquadrare dogmaticamente il rapporto come obbligazione pubblica o di diritto pubblico, senza dover faticosamente ricorrere ai canoni dell'inadempimento dell'obbligazione (31).

Ciò nondimeno, dall'opzione legislativa non possono che trarsi conseguenze obbligate.

(30) In tal senso COPPETTA M.G., *Brevi note sul procedimento per la riparazione dell'ingiusta detenzione*, in *Cass. Pen.*, 1994, 2173.

L'autrice confuta, sulla base della scarna e lacunosa disciplina riparatoria, la premessa della sentenza che annota (*Cass. pen.*, sez. IV, 28 giugno 1993, 2171) la quale, conforme alla consolidata giurisprudenza secondo cui il procedimento di riparazione, siccome attiene ad interessi economici, segue le norme processualcivilistiche.

(31) C. Appello di Trento, ordinanza 24 ottobre 1996 in *Foro it.* 1997, II, 501 e in *Nuovo Dir.*, 1991, 518.

Tuttavia, dal punto di vista dottrinario sarebbe opportuno accantonare ogni tentativo di inquadramento a livello dogmatico dell'azione di riparazione e riconoscerle, invece, una peculiare strutturazione a livello procedimentale che le conferisce una autonomia giuridica che mal si concilia con gli usuali modelli tradizionali.

Presupposto del diritto alla riparazione è la custodia cautelare successivamente riconosciuta ingiusta.

La suddetta ingiustizia è accertata in un momento cronologicamente posteriore al periodo di espiazione della misura cautelare ed è questo il momento in cui deve essere verificata la sussistenza delle condizioni che legittimano la proposizione dell'azione, ossia qualora l'imputato sia stato prosciolto (32).

In dottrina e in giurisprudenza sono stati individuati di volta in volta una fattispecie a formazione progressiva, un diritto sottoposto a condizione sospensiva, operativa solo quando interviene il provvedimento di proscioglimento del giudice, ed altresì un diritto inesistente prima del proscioglimento.

L'art. 314, difatti, non stabilisce il momento a partire dal quale la condotta dolosa o gravemente colposa assume rilevanza ai fini dell'esclusione del diritto, ma crea comunque un collegamento consequenziale tra la condotta tenuta dall'istante e il momento genetico della perdita della libertà, consentendo al giudice di valutare il comportamento dell'istante in ogni fase temporale, a partire dal periodo antecedente l'emissione del provvedimento cautelare e risalendo addirittura all'epoca della legale conoscenza dell'attivazione di investigazioni a suo carico (33).

II

CONDIZIONI OSTATIVE ALLA RIPARAZIONE

Al fine di evitare abusi, il legislatore esclude il diritto alla riparazione per errore giudiziario qualora il condannato abbia causato l'errore.

Per quanto riguarda l'ingiusta detenzione, invece, ai sensi dell'art. 314 comma 1 c.p.p., nessun soggetto può vantare un diritto alla riparazione della custodia cautelare subita qualora vi abbia dato o concorso a darvi causa per dolo o colpa grave, e ciò in ossequio al principio generale dell'autoresponsabilità presente nell'ordinamento e desumibile dagli artt. 1227 e 2056 c.c. e 643 c.p.p.

Le condizioni ostative si sostanziano in un correttivo del diritto alla riparazione, rimedio generale di natura solidaristica ed indennitaria.

(32) Cfr. Cass. pen., sez. I, 25 luglio 1991, in *Riv. pen.* 1992, 515.

(33) Cass. pen., sez. un., 13 dicembre 1995, in *Giur. It.*, 1997, II., 72. Cfr. anche ORLANDO L., *Sulle condizioni ostative alla riparazione per l'ingiusta detenzione*, in *Giur. It.*, 1997, II, 71, che annota tale sentenza.

L'analisi del concetto di dolo e colpa grave richiederebbe un'indagine approfondita, considerate le implicazioni che comporta nonché e le difficoltà di applicare tout court la disciplina civilistica ad elementi di provenienza penalistica.

Tuttavia, nell'economia del presente lavoro, ci limiteremo ad analizzare solo taluni aspetti della delicata problematica, rimandando per il resto alla teoria generale del diritto.

Giova ricordare come l'operazione logica propria del giudice del processo penale, volta all'accertamento della sussistenza di un reato, è diversa da quella del giudice della riparazione, in ragione del diverso iter logico che deve percorrere.

Nella «compensazione delle colpe» delineata dal legislatore, in cui i parametri di riferimento sono la «responsabilità» del danneggiante Stato e l'autoresponsabilità del danneggiato, quest'ultima assurge a *causa paralizzatrice*, in tutto o in parte, degli effetti dell'evento dannoso, influenzando sulla corresponsione dell'indennizzo (34).

Si viene a determinare un sinallagma politico costituzionale tra il diritto all'equo indennizzo, espressione di solidarietà sociale nei confronti del singolo che abbia sofferto un danno ingiusto per un atto dell'autorità, e il rispetto da parte del cittadino dei doveri inderogabili di buona fede e correttezza posti dall'ordinamento statale (35).

Per escludere il diritto alla riparazione per ingiusta detenzione è sufficiente che l'indagato abbia tenuto comportamenti qualificabili come dolosi o gravemente colposi che abbiano esplicato efficacia sinergica nella instaurazione o nel mantenimento della custodia cautelare, concorrendo nella causazione dell'evento-errore.

Non importa se tali comportamenti siano coincidenti con quelli esaminati in sede penale, anche perché nell'ambito del procedimento di riparazione essi vengono apprezzati ad effetti diversi (36).

(34) PUGLIATTI S., *Autoresponsabilità*, voce, in *Enc. Dir.* Giuffrè, 1959, 459.

(35) Analizza questo rapporto ORLANDO LIVIA, *Sulle condizioni ostative alla riparazione per l'ingiusta detenzione*, in *Giur. It.*, 1997, II, 73.

(36) Cass. pen., sez. IV, 24 giugno 1998, n. 2083 in *Cass. pen.*, 2000, 478: nella fattispecie è stata censurata la condotta di un medico odontoiatra che aveva tenuto contatti con ambienti mafiosi, offrendo consapevolmente e spontaneamente le proprie prestazioni.

La suddetta condotta è stata ritenuta contributo causale della custodia cautelare, pur non essendo stata ritenuta, tuttavia, prova sufficiente della responsabilità penale, Cass. pen., sez. IV, 24 giugno 1998, n. 2083 in *Cass. pen.*, 2000, 478.

Vedi comunque anche Cass. pen., sez. VI, 11 maggio 1993 in *Mass. Cass. Pen.*, 1993, fasc. 9, 70 e in *Nuovo Dir.*, 1993, 563, ove si afferma che il giudice deve precisare quale causa di esclusione dal diritto azionato, dolo o colpa grave, ricorra.

Dello stesso orientamento anche Corte Appello Firenze, sez. I penale ordinanza del 5 luglio 2001, che respinge la domanda dell'istante, sottoposto a custodia cautelare in carcere per 44 giorni, a seguito del provvedimento del Gip presso il tribunale di Lucca, per avere scaricato rifiuti speciali nell'area di S. Rossore destinata a parco naturale protetta e sottoposta a vincolo paesaggistico, mutandone la destinazione urbanistica nonché per aver smaltito rifiuti urbani pericolosi e per truffa aggravata ai danni del comune di Viareggio e di altri comuni della zona.

Il giudice, difatti, non può affermare genericamente che l'istante abbia concorso con dolo o quantomeno con colpa grave alla causazione della detenzione, in quanto la causa ostativa al diritto all'equa riparazione per l'ingiusta detenzione deve essere accertata in modo specifico.

Ad essere messo in discussione non è il diritto costituzionale di difesa, bensì le modalità di esercizio di esso: anche la condotta processuale, dolosa o gravemente colposa, è in rapporto di causalità con l'ingiusta detenzione.

La nozione di dolo civilistico si differenzia da quello di cui all'art. 42 c.p., in quanto la condotta dolosa si identifica non solo con quella volta alla realizzazione di un evento voluto e rappresentato nei suoi termini fattuali (indipendentemente dalla confliggenza o meno con una prescrizione giuridica), ma anche con la condotta consapevole e volontaria che sia tale da creare una situazione di allarme sociale e di doveroso intervento dell'autorità giudiziaria a tutela della comunità ragionevolmente ritenuta in pericolo (37).

La nozione di dolo da adottare, secondo una parte della dottrina, dovrebbe essere desunta dalla teoria generale del negozio giuridico e la condotta dolosa dovrebbe essere identificata con qualunque comportamento, anche omissivo, finalizzato all'inganno con artifici e raggiri (38).

Secondo altra dottrina, invece, il dolo non va inteso in senso civilistico, con implicazioni fraudolente, ma in riferimento ad ogni azione od omissione consapevolmente posta in essere, anche se non biasimevole (39), con conseguente ampliamento delle ipotesi di cause ostative alla riparazione.

Il pretore di Viareggio condannava l'imputato per tutti i reati ascrittigli, ma la Corte di Appello di Firenze dichiarava la prescrizione di tutti i reati contestati.

La Corte ha ritenuto che nel caso di specie il soggetto abbia con colpa grave dato causa o concausato la sua detenzione, tale da far ritenere doveroso l'intervento dell'Autorità.

Significativa anche Cass. pen., Sez. IV, 22 febbraio 1994, n. 1373, in *Riv. Pen.*, 1995, 354, annotata da ALIBRANDI A., *Cenni sulla riparazione per ingiusta riparazione*, *ivi*, 354 ss.

La Suprema Corte ha negato la sussistenza del diritto alla riparazione, avendo ritenuto che ricorresse la colpa grave del ricorrente che aveva volontariamente taciuto la possibilità di fornire un valido alibi e aveva addirittura prospettato un mendacio all'autorità inquirente. Cfr. anche Cass. pen. sez. IV, 11 maggio 1993, in *Mass. Cass. Pen.*, 1993, fasc. 9, 83, laddove si fa riferimento ad una macroscopica negligenza, imprudenza e trascuratezza del soggetto. Per un'osservazione critica circa la discrasia tra le due discipline, atteso che il diritto alla riparazione per ingiusta detenzione è escluso pure nel caso di semplice concorso nella causazione dell'errore, v. SCOMPARIN LAURA, *Riparazione del errore giudiziario*, *Digesto, Pen.*, XII, Utet, Torino, 1996, 322 e SCOMPARIN LAURA, *La riparazione per ingiusta detenzione*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. CHIAVARIO-E. MARZADURI, VI, Torino, 1996, 411 ss.

(37) Significativa al riguardo è Cass.pen., sez.IV, 31 gennaio 1994, in *Cass. Pen.*, 1997, 813.

(38) LEONE G., *Trattato di diritto processuale penale*, vol. III, Iovene, 1961, 289, LEONE G., *La riparazione degli errori giudiziari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, 314 s; MANZINI V., *Trattato di diritto processuale penale*, vol. III, Iovene, 1961,289; SONANI, *Riparazione per ingiusta detenzione*, Utet, 1993, 31.

(39) Così CORDERO F., *Procedura penale*, 3 ed., Giuffrè, 1995, 522.

La Corte di cassazione, in una pronuncia del 1997, ha ritenuto di accedere ad una nozione di dolo comprensiva non solo di una condotta voluta e rappresentata, ma anche di quella consapevole e volontaria che sia tale da creare allarme sociale nonché da determinare il doveroso intervento dell'autorità giudiziaria (40).

La colpa grave prevista dall'art. 314, 1 comma, c.p.p. ricorre, invece, in tutti quei casi nei quali il soggetto, per negligenza, imprudenza, trascuratezza (c.d. *nimia negligentia*) (41), ponga in essere una situazione tale da fornire prevedibile ragione di intervento all'autorità giudiziaria, con conseguente adozione di misura cautelare, ovvero da dissuadere la stessa autorità dal revocare lo stato di privazione della libertà (42).

L'elemento della colpa viene ricavato dall'art. 43 c.p. ed individuato nel comportamento cosciente e volontario al quale senza volerne e senza rappresentarsene gli effetti consegue un effetto idoneo a trarre in errore l'organo giudiziario (43).

(40) Cass. pen., sez. IV, 31 gennaio 1994, in *Cass. Pen.*, 1997, 814.

Cfr. anche DI PALMA E. M., *Dolo e colpa grave, cause ostative al sorgere del diritto soggettivo alla riparazione per ingiusta detenzione*, in *Cass. Pen.*, 1997, 816, dove l'autrice esamina la suddetta sentenza valutando la portata del concetto di dolo, sottolineandone la derivazione contrattualistica, distinta da quella tracciata dall'art. 43 c.p., giacché riguarderebbe, più che la previsione e volontà dell'evento, la idoneità della condotta a trarre in errore il soggetto tenuto alla prestazione.

Per la nozione corrente di dolo nel diritto penale inteso come rappresentazione e violazione del fatto di reato cfr. ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, 1987, Giuffrè, Milano, 364 ss.

(41) Cfr. al riguardo CORDERO F., *Codice di procedura penale commentato*, Utet, 1990, 361, nonché C. Appello Perugia, 27 giugno 1991, in *Giur. di Merito*, 1993, 1088.

I termini *nimia negligentia* sono tratti dalla frase di Ulpiano: *culpa lata est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt*.

(42) Cass. pen., sez. IV, 11 maggio 1993, in *Mass. Cass. Pen.*, 1993, fasc. 9, 83.

Nella fattispecie la Corte ha ritenuto corretta la decisione del giudice di merito, il quale aveva ravvisato la colpa grave nelle evidenti contraddizioni del ricorrente attestatosi, pur in presenza di gravi accuse, su una linea di reticenza e mendacio.

Sulla nozione civilistica di dolo e colpa richiamati dalla giurisprudenza penale per escludere il diritto all'indennizzo.

PINI V., *In tema di quantum debeatur nella riparazione per l'ingiusta detenzione*, in *Giur. it.* 1996, II, 147, nota 15: sulla nozione civilistica di dolo e colpa richiamate dalla giurisprudenza penale per escludere il diritto all'indennizzo v. Cass., Sez. IV, 21 settembre 1994, in *Mass. uff.*, 1999857 in cui si sostiene che il diritto alla riparazione è escluso in ipotesi di alibi falso o mendace come qualsiasi condotta difensiva scorretta.

Restringe il dolo all'autocalunnia e alla simulazione di reato Cass., Sez. IV, 9 marzo 1994.

In tema Cass., Sez. IV, 27 novembre 1992, in *Cass. Pen.*, 1993, 1741; Cass. pen., Sez. IV, 27 novembre 1992, in *Cass. Pen.*, 1993, 1742; *Cass. pen., Sez. I*, 20 gennaio 1992, in *Giust. Pen.*, 1992, III, 512.

(43) Cfr. CATARINELLA P., *La natura e la rilevanza della colpa grave nel procedimento relativo alla riparazione per l'ingiusta detenzione e gli oneri posti in capo al ricorrente ai fini della giusta determinazione dell'equo indennizzo*, in *Giur. di Merito*, 1996, 959.

Per la nozione di dolo e colpa vedi MANTOVANI F., *Diritto penale*, Cedam, Padova, 1992.

L'art. 314, difatti, non stabilisce il momento dal quale la condotta dolosa o gravemente colposa assume rilevanza ai fini dell'esclusione del diritto, ma crea comunque un collegamento consequenziale tra la condotta tenuta dall'istante e il momento genetico della perdita della libertà, consentendo al giudice di valutare il comportamento dell'istante in ogni fase temporale, a partire dal periodo antecedente l'emissione del provvedimento cautelare e risalendo addirittura all'epoca della legale conoscenza dell'attivazione di investigazioni a suo carico (44).

Vi sono pronunce che ritengono imprescindibile che la colpa grave collegabile non possa essere individuata in un momento precedente la conoscenza della pendenza del procedimento o della cattura in quanto – così operando – si inciderebbe sui diritti fondamentali del cittadino, che sarebbe libero di vivere come vuole.

Non vi sarebbe l'obbligo, infatti, di non dare adito a sospetti (45), a meno che non si tratti di soggetti colpiti da misure preventive, anche perché

(44) Cass. pen., sez. un., 13 dicembre 1995, in *Giur. It.*, 1997, II., 72. Cfr. anche ORLANDO LIVIA, *Sulle condizioni ostative alla riparazione per l'ingiusta detenzione*, in *Giur. It.*, 1997, II, 71, che annota tale sentenza.

(45) MANTOVANI F., *Esercizio del diritto*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Giuffrè, 1966, 651.

L'Autore risolve la questione configurando in capo all'imputato non in diritto di mentire, quanto un diritto a non essere costretto a dire il vero.

Cfr. anche FELICIONI P., *Condizioni ostative al diritto alla riparazione per ingiusta detenzione ed esercizio del diritto di difesa: spunti problematici*, in *Cass. Pen.*, 1996, 2164, ss.

Sulla questione dibattuta dell'indispensabile equilibrio tra diritto al silenzio e difetto di collaborazione penalmente sanzionabile, vedi ampiamente, ORLANDO L., *Sulle condizioni ostative alla riparazione per l'ingiusta detenzione*, in *Giur. It.*, 1997, II, 74; GREVI V., *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, 135 ss.; GREVI V., *Diritto al silenzio ed esigenze cautelari nella disciplina della libertà personale dell'imputato*, in *Politica del diritto*, 1994, 531; CORDERO F., *Errore giudiziario e riparazione pecuniaria*, in *Jus*, 1963, 297; PETRELLA, *Le impugnazioni nel processo penale*, II, Milano, 1965, 740, ss.; LAMI L., *Omnis tenetur se detegere. L'abolizione del diritto al silenzio nelle indagini su affari e politica*, in *Cass. Pen.*, 1995, 2437, ss.; GALLO M., *Il concetto unitario di colpevolezza*, Giuffrè, 1951, 123 ss.;

Con riferimento al processo penale inglese, riportato anche da FELICIONI P., *op cit.*, 2164 vedi ZUCKERMAN A.A.S., *Trial by Unfair Means The report of the working Group on the right of silence*, in *The criminal Law Review*, dicembre 1989, 855 ss.

Zuckerman riferisce che in Inghilterra il diritto al silenzio comprende il diritto al silenzio in senso stretto, il privilegio contro l'autoincriminazione, la libertà di non cooperare con l'autorità giudiziaria.

Aggiunge anche che si deve riscontrare un'incidenza negativa sul diritto al silenzio a seguito dell'entrata in vigore, nel 1995, del Criminal Justice and Public Order Act 1994, in cui è previsto che il giudice, in alcune circostanze, è legittimato a trarre conclusioni dal silenzio mantenuto dall'accusato durante l'interrogatorio di polizia.

L'analisi si sposta, dunque, sull'art. 384 c.p. e sul rapporto tra diritto alla difesa e diritto alla riparazione, con particolare riferimento ai limiti e al diritto alla strategia difensiva dell'imputato.

Nell'Irlanda del Nord, già nel 1988, si è proceduto all'*abolitio* del diritto al silenzio, così come a Singapore: il tacere autorizza una inferenza probatoria e può costituire elemento utile ai fini del convincimento sul; le condotte di non collaborazione sono ritenute sintomatiche dell'esistenza di un *periculum* rilevante in sede cautelare.

la condotta preprocedimentale, non considerata reato dal giudice penale, non potrebbe essere valutata diversamente da altro giudice, seppure in un campo differente del diritto (46).

La Corte costituzionale, con sentenza del 3 dicembre 1993 (47), chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 314 in relazione agli artt. 2 e 3 Cost., ha ritenuto che non è configurabile a carico dei consociati un onere di diligenza comportamentale volto a evitare i sospetti dell'autorità, tenuto conto che si tratta di comportamenti leciti e che solo il legislatore, nell'esercizio del suo potere discrezionale, ha la facoltà di individuare i doveri inderogabili di solidarietà dei cittadini nonché i limiti e i modi di esercizio.

Si tratta del riconoscimento della più assoluta libertà di autodeterminazione dei singoli che, tuttavia, non dovrebbe porsi in contrasto con gli assunti di un orientamento della giurisprudenza della Cassazione, che in più di una occasione ha interpretato la colpa grave nel senso del rispetto dei doveri inderogabili di correttezza e buona fede, alla luce del sinallagma solidarietà dello Stato rispetto dei doveri da parte del cittadino.

In base a questo orientamento, supportato anche dalla dottrina (48), ogni aspetto della condotta dell'interessato va valutato dal giudice della riparazione, purché sia sinergico all'evento perdita della libertà e connotato di colpa o dolo.

L'esempio tipico è quello di chi si allontana precipitosamente dal luogo del delitto, facendo insorgere l'errata convinzione della fuga: non esiste il non dovere di dare adito a sospetti o il diritto di vivere al limite del reato.

V. in particolare LAMI L., *Omnis tenetur se detegere. op. cit.* in *Cass. Pen.*, 1995, 2437,ss., che è fortemente critica relativamente alla prassi giudiziaria di questi ultimi anni.

Sarebbero, in realtà, state disattese le direttive del nuovo c.p.p., là dove nella relazione al progetto preliminare si è voluto escludere ogni strumentalizzazione delle misure cautelari, al fine di evitare scopi estorsivi di confessioni.

Cfr. *Relazione al Progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale*, in *G. U., supp. ord.* n. 2, del 24 ottobre 1988, n. 250, 72.

Eloquenti sono gli artt. 208, 209, comma 1 e 198 comma 2, c.p.p., in ordine al diritto a non autoincriminarsi e a non collaborare.

«Tuttavia la prassi giudiziaria ha completamente capovolto la regola normativa, al punto che sembra più corretto inferirne l'esistenza del principio *omnis tenetur se detegere*», LAMI L. *op. cit.*, 2437.

In realtà, pur non mancando pronunce che conferiscono al silenzio una impronta latamente inquisitoria e un valore di indizio di pericolosità sociale (v. *Cass. pen.*, sez. VI, 25 gennaio 1993, in *Cass. Pen.*, 1994, 2491), vi sono numerose altre pronunce che vietano la possibilità di trarre dal silenzio qualsiasi conseguenza negativa per l'imputato.

Cfr. in tal senso *Cass. pen.*, sez. VI, 9 luglio 1992, in *Cass. Pen.*, 1993, 1177; *Cass. pen.*, Sez. VI, 18 febbraio 1994, in *CED Cassazione*, nonché Corte cost., 22 giugno 1994, n. 267, in *Giust. pen.*, 1994, I, 300.

(46) Per questo ragionamento cfr. *Cass. pen.*, sez. un., 13 dicembre 1995, in *Giur. it.*, 1997, II, 73.

(47) Corte cost., 3 dicembre 1993, n. 426.

(48) Giova ricordare in proposito TAORMINA, *Diritto processuale penale*, I, Torino, 1995, 518, ss.

La Suprema Corte ha voluto comporre il preesistente contrasto in materia affermando che la condotta deve essere sottoposta a tutte le valutazioni del caso, anche con riferimento alla fase preprocessuale o preprocedimentale, dal momento che lo Stato esercita il suo dovere di solidarietà erogando l'equo indennizzo solo a chi non sia venuto meno ai suoi doveri di lealtà e correttezza nei confronti delle istituzioni (49). D'altronde è lo stesso dato normativo che suggerisce la suddetta interpretazione, condizionando il diritto alla riparazione alla insussistenza di elementi come dolo e colpa, giuridicamente definiti nei presupposti e contenuti.

Qualora avvalendosi dell'ampia delega costituzionale, il legislatore avesse voluto disciplinare diversamente il diritto alla riparazione, l'avrebbe fatto senza necessità alcuna di avvalersi di dati extratestuali (50).

Il diritto alla libertà delle strategie difensive va dunque temperato con l'esigenza di corretta applicazione della legge, posto che presupposto dell'equa riparazione è *una condotta dell'interessato idonea a chiarire la sua posizione mediante l'allegazione di quelle circostanze, a lui note, che contrastino l'accusa o vincano le ragioni di cautela* (51).

Ci troviamo ancora una volta di fronte, insomma, all'antico brocardo latino *ius valentes non dormientibus succurrit*.

D'altronde, il protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984, ratificato e posto in esecuzione in Italia con legge del 9 aprile 1990, n. 98 all'art. 3 recita: «a meno che non sia provato che la mancata rivelazione in tempo utile del fatto non conosciuto le sia interamente o parzialmente imputabile».

(49) Cass., sez. un., 13 dicembre 1995, in *Giur. It.*, 1997, II, 75 ss.

Per quanto riguarda i doveri del cittadino la sentenza della Corte costituzionale 24 marzo 1988, n. 364, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale della mancata previsione di inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, ha evidenziato i comportamenti del corretto cittadino rispetto ai doveri civili e sociali.

Sarebbe la stessa *ratio* della legge a contenere un'esplicita sollecitazione alla correttezza e al rispetto delle norme di convivenza, ben oltre al divieto di violazione della legge penale.

(50) Al riguardo molto eloquente è Cass., sez. un., 13 dicembre 1995, in *Giur. It.*, 1997, II, 75 ss., che argomenta anche in riferimento all'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale.

La lettura della norma andrebbe, infatti, letta secondo il senso comune delle parole usate e della connessione di esse: conseguentemente, il dare causa o concorrere a dare causa (ossia la condotta riferibile a colui che chiede la riparazione), deve logicamente precedere il fatto fonte della pretesa.

Nella struttura sintattica, continua la sentenza, *della norma non esistono vuoti da colmare mediante lavoro di interpretazione: lessicalmente il dar causa deve precedere l'effetto (la detenzione)*.

Secondo gli assunti della sentenza talune teorizzazioni astratte si porrebbero in contrasto con il dato positivo.

(51) Cfr. ancora Cass. pen., sez. un., 13 dicembre 1995 *cit.* 77.

Non si rinviene, invero, una ragione logica o giuridica che giustifichi l'adozione di diversi criteri a seconda che la condotta da valutare sia relativa al periodo predetentivo o a quello successivo: la condotta deve essere la causa e non l'effetto del provvedimento restrittivo della libertà (52).

Altra problematica affrontata è quella della esigenza di circoscrivere la natura dell'elemento psicologico della colpa grave, considerato che la gravità della colpa deve essere necessariamente desunta dal comportamento direttamente riferibile alle azioni prese in esame dall'autorità giudiziaria, ossia che detto comportamento sia interno alla condotta oggetto dell'incriminazione e non soltanto contiguo od occasionalmente collegato (53).

Il comportamento grave deve essere interno alla condotta oggetto dell'incriminazione ed essere legato da un nesso di causalità con l'evento criminoso; deve consistere in una ingiustificabile macroscopica trascuratezza nel rappresentare all'autorità procedente fatti e circostanze idonei a scagionare il soggetto e non deve consistere nell'adozione di strategie difensive confliggenti con l'interesse dello Stato, ma deve riguardare il fatto criminoso principale. Si può fare l'esempio del ladro di auto che si trova coinvolto in una rapina in quanto per fuggire usa un'auto simile a quella dei rapinatori; diverso è il caso dell'autore del furto che cede l'auto rubata a rapinatori sospetti (54).

III

ONERE DELLA PROVA CONDANNA ALLE SPESE NATURA INDENNITARIA E DETERMINAZIONE DEL *quantum debeatur* NELL'EQUA (55) RIPARAZIONE

In tema di ripartizione dell'onere della prova, spetta all'attore provare i fatti costitutivi e al convenuto Ministero del tesoro i fatti impeditivi della pretesa dell'attore.

Lo svolgimento del processo è affidato prevalentemente all'iniziativa di parte: in proposito si parla di principio dispositivo (56).

(52) Per altre sentenze in tal senso vedi anche Cass. pen., sez. IV, 9 luglio 1992, in *Cass. Pen.*, 1993, 621; Cass. pen., sez. IV, 30 novembre 1993, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1994, 201; Cass. pen., sez. IV, 17 dicembre 1992, in *Cass. Pen.*, 1993, 2905.

(53) Cfr. Corte appello Catania, 3 aprile 1996, in *Giur. di Merito*, 1996, 960.

(54) CATARINELLA P., La natura e la rilevanza della colpa grave nel procedimento relativo alla riparazione per l'ingiusta detenzione e gli oneri posti in capo al ricorrente ai fini della giusta determinazione dell'equo indennizzo, in *Giur. di Merito*, 1996, 960.

(55) La soppressione dell'aggettivo equo dall'art. 643 c.p.p. è avvenuta su suggerimento della Commissione parlamentare, giacché l'aggettivo è stato ritenuto incongruo rispetto ai parametri di cui al comma 1 dell'art. 634. Cfr. al riguardo *Il parere della Commissione parlamentare sul progetto preliminare del 1988*, in CONSO G., NEPI MODONA V., *Il nuovo codice di procedura penale, dalle leggi-delega ai decreti delegati*, vol. IV, Cedam, 1990, 1370.

(56) Sul principio dispositivo cfr. per tutti, CARNACINI T., Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, in *Studi in onore di E. Redenti*, II, Milano 1952, 693 ss.; RICCI E., *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. Dir. proc.*, 1974, 380 ss.

Il giudice ha comunque il potere dovere di integrare l'insufficiente corredo probatorio fornito dall'attore, proprio a cagione della presenza degli interessi pubblicistici nel procedimento *de quo* (57).

Il principio dispositivo è temperato dai poteri istruttori del giudice, il cui esercizio d'ufficio incontra l'ordinario limite della ammissibilità e specifica rilevanza dei mezzi probatori rispetto al fine della decisione, secondo un apprezzamento di fatto insindacabile sotto il profilo della correttezza del procedimento logico (58).

Le suddette valutazioni sono poste in essere secondo parametri civili, sulla base della cosiddetta buona fede, la clausola generale (59) con contenuto ampio e generico utilizzata dal legislatore e destinata ad essere rivestita di contenuto concreto ad opera del giudice.

È innegabile che al giudice venga così attribuita un'ampia iniziativa istruttoria d'ufficio, pur nell'ambito di un sistema processuale che adotta il principio dispositivo; non si tratta, peraltro, di un fenomeno nuovo nel nostro ordinamento.

Per la configurazione di tale principio, in antitesi a quello correlativo, cd. inquisitorio v., MICHELI V., *L'onere delle prova*, Padova, 1966; VERDE, *L'onere delle prova nel caso di imputazione di pagamento a crediti anteriori*, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 609; FAZZALARI E., *Istituzioni di diritto processuale*, VII ed., Cedam, Padova, 122, MONTICELLI S., *Fondamento e funzione della rilevanza d'ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 669, ss., nonché FALCONE R., *In materia di principio dispositivo nel processo civile*, in *Riv. del cancelliere*, 1971, 185, ss.

(57) Cass. pen., sez. IV, 11 maggio 1993, in *Mass. Cass. Pen.*, 1993, fasc. 9, 83.

(58) Cass. pen. sez. IV, 20 febbraio 1997, n. 485, in *Cass. Pen.* 1998, 1748.

Nella fattispecie la cassazione ha ritenuto incensurabile la decisione della Corte di Appello di non acquisire l'intero fascicolo processuale, considerandolo irrilevante alla stregua degli atti, da cui risultavano gli estremi dell'ingiustizia della detenzione.

Sul principio dell'onere della prova e sul temperamento al principio dispositivo in generale vedi MANDRIOLI C. *Corso di diritto processuale civile*, Vol. II, XII ed., Giappichelli, Torino, 1998, 168, ss; LOMBARDO L.G., *Riflessioni sull'attualità della prova legale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, 611 e ss. nonché LOMBARDO L.G., *Appunti sulle origini e sulle prospettive del libero convincimento*, in *Dir. e giur.*, 1992, 17, dove si rivendica uno spazio di operatività, anche minimo, del libero convincimento del giudice, a meno di rinunciare preventivamente ad un metodo razionale di accertamento del fatto.

Dello stesso autore *amplius* LOMBARDO L. G., *La prova giudiziale*, Milano, Giuffrè, 1999, 223.

L'autore sottolinea come, pur costituendo il principio dell'onere della prova il frutto di una tradizione millenaria e consolidata nella prassi del processo, mancava nel codice civile del 1865, e manca tuttora in altri ordinamenti positivi, una regola generale codificata preposta alla ripartizione degli oneri probatori tra le parti.

(59) Cass 30 aprile 1993, in *Foro It. Rep.* 1994, voce *Errore giudiziario e ingiusta detenzione*.

Sulla buona fede v. la belle pagine di BIGLIAZZI GERI L., *Buona fede nel diritto civile*, Digesto, Priv., Utet, Torino, 199, 154 ss.

Basti pensare all'art. 421, cpv. c.p.c. in materia processualavoristica, o al processo pensionistico, laddove il giudice contabile può disporre d'ufficio tutti i mezzi di prova che ritiene opportuni, sia con la peculiare procedura di cui all'art. 15 del regolamento, sia mediante i poteri di ordinanza ai sensi dell'art. 26 reg. (60), senza compromissione alcuna del principio dell'onere della prova come regola di giudizio, in quanto questo è temperato dal principio della verità materiale, che va ricercata mediante una rilevante ed efficace azione del giudice nel processo (61).

È dimostrato, dunque, che nell'ordinamento processuale in genere vi sono norme che attribuiscono al giudice poteri-doveri di integrazione, anche d'ufficio, delle prove in merito alle ipotesi in cui la carenza od insufficienza per qualsiasi ragione, dell'iniziativa delle parti impedisca al processo la funzione di assicurare la piena conoscenza da parte del giudice dei fatti oggetto del processo, onde consentirgli di pervenire ad una giusta decisione.

D'altronde, «già da tempo la dottrina processualcivile ha riconosciuto la piena compatibilità di estesi poteri istruttori d'ufficio con il principio dispositivo nel campo delle prove» (62).

(60) SPADARO D., *Il procuratore generale nel processo pensionistico*, in *Riv. della Corte dei conti*, 1991, 279 e 280 nonché GARRI F., *Notazioni generali in tema di giudizi contabili*, in *Giur. it.*, 1974, IV, col. 78 ss.

(61) Cassazione n. 3549 del 1994, *cit.*, in CARPI F. TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 1994, 890.

(62) LOMBARDO L., *Principio dispositivo e poteri officiosi del giudice penale osservazioni sull'art. 507, c.p.p.*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 1268, il quale si sofferma anche sul problema della disponibilità delle prove nel nuovo processo penale ed in particolare sulla concezione dialettica dell'istruzione tipica del modello accusatorio, pervenendo alla conclusione che i poteri del giudice, conferitigli dall'art. 507, c.p.p., si pongono con pari dignità a fianco dei poteri istruttori delle parti, con funzione integrativa delle deduzioni probatorie di queste.

Su un tema analogo, FERRUA P., *Il giudice per le indagini preliminari e l'acquisizione delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 202; APRILE E., *L'art. 507 c.p.p., tra principio dispositivo delle parti, terzietà del giudice del dibattimento e poteri officiosi di iniziativa istruttoria, dopo la sentenza del 6 novembre 1992 delle sezioni unite penali della Cassazione*, in *Il nuovo dir.*, 1993, 100, ss., nonché BASSI A., *Principio dispositivo e principio di ricerca della verità materiale: due realtà di fondo del nuovo processo penale*, in *Cass. Pen.*, 1993, 1370.

Relativamente all'intervento del giudice ex 507 c.p.p. la dottrina e la giurisprudenza gli riconoscono un potere suppletivo ma non certo eccezionale, Corte costituzionale n. 111 del 1993, in CONSO-GREVI, *Commentario breve al nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1993, 693.

Cfr. anche NAPPI A., *Guida al nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1992, 67, il quale definisce il potere del giudice non solo come eccezionale, ma anche come residuale rispetto all'iniziativa delle parti, essendo destinato ad operare come *extrema ratio* qualora il giudice rilevi che in concreto le prove già acquisite su richiesta di parte richiedono un'integrazione assolutamente necessaria ad assicurare la funzione conoscitiva del processo.

Sottolinea la portata comunque generale delle norma riferibile a qualsiasi mezzo di prova ed il ruolo di chiusura del sistema.

In *terminis* anche ILLUMINATI G., *Profili del nuovo Codice di procedura penale*, Padova 1991, *sub artt.* 465-548, 433.

La valutazione del giudice della riparazione si svolge su un piano diverso, autonomo rispetto a quello del giudice del processo penale, pur dovendo operare sullo stesso materiale: tale ultimo giudice deve valutare la sussistenza o meno di una ipotesi di reato e la sua riconducibilità all'imputato; il primo, invece, deve valutare, non se determinate condotte costituiscono o meno reato, ma se esse si posero come fattore condizionante alla produzione dell'evento detenzione (63).

Vale la pena ricordare che dottrina e giurisprudenza sono state particolarmente attente nell'evitare di configurare in capo al giudice della riparazione poteri di sindacato sulle determinazioni prese nel procedimento penale (64).

Il giudice dell'equo indennizzo per l'ingiusta detenzione ha, peraltro, il dovere di analizzare ed interpretare la sostanza del *decisum* e di adottare la consequenziale deliberazione (65).

Ne consegue un particolare caleidoscopio istruttorio, in merito al quale è difficile ravvisare casi analoghi.

È evidente che la concreta applicazione richiede una indagine sui valori sociali che non sono desumibili dalle sole norme, mancando una nozione di buona fede nel codice, anche se il concetto è più volte utilizzato (come negli artt. 23, 25, 44, 428, 1328, 1337, 1349, 1358 c.c. ecc).

Relativamente al problema dell'attribuzione delle spese del procedimento è ormai principio consolidato nella giurisprudenza della Cassazione che, avendo l'azione di riparazione natura civile, si applica il principio della soccombenza di cui all'art. 91 c.p.c. e, dunque, le spese devono essere attribuite alla parte soccombente solo quando questa abbia avanzato eccezioni poi disattese.

Giova ricordare come, in ogni caso, l'azione di riparazione presenta delle peculiarità dettate dall'impossibilità da parte del Ministero del Tesoro, di adempiere spontaneamente prima del giudizio: non è, infatti, possibile pervenire extragiudizialmente a determinazioni, neppure bilaterali, sull'*an* e sul quantum *debeat* (66).

(63) Il mancato assolvimento di tale obbligo in termini di adeguatezza, congruità e logicità della motivazione è censurabile in Cassazione, ai sensi dell'art. 606, comma 1 lett. e), cod. proc. pen. Cfr. Cass. pen., sez. IV, 12 aprile 2000, n. 2365, in *CED Cassazione*, 2000.

(64) Coppetta M.G., *Riflessione sulla sussistenza dell'interesse ad impugnare, per fini riparatori, la misura cautelare revocata*, in *Cass. Pen.*, 1994, 2651.

(65) V. Cass. pen., sez. IV, 31 gennaio 1994, in *Mass. Pen. Cass.*, 1994, fasc. 9, 35.

Nella fattispecie, relativa ad assoluzione con formula piena della richiedente dal delitto di interesse privato in atto d'ufficio, la Corte di Cassazione ha ritenuto che, poiché la ragione dell'assoluzione era individuabile nella sopravvenuta abolizione della figura di reato contestata per effetto della legge 26 aprile 1990, n. 86, trovasse applicazione il disposto di cui all'art. 314, comma 5 c.p.p.

(66) Cass. pen. sez. IV, 9 maggio 1996, in *Cass. Pen.*, 1997, 1840.

Ne consegue che il giudice, nel pronunciarsi sulle spese, dovrebbe tenere conto di questa peculiarità e della eventuale contestazione generica del quantum da parte dell'Avvocatura dello Stato: il procedimento riparatorio si instaura, secondo il principio generale di cui all'art. 100 c.p.c. sulla base dell'interesse ad agire delle parti (condizioni dell'azione), ma in esso si innesta pur sempre un interesse pubblico per perseguire il quale necessita instaurare un giudizio.

Nel nostro ordinamento, d'altronde, si rinvergono casi simili di giudizi inevitabili sia per chi propone sia per chi subisce l'azione, come l'interdizione, il disconoscimento della paternità, lo scioglimento del matrimonio. Giova ricordare che è proprio questo il motivo per cui è stato affermato che la domanda di riparazione rientrerebbe nel novero dei procedimenti di volontaria giurisdizione più che dei contenziosi veri e propri (67).

La suddetta sentenza accoglie il principio della causazione della soccombenza, laddove il convenuto abbia dato causa al giudizio, contrastando con eccezioni infondate la domanda (concezione sanzionatoria). Cfr. in tal senso anche Cass. civ., 1° settembre 1989, in *Giust. Civ.* 1989, 913, n. 3835; Cass. civ. sez. I, 10 dicembre 1988, in *Giust. Civ.*, 1988, 1642, n. 6722.

In dottrina CARNELUTTI, *Causalità e soccombenza in tema di condanna alle spese*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1956, II, 241; PAJARDI, *La responsabilità per le spese e i danni del processo*, Giuffrè, 1959, 99.

Per il principio formale, invece, la soccombenza è determinata dal semplice fatto oggettivo del provvedimento di condanna.

Contra MOLINARI F.M., *In tema di condanna alle spese nel procedimento per ingiusta detenzione*, in *Cass. Pen.*, 1997, 1840 ss.

Per il principio formale, invece, la soccombenza è determinata dal semplice fatto oggettivo del provvedimento di condanna.

MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino, 1998, LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi.*, a cura di Ricci, Giuffrè, 1959, 99; CHIOVENDA, *La condanna nelle spese*, 2 ed., Ed. Foro italiano, 1935, 169.

(67) C. APPELLO di Trento, ordinanza 24 ottobre 1996 in *Foro it.* 1997, II, 501 e in *Nuovo Dir.*, 1991, 518.

Sul punto la suddetta sentenza stabilisce che le spese del procedimento non vanno incluse nella somma da liquidare, rientrando il suddetto procedimento tra quelli di volontaria giurisdizione più che tra quelli contenziosi veri e propri.

V. anche RIVELLO P.P., *Riparazione per l'ingiusta detenzione*, in *Digesto, Pen.*, XII, Utet, Torino, 1996, 347.

Sui provvedimenti di volontaria giurisdizione e sulla assenza del carattere della *contenziosità* cfr. Cass.civ., 9 dicembre 1985, n. 6223, in *Dir. famiglia*, 1986, 471.

Sul principio ad impulso d'ufficio e dunque inquisitorio che sorregge il procedimento di interdizione, VIGNOLO E., *Principio inquisitorio e impulso d'ufficio nel procedimento di interdizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, pt. 1, 337.

Cfr. inoltre, per quanto riguarda le spese, SANTASIERSE V., *Giurisdizione volontaria, contrasti e spese di giustizia*, in *Giust. civ.*, 1989, pt. 1, 694 ss.

Il riconoscimento del diritto soggettivo pubblico alla riparazione induce ad accantonare ogni qualificazione di tipo risarcitoria e, di conseguenza, a superare il concetto di danno o di pregiudizio, anche perché è richiesta solo ed esclusivamente la presenza di un errore (68).

Non si richiede che l'errore sia produttivo di un danno o di altro pregiudizio individuale, bensì la constatazione della mera esistenza dell'errore medesimo.

D'altronde, se si trattasse di un titolo di risarcimento in senso stretto, non vi si potrebbero ricomprendere i danni morali, cui osterebbe l'art 2059 c.c., mentre la riparazione pecuniaria *ex art. 314* consente al giudice anche la valutazione dei danni non patrimoniali (69).

Interessante si pone il raffronto con l'art. 14 legge 13 aprile 1988 in materia di responsabilità civile dei magistrati, il quale precisa, unico dato normativo al riguardo, che le disposizioni della suddetta legge non interferiscono e non pregiudicano il diritto alla riparazione a favore delle vittime di errori giudiziari.

(68) Cfr. DI PALMA E.M., *Riparazione per ingiusta detenzione: parametri sui quali articolare il giudizio quantificatorio*, in *Cass. Pen.*, 1997, 820 e DINACCI F.R., *La riparazione per ingiusta detenzione. Profili sistematici e spunti interpretativi*, in *Giur. di Merito*, 1992, 423, nonché *Cass. pen.*, sez. VI, 25 gennaio 1999, n. 233 in *Cass. Pen.*, 2000, 438.

Quest'ultimo ribadisce che il concetto di equa riparazione integra un superamento di quello di risarcimento del danno, perché si fonda su un vero e proprio diritto soggettivo pubblico che rinvia la sua causa nell'ingiustizia della carcerazione sofferta.

Vedi anche GIOCOLI NACCI P., *Il principio costituzionale della riparazione degli errori giudiziari*, in *Dir. e soc.*, 1986, 532, ss.

Già in epoca risalente nel tempo la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire, a proposito dell'errore giudiziario, che *"Il concetto di riparazione pecuniaria costituisce un superamento in senso estensivo di quello di risarcimento del danno; infatti il contenuto di essa non è solo la rifusione dei danni materiali, ma anche la corresponsione di utilità che valgano in qualche modo a compensare la vittima della sofferenza morale prodotta dall'errore giudiziario, con la fondamentale finalità di consentirle, per quanto possibile, un reinserimento normale nella vita sociale in condizioni di tranquillità e di sufficienza per sé e per la famiglia in rapporto alle condizioni sociali, morali ed ambientali proprie di essa"* (*Cass. pen.*, 29 ottobre 1971, in *G.P.*, 1972, III, 752, riportato in SCOMPARIN L., *Riparazione dell'errore giudiziario*, *Digesto, Pen.*, XII, Utet, Torino, 1996, 324, nota n. 11).

(69) Come ad esempio *C. App. Perugia*, 27 giugno 1990, in *Giur. it.*, 1990, II, 434; *Cass. pen.*, sez. un., 13 gennaio 1995, n. 1 in *Giur. It.*, 1996, II, 144 e, inoltre SCOMPARIN LAURA, *Riparazione dell'errore giudiziario*, *Digesto, Pen.*, XII, Utet, Torino, 1996, 323 *cit.*

Si approfondisce la differenziazione della riparazione pecuniaria per errore giudiziario dal concetto di risarcimento del danno in senso proprio, giacché il danno da errore giudiziario si amplia ricomprendendo il danno in tutte le sue forme: danno patrimoniale, non patrimoniale, diretto, indiretto, emergente, lucro cessante. La vittima può inoltre ottenere, in un'ottica di ristabilimento dello *status quo ante*, la pubblicazione della sentenza di proscioglimento.

Nella suddetta norma è stato correttamente ravvisato il principio di separazione tra l'azione di responsabilità e quella di riparazione, atteso che la prima avrebbe natura risarcitoria, fondandosi sul comportamento illecito del magistrato, la seconda natura indennitaria, basandosi solo ed esclusivamente sull'esistenza di un errore che prescinde dalla responsabilità del magistrato (70).

È proprio questo il confine logico tra i due settori, indennitario e riparatorio da un lato e risarcitorio dall'altro, fungendo l'elemento soggettivo da spartiacque (71).

Nel determinare il *quantum debeatur*, il giudice deve, infatti, svincolarsi da un calcolo aritmetico, avendo riguardo a tutti i pregiudizi sofferti, in concreto, dal soggetto istante, siano essi danni morali e patrimoniali, diretti o mediati, ma in rapporto eziologico con la ingiusta detenzione.

(70) DI PALMA E.M., *Riparazione per ingiusta detenzione: parametri sui quali articolare il giudizio quantificatorio*, in *Cass. Pen.*, 1997, 820, ZAPPALÀ E., in *Commento alla legge 13 aprile 1988, n. 117, art. 14*, in *Legisl. pen.*, 1988, 331; SCOTTI, *La responsabilità civile dei magistrati*, Jovene, 1988, 84; FRAGOLA U., *Problemi costituzionali sulla tutela giuridica della reputazione offesa in conseguenza di accertato errore giudiziario e responsabilità civile dei magistrati*, in *Cons. di Stato*, 1998, pt. 2, 291.

Cfr. anche PETTI G.B., *Nuove norme sulla responsabilità civile dei magistrati. (Prime note al disegno di legge governativo)*, in *Giust. Civ.*, 1987, 107 nonché FERRARI V., *La responsabilità del giudice. Riflessioni in margine a un articolo di Mauro Cappelletti*, in *Soc. del Dir.*, 1983, 113.

È da precisare che l'ingiusta detenzione può essere determinata dal concorso di soggetti non esercenti le funzioni giurisdizionali (come testi o persone offese inattendibili), App. Perugia, 27 giugno 1990, in *Giur. it.*, 1990, II, 434.

Per una disamina del principio di separazione tra l'azione di responsabilità e quella di riparazione cfr. SOTTANI S., *In tema di equa riparazione dell'ingiusta detenzione*, nota a A. PERUGIA, 27 giugno 1990, LAMKHANAT, in *Giur. It.*, 1990, II, 430, Zappalà, e art. 14, in *op. cit.*, in *Legisl. pen.*, 331; SCOTTI, *La responsabilità civile dei magistrati*, Napoli, 1988, 84. Cfr. al riguardo Capponi, art. 14, in *Commento alla legge 13 aprile 1988, n. 117*, in *Le nuove leggi civili commentate*, a cura di Picardi e Vaccarella, 1989, 1386, riportato da SOTTANI *op. cit.*: «Con la disposizione in esame si è in presenza di una norma ricognitiva, con riferimento all'art. 571 c.p.p. 1930, e programmatica, rispetto alle disposizioni dell'allora emanando nuovo codice di procedura penale».

Cfr. anche Corte d'appello di Firenze, ordinanza del 4 maggio 2001, depositata il 4 luglio 2000: *l'indennizzo previsto dall'art. 314 non va confuso con il risarcimento del danno che è istituto ontologicamente diverso; tale indennizzo va determinato secondo criterio equitativo*.

(71) L'esigenza della legge n. 111/1988 è quella di garantire il bilanciamento della tutela dei privati con l'indipendenza della funzione giurisdizionale.

L'art. 4, comma 2 prevede, infatti, che l'azione di risarcimento possa essere esercitata solo quando siano stati esperiti i mezzi ordinari di impugnazione e gli altri rimedi previsti.

V. *amplius* MACRÌ M., *Risarcimento danni per ingiusta detenzione tra difficoltà di applicazione e prospettive indennitarie*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1998, 1046 ss nonché la sentenza che annota, Cass., sez. I, 23 dicembre 1997, n. 13003, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1998, 1042 ss.

Sulla problematica inerente alla dicotomia tra l'azione di riparazione dei danni da errore giudiziario e da ingiusta detenzione essendoci tra i due istituti una differenza non sostanziale ma solo di *species*, v. CARAMAZZA I. F., *La riparazione dei danni da errore giudiziario e da ingiusta detenzione (una novità – di antica data! – nel progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale)*, in *Vita notarile*, 1979, 506 ss.

Il potere del giudice è ampio e discrezionale, ma egli non è libero nel determinare il *quantum*, dovendosi uniformare, alle circostanze del caso, e ai parametri stabiliti per legge (72), seppure in un'ottica riparatoria e non risarcitoria.

L'intento primario del legislatore è stato quello di subordinare l'esperibilità dell'azione risarcitoria *ex* legge 117 del 1988 all'esaurimento di tutti gli altri possibili rimedi tra i quali le azioni di ingiusta detenzione ed errore giudiziario.

L'indennizzo dovuto a titolo di riparazione per ingiusta detenzione deve essere commisurato, con valutazione equitativa e prescindendo da una prova rigorosa, alla durata della custodia cautelare sofferta nonché alle conseguenze personali e familiari derivanti dalla restrizione della libertà.

L'art. 314 qualifica, infatti, la riparazione come equa, imponendo che il *quantum* della riparazione derivi da una decisione secondo equità, la quale non può che derivare da un giudizio di equità secondo la formulazione ed elaborazione del diritto processuale civile, ai sensi dell'art. 113 c.p.c., così come riformato dall'art. 21 legge n. 374 del 1991, che ha soppresso il vincolo costituito dai principi regolatori della materia (73).

Il giudizio di equità nel nostro ordinamento non è comunque da contrapporre al giudizio di diritto, in quanto si pone all'interno e in coerenza logica con esso, operando nel momento applicativo del precetto concreto.

Ciò nonostante la sua natura di entimema, atteso che il ragionamento si svolge in forma sillogistico-deduttiva, in cui è taciuta una delle due premesse: trattasi, infatti, di uno pseudosillogismo, in cui manca, a differenza del principio di legalità, la premessa maggiore, in quanto da una premessa direttamente si perviene alla conseguenza. È noto che la dottrina del sillogismo giudiziale, sottoposta a critica in quanto parziale e insufficiente (74), ha da sempre sostenuto che la valutazione della prova richieda l'uso da parte del giudice del sillogismo dialettico-retorico: il giudice deve sussumere il fatto nella norma.

(72) Cass. pen. sez. IV, 30 novembre 1993, in *Mass. pen. cass.* 1994, fasc. 7, 119 e in www.studiocelentano.it/publications.and.thesis/Peirone/appendice.htm. Nella fattispecie, relativa ad annullamento con rinvio, la S.C. nel ricordare che già nella legge sono indicati dei parametri – limite massimo 1 miliardo – che sono stati ulteriormente specificati dall'elaborazione giurisprudenziale, che tiene conto di vari elementi, come durata della detenzione; detenzione agli arresti domiciliari, che genera conseguenze diverse; natura dei danni rilevanti; somme che spettano a titolo di indennizzo e non risarcimento del danno, ha osservato che il provvedimento impugnato non ha proceduto al calcolo delle varie componenti che possono determinare l'indennizzo ed è pervenuto, con ragionamento carente alla determinazione del «*quantum*» senza il necessario approfondimento (V. Cass.pen.sez. IV, 22 novembre 1994, in *Giust. pen.* 1995, III, 639).

(73) V. in proposito DI IASI C., *Il processo di equità e il contraddittorio sulla definizione della regola equitativa*, in *Giust. civ.*, 1999, fasc. 3, pt. 2, 123, nonché FINOCCHIARO M., *Ancora sull'impugnazione delle sentenze del giudice di pace pronunciate secondo equità e sull'obbligo di motivazione delle Sezioni unite della Cassazione in materia di contrasti di giurisprudenza*, in *Giust. civ.*, 1999, fasc. 3, pt. 1, 718 ed ancora.

(74) CALOGERO G., *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, 2 ed. Padova, 1964, 48 ss.

Relativamente ai criteri determinativi dell'equo indennizzo nelle azioni di riparazione, si riscontrano due orientamenti giurisprudenziali.

Il primo concepisce il termine equo in senso giusnaturalistico, rifacendosi al concetto romano di giudizio del caso concreto, lasciando ampio margine di discrezionalità al giudice; il secondo individua, invece, un parametro di maggiore rigore quantificatorio (75).

Nel determinare il quantum il giudice deve peraltro fare riferimento ai valori costituzionali, artt. 2 e 3, adottando il criterio sistematico che maggiormente tenga in debita considerazione tutti i pregiudizi sofferti – in concreto – dal soggetto istante (76).

Aequitas, dunque, intesa non solo come strumento per risolvere le questioni non risolte normativamente, ma come strumento di applicazione del diritto vigente (77).

La durata della custodia cautelare è infatti solo uno degli elementi cui il giudice deve fare riferimento nella determinazione del *quantum*, anche se non mancano pronunce in senso contrario (78), dovendosi ricomprendere tutte le conseguenze del mancato godimento di un diritto costituzionale, compresi i pregiudizi subiti.

L'autore sottolinea come il sillogismo giudiziale non esaurisce il giudizio, evidenziandone il carattere intuitivo ed inventivo.

Dello stesso parere anche VOCINO C., *Sulla c.d. «attuazione della legge» nel processo di cognizione*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Milano, 1951, 592, BOBBIO N., *Sul ragionamento dei giuristi*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, I, 11.

(75) In tal senso Cass. pen., sez. IV, 9 luglio 1992, n. 387, in *Cass. Pen.*, 1993, 629.

(76) La casistica, amplissima, annovera l'incensuratezza, le condizioni economiche del soggetto, il pregiudizio psicofisico, il danno all'immagine, lo *strepitus fori*, le modalità di esecuzione della custodia, la gravità del reato contestato, la perdita di lavoro, PINI VALERIA, *In tema di quantum debeatur nella riparazione per l'ingiusta detenzione*, in *Giur.it.* 1996, II, 146.

Sullo *strepitus fori* cfr. anche Cass. pen. sez. un., 31 maggio 1995, in *Resp. Civ. e Prev.* 1995, 719

(77) In tal senso si è pronunciata la Cassazione già in epoca risalente. Cfr. NASI A., *Orientamenti e limiti nel più recente pensiero della cassazione in tema di giudizio di equità*, in *Giustizia civile*, 1974, fasc 11, pt.1, p. 1651; GIANNATTASIO C., *L'equità. Esperienze giurisprudenziali*, in *Riv. di dir. civ.*, 1974, fasc. 6, pt. 1, 657; BARONE C.M., *Nota a cass. sez. III civ. 13 novembre 1973, n. 3001*, in *Foro it.*, 1974, fasc. 9, pt. 1, 2427; FROSINI V., *L'equità nella teoria generale del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, fasc. 1, 1, in cui l'autore già auspicava l'istituzione di un giudice di pace che assolve il compito di esercitare il giudizio di equità al primo livello dell'ordinamento.

(78) Come Cass., sez. I, 17 gennaio 1992, in *Riv. pen.* 1992, 997, che ha ritenuto di non ravvisare carenza o manifesta illogicità della motivazione qualora il giudice fissi l'importo della riparazione con esclusivo riferimento al dato obiettivo della durata del periodo di privazione della libertà.

La Corte di cassazione ha provveduto ad indicare criteri *equilibrati e condivisibili* da seguire nel determinare l'ammontare. Si è così escluso il danno all'immagine subito dall'istante, stante il *nutrito certificato penale*, dal quale risultava anche l'applicazione della misura della sorveglianza speciale per due anni, nonché l'effetto traumatico dell'esperienza carceraria, come può invece verificarsi per un incensurato (79).

Relativamente alle spese di difesa tecnica sostenute nel procedimento nel corso del quale si è subita la custodia cautelare la giurisprudenza si è pronunciata in senso negativo.

In particolare la Corte d'appello di Trento, in una sua pronuncia (80), ha puntualizzato che la somma da liquidare, pur consentendo la considerazione e valutazione di danni non patrimoniali, non si riferisce a tali spese, il cui rimborso è escluso anche nei confronti di colui che è stato assolto da qualsiasi imputazione senza aver sofferto detenzione preventiva.

È di tutta evidenza come la ragione di tale esclusione sia da ravvisare proprio in quel diritto soggettivo di ordine pubblicistico che, differenziandosi nettamente dal diritto al risarcimento, opera a posteriori, trasformando in illegittima una privazione della libertà personale posta in essere senza causa o titolo.

È di palmare evidenza che il concetto di equità non impedisce di considerare il contenuto precettivo e normativo delle norme giuridiche, ma al contrario, ne permette una applicazione giusta e rispondente alle esigenze di ciascun caso specifico, realizzando il fine proprio cui ogni norma tende al momento della sua applicazione: la realizzazione della giustizia del caso concreto (81).

(79) Corte cass., sez. un., 31 maggio 1995 e C. app. Genova, sez. II pen. 19 febbraio 1999, commentate da GALLO G.M., *Riparazione per l'ingiusta detenzione e s-favor rei. La storia di un istituto sospeso fra un'incerta evoluzione dommatica ed i condizionanti segnali provenienti dal giudice delle leggi e da quello di legittimità. L'attuale equilibrato orientamento di una corte di merito*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1999, n. 4, 406 ss.

(80) C. Appello di Trento, ordinanza 24 ottobre 1996 in *Foro it.* 1997, II, 501.

(81) Cfr. CATARINELLA P., *Ancora in tema di equa riparazione per ingiusta detenzione*, in *Giur. di Merito*, 1994, 675.

Sull'equità v. GRASSO E., *Equità (giudizio di)*, in *Digesto, Priv.*, Utet, VII, 470, ss.: «l'art. 113 del c.p.c. contrappone alla pronuncia secondo diritto, quale regola, una pronuncia secondo equità ammessa (soltanto) nei casi in cui la legge attribuisca al giudice il relativo potere».

V. inoltre RICCI E., *Note sul giudizio di equità*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, fasc. 2, 387 ss., in cui l'autore approfondisce la tematica dell'equità intesa come giudizio in cui il giudice sceglie liberamente le regole, nonché CURTI M., *Sulla nozione di equità*, in *Foro pad.*, 1999, fasc. I, pt. 1, 146 ss, dove è affermata la necessità che il giudizio di equità debba risultare vincolato, oltre che ai principi costituzionali, alle norme regolatrici del processo, alle norme di ordine pubblico interno (precetti penali, norme di polizia) e alle norme imperative. Cfr. altresì MONTE-SANO L., *Sui principi regolatori della materia nel giudizio di equità*, in *Foro it.*, 1985, pt. 5, 21 ss., in cui si sottolinea l'esigenza che il valore-base del giudizio di equità preesista e che non può essere scelto a discrezione del giudice.

Si riscontrano, peraltro, sentenze innovative in tema di onere della prova, ove si ritiene di delegare al giudice la valutazione del danno secondo i dati di comune esperienza e l'*id quod plerumque accidit* e non secondo i rigorosi principi civilistici: con ciò si prescinde dalla prova in senso tecnico dei pregiudizi subiti.

Naturalmente questo non deve escludere l'adozione dei due rigidi parametri della durata della privazione di libertà da un lato e dall'altro all'entità della somma massima fissata dal legislatore, considerato che la riparazione per ingiusta detenzione, pur qualificabile come indennizzo di un pregiudizio obiettivamente ingiusto, a differenza di quanto si verifica con riguardo alla riparazione dell'errore giudiziario, deriva da un legittimo e corretto esercizio della giurisdizione penale (82).

Giova, peraltro, sottolineare che l'esclusione del carattere risarcitorio della riparazione comporta l'inapplicabilità, a fini quantificatori, di criteri fondati su una stretta proporzione tra durata massima della custodia cautelare e il tetto massimo di un miliardo.

Poiché il risarcimento del danno è ontologicamente diverso dalla riparazione, la somma determinata a titolo di indennizzo non può subire alcuna *taxatio*: nel procedimento di riparazione, infatti, trova luogo il principio civilistico di autoresponsabilità, ex art. 1227 e 2056 c.c., per il quale non è da indennizzare il pregiudizio per quella parte in cui sia lo stesso danneggiato ad avervi dato causa (83).

L'art. 1227 c.c. espressamente richiamato dall'art. 2059 c.c. in tema di illecito extracontrattuale, dispone che «se il fatto colposo del creditore (*re-tius*: danneggiato) ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa».

(82) Cass. pen., sez. un., 13 gennaio 1995, in *Giur. Pen.*, 1996,150; Cass. Pen., sez. I, 14 marzo 1991, in *Cass. Pen.*, 1992, 361.

(83) Cass. pen. sez. un, 13 gennaio 1995, in *Giur. it.* 1996,II, 144, e in *Resp. civ. e prev.* 1995, 712.

L'ordinamento conosce infatti una tutela risarcitoria gradata per l'ingiusta limitazione della libertà.

La limitazione derivante da condotte costituenti reato (del giudice o di altri) corrisponde ad un risarcimento integrale di tutti i danni patrimoniali (materiali e morali) e non, secondo le disposizioni del c.c.

Alla limitazione derivante dal comportamento doloso o colposo del magistrato, non costituente reato, corrisponde una tutela risarcitoria integrale, che esclude il danno morale, risarcibile solo in correlazione a un fatto reato.

Vi è poi la riparazione dell'errore giudiziario, per il quale non vengono indicati limiti massimi di quantificazione e che deve commisurarsi alla durata dell'espiazione della pena (non necessariamente privativa di libertà) e alle conseguenze personali e familiari derivate dalla condanna; infine, quale sistema indennitario di chiusura, l'ordinamento riconosce un ristoro per la libertà ingiustamente, ma senza colpe, compressa e perciò la quantificazione dell'indennizzo, correlata alla sola privazione della libertà, deve, in relazione al principio di uguaglianza degli uomini avanti alla legge, tendenzialmente adeguarsi, salvo gli aggiustamenti indicati, alla durata della carcerazione.

Ne consegue che, nel determinare la diminuzione del risarcimento occorre tener conto dell'effettività della colpa, la quale è data dal grado di inosservanza del modello di comportamento (84).

L'art. 1227 c.c., infatti, enuncia il principio della responsabilità per colpa verso se stessi, a fronte dell'art. 2043 c.c. che enuncia il principio della responsabilità per colpa verso altri: tali norme offrono dunque i parametri su cui si basa la responsabilità per colpa nel nostro ordinamento e cui bisogna fare riferimento in tema di riparazioni (85).

In materia di quantificazione dell'indennizzo per ingiusta detenzione, il parametro essenziale da tenere in considerazione è, dunque, il rapporto tra la durata della privazione della libertà e la somma massima posta a disposizione dal legislatore.

Il dato aritmetico ricavato da tale operazione, rapportato al caso concreto, può subire aggiustamenti in relazione alla valutazione di circostanze accessorie sia di carattere obiettivo (autorizzazione al lavoro o meno, detenzione carceraria o domiciliare etc.) che soggettivo, purché inerenti a valori effettivamente socialmente apprezzabili e non connessi alle condizioni socio-economiche del soggetto.

La determinazione del *quantum* si sostanzia, dunque, in una operazione complessa, in quanto il giudice può, in via equitativa, adattare al caso concreto la quantificazione, senza naturalmente sottovalutare le risultanze probatorie allegate dalle parti.

Da ultimo si segnala l'art. 24 della legge 332 del 1995 che ha introdotto tra le norme di attuazione del nuovo codice di procedura penale l'art. 102-*bis*, disponendo il diritto di reintegrazione nel posto di lavoro perduto per ingiusta detenzione nei confronti di chi avesse subito il licenziamento nel posto di lavoro prima dell'applicazione della misura (86).

(84) Sul punto v. BIANCA M., *La responsabilità*, Vol. V, 136 ss.

(85) Ipotesi di autoresponsabilità si ravvisano comunemente in materia di attività precontrattuale (art. 1337 c.c.), di condizioni generali di contratto, (art. 1338, c.c.), di dichiarazione negoziale e di errore (art. 1428, c.c. 1431, c.c., 2036 c.c.), di scioglimento di società rispetto ad un socio e pubblicità (art. 2290, c.c.).

Si afferma inoltre che la legge processuale civile sia basata sul suddetto principio.

In diritto penale si ravvisa nelle ipotesi di consenso dell'offeso e di legittima difesa. Cfr. al riguardo PUGLIATTI S., *Autoresponsabilità*, voce, in *Enc. Dir.* Giuffrè, 1959, 459 ss. Cfr. anche, in relazione alla possibilità di configurare la provocazione fatto colposo che ha concorso a cagionare il danno, con conseguente diminuzione del risarcimento ex art. 1227 cc., JURI RUDI, *Responsabilità extracontrattuale. Brevi riflessioni sul rapporto tra provocazione e concorso del fatto colposo del danneggiato*, in *www.diritto.dalweb.it*.

(86) PICCININNO S., *La reintegrazione del lavoratore licenziato per ingiusta detenzione preventiva*, in *Il dir. del lavoro*, 1995, 462 nonché MANNA A., *Ingiusta detenzione del lavoratore e reintegra: una svolta?*, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 1996, 571.

IV

ESIGIBILITÀ DEI CREDITI SCATURENTI
DALLE AZIONI DI RIPARAZIONE

Accertata, dunque, la natura pubblicistica del soggetto obbligato al pagamento, si tratta ora di verificare da quale momento sono dovuti gli interessi sulla somma spettante a titolo di equa riparazione per errore giudiziario o ingiusta detenzione.

La questione relativa alla debenza degli interessi sulle somme riconosciute a titolo di riparazione pecuniaria per errore giudiziario ed ingiusta detenzione è stata più volte affrontata dalla giurisprudenza.

La data di decorrenza di tali interessi legali si individua solitamente nel momento della pronuncia dell'ordinanza: il titolo atto a rendere liquido ed esigibile il credito è solo ed esclusivamente la pronuncia del giudice, con la quale viene determinata la somma indennitaria da corrispondere (87).

Al riguardo la giurisprudenza è concorde nello specificare che gli interessi sono dovuti solo dal momento in cui, accolta dal giudice la domanda *ex art. 314 o 643 c.p.p.*, «*la P.a non provveda sollecitamente al pagamento dovuto, dovendo la predetta attendere, ai fini dell'adempimento, il provvedimento giudiziale*» (88).

Precisamente la Cassazione, in una importante pronuncia (89) ha statuito come gli interessi legali, di natura essenzialmente moratoria, decorrano solo dal momento in cui la P.A. obbligata al pagamento, una volta adempiute le formalità previste dalle leggi sulla contabilità dello Stato e benché legittimamente messa in mora, non vi provveda.

La motivazione sottesa a tale orientamento risiede esclusivamente nel fatto che le riparazioni di cui agli artt. 314 e 643 c.p.p., accomunate da identico spirito e natura giuridica, non hanno carattere risarcitorio, bensì di semplice indennizzo, ispirato dalla solidarietà verso la vittima di un'indebita custodia cautelare o di un errore giudiziario (90).

(87) Cass., sez.III, 30 aprile 1999, nonché CATARINELLA, *op. cit.* 1093.

(88) Così Cass., sez.IV, 06 ottobre 1994, in CED Cassazione.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, d'altronde, non manca di ribadire che quello di ragionevolezza è il canone generale per la Pubblica amministrazione.

Per tutte cfr. CdS, sez. IV, 30 novembre 1992, n. 922, in CS, 1992, I, 1159 e CdS., sez. VI, 22 ottobre 1992, n. 787, in CS, 1992, 1434.

Il principio di ragionevolezza non solo costituisce il limite interno alla discrezionalità, ma si configura pure come *principio normogenetico* del procedimento, VILLALTA R. e SALA G., voce *Procedimento amministrativo*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, XI, Utet, 596.

(89) Cass., sez. IV, 9 luglio 1992, n. 288, in *Cass. pen.*, 1993, p. 635

(90) Cass., sez. IV, 11 giugno 1997.

Mentre il risarcimento del danno si sostanzia in un ristoro integrale dei pregiudizi patrimoniali subiti, l'indennizzo, che scaturisce da un fatto lecito, è un serio (ancorché non integrale) ristoro di siffatti pregiudizi (91).

La somma fissata dal giudice non può essere addizionata né della rivalutazione monetaria secondo gli indici ISTAT, non riguardando il fatto genetico una fattispecie *ex illecito*, né degli interessi legali dalla domanda alla decisione definitiva per carenza di determinatezza, certezza e liquidità del credito (92).

L'indennizzo deve infatti basarsi su una valutazione equitativa che tenga globalmente conto non solo della durata della custodia cautelare sofferta ma anche delle conseguenze personali e familiari scaturite dalla privazione delle libertà (93); non è un caso che tale forma di indennizzo è stata definita «atipica» (94).

(91) La riparazione *ex art. 643 c.p.p.* può essere di qualunque ammontare, quell'*ex art. 315 comma 2, c.p.p.* prevede che «l'entità della riparazione non può in ogni modo eccedere un miliardo di lire».

Precedentemente la somma prevista era di 100 milioni, ed è stata aumentata con l'*art. 15, comma 1, lett. a), della legge 16 dicembre 1999, n. 479.*

Il motivo ispiratore dell'intervento normativo è stato individuato nell'assoluta necessità di adeguare l'entità della cifra da corrispondere a coloro i quali sono stati, loro malgrado, protagonisti di fatti erroneamente ritenuti criminosi e che, per questo hanno subito un'ingiusta detenzione.

Cfr. al riguardo la relazione al disegno di legge, in *www.senato.it/leg/13/BGT/Testi/Ddlpres/0000138.htm.*

In teoria il danno potrebbe essere ritenuto incalcolabile ma la norma deve conferire il carattere della certezza.

Al riguardo non mancano, tuttavia, le critiche. Vedi ad esempio SOTTANI S., *In tema di equa riparazione dell'ingiusta detenzione*, nota ad A. Perugia, 27 giugno 1990, LAMKHANAT, in *Giur. It.*, 1990, II, 432: «Non convince la scelta codicistica, dettata presumibilmente da ragioni di bilancio, di fissare aprioristicamente un tetto massimo per l'entità delle riparazioni.

Tale statuizione, oltre a rappresentare implicitamente un sintomo di sfiducia nei confronti dell'oculatazza dei provvedimenti giudiziari limitativi della libertà personale, rappresenta un'arbitraria privazione di tutela nei confronti dei provvedimenti giudiziari di particolare lesività».

(92) Cass. pen., sez. IV, 31 gennaio 1994, in *Mass. Pen. Cass.*, 1994, fasc. 9, 34.

(93) C.A. Palermo, ordinanza 19 novembre 96, in *Foro it.*, 1997, 705.

(94) vedi al riguardo CATARINELLA, *Riparazione per ingiusta detenzione*, in *Giur. di Merito*, 1992, 1092 e CANALE M., *cit.*, *Il problema dell'appartenenza delle somme corrisposte dallo Stato a titolo di riparazione per ingiusta detenzione nel caso di morte del soggetto ingiustamente detenuto*, in *www.giuristi.thebrain.net/zaleuco/canale.htm*, p. 2, laddove facendo un *exkursus* sul diritto alla riparazione in caso di eredità, ritiene pressoché scontato che il diritto suddetto sorga in testa agli eredi a titolo originario, non derivando da rapporti di tipo successorio con il *de cuius*; «*all'eredità viene riconosciuta una somma di denaro posta in relazione alle sofferenze ed ai disagi da lui sofferti a causa della detenzione poi risultata ingiustificata. Secondo tale interpretazione dunque, le somme liquidate non si considererebbero somme di proprietà del de cuius e conseguentemente, non dovrebbero essere incluse tra i beni ereditari.*».

La giurisprudenza ha tentato di definire il concetto di equa riparazione, considerato che è il legislatore stesso che attribuisce alla totale discrezionalità del giudice la determinazione dei suddetti criteri, addivenendo alla conclusione, ormai pacifica, che in tale concetto equitativo sarebbero ricomprese situazioni sociali e psicologiche non riconducibili al danno emergente o al lucro cessante (95). I pregiudizi da considerare ai fini della riparazione *ex art. 314 c.p.p.* dovrebbero essere, tuttavia, quelli derivanti direttamente dalla detenzione e non possono essere considerati i pregiudizi, di qualsivoglia natura anche non patrimoniali, derivanti dall'esistenza di un'imputazione e dalla pendenza di un processo penale.

La lettura dell'art. 314, dunque, dovrebbe essere fatta nel senso dell'equità e dell'armonia del sistema, ossia nel senso che la riparazione debba avere natura di un indennizzo e di serio ristoro e che non sia il completo compenso (nel senso addirittura di un *quid pluris* rispetto al risarcimento del danno) dei pregiudizi derivanti dalla detenzione.

Logico corollario è che, giusta il 3 comma dell'art. 315 c.p.p., le norme sulla riparazione dell'errore giudiziario si applicano alla riparazione per ingiusta detenzione solo in quanto compatibili: il richiamo opererebbe dunque solo per le norme di procedura.

D'altronde, la giurisprudenza stessa (96) insiste proprio sull'aspetto che l'indennizzo va certamente rapportato alla durata della sofferta detenzione, ma deve comunque rimanere disancorato da parametri aritmetici o da rigidi criteri di calcolo.

Interessante si pone il raffronto con l'art. 14 legge 13 aprile 1988, in materia di responsabilità civile dei magistrati, il quale precisa che le disposizioni della suddetta legge non interferiscono e non pregiudicano il diritto alla riparazione a favore delle vittime di errori giudiziari.

Nella suddetta norma è stato correttamente ravvisato il principio di separazione tra l'azione di responsabilità e quella di riparazione, atteso che la prima avrebbe natura risarcitoria, fondandosi sul comportamento illecito del magistrato, la seconda natura indennitaria, basandosi solo ed esclusivamente sull'esistenza di un errore che prescinde dalla responsabilità del magistrato (97).

(95) App. Perugia, 27 giugno 1990, in *Giur. it.*, 1990, II, 435.

Osserva la Corte che «la riparazione è commisurata alla durata dell'espiazione della pena ed alle conseguenze personali e familiari derivanti dall'ingiusta detenzione sofferta ... ritiene questa Corte che la valutazione di equità sia pur sempre postulazione di giuridicità di fatti dedotti e di parametri da prendere nel debito esame ai fini della quantificazione dell'equa riparazione».

Cfr. anche C. Appello Perugia, 27 giugno 1991, in *Giur. di Merito*, 1993, 1090 nonché CATARINELLA P., *Riparazione per ingiusta detenzione*, in *Giur. di Merito*, 1993, 1089.

Un pregiudizio che, ad esempio, non potrebbe mai considerarsi è il discredito sociale, in quanto quest'ultimo deriverebbe eventualmente non già dalla detenzione, ma dall'esistenza di un'accusa.

(96) Cfr. C.App. di Palermo in *Foro it.*, 1997, 706.

(97) È da precisare che l'ingiusta detenzione può essere determinata dal concorso di soggetti non esercenti le funzioni giurisdizionali (come testi o persone offese inattendibili), App. Perugia, 27 giugno 1990, in *Giur. it.*, 1990, II, 434.

Si esclude, inoltre, in via interpretativa, il diritto alla rivalutazione monetaria, oltre a quello agli interessi legali, nel tempo intercorrente dalla domanda alla decisione definitiva, (98) proprio sulla base del fatto che l'obbligo al pagamento dell'indennizzo non è riconducibile ad un fatto illecito, come tale generatore di un debito di valore (99).

La rivalutazione della somma da liquidarsi a titolo di risarcimento di danni e gli interessi sulla somma rivalutata assolvono funzioni diverse, poiché la prima mira a ripristinare lo *status quo* ante della situazione patrimoniale del danneggiato prima del fatto illecito generatore del danno e a porlo nelle condizioni in cui egli si sarebbe trovato se l'evento dannoso non si fosse verificato.

Gli interessi sulla somma rivalutata, invece, hanno natura compensativa e sono giuridicamente compatibili: sulla somma risultante dalla rivalutazione debbono essere corrisposti gli interessi a decorrere dal giorno in cui si è verificato l'evento dannoso, e questo anche nel caso che nella liquidazione si sia tenuto conto della svalutazione monetaria.

Si tratta, dunque, di interessi sulle somme dovuti a titolo indennitario, da ascrivere alla categoria degli interessi non moratori aventi funzione remunerativa.

Per una disamina del principio di separazione tra l'azione di responsabilità e quella di riparazione cfr. SOTTANI S., *In tema di equa riparazione dell'ingiusta detenzione*, nota a A. Perugia, 27 giugno 1990, LAMKHANAT, in *Giur. It.*, 1990, II, 430, Zappalà, art. 14, in Commento alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in L.P., 1988, 331; SCOTTI, *La responsabilità civile dei magistrati*, Napoli, 1988, 84. Cfr. al riguardo Capponi, art.14, in Commento alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in *Le nuove leggi civili commentate*, a cura di Picardi e Vaccarella, 1989, 1386, riportato da SOTTANI già cit.: «Con la disposizione in esame si è in presenza di una norma ricognitiva, con riferimento all'art. 571 c.p.p. 1930, e programmatica, rispetto alle disposizioni dell'allora emanando nuovo codice di procedura penale».

Cfr. anche Corte d'appello di Firenze, ordinanza del 4 maggio 2001, depositata il 4 luglio 2000: *l'indennizzo previsto dall'art. 314 non va confuso con il risarcimento del danno che è istituito ontologicamente diverso; tale indennizzo va determinato secondo criterio equitativo*.

(98) Cass., sez. IV, 31 gennaio 1994, in Cass. Pen., 1997, 820 e Cass. Pen., sez. IV, 17 maggio 1994, in Cass. Pen., 1995, 3039 e Mass. Pen. Cass., 1995, fasc.1, 110.

Per la nozione di interesse vedi BIANCA, *Diritto civile, le obbligazioni*, 174. Comunemente si definiscono gli interessi prestazioni pecuniarie accessorie e percentuali rispetto ad una prestazione principale, determinate dal decorrere del tempo.

Rispetto alla loro causa gli interessi si distinguono in remunerativi e risarcitori.

I primi rappresentano un compenso percentuale periodico scaturente dal vantaggio della disponibilità di una somma di denaro spettante al creditore.

I secondi, definiti anche moratori, costituiscono una liquidazione forfettaria minima del danno per il ritardo nel pagamento dei debiti di denaro.

(99) Il debitore è automaticamente in mora se si tratta di risarcimento da fatto illecito (1219, comma 2, c.c.). Gli interessi sulle somme liquidate a titolo di risarcimento dei danni da fatto illecito hanno natura compensativa, essendo finalizzate ad evitare il pregiudizio derivante al creditore dal ritardo con cui gli viene consegnato l'equivalente pecuniario.

Cfr. al riguardo BIANCA, 187 e Cass. 20 dicembre 1976, n. 4694, e Cass. 16 giugno 1987, n. 5287, in Mass., 1987.

D'altra parte, non sono dovuti interessi dalla data della domanda in quanto il diritto alla riparazione sorge soltanto con il provvedimento costitutivo emesso dal giudice: nel momento anteriore alla pronuncia del giudice la somma dovuta non né determinata, né liquida, né esigibile (100).

Non solo: relativamente al momento successivo al passaggio in giudicato della sentenza o ordinanza, è necessario tenere conto delle particolari norme in materia di contabilità dello Stato, atteso che il diritto agli interessi può sorgere solo in relazione a tale normativa, sicché non genera interessi né può essere fonte di danno da svalutazione monetaria.

Nella quantificazione della somma non può tenersi conto di interessi e svalutazione, attesa la mancanza dei relativi presupposti, dal momento che, quanto agli interessi, non può dirsi che vi sia ritardo nel pagamento, rispetto alla decisione giudiziale, essendo l'indennizzo dovuto solo dal momento in cui la Corte d'appello abbia accolto la relativa domanda.

Quanto alla svalutazione, non può dirsi sussistente la condizione costituita dalla riconducibilità dell'obbligo di pagamento ad un fatto illecito generatore, come tale, di un debito di valore, essendo la riparazione per ingiusta detenzione e l'errore giudiziario, istituti a carattere non risarcitorio, ma di semplice solidarietà verso la vittima di una indebita custodia cautelare (101).

Pertanto, soltanto dopo che la P.A., esperiti gli adempimenti previsti dalla legge e posta in mora, illegittimamente ritardi o rifiuti il pagamento, è possibile configurare l'esigibilità dei crediti, dovendo la predetta Amministrazione attendere, ai fini dell'adempimento, il provvedimento giudiziale (102).

La giurisprudenza, peraltro, conferma la necessità di un ritardo qualificato dell'Amministrazione per il sorgere dell'obbligazione al pagamento degli interessi (103).

In conformità con quanto affermato da autorevole dottrina, i crediti illiquidi (104), quali sono quelli della riparazione per errore giudiziario fino alla pronuncia costitutiva del giudice, non sono esigibili fino a quando la P.A. non abbia emesso il mandato di pagamento o fino a quando non sia stata esaurita la fase di accertamento e compiuti tutti gli atti che la legge prescrive affinché il pagamento sia autorizzato (105).

(100) Cass., sez. IV, 9 luglio 1992, n. 288, in *Cass. pen.*, 1993, 635; Cass. pen., sez. IV, 30 novembre 1993 in *Mass. Pen. Cass.*, 1994, fasc. 7, 119.

(101) Cass. pen., sez. IV, 17 maggio 1994, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1994, 835.

(102) Cass. pen., sez. IV, 6 ottobre 1994, in *Mass.*, fasc. 6, 102.

(103) Cass., sez. IV, 9 luglio 1992, n. 288, in *Cass. pen.*, 1993, 635.

Non mancano, tuttavia, sentenze in senso contrario, come Cass. pen., sez. III, 30 aprile 1999, in *CED Cassazione* o Cass. pen., sez. IV, 17 dicembre 1992, in *CED Cassazione*, ove si specifica che gli interessi moratori, nella misura legale, attribuita all'istante a titolo di equa riparazione per l'ingiusta detenzione, vanno riconosciuti, se richiesti, con decorrenza dal momento in cui il provvedimento attributivo consegue il passaggio in cosa giudicata.

(104) I crediti certi e liquidi diventano senz'altro esigibili alla scadenza del termine a prescindere dalla circostanza che sia stata regolarmente esperita la procedura di pagamento, cfr. Cass. Sez. Un. 8 giugno 1985, Barone.

Tar Campania, sez. Salerno, 15 giugno 1984, n. 195, in *Foro Amministrativo* 1985, 286.

(105) BIANCA, diritto civile, l'obbligazione, 204

È noto che l'art. 1282, c.c. sancisce il principio fondamentale in base al quale, in tema di interessi, i crediti liquidi ed esigibili di somme di danaro, ossia quelli determinati con precisione nel loro ammontare e non sottoposti a termine o condizione, producono interessi di pieno diritto, cioè automaticamente.

Sono dunque la conseguenza della presunzione della naturale fecondità del danaro e quindi, a prescindere dalla prova della concreta esistenza del pregiudizio, gli interessi scaturenti da una sentenza esecutiva di condanna al pagamento di una somma di denaro, avendo natura corrispettiva giacché prodotti ai sensi dell'art. 1124 c.c. da un credito liquido ed esigibile, decorrono anche nei confronti dello Stato (106).

Per parte sua la P.A. è tenuta a compiere diligentemente e con ogni sollecitudine quanto necessario, poiché alla stessa non è dato invocare le norme sulla contabilità dello Stato per evitare le conseguenze del proprio ritardo, essendo la mora dell'Amministrazione regolata dalle norme di diritto comune (107).

Pertanto, una volta sorto il vincolo giuridico alla corresponsione della riparazione, la cui obbligazione relativa è senza termine, la P.A. è tenuta per legge ad espletare la procedura di pagamento in conformità con le norme sulla contabilità dello Stato.

Soltanto qualora l'Amministrazione non procedesse con sollecitudine, anche ai sensi dell'art. 6, comma 3, d.m. n. 325/1997, ossia entro il tempo ragionevolmente necessario a porre in essere tale procedura, dovrebbero essere corrisposti gli interessi moratori ex art. 1219 c.c., ravvisandosi in tal caso un colpevole ritardo.

Uno dei parametri di riferimento al fine di verificare se l'Amministrazione procede con sollecitudine è sicuramente l'art. 6, comma 3, del decreto del Ministro del Tesoro del 5 agosto 1997, n. 325, regolamento di attuazione della legge n. 241/1990, contenente i termini perentori entro i quali è tenuta a completare il procedimento autorizzativo e ad emettere il conseguente ordinativo.

(106) Cass., sez. I, 21 aprile 1999, n. 3944, in *Mass.*, 1999; nonché la recente Cass. 16 marzo 2000, n. 3032, in *Foro It.* 2000, I, 1357.

(107) Cass. Su, 1985, n. 3451, in *Foro It.*, 1985, I, 1619 e in *Giust. Civ.*, 1985, I, 2503.

Cfr. al riguardo Cass. pen., sez. IV, 1° dicembre 1992, in *Cass. Pen.*, 1994, 1903 e in *Mass. Pen. Cass.*, 1994, fasc. 8, 62, laddove si specifica che poiché l'ingiusta detenzione prescinde dal tutto dal dato dell'illiceità che ha come fatto generatore un atto illecito non imputabile, non sono ravvisabili il diritto alla rivalutazione della somma liquidata e il diritto agli interessi.

L'onere di corrispondere gli interessi potrà sorgere solo dopo che l'amministrazione richiesta del pagamento non vi provveda sollecitamente.

Diversamente, invece, Cass. pen., sez. IV, 17 dicembre 1992, in *Mass. Pen. Cass.*, 1993, fasc. 9, 10.

La suddetta norma, con riguardo al procedimento di autorizzazione all'erogazione delle somme dovute per l'ingiusta detenzione e l'errore giudiziario subito, assegna all'Amministrazione, per l'emissione dell'autorizzazione di pagamento, il termine di giorni 180 dalla data in cui è stata acquisita copia autentica dell'ordinanza della Corte d'Appello competente, previo il necessario nulla osta dell'Avvocatura dello Stato, e a seguito della presentazione da parte del creditore di tutta la documentazione necessaria per ottenere il pagamento stesso (108).

L'*iter* integra un vero e proprio procedimento amministrativo, soprattutto se rapportato alla nuova nozione di procedimento e alla valorizzazione sempre più accentuata della fase dinamica dell'attività della P.A. rispetto a quella statica relativa all'emanazione del provvedimento, tenuto conto anche del fatto che, anche sotto il profilo dell'immagine, il modo di agire delle amministrazioni sta modificandosi (109).

Conseguentemente, l'atto finale tende ad assumere sempre più il carattere di un riepilogo di quanto è avvenuto nell'istruttoria.

Si applicano, pertanto, le norme della legge 241 del 1990, ad esempio l'art. 7 e 8 della legge medesima in materia di comunicazione dell'avvio del procedimento di autorizzazione al pagamento: ai fini della relativa istruttoria l'Amministrazione invita l'interessato a inviare copia di un documento di identità e a voler restituire un modulo precedentemente inviato debitamente compilato e sottoscritto.

Peraltro, si riconosce in dottrina l'importanza di mantenere separato il momento istruttorio, sostanziale, dal provvedimento finale, in quanto fanno capo a regole diverse.

(108) L'*iter* integra un vero e proprio procedimento amministrativo; si applicano, pertanto, le norme della legge 241 del 1990 (come l'art. 7 e 8 della legge medesima in materia di comunicazione dell'avvio del procedimento di autorizzazione al pagamento: ai fini della relativa istruttoria l'Amministrazione invita l'interessato a inviare copia di un documento di identità e a voler restituire un modulo precedentemente inviato debitamente compilato e sottoscritto).

In tema di procedimento amministrativo vedi da ultimo SANDULLI A., *Il procedimento*, in *Tratt. di dir. amministrativo*, a cura di Sabino Cassese, Milano, Giuffrè, 2000, 1003, ss.

Sulla comunicazione dell'avvio del procedimento vedi G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1997 e CORPACCI A., *La comunicazione dell'avvio del procedimento alla luce dei primi riscontri giurisprudenziali*, in *Reg.* 1994, 318 ss.

(109) Cfr. al riguardo TEDESCHINI F., voce *Procedimento amministrativo*, in *Enc. del Dir., aggiornamento*, p.873; BRUGALETTA F., *La partecipazione dei privati nel procedimento amministrativo: orientamenti della legislazione e della giurisprudenza*, in *Giur. Amm. siciliana*, 1993, n. 4, 944 e in www.diritto.it/articoli/amministrativo/parteprivati.html

L'omissione da parte della P.A. della comunicazione di avvio del procedimento amministrativo costituisce vizio di violazione di legge, rilevabile dal soggetto nel cui interesse la comunicazione è prevista e determina l'illegittimità del provvedimento adottato.

Sulle norme secondarie della legge n. 241/1990 in materia di partecipazione interessante è la circolare della Presidenza della Regione Sicilia, del 20 gennaio 1992, n. 634, in *Giur. Amm. Siciliana*, 1992, 216.

La situazione giuridica soggettiva in capo ai privati nel procedimento, infatti, può assumere una natura diversa da quella che essa ha quando il provvedimento è formale (110).

È possibile, ad esempio, che l'amministrazione riscontri irregolarità nel documento esibito o nelle dichiarazioni rilasciate dall'istante.

Con il medesimo regolamento, inoltre, è stato determinato in giorni 60 l'ulteriore termine massimo entro cui deve essere emesso il relativo mandato di pagamento, termine che è stato elevato a 120 giorni dall'art. 147 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, recante disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2001).

È evidente, pertanto, che se l'Amministrazione rispetta i suddetti termini, non sussistono i presupposti per la corresponsione né degli interessi corrispettivi, né degli interessi moratori (111).

La giurisprudenza, comunque, ha previsto che anche in assenza di un'esplicita previsione del termine dell'obbligazione esigibile mediante mandato della tesoreria e qualora sussista un'obiettivo impossibilità di determinare a priori il termine ragionevole dell'adempimento dell'obbligo a carico della P.A., questa è messa in mora dal momento dell'intimazione o richiesta scritta di adempimento (112).

Le disposizioni di cui sopra, peraltro, si pongono in linea anche con il contenuto dell'art. 14 comma 1 del decreto-legge 31 dicembre 1996, n. 669 convertito nella legge 28 febbraio 1997, n. 30, il quale prevede che prima del decorso del termine di 60 giorni dalla notificazione del titolo esecutivo ad una P.A. «*il creditore non ha il diritto di procedere ad esecuzione forzata ... né*

(110) GIGLIONI F. e LARICCIA S., voce *Partecipazione dei cittadini*, in *Enc. Dir.*, 958, ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, 77 ss.

Cfr. sulla carenza di istruttoria CdS 14 novembre 2000, in *CED Cassazione*.

(111) Gli interessi moratori, in ogni caso, devono costituire oggetto di espressa domanda.

Non possono ritenersi compresi nella domanda di pagamento del capitale in quanto sono da considerarsi una prestazione autonoma.

Conseguentemente, il giudice che attribuisce gli interessi non espressamente richiesti, incorre nella violazione di cui all'art. 112 c.p.c.

Cfr. al riguardo Cass. civ. del 10 novembre 1998, in www.jei.it/novita/giurisprudenziali/procedura.civile/119810.004.pcc.htm, ma già si era pronunciata in tal senso Cass. 25 gennaio 1978, n. 336, in *CED Cassazione*. Cfr. anche Cass. civ. 10 novembre 1998, n. 11315, in www.jei.it/novita/giurisprudenziali/procedura.civile/119810.005.pcc.htm, che affronta il problema della data di decorrenza degli interessi sulle somme ricevute in esecuzione di una sentenza provvisoriamente esecutiva e poi riformata.

L'obbligo di pagamento di tali interessi, difatti, decorre dalla data effettiva della percezione della somma, non essendo riconducibile allo schema della *condictio indebiti*, bensì ricollegandosi ad una specifica esigenza di ripristino della situazione patrimoniale anteriore alla decisione annullata, che prescinde dalla buona o mala fede dell'*accipiens* tenuto a sopportare il rischio dell'attuazione della tutela giurisdizionale invocata.

Con pari decorrenza devono essere attribuiti eventuali ulteriori danni di cui all'art. 1224, c.c.

(112) Cass. sez. I, 17 luglio 1997, n. 6554, in *CED Cassazione*.

possono essere posti in essere atti esecutivi»; la formulazione è analoga a quella di cui all'art. 615 c.p.c., che consente al debitore di proporre opposizione «quando si contesta il diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata» (113).

Le disposizioni contenute nell'art. 14 della suddetta legge sono peraltro confermate dalla legge 23 dicembre 2000, n. 388, recante disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2001), la quale all'art. 147 modifica l'art. 14 del d.l. 31 dicembre 1996 elevando a 120 il termine di 60 precedentemente previsto (114).

La *ratio* sottesa alle suddette disposizioni legislative obbediscono all'esigenza di garantire un congruo periodo di tempo a tutte le amministrazioni per effettuare i pagamenti, senza il rischio di subire oneri aggiuntivi od aggravati di spesa.

Anche l'attività di esecuzione di provvedimenti giurisdizionali è, infatti, in tali ipotesi, regolata da procedimenti che richiedono determinati tempi tecnici a causa dell'*iter* burocratico da seguire.

L'innovativo e diverso modo di amministrare delle Amministrazioni pubbliche, fondato su nuovi principi organizzativi e di funzionamento, si ispira ai recenti principi organizzativi e di funzionamento relativi alla programmazione, alle esigenze di realizzare l'efficienza, l'efficacia, l'economicità e la trasparenza dell'azione amministrativa.

Di qui il riordino e il potenziamento dei meccanismi e degli strumenti di monitoraggio, della valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati raggiunti (115).

In linea si pone la recente legge 24 novembre 2000, n. 340 recante Disposizioni per la delegificazione di norme e per la semplificazione di procedimenti amministrativi-legge di semplificazione 1999 (116).

È chiaro come, l'importanza di queste riforme, peraltro auspicate da tempo dalla dottrina, risiede nel fatto che esse operano contemporaneamente su due versanti, quello garantista nei confronti del cittadino e quello della efficienza e della trasparenza nei confronti del potere amministrativo (117).

AVV. MARIA VITTORIA LUMETTI

(113) Cfr. il parere dell'Avvocatura dello Stato 11 marzo 1998 n. 33526-7.

(114) Legge pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 302 del 29 dicembre 2000 – Supplemento Ordinario n. 219 e in www.parlamento.it/parlam/leggi/eleletip.htm.

(115) MELLONE C., *La riforma del bilancio dello Stato e i suoi rapporti con la riforma del sistema dei controlli ex d.-l. n. 286/1999*, in www.diritto.it/articoli/contabilita.pubb/mellone.htm.

(116) Legge pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 275 del 24 novembre 2000 e rinvenibile in www.parlamento.it/parlam/leggi/003401.htm.

(117) V. gli atti parlamentari, discorso del Prof. Nigro in occasione dell'insediamento della sottocommissione per la revisione della disciplina dei procedimenti amministrativi (dicembre 1983), riportati da BRUGALETTA F. *cit.* p. 946.

Negli U.S.A. il più recente rapporto dell'amministrazione Clinton per migliorare la P.A. è sintetizzato simbolicamente nel taglio del *red tape* ossia quel nastrino rosso che lega le pratiche ammassate sulle scrivanie, cfr. RESTA D., *Il vero volto della riforma del procedimento amministrativo*, in *T.A.R.*, 1993, II, 39, nonché BRUGALETTA F. *cit.* 947.

DOSSIER INTERDISCIPLINARE

Il Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità. Presentazione.

1. – In esecuzione del programma di semplificazione, delegificazione e razionalizzazione in testi unici delineato dalle c.d. leggi Bassanini (ai sensi dell'art. 20 legge 59/1997 e degli artt. 7-8 legge 50/1999), sono stati pubblicati nel Supplemento ordinario n. 211/L alla *Gazzetta Ufficiale* - serie generale - n. 189 del 16 agosto 2001 (e ripubblicati nel Suppl. ord. n. 231 alla *Gazzetta Ufficiale* n. 214 del 14 settembre 2001) i tre decreti legislativi 8 giugno 2001 contenenti i testi unici sulle disposizioni *legislative* (n. 325-testo B), *regolamentari* (n. 326-testo C) e *legislative e regolamentari* (n. 327-testo A) in materia di espropriazione per pubblica utilità; la loro entrata in vigore, inizialmente prevista per il 1° gennaio 2002, è stata procrastinata al 1° giugno 2002 dall'art. 5 legge 31 dicembre 2001 n. 463.

L'articolato – proposto, per la prima volta, direttamente dal Consiglio di Stato, cui il Governo si era rivolto per la sola parte concernente la materia dell'espropriazione, ai sensi del cit. art. 7, comma 5 – ha in piccola parte innovato nella materia (limitatamente ai profili organizzatori e procedurali, per i quali era prevista la delegificazione) ed in gran parte coordinato la congerie di norme preesistenti e stratificatesi in più di un secolo di legislazione, chiarendo dubbi interpretativi, dando veste normativa ai principi elaborati dalla giurisprudenza e dalla Corte Costituzionale, definendo abrogazioni tacite ed ambito di applicazione di norme residue; il suo campo di applicazione è espressamente limitato alle espropriazioni connesse con l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità (art. 1) e non si applica alle espropriazioni di beni mobili o non riguardanti la trasformazione del territorio (con l'avvertenza che per *trasformazione del territorio* si intende ogni sua utilizzazione per fini pubblici anche senza modifica *fisica* del bene immobile oggetto dell'espropriazione).

Nonostante il risultato di tanto e qualificato impegno sia tecnicamente ed organicamente di alto livello, non si può fare a meno di notare che l'intendimento del Legislatore non è stato attuato nella sua completezza, atteso che alla previsione di un testo unico in materia di "*urbanistica ed espropriazione*" (art. 7, comma 1, lett. c), legge 50/1999 e punto 3 del relativo allegato n. 3, nonché art. 1, comma 4, lett. e) - f), legge 340/00) non ha fatto seguito, appunto, il testo relativo alla disciplina urbanistica, mentre sono stati pubblicati i testi unici (anche in questo caso tre) delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia (d.legs. 6 giugno 2001 n. 378-testo B, n. 379-testo C, n. 380-testo A, nel *Suppl. ord.* n. 236/L alla *Gazzetta Ufficiale* - serie generale - n. 245 del 20 ottobre 2001).

A completare (e complicare) il quadro normativo è intervenuta la legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3 (in *Gazzetta Ufficiale* 24 ottobre 2001 n. 248) concernente *Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione* (dopo le Delibere Camera dei Deputati 28 febbraio 2001 e Senato della

Repubblica 8 marzo 2001 e il *referendum* 3 agosto 2001), con la nuova formulazione – fra l'altro – dell'art. 117, il cui terzo comma prevede fra le materie di legislazione concorrente il *governo del territorio* ed il cui quarto comma attribuisce alle Regioni la relativa *potestà regolamentare*, e dell'art. 118, il cui primo comma attribuisce direttamente ai Comuni le funzioni amministrative.

2. – Sorgono così i primi dubbi: *a*) che senso (e, forse, che legittimità) ha un riordino di settori considerati (giustamente) in termini unitari e indissolubili nelle leggi di delega, che si concretizzi nella sola emanazione di testi unici per la materia delle espropriazioni (e, poi, per l'edilizia) e non per quella dell'urbanistica nella quale la prima si inserisce in funzione attuativa di una delineata pianificazione (si legge nel parere 29 marzo 2001 n. 4, reso dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato sullo schema di testo unico in esame, che il procedimento espropriativo “*presuppone la sua coerenza con le previsioni del piano urbanistico ... costituisce una fase indefettibile per l'attuazione delle previsioni del piano urbanistico e per un ordinato assetto del territorio*”); *b*) che utilità (e, probabilmente, che legittimità costituzionale) ha un testo unico che riporta, elabora e in parte innova disposizioni che lo Stato non ha più competenza ad emanare se non per principi generali (quanto alle norme di legge, *ex art. 117, comma 3, ultimo periodo, Cost.*) o in assoluto (quanto alle norme regolamentari, *ex art. 117, comma 4*).

Sotto entrambi i profili non è possibile dare una risposta esaustiva, almeno in sede di prime riflessioni sui nuovi testi, potendosi sostenere che rientra nella discrezionalità del Governo attuare in tempi successivi il complesso di deleghe ricevute dalle “Bassanini” e che la pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale* dei testi unici prima della legge costituzionale li salva dalla censura di incostituzionalità, anche se la loro entrata in vigore è prevista per una data successiva al consolidamento della riforma costituzionale, così che gli stessi conservano una funzione *residuale* o una natura *cedevole* rispetto alla futura legislazione regionale, allorché interverrà.

Andando al di là della forma (e del formalismo) si potrebbe, però, riflettere sul fatto che una disciplina delle espropriazioni avulsa da quella urbanistica non realizza la *ratio* della delegificazione e della semplificazione e non garantisce una tutela adeguata dei diritti contrapposti che coinvolge (si pensi alla sola parziale realizzazione del diritto di informazione e partecipazione del privato nella fase di pianificazione del territorio e programmazione dell'opera pubblica che precede ed indirizza il susseguente procedimento di esproprio; si pensi alla necessità di determinazione temporale dei vincoli preordinati all'esproprio che non può essere regolata nella riduttiva ottica *espropriativa* del pagamento di una indennità al proprietario del bene; si pensi alla opportunità di promuovere la definizione, anche conciliativa, delle questioni concernenti la determinazione del corrispettivo-indennità sulla base di parametri di riferimento predeterminati ed ancorati a dati oggettivi individuati prima del momento *espropriativo* e delle modifiche delle caratteristiche del territorio determinate dalla pianificazione urbanistica).

Si potrebbe anche considerare che le Regioni non accetteranno di buon grado la limitazione alle nuove potestà attribuite loro dall'art. 117 Cost. che deriverebbe dalla attuazione dei principi dettati nell'art. 5 t.u. 327/01 che parla: – di potestà legislativa concorrente ma la limita “*alle espropriazioni strumentali alle materie di propria competenza*” (laddove il “*governo del territorio*” è integralmente nella competenza delle Regioni) e vincola quella potestà legislativa al rispetto, non solo, “*dei principi fondamentali della legislazione statale*” (come nell'art. 117, comma 3, ultimo periodo) ma anche “*dei principi generali dell'ordinamento giuridico desumibili dalle disposizioni contenute nel testo unico*” (cosa che nella nuova Costituzione non è prevista e che, per quel che concerne la componente *regolamentare*, non è consentita); – di efficacia *diretta ed interinale* delle disposizioni del t.u. “*nei riguardi delle Regioni a statuto ordinario ed a statuto speciale*” fino all'emanazione della nuova disciplina da parte delle stesse, comportando la sostanziale inoperatività della novella costituzionale che non ha alcun potere di disporre; – di “*funzioni amministrative trasferite o delegate dallo Stato alle Regioni e alle Province autonome*” che in realtà sono ora “*attribuite ai Comuni*” dall'art. 118 Cost. e da questi devono essere esercitate sin da subito.

3. – Fra i “*principi fondamentali*” che, a norma di Costituzione, possiamo salvare dai testi unici in esame e considerare operanti indipendentemente dalla soluzione che sarà data ai dubbi sopra sollevati assumono grande rilevanza: *a)* l'accentramento della *competenza* alla emanazione di tutti gli atti del procedimento espropriativo in capo all'autorità competente alla realizzazione dell'opera (art. 6, comma 1); *b)* l'eliminazione della occupazione *d'urgenza* del bene conseguente alla previsione della adottabilità del decreto di esproprio solo dopo il completamento delle fasi del procedimento espropriativo (indicate dall'art. 8) e della sua eseguibilità con l'immissione in possesso cui consegue l'effetto ablatorio (art. 23, comma 1); *c)* la previsione di un termine di durata del *vincolo preordinato all'esproprio* e di limitazioni alla sua reiterabilità (art. 9, commi 2 e 4), con diritto del proprietario del bene ad un indennizzo non computabile nell'eventuale indennità di esproprio (art. 39); *d)* l'attribuzione al privato del diritto a partecipare al procedimento (*ex art. 7 legge 241/1990 e Cons. Stato, ad. plen., 14/1999*) nella fase anteriore all'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio (art. 11) ed alla approvazione del progetto definitivo (art. 16) ed in sede di determinazione dell'indennità (art. 20-21); *e)* la riduzione ad unità sia dei termini di efficacia dei vincoli e di durata della procedura sia dello stesso *tipo* di procedimento espropriativo (Capi I-IV del Titolo II); *f)* la indicazione dei criteri generali per la determinazione del valore del bene ai fini dell'indennità di esproprio, con la conferma della irrilevanza degli effetti del vincolo preordinato all'esproprio e dell'opera da realizzare e delle edificazioni illegittime e delle trasformazioni tardive (art. 32, 37, 38 e 40); *g)* la regolamentazione del regime fiscale dell'indennità (art. 35); *h)* l'eliminazione della *accessione invertita* e l'introduzione della *acquisizione coattiva* che trova ragione non su un comportamento di fatto ma su un provvedimento amministrativo di espropria-

zione in sanatoria (art. 43); *i*) la valorizzazione della *cessione volontaria* del bene sulla base di un accordo formale e la predeterminazione dei criteri di quantificazione del corrispettivo (art. 45); *l*) la regolamentazione della *retrocessione* del bene nel caso di omessa esecuzione o impossibilità di realizzazione dell'opera pubblica (art. 46); *m*) la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (*ex art. 7 legge 205/00*) di tutte le controversie in materia, con la procedura accelerata di cui all'art. 23-*bis* legge 1034/1971, ad esclusione delle controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione dell'indennità, riservate al giudice ordinario (art. 53-54).

Non si possono annoverare fra i “*principi fondamentali*” la cui determinazione è restata nella competenza dello Stato alcune disposizioni, pur importanti, contenute nei testi unici dell'8 giugno 2001, quali: – i criteri di quantificazione dell'indennità, con la dicotomia *terreno edificabile/agricolo* e l'esclusione di un *tertium genus* per utilizzazioni diverse (art. 40, comma 1, ultima parte), con il riferimento al puro valore venale del bene per le espropriazioni finalizzate alla realizzazione di opere private di *pubblica utilità* (art. 36), con la preeterminazione forfetaria delle indennità aggiuntive dovute al coltivatore diretto ed all'imprenditore agricolo, al fittavolo, mezzadro o partecipante (art. 40, comma 4, e 42); – la istituzione della *commissione competente alla determinazione del valore agricolo* nelle regioni (art. 41); – la procedura per l'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio, negli aspetti direttamente connessi alla pianificazione urbanistica (art. 9, salvo che per il termine di validità e la sua limitata reiterabilità, e art. 10), e quella per la dichiarazione di pubblica utilità (art. 12-19, salvo che per la durata massima della procedura e la partecipazione del privato); – l'iniziativa e direzione da parte del *Prefetto* del coordinamento degli interventi dei gestori dei servizi pubblici necessari per la realizzanda opera (art. 25, comma 4).

Come appare evidente dalle brevi osservazioni sopra esposte, su ciascuno dei problemi emergenti dai nuovi testi normativi e sulla loro stessa attualità e conformità alla Costituzione si apriranno dibattiti e contenziosi, dei quali daremo conto anche in questa *Rassegna*, iniziando sin d'ora con lo studio-dossier dell'istituto della c.d. *accessione invertita*, ora *acquisizione coattiva*, che pubblichiamo qui di seguito.

AVV. GIUSEPPE ALBENZIO

DOSSIER INTERDISCIPLINARE

L'«occupazione acquisitiva»: percorsi di un istituto controverso.

L'«occupazione acquisitiva» (o accessione invertita) è un istituto di creazione pretoria attraverso il quale i giudici civili italiani hanno cercato di riparare con un'anomala legittimazione a quei casi in cui la Pubblica Amministrazione abbia occupato in maniera illegittima, (per mancanza di provvedimento autorizzativo o per decorso dei termini di occupazione legittima, o in base ad atti amministrativi poi annullati), immobili di proprietà privata, realizzandovi opere pubbliche. L'irreversibile trasformazione del bene occupato e della sua destinazione capovolge il principio civilistico dell'accessione invertita a favore dello Stato. La Pubblica Amministrazione, cioè, acquista a titolo originario il suolo privato, mentre in capo all'ex proprietario sorge il diritto al risarcimento del danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà.

Prima della consacrazione del principio *de quo* con la sentenza della Corte di Cassazione, a sezione unite, del 26 febbraio 1983 n. 1464 (in questa *Rassegna*, 1983, I, 124 e segg., con nota di S. LAPORTA; *F.I.*, 1983, I, 626; *Giur. It.*, 1983, I, 1, 1629; *Giust. civ.*, 1983, I, 1736; *Resp. civ.*, 1983, 397; *Riv. Amm.*, 1983, 337; *Riv. Giu. Edilizia*, 1983, I, 218), gli orientamenti giurisprudenziali sul controverso problema erano essenzialmente tre.

Per l'indirizzo prevalente, (cfr. Cass., sez. I, 14 aprile 1982, n. 2341, in *Mass. F.I.*, 1982; Cass., sez. un. 23 luglio 1981, n. 4741, in *Giust. civ. Mass.*, 1982; Cass., sez. I, 13 dicembre 1980, n. 6452, in *F.I.*, 1981, I, 1082; Cass. sez. I, 3 dicembre 1980, n. 6308, in *Giust. civ. Mass.*, 1980), la realizzazione di opere destinate in via permanente al soddisfacimento di un interesse pubblico su un fondo privato occupato illegittimamente, privava il proprietario della facoltà di chiedere la restituzione del fondo o la demolizione dell'opera e lo legittimava soltanto ad ottenere il risarcimento del danno causato dal fatto illecito della Pubblica Amministrazione, lasciando peraltro inalterato il diritto di proprietà, ancorché svuotato di contenuto economico.

Il secondo orientamento (cfr. Cass., sez. un. 4 maggio 1976, n. 1578 in *Giust. it.*, 1977, I, 1, 1571, Cass. 22 ottobre 1980, n. 5679, in *Giust. Civ. Rep.*, 1980) riteneva possibile, in ipotesi di mere attività materiali compiute senza il consenso del proprietario sul fondo privato della Pubblica Amministrazione la condanna della stessa ad un *facere* specifico (rilascio o demolizione). Il divieto posto all'autorità giudiziaria ordinaria dall'art. 4 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo (L. 20/3/1865, n. 2248, all. E) veniva ritenuto applicabile esclusivamente agli atti costituenti legittimo esercizio di potestà amministrativa o ad attività esecutive di questi, ma mai a meri comportamenti materiali.

Entrambi questi indirizzi si fondavano, quindi, sul presupposto che l'esecuzione di attività da parte dei pubblici poteri sul suolo altrui non incidesse sulla titolarità del diritto di proprietà, in pratica, però, neutralizzato nei suoi contenuti di carattere economico, per l'irreparabile perdita tanto del godimento del bene quanto della utilità dello stesso ricavabili.

Il terzo orientamento giurisprudenziale, (Cass., sez. I, 8 giugno 1979 n. 3243, in *Giust. civ.* 1979, I, 1629) invece, ricollegava alla costruzione dell'opera pubblica l'effetto estintivo del diritto di proprietà sul suolo privato illecitamente occupato.

La sentenza 1464/1983 delle Sezioni Unite ha sostanzialmente aderito a tale ultimo indirizzo. Il completamento della opera pubblica, che implica la radicale trasformazione del fondo, costituisce al contempo sia fattispecie acquisitiva-estintiva del diritto di proprietà sia momento di consumazione dell'illecito che abilita il privato a chiedere, nel termine prescrizione di cinque anni dal momento della trasformazione del fondo, la condanna dell'ente medesimo a risarcire il danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà, mediante il pagamento di una somma pari al valore che il fondo aveva in quel momento. La regola dell'«occupazione acquisitiva» è stata enucleata dalla sentenza 1464/1983 ispirandosi ai «principi generali dell'ordinamento». In particolare, di quel principio in virtù del quale regola per la composizione del conflitto tra costruttore e proprietario sarebbe l'attribuzione della proprietà sia del suolo che della costruzione al soggetto portatore dell'interesse ritenuto prevalente secondo una valutazione d'ordine economico-sociale. E, nel caso di occupazione *sine titulo* di un fondo privato per la realizzazione di un'opera pubblica, tale valutazione comparativa si risolverebbe in favore dell'ente pubblico avendo quest'ultimo agito per la soddisfazione di un interesse non proprio ma della collettività dei cittadini. Il principio-guida dell'istituto dovrebbe quindi ricondursi a quella «funzione sociale» della proprietà consacrata nell'art. 42, comma 2, della Costituzione.

La citata sentenza delle Sezioni Unite ha suscitato un vivacissimo dibattito, soprattutto in dottrina. Alcuni giudici di merito (Trib. Torino 23/1/1987, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 522) hanno rilevato che alla base della cosiddetta «occupazione acquisitiva» sta un atto illegittimo contrario ai principi dell'ordinamento, in quanto, ai sensi dell'art. 43, comma 3, Cost., l'acquisto della proprietà pubblica è subordinato all'osservanza delle regole generali del procedimento di espropriazione.

Si è altresì evidenziato che, stando al *decisum* delle Sezioni Unite, il profilo dell'interesse verrebbe a confondersi con la circostanza che l'occupante sia un soggetto pubblico e si farebbe così luogo ad una situazione di privilegio soggettivo legato allo status della Pubblica Amministrazione, tralasciando l'elemento oggettivo o teleologico dato dall'atto formale con il quale viene dichiarata la pubblica utilità dell'opera stessa (G. CAROTENUTO, *L'opera pubblica su suolo privato*, nota a Cass. 1464/1983, in *Giust. Civ.* 1983, I, 1742 ss.).

Nonostante le riserve avanzate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, l'indirizzo avviato con la sentenza 1464/1983 è stato ribadito da un'altra pronuncia delle stesse Sezioni Unite (Cass., sez. un., 10 giugno 1988, n. 3940, in *Giur. it.* 1988, I, 1, 1960; nello stesso senso Cass. 13 aprile 1992 n. 4477 in *Mass. Foro it.*, 1992, 392), pur con il correttivo dell'indefettibilità della dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, e con l'esclusione, quindi delle mere occupazioni di fatto (ossia in assenza assoluta del titolo) dall'ambito di operatività dell'istituto.

Gli ultimi sviluppi dell'istituto dell'«occupazione appropriativa» vanno nella direzione di una progressiva erosione del suo ambito di applicabilità: è ormai pacifico che esso non si estende alla ipotesi in cui la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera eretta o erigenda sia annullata dalle giurisdizioni amministrative.

In questo caso, l'interessato è legittimato a chiedere la rimessione in pristino o, in alternativa, il risarcimento del danno, nel termine prescrizionale di cinque anni decorrenti dal passaggio in giudicato della decisione del giudice amministrativo (Cons. Stato, 12/7/1996 n. 874, in *F.I.*, 1996, III, 603; Cass., 16 luglio 1997 n. 6515 in *F.I.*, 1997, I, 3592).

Anche la Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità dell'istituto (Corte Cost., 23 maggio 1995 n. 188, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1711), ma preliminarmente dichiarandosi incompetente a giudicare di un principio giurisprudenziale quale quello *de quo*, ha comunque ritenuto legittimo il termine prescrizionale di cinque anni dell'azione risarcitoria e ha ritenuto che il fatto che la Pubblica Amministrazione acquisti una proprietà in virtù di un suo comportamento illegittimo è compatibile con i principi costituzionali di prevalenza dell'interesse pubblico, nella specie alla conservazione dell'opera realizzata, sull'interesse del privato, al diritto di proprietà. La protezione dell'interesse pubblico è, del resto, compensata dall'obbligo della Pubblica Amministrazione di corrispondere il valore effettivo del bene in moneta rivalutata. In realtà, mentre la giurisprudenza si è sempre pronunciata per una riparazione integrale, commisurata al valore venale del fondo, del danno da «occupazione acquisitiva», il legislatore ha invece cercato di ancorare l'ammontare del risarcimento all'importo dell'indennità di espropriazione: prima, equiparandolo tout court a quest'ultimo, con l'art. 5-bis del decreto-legge 11 luglio 1992 n. 333 (convertito in legge 8 agosto 1992, n. 329), dichiarato però incostituzionale con sentenza 2 gennaio 1996, n. 369 (in *F.I.*, 1996, I, 3257), poi, con la legge finanziaria 23 dicembre 1996, n. 662 (art. 3, comma 65) la cui legittimità costituzionale è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale (Corte Cost., 30 aprile 1999, n. 148, in questa *Rassegna*, 1999, I, 277 e segg., con nota di G. ARENA e R. GUIZZI, *L'occupazione appropriativa. Un istituto fuori legge?*; *F.I.*, 1999, I, 1715; *Giur. it.* 1999, 1499; *Giust. civ.* 1999, I, 1933; *Giur. costit.* 1999, 1173), che ha quantificato il ristoro, in ipotesi di occupazione per causa di pubblica utilità intervenuta prima del 30 settembre 1996, in misura pari all'indennità di esproprio, con esclusione della riduzione del quaranta per cento e con l'aumento del dieci per cento. Con la pronuncia da ultimo menzionata sembrava che l'«occupazione acquisitiva» avesse trovato un suo assetto, «ma su questo scenario di apparente tranquillità si è abbattuta, in modo, a dir poco, dirompenente, la tempesta rappresentata dall'art. 34 del D.lgs. n. 80/1998 (l'espressione è di M. BORGIO, *L'occupazione acquisitiva: un istituto alla «disperata» ricerca del proprio giudice naturale*, nella rivista *Giust. it.* n. 7/2000). All'indomani della entrata in vigore della norma, la quale devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti ed i comportamenti delle amministrazioni pubbliche in materia urbanistica ed edilizia, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione

(ordinanza n. 43 del 25 maggio 2000, in *F.I.* 2000, I, 2143) sollevarono la questione di legittimità, in relazione all'art. 76 Cost., per eccesso di delega, (conferita dall'art. 11, comma 4, lett. *g*) della legge 15 marzo 1997 n. 59), «nella parte in cui sottrae al G.O. e devolve alla giurisdizione del G.A. le cause sui diritti soggettivi connessi a comportamenti materiali della P.A. in procedure espropriative finalizzate alla gestione del territorio». Posto che il terzo comma dell'art. 34, ribadisce espressamente la giurisdizione del G.O. solo per le cause indennitarie, ciò giustificherebbe, ad avviso della Cassazione, la devoluzione al G.A., in sede di giurisdizione esclusiva, delle controversie in materia di occupazione appropriativa che abbiano ad oggetto diritti diversi dai crediti indennitari, di cui si alleggi la lesione per effetto di contegni illeciti posti in essere dalla Pubblica Amministrazione nel corso di procedure espropriative. Ciò avrebbe configurato, nelle conclusioni delle Sezioni Unite, un palese eccesso di delega, posto che, il legislatore delegante, nell'estendere la giurisdizione del G.A. alle controversie aventi ad oggetto i diritti patrimoniali consequenziali determinati dall'esercizio della giurisdizione di legittimità su atti e provvedimenti, intendeva sottrarre all'attribuzione del G.A. le controversie relative a diritti soggettivi connessi a comportamenti materiali della Pubblica Amministrazione quali appunto quelle in materia di occupazione appropriativa.

A seguito dell'entrata in vigore della legge n. 205 del 2000 la questione di costituzionalità sollevata dalla Suprema Corte ha perso oramai di attualità, dal momento che l'art. 7 della sopracitata legge riformulando il testo degli artt. 33, 34 e 35 del D.lgs. 80/98, senza peraltro apportarvi modifiche sostanziali, rappresenta di fatto una sorta di interpretazione autentica da parte del legislatore del proprio precedente operato, svincolata dai limiti della delega di cui all'art. 11, comma 4, della legge 59/1997.

Sembrava che un punto fermo si fosse raggiunto: la devoluzione al G.A. della giurisdizione sulle controversie inerenti la c.d. «accessione invertita». Il primo argomento che suffraga tale tesi è dato dalla nozione di urbanistica, fornita dal legislatore del 1998. Nella pronuncia in esame, si evidenzia, infatti, come la definizione assuma connotati più estesi di quelli tradizionalmente riconosciuti all'urbanistica, fino alla possibilità di ritenervi compreso, sebbene ai solo fini del riparto di giurisdizione, anche l'uso illecito del territorio in cui, in ultima analisi, si risolve la fattispecie dell' «occupazione acquisitiva».

Il cambiamento di rotta segnato da una recente sentenza del TAR Calabria (Tar Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, 23 giugno 2000, n. 1025, in *Guida al Diritto* n. 27/2000, 80 ss.), è significativo del fatto che, in assenza di una chiara espressione di volontà da parte del legislatore, la matassa dell'«occupazione acquisitiva», avrebbe, ancora per molto tempo, animato le aule di giustizia. La pronuncia del TAR reggino merita particolare attenzione in quanto si pone in netto contrasto con la posizione assunta, in argomento, della Suprema Corte di legittimità. I giudici reggini elencano, infatti, una serie di argomenti che deporrebbero nel senso del mantenimento, in capo al giudice ordinario, della giurisdizione in materia di occupazione acquisitiva. Il primo e più significativo di tali argomenti è costituito dall'os-

servazione che la materia espropriativa non può dirsi ricompresa nella nozione di urbanistica, dettata dallo stesso legislatore del '98, il quale, anzi, avrebbe confermato la separazione tra le due materie, voluta dal nostro Costituente, dell'espropriazione contemplata nell'art. 42, che la disciplina con la previsione dei sistemi di garanzia per la proprietà privata, e della urbanistica, collocata nell'art. 117 tra le materie di potestà legislativa concorrente delle Regioni. Dopo siffatto inquadramento sistematico del problema, il Tribunale sostiene che tutta la materia espropriativa, relativa sia all'opposizione alla stima sia alla richiesta di risarcimento dei danni derivanti da occupazione acquisitiva rimane di pertinenza del giudice ordinario, mentre un diverso trattamento è riservato alle istanze di risarcimento per danni derivanti dall'imposizione di vincoli illegittimi conseguenti all'adozione di strumenti urbanistici, che vengono, a seguito degli artt. 34 e 35 del D.lgs. 80/98, attribuite alla giurisdizione esclusiva del G.A.

Con una recente sentenza le Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 14 luglio 2000, n. 494, in *F.I.* 2001, I, 2475; *Giur. ital.*, 2000, 11, 2164), si sono nuovamente pronunciate sul punto controverso della interpretazione dell'art. 34 D.lgs. 80/98 ribadendo che: «*l'assolutezza, la laconicità e l'estrema latitudine della definizione della materia urbanistica offerta dall'art. 34. 80/98 non consentono di limitare l'espressione «tutti gli aspetti dell'uso del territorio» alla sola disciplina normativa e/o pianificatoria. (...) Vi rientrano infatti anche gli aspetti ulteriori dell'uso del territorio, ivi compreso quello gestionale, concernente l'attuazione concreta della pianificazione mediante la realizzazione delle scelte urbanistiche. (...) I comportamenti (contrapposti agli atti e ai provvedimenti) costituiscono tipica espressione di attività gestionale concernenti la materia urbanistica, intesa come governo e uso del territorio in senso ampio».*

Sulla stessa linea della Corte di Cassazione si è posto il Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. IV, Decisione 14 giugno 2001, n. 3169, in *Guida al Diritto* 1° dicembre 2001, n. 46, 78 ss.), che nell'affrontare la tematica della giurisdizione esclusiva in tema di edilizia, in particolare il problema del danno risarcibile alla luce dell'articolo 35 del D.lgs. n. 80/98, si è soffermato sulla nozione di urbanistica, e ha ritenuto che essa si estende «ai procedimenti di esproprio, comprensivi sia della dichiarazione di pubblica utilità, sia degli atti di occupazione d'urgenza e relativi comportamenti esecutivi», con esclusione delle sole controversie in materia di indennità di espropriazione, giusta disposto dall'art. 34, comma 3.

In particolare il Consiglio di Stato insiste sullo stretto legame esistente, a suo avviso, tra la materia urbanistica e la materia dell'espropriazione, così stretto, che «*la scelta legislativa che avesse deciso di separarle affidandole a giudici diversi sarebbe stata palesemente irrazionale*» sia sotto il profilo dell'esigenza di concentrazione e coordinamento che sotto quello della tutela dei diritti del cittadino.

Su tale quadro normativo e giurisprudenziale sono intervenute due sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo (Belvedere alberghiera c. Governo italiano e Carbonara e Ventura c. Governo italiano, 30 maggio 2000), la quale ripercorrendo l'evoluzione della giurisprudenza sull'istituto

dell'«occupazione appropriativa», ne ha condannato le applicazioni contraddittorie e i risultati imprevedibili e arbitrari, tali da privare gli interessati di una tutela efficace dei loro diritti.

In ambedue i casi, la Corte europea ha formulato delle riserve sulla compatibilità con il principio di legalità di un meccanismo che, in linea generale, consente all'Amministrazione di trarre beneficio da una situazione illegale, e per effetto del quale il privato si trovi di fronte al fatto compiuto.

I dispositivi di entrambe le decisioni in esame contengono l'accertamento della violazione dell'art. 1 Prot. 1 alla Convenzione Europea (La Convenzione è stata firmata a Roma il 4 novembre 1950, il Protocollo Addizionale il 20 marzo 1952. Entrambi sono stati ratificati e resi esecutivi in Italia con legge 4 agosto 1955 n. 848).

Art. 1.

Protocollo n. 1

«Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.

Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende»..

Secondo l'assunto della Corte tale articolo contiene tre norme distinte: la prima, espressa nella prima frase del primo comma, enuncia il principio del rispetto del diritto di proprietà, la seconda, contemplata nella seconda parte dello stesso, ha riguardo alla possibilità dell'espropriazione, ma a condizione che l'ingerenza nel godimento dei beni avvenga «per causa di pubblica utilità» e nei casi previsti da norme di diritto interno sufficientemente accessibili, prevedibili e precise, nonché dai principi generali del diritto internazionale; la terza, di cui al secondo comma, riconosce agli Stati il potere, tra gli altri, di regolamentare l'uso dei beni in conformità con l'«interesse generale». Il rispetto del principio di legalità costituisce, dunque, la condizione pregiudiziale di compatibilità di un provvedimento di interferenza nel diritto al rispetto dei beni garantito dall'art. 1 Prot. 1, quindi, nel caso di sua violazione, non si pone neppure la questione di verificare se la misura privativa sia idonea alla realizzazione dello scopo (criterio di «effettività») e non sproporzionata ad esso (criterio di «proporzionalità», nell'applicazione del quale la Corte valuta se sia stato mantenuto «un giusto equilibrio» tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e quelle della salvaguardia dei diritti dell'individuo).

Su tali premesse la Corte europea ritiene censurabile l'istituto dell'«occupazione appropriativa» già sotto il profilo del principio di legalità enunciato nell'art. 1 Prot. 1, per cui resta assorbito l'esame di ogni altro profilo.

In proposito, i giudici di Strasburgo ricordano la necessità che, in base al principio di legalità quale costantemente interpretato dalla stessa Corte, le norme interne che legittimano misure espropriative siano accessibili e pre-

vedibili. Al riguardo, un primo dubbio è sollevato dalla Corte già in ordine alla possibilità che, in un sistema di diritto continentale quale quello italiano, possa ritenersi «previsto dalla legge», per assimilazione, un istituto quale quello dell'«occupazione appropriativa», di indubbia origine giurisprudenziale, anche se disciplinato, quanto alle sole conseguenze risarcitorie, da disposizioni legislative. Da un secondo angolo visuale poi i giudici di Strasburgo notano come non possa ritenersi «prevedibile» la disciplina di un istituto di creazione giurisprudenziale nell'ambito di un ordinamento nel quale il giudice non è vincolato allo *stare decisis*. Da una terza prospettiva la Corte europea sottolinea la contraddittorietà delle evoluzioni legislative e giurisprudenziale registratesi nel nostro paese, tali da non consentire una cognizione *ex ante* degli effetti del comportamento della pubblica amministrazione da parte del privato, così lasciato privo di una tutela efficace. Nella decisione Belvedere alberghiera, ove la ricorrente ha chiesto innanzitutto e soprattutto la restituzione del fondo in contestazione, la Corte europea, pur rinviando la questione per non essere questa ancora matura per la decisione, anticipa la sostanza di un'eventuale futura decisione di condanna, esprimendo una linea, che pare generale, sul tema trattato: ritiene, infatti, che la riparazione idonea per la ricorrente dovrebbe consistere nella restituzione del bene originario, nel risarcimento dei danni materiali per il mancato godimento del bene stesso e in un equo indennizzo per i danni morali.

Alla luce di queste argomentazioni è chiaro a tutti che il vento non è più favorevole all'«occupazione appropriativa», e gli stessi interpreti si rendono conto che non è più possibile premiare comportamenti illeciti della P.A., la quale dovrebbe invece essere d'esempio ai cittadini nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e correttezza procedimentale. I rimproveri della Corte Europea avrebbero dovuto far riflettere sull'errore di insistere su un «diritto vivente» nato per caso, ma difeso ad oltranza dalle sezioni unite. Riflessione naturalmente derivante dagli impegni ad attenersi a certi parametri di riferimento fondamentali sanciti dalla Convenzione e dai protocolli, che il nostro ordinamento statale ha assunto autonomamente con la ratifica della Convenzione.

È allora sparito lo spettro dell'«occupazione acquisitiva»?

Ha cambiato nome e ha assunto una nuova fisionomia. L'art. 43 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità, la cui entrata in vigore è stata prorogata all'1° giugno 2002 (i testi dei tre decreti legislativi 8 giugno 2001 sono stati pubblicati nel supplemento ordinario n. 211/L alla *Gazzetta Ufficiale* – serie generale – n. 189 del 16 agosto 2001 e ripubblicati nel supp. ord. n. 231 alla *Gazzetta Ufficiale* n. 214 del 14 settembre 2001), nel disciplinare le conseguenze della utilizzazione di un bene per scopi di interesse pubblico, in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, ha previsto che l'autorità che ha utilizzato il bene possa disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni, la cui misura è determinata ai sensi del sesto comma dello stesso articolo «nella misura corrispondente al valore del bene utilizzato per scopi di pubblica utilità, e per i terreni edificabili sulla

base delle disposizioni dell'art. 37, commi 3, 4, 5, 6 e 7» del decreto. Dalla lettura del comma 3 dell'art. 37 si ricava che i criteri utilizzati per determinare l'indennità nel caso di esproprio di un'area edificabile, sono gli stessi di quelli previsti dal comma 3 dell'art. 5-*bis* della legge 359/1992. Viene, infatti, ribadito che al fine della valutazione della edificabilità delle aree, «si considerano le possibilità legali ed effettive di edificazione, esistenti al momento dell'emanazione del decreto di esproprio o dell'accordo di cessione». Nell'inciso finale si esclude espressamente che si possa tener conto di costruzioni realizzate abusivamente in coerenza con il principio espresso nell'art. 38 che esclude ogni rilievo degli abusi edilizi ai fini del computo dell'indennità. In entrambi gli articoli si parla di «possibilità legali ed effettive», ma non si spiega che tipo di relazione esista tra i due requisiti. Il contrasto giurisprudenziale sorto in materia con particolare riferimento all'interpretazione dell'accezione «edificabilità di fatto e di diritto» può dirsi risolto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., sez. un., 23 aprile 2001, n. 172, in *il Corriere Giuridico*, 2001, fasc. 06, 747), che con una sentenza di poco anteriore all'approvazione del T.U., hanno affermato che «un'area va ritenuta edificabile quanto, e per il solo fatto che, come tale, essa risulti classificata (al momento dell'apposizione del vincolo espropriativo) dagli strumenti urbanistici, secondo un criterio di prevalenza o autosufficienza della edificabilità legale. Mentre la c.d. edificabilità «di fatto» rileva in via suppletiva – in carenza di strumenti urbanistici – «ovvero, in via complementare (ed integrativa), agli effetti della determinazione del concreto valore di mercato dell'area espropriata, incidente sul calcolo dell'indennizzo». Il criterio della edificabilità «di fatto», viene pertanto ad assumere importanza residuale e rilevante nei soli casi in cui non si possa far riferimento ad un vigente strumento urbanistico locale e si debba necessariamente far ricorso ai noti principi di fattualità, che trovano la propria genesi in un consolidato orientamento giurisprudenziale.

D'ora in poi, quindi, non si sentirà più parlare di accessione invertita ma di «acquisizione coattiva» con la differenza che, l'effetto privativo della proprietà del privato espropriato, sarà consequenziale non ad un comportamento di fatto della P.A. ma ad un provvedimento amministrativo di espropriazione in sanatoria (art. 43). Si introduce così nel sistema un istituto che consente all'Amministrazione di acquisire, mediante un titolo giuridico, l'opera pubblica in un primo tempo realizzata in assenza del valido decreto di esproprio: l'illecito aquiliano (che si ha nel caso di occupazione senza titolo) viene meno al momento dell'emanazione dell'atto di acquisizione dell'area al patrimonio indisponibile della P.A., con la peculiarità che non viene meno il diritto al risarcimento del danno del privato espropriato e salvo, comunque, il sindacato in sede giurisdizionale del provvedimento di acquisizione.

Vien da chiedersi se la disciplina introdotta dal T.U., pur eliminando la figura, sorta nella prassi giurisprudenziale, dell'«occupazione appropriativa», si sia posta in linea con principi costituzionali e con quelli generali del diritto internazionale sulla tutela della proprietà. Al di là della bontà degli intenti, due osservazioni si pongono in luce.

La prima: non c'è traccia nell'art. 43 del T.U. della dichiarazione di pubblica utilità dell'opera quale condizione indefettibile per la rispondenza della stessa agli interessi generali. Il legislatore della riforma si è limitato alla

richiesta di una previa valutazione degli interessi in conflitto da parte della P.A. e di una utilizzazione del bene immobile «per scopi di interesse pubblico». Terminologia, quest'ultima, tanto generica quanto pericolosa, considerata la discrezionalità di cui gode in genere la P.A., nel decidere cosa sia o meno interesse pubblico e quale sia il posto che esso occupa in un'eventuale bilanciamento di interessi in conflitto.

La seconda: l'art. 43 del T.U. sembra non subordinare più l'acquisto del bene utilizzato dalla P.A. in assenza del valido provvedimento ablatorio alla sua trasformazione irreversibile in opera pubblica ma si limita a richiedere una semplice «modifica» dello stesso.

Una domanda sorge allora spontanea: la sanatoria «*ex post* (attraverso l'emaneazione dell'atto di acquisizione) di un illecito aquiliano (occupazione *sine titulo*) è sufficiente a giustificare la perdita del diritto di proprietà, pur con il correttivo del diritto al risarcimento del danno, quando non sono state rispettate le garanzie del procedimento espropriativo (*in primis* la previa dichiarazione di pubblica utilità e la conseguente radicale trasformazione del bene del privato con irreversibile sua destinazione a bene demaniale)?

Un ultimo rilievo merita l'art. 53 del T.U. in commento, il quale riproduce il contenuto degli articoli 4, comma 1 e 7, comma 1 della legge n. 205 del 2000, per le parti concernenti la materia espropriativa, attribuendo alla giurisdizione esclusiva del G.A. «*le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti ad esse equiparati*»; mentre per le controversie riguardanti la determinazione o la corresponsione delle indennità in conseguenza di atti di natura espropriativa o ablativa «*resta ferma la giurisdizione del giudice ordinario*».

Giurisprudenza ormai pacifica concorda nel ritenere che, alla stregua delle predette disposizioni, anche le controversie in materia di «occupazione coattiva» devono ritenersi attratte nell'orbita della giurisdizione esclusiva del G.A. L'unica questione che rimane impregiudicata è quella riguardante l'opportunità delle scelte operate dal legislatore. C'è da chiedersi, infatti, se il giudice amministrativo sia veramente il giudice «naturale» per controversie risarcitorie correlate a procedure espropriative, quando, nel contempo, sono state espressamente riservate all'AGO le controversie in materia di indennità di espropriazione. Insoluta rimane poi la questione relativa alla violazione del principio di eguaglianza e a quello di difesa in giudizio, posto che la tutela giurisdizionale dei diritti ottenibili dinanzi al G.A. sarebbe limitata rispetto a quella ottenibile dinanzi al G.O. per difetto della garanzia nomofilattica del ricorso in Cassazione per violazione di legge, che svolge la funzione di realizzare l'unità e la certezza del diritto e, soprattutto, l'uguaglianza dei cittadini di fronte all'interpretazione della legge. Infine, ma non per questo meno urgente, si pone il problema di dover rispondere alle condanne della Corte Europea dei diritti dell'uomo in relazione alle complesse problematiche connesse all'«occupazione acquisitiva». Continuare a legittimare comportamenti illeciti della P.A. non è certamente corretto sul piano etico né su quello giuridico, e ciò non solo nei confronti degli altri Stati europei con cui il nostro ha siglato la Convenzione ma soprattutto nei confronti dei propri cittadini e di quanti altri si trovino sotto la sua giurisdizione.

DOSSIER INTERDISCIPLINARE

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Un., 26 febbraio 1983, n. 1464 (*) – Pres. Mirabelli – Est. Bile – P. M. Corasaniti (conf). S.p.A. Autostrade (avv. Sorrentino e Montuori) c. Mocerino (avv. Gerardo e Lucio Marotta).

Espropriazione per p.u. - Occupazione illegittima - Trasformazione irreversibile del bene - Acquisto a titolo originario della proprietà in capo alla P.A. occupante - Successiva emanazione del decreto - Irrilevanza.

(Legge 25 giugno 1865, n. 2359, art. 71; cod. civ., art. 936).

Espropriazione per p.u. - Occupazione illegittima - Danni - Liquidazione - Prescrizione del diritto al risarcimento - È quinquennale.

(Cod. civ., artt. 2043, 2947).

Nelle ipotesi in cui la P.A. (o un suo concessionario) occupi un fondo di proprietà privata per la costruzione di un'opera pubblica e tale occupazione sia illegittima, per totale mancanza di provvedimento autorizzativo o per decorso dei termini in relazione ai quali l'occupazione si configurava legittima, la radicale trasformazione del fondo – ove sia dal giudice di merito ritenuta univocamente interpretabile nel senso dell'irreversibile sua destinazione al fine della costruzione dell'opera pubblica – da un lato comporta l'estinzione in quel momento del diritto di proprietà del privato e la contestuale acquisizione a titolo originario della proprietà in capo all'ente costruttore e dall'altro costituisce un illecito (istantaneo, sia pure con effetti permanenti) che abilita il privato a chiedere, nel termine prescrizione di cinque anni dal momento della trasformazione del fondo nei sensi prima indicati, la condanna dell'ente medesimo a risarcire il danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà, mediante il pagamento di una somma pari al valore che il fondo aveva in quel momento, con la rivalutazione per l'eventuale diminuzione del potere di acquisto subita dalla moneta fino al giorno della liquidazione, e con l'ulteriore conseguenza che un provvedimento di espropriazione del fondo per pubblica utilità intervenuto successivamente a tale momento deve considerarsi del tutto privo di rilevanza, sia ai fini dell'assetto proprietario sia ai fini della responsabilità da illecito (1).

(omissis)

La ricostruzione sistematica degli effetti conseguenti all'occupazione illegittima di un suolo privato da parte della pubblica amministrazione (o, come nel caso di specie, di un suo concessionario) per la costruzione su di esso di un'opera pubblica implicante la radicale trasformazione del bene – dipenda l'illegittimità dalla totale mancanza di un provvedimento autorizzativo,

(*) Già pubblicata in questa *Rassegna*, 1983, I, 124 e segg., con nota di S. LAPORTA. Si ripubblica in parte per comodità di consultazione.

oppure dalla scadenza del periodo in relazione al quale l'occupazione era stata autorizzata – è resa disagiata da ciò che la vicenda si svolge al di fuori di qualsiasi previsione normativa, onde è inevitabile il ricorso ai principi generali dell'ordinamento.

Sulla base di questa premessa – una volta inquadrata la fattispecie nel più ampio fenomeno della costruzione su suolo altrui senza il consenso del proprietario – il riferimento ai principi generali consente di ancorare subito a due punti fermi la soluzione del conflitto che, ove debba escludersi la rimozione della costruzione, sorge fra il diritto dell'autore di essa e quello del proprietario del suolo.

Appare chiaro in primo luogo come l'ordinamento vieti di ritenere possibile la coesistenza di due distinti diritti di proprietà: uno sul suolo, in capo all'originario titolare, ed uno sulla costruzione, in capo al costruttore. (*omissis*)

In secondo luogo l'esame di tali norme porta a concludere che esse costituiscono espressione di un principio generale in base al quale regola per la composizione del conflitto è l'attribuzione della proprietà sia del suolo sia della costruzione al soggetto portatore dell'interesse ritenuto prevalente, secondo una valutazione d'ordine economico-sociale correlata al livello di sviluppo della società civile.

(*omissis*)

Il totale ribaltamento di prospettiva appare giustificato dal rilievo che nell'ipotesi in esame il conflitto sorge fra un soggetto privato ed un ente pubblico, il quale ha agito per la soddisfazione di un interesse non proprio, ma della collettività dei cittadini cui l'opera pubblica è destinata: e, nella valutazione della coscienza collettiva interpretata dall'ordinamento nel momento attuale, la comparazione dei valori in conflitto vede perdente il primo e vincente il secondo.

(*omissis*)

La prima conseguenza dell'acquisto a titolo originario della proprietà del suolo da parte dell'ente costruttore dell'opera pubblica è che il soggetto privato che agisce in revindica per ottenere la condanna dell'ente pubblico alla restituzione del bene ed alla demolizione delle opere costruite non può vedere accolta la sua pretesa, in quanto egli non è più proprietario del suolo. (*omissis*)

La tutela del diritto del privato è invece assicurata su un piano diverso.

Va confermata – e sottolineata con vigore – la natura illecita del comportamento della pubblica amministrazione che occupi illegittimamente un fondo privato e vi costruisca un'opera pubblica, modificando radicalmente la struttura del bene e impedendo al proprietario l'esercizio della facoltà di godimento.

L'illiceità di questo comportamento deriva dalla violazione – certamente consapevole – delle norme che stabiliscono in quali casi e con quali procedimenti la proprietà di un immobile privato può essere autoritativamente sacrificata per esigenze di pubblico interesse, ai sensi dell'art. 42, comma 3, Cost., nonché delle norme che consentono la temporanea compressione della facoltà di godimento dei beni privati. (*omissis*)

L'illecito dell'amministrazione si consuma nel momento in cui la trasformazione del bene univocamente rivela la sua irreversibile destinazione ad opera pubblica: si tratta quindi di illecito istantaneo, sia pure con effetti permanenti.

Contenuto dell'obbligo risarcitorio dell'amministrazione occupante è il valore economico che al bene deve attribuirsi nel momento ora indicato, espresso in termini monetari che tengano conto dell'eventuale diminuzione del potere di acquisto della lira intervenuta fra tale momento e quello della liquidazione.

L'azione spettante al privato contro l'amministrazione – in quanto rivolta ad ottenere il risarcimento del danno – ha natura personale ed è soggetta alla prescrizione quinquennale prevista dall'art. 2947, comma 1, cod. civ., con decorrenza dal giorno in cui la trasformazione del bene presenta i caratteri prima indicati.

(*omissis*)

In conclusione, le Sezioni unite ritengono che nelle ipotesi in cui la pubblica amministrazione (o un suo concessionario) occupi un fondo di proprietà privata per la costruzione di un'opera pubblica e tale occupazione sia illegittima, per totale mancanza di provvedimento autorizzativo o per decorso dei termini in relazione ai quali l'occupazione si configurava legittima, la radicale trasformazione del fondo – e sia dal giudice di merito ritenuta univocamente interpretabile nel senso dell'irreversibile sua destinazione al fine della costruzione dell'opera pubblica – da un lato comporta l'estinzione in quel momento del diritto di proprietà del privato e la contestuale acquisizione a titolo originario della proprietà in capo all'ente costruttore e dall'altro costituisce un illecito (istantaneo, sia pure con effetti permanenti) che abilita il privato a chiedere, nel termine prescrizione di cinque anni dal momento della trasformazione del fondo nei sensi prima indicati, la condanna dell'ente medesimo a risarcire il danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà, mediante il pagamento di una somma pari al valore che il fondo aveva in quel momento, con la rivalutazione per l'eventuale diminuzione del potere di acquisto subita dalla moneta fino al giorno della liquidazione, e con l'ulteriore conseguenza che un provvedimento di espropriazione del fondo per pubblica utilità intervenuto successivamente a tale momento deve considerarsi del tutto privo di rilevanza, sia ai fini dell'assetto proprietario sia ai fini della responsabilità da illecito.

(*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sezione Unite, 10 giugno 1988 n. 3940 - Pres. Brancaccio - Rel. Taddeucci - P.M. (conf.) Caristo M. - Is. Aut. C.P.P.A. c. D.G.

Espropriazione per pubblico interesse (o utilità) - Occupazione temporanea e d'urgenza - Protrazione oltre il biennio - In genere - Irreversibile trasformazione del fondo - Destinazione alla realizzazione dell'opera pubblica - Estinzione del diritto di proprietà.

Qualora la pubblica Amministrazione (od un suo concessionario) occupi un fondo di proprietà privata per la costruzione di un'opera pubblica, e tale occupazione sia illegittima, per la mancanza di un provvedimento autorizzativo o per decorso dei termini in relazione ai quali l'occupazione si configuri legittima, la radicale trasformazione del fondo medesimo, con irreversibile destinazione nella realizzazione di detta opera, comporta l'estinzione del diritto dominicale del privato, e la sua contestuale acquisizione a titolo originario in capo all'ente costruttore (con le ulteriori conseguenze del diritto del privato al risarcimento del danno e dell'irrilevanza di un provvedimento di espropriazione successivamente intervenuto), tenuto conto che l'indicata vicenda, implicando la perdita da parte del privato di ogni facoltà di godimento e di disposizione del bene, in via permanente o comunque a tempo indeterminato, non è compatibile con la permanenza del suo diritto di proprietà e che, inoltre, l'esecuzione dell'opera dà vita ad un nuovo bene immobile (demaniale o patrimoniale indisponibile), di natura pubblicistica, il quale non può sottrarsi, nel suo complesso (inclusa l'area), alla disciplina privatistica di cui agli artt. 934 e segg. cod. civ., per ragioni di prevalenza degli interessi generali su quelli individuali.

CORTE COSTITUZIONALE, 23 maggio 1995 n. 188 - Pres. Baldassarre - B.R. ed altro, Cons. B.C. (avv. M. Giuliano dell'Anno) c. Presidente del Consiglio dei Ministri.

La premessa da cui (...) questa censura (...) muove – è quella invero che si verifichi, nella fattispecie, una vicenda fattuale di traslazione di un bene, con effetti sul piano giuridico (di perdita del dominio, da parte dell'originaria titolare, ed acquisto della proprietà, sul bene medesimo, da parte dell'occupante, che lo ha utilizzato per soddisfare le esigenze dell'opera pubblica) sostanzialmente simili a quelli propri di una rituale espropriazione, ancorchè, in questo caso, manchino sia una formale procedura ed un provvedimento ablatorio, sia la previsione di legge in base alla quale il trasferimento coattivo può essere disposto, ed anzi tutta la dinamica di tali effetti sia *contra legem*.

Su tale premessa appunto si innesta l'ipotesi di violazione dell'art. 42 Cost. (per inosservanza dei presupposti e delle condizioni cui è costituzionalmente subordinata l'ablazione della proprietà) e dell'art. 3. (...)

Ma è proprio l'assunzione della riferita premessa che vizia in radice la prospettazione del denunciante, in quel che è il nucleo fondamentale delle sue argomentazioni, poichè – nella (ormai) consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione.

Si trova infatti, più volte ed a chiare lettere, ribadito (...) che l'elemento qualificante della fattispecie è «l'azzeramento del contenuto sostanziale del diritto e la nullificazione del bene che ne costituisce oggetto»; «la vanificazione», cioè, «della individualità pratico-giuridica» dell'area occupata, in conseguenza della «materiale manipolazione dell'immobile nella sua fisicità», che ne comporta una «trasformazione così totale da provocare la perdita dei caratteri e della destinazione propria del fondo, il quale in estrema sintesi non è più quello di prima».

Ed appunto questa «perdita» è l'evento che, in quella ricostruzione, si pone in rapporto di causalità diretta con l'illecito della pubblica amministrazione. Mentre l'acquisto, in capo alla medesima, del nuovo bene risultante dalla trasformazione del precedente, si configura invece come una conseguenza ulteriore, eziologicamente dipendente non dall'illecito ma dalla situazione di fatto – realizzazione dell'opera pubblica con conseguente non restituibilità del suolo in essa incorporato – che trova il suo antecedente storico nell'illecita occupazione e nella illecita destinazione del fondo alla costruzione dell'opera stessa.

Per ciò (...) viene del pari ad escludersi la vulnerazione dell'art. 42, come dell'art. 3 (nei sensi innanzi indicati), della Costituzione, una volta che la vicenda in esame – fuori da ogni riconducibilità o comparabilità ad uno schema traslativo, come quello presupposto dal citato art. 42 – si scinde per un verso, in negativo, in una condotta di occupazione ed irreversibile manipolazione del suolo (cui consegue l'estinzione del diritto di proprietà per svuotamento dell'oggetto) che ha tutti i crismi dell'illecito; e per altro verso, in positivo, in una acquisizione dell'opera di pubblica utilità, su di esso costruita, a vantaggio dell'ente pubblico.

Effetto, quest'ultimo (...) che realizza un modo di acquisto della proprietà, previsto dall'ordinamento sul versante pubblicistico, giustificato da un bilanciamento fra interesse pubblico (correlato alla conservazione dell'opera in tesi pubblica) e l'interesse privato (relativo alla riparazione del pregiudizio sofferto dal proprietario) la cui correttezza «costituzionale» è ulteriormente conestata dal suo porsi come concreta manifestazione, in definitiva, della funzione sociale della proprietà.

(omissis)

CORTE COSTITUZIONALE, 30 aprile 1999 n. 148 (*) – *Pres. Granata - Red. Chieppa - Martelli ed altri c. Presidente del Consiglio dei Ministri (avv. Stato Laporta).*

Nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 5-bis, comma 7-bis del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), convertito, con modificazioni, in legge 8 agosto 1992, n. 359, introdotto dall'art. 3, comma 65, della legge 23 dicembre 1996, n. 662 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica), (...) ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 65, della legge 23 dicembre 1996, n. 662 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), convertito, con modificazioni, nella legge 8 agosto 1992, n. 359, introdotto dall'art. 3, comma 65, della legge n. 662 del 1996 – che testualmente prevede che «in caso di occupazione illegittime di suoli per causa di pubblica utilità, intervenute anteriormente al 30 settembre 1996, si applicano, per la liquidazione del danno, i criteri di determinazione dell'indennità di cui al comma 1 (quelli cioè relativi alla indennità di esproprio), con esclusione della riduzione del 40%. In tal caso, l'importo del risarcimento è altresì aumentato del 10%. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche ai procedimenti in corso non definiti con sentenza passata in giudicato».

(omissis)

Le questioni sottoposte all'esame della Corte riguardano l'art. 5-bis, comma 7-bis, del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), convertito, con modificazioni, nella legge 8 agosto 1992, n. 359, introdotto dall'art. 3, comma 65, della legge 23 dicembre 1996, n. 662 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica), il quale prevede che «in caso di occupazione illegittima di suoli per causa di pubblica utilità, intervenute anteriormente al 30 settembre 1996, si applicano, per la liquidazione del danno, i criteri di determinazione dell'indennità di cui al comma 1» (quella, cioè, prevista per la espropriazione dei suoli edificatori: semisomma tra valore di mercato e reddito catastale rivalutato, decurtata del 40%) con esclusione della riduzione del 40%, che «in tal caso l'importo del risarcimento è altresì aumentato del 10%», e che tale disposizione si applica anche ai procedimenti in corso non definiti con sentenza passata in giudicato. *(omissis)*

Giova premettere che con sentenza n. 369 del 1996 questa Corte ha dichiarato la illegittimità costituzionale del comma 6 dell'art. 1, comma 65, della legge 28 dicembre 1995, n. 549 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica), nella parte in cui applica al «risarcimento del danno» i criteri di determinazione stabiliti per «il prezzo, l'entità dell'indenizzo».

(*) Già pubblicata in questa *Rassegna*, 1999, I, 277 e segg., con nota di G. ARENA e R. GUZZI, *L'occupazione appropriativa. Un istituto fuori legge?* Si ripubblica in parte per comodità di consultazione.

Il legislatore, con la norma denunciata, è intervenuto modificando il precedente criterio applicato alle occupazioni acquisitive ed in particolare ha escluso, in caso di occupazione illegittime dei suoli per causa di pubblica utilità la decurtazione del 40% prevista per l'indennità di esproprio, aumentando inoltre l'importo del risarcimento del 10%, e con previsione di applicabilità alle occupazioni illegittime di suoli intervenute anteriormente al 30 settembre 1996, anche in relazione ai procedimenti in corso non definiti con sentenza passata in giudicato.

Le questioni proposte sono prive di fondamento per una serie di ordini di considerazioni.

Innanzitutto la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale. (...)

In casi eccezionali il legislatore può ritenere equa e conveniente una limitazione al risarcimento del danno: nel caso delle occupazioni appropriate «sussistono in astratto gli estremi giustificativi di un intervento normativo ragionevolmente riduttivo della misura della riparazione dovuta alla pubblica amministrazione al proprietario dell'immobile che sia venuto ad essere così incorporato nell'opera pubblica» (sentenza n. 369 del 1996).

L'eccezionalità del caso appare giustificata nella fattispecie soprattutto dal carattere temporaneo della norma denunciata, che rimane inserita in un testo normativo con le caratteristiche, da un lato, della dichiarata temporaneità, collegata alla emanazione di una nuova disciplina organica per tutte le espropriazioni preordinate alla realizzazione di opera pubbliche o di pubblica utilità, dall'altro, della finalità egualmente temporanea e di emergenza, rivolta a regolare situazioni passate. (...) Alla stregua dei criteri riconfermati dalla citata sentenza n. 369 del 1996, deve ritenersi ragionevole la riduzione imposta dalla norma denunciata, essendosi realizzato un equilibrato componimento dei contrapposti interessi in gioco, con l'eliminazione della ingiustificata coincidenza della entità dell'indennizzo per l'illecito della pubblica amministrazione con quello relativo al caso di legittima procedura ablatoria. (*omissis*)

Nè la limitazione temporale della operatività del regime risarcitorio in questione alle occupazioni illegittime di suoli per causa di pubblica utilità intervenute anteriormente al 30 settembre 1996 – limitazione contenuta nell'art. 3, comma 65, della legge n. 662 del 1996 – può ritenersi in contrasto con il principio di ragionevolezza e con quello di uguaglianza, ove si consideri la coincidenza di detta data con quella di presentazione in Parlamento del disegno di legge collegato alla finanziaria per il 1997 (dal quale sarebbe scaturita la citata legge n. 662 del 1996), e la esigenza, che se ne inferisce, di salvaguardare una ineludibile, e limitata nel tempo, manovra di risanamento della finanza pubblica. (...)

Nemmeno può condividersi il rilievo in ordine alla disparità di trattamento cui darebbe luogo la disposta applicazione del regime risarcito di cui si tratta anche ai giudizi pendenti. Al riguardo, la Corte ha ripetutamente affermato che il legislatore può, salvo il limite previsto in materia penale dall'art. 25 della Costituzione, nell'introdurre una nuova disciplina, prevederne la efficacia

retroattiva, anche ove questa incida sfavorevolmente su posizioni di diritto soggettivo perfetto, purchè non risultino violati specifici canoni costituzionali, primo fra i quali quello della ragionevolezza. (...)

Nella fattispecie, non confligge con tale principio l'attribuzione di carattere retroattivo al criterio risarcitorio previsto per l'occupazione acquisitiva dalla norma impugnata, non potendo costituire limite invalicabile della discrezionalità legislativa l'aspettativa dei titolari delle aree occupate a vedersi liquidato il danno secondo un criterio più favorevole di quello ragionevolmente adottato dal legislatore nell'attuale momento storico (v. sentenza n. 283 del 1993); ciò in special modo quando si tratti di normativa diretta a sostituire una disciplina dichiarata incostituzionale ed a regolare i rapporti pregressi in aderenza ai principi enunciati Corte.

Quanto alla lamentela disparità di trattamento rispetto ad altri casi relativi a suoli agricoli o ad occupazioni destinate al soddisfacimento di esigenze abitative, è sufficiente rilevare che sotto il profilo costituzionale non è preclusa la possibilità di diversi regimi espropriativi e di calcolo dell'indennizzo in relazione alle differenti categorie di beni espropriati e alle diverse finalità dell'intervento pubblico, che può esigere un diverso bilanciamento dei contrapposti interessi pubblici e privati.

Le osservazioni che precedono danno ragione della infondatezza delle censure sollevate in riferimento all'art. 3 della Costituzione nelle diverse prospettazioni sopra riportate, e all'art. 42 della Costituzione, (rispetto al quale la denunciata violazione dell'art. 10 della Costituzione nulla aggiunge).

(omissis)

Deve altresì, essere esclusa la pertinenza del richiamo agli artt. 24 e 113 della Costituzione essendo astranea la nomina a profili di tutela giurisdizionale, per la quale non sussiste alcuna limitazione o restrizione rispetto ai generali mezzi di ricorso.

(omissis)

Infondati, oltre ai profili relativi all'art. 28 della Costituzione, anche quelli riferiti all'art. 97 della Costituzione, in quanto non sono certamente l'entità dell'indennizzo, o la responsabilità conseguente, ad incidere sul buon andamento dell'amministrazione. Questo (...) deriva (...) piuttosto dai sistemi di controlli sulla legalità dell'azione dei singoli organi, dell'esercizio dei poteri disciplinari di fronte alla colpevole negligenza nel condurre le procedure di espropriazione e nell'esercizio dei poteri-doveri di denuncia e di rapporto rispetto a comportamenti a carattere doloso, profili che nulla hanno in comune con la norma denunciata.

P. Q. M.

La Corte Costituzionale

(...) Dichiarò non fondate le questioni di legittimità costituzionale del dell'art. 5-bis, comma 7-bis, del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risarcimento della finanza pubblica), convertito, con modificazioni, nella legge 8 agosto 1992, n. 359, introdotto dall'art. 9, comma 65, della legge 23 dicembre 1996, n. 662 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica).

(omissis)

DOSSIER INTERDISCIPLINARE

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO DELLA CALABRIA, Sezione staccata di Reggio Calabria – 19 aprile - 7/23 giugno 2000 n. 1025 – Pres. Ravalli – Rel. Criscenti – S. c. Comune di Reggio Calabria.

Competenza e giurisdizione – Espropriazione – Cause su diritti soggettivi connessi a comportamenti materiali della PA. – «Accessione invertita» – Carenza di giurisdizione del giudice amministrativo.

(D.lgs. 80/1998, artt. 34 e 35; legge 59/1997, art. 11, co. 4, lett. g).

Il d.lgs. 80/1998, nell'attribuire al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva in materia urbanistica ed edilizia, ha espressamente escluso le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa, mantenendo per esse la giurisdizione del giudice ordinario; ne consegue che, essendo l'espropriazione estranea alla disciplina urbanistico-edilizia, anche le questioni in materia di «accessione invertita» non possono considerarsi rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. ()*

(omissis)

L'art. 34, al primo comma, devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in ossequio alla delega posta nell'art. 11 IV co., lett. g) L. 15 marzo 1997, n. 59, la materia dell'urbanistica e dell'edilizia.

Il fatto che la norma delegante non precisi il contenuto delle due materie deve in primo luogo far ritenere che essa non ponga (anche) una delega all'ampliamento delle rispettive nozioni in atto vigenti nell'ordinamento, ma che intenda riferirsi alle materie dell'urbanistica e dell'edilizia, così come in quel momento concepite.

Il secondo comma dell'art. 34 si fa, tuttavia, carico di puntualizzare che «agli effetti del presente decreto, la materia urbanistica concerne tutti gli aspetti dell'uso del territorio»

(omissis)

Le due materie trovano, infatti, distinta e separata collocazione nella Carta Costituzionale: dell'espropriazione si occupa l'art. 42, che riserva alla legge l'individuazione dei casi in cui la proprietà privata può essere espropriata per motivi d'interesse generale; dell'urbanistica invece, l'art. 117, che la individua fra le materie in cui le Regioni godono di potestà legislativa concorrente.

Alla diversità di sede di associa, quindi, anche una diversità di disciplina, in quanto l'espropriazione può essere regolamentata solo da leggi statali, mentre in materia urbanistica può intervenire anche la normativa regionale.

Conclusivamente il Collegio ritiene che un'interpretazione letterale dell'art. 34 non consenta di ritenere la materia dell'espropriazione compresa in quella dell'urbanistica.

(*) Edita in *Guida al Diritto*, il *Sole 24 ore*, n. 27, 22 luglio 2000, 80 e ss.

Nè a tal conclusione potrebbe condurre il riferimento agli atti di natura espropriativa o ablativa contenuto nel III co., lett. *b*) dell'art. 34, il quale espressamente mantiene ferma la giurisdizione del giudice ordinario «per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa.

(omissis)

Il riferimento all'indennizzo ed agli atti di natura espropriativa o ablativa rimanda, infatti, più logicamente alla materia dei vincoli urbanistici a carattere sostanzialmente espropriativo, su cui più volte è intervenuta la Corte Costituzionale, da ultimo con la sentenza n. 719 del 1999, ribadendo proprio il principio della loro indennizzabilità.

(omissis)

D'altronde, se anche si volesse giungere ad intendere la materia dell'espropriazione inclusa nell'urbanistica, sarebbe più logico concludere che il disposto del III c. riguardi anche l'occupazione acquisitiva, che così comunque resterebbe devoluta al giudice ordinario (così anche Tar Palermo, I, 28 aprile 2000 n. 701).

Se, infatti, si riconosce a detto istituto di creazione pretoria cittadinanza nel nostro ordinamento, quale espropriazione sostanziale, riconducibile nell'ambito di previsione dei III co. dell'art. 42, non può poi riconoscersene l'assoluta diversità solo allorchè si parla di indennizzo e non di risarcimento.

(omissis)

D'altronde, l'interpretazione del III co. prospettata dal ricorrente condurrebbe a conseguenza irragionevoli, già ampiamente evidenziate anche da coloro che, in sede di primo commento della nuova normativa, analoga esegesi avevano operato; ossia il fatto che, in tal modo, delle domande a contenuto patrimoniale connesse all'espropriazione il giudice ordinario verrebbe ad occuparsi solo se la procedura espropriativa si è sviluppata regolarmente, mentre il giudice amministrativo verrebbe adito in caso di forme patologiche di ablazione del suolo priva proprio laddove non c'è esercizio di potestà pubblicistiche.

(omissis)

CORTE DI CASSAZIONE, Sezioni Unite, 14 luglio 2000 n. 494 (*) – Pres. Panzarani – Est. Preden – P.M. Lo Cascio – Soc. S. (avv. Ghia, Weigmann) c. Comune di G. (avv. Videtta).

Giurisdizione civile – Edilizia ed urbanistica – Piano per insediamenti produttivi – Progetto di convenzione – Inadempimento della pubblica amministrazione – Domanda di risarcimento del danno – Giurisdizione amministrativa.

Sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo, in applicazione dell'art 34 d.leg. n. 80 del 1998, con riguardo ad una controversia con la quale un soggetto, avendo stipulato con un comune un progetto di convenzione per l'attuazione di un piano di insediamenti produttivi, ed essendosi vista revocare la deliberazione che l'aveva individuato come soggetto attuatore del piano, abbia chiesto il risarcimento del danno, alternativamente deducendo la responsabilità contrattuale del comune per inadempimento o la responsabilità precontrattuale per ingiustificata rottura delle trattative.

(omissis)

Fatto e diritto. – 1. – Con atto notificato il 26 novembre 1999, il geom. G. V. esponeva di essere proprietario del lotto n. 11 compreso nel piano di lottizzazione d'ufficio approvato dal comune di C. con delibera 126.1.1087 e di avere aderito alla convenzione di attuazione del piano; deduceva che, in sede esecutiva, a causa dell'omessa vigilanza da parte dell'amministrazione comunale, si erano verificate su vari lotti irregolarità edilizie ed urbanistiche che avevano reso problematica la realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria secondo le previsioni del piano, penalizzando in particolare il lotto n. 11; lamentava che il comune aveva intimato ai lottizzanti di realizzare la quota parte di opere di urbanizzazione di competenza dei rispettivi lotti, senza previamente adottare, come richiesto dal deducente, le necessarie varianti al progetto originario, e non aveva proceduto alla determinazione della compensazione monetaria per la cessione di superfici per opere di urbanizzazione in eccedenza rispetto alla quota di pertinenza del lotto n. 11; affermava che dai suindicati comportamenti erano derivati danni per il deducente ed i suoi aventi causa.

2. – Tanto premesso, conveniva davanti al Tribunale di Como, sezione distaccata di Cantù, il comune di C., in persona del sindaco in carica, ed altre diciannove persone (funzionari del comune, direttori dei lavori e lottizzanti), formulando le seguenti richieste:

a) accertare e dichiarare, anche in via incidentale *ex art. 4 l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E*, l'illegittimità delle autorizzazioni e concessioni aventi ad oggetto gli insediamenti edilizi realizzati sui lotti 3, 10/a e 10/b, e conseguentemente disapplicarle;

(*) Edita in *Il Foro italiano*, 2001, 2475 ss.

b) accertare e dichiarare comunque illegittime, per lesione dei diritti nascenti in favore del lotto n. 11, le opere realizzate sui predetti lotti anche indipendentemente da provvedimenti autorizzatori o concessori;

c) verificare e determinare le opere di urbanizzazione già realizzate e quelle ancora da realizzare, nonché le modalità esecutive da adottare per queste ultime, tenuto conto delle difformità di esecuzione delle opere già realizzate rispetto alle previsioni del piano di lottizzazione;

d) accertare e verificare quali lottizzanti non abbiano versato al comune le fideiussioni imposte dalla convenzione di lottizzazione;

e) condannare tutti i lottizzanti a versare quanto ancora dovuto e di rispettiva competenza per l'esecuzione ed il completamento delle opere di urbanizzazione e degli standard urbanistici, nonché a versare al geom. Vergani quanto a lui dovuto a conguaglio delle aree in cessione ripetute dal suo lotto in eccedenza rispetto alla quota millesimale di sua pertinenza;

f) condannare in solido il comune di C., il geom. L.S. ed il geom. A.P. personalmente, quali responsabili in successione cronologica del servizio urbanistica, edilizia privata e pubblica ed inizio di attività, il geom. A.M. e l'ing. S.T., quali direttori dei lavori delle opere di urbanizzazione, al risarcimento dei danni che il geom. V. ha subito a causa degli inadempimenti loro addebitati per aver contravvenuto all'obbligo di vigilanza sull'esecuzione del piano di lottizzazione e della convenzione di attuazione;

g) condannare il comune di C. al risarcimento dei danni subiti dal geom. V. per la mancata tempestiva adozione delle varianti al progetto originario delle aree a standard e delle opere di urbanizzazione.

Il comune di C. si costituiva ed eccepiva pregiudizialmente il difetto di giurisdizione del giudice ordinario.

3. – Il predetto comune ha proposto regolamento preventivo di giurisdizione per sentir dichiarare il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, sussistendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in virtù dell'art. 34 d.leg. 31 marzo 1998 n. 80.

4. – Ha resistito, con controricorso, il geom. V., che ha eccepito pregiudizialmente l'inammissibilità del ricorso per difetto di mandato per incompetenza dell'organo deliberante; in subordine ha dichiarato di aderire all'eccezione sollevata dal comune.

5. – Osserva il collegio che l'eccezione di difetto di mandato è infondata, atteso che la deliberazione di autorizzazione del sindaco del comune di C. a stare in giudizio è stata adottata dalla giunta municipale, nell'esercizio delle competenze ad essa attribuite dall'art. 35 l. 8 giugno 1990 n. 142.

6. – Ai fini dello scrutinio della questione di giurisdizione occorre individuare la norma attributiva della competenza giurisdizionale in relazione alla controversia in esame.

Ad avviso del collegio deve aversi riguardo (come sostenuto in linea principale dal ricorrente) alla normativa scaturente dal combinato disposto degli art. 34 e 35 1° comma, d.leg. n. 80 del 1998.

Dispone l'art. 34, nei primi due commi:

«Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti ed i comportamenti delle amministrazioni pubbliche in materia urbanistica ed edilizia».

«Agli effetti del presente decreto, la materia urbanistica concerne tutti gli aspetti dell'uso del territorio».

A sua volta l'art. 35, nel 1° comma, prevede che:

«Il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ai sensi degli art. 33 e 34, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto».

Nell'ambito della suindicata disciplina va ricondotta la controversia in esame, atteso che risultano proposte in via principale domande – quelle indicate *sub* n. 2 con le lett. *f*) e *g*), rispetto alle quali le ulteriori istanze appaiono di natura strumentale ed accessoria – aventi ad oggetto pretese risarcitorie conseguenti a comportamenti della pubblica amministrazione (omissione di vigilanza; mancata tempestiva adozione di varianti) nella fase di attuazione di un piano di lottizzazione, costituente strumento urbanistico di dettaglio concernente l'uso del territorio, in relazione alle quali va affermata, ai sensi delle suindicate disposizioni, e tenuto conto dell'instaurazione del giudizio successivamente al 30 giugno 1998 (ai sensi dell'art. 45, 18° comma, d.leg. n. 80 del 1998), la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo venendosi in materia di urbanistica.

La circostanza che la controversia involga anche la convenzione attuazione del piano di lottizzazione (secondo lo schema previsto dall'art. 28 l. 17 agosto 1942 n. 1150, come modificato dall'art. 8, l. 6 agosto 1967 n. 765), non vale a sorreggere l'alternativo richiamo, all'art. 11, 5° comma, l. 7 agosto 1990 n. 241, che attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi conclusi dall'amministrazione con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale o in sostituzione di questo. All'art. 34 d.leg. n. 80 del 1998 va infatti riconosciuta, in ragione della sua specificità di norma sulla giurisdizione in materia urbanistica ed edilizia e della sua tendenziale onnicomprensività, efficacia derogatoria ai fini dell'attribuzione della giurisdizione sulle controversie in materia di urbanistica, rispetto alla normativa precedente, ivi compresa quella dettata dal citato art. 11 (che eleva a criterio di attribuzione non già la «materia» sulla quale incide il provvedimento finale, bensì la peculiare tipologia dell'atto destinato al perseguimento del pubblico interesse, che deve consistere in un «accordo»), in quanto applicabile anche all'ipotesi di accordi conclusi in materia urbanistica.

E non più attuale è del pari il riferimento all'art. 16 l. 28 gennaio 1977 n. 10, che attribuiva al giudice amministrativo i ricorsi giurisdizionali contro i provvedimenti con i quali la concessione edilizia viene data o negata, nonché contro la determinazione e liquidazione del contributo di urbanizzazione e delle sanzioni amministrative. Anche tale norma (nel cui limitato ambito peraltro neppure rientrerebbe la controversia in esame, in ragione dell'oggetto principale della pretesa azionata) deve infatti ritenersi sostituita dalla successiva specifica disciplina dettata dall'art. 34, d.leg. n. 80 del 1998 circa l'attribuzione della giurisdizione sulle controversie in materia di edilizia ed urbanistica.

7. – La norma regolatrice della giurisdizione, come sopra individuata, appare tuttavia affetta da dubbi di legittimità costituzionale.

Queste sezioni unite ritengono infatti rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dei suindicati art. 34, 1° e 2° comma, e 35, 1° comma, in riferimento agli art. 76 e 77, 1° comma, Cost., per eccesso rispetto alla delega conferita con l'art. 11, 4° comma, lett. g), l. 15 marzo 1997 n. 59 (questione che, investendo la genesi stessa della norma, appare preliminare rispetto a quelle involgenti ulteriori aspetti di dubbia legittimità costituzionale della disciplina con essa introdotta).

Tale opinione appare invero confortata dalla pronuncia di illegittimità costituzionale adottata dalla Corte costituzionale, con la sent. 292/00 (*Foro it.*, 2000, I, 2393) in relazione all'art. 33 stesso d.leg., avente ad oggetto l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie in materia di servizi pubblici.

8. – Per quanto concerne la rilevanza della questione, è sufficiente ribadire che la statuizione sulla giurisdizione postula, per quanto sopra osservato, l'applicazione proprio delle norme della cui legittimità costituzionale si dubita.

(omissis)

L'art. 34 citato d.lgs. dispone quanto segue: «1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche in materia urbanistica in materia urbanistica ed edilizia»; «2. Agli effetti del presente decreto, la materia urbanistica concerne tutti gli aspetti dell'uso del territorio».

– La disposizione di caratterizza, sul piano letterale, per la sua sinteticità e per l'estrema ampiezza della formula adottata, sia nel delimitare l'ambito della materia, fornendone una autonoma definizione sia nell'indicare le controversie che, nel detto ambito, assumono rilevanze ai fini della sussistenza della giurisdizione esclusiva.

Sotto il primo profilo, può constatarsi che la norma, nel definire la «materia urbanistica», non reca distinzioni, nè fornisce esemplificazioni ma, con espressione di estrema latitudine dispone che sono compresi nell'ambito della materia urbanistica: «tutti gli aspetti dell'uso del territorio». Nella sua assolutezza, la formula adottata dell'art. 34, 2° comma, si presta quindi ad essere intesa come volta ad abbracciare la totalità degli aspetti dell'uso del territorio, nessuno escluso.

Sotto il secondo profilo, può rilevarsi che del pari onnicomprensivo è il riferimento alle controversie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: vi rientrano infatti, purchè attinenti alla materia urbanistica, come sopra definita, le controversie che siano determinate da atti, provvedimenti o comportamenti della pubblica amministrazione. Ed ancora una volta la formula normativa è di estrema latitudine, poichè manca ogni specifica-

zione circa la tipologia delle controversie, mentre il riferimento agli atti, provvedimenti o comportamenti sembra esaurire tutta la gamma delle attività giuridicamente rilevanti della pubblica amministrazione, siano esse formali (atti, provvedimenti) o materiali (comportamenti).

5.2. – Già la sola considerazione del tenore letterale della disposizione consente quindi di affermare che non appare corretto come invece sostiene la Sapag, limitare la materia urbanistica al solo aspetto normativo della disciplina dell'uso del territorio, e cioè dell'esercizio della podestà amministrativa di pianificazione territoriale mediante l'adozione di scelte urbanistiche. Vi rientrano infatti anche gli aspetti ulteriori dell'uso del territorio, ivi compreso quello gestionale, concernente l'attuazione concreta della pianificazione mediante la realizzazione delle scelte urbanistiche.

– D'altra parte, nell'ambito dell'interpretazione sistematica, si osserva come la limitazione al solo aspetto normativo, alla pianificazione, dell'effettuazione di scelte pianificatorie con atti normativi o provvedimenti discrezionali, logicamente contrastati con la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche per le controversie determinate da «comportamenti» della pubblica amministrazione in materia urbanistica, in quanto i «comportamenti» (contrapposti agli atti ed ai provvedimenti) costituiscono tipica espressione di attività gestionali concernenti la materia urbanistica, intesa come governo ed uso del territorio in senso ampio.

(omissis)

CONSIGLIO DI STATO, sez. IV, 13 febbraio – 14 giugno 2001 n. 3169 (*) – Pres. Paleologo – Rel. Cintioli – C. Cons. alta velocità Emilia-Toscana ed altro c. B. ed altri.

Competenza e giurisdizione – Giurisdizione amministrativa – Giurisdizione esclusiva – In materia di edilizia ed urbanistica – Procedimenti di espropriazione – Vi rientrano.

(D.lgs 31 marzo 1998 n. 80, art. 34).

La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di edilizia e urbanistica, attribuita dall'art. 34 del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, comprende anche le controversie relative ai procedimenti espropriativi, con esclusione di quelle in materia di indennità di espropriazione, in quanto la nozione di urbanistica è ampia al punto da assorbire tutti gli aspetti dell'uso del territorio.

(omissis)

L'art. 34 devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti ed i comportamenti delle amministrazioni pubbliche in materia urbanistica ed edilizia.

L'art. 35 stabilisce che il giudice amministrativo, nelle controversie rimesse alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto.

(*) Edita in *Guida al Diritto, Il Sole 24 Ore*, 1° dicembre 2001 n. 46, 78 e ss.

Queste disposizioni trovano entrambe applicazione al caso di specie. La materia urbanistica comprende, ai sensi dell'art. 34, comma 2, «tutti gli aspetti dell'uso del territorio» e la giurisdizione del giudice amministrativo abbraccia, oltre alla cognizione degli atti e provvedimenti, anche i comportamenti delle amministrazioni pubbliche. L'ultimo comma dell'art. 34 prevede, altresì, che nulla è innovato «in ordine alla giurisdizione del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa».

Da queste disposizioni si evince che la giurisdizione esclusiva non si arresta al giudizio di annullamento del provvedimento amministrativo e che si estende al sindacato sul rapporto tra privato ed amministrazione nella sua portata più ampia, comprensivo anche dei comportamenti materiali. (...)

La nozione di urbanistica che ritaglia tale giurisdizione esclusiva è ampia al punto da assorbire tutti gli aspetti dell'uso del territorio. Essa si estende ai procedimenti di esproprio, comprensivi sia della dichiarazione di pubblica utilità, sia degli atti di occupazione d'urgenza e relativi comportamenti esecutivi, come confermato da due argomenti entrambi decisivi, l'uno di carattere letterale e l'altro teleologico.

Il primo argomento è quello desunto dal comma 3 dell'art. 34, che espressamente sottrae alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di indennità derivanti da atti di natura espropriativa od ablativa. Se il legislatore ha avvertito l'esigenza di fare questa precisazione, è innegabile che avesse intenzione di assegnare alla materia urbanistica la latitudine necessaria a coprire anche il procedimento di espropriazione.

Un disegno che, peraltro, appare razionale, perché distingue due settori ben precisi: da un lato, la giurisdizione del g.a. sugli atti di espropriazione e sui comportamenti connessi, che è in chiara linea di continuità con il passato e col sindacato esercitato sui provvedimenti presi in materia dall'amministrazione; dall'altro lato, la giurisdizione del g.o., che risolve questioni di diritto soggettivo puro, pronunciandosi su indennizzi dipendenti da procedure di esproprio la cui legittimità non è comunque messa in discussione.

Il secondo argomento è quello che trae forza dai legami strettissimi che esistono tra la materia urbanistica e la materia dell'espropriazione. Così stretti che la scelta legislativa che avesse deciso di separarli affidandoli a giudici diversi sarebbe stata palesemente irrazionale: contraria sia all'esigenza di concentrazione e coordinamento di controversie tra loro collegate, sia all'esigenza primaria che sta a base della creazione di forme di giurisdizione esclusiva, volta ad impedire la difficoltà e la confusione che al cittadino potrebbero derivare da criteri insicuri di riparto della giurisdizione in settori cruciali. (*omissis*)

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, Sez. II, 30 maggio 2000
– Belvedere Alberghiera S.r.l. e Italia (definitiva il 30 agosto 2002).

(omissis)

In diritto:

Sulla pretesa violazione dell'articolo 1 del protocollo n. 1.

Art. 1 del protocollo n. 1: «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende».

(omissis)

Sull'osservanza dell'articolo 1 del protocollo n. 1

La Corte ricorda che l'art. 1 del protocollo n. 1 contiene tre norme distinte: «la prima, contenuta nella prima frase del primo comma e che ha carattere generale, enuncia il principio del rispetto della proprietà; la seconda, che figura nella seconda frase del medesimo comma, riguarda la privazione di proprietà e la sottopone a certe condizioni; quanto alla terza, contenuta nel secondo comma, essa riconosce agli Stati il potere, tra l'altro, di disciplinare l'uso dei beni in conformità all'interesse generale (...)».

(omissis)

per determinare se vi è stata privazione di beni ai sensi della seconda «norma» occorre non solo esaminare se vi sia stato spossessamento o esproprio formale ma anche guardare oltre le appartenenze ed esaminare la realtà della situazione controversa.

(omissis)

Per risultare compatibile con l'articolo 1 del Protocollo n. 1 siffatta ingerenza deve essere attuata «per causa di pubblica utilità» e «nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale».

L'ingerenza deve assicurare un «equo bilanciamento» tra le esigenze dell'interesse generale della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo (sentenza *Sporrong e Lönnroth* citata, 26, § 69). Inoltre, la necessità di esaminare la questione dell'equo bilanciamento «non può porsi che una volta accertato che l'interferenza contestata abbia rispettato il principio di legalità e che non fosse arbitraria».

(omissis)

La Corte ricorda che l'art. 1 del Protocollo n. 1 esige, innanzitutto e soprattutto, che un'ingerenza di una pubblica autorità nell'esercizio del diritto al rispetto dei beni sia legale. *(omissis)*

La Corte non ritiene utile decidere astrattamente se il ruolo che un principio giurisprudenziale, quale quello dell'esproprio indiretto, svolge in un sistema di diritto continentale sia assimilabile a quello di disposizioni legislative. Tuttavia, essa ricorda che il principio di legalità significa l'esistenza di norme di diritto interno sufficientemente accessibili, precise e prevedibili. (...)

A questo proposito, la Corte osserva che la giurisprudenza in materia di esproprio indiretto ha avuto un'evoluzione che ha condotto ad applicazioni contraddittorie (*supra* §§ 22-36), ciò che potrebbe condurre a un risultato imprevedibile o arbitrario e privare gli interessi di una protezione efficace dei loro diritti, il che, di conseguenza, sarebbe incompatibile col principio di legalità. (*omissis*)

La Corte esprime delle riserve sulla compatibilità con il principio di legalità di un meccanismo che, in modo generale, permette all'amministrazione di trarre beneficio da una situazione illegale e tramite il quale l'individuo si trova di fronte al fatto compiuto.

In ogni caso, la Corte è chiamata a verificare se il modo in cui il diritto interno è interpretato e applicato produce degli effetti conformi ai principi della Convenzione.

Con riferimento al caso di specie, la Corte rileva che (...) siffatta ingerenza non sia conforme all'articolo 1 del Protocollo n. 1. Tale conclusione la esime dall'accertare se è stato mantenuto un equo bilanciamento tra le esigenze dell'interesse generale della collettività e quelle della salvaguardia dei diritti dell'individuo. (...)

Sull'applicazione dell'articolo 41 della convenzione

Ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione, «Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa. La ricorrente richiede la restituzione e il ripristino del terreno in questione, provvedimenti che a suo avviso costituiscono il solo modo atto a rimediare alla violazione lamentata in quanto permetterebbe di ristabilire la situazione anteriore al prodursi della violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1.

(*omissis*)

La Corte ritiene tuttavia che nelle circostanze del caso di specie la questione dell'applicazione dell'art. 41 non sia matura. Tenuto conto della violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1, la migliore forma di riparazione in tal caso consiste nella restituzione del terreno da parte dello Stato, oltre un indennizzo per i danni materiali, quale la privazione del godimento del bene, e un indennizzo per il danno morale. I componenti, tuttavia, non hanno fornito informazioni precise su questo punto. Pertanto, è necessario rinviare tale questione e fissare il prosieguo della procedura tenendo conto della possibilità di un accordo tra lo Stato convenuto e la ricorrente.

(*omissis*)

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, sez. II, 30 maggio 2000
Carbonara e Ventura c. Italia (definitiva il 30 agosto 2000) (*).

(*) Vedi questa *Rassegna*, II, 114.

CORTE DI CASSAZIONE, Sezioni Unite, 23 aprile 2001 n. 172(*) – Pres. Vela – Est. Morelli – P.M. Lo Cascio – B. ed altri (avv.ti Pecchioli e De Donno Pecchioli) c. Comune di C. (avv. Falorni).

Espropriazione per pubblica utilità – Indennità di esproprio – Determinazione – Ex art. 5 bis della legge 359/1992 - Valutazione della edificabilità «di diritto» – Edificabilità «di fatto» – Rileva solo in via suppletiva.

L'art. 5-bis della legge n. 359/1992 che, nell'introdurre nuovi criteri di stima dell'indennizzo espropriativo per le «aree edificabili», ferma lasciando la disciplina liquidatoria della indennità di esproprio delle «aree agricole» già sub lege 1971 n. 865 (artt. 16 ss.), prevede, al comma terzo, al fine della «valutazione della «edificabilità delle aree» a tali effetti rilevante, che «si devono considerare le possibilità legali ed effettive di edificazione esistenti al momento della apposizione del vincolo preordinato all'esproprio» va interpretato nel senso che un'area va ritenuta edificabile» quando, e per il solo fatto che, come tale, essa risulti classificata (al momento dell'apposizione del vincolo espropriativo) dagli strumenti urbanistici (nell'«ambito della zonizzazione» del territorio), secondo un criterio di prevalenza od autosufficienza ed edificabilità legale. La c.d. edificabilità «di fatto» rileva, invece, in via suppletiva in carenza di una regolamentazione legale dell'assetto urbanistico, per mancata adozione, ad esempio, di P.R.G. o per decadenza di vincoli di inedificabilità ovvero, in via complementare (ed integrativa), agli effetti della determinazione del concreto valore di mercato dell'area espropriata, incidente sul calcolo dell'indennizzo.

(omissis)

1. I tre ricorsi (in quanto) proposti avverso la medesima sentenza, vanno riuniti ai sensi dell'art. 335 c.p.c.

2. Pregiudizialmente deve dichiararsi l'inammissibilità del secondo ricorso (incidentale) Balli, stante la già intervenuta consumazione del potere impugnatori, di detti soggetti, con la proposizione del loro primo ricorso (principale).

3. Va esaminato con carattere di priorità il primo mezzo della impugnazione del Comune, stante la pregiudizialità della questione, con esso sollevata, di difetto di legittimazione passiva del Comune medesimo, per asserto sopravvenuto trasferimento alle neo istituite ASL dei rapporti giuridici inerenti a beni del patrimonio dell'ente territoriale con vincolo di destinazione alte USL ai sensi degli artt. 5, comma 1, decreto legislativo n. 502/1992 e 2 legge reg. n. 14/1996».

L'eccepita difetto di legittimazione passiva del ricorrente è manifestamente, per altro, insussistente in ragione del giudicato interno già formatosi (come in narrativa riferito) in senso affermativo, in ordine a tale legittimazione; e considerato, comunque, che il prospettato successivo trasferimento, a titolo particolare della situazione debitoria, in corso di causa, non influirebbe sulla prosecuzione del processo tra le parti originarie (cfr. Cass. nn. 12505/1995, 5562/1996, *ex plurimis*).

(*) Edita in *Il Corriere Giuridico*, 2001, fasc. 6, 747. Massima ripresa da *Giust. It.*

4. Cade a questo punto l'esame della prima questione di contrasto coinvolta dalle contestazioni in ordine alla «edificabilità» dei suoli per cui è lite - formulate nei motivi secondo e quinto detto stesso ricorso del Comune.

Il quesito involge, come detto, l'esegesi dell'art. 5-*bis* della legge n. 359/1992, per la parte in cui detta norma - nell'introdurre nuovi criteri di stima dell'indennizzo espropriativo per le «aree edificabili», ferma lasciando la disciplina liquidatoria della indennità di esproprio delle «aree agricole» già *sub lege* 1971 n. 865 (artt. 16 ss.) prevede, al suo comma terzo, al fine appunto della «valutazione della edificabilità delle aree» a tali effetti rilevante, che «si devono considerare le possibilità legittime ed effettive di edificazione esistenti al momento della apposizione del vincolo preordinato all'esproprio».

In ordine alla rispettiva incidenza e valenza qualificatoria di tali possibilità di edificazione, «legittime ed effettive», la giurisprudenza di questa Corte ha effettivamente, infatti, espresso (sostanzialmente) tre diversi orientamenti interpretativi. Con i quali il rapporto tra i due corrispondenti requisiti della «edificabilità legale» (correlata alle previsioni di legge e/o degli strumenti urbanistici) e della «edificabilità di fatto» (ricavabile dalle obiettive qualità e caratteristiche dell'area, desumibili dai noti indici della sua ubicazione, accessibilità ecc.) è stato, di volta in volta, inteso e valorizzato ora in termini di «alternatività» (cfr., ad esempio, 12220/1992; 9247/1997; 774, 1200/1998); ora, invece, nel senso di una loro necessaria «competenza» - «congiunzione» - «cumulatività» (Cfr. nn. 5970/1993, 11037/1996; 5111/1997; 259, 8826/1998, *ex plur*); ora, infine, in termini di «prevalenza» o «sufficienza» della edificabilità legale (nn. 8702, 8570, 8434/1998; 2272, 4300/1999; 7874, 8035, 9683, 12408/2000, per tutte).

4-1. Tali difformi indirizzi ermeneutici, per altro, più che fronteggiarsi (come in taluni momenti pur è avvenuto) in termini di radicale contrasto sul piano sincronico, hanno tendenzialmente, piuttosto, espresso, in prospettiva diacronica, una evoluzione, per aggiustamenti successivi, di una linea interpretativa, sostanzialmente unitaria nelle sue promesse di fondo, secondo la dialettica di formazione del diritto vivente.

Si è così progressivamente superata la tesi della «alternatività» dei due criteri individuativi della edificabilità, ed il correttivo corollario di sufficienza di una vocazione edificatoria di fatto, argomentando che la «norma, nel prevedere, quale requisito essenziale per la classificazione di un'area come edificabile, la sua possibilità legale di edificazione, esclude necessariamente, con un ragionamento a *contrariis*, che possa essere considerata tale un'area per la quale gli strumenti urbanistici non consentono l'edificabilità» (così, testualmente, n. 2856/1996, anche perché, «diversamente opinando l'edificazione di un'area, benché illecita, finirebbe, con l'attribuire, sia pure in via di mero fatto, natura edificatoria al suolo circostante non ancora edificato» (nn. 11037/1997; 4300/1999).

E, sempre in coerenza alla così enucleata preponderanza della classificazione urbanistica, agli effetti indennitari, nel quadro di una disciplina della norma in esame, si è in prosieguo esclusa la necessità della «competenza», a quei fini di una parallela «edificabilità di fatto», pervenendosi così ad affer-

mare che l'edificabilità di un'area vada ritenuta per il solo fatto che essa risulti tale in base alle previsioni urbanistiche, indipendentemente da ogni valutazione circa la cosiddetta «edificabilità di fatto», mentre eventuali cause di riduzione o di esclusione delle possibilità effettive di edificazione non trasformano il terreno edificabile in un terreno agricolo, ma, incidendo sulla sua concreta utilizzazione e, quindi, sul valore di mercato dell'immobile, assumono influenza solo in parte di liquidazione della indennità di espropriazione, in applicazione dei criteri, comunque, stabiliti per le aree edificabili (nn. 10575/1996; 6949/1998; 9207/1999; 8647/1998; 3839/1999; 8035/2000).

Da ciò la conclusione – in via di consolidazione nella giurisprudenza più recente – della «prevalenza» e «sufficienza», del parametro della «edificabilità legale», ai fini della corrispondente qualificazione delle aree espropriate agli effetti indennitari, e del rilievo «suppletivo» della edificabilità «di fatto», «utilizzabile, ad esempio, in assenza di pianificazione urbanistica» (nn. 9242/1997; 8702/1997; 2272/1999; 4300/1999; 784, 12408/2000).

4-2. Chiamate, in questa sede, a comporre, per quanto nei limiti in cui episodicamente ancora si ripropone, la questione di contrasto in ordine alla disposizione di cui al comma 3, dell'art. 5-*bis* legge n. 259/1992, queste Sezioni Unite ritengono senz'altro esatto, e quindi ribadiscono, il riferito più recente indirizzo interpretativo, che perviene a ritenere il primato della edificabilità legale ai fini qualificatori delle aree espropriate come edificabili e della conseguente loro indennizzabilità in applicazione del criterio della semi-somma (decurtabile) di cui al comma primo della stessa norma.

4-2-1. Il criterio cd della edificabilità di fatto – elaborato dalla giurisprudenza anteriore all'entrata in vigore della precitata legge n. 259/1992, al fine precipuo di porre rimedio agli empirici strumenti di individuazione, della qualità (agricola o non) dei suoli, unilateralmente adottati dalle amministrazioni esproprianti, nella perdurante inerzia legislativa al riguardo, e di evitare, conseguentemente possibili ingiustificate disparità di trattamento tra espropriati, cui fosse attribuito soltanto il valore agricolo (ex L. n. 865/1971), e proprietari non espropriati, liberi invece di costruire e vendere a prezzo di mercato terreni in non pochi casi addirittura contigui e confinanti – ha innegabilmente contribuito ad orientare, in una prospettiva di continuità, la prima esegesi dello *ius superveniens* nel senso della alternativa desumibilità della qualità edificatoria delle aree dalle possibilità legali «od» effettive di edificazione.

Ma una siffatta esegesi risulta, appunto, ad un più mediato esame, incompatibile con la ratio e con il meccanismo complessivo di disciplina della stima dell'indennizzo espropriativo introdotto dal legislatore del '92, ed è comunque respinta da una corretta lettura – condotta alla stregua dei canoni ermeneutica letterali, logico e sistematico – della specifica disposizione, sub comma 3, art. cit., enunciativa del criterio di individuazione della edificabilità delle aree espropriate ai predetti fini indennitari.

4-2-2. L'art. 5-*bis* della più volte menzionata legge n. 359 del 1992 – stabilendo (ai suoi commi 1 e 2) che la stima della indennità di espropriazione debba operarsi, per le (sole) «aree edificabili», sulla base del (sia mediato ed

ulteriormente riducibile) loro valore di mercato, e lasciando (*sub* comma 4); viceversa, tuttora in vigore il precedente diverso criterio di stima, ancorato al valore gabellare delle colture, per le «aree agricole» e per «quelle non classificabili come edificabili» – ha introdotto, infatti, un sistema semplificato di liquidazione dell'indennizzo ablatorio basato sulla rigida dicotomia tra suoli «edificabili» e suoli «agricoli». Sistema che la Corte costituzionale ha già avuto occasione, per altro, di definire espressivo di una «scelta legislativa che non presenta caratteri di irragionevolezza e di arbitrarietà», anche per il profilo della (implicitamente) così esclusa configurabilità di un «*tertium genus*» (che tenga conto dell'eventuale plus valore di aree agricole suscettibili di utilizzazioni non meramente agricole: sent. n. 261/97).

Ora appunto, coesistente alla linearità di n tal sistema è proprio un meccanismo di verifica oggettiva, e non legata a valutazioni opinabili, della natura delle aree, rispetto alla presupposta loro bipartizione: verifica che, a questi fini; può esser fornita solo dalla classificazione urbanistica data al suolo considerato.

Da ciò l'attribuzione della reale discrezionalità del sistema al parametro della edificabilità legale (cfr. n. 2272/1999), al quale non potrebbero affiancarsi in via di necessaria congiunzione, o sovrapporsi, in termini di alternative (bilaterale) criteri fattuali di accertamento della edificabilità, che – con la conseguente introduzione di molteplici possibili varianti (edificabilità legale ed effettiva; solo effettiva; legale ma non effettiva...) – finirebbero col togliere al meccanismo estimatorio proprio quei caratteri di (anche rigida) semplificazione che hanno costituito il *proprium* della scelta legislativa.

4-2-3. Alla stessa conclusione conduce – come detto – l'esegesi mirata sulla specifica disposizione *sub* comma 3, art. 5-*bis*.

La possibilità di una rilevanza autonoma, in via alternativa, delle «possibilità effettive di edificazione», ai fini della qualificazione edificatoria delle aree, è già espunta, infatti, sul piano letterale, dal mancato utilizzo della disgiuntiva «o» (nel collegamento tra «possibilità legali ed effettive» instaurato dalla predetta disposizione); è contraddetta, altresì, dalla *ratio* della norma (anche per il profilo, già sottolineato, della sua vocazione a «interrompere il circolo vizioso per cui l'abusiva edificazione di un'area malgrado l'illiceità di fatto, può essere idonea a trasformare in zona fabbricabile il suolo circostante non edificato»); e trova, infine ulteriore insuperabile ostacolo, in chiave sistematica, nella connessa disposizione di cui al successivo comma quarto che equipara le «aree non classificabili come edificabili ai sensi del comma 3» alle «aree agricole».

Come è stato per tal profilo, infatti, già osservato, «se la semplice presenza, nei suoli legalmente non edificabili, della vocazione edificatoria, fosse idonea ad annullare l'effetto negativo del vincolo, di nessuna utilità apparirebbe la previsione di un'ipotesi specificata di suoli non edificabili da associare alla disciplina dei suoli agricoli, ma rispetto ad essi ontologicamente autonoma» (cfr. n. 2272/1999 *cit.*).

4-2-4. Ed allora esclusa – sempre in ragione del rilievo essenziale attribuito allo strumento urbanistico – anche la possibilità (speculare) di supe-

rarne positive previsione di edificabilità in ragione di ridotte o carenti possibilità effettive di edificazione (con la conseguenza, già acquisita all'elaborazione giurisprudenziale, che un tale deficit delle condizioni fattuali di edificabilità inciderà al più limitato fine della determinazione in concreto dell'indennizzo), la duplicità di situazioni descritte nella norma in esame («possibilità legali ed effettive di edificazione»), non legate, per come dimostrato, né da un nesso di alternatività né da un nesso di congiunzione, non può, conclusivamente, diversamente leggersi che come prospettazione di due distinte situazioni (identificative della edificabilità dell'area ai fini indennitari).

Una prima situazione – principale – in cui l'edificabilità deriva dall'esistenza di una regolamentazione legale dell'assetto urbanistico; ed una seconda situazione – subordinata – per cui il ricorso ai noti indici della «edificabilità di fatto» è giustificato e reso necessario dall'inesistenza, invece, dello strumento urbanistico.

È quest'ultimo, il caso delle aree comprese in Comuni, sprovvisti di piano e situate fuori del perimetro del centro abitato, per le quali l'edificabilità può essere valutata, appunto, solo in secondo gli indici elaborati dalla giurisprudenza ed entro i limiti, ovviamente posti, al riguardo, dalla legge 1997 n. 10.

Ed è il caso, altresì, dell'eventuale intervenuta decadenza di vincoli provvisori di inedificabilità (per inutile decorso del termine *sub* art. 2 legge 1968 n. 1187) che comporta la riduzione delle aree, su cui essi gravano, a superfici prive di disciplina urbanistica.

4-2-5. La disposizione esaminata va, conclusivamente, quindi interpretata nel senso che – nel nuovo sistema di disciplina della stima dell'indennizzo espropriativo introdotto dall'art. 5-*bis* legge n. 359/1992, caratterizzato dalla rigida dicotomia (che non consente la configurabilità di un «tertium genus») tra «aree edificabili» (indennizzabili in percentuale del loro valore venale) ad «aree agricole» o «non classificabili come «edificabili» (tuttora invece indennizzabili in base a valori agricoli tabellari ex L. 1971, n. 865, richiamata dal comma 4, del citato art. 5-*bis*) – un'area va ritenuta «edificabile» quanto, e per il solo fatto che, come tale, essa risulti classificata (al momento dell'apposizione del vincolo espropriativo) dagli strumenti urbanistici (nell'«ambito della zonizzazione» del territorio), secondo un criterio quindi, di prevalenza od autosufficienza ed edificabilità legale. Mentre la cd. edificabilità «di fatto» rileva in via suppletiva – in carenza di una regolamentazione legale dell'assetto urbanistico, per mancata adozione, ad esempio, di P.R.G. o per decadenza di vincoli di inedificabilità – ovvero, in via complementare (ed integrativa), agli effetti della determinazione del concreto valore di mercato dell'area espropriata, incidente sul calcolo dell'indennizzo.

5. In applicazione dell'art. 5-*bis*, comma 3, legge n. 359/1992 *cit.*, come sopra interpretato, si rivelano, quindi, infondate le doglianze formulate con il secondo complesso meno del ricorso del Comune, risultando l'edificabilità

dell'area espropriata correttamente (per quanto detto) ancorata, dalla Corte territoriale, alle previsioni conformative dello strumento urbanistico (il P.R.G. del 1971) e risultando tali previsioni, in parte qua, del pari correttamente interpretate, da quel giudice, nel senso che la destinazione (di zona) a parcheggi e infrastrutture non esclude (contrariamente a quanto *ex adverso* sostenuto) la vocazione edificatoria.

Atteso infatti, per tal secondo profilo, che (l'edificabilità) non si identifica né si esaurisce – come già precisato – in quella residenziale abitativa, ma ricomprende tutte quelle forme di trasformazione del suolo – in via di principio non precluse (come nella specie) all'iniziativa tecnica di edificazione (cfr. nn. 9669, 8028/2000; 4473/1999; 3708/1977) e che siano, come tali, soggette al regime autorizzatorio ex art. 1, L. 1977, n. 10; ferma restando la rilevanza, ai fini della determinazione dell'immobile nella fattispecie concreta, del diverso grado di commerciabilità e del diverso livello di apprenabilità dello stesso in ragione della sua specifica destinazione (n. 8028/2000 *cit.*).

6. Risultano conseguentemente, assorbito il terzo ed infondato il quinto motivo dello stesso ricorso in quanto, rispettivamente formulati (il terzo) in via ipotetica (subordinatamente ad una, non verificatasi, condizione di insussistenza o di prescindibilità dallo strumento urbanistico) e (il quinto) sulla erronea premessa di una qualificabilità dei suoli (ai fini indennitari) anche in difformità dalla classificazione di piano.

7. Il quarto mezzo del predetto ricorso (che attiene all'apprezzamento delle risultanze istruttorie relativamente allo stato dei luoghi) ed i residui suoi sesto a decimo mezzo (con cui si censurano profili ulteriori e diversi della statuizione impugnata afferenti alla stima e alla concreta quantificazione dell'indennizzo espropriativo, e voci accessori), unitamente all'unico motivo del ricorso (principale) Balli (in tema di commutabilità degli interessi legali) – in quanto tutti del pari coinvolti dalla risolta questione di contrasto – vanno, ai sensi dell'art. 142 disp. att. C.p.c., rimessi all'esame della Sezione semplice, che adotterà anche i provvedimenti consequenziali all'esito complessivo delle impugnazioni.

8. Non vanno, in questa sede, prese, invece, in esame la seconda e terza questione di contrasto pure prospettata nella riferita ordinanza della Sezione I.

Non risulta, infatti, rilevante al fine del decidere la (seconda) questione relativa al «momento di riferimento della edificabilità dell'area», perché l'identificazione di tale momento, da parte del giudice a quo, in quello di approvazione del progetto (e correlativa dichiarazione implicita di pu.), non ha formato oggetto di censura del Comune (che ha anzi condiviso tale identificazione) o da parte degli espropriati. E similmente non rileva la residua (3a) questione sull'ambito conformativo degli strumenti urbanistici, che, come emerge dalla narrativa, non viene posto in discussione né è altrimenti coinvolto, da alcuno dei mezzi impugnatori articolati dalle parti ricorrenti.

RASSEGNA BIBLIOGRAFICA

MARIO SANINO, *Diritto sportivo*, CEDAM, 2002.

Con il testo intitolato «*Diritto sportivo*» di Mario Sanino edito dalla CEDAM nel 2002 si compie un notevole sforzo di sistemazione di una serie di argomenti e materie che, pur essendo settoriali, afferiscono ormai stabilmente all'ambito statale rimanendone in qualche modo connotati ed improntati.

È infatti opinione diffusa che lo sport costituisca un fenomeno di portata globale dal punto di vista territoriale, economico e sociale. Tale fenomeno deve essere quindi disciplinato da regole che, pur essendo proprie di un ordinamento separato da quello statale, devono comunque uniformarsi ai suoi principi fondamentali.

L'applicazione del diritto sportivo risente sempre di questa tensione in quanto deve garantire la sopravvivenza di una «formazione sociale» spontanea che è riconosciuta dall'ordinamento generale, impedendo però che la stessa estremizzi la sua propensione all'autoreferenzialità e possa invece operare assicurando il rispetto dei diritti fondamentali.

Cimentarsi con il diritto sportivo può dunque, come dimostra anche il testo di Sanino, divenire l'occasione di approfondimenti giuridici trasversali ed interdisciplinari che, tuttavia, non possono però mai rimanere fini a se stessi essendo connaturata all'ordinamento sportivo l'esigenza della soluzione di problemi pratici con modalità estremamente semplificate e tempi immediati, dovendosi pur sempre assicurare entro un arco definito di tempo la prosecuzione di un'attività ludica che costituisce anche uno spettacolo seguito dall'intera collettività con un incredibile carico di emozioni ed aspettative.

Basta del resto già scorrere il ricco ed approfondito indice sistematico del volume di Sanino per riscontrare in via diretta ed immediata come l'organizzazione degli eventi sportivi, che spesso hanno un'incredibile risonanza mediatica, presupponga l'apporto di enti di varia natura giuridica in un quadro di competenze che è divenuto nel tempo estremamente complesso e sofisticato.

Dal punto di vista delle istituzioni, nel sistema spicca la centralità del CONI come riorganizzato a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 242/1999 ed in base al relativo statuto, che ha arricchito le proprie finalità ben oltre la funzione originaria della preparazione degli atleti selezionati per la partecipazione alle olimpiadi. Accanto a tale ente pubblico non economico deve essere però menzionato anche il ruolo delle Federazioni sportive nazionali, degli enti di promozione sportiva e delle associazioni benemerite.

Alcune amministrazioni statali sono poi implicate a vario titolo nelle problematiche sportive e tra queste vale la pena di menzionare il Ministero per i beni e le attività culturali cui spetta l'esercizio della vigilanza sul CONI,

quello dell'Economia e delle finanze che è coinvolto nella concessione dei beni demaniali occupati dalle istituzioni sportive, nell'organizzazione dei giochi e pronostici e negli aspetti fiscali dell'attività sportiva ed infine l'Istituto universitario delle scienze motorie (ex ISEF) cui spetta il rilascio di una laurea ad hoc per gli operatori sportivi.

A tali competenze si devono anche aggiungere quelle degli organismi internazionali con i quali interagiscono sia il CONI sia le Federazioni sportive nazionali.

L'autore ha operato un'attenta ricognizione di tutti i soggetti coinvolti a vario titolo nell'attività sportiva mettendo poi in luce gli effetti che tale coacervo di competenze determina anche sotto il profilo delle regole di riparto della giurisdizione ed in particolare sui delicati rapporti tra giustizia sportiva ed ordinaria.

Le contese interne all'ordinamento sportivo dovrebbero infatti trovare soluzione solo al suo interno in virtù della clausola compromissoria che ogni soggetto dell'ordinamento sportivo sottoscrive al momento dell'affiliazione, se trattasi di un'associazione o società sportiva o del tesseramento, se trattasi di un atleta od un tecnico. Sono invece sempre più frequenti le vertenze che, una volta esauriti i gradi del giudizio sportivo, vengono portate all'attenzione dei Giudici Amministrativi od Ordinari con effetti spesso dirompenti per i delicati assetti ed equilibri sui quali si regge appunto l'ordinamento sportivo.

Anche di questi problemi il testo di Sanino fornisce una panoramica completa ed esaustiva, non senza tentare di suggerire soluzioni e rimedi coerenti con la sistematica della materia.

La lettura dell'opera di Sanino è quindi capace di stimolare il lettore ad un approfondimento monografico dei problemi trattati avendogli già offerto una sede di suggestioni sufficienti ad impostare la ricerca.

La recente entrata in vigore della legge n. 3/2001 che, modificando l'art. 117 Cost., ha ricompreso la materia dell'ordinamento sportivo tra quelle attribuite alla competenza legislativa concorrente dello Stato e delle Regioni, è destinato a modificare profondamente l'assetto istituzionale e delle competenze che si è fino ad oggi consolidato, ma, proprio la lettura del testo di Sanino, potrà aiutare l'interprete ad orientarsi in relazione alle novità che ne conseguiranno.

La dovizia degli argomenti affrontati e la completezza degli istituti esaminati consente infine di affermare che il testo di Sanino costituisce, più che un manuale, un vero e proprio trattato di diritto sportivo, così qualificandosi come indispensabile strumento di conoscenza quasi obbligato per tutti coloro che intendano affrontare in modo sistematico ed approfondito la materia del diritto sportivo.

ANNO LIII - N. 1-4

GENNAIO-DICEMBRE 2001

RASSEGNA
AVVOCATURA
DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO
TOMO II

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO
ROMA 2002

ABBONAMENTI ANNO 2001

	ITALIA	ESTERO
ABBONAMENTO ANNUO	€ 41,32	€ 77,47
UN NUMERO SEPARATO	€ 41,32	€ 77,47

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

Per abbonamenti e acquisti rivolgersi a:

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO
Funzione Editoria

P.zza Verdi, 10 – 00198 Roma
Tel. 0685084127 – 0685082307
Fax 0685084117
E-mail: editoriale@ipzs.it
c/c postale n. 387001

Stampato in Italia – Printed in Italy

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

(5600868/1) Roma, 2002 — Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato – S.

PARTE SECONDA

GIURISPRUDENZA

SEZIONE PRIMA

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

Le modifiche al titolo V della Costituzione

Sommario:

- I. IL NUOVO TESTO COSTITUZIONALE, COME MODIFICATO DALLA LEGGE COSTITUZIONALE 18 OTTOBRE 2001, n. 3.
- II. I QUESITI SORTI IN SEDE DI PRIMA ESEGESI. OSSERVAZIONI DEL VICE AVVOCATO GENERALE DELLO STATO AVV. FRANCO FAVARA.
- III. LE PRIME PRONUNCE DELLA CORTE COSTITUZIONALE.
- IV. GLI IMPATTI DELLA RIFORMA IN MATERIA DI ISTRUZIONE.

I. Il nuovo testo costituzionale, come modificato dalla legge Costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3.

TITOLO V

LE REGIONI, LE PROVINCE, I COMUNI

(con le modifiche introdotte dalla legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001)

Art. 114.

La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato.

I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione.

Roma è la capitale della Repubblica. La legge dello Stato disciplina il suo ordinamento.

Art. 115. (*abrogato*)

Art. 116.

Il Friuli Venezia Giulia, la Sardegna, la Sicilia, il Trentino-Alto Adige/Südtirol e la Valle d'Aosta/Valle d'Aoste dispongono di forme e condizioni particolari di autonomia, secondo i rispettivi statuti speciali adottati con legge costituzionale. (1)

(1) Si riporta di seguito l'art. 10, recante disposizioni transitorie, della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3: «1. Sino all'adeguamento dei rispettivi statuti, le disposizioni della presente legge costituzionale si applicano anche alle Regioni a statuto speciale ed alle province autonome di Trento e di Bolzano per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite.»

La Regione Trentino-Alto Adige/Südtirol è costituita dalle Province autonome di Trento e di Bolzano. Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo alle lettere *l*), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, *n*) e *s*), possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 119. La legge è approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata.

Art. 117.

La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie:

- a*) politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l'Unione europea; diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea;
- b*) immigrazione;
- c*) rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose;
- d*) difesa e Forze armate; sicurezza dello Stato; armi, munizioni ed esplosivi;
- e*) moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; perequazione delle risorse finanziarie;
- f*) organi dello Stato e relative leggi elettorali; referendum statali; elezione del Parlamento europeo;
- g*) ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali;
- h*) ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale;
- i*) cittadinanza, stato civile e anagrafi;
- l*) giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa;
- m*) determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale;
- n*) norme generali sull'istruzione;
- o*) previdenza sociale;
- p*) legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane;
- q*) dogane, protezione dei confini nazionali e profilassi internazionale;
- r*) pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale; opere dell'ingegno;
- s*) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali.

Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni; commercio con l'estero; tutela e sicurezza del lavoro; istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni; ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; tutela della salute; alimentazione; ordinamento sportivo; protezione civile; governo del territorio; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; previdenza complementare e integrativa; armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali; casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale.

Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato (2).

Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato.

Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di loro competenza, partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza.

La potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni.

La potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia.

I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite.

Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive.

(2) Si riporta di seguito l'art. 11, recante disposizioni transitorie, della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3: «1. Sino alla revisione delle norme del titolo I della parte seconda della Costituzione, i regolamenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica possono prevedere la partecipazione di rappresentanti delle Regioni, delle Province autonome e degli enti locali alla Commissione parlamentare per le questioni regionali. 2. Quando un progetto di legge riguardante le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e all'articolo 119 della Costituzione contenga disposizioni sulle quali la Commissione parlamentare per le questioni regionali, integrata ai sensi del comma 1, abbia espresso parere contrario o parere favorevole condizionato all'introduzione di modificazioni specificamente formulate, e la Commissione che ha svolto l'esame in sede referente non vi si sia adeguata, sulle corrispondenti parti del progetto di legge l'Assemblea delibera a maggioranza assoluta dei suoi componenti.».

La legge regionale ratifica le intese della Regione con altre Regioni per il migliore esercizio delle proprie funzioni, anche con individuazione di organi comuni.

Nelle materie di sua competenza la Regione può concludere accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad altro Stato, nei casi e con le forme disciplinati da leggi dello Stato.

Art. 118.

Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

I Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze.

La legge statale disciplina forme di coordinamento fra Stato e Regioni nelle materie di cui alle lettere *b)* e *h)* del secondo comma dell'articolo 117, e disciplina inoltre forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali. Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà.

Art. 119.

I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa.

I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno risorse autonome. Stabiliscono e applicano tributi ed entrate propri, in armonia con la Costituzione e secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario. Dispongono di compartecipazioni al gettito di tributi erariali riferibile al loro territorio.

La legge dello Stato istituisce un fondo perequativo, senza vincoli di destinazione, per i territori con minore capacità fiscale per abitante. Le risorse derivanti dalle fonti di cui ai commi precedenti consentono ai Comuni, alle Province, alle Città metropolitane e alle Regioni di finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite. Per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni, lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni.

I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno un proprio patrimonio, attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge dello Stato. Possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento. È esclusa ogni garanzia dello Stato sui prestiti dagli stessi contratti.

Art. 120.

La Regione non può istituire dazi di importazione o esportazione o transito tra le Regioni, nè adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni, nè limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale.

Il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali. La legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione.

Art. 121.

Sono organi della Regione: il Consiglio regionale, la Giunta e il suo presidente.

Il Consiglio regionale esercita le potestà legislative attribuite alla Regione e le altre funzioni conferitegli dalla Costituzione e dalle leggi. Può fare proposte di legge alle Camere.

La Giunta regionale è l'organo esecutivo delle Regioni.

Il Presidente della Giunta rappresenta la Regione; dirige la politica della Giunta e ne è responsabile; promulga le leggi ed emana i regolamenti regionali; dirige le funzioni amministrative delegate dallo Stato alla Regione, conformandosi alle istruzioni del Governo della Repubblica.

Art. 122.

Il sistema di elezione e i casi di ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale nonché dei consiglieri regionali sono disciplinati con legge della Regione nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica, che stabilisce anche la durata degli organi elettivi.

Nessuno può appartenere contemporaneamente a un Consiglio o a una Giunta regionale e ad una delle Camere del Parlamento, ad un altro Consiglio o ad altra Giunta regionale, ovvero al Parlamento europeo.

Il Consiglio elegge tra i suoi componenti un Presidente e un ufficio di presidenza.

I consiglieri regionali non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni.

Il Presidente della Giunta regionale, salvo che lo statuto regionale disponga diversamente, è eletto a suffragio universale e diretto. Il Presidente eletto nomina e revoca i componenti della Giunta.

Art. 123.

Ciascuna Regione ha uno statuto che, in armonia con la Costituzione, ne determina la forma di governo e i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento. Lo statuto regola l'esercizio del diritto di iniziativa e del referendum su leggi e provvedimenti amministrativi della Regione e la pubblicazione delle leggi e dei regolamenti regionali.

Lo statuto è approvato e modificato dal Consiglio regionale con legge approvata a maggioranza assoluta dei suoi componenti, con due deliberazioni successive adottate ad intervallo non minore di due mesi. Per tale legge non è richiesta l'apposizione del visto da parte del Commissario del Governo. Il Governo della Repubblica può promuovere la questione di legittimità costituzionale sugli statuti regionali dinanzi alla Corte costituzionale entro trenta giorni dalla loro pubblicazione.

Lo statuto è sottoposto a referendum popolare qualora entro tre mesi dalla sua pubblicazione ne faccia richiesta un cinquantesimo degli elettori della Regione o un quinto dei componenti il Consiglio regionale. Lo statuto sottoposto a referendum non è promulgato se non è approvato dalla maggioranza dei voti validi.

In ogni Regione, lo statuto disciplina il Consiglio delle autonomie locali, quale organo di consultazione fra la Regione e gli enti locali.

Art. 124.
(*abrogato*)

Art. 125.

Nella Regione sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado, secondo l'ordinamento stabilito da legge della Repubblica. Possono istituirsi sezioni con sede diversa dal capoluogo della Regione.

Art. 126.

Con decreto motivato del Presidente della Repubblica sono disposti lo scioglimento del Consiglio regionale e la rimozione del Presidente della Giunta che abbiano compiuto atti contrari alla Costituzione o gravi violazioni di legge. Lo scioglimento e la rimozione possono altresì essere disposti per ragioni di sicurezza nazionale. Il decreto è adottato sentita una Commissione di deputati e senatori costituita, per le questioni regionali, nei modi stabiliti con legge della Repubblica (18).

Il Consiglio regionale può esprimere la sfiducia nei confronti del Presidente della Giunta mediante mozione motivata, sottoscritta da almeno un quinto dei suoi componenti e approvata per appello nominale a maggioranza assoluta dei componenti. La mozione non può essere messa in discussione prima di tre giorni dalla presentazione.

L'approvazione della mozione di sfiducia nei confronti del Presidente della Giunta eletto a suffragio universale e diretto, nonché la rimozione, l'impedimento permanente, la morte o le dimissioni volontarie dello stesso comportano le dimissioni della Giunta e lo scioglimento del Consiglio. In ogni caso i medesimi effetti conseguono alle dimissioni contestuali della maggioranza dei componenti il Consiglio.

Art. 127.

Il Governo, quando ritenga che una legge regionale ecceda la competenza della Regione, può promuovere la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale entro sessanta giorni dalla sua pubblicazione. La Regione, quando ritenga che una legge o un atto avente valore di legge dello Stato o di un'altra Regione leda la sua sfera di competenza, può promuovere la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale entro sessanta giorni dalla pubblicazione della legge o dell'atto avente valore di legge (3).

Art. 128.
(*abrogato*)

Art. 129.
(*abrogato*)

Art. 130.
(*abrogato*)

Art. 131.

Sono costituite le seguenti Regioni: Piemonte; Valle d'Aosta; Lombardia; Trentino-Alto Adige; Veneto; Friuli-Venezia Giulia; Liguria; Emilia-Romagna; Toscana; Umbria; Marche; Lazio; Abruzzi; Molise; Campania; Puglia; Basilicata; Calabria; Sicilia; Sardegna.

Art. 132.

Si può, con legge costituzionale, sentiti i Consigli regionali, disporre la fusione di Regioni esistenti o la creazione di nuove Regioni con un minimo di un milione di abitanti, quando ne facciano richiesta tanti Consigli comunali che rappresentino almeno un terzo delle popolazioni interessate, e la proposta sia approvata con referendum dalla maggioranza delle popolazioni stesse.

Si può, con l'approvazione della maggioranza delle popolazioni della Provincia o delle Province interessate e del Comune o dei Comuni interessati espressa mediante referendum e con legge della Repubblica, sentiti i Consigli regionali, consentire che Province e Comuni, che ne facciano richiesta, siano staccati da una Regione e aggregati ad un'altra.

(3) Le norme sui giudizi di legittimità costituzionale sono state dettate dalla legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1.

Art. 133.

Il mutamento delle circoscrizioni provinciali e la istituzione di nuove Province nell'ambito di una Regione sono stabiliti con leggi della Repubblica, su iniziative dei Comuni, sentita la stessa Regione.

La Regione, sentite le popolazioni interessate, può con sue leggi istituire nel proprio territorio nuovi comuni e modificare le loro circoscrizioni e denominazioni.

II. I quesiti sorti in sede di prima esegesi. Osservazioni del Vice Avvocato Generale dello Stato avv. Franco Favara.

QUESITO 1 – *Se l'art. 117, commi primo, secondo, terzo, quarto e sesto Cost. (come sostituito dalla legge Cost. 18 ottobre 2001 n. 3) abbia prodotto effetti di abrogazione o modificazione delle anteriormente vigenti disposizioni legislative o regolamentari statali o regionali.*

Al quesito si reputa debba darsi risposta in linea di principio negativa. L'art. 117, commi citati, introducendo un nuovo riparto delle competenze a produrre leggi e regolamenti, non ha automaticamente abrogato o modificato le disposizioni legislative e regolamentari in vigore alla data dell'8 novembre 2001 sol perché anteriormente prodotte da organi dopo detta data non più competenti a produrle; peraltro, dette disposizioni potranno in futuro essere abrogate o modificate dall'organo (statale o regionale) divenuto competente a produrre nuove norme.

La risposta testè data vale, oltre per le disposizioni che regolano rapporti intersoggettivi e in genere denominabili sostanziali, anche per le disposizioni che individuano competenze amministrative e comunque per le attività di attuazione delle leggi e dei regolamenti, e per quelle che stabiliscono le relative procedure amministrative. Dunque, il nuovo art. 117, commi citati, non ha di per sé direttamente prodotto spostamenti di competenze amministrative e modifiche nelle anzidette procedure; questi effetti potranno essere prodotti da specifiche norme future. Del resto, l'art. 118 (come sostituito) non prevede più la stretta correlazione tra competenze legislative e competenze amministrative stabilito, nel previgente art. 118, dalle parole spettano alla Regione le funzioni amministrative per le materie elencate nel precedente articolo. Nel dare risposta al quesito si è formulata una prudenziale riserva ("in linea di principio"), che si riferisce alle disposizioni legislative di delega a produrre decreti legislativi o di autorizzazione ad emanare regolamenti. Può infatti nutrirsi qualche dubbio circa il permanere in vigore di tali disposizioni, ogniqualvolta la competenza a produrre norme risulti ora diversamente allocata. Sul punto si fa riserva di tornare.

La risposta data, se consente una opportuna gradualità nell'adeguamento del sistema al mutato riparto delle competenze, pressoché inevitabilmente potrà determinare temporanea sopravvivenza delle anteriori competenze amministrative (e quindi dei relativi apparati) in alcune soltanto delle Regioni. Inconveniente che peraltro parrebbe superabile anche mediante interventi legislativi statali.

QUESITO 2 – *Se l'art. 118 commi primo e secondo Cost. (come sostituito) abbia direttamente attribuito ai Comuni la generalità delle funzioni amministrative previste dalle norme in vigore alla data dell'8 novembre 2001, in assenza (e fino al sopravvenire) di norme statali o regionali che conferiscano tali funzioni ad altro ente territoriale.*

Al quesito si reputa debba darsi risposta negativa, anzitutto per quanto risposto al quesito 1, ed inoltre per il necessario collegamento stabilito dall'art. 119, comma quarto (come sostituito), tra funzioni e risorse finanziarie. L'attività amministrativa anche degli enti locali deve svolgersi nel rispetto del principio di legalità; l'art. 118, commi primo e secondo, Cost. (come sostituito) non è di per sé sufficiente ad attribuire competenze amministrative ed a definire le regole occorrenti per l'esercizio delle relative funzioni. A ciò devono provvedere specifiche disposizioni legislative. Poiché le funzioni amministrative sono attribuite "con legge statale o regionale" o da fonte secondaria autorizzata dalla legge, la menzione nell'art. 118, comma secondo, Cost. (come sostituito) di funzioni "proprie" distinte da quelle "conferite" sembra evocare, al presente, solo dati dell'esperienza storica (il d.d.l. di riforma costituzionale che sarà presentato in questi giorni elimina il problema).

Dalle risposte date ai quesiti 1 e 2 discende anche che le legittimazioni a stipulare contratti e ad agire nei giudizi rimangono immutate fino al sopravvenire di diverse specifiche disposizioni legislative statali o regionali.

QUESITO 3 – *Se nei giudizi conseguenti a ricorsi proposti ai sensi dei previgenti art. 127 Cost. e art. 2 legge cost. 9 febbraio 1948 n. 1 debbano essere applicati i parametri costituzionali introdotti dalla legge cost. 18 ottobre 2001 n. 3.*

Al quesito si reputa debbano darsi risposte differenziate.

I ricorsi proposti dallo Stato avverso delibere legislative regionali, come noto, sospendono il procedimento legislativo durante la pendenza del processo costituzionale; per il che non può avervi promulgazione (fa eccezione la Sicilia, della quale si dirà). Sicchè, nel caso di reiezione del ricorso, la legge regionale si perfeziona dopo l'entrata in vigore della "novella" costituzionale; anche se non di rado, essa (legge regionale) indica espressamente o implicitamente decorrenze anteriori di taluni suoi effetti. In considerazione di quanto osservato appare possibile pronosticare che la Corte costituzionale applicherà l'anzidetta "novella".

Diverso discorso deve farsi per i ricorsi proposti dalle Regioni. Questi sono proposti e su di essi è resa pronuncia dopo la pubblicazione della legge statale o di altra Regione o dell'atto statale avente forza di legge, e quindi dopo che tale legge o atto hanno (mediamente per due anni) ricevuto applicazione e prodotto effetti. La Corte costituzionale dovrebbe pronunciare con riferimento alla data di promulgazione (o di entrata in vigore) della legge o atto avente forza di legge.

È peraltro probabile che la Corte esamini anche la "novella" costituzionale; parrebbero perciò astrattamente ipotizzabili più esiti di tale esame.

La Corte – ovviamente nel caso di non accoglimento del ricorso – potrebbe far conoscere in motivazione il proprio orientamento circa l'interpretazione da darsi a disposizioni della legge cost.18 ottobre 2001 n. 3. Poco probabile, e però non da escludersi “a priori”, è l'ipotesi che la Corte spinga oltre, fino a rendere contestualmente due pronunce differenziate, a valere rispettivamente per il tempo anteriore e per quello posteriore all'entrata in vigore della “novella” costituzionale. Una siffatta duplice pronuncia, oltre a non essere prevista dalle norme sul processo costituzionale, parrebbe non consentita dai limiti espliciti od impliciti del ricorso concretamente proposto dalla Regione, e porrebbe a carico della Corte l'onere di dettare – essa – una disciplina intertemporale.

Più probabile appare perciò che la “novella” costituzionale influisca empiricamente sull'esito dei ricorsi senza alterazioni delle regole del processo costituzionale.

Per la Sicilia non pare si pongano problemi, posto che in concreto il Presidente di quella Regione ha promulgato leggi regionali depurate dalle disposizioni contestate dal Commissario dello Stato.

QUESITO 4 – *Se nei conflitti di attribuzione tra Stato e Regione proposti prima del novembre 2001 debbano essere applicati i parametri costituzionali introdotti dalla legge cost. 18 ottobre 2001 n. 3.*

Sembra che, pur con alcune riserve, al quesito debba darsi risposta negativa. Come noto, il conflitto di attribuzione verte sulla spettanza di una funzione (*alias*, di una competenza) non legislativa, e però con riferimento ad uno specifico atto “occasione del conflitto”, per solito (cioè non necessariamente) con riferimento ad un atto amministrativo, in questa espressione includendosi anche l'atto – regolamento. La legittimità, quanto alla competenza, di tale atto-occasione deve essere esaminata e giudicata con riguardo al momento in cui esso si è perfezionato, di regola coincidente con la data di emissione (o emanazione). E non pare che l'incidenza dello “*ius superveniens*” sulla decisione (incidenza sovente ravvisata dai giudici amministrativi, e però con riguardo al vizio di violazione di legge) debba aversi anche nelle controversie costituzionali di che trattasi.

Occorre tuttavia considerare:

a) che la Corte costituzionale ha, nel caso dei decenni, ampliato le possibilità di utilizzare dello strumento del ricorso per conflitto di attribuzione; per il che esso non di rado veicola questioni solo indirettamente concernenti la competenza; e *b)* che gli effetti dell'atto-occasione possono permanere nel tempo (si pensi ad un regolamento rimasto in vigore dopo lo 8 novembre 2001); non può escludersi che – in qualche caso – la Corte costituzionale, incontrando difficoltà d'ordine processuale minori di quelle considerate nell'ultima parte della risposta al quesito 3, si spinga fino a rendere due pronunce differenziate sulla “spettanza” della funzione, con conseguente annullamento temporalmente parziale dell'atto-occasione del conflitto.

Quanto testè prospettato induce a ritenere preferibile spostare l'attenzione sulle peculiarità di ciascuna controversia pendente.

QUESITO 5 – *Se la potestà legislativa spettante alle Regioni ai sensi dell'art. 117, comma quarto, Cost. (come sostituito) sia esclusiva ed incontri soltanto i limiti indicati dal comma primo dello stesso articolo (tra i quali quelli posti dall'art. 5 Cost.).*

Il quesito, di forte valenza politico-costituzionale, richiede una risposta articolata. Si osserva anzitutto che la potestà legislativa di cui al comma quarto in esame non è qualificata esplicitamente “esclusiva” (qualificazione che il d.d.l. di ulteriore riforma costituzionale intenderebbe introdurre).

Deve comunque esaminarsi se il comma quarto adotti anche per le Regioni a statuto ordinario quella stessa tipologia di competenza legislativa regionale conosciuta come esclusiva dagli Statuti speciali, o se invece introduca una tipologia del tutto nuova – e potrebbe dirsi “super-esclusiva” – di competenza legislativa regionale.

Il testo letterale del quarto comma va integrato dalla regola generale enunciata nel comma primo dello stesso articolo; e – a sua volta – detto comma primo va a ricollegarsi anzitutto con l'art. 5 Cost., che come noto recita “la Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali” (autonomie e non sovranità frazionate).

Senonchè, oltre ai limiti ora rammentati (forse persino superflualmente) nel comma primo dell'art. 117 Cost., qualche limite ulteriore appare necessariamente derivante dal citato art. 5 Cost.. Si allude ai “principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato”, alle “norme fondamentali delle riforme”, e al “rispetto degli interessi nazionali e di quelli delle altre Regioni”. Questi parametri e limiti (le relative espressioni negli Statuti speciali presentano variazioni marginali, e solo “storiche” quelle dello Statuto siciliano) sono stati, nell'arco di decenni, molte volte precisati ed applicati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.

L'indicazione fornita dall'art. 5 Cost. ed anche dagli artt. 70, 81 comma primo e 94 comma primo Cost. ove sono proclamate le centralità del Parlamento nazionale e il ruolo del Presidente della Repubblica, nonché la stessa necessità giuridica di “tenere insieme” le autonomie nel quadro di un ordinamento costituzionale idoneo ad assicurare la coesione e l'armonioso sviluppo dell'intera collettività nazionale (cfr. l'art. 119 comma quinto Cost., ovviamente nel nuovo testo) e di assicurare la fattibilità di quelle riforme economico-sociali che in futuro fossero reputate utili, conducono a ritenere che le “nuove” competenze esclusive di legislatori regionali siano modellate sulle preesistenti similari competenze esclusive, e debbano – esse pure – rispettare i parametri e limiti di che trattasi; ed a ritenere conseguentemente che gli Statuti speciali non abbiano “*in parte qua*” subito implicite modifiche per l'effetto dell'art. 10 della legge cost. 18 ottobre 2001 n. 3.

Di tutta evidenza la problematicità di quanto precede.

Negli ordinamenti costituzionali federali si fa sovente ricorso allo strumento concettuale dei “poteri impliciti”.

QUESITO 6 – *Se il Governo possa emanare decreti-legge in materia diverse da quelle elencate nell'art. 117 comma secondo, Cost. (come sostituito).*

Questo quesito presenta qualche connessione, quanto ad aspetti da considerare, con il quesito 5 (per il che giova soffermarsi sin d'ora sull'argomento), ed ha altrettanto forte valenza politico-costituzionale.

Come noto, la Costituzione e gli Statuti speciali non attribuiscono alle Regioni (ed alle province di Trento e Bolzano) la potestà di emanare decreti-legge. Ciò non ha sinora determinato inconvenienti, per la tassatività delle competenze legislative regionali. Dopo la legge cost. 18 ottobre 2001 n. 3 potrà emergere la necessità della decretazione d'urgenza anche in materie diverse da quelle di competenza legislativa esclusiva dello Stato; persino nella materia "protezione civile" la potestà legislativa, ancorché concorrente, spetta ora alle Regioni.

La risposta al quesito dovrebbe venire da un coordinamento tra art. 117 commi terzo (come sostituito) e art. 77 commi secondo e terzo Cost., che tenga conto anche dell'art. 120 comma secondo Cost. (come sostituito), ove è previsto che "il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni delle Città metropolitane delle Province e dei Comuni... nel caso... di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica".

La questione prospettata con il quesito potrebbe essere tenuta presente in sede di applicazione dell'ultimo periodo del predetto comma secondo, ivi raffigurando più tipologie e più modalità di intervento sostitutivo.

V'è comunque da osservare che una delimitazione entro rigidi steccati della decretazione di urgenza del Governo e delle potestà legislative del Parlamento contrasterebbe con le esperienze costituzionali di Stati federali (ad esempio, la Germania).

QUESITO 7 – *Quali siano le conseguenze dell'abrogazione dell'art. 124 Cost. (nonché dell'art. 125 comma primo Cost.), disposta dall'art. 9 comma secondo della legge cost. 18 ottobre 2001 n. 3, in relazione all'art. 10 della stessa legge cost..*

Appare indubbio che l'art. 9 comma secondo in esame sia disposizione abrogatrice immediatamente operante. V'è però da esaminare se da detto comma secondo discenda o meno anche la soppressione del Commissario dello Stato in Sicilia, del Rappresentante del Governo in Sardegna, dei Commissari del Governo nel Friuli Venezia Giulia ed a Trento e Bolzano, e della Commissione di coordinamento (nonché del Presidente della stessa) in Valle d'Aosta. La questione riveste particolare ed immediata rilevanza per quanto attiene al menzionato Commissario dello Stato, posto che lo Statuto siciliano prevede l'attribuzione a tale organo della iniziativa dei ricorsi avverso le leggi della Regione.

Va anzitutto osservato che l'abrogazione dell'art. 124 e dell'art. 125 comma primo Cost., se elimina la "copertura costituzionale" all'istituto del Commissario del Governo e sopprime la Commissione di controllo sugli atti amministrativi della Regione, potrebbe non comportare anche la totale abrogazione delle norme primarie e secondarie relative al Commissario. Una

interpretazione, perverso poco condivisibile, nel senso della sopravvivenza dell'ufficio con compiti "interni" allo Stato o comunque ridotti potrebbe essere prospettata; peraltro l'art. 2 comma 2 del regolamento d. P.R. 17 maggio 2001 n. 287 ha identificato detto organo con il titolare dello U.T.G. del capoluogo regionale (non è chiaro se anche nelle Regioni a statuto speciale) con implicita devoluzione a quel prefetto degli ipotizzabili residui compiti.

Tanto premesso, il quesito appare di non facile soluzione. L'espressione "parti (della presente legge cost.) in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite" contenuta nell'art. 10 della legge cost. 18 ottobre 2001 n. 3 offre un parametro non del tutto sicuro: e, per quanto in particolare concerne la regione Sicilia, è dubbio che il superamento del (perverso obsoleto) art. 28 dello Statuto speciale costituisca di per sé un accrescimento delle "forme di autonomia".

III. Le prime pronunce della Corte Costituzionale.

Le modifiche apportate al *Titolo V* della parte seconda della Costituzione hanno posto un problema di mutamento delle norme parametro, nell'ambito dei giudizi pendenti di fronte alla Corte costituzionale.

– I giudizi di legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni, proposti in via incidentale.

L'orientamento della Corte in materia di giudizi di legittimità costituzionale, promossi in via incidentale, è consistito nell'adozione di ordinanze di restituzione degli atti di causa al giudice *a quo*, perché questi potesse nuovamente valutare i termini della questione, alla luce del mutato quadro normativo di riferimento (4).

(4) In questo senso, si veda la recente ordinanza C.Cost. n. 9/2002: nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 34, l. 6 dicembre 1991, n. 394 (Legge quadro sulle aree protette), promosso, con ordinanza 22 febbraio 2000, iscritta al n. 482 registro delle ord., pubblicata in *Gazz. Uff.* n. 38 del 2000, 1ª serie speciale, dal T.A.R. Sardegna, sui ricorsi riuniti proposti da Comune di Balnei e altri contro il Ministero dell'ambiente e altri: alla luce dell'intervenuta abrogazione dell'art. 128 Cost., la Corte ha ordinato la restituzione degli atti al T.A.R. Sardegna, ritenendo che "il giudice ha da essere messo in condizione – previa restituzione degli atti di questa Corte - di effettuare un nuovo esame, sotto ogni profilo, dei termini della questione sollevata". Nello stesso senso, più indietro, si vedano le ord. nn. 382, 397 e 416 del 2001, con le quali la Corte ordinava la restituzione degli atti al giudice rimettente (rispettivamente: Corte dei Conti, sezione controllo, per il giudizio promosso con ordinanza del 7 settembre 2000 n. 681, nel procedimento di controllo preventivo di legittimità del d.P.R. 28 marzo 2000, pubblicata in *Gazz. Uff.* n. 46, 1ª serie speciale, del 2000; Tribunale di Rieti, per il giudizio promosso con ordinanza del 21 novembre 2000 n. 174, pubblicata in *Gazz. Uff.* n. 11, 1ª serie speciale, del 2000; Corte d'Appello di Genova, per il giudizio promosso con ordinanza del 1º febbraio 2001, iscritto al n. 277, nel procedimento civile vertente tra Regione Liguria e E.R.O. s.n.c., pubblicata in *Gazz. Uff.* n. 16, 1ª serie speciale, 2001;) in ragione del mutamento delle norme costituzionali invocate come parametro di giudizio.

La Corte ha dunque ritenuto imprescindibile un nuovo esame delle questioni già pendenti ad opera dei giudici rimettenti, non ritenendo di poter subitanamente pronunciarsi nei giudizi pendenti alla luce delle nuove norme parametro.

– *I giudizi di legittimità costituzionale proposti in via principale.*

L'intervenuta riforma ha evidentemente investito i giudizi di legittimità costituzionale, già pendenti di fronte alla Corte ed aventi ad oggetto leggi Regionali, impugnate dallo Stato mediante ricorsi in via principale.

Alla luce del mutato quadro della normativa di riferimento, la Corte si è pronunciata per l'improcedibilità dei ricorsi così proposti (5).

– *Le rinunce del Governo alle cause pendenti.*

Ai fini di una più completa ricostruzione del quadro generale conseguente alla riforma, e, nello specifico, delle sorti dei giudizi di costituzionalità già azionati in via principale e pendenti dinanzi alla Corte, va sottolineato come la Presidenza del Consiglio dei Ministri, con delibera adottata in data 11 gennaio 2002, abbia rinunciato ad una serie di impugnazioni proposte in via principale dinanzi alla Corte costituzionale, avverso leggi regionali (6) ritenute eccedenti la potestà normativa delle Regioni, come delineata nel quadro anteriore alla riforma.

(5) Si veda, in tal senso, sent. C. Cost. 28 gennaio 2002, n. 17, depositata il 6/02/2002 e pubblicata in *G.U., 1ª serie speciale* del 13/02/2002. Nel caso di specie, la Corte era stata investita di due distinti giudizi di costituzionalità, azionati con ricorsi del Presidente del Consiglio dei Ministri, ed aventi rispettivamente ad oggetto: 1) gli articoli 1 e 2, della delibera legislativa riapprovata dal Consiglio regionale della Liguria in data 1º marzo 2000 (n. 355 del 2000), recante «Disposizioni integrative alle leggi regionali 27 dicembre 1994, n. 66 e 6 settembre 1999, n. 28, recanti disposizioni in materia di sanzioni amministrative per violazioni di norme tributarie», per presunto contrasto con l'art. 119 Cost; 2) l'art. 3 commi 1 e 2, della delibera legislativa riapprovata dal Consiglio regionale della Toscana in data 19 dicembre 2000 (n. 67 del 2000), recante «Disposizioni in materia di sanzioni amministrative per violazione di norme tributarie. Modifiche alle leggi regionali 15 maggio 1980, n. 80; 29 luglio 1996, n. 60; 1º luglio 1999, n. 37», per presunto contrasto con gli artt. 119 e 3 della Costituzione. In ordine a tali questioni, riuniti i giudizi per l'analoga o comunque la connessione delle questioni sollevate, la Corte ha osservato come, venuto meno, nelle more del giudizio, a seguito dell'emanazione della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, il peculiare procedimento di controllo di costituzionalità, attivato, nella specie, dal Presidente del Consiglio dei Ministri, e risultando, ai sensi dell'art. 127 Cost., nuovo testo, espunta dall'ordinamento la sequenza procedimentale del rinvio governativo, della riapprovazione della legge regionale, a maggioranza assoluta dei componenti del Consiglio regionale, e del successivo ricorso innanzi alla Corte costituzionale, risultava conseguentemente impedita la prosecuzione del giudizio di costituzionalità pendente di fronte alla Corte, «non essendo più previsto che la Corte stessa eserciti il sindacato di costituzionalità sulla delibera legislativa regionale prima che quest'ultima sia stata promulgata e pubblicata e, quindi, sia divenuta legge in senso proprio». Da qui, la conseguente declaratoria di improcedibilità dei ricorsi in epigrafe.

(6) Si riportano di seguito le leggi regionali oggetto di impugnativa e di successiva rinuncia alla stessa, da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri: P.C.M. C/REGIONE LIGURIA, legge regionale impugnata (delibera 10/10/2000), recante «*Modifiche alla legge regionale 22 feb-*

La decisione adottata in seno al Consiglio dei Ministri, nel senso di un ritiro delle impugnative precedentemente proposte, scaturisce in primo luogo dal profondo mutamento del rapporto Stato-Regioni, e dalla nuova configurazione delle potestà legislative loro rispettivamente attribuite.

A tale considerazione, si accompagna la presa d'atto della “*scomparsa del criterio dell'interesse nazionale, inteso come limite generale all'esercizio delle competenze legislative regionali*” (7).

A fondamento della propria decisione di rinuncia ai ricorsi pendenti e di ritiro delle impugnative già proposte, il Consiglio dei Ministri risulta, infine, aver considerato l'avvenuta abrogazione del controllo preventivo del Governo sulla legge regionale; abrogazione in base alla quale risultava già prevedibile la adozione, da parte della Corte costituzionale, di decisioni di improcedibilità dei ricorsi pendenti (come di seguito verificatosi).

In tale quadro di valutazioni, si concludeva nel senso di una rinuncia ai ricorsi pendenti, restando ferma, tra l'altro, la facoltà per il Governo di riproporre successivamente le impugnazioni (rinunciate), ove lo Stato ritenesse la legge regionale lesiva della propria competenza o, comunque, non conforme ai nuovi parametri di costituzionalità imposti dalla riforma.

L'art. 127 Cost. nuovo testo, prevede difatti che il Governo possa promuovere questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte nel termine di sessanta giorni dalla pubblicazione della legge regionale che sia ritenuta *eccedente* la propria competenza.

In sostanza, dunque, a seguito della rinuncia al ricorso, dovendosi da parte della Regione provvedere alla pubblicazione del testo legislativo perché questo entri in vigore, verrebbero a “riaprirsi i termini” per un eventuale “ripensamento” dell'organo di governo.

– *I giudizi per conflitto di attribuzione.*

Diverse considerazioni hanno interessato la questione dei conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni, sollevati anteriormente alla riforma costituzionale, ed attualmente pendenti dinanzi alla Corte.

braio 1995 n. 12 e successive modifiche e integrazioni e individuazione di ulteriori forme di tutela del territorio”; P.C.M. C/SARDEGNA, l. reg. impugnata (delibera 2712/2000), recante “*Modifica e integrazione della legge regionale 11 ottobre 1985, n. 23, concernente “Norme in materia di controllo dell'attività urbanistico edilizia, di risanamento urbanistico e di sanatoria di insediamenti ed opere abusive, di snellimento ed accelerazione delle procedure espropriative” – Denuncia di inizio attività*”; P.C.M. C/ PIEMONTE, l. reg. impugnata (delibera 29/02/2000) recante “*Regolamentazione sull'applicazione della terapia elettroconvulsivante, la lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psicoturgia*”; P.C.M. C/CALABRIA, leg. Reg. impugnata (delibera del 19/03/2001) recante “*Nuovo regime giuridico dei Consorzi per le aree, i nuclei e le zone di sviluppo industriale*”;

(7) Così, nel testo della *Proposta di rinuncia alle impugnazioni proposte dallo Stato nei confronti di leggi regionali davanti alla Corte costituzionale*, presentata dal Ministro per gli affari regionali, ed allegata al verbale Presidenza del Consiglio dei Ministri (datato 11 gennaio 2002), di rinuncia alle impugnazioni.

In tale materia, nonostante il mutato quadro istituzionale di riferimento, non si è operata da parte del Governo una generale rinuncia ai giudizi pendenti e non ancora andati in decisione.

A fondamento di tale diverso orientamento, sta evidentemente la non riproponibilità dei ricorsi eventualmente rinunciati.

Come noto, difatti, la l. 87/53, disciplinante la materia dei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato, tra Stato e Regioni, e tra le Regioni, fissa ai fini della proposizione del ricorso, il termine di 60 giorni dalla notifica, pubblicazione, ovvero avvenuta conoscenza dell'atto che si presuma lesivo del potere.

Se in materia di controllo sulla costituzionalità delle leggi, l'eventuale rinuncia operata dal Governo nulla toglie alla facoltà dello stesso (Governo), una volta pubblicata la legge regionale originariamente impugnata – di medesimo ovvero mutato contenuto normativo –, di nuovamente impugnarla promuovendo questione di legittimità costituzionale, nel nuovo termine di sessanta giorni dalla sua pubblicazione (ai sensi dell'art. 127 Cost. nuovo testo), nei giudizi scaturenti dal conflitto tra poteri, nella specie statale e regionale, l'eventuale rinuncia alla causa operata dal Consiglio dei Ministri presenterebbe i caratteri di definitività.

Per tale contenzioso, restano dunque aperti gli interrogativi circa i possibili orientamenti della Corte: se, cioè, i giudici costituzionali riterranno subitaneamente applicabile il nuovo parametro costituzionale ai conflitti in corso; o se, piuttosto, non ritenendo applicabile lo *ius superveniens*, la Corte dichiarerà improcedibili i giudizi pendenti, per cessazione della materia del contendere.

IV. Gli impatti della riforma in materia di istruzione.

1. Legislazione.

Gli interrogativi di portata generale, si fanno evidenti se calati nell'analisi degli specifici settori destinati a confrontarsi con la riforma.

In materia di istruzione, in base al nuovo art. 117 Cost. riformato:

– la potestà legislativa spetta in via esclusiva allo Stato in materia di “*norme generali sull'istruzione*” (art. 117, comma 2, lett *n*)

– la potestà legislativa è invece concorrente (con esclusiva, dunque, del legislatore nazionale quanto ad individuazione dei principi fondamentali, spettando ogni altra potestà legislativa alle Regioni, pur nel rispetto dei suddetti principi fondamentali), in materia di “*istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e formazione professionale*” (art. 117, comma 3)

Le previsioni costituzionali inducono taluni rilievi:

– L'attribuzione alla legislazione statale, in via esclusiva, delle competenze in materia di *norme generali sull'istruzione* risulta affatto pleonastica: le materie oggetto di legislazione concorrente tra Stato e Regione già prevedono la esclusiva competenza dello Stato quanto alla determinazione dei principi fondamentali.

Poiché l'istruzione è materia che lo stesso art. 117 inserisce tra i settori a legislazione concorrente (con le eccezioni che si passerà ad esaminare), l'individuazione dei principi fondamentali già risulterebbe competenza del legislatore nazionale, anche in assenza della previsione di cui alla lett. *n*), comma 2, art. 117.

Ciò salvo a ritenere i “principi fondamentali” cosa diversa dalle “norme generali” che la riforma attribuisce in via esclusiva alla potestà del legislatore nazionale.

– L’inserimento dell’istruzione tra le materie a legislazione concorrente fa salve: *a*) l’autonomia delle istituzioni scolastiche; *b*) l’istruzione e la formazione professionale.

La norma costituzionale ribadisce e costituzionalizza il principio dell’autonomia delle istituzioni scolastiche, già prevista dal legislatore ordinario, anteriormente alla riforma costituzionale (art. 21 l. delega 59/1997, in base al quale le istituzioni scolastiche “hanno autonomia organizzativa e didattica, nel rispetto degli obiettivi del sistema nazionale di istruzione e degli standards di livello nazionale”).

L’esclusione dalla materia “istruzione” – dunque dalle materie a legislazione concorrente – del settore della “*istruzione e formazione professionale*”, induce a ritenere quest’ultima ricadente nella sfera a competenza legislativa esclusiva delle Regioni (8).

La scelta di distinguere la formazione professionale dalla istruzione *tout court* si presta a talune perplessità: in base ad essa, il legislatore nazionale perde ogni ruolo in materia di programmazione e controllo delle attività di formazione professionale, con una prospettabile discrasia di standard formativi nel panorama nazionale e con profili di disparità di trattamento tra la materia dell’istruzione scolastica, e la materia dell’istruzione professionale.

2. Funzioni amministrative.

La legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3, nel ridisegnare il quadro delle competenze di Stato, Regioni, ed enti locali, è incisivamente intervenuta in materia di funzioni amministrative, e di loro distribuzione.

Il nuovo art. 118 Cost. prevede infatti che «*le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l’esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato (...)*».

Alla luce del nuovo testo costituzionale, i Comuni appaiono divenire “*cuore amministrativo*» della Repubblica (9), in quanto di norma titolari delle funzioni amministrative.

Risulta così superato il c.d. principio del “parallelismo”, previsto nel vecchio testo dell’art. 118 Cost., in base al quale alla potestà legislativa in

(8) Tale conclusione vale, se si aderisce ad una lettura della riforma volta a ritenere “esclusiva”, e soggetta ai soli limiti di cui al comma primo del medesimo art. 117 Cost., la potestà legislativa spettante alle Regioni ai sensi dell’art. 117, comma quarto. Per una lettura difforme, si vedano le considerazioni di FAVARA, *infra*, quesito n. 5.

(9) L’espressione è di G. D’AURIA, in *Foro it.*, 2001.

taluna materia, si accompagnava la titolarità delle funzioni amministrative nella materia medesima (nella specie: alle Regioni spettavano le funzioni amministrative nelle materie di propria potestà legislativa, elencate nell'art. 117 vecchio testo).

Rispetto al precedente assetto istituzionale, che già prevedeva il normale esercizio di funzioni da parte delle Regioni, attraverso delega delle stesse a Province, Comuni od altri enti locali, l'attuale quadro istituzionale riformato prevede che Stato e Regioni (non possano, ma) debbono attribuire le proprie funzioni agli enti locali, salvo motivare espressamente le ragioni che giustifichino un eventuale trattenimento delle funzioni a livello di Provincia, Città metropolitana, Regione o Stato (10).

L'eventuale "sottrazione" di funzioni ai Comuni dovrà, in base al dettato costituzionale, radicarsi in esigenze di «esercizio unitario», valutate sulla base dei citati principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

L'attuale attribuzione di funzioni agli enti locali, risulta perciò inquadrabile non più nell'ambito di una delega, bensì nel quadro di una generale assunzione, da parte di Comuni, ma anche di Province e di Città metropolitane, di una *titolarità* delle funzioni stesse.

In tale mutato assetto istituzionale, si pone anche in materia d'istruzione il problema delle sorti della vigente normativa ordinaria (11), non allineata alla nuova previsione costituzionale, ed alla neo-centralità, in materia di funzioni amministrative, dell'ente territoriale Comune.

2.1 *L'istruzione scolastica nel Decr. Lgs. 112/1998.*

La materia delle funzioni amministrative trova infatti la propria regolamentazione nel decreto legislativo n. 112 del 1998, il cui titolo IV (Servizi alla persona e alla Comunità), Capo III, disciplina in modo specifico il conferimento delle funzioni amministrative a Regioni ed enti locali in materia di istruzione scolastica.

(10) In questo senso, G. D'AURIA, *op. cit.*

(11) Come noto, la materia delle funzioni amministrative risultava già interessata, anteriormente alla modifica del Titolo V della Costituzione, da un processo di profonda riforma, iniziato con la l. 142 / 1990 (legge sulle autonomie locali), e proseguita sino alla legge n. 59/1997 (ed ai decreti legislativi a questa seguiti), con la quale si è dato avvio al c.d. terzo decentramento amministrativo, rovesciando il rapporto tra "centro" e "periferia" nella distribuzione delle funzioni amministrative. Tale rovesciamento, che ha visto un radicale ridimensionamento del ruolo dello Stato, in favore di Regioni ed enti locali, risulta reso operativo con decr. lgs. 31 marzo 1998, n. 112, recante "Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59".

Con tale decreto, si è operato il consistente trasferimento delle funzioni di amministrazione a Regioni, Comuni, Province e Città metropolitane, residuando in capo allo Stato i soli compiti tassativamente previsti dalle norme del decreto in ciascuna materia trattata. In via residuale, il decreto riconosce allo Stato poteri di indirizzo e coordinamento (art. 4 decreto n. 112), e poteri sostitutivi, esercitabili in casi di accertata inattività dell'ente titolare delle funzioni, in presenza di determinati requisiti ed attraverso apposito procedimento (art. 5 decreto n. 112).

Oggetto specifico di tale conferimento risulta la «programmazione e gestione amministrativa del servizio scolastico», fatto salvo il trasferimento di compiti alle istituzioni scolastiche come previsto dall'art. 21 della legge 59/1997.

Il legislatore definisce «programmazione e gestione amministrativa del servizio scolastico», come «l'insieme delle funzioni e dei compiti volti a consentire la concreta e continua erogazione del servizio di istruzione» (art. 136 comma 1, decr.112), fornendo il contenuto definitorio del concetto di funzione, per la materia dell'istruzione scolastica.

In base alla lettera del decreto (art. 137 decr. 112), risultano permanere in capo allo *Stato* i compiti e le funzioni concernenti:

- a) criteri e parametri per l'organizzazione della rete scolastica;
- b) valutazione del sistema scolastico;
- c) determinazione e assegnazione delle risorse finanziarie a carico del bilancio dello Stato e del personale delle istituzioni scolastiche;
- d) conservatori di musica, accademie di belle arti, istituti superiori per le industrie artistiche, accademia nazionale di arte drammatica, nonché di danza, scuole ed istituzioni culturali straniere in Italia (categorie escluse, dunque, dal processo di conferimento agli enti locali).

Risultano invece *delegata* alle *Regioni* le funzioni amministrative:

- a) di programmazione dell'offerta formativa integrata tra istruzione e formazione professionale;
- b) di programmazione della rete scolastica a livello regionale (nei limiti delle risorse umane e finanziarie, ed in coordinamento con la programmazione dell'offerta formativa integrata di cui alle lett. precedente);
- c) di suddivisione, anche sulla base delle proposte degli enti locali interessati, del territorio regionale in ambiti territoriali funzionali ad una migliore offerta formativa;
- d) di determinazione del calendario scolastico;
- e) dei contributi alle scuole non statali;
- f) di attività di promozione nelle materie oggetto delle funzioni conferite;

Risultano infine conferite a *Province e Comuni* le funzioni in materia di:

- a) istituzione, soppressione, aggregazione, fusione di scuole, in attuazione degli strumenti di programmazione;
- b) redazione dei piani di organizzazione della rete di istituzioni scolastiche;
- c) supporto organizzativo, per prestazione del servizio di istruzione a portatori di handicap;
- d) piano di utilizzazione degli edifici e delle attrezzature, in accordo con le istituzioni scolastiche;
- e) sospensione delle lezioni in casi urgenti;
- g) costituzione e controllo sugli organi collegiali scolastici a livello territoriale.

La ripartizione interna di tale ultimo blocco di funzioni tra Province e Comuni, vede le prime competenti in relazione all'istruzione secondaria superiore, i secondi, invece, competenti relativamente ai gradi di scuola inferiori.

* * *

La riforma costituzionale non lascia immutato tale quadro di allocazione. Si profilano, difatti, una serie di dubbi circa la conformità al nuovo testo costituzionale di tali previsioni legislative, gerarchicamente subordinate, in quanto fonti ordinarie, alle previsioni contenute nel nuovo *Titolo V* della Costituzione.

In particolare, sorgono dubbi circa le seguenti questioni:

– la stessa dicitura del decreto legislativo, art. 138, rubricato “*deleghe alle Regioni*”, appare attualmente dicitura impropria. Il concetto di delega, che si attagliava nello schema del decreto al vecchio art. 118 Cost. comma 2, mal si concilia con la attuale formulazione dell'art. 118 Cost., e con l'intero piano di redistribuzione delle competenze delineato dalla l. Cost. 3/2001.

Nell'attuale assetto istituzionale, infatti, le Regioni risultano non già destinatarie di deleghe funzionali da parte dello Stato, quanto esse stesse soggetto istituzionale che conferisce agli enti locali funzioni amministrative (non più soggetto “passivo” della delega, bensì soggetto “attivo” del conferimento) (12).

Inoltre, laddove le Regioni svolgano funzioni amministrative, tale esercizio avviene non già a titolo di delega all'esercizio (come era in passato), bensì in forza della titolarità, in capo all'ente regionale, delle funzioni stesse, sulla base di esigenze di «esercizio unitario» che non permettano l'attribuzione ai Comuni (art. 118, Cost., comma 1).

– la disciplina del trasferimento di funzioni a Province e Comuni (art. 139 decr. 112) risulta difficilmente conciliabile con le nuove norme costituzionali.

In primo luogo, l'attribuzione di competenze amministrative a Comuni e Province avviene, nel decreto legislativo 112, «ai sensi dell'art. 128 Cost.». Tale disposizione costituzionale risulta tuttavia attualmente soppressa, e con essa la centralità del soggetto istituzionale Stato.

– per quanto attiene ai profili contenutistici della distribuzione di funzioni amministrative, come delineata nel decreto legislativo del 1998, egualmente potrebbero venire sollevate questioni di compatibilità con la nuova disciplina costituzionale. Province e Comuni risultano, nel decreto 112/1998, “equiparati” sotto il profilo dei compiti amministrativi; il nuovo art. 118 Cost, appare invece sottolineare, nel comma primo, una centralità dei Comuni, rispetto agli altri enti locali, quanto ad attribuzione delle funzioni.

(12) Circa la complessa tematica della distinzione tra funzioni “proprie” e funzioni “conferite”, si rinvia alle approfondite considerazioni di F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico “esplosivo”*, in *Le Regioni*, n. 6/2001; nonché di G. D'AURIA, in *Foro it.*, 2001. Si vedano anche, gli Atti del Convegno sulle modifiche del Titolo V della Costituzione, organizzato dall'Avvocatura del Comune di Roma (relazione dell'Avv. Capotorto).

Sotto il profilo contenutistico, inoltre, il decr. lgs. 112/1998 riserva ampio spazio alle Regioni, quanto ad esercizio delle funzioni amministrative. L'importanza del ruolo rivestito, nell'amministrazione dell'istruzione, dalle Regioni, nel quadro del decreto, emerge ad una analisi qualitativa dei compiti regionali: basti pensare ai compiti di programmazione (lett. *a*) e *b*) art. 138 decreto n. 112), al tema dei contributi alle scuole non statali, alla suddivisione del territorio in ambiti funzionali strumentali al miglioramento dell'offerta formativa (art. 138 decreto n. 112).

La centralità dei Comuni, come delineata dal nuovo art. 118 Cost., emerge, nel quadro del decreto n. 112, in maniera attenuata rispetto al testo costituzionale. Appare tuttavia necessario osservare come la materia dell'istruzione scolastica, per la sua natura di servizio fondamentale, e di diritto sociale (art. 34 Cost.), manifesti quelle esigenze di «esercizio unitario», che giustificherebbero, ai sensi del nuovo art. 118 Cost., un mantenimento in capo a Stato e Regioni di funzioni amministrative di particolare rilevanza (determinazioni di programmazioni essenziali; la stessa razionalizzazione della rete scolastica, difficilmente realizzabile a livello esclusivamente comunale).

* * *

In conclusione, la normativa del decreto legislativo n. 112/1998, in materia di distribuzione di funzioni per l'istruzione scolastica, pone fondati dubbi di conformità alla nuova disciplina costituzionale.

Per tale ragione, risulta ipotizzabile una futura sottoposizione, dinanzi la Corte costituzionale, di questione di legittimità costituzionale, avente ad oggetto le norme del decreto esaminate, salvo il previo intervento del legislatore ordinario nel senso di un «riallineamento» della disciplina ordinaria al mutato assetto istituzionale.

2.2 *La formazione professionale.*

Analoghe considerazioni, circa i dubbi di costituzionalità della vigente disciplina ordinaria, possono essere svolte con riferimento alla materia della formazione professionale.

Il decreto n. 112/1998 indicava, tra le competenze amministrative dello Stato, una serie di funzioni, quali, ad es., «l'individuazione degli standard delle qualifiche professionali, ivi compresa la formazione tecnica superiore e dei crediti formativi (...)», nonché «la definizione dei requisiti minimi per l'accREDITAMENTO delle strutture che gestiscono la formazione professionale» (art. 142, lettere *c*) e *d*)).

La legge cost. 3/2001 ha tuttavia affidato la materia dell'«istruzione e formazione professionale» alla legislazione esclusiva delle Regioni (art. 117 Cost., combinato disposto commi 3 e 5).

La scelta operata sul piano delle competenze legislative evidentemente influisce in tema di distribuzione delle funzioni amministrative: privato lo Stato di potestà legislativa in materia, illogico sarebbe riconoscere a questo compiti di amministrazione; dovrà dunque affermarsi la competenza, quanto a funzioni di amministrazione in materia di formazione professionale, di Regioni o enti locali.

Tali dubbi di compatibilità costituzionale richiederanno i necessari interventi chiarificatori da parte del legislatore ordinario.

2.3 L'autonomia finanziaria e la potestà regolamentare degli enti destinatari di funzioni.

L'attribuzione di funzioni, da parte di Stato o Regioni, agli enti locali, comporterà la predisposizione, presso i nuovi soggetti istituzionali destinatari delle funzioni, della dotazione finanziaria necessaria all'esercizio dell'amministrazione.

A tale proposito, l'art. 119 nuovo testo Cost. stabilisce l'autonomia finanziaria e patrimoniale di Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni. In tal senso, tali enti risultano investiti di capacità impositiva (applicazione di tributi ed entrate propri), «al fine di finanziare integralmente le funzioni loro attribuite».

Enti locali e Regioni risultano altresì possibili beneficiari di «risorse aggiuntive» e di «interventi speciali» destinati dallo Stato, al fine di promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, la rimozione di squilibri economici e sociali. Un «fondo perequativo» è istituito con legge dello Stato, a favore dei territori con minore capacità fiscale per abitante (art. 119 Cost. nuovo testo).

Tali ultime previsioni costituzionali evidenziano, anche vigente il nuovo quadro istituzionale delineato dalla riforma, la persistenza di un ruolo dello Stato, quale garante dell'effettiva realizzabilità delle funzioni amministrative differentemente attribuite.

Ciò trova conferma anche nella disposizione del nuovo art. 120 Cost, comma secondo, ove si prevede che il Governo possa sostituirsi ad organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni, in caso – tra gli altri – di tutela dell'unità giuridica ed economica, particolarmente ai fini della tutela dei livelli essenziali di prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

Tale previsione risulta suscettibile di applicazione in materia di esercizio di compiti amministrativi per l'istruzione scolastica, in ragione del carattere dell'istruzione di diritto civile e sociale (art. 34 Cost).

Per l'attivarsi di tale meccanismo di garanzia, appare tuttavia necessario l'intervento del legislatore ordinario, che disciplini procedure conformi ai principi di sussidiarietà e di leale collaborazione (art. 120 Cost, ult. comma), ed affronti la materia dei controlli – evidentemente postulati da qualunque “intervento statale” – del tutto assente nel testo costituzionale riformato.

* * *

Corollario ulteriore di tale conferimento di funzioni agli enti locali, consiste nella contestuale attribuzione a Comuni, Province e Città metropolitane della «potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite» (art. 117, comma 6).

In materia di istruzione, è prevedibile dunque la futura adozione, da parte degli enti locali, di atti regolamentari che disciplinino nel dettaglio le tipologie di funzioni, nonché le concrete modalità del loro esercizio.

2.4 *Sussidiarietà orizzontale e verticale.*

L'art. 118 Cost. comma terzo, nuovo testo, prevede che la legge statale disciplini forme di coordinamento fra Stato e Regioni, in determinate materie (immigrazione, ordine pubblico e sicurezza, tutela dei beni culturali), per quanto attiene evidentemente l'esercizio delle funzioni amministrative.

La disposizione è espressione del principio di sussidiarietà, in base al quale i compiti di gestione amministrativa della cosa pubblica devono essere affidati alla struttura più vicina alla cittadinanza (dunque all'ente locale), lasciando alle strutture amministrative sovraordinate le sole funzioni che, per loro natura, non possono essere svolte localmente. In particolare, l'art. 118 comma 3, parte prima, risulta applicazione della c.d. sussidiarietà verticale, regolativa dei rapporti enti locali/Governo, il cui intervento si renda necessario per ragioni di garanzia di organicità d'esercizio delle funzioni.

Manca tra le materie in tal senso indicate, l'istruzione scolastica. La scelta così operata dal legislatore costituzionale pone in evidenza il rischio circa il verificarsi di disomogeneità di programmazione ed esercizio dei compiti amministrativi. Resta salvo, tuttavia, il potere di intervento e sostituzione del Governo, ai sensi dell'art. 120 comma 2 nuovo testo, già esaminato (per finalità di tutela di unità giuridica e di prestazioni concernenti diritti civili e sociali).

Emerge perciò la discrasia tra una scelta del riformatore costituzionale che, sul piano della potestà legislativa, si sforza di ancorare le norme generali sull'istruzione nelle mani esclusive dello Stato, e poi, invece, sul piano delle funzioni, tralascia la materia scolastica, non consentendo allo Stato un intervento (preventivo) di raccordo (fatto salvo il potere, meramente successivo, di sostituzione *ex art.* 120).

Sotto altro profilo, la disposizione costituzionale aggiunge che Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'iniziativa autonoma dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale (art. 118, comma 3, ult. parte).

Si tratta della c.d. sussidiarietà orizzontale, inerente l'associazione all'esercizio delle funzioni, principio che potrà rivelarsi di ampia portata applicativa in materia di organizzazione, gestione e programmazione scolastica.

TRIBUNALE DI ROMA, ordinanza 16 novembre 2000 – 7 marzo 2001 –
G.I. Lamorgese – T. S.a.s. c. Comune di Roma.

Giustizia amministrativa – Estensione della giurisdizione esclusiva a tutta la materia dell'edilizia, ivi comprese le cause sui diritti soggettivi connessi ad atti, provvedimenti e comportamenti delle amministrazioni pubbliche – Irragionevolezza – Violazione del diritto di difesa, dei principi del giudice naturale, del giusto processo e della funzione di nomofilachia attribuita alla Corte di Cassazione.

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, nella parte in cui devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti ed i comportamenti delle amministrazioni pubbliche in materia edilizia, per contrasto con gli artt. 3, 24, 25, 100, 102, 103, 111 e 113 Cost. (1)

(omissis)

L'ordinanza in rassegna, pur sollevando formalmente solo una questione di costituzionalità relativa all'art. 34 del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 revoca, in realtà, in dubbio la legittimità del nucleo fondante stesso della riforma della giustizia amministrativa. Una riforma avviata ... negli ultimi anni di fine millennio da dottrina, giurisprudenziale e legislazione e culminata, come è noto, nella legge 21 luglio 2000 n. 205. Se ne ritiene quindi opportuna la pubblicazione, anche se la questione non risulta ancora decisa dalla Corte al momento della redazione della presente nota, insieme con le parti rilevanti dell'atto di intervento e della memoria.

I limiti costituzionali della giurisdizione esclusiva

1. – Il Tribunale di Roma ha sollevato questione di legittimità costituzionale concernente l'art. 34, del d.lgs. n. 80/1998, applicabile al giudizio *de quo razione temporis*, pur essendo tale disposizione normativa stata quasi tal quale riprodotta nella legge 21 luglio 2000 n. 205, all'an. 7, comma 3.

Il Tribunale dubita della legittimità costituzionale della norma sopra richiamata sotto tre diversi profili.

In primo luogo, a giudizio del remittente, la devoluzione al Giudice amministrativo delle controversie in questione violerebbe il principio di unità della giurisdizione, in virtù del quale la competenza del giudice amministrativo in materia di diritti soggettivi sarebbe ammissibile solo in materia caratterizzata dalla sicura e necessaria compresenza di posizioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo «legate da un inestricabile nodo gordiano».

In secondo luogo, la devoluzione al giudice amministrativo della controversia in questione violerebbe il principio del giudice naturale, in quanto andrebbe riconosciuto al giudice ordinario la qualifica di «giudice naturale: dei diritti».

L'attribuzione in blocco di intere materie al giudizio amministrativo ne farebbe, quindi, un giudice straordinario o speciale.

In terzo ed ultimo luogo, sempre a giudizio del remittente, l'attribuzione di una competenza esclusiva per materia al giudice amministrativo violerebbe il principio di eguaglianza e quello di difesa in giudizio in quanto la tutela giurisdizionale dei diritti ottenibile dinanzi al giudice amministrativo sarebbe minorata rispetto a quella ottenibile dinanzi al giudice ordinario per minore indipendenza del giudicante e per difetto della garanzia nomofilattica del ricorso in Cassazione per violazione di legge.

Si costituisce con il presente atto il Presidente del Consiglio dei Ministri contestando l'ammissibilità e la fondatezza di tutte le questioni sollevate dal giudice remittente.

Rilevato che

1. – Con atto di citazione notificato il 23 dicembre 1999 la T. S.a.s. ha convenuto in giudizio il comune di Roma e ne ha chiesto la condanna al risarcimento dei danni, quantificati in cinque miliardi, esponendo che: in data 27 aprile 1992 aveva presentato al sindaco del comune di Roma domanda di rilascio del certificato di abitabilità ed agibilità del complesso immobiliare sito in Roma, via Mascagni n. 15/c, di cui era proprietaria (e per il quale aveva già ottenuto la concessione in sanatoria per abusi edilizi, in virtù del silenzio assenso dell'amministrazione); non avendo ottenuto risposta e avendo inutilmente diffidato il sindaco, aveva comunicato al comune di Roma di ritenere verificate le condizioni prescritte dall'art. 4, comma 3, d.P.R. 22 aprile 1994, n. 425, per la formazione del silenzio-assenso (anche perché il legale rappresentante della T. era stato dal pretore di Roma assolto «per non aver commesso il fatto» dall'imputazione prevista dagli artt. 81 c.p. e 221 t.u.l.s. di aver occupato e dato in locazione a terzi un immobile privo della licenza di abitabilità); con scrittura privata in data 10 ottobre 1998 aveva stipulato un contratto preliminare nel quale aveva promesso di vendere il complesso immobiliare in questione alla costituenda C.R.M., la quale aveva accettato al prezzo di cinque miliardi ma successivamente, con lettera del 19 maggio 2000, le aveva comunicato che considerava risolto il preliminare perché il comune di Roma le aveva rappresentato che non corrispondeva al vero quanto dichiarato dalla T. nell'art. 17 del preliminare circa il possesso da parte della società venditrice dell'attestato di abitabilità «per silenzio accoglimento»; la società attrice ha chiesto il risarcimento del danno causato dal comune per aver illegittimamente rifiutato di rilasciare la licenza di abitabilità e consistito nella perdita del prezzo di acquisto.

2. – *Inammissibilità.*

Nonostante la prospettazione del remittente il dubbio di incostituzionalità non investe tanto, infatti, la norma di legge ordinaria quanto – ed inammissibilmente – un puntuale combinato disposto di norme contenuto nella Costituzione stessa e cioè quello regolante l'intero sistema della giustizia amministrativa come delineato dagli artt. 24, 103, 108, III e 113.

Lo stesso remittente ha avvertito il problema ed ha ritenuto di superarlo ricordando l'insegnamento di codesta Corte secondo il quale i principi supremi dell'ordinamento costituzionale non sono modificabili neanche dal legislatore costituente in sede di revisione costituzionale (Corre Cost. sent. 1146/1988).

L'argomento appare peraltro insufficiente in quanto nel caso presente non si tratta di norme di revisione costituzionale ma di norme originarie della Costituzione, rispetto alle quali il legislatore ordinario denunciato è stato soltanto puntuale applicatore e non sembra proprio che norme originarie della Costituzione possano essere sospettate di incostituzionalità (Corte Cost., ord.za 100/1984 e sent. 185/1981).

3. – *Infondatezza.*

In subordine deve rilevarsi la infondatezza di tutte le questioni sollevate.

3.1. – Il principio di unità della giurisdizione, invocato dal giudice remittente come principio costatuzionalizzato, non sembra infatti essere tale e rappresenta piuttosto un «mito ricorrente» che, se ispirò il legislatore del 1865, condizionò il riformatore del 1889 e tentò l'Assemblea Costituente del 1946-47 attraverso l'autorevole voce di Calamandrei, non si tradusse però mai in precetto costituzionale espresso.

2. – Il comune di Roma si è costituito in giudizio eccependo la carenza di giurisdizione del g.o., essendo la controversia in esame attribuita, a suo avviso, alla giurisdizione esclusiva del g.a. in quanto concernente la materia edilizia, nel cui esteso ambito rientrano le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'art. 34 del d.lgs. n. 80 del 31 marzo 1998; nel merito, ha dedotto l'infondatezza della domanda, non potendo la T. vantare un diritto al rilascio della licenza di abitabilità in quanto l'area del complesso immobiliare in questione era sottoposta ad un vincolo di protezione delle bellezze naturali e paesistiche (imposto dalla legge n. 1497/1939, dal d.m. 24 febbraio 1986 e dalla delibera della giunta regionale n. 10018 del 22 novembre 1988) ed era richiesto un parere dell'Autorità preposta alla tutela dei vincoli, la mancanza del quale, inoltre, costituiva circostanza incompatibile con la concessione in sanatoria che l'attrice affermava di aver acquisito in virtù del silenzio-assenso dell'amministrazione.

3. – Alla prima udienza di comparizione del 5 ottobre 2000 il g.i. ha assegnato alle parti un termine per memorie e riservato la decisione sul prosieguo della causa in considerazione della rilevanza e apparente fondatezza dell'eccezione sollevata dal convenuto.

Come è noto, nella Commissione dei 75 e, poi, in sede plenaria prevalse infatti la tesi della conservazione delle giurisdizioni cd. «storiche», anche se nel testo della Carta fondamentale compare una implicita enunciazione di unicità che costituisce quasi la proclamazione di un «valore fine» (G. SILVESTRI, *Unità della giurisdizione*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Giuffrè, Milano, 1988, III, 718) da assumersi come meta tendenziale e futuribile e che sembra rappresentare solo un omaggio a quel mito ricorrente.

Fin dalle sue prime sentenze codesta Corte ha avuto, d'altronde, modo di affermare come l'enunciazione di una unità della giurisdizione fu fatta solo «in via generale», senza essere condotta alle «estreme conseguenze», con conseguente coesistenza con la giurisdizione ordinaria delle giurisdizioni amministrativa, contabile e militare (Corte Cost. sent. 48/1959), in un sistema di riparto delle competenze affidato al legislatore ordinario. «Proprio in applicazione dell'art. 103, secondo comma Cost. e nei limiti da esso imposti – ha affermato codesta Corte in sent. 641/1987 – spetta al legislatore la determinazione della sfera di giurisdizione dei giudici (ordinario, amministrativo, contabile, militare ecc. ...). E nella *interpositio* del legislatore deve individuarsi il limite funzionale delle attribuzioni giudicanti» dei giudici diversi da quello ordinario.

Alle considerazioni sopra svolte va aggiunto che se è vero che l'originaria materia commessa al giudice amministrativo in sede di una giurisdizione esclusiva di nuova istituzione dal legislatore del 1923 era quella in cui diritti soggettivi ed interessi legittimi erano interconnessi, vero è anche che di tale origine storica dell'istituto non si rinviene alcuna traccia nella Costituzione: al legislatore ordinario fu demandato, infatti, dal Costituente il compito di individuare le «particolari materie» in cui il giudice amministrativo sarebbe stato competente a conoscere anche dei diritti soggettivi, senza limitare in alcun modo la scelta di tali materie (ed analogamente fu disposto per la Corte dei Conti). Tanto vero che la competenza del giudice amministrativo in materia di giurisdizione esclusiva è stata più volte cospicuamente ampliata dal legislatore repubblicano ben prima del 1998 in materie in cui difettava la «gordiana connessione» fra diritti ed interessi pretesa *ex adverso* senza che mai le relative norme venissero sospettate di incostituzionalità.

3.2. – Quanto alla pretesa violazione del principio del giudice naturale sembra che essa si basi su di una forzatura della portata dell'art. 25 Cost.

Osserva in diritto

4. – Come fondatamente eccepito dal comune di Roma la controversia in esame rientra tra quelle – «aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche in materia urbanistica ed edilizia» – devolute alla giurisdizione esclusiva del g.a., ai sensi del citato art. 34, comma 1, del d.lgs. n. 80/1998, norma questa non toccata dalla sentenza n. 292/2000 della Corte costituzionale (che ha dichiarato, nella materia di servizi pubblici, la parziale incostituzionalità dell'art. 33 del d.lgs. cit. in relazione all'art. 76 della Costituzione per eccesso di delega con riferimento all'art. 11, comma 4, lettera g), legge 15 marzo 1997, n. 59) e, del resto, estranea alla questione di costituzionalità sollevata dalle sezioni unite della Corte di cassazione (ord. n. 43/2000) con esclusivo e specifico riferimento alla parte dell'art. 34 che sottrarrebbe al g.o. e devolverebbe al g.a. in esclusiva le controversie sui «diritti soggettivi connessi a comportamenti materiali della pubblica amministrazione in procedure espropriative finalizzate alla gestione del territorio».

La qualifica del giudice ordinario come «giudice naturale» dei diritti (mentre il giudice amministrativo sarebbe il «giudice naturale» degli interessi legittimi) se è di uso normale nel lessico corrente non corrisponde, però, alla esatta qualificazione del giudice naturale quale espressione di un principio costituzionalmente garantito nel lessico tecnico-giuridico.

Il costante insegnamento di codesta Corte è infatti nel senso che giudice naturale è soltanto quello «precostituito per legge». Una legge a favore della quale il Costituente sancisce in proposito una riserva assoluta (cfr. per tutte Corte Cost. sent. 641/1987).

3.3 – Quanto, infine, alla pretesa violazione del principio di uguaglianza e del diritto di difesa per le minori garanzie che sarebbero offerte dal giudice amministrativo rispetto al giudice ordinario, deve anzitutto osservarsi che l'argomento, ove fosse esatto, proverebbe troppo.

Posto, infatti, che diritti ed interessi legittimi sono equiordinati dal Costituente nella garanzia della tutela giurisdizionale e della difesa (artt. 3, 24 e 113) l'argomento del giudice remittente revocherebbe in dubbio non solo la legittimità di una giurisdizione esclusiva attribuita «per blocchi di materie», ma anche la legittimità della giurisdizione esclusiva in materie in cui diritti ed interessi sono intrecciati ed addirittura la legittimità della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, per insufficiente tutela degli interessi legittimi.

Il veto è che così come la pluralità dei gradi di giudizio non è principio generale di rilevanza costituzionale (Corte Cost. sent. 8/1982) così anche la funzione nomofilattica piena della Corte di Cassazione non è condizione assoluta per una garanzia di tutela giurisdizionale.

Come codesta Corte ha insegnato, infatti, la difesa dei diritti soggettivi dinanzi al giudice amministrativo è piena «anche se la nomofilachia della Corte di Cassazione è limitata alle questioni attinenti alla giurisdizione (diversamente dialoghizzando anche l'art. 111 comma 2 Cost. non sfuggirebbe alla sanzione della incostituzionalità)». (Corte Cost. sent. 185/1981, ord. 62/1982 e 100/1984).

È ovvio, poi, che quanto detto a proposito della nomofilachia può essere ripetuto per le garanzie di indipendenza del giudice amministrativo che, per essere diverse da quelle del giudice ordinario, non possono essere considerate per ciò solo insufficienti. In realtà nessuna norma potrà mai garantire in modo assoluto l'indipendenza e imparzialità del giudice e potrà invece soltanto assicurare le condizioni perché il giudice che voglia e sappia essere indipendente e imparziale possa esserlo (M. NIGRO, *Giustizia Amministrativa*, Bologna, 1983, 353). Il che sicuramente è assicurato per la giustizia amministrativa.

Non sussiste pertanto neanche la violazione degli ultimi due parametri costituzionali invocati dal remittente.

(omissis)

Il predetto art. 34 costituisce la fonte normativa diretta dell'attribuzione al g.a. della controversia in esame in cui la società attrice ha proposto un'azione di risarcimento del danno contro il comune di Roma a causa dell'illegittimo esercizio della funzione pubblica concernente il mancato rilascio della licenza di abitabilità. In mancanza di questa disposizione, infatti, non potrebbe dubitarsi della giurisdizione del g.o., in considerazione del principio secondo cui «l'azione di risarcimento del danno *ex art. 2043* del codice civile nei confronti della p.a. per esercizio illegittimo della funzione pubblica bene è proposta davanti al giudice ordinario, quale giudice cui spetta, in linea di principio, la competenza giurisdizionale a conoscere di questioni di diritto soggettivo ...»; infatti «stabilire se la fattispecie di responsabilità per atti o provvedimenti illegittimi dedotta in giudizio sia riconducibile al paradigma dell'art. 2043 del codice civile costituisce questione di merito, atteso che l'eventuale incidenza della lesione su una posizione di interesse legittimo non deve essere valutata ai fini della giurisdizione, bensì ai fini della qualificazione del danno come ingiusto, in quanto lesivo di un interesse giuridicamente rilevante» (in tal senso v. Cass. S.U. n. 500/1999).

1. – Si è costituito in giudizio il Presidente del Consiglio dei Ministri con atto di intervento 27 marzo 2001, nel quale sono state contestate l'ammissibilità e la fondatezza di tutte le questioni sollevate dal giudice remittente, partitamente esaminate. Sia ora consentito, in sede di memoria, svolgere alcune ulteriori considerazioni di carattere generale.

2. – Sotto il profilo della ricostruzione storica, deve preliminarmente ricordarsi che il problema del riparto della giurisdizione tra il giudice ordinario ed il giudice amministrativo si è posto a partire dall'entrata in vigore della legge 31 marzo 1889 n. 5992, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato o, più precisamente, da quando fu riconosciuta a detta IV Sezione natura giurisdizionale (Cass. Roma 21 marzo 1893 n. 177).

Con la citata legge del 1889 fu attribuito, come è noto, alla IV Sezione il potere di decidere «sui ricorsi per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria».

Come è altrettanto noto, all'orientamento del Consiglio di Stato, che si ritenne in sostanza competente sulla base del *petitum* di annullamento, si contrappose *ab initio* la scelta della Cassazione, la quale ritenne radicata la giurisdizione in ragione della situazione giuridica della quale si chiedeva tutela (diritto o interesse legittimo) e cioè sulla base della *causa petendi*.

I due orientamenti determinarono, nel prosieguo, un contrasto di giurisprudenza non soltanto fra la Corte regolatrice ed il Consiglio di Stato ma altresì, dopo l'istituzione della V Sezione, fra questa e la IV Sezione, che si era nel frattempo adeguata all'insegnamento della Corte.

Il contrasto fu sanato con il famoso «concordato giurisprudenziale» costituito dalla decisione del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria 14 giugno 1930 n. 1 e dalla coeva sentenza delle SS.UU. della Cassazione 15 luglio 1930 n. 2680 che affermarono, ai fini del riparto, il rilievo del *petitum* sostanziale e cioè del titolo giuridico sostanziale (il vero oggetto della controversia) in base al quale era proposta l'azione.

Il nuovo criterio di ripartizione delle competenze dei due organi giurisdizionali, fondato sulla delimitazione legislativa delle «materie» attribuite al g.a. in via esclusiva, cioè con cognizione piena (di annullamento e di risarcimento) estesa ai diritti soggettivi, rende irrilevante l'obiezione che nel tentativo di dimostrare l'infondatezza dell'eccezione sulla giurisdizione (e, quindi, l'inapplicabilità dell'art. 34 d.lgs. cit.) è stata sollevata dalla società attrice, secondo cui la proposta domanda risarcitoria troverebbe radice non nell'illegittimo mancato rilascio della licenza di abitabilità (che invece la T. afferma di aver ottenuto per effetto del silenzio-assenso sulla sua istanza) ma nel comportamento dei funzionari del comune di Roma che, avendo riferito al promissario acquirente il fatto (asseritamente) non corrispondente al vero del mancato rilascio della licenza, avrebbe provocato la risoluzione del contratto e alla T. i danni conseguenti.

Nel frattempo, tuttavia, con R.D. 30 dicembre 1923 n. 2480 (poi trasfuso nel TU. 26 giugno 1924 n. 1054, tuttora vigente) era stata configurata una competenza (giurisdizione) esclusiva del Consiglio di Stato, ora giudice anche di diritti soggettivi in alcune materie, prima fra tutte quella del pubblico impiego e la portata dell'innovazione non risulta sminuita dal rilievo che già in precedenza il Consiglio di Stato godeva di giurisdizione piena anche in merito relativamente a particolari controversie (debito pubblico, contestazione di confini comunali etc.) nelle quali venivano senz'altro in evidenza diritti soggettivi.

A fronte di un contesto ordinamentale così delineato, la Assemblea costituente – respinte le proposte volte ad abolire il dualismo di giurisdizione e disattesa la tesi di Calamandrei in favore di quella di Mortati – ritenne di mantenere ferma la struttura dualistica, conservando due ordini di giudici per la decisione delle liti contro la P.A. e recependo in linea tendenziale, e salvo deroga, il criterio di ripartizione delle competenze fra di essi basato sul tipo di situazione giuridica lesa.

In via incidentale, corre l'obbligo di osservare fin d'ora che, diversamente da come ritiene il giudice remittente, dal testo della Carta costituzionale emerge con chiarezza la volontà dei Costituenti di affermare la completa parità ed originarietà dei due ordini di giurisdizione, disattendendo le impostazioni volte a fare della giurisdizione amministrativa una giurisdizione minore ed eccezionale rispetto a quella ordinaria.

A parte tale rilievo, il punto da chiarire sembra essere se il criterio di riparto diviso dall'art. 34 d.l.vo n. 80 per le controversie in materia edilizia (le uniche che rilevano in questa sede) contrasti con il disposto dell'art. 103, primo comma, Cost., a mente del quale, come è noto, «Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della Pubblica Amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi».

Considerata nell'ambito effettivamente rilevante nel giudizio *a quo*, la questione sembra senz'altro infondata ed al limite inammissibile, impingendo in un ambito di valutazioni demandate alla discrezionalità legislativa: come insegna la giurisprudenza, la distribuzione degli affari tra il giudice ordinario e quello amministrativo è, infatti, affidata a scelte discrezionali del legislatore ordinario (Cass., SS.UU., ord 8 novembre 1999, n. 160) circa la determinazione delle particolari materie nel contesto delle quali il G.A. conosce anche di diritti.

A ciò deve aggiungersi che proprio la materia delle concessioni edilizie e sanzioni amministrative urbanistiche risultava già da tempo devoluta in via esclusiva al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 16 legge 28 gennaio 1977 n. 10.

Di per sé, dunque, la norma qui sospettata di incostituzionalità risulta, per un verso, perfettamente in linea con il tradizionale indirizzo legislativo e per l'altro compiutamente rispettosa del disposto dell'art. 103 nella misura in cui altro non fa che individuare una materia particolare (edilizia ed urbanistica) nella quale il G.A. conosce anche di diritti soggettivi.

Questa alternativa prospettazione, che mira a valorizzare l'illiceità della condotta del comune sotto il profilo della violazione del principio del *neminem laedere* (per informazioni inesatte rese al promissario acquirente), non è utile a far venir meno l'inerenza della controversia alla materia «edilizia», dovendo infatti il giudice – al quale spetta il compito di stabilire l'imputabilità dell'evento dannoso alla (responsabilità della) p.a. «come apparato» (costituendo la colpa e il dolo requisiti essenziali della responsabilità aquilina *ex art. 2043 del codice civile*: v. Cass. S.U. n. 500/1999 cit.) – valutare se la T. abbia effettivamente ottenuto o meno la licenza di abitabilità, da ciò dipendendo la decisione sul merito della domanda risarcitoria.

È evidente, d'altro canto, che l'ordinanza di rimessione investe però questioni – peraltro non rilevanti nel giudizio *a quo* – di ben più ampia portata.

Come concordemente rilevato da dottrina e giurisprudenza, è infatti innegabile che la legge delegante n. 59 del 1997, cui sono seguiti gli artt. 33 e segg. d.lgs. n. 80, ha segnato un cambiamento di rilievo storico nell'ordinamento, poiché ha notevolmente ampliato le ipotesi di giurisdizione esclusiva, rendendo oramai residuale il tradizionale criterio di riparto, basato sulla distinzione fra diritti ed interessi legittimi (Cons. Stato, Ad. Gen., 12 marzo 1998 n. 30).

Risulta in tal modo compiuta dal legislatore una decisa scelta nel senso del superamento del tradizionale riparto della giurisdizione in riferimento alla dicotomia diritto soggettivo-interesse legittimo, a favore della previsione di un riparto affidato al criterio della materia (Cass., SS.UU., 22 luglio 1999 n. 500).

Al riguardo, pur dandosi atto del rilievo della questione, (e sempreché possa ritenersi superato l'assorbente rilievo relativo alla rilevanza) un duplice ordine di considerazioni induce a disattendere i dubbi di costituzionalità prospettati dal remittente in relazione alla suddetta opzione legislativa.

Sotto un primo profilo, deve infatti rilevarsi, alla luce di una interpretazione coordinata del disposto di cui agli artt. 103 e 113, che la Costituzione, da un lato, ha riservato alla giurisdizione amministrativa le controversie in cui si chieda la tutela di interessi legittimi (nelle quali va definita la legittimità degli atti espressivi di un potere pubblico e vanno verificate le conseguenze del suo illegittimo esercizio) e dall'altro ha invece rinviato al legislatore per la determinazione dei casi in cui il giudice amministrativo conosce anche di diritti.

In tal modo la Costituzione ha recepito la nozione di interesse legittimo non tanto (o non solo) come criterio generale su cui basare il riparto di giurisdizione, bensì quale «garanzia costituzionale dell'ambito minimo della piena giurisdizione amministrativa e quale insopprimibile posizione che consente al destinatario dell'atto illegittimo, espressione di un potere pubblico di chiederne l'annullamento» (C. Stato, Ad. Plen., ord. 30 marzo 2000 n. 1).

In tale ottica, il vincolo discendente dall'art. 103, primo comma, è solo quello relativo alla deducibilità in giudizio di tutte le controversie incidenti su interessi legittimi, per il resto restando demandata alla discrezionale interposizione legislativa la perimetrazione delle particolari materie nell'ambito delle quali il giudice amministrativo può conoscere anche di diritti.

Sotto il profilo letterale, del resto, corrobora tale ricostruzione il riferimento costituzionale alla nozione di «materia», termine che, per il suo carattere polisemico, ben si presta a ricomprendere alternativamente o vasti ambiti di attività amministrativa unitariamente considerati (in senso orizzontale: ad es. urbanistica, edilizia etc.) oppure un oggetto contenzioso (in senso verticale: paradigmaticamente il risarcimento del danno) accessivo a quello di competenza generale.

In tale ultima ipotesi, oltretutto, la materia del risarcimento è connotata dal profilo soggettivo dell'illegittimo esercizio della pubblica finzione che, ove fonte od occasione di danno, si colora di illecito, con conseguente piena coerenza della materia del risarcimento con l'art. 103 Cost. (A. DI MAJO, *Commento all'ordinanza di rimessione in esame*, in *Corriere Giuridico*, 1/2001, 42; C. VARRONE, *Giurisdizione amministrativa e tutela risarcitoria*, in *Verso il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2000, spec. 36 ss.).

La qualificazione dell'oggetto della controversia come inerente alla materia «edilizia» si deduce, del resto, dalla configurazione normativa del certificato di abitabilità come attestante «sia l'inesistenza di cause di insalubrità sia la conformità urbanistico-edilizia del manufatto» (in tal senso, Cass., III sez. pen., 5 marzo 1997, in Cons. St., 1998, II, 406; l'art. 220 del r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, infatti, prevedeva che i progetti di costruzione «che comunque possono influire sulle condizioni di salubrità delle case esistenti, debbono essere sottoposti al visto del podestà, che provvede previo parere dell'ufficiale sanitario e sentita la commissione edilizia»; l'art. 4 del d.P.R. n. 425/1994 *cit.* ribadisce nella sostanza le condizioni già richieste dall'abrogato art. 221 r.d. *cit.*: dimostrazione della salubrità degli ambienti e della conformità della costruzione al progetto); è confermata dall'ampiezza della formulazione legislativa contenuta nell'art. 34 del d.lgs. n. 80/1998 che fa generico riferimento agli atti, ai provvedimenti e ai comportamenti delle amministrazioni pubbliche «in materia urbanistica ed edilizia» nonché dalla estensiva interpretazione che significativamente la giurisprudenza ha dato della materia urbanistica (v. Cass. S.U. nn. 43/2000 *cit.*; 493/2000).

In relazione a quanto ora osservato, un punto sembra importante chiarire rispetto alla prospettazione del giudice remittente: diversamente da quanto da questi sostenuto, in nessun modo la Costituzione ricollega l'individuazione legislativa delle particolari materie e dunque l'estensione della giurisdizione esclusiva al presupposto del così detto «nodo gordiano», della difficoltà di distinguere nel contesto di certe *res controversae* fra diritti ed interessi.

Del resto, come è stato da tempo chiarito, non è nemmeno vero che la ragione primaria dell'istituzione di tale giurisdizione fosse storicamente da ricondursi alla difficoltà di dirimere l'intimo intreccio tra diritti ed interessi che si riscontra in dati settori della normazione amministrativa.

Ed infatti, soltanto nella relazione al Re di accompagnamento al decreto n. 2480/1923 (compilata dalla burocrazia ministeriale e pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* 1924 n. 6 pag. 77) si afferma che nelle materie della giurisdizione esclusiva «l'intreccio tra diritto e interesse è così intimo da renderle assai complesse e incapaci spesso di un giudizio definito col sistema vigente, donde la eccessiva tardività nella risoluzione di esse».

Tale motivazione, in seguito sovente ripresa in modo acritico, non soltanto non trova alcun riscontro nei lavori della Commissione reale per la riforma degli istituti di giustizia amministrativa (né nel testo da questa presentato al Governo né nella relativa relazione Codacci Pisanelli) ma soprattutto appare già *ab origine* inadeguata a dar conto della inclusione in detto ambito di giurisdizione esclusiva di materie (ai pensi a quelle indicate ai numeri 4, 5, 6, 7 ed 8 dell'art. 29 R.D. 1054/1924) nelle quali il rischio dell'intreccio tra diritti ed interessi appare minimo o addirittura inesistente.

L'accertata inconferenza della giustificazione ufficialmente addotta per la svolta legislativa del 1923, induce a ritenere che la scelta di attribuire la cognizione di controversie in date materie in via esclusiva al giudice amministrativo possa essere differentemente spiegata, richiamando, almeno in via concorrente, la volontà del legislatore di valorizzare, in quelle materie, il sindacato sull'esercizio del potere, in tema di «atti e comportamenti della pubblica amministrazione, per i quali deve sempre tenersi conto dei principi del diritto pubblico» (Ad. Plen. ord. 1/2000 *cit.*).

Per quanto qui rileva, può comunque escludersi che in Costituzione la difficoltà di distinguere tra diritti ed interessi costituisca in alcun modo criterio direttivo per l'individuazione in sede legislativa delle particolari materie da devolvere alla giurisdizione esclusiva.

3. – Se così è – e si passa a svolgere un secondo ordine sistematico di rilievi – la costituzionalità della scelta legislativa di cui si controverte non può essere messa in dubbio richiamando il disposto dell'art. 103, primo comma, rispetto al quale essa risulta pienamente compatibile, per le ragioni anzidette, ma va esaminata alla stregua del criterio di ragionevolezza e congruità su un piano valutativo più complesso di quello evocato dal remittente.

5. – Il difetto di giurisdizione del giudice adito nella presente controversia rende rilevante la questione, non manifestamente infondata e che si solleva d'ufficio, della legittimità costituzionale del citato art. 34, con riferimento agli artt. 3, 24, 25, 100, 102, 103, 111 e 113 della Costituzione (l'art. 34 è stato riprodotto dall'art. 7 della legge n. 205/2000 che è entrato in vigore successivamente all'introduzione del presente giudizio). Il dubbio di costituzionalità della suddetta previsione normativa concernente l'attribuzione al g.a. dell'intera materia (per quanto qui rileva) dell'urbanistica ed edilizia sarà argomentato secondo un ordine logico che, partendo da una necessaria e sintetica premessa di carattere generale, prenderà in considerazione ciascuno dei parametri costituzionali richiamati.

Da una parte, infatti, nel ricostruire l'effettiva portata del dettato costituzionale, non può dimenticarsi che le disposizioni dell'an. 103, integrate con quelle di cui agli artt. 100 e 113, costituiscono specificazione del principio fondamentale (art. 24) secondo il quale l'ordinamento è ispirato, per quanto qui rileva, al criterio di pienezza, completezza e garanzia della tutela apprestata in sede giurisdizionale al privato che si pretenda lesa da atti o comportamenti dei pubblici poteri.

In realtà, in materia di tutela giurisdizionale e di riparto delle giurisdizioni, la *voluntas legis* del costituente mirò soprattutto (se non soltanto) ad assicurare il massimo di garanzia della giurisdizione per ogni possibile situazione giuridica soggettiva rilevante (diritti ed interessi legittimi fu l'endiadi ritenuta esaustiva) e nei confronti di «tutti gli atti della p.a.» con esclusione di tutte quelle eccezioni (per categorie di atti e per mezzi di impugnazione) di cui il precedente regime aveva offerto ricco florilegio.

Sembra opportuno, in proposito, riportare la dichiarazione formulata in occasione della discussione dell'art. 103 dal Presidente Ruini: «Non occorre che ricordi da quali criteri era stata dettata la disposizione. Vi è stata, durante il fascismo, l'abitudine di privare del ricorso giurisdizionale molte categorie di atti dell'autorità amministrativa lesiva degli interessi e dei diritti dei privati. Ad ogni piè sospinto veniva una legge e più spesso un decreto-legge fascista che diceva: per questi atti non è ammesso alcun ricorso né davanti ai tribunali né davanti al Consiglio di Stato.

Ciò ha preoccupato la Commissione ed abbiamo di conseguenza stabilito che non si può togliere ai cittadini, per segmento di materie e di atti, la garanzia del ricorso giurisdizionale. Nessun dubbio che fin qui tutti noi dell'Assemblea siamo d'accordo» (M. RUINI, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, vol. V, Camera dei Deputati, 4194). Il dettato costituzionale prescrive quindi soprattutto – se non soltanto – pienezza ed effettività di tutela giurisdizionale.

Codesta Corte ha, d'altronde, affermato una sorta di principio di indifferenza o intercambiabilità della tutela fornita dai due ordini di giurisdizioni, sottolineando il moltiplicarsi delle eccezioni al divieto fatto al giudice ordinario di annullare atti amministrativi ed il correlativo ampliamento dei casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e precisando come tale linea di tendenza sia volta a “rafforzare la effettività della tutela giurisdizionale, in modo da renderla immediatamente più efficace, anche attraverso una migliore distribuzione delle competenze ed attribuzioni giurisdizionali, a seconda delle esigenze delle materie prese in considerazione (e ciò può valere sia per il giudice ordinario, sia per il giudice amministrativo)” (Corte Cost., ord. 9-17 maggio 2001 n. 140. Per una lettura particolarmente pregnante delle norme che attribuiscono poteri di annullamento dell'atto amministrativo al giudice ordinario vedasi C. VARRONE, *Stato sociale e giurisdizione sui «diritti» del giudice amministrativo*, Napoli 2001, spec. cap. II, sez. II, 2; opera di imminente pubblicazione e che si è potuta leggere in bozze per gentile concessione dell'Autore).

6. – Premessa. Come è stato unanimemente osservato dalla dottrina e dalla giurisprudenza (v. Cons. Stato, ad. pl., n. 1/2000, punto 4.1), il d.lgs. n. 80/1998 e la legge n. 205/2000 (v., ad es., il nuovo comma 4 dell'art. 35 del d.lgs. n. 80/1998, introdotto dall'art. 7 legge n. 205/2000, nella parte in cui ha conferito al g.a. il potere risarcitorio pieno anche al di fuori della sua giurisdizione esclusiva) hanno realizzato «un cambiamento di rilievo storico nell'ordinamento» che «incide in via immediata sul riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario» (sono parole del Cons. St., ad. gen., parere 12 marzo 1998, n. 30): il criterio tradizionale, ritenuto superato e di difficile applicazione, fondato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, è stato sostituito da quello caratterizzato dalla individuazione legislativa delle materie attribuite al g.a., presso il quale, in considerazione dell'estrema vastità e rilevanza delle stesse, si è inteso concentrare quasi l'intera gamma delle più rilevanti controversie nei confronti della pubblica amministrazione, lasciando al g.o. la giurisdizione per ipotesi sostanzialmente residuali.

Orbene, effettività della tutela significa anche eliminazione delle incertezze circa l'individuazione del giudice da adire (G. PELLEGRINO, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Il Sistema della giustizia amministrativa*, Milano, 2600, 137; A. DI MAJO, *op. cit.*, 93); significa soprattutto eliminazione del cosiddetto «doppio giudizio» con conseguente possibilità per il giudice amministrativo, ove fornito di giurisdizione, di conoscere anche delle conseguenze risarcitorie connesse all'illegittimo esercizio di un pubblico potere.

Sullo sfondo è del resto da rilevare come una lettura aperta e non cristallizzata del precepto costituzionale appaia, nel contesto della tendenziale unificazione degli ordinamenti intra comunitari, come quella meno collidente con i modelli istituzionali dei Paesi membri della Unione in cui vige il sistema della doppia giurisdizione, nell'ambito dei quali il riparto non si ricollega alla distinzione fra diritti ed interessi, bensì alla natura delle materie in controversia ed alla qualità di parte della P.A.

D'altra parte, sul piano normativo, il giudizio sulla ragionevolezza della scelta circa gli innovativi criteri di riparto della giurisdizione deve rapportarsi al complessivo disegno sistematico perseguito dal legislatore, disegno del quale gli artt. 34 e segg. decreto legislativo n. 80 costituiscono solo un momento qualificante, ed il cui rilievo va unitariamente considerato.

È noto, infatti, che in punto di giurisdizione il cambiamento di rilievo storico dell'assetto legislativo si è contestualmente realizzato anche in opposta direzione, mediante la devoluzione al giudice ordinario delle controversie relative al rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A., di quello, cioè, che nel sistema previgente era l'ambito più esteso e più consolidato (ed in definitiva il vero nucleo originario) della giurisdizione esclusiva.

A tale devoluzione si ricollega con tutta evidenza, e non solo per ragioni di equilibrio quantitativo, il parallelo ampliamento della giurisdizione esclusiva, che con esso forma sistema: nel senso che mentre il G.O. diviene il giudice naturale di una Pubblica Amministrazione che gestisce tutti i rapporti di lavoro alle sue dipendenze con i poteri e gli strumenti del privato datore, il Giudice amministrativo, per converso, acquisisce la piena cognizione di rapporti litigiosi in cui si applicano regole sostanziali esorbitanti dal diritto privato, anche se di essi siano parti – secondo l'impulso del diritto comunitario – soggetti formalmente privati ma tenuti all'applicazione, specie in materia contrattuale, di procedure amministrative.

Questo disegno di politica legislativa, che è giunto a compimento con le innovazioni legislative di cui si parla, è invero il risultato di una tendenza espansiva della giurisdizione esclusiva realizzatasi nell'ultimo decennio mediante l'attribuzione al g.a. di specifiche materie a prescindere dalla qualificazione paritetica ovvero autoritativa dell'azione amministrativa e, quindi, dalla sussistenza di diritti soggettivi o di interessi legittimi vantati nei confronti della p.a. (si possono citare ad esempi: l'art. 1, comma 26 e 27, legge n. 249/1997 in materia di comunicazioni e telecomunicazioni; l'art. 2, comma 25, legge n. 481/1995 in materia di servizi di pubblica utilità; l'art. 6, comma 19, legge n. 537/1993, mod. dall'art. 441 legge n. 724/1994 in materia di contratti per la fornitura di beni e servizi delle amministrazioni pubbliche; l'art. 7 legge n. 287/1990 in materia di tutela della concorrenza e del mercato; l'art. 11, legge n. 241/1990 in materia di accordi sostitutivi con la p.a.).

4. – In realtà ed a tutto voler concedere, quand'anche si volesse vedere nella locuzione «particolari materie» di cui all'art. 103 Cost. un vincolo al legislatore (vincolo che in radice si contesta, in quanto l'area della giurisdizione esclusiva» non è limitata in modo categorico dal costituente» – così F.LONGO, *Proposta per una riforma del supremo organo regolatore del riparto delle giurisdizioni e delle questioni di attribuzione giurisdizionale*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, III, 1350, nota 22); ebbene, anche in tale subordinata ipotesi tale vincolo non potrebbe mai essere individuato in quelle «gordiane connessioni» fra diritti ed interessi legittimi, pretese dal remittente.

Tale gordiana connessione nasce, come si è visto, da un impreciso ricordo storico e risponde ad una concezione dogmatica datata, al cui superamento non potrebbe essere opposta la letterale contrapposizione dei diritti agli interessi legittimi di cui alla norma costituzionale sopra citata.

Compito del legislatore costituzionale è infatti quello di porre delle norme di principio e non quello di scrivere un dizionario giuridico: i termini ed i concetti usati nella Costituzione del '47 rispecchiano soltanto i dati semantici che la cultura del tempo forniva (A. ROMANO, *Il Giudice amministrativo di fronte alla tutela degli interessi c.d. diffusi*, in *Foro it.*, 1979, V, 8).

Alla luce delle successive evoluzioni giurisprudenziali e della più recente dottrina, se un limite si volesse considerare imposto al legislatore ordinario nella individuazione della materia da affidare alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, esso non potrebbe che rinvenirsi nelle materie in cui si verifica un assoggettamento dei diritti all'esercizio di un «potere conformativo» della Pubblica Amministrazione (C. MARRONE, *Stato Sociale ecc. cit.*, spec. capitolo 2, sez. III) con conseguente piena conformità a Costituzione – alla stregua di tale lettura – tanto della normativa in esame quanto di quella successiva della legge 205/2000 (C. MARRONE, *op. ult. cit.*, Capitolo 2, sez. III, IV) che andrebbe letta in chiave di mero adeguamento della tutela giurisdizionale alle mutate caratteristiche assunte nel frattempo dalla normativa sostanziale.

5. – Con particolare riguardo alla pretesa violazione dell'art. 111 della Costituzione, il Tribunale remittente osserva che la devoluzione al giudice amministrativo di controversie anche attinenti a profili meramente obbligatori, minerebbe in radice il principio secondo il quale spetta alla Corte di Cassazione di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, nonché l'unità del diritto oggettivo nazionale.

Essendo le sentenze del Consiglio di Stato non ricorribili in Cassazione per violazione di legge, grave sarebbe il rischio – secondo il remittente – di contrasti irrimediabili fra i due plessi giurisdizionali, articolati oltre tutto, con violazione del principio di uguaglianza, l'uno su tre gradi di giudizio e l'altro su due.

La rilevanza del fenomeno, che segna una vera e propria trasfigurazione del g.a. in giudice (quasi naturale) delle controversie in cui sia parte una p.a. e che ha consentito ad alcuni autori di affermare che ormai il criterio di attribuzione della giurisdizione riposa non sulla qualità pubblica di una parte del rapporto ma sull'oggettiva rilevanza pubblica di questo e cioè degli interessi controversi (secondo l'assunto che la forma giuridica del soggetto non incide sulla natura della funzione esercitata), trova sostegno anche nell'utilizzazione che la giurisprudenza ha fatto della nozione di «organismo di diritto pubblico» per fini (che invece erano irrilevanti per il diritto comunitario cui quella nozione apparteneva) di criterio di riparto interno della giurisdizione (non è questa la sede per affrontare questa complessa tematica: è sufficiente richiamare: Cons. St., VI sez., n. 498/1995; V sez., n. 1577/1996; VI sez., n. 1478/1998; Cass. S.U. n. 12200/1998).

Indubbiamente, com'è stato da altri osservato, l'evoluzione del modello organizzativo dello stato e il suo aprirsi alle istanze democratiche introdotte dalla Costituzione (si pensi allo sviluppo delle autonomie e all'ordinamento pluralista, al riconoscimento e al sorgere di nuovi diritti, all'intervento dello stato nell'economia e, nel contempo, alla sottoposizione della stessa p.a. alle leggi del mercato e al diritto comune, anche a causa dell'influenza del diritto comunitario) ha messo in crisi il momento autoritativo che tradizionalmente caratterizzava il rapporto tra l'apparato statale (titolare dell'interesse pubblico) e la società civile e i cittadini (momento della libertà) e la stessa nozione di pubblica amministrazione, come considerata dall'art. 26 r.d. n. 1054/1924 (che attribuisce al Consiglio di Stato di decidere «contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante»; v. artt. 2 e 3 legge n. 1034/1971 che fanno riferimento agli «organi» dello Stato e degli altri enti pubblici), ha perduto i suoi tradizionali tratti identificativi (si pensi soltanto all'ampliamento del fenomeno delle concessioni con delega di potestà pubbliche ai concessionari ed agli enti aventi struttura e forma giuridica civilistica chiamati a svolgere attività di interesse pubblico: v. art. 22 legge n. 142/1990).

La questione non è fondata, in quanto la Carta fondamentale costituzionalizza le – differenti – competenze istituzionalmente intestate alla Suprema Corte in modo diverso da quello che il remittente dà per presupposto.

Nel contesto, infatti, delle attribuzioni della Cassazione, come appunto individuate dall'art. 65 Ordinamento giudiziario, occorre distinguere quelle afferenti all'uniforme interpretazione della legge da quelle – nomofilattiche in senso proprio – volte ad assicurare l'esatta osservanza della legge stessa.

Storicamente, la funzione di nomofilachia si rapporta infatti essenzialmente all'esigenza di natura politica di salvaguardare il principio della separazione tra poteri. Il principio cioè della «custodia delle leggi» – secondo la terminologia positivista francese – dalla ribellione dei giudici».

Il profilarsi del cosiddetto modello «negoziale» di azione amministrativa, spesso caratterizzato dallo schema dell'accordo tra p.a. e destinatari di quell'azione (v. ad es. l'art. 11, legge n. 241/1990), ha fatto entrare in crisi la figura dell'atto amministrativo quale espressione del momento autoritativo e la stessa configurazione della giustizia amministrativa (tradizionalmente costruita in termini di giurisdizione di legittimità di carattere impugnatorio degli atti amministrativi cui corrispondevano posizioni di interessi legittimo) come momento di controllo giurisdizionale della dialettica autorità – libertà; al contempo, è emersa la figura della «funzione amministrativa» quale esercizio di attività e prestazioni rese dalla p.a. (che vi era obbligata da ragioni di solidarietà sociale) nell'interesse pubblico (nelle più disparate materie: sanitaria, previdenziale, assistenziale, della istruzione e sicurezza pubblica ecc.) e hanno avuto riconoscimento le posizioni soggettive pretensive del privato nei confronti della p.a. (v. Cass. S.U. n. 500/1999).

È venuto così in luce il problema del controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa (sotto il profilo, per usare una felice formula, del «vizio della funzione») nel cui ambito è sempre più rilevante (a scapito di quello decisorio che si realizza come espressione di volontà del potere pubblico) il momento conoscitivo e di valutazione di parametri normativi precostituiti (in norme sovralegislative costituzionali e comunitarie, legislative o di rilevanza normativa secondaria), nell'ambito del nuovo procedimento amministrativo disciplinato dalla fondamentale legge n. 241/1990.

Il giudizio amministrativo classico rivelava la sua intrinseca inidoneità a dare piena tutela a situazioni soggettive che richiedevano una valutazione piena del fatto (secondo lo schema di giudizio sul rapporto) e pieni poteri decisorii non limitati all'annullamento dell'atto; ma, soprattutto, qui interessa sottolineare che l'espansione dell'area dei diritti soggettivi (si pensi solo all'art. 32 Cost.) come effetto del carattere (come si è detto) sempre più vincolato o paritetico dell'azione amministrativa, alla luce del principio di uguaglianza sul quale si tornerà più avanti, non derogato dalla (peraltro solo eventuale) qualità istituzionalmente pubblica di una parte, avrebbe dovuto condurre, secondo una linea di prevedibile evoluzione storica valutata alla luce dei parametri costituzionali, all'ampliamento della giurisdizione del g.o. (al quale, del resto, sono state attribuite gran parte delle controversie in materia di pubblico impiego in conseguenza della, peraltro solo parziale, privatizzazione sostanziale del rapporto) e alla corrispondente limitazione di quella del g.a.

Esatta osservanza della legge, significa dunque – in termini moderni – rispetto da parte di tutti i giudici (ordinari, amministrativi, contabili e speciali) del limite esterno della giurisdizione, rispetto che il Costituente del 1947 ha demandato alla finzione di garanzia della Suprema Corte, facendo propria l'eccezione di «nomofilachia» adottata dai costituenti francesi settecenteschi (P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, Milano, 1920, III, 395 ss.; A. PRIZZORUSSO, *Corte di Cassazione in Enc. Giur. Treccani*) con affermazione di principio confermata dal legislatore costituzionale del 1999, che ha ritenuto pienamente compatibile il limite di sindacabilità delle decisioni del giudice amministrativo e contabile ad opera della Cassazione con i principi del giusto processo (cfr. primo, secondo e ultimo comma artt. 111 Cost. nel testo attualmente in vigore).

Questa evoluzione, infatti, è stata vista come rappresentativa della regressione dell'interesse legittimo in favore della categoria relazionale diritto-obbligo, a nulla rilevando che l'amministrazione conservi in tale rapporto posizioni di supremazia, sostenendosi che quale che sia la situazione soggiacente al provvedimento o all'omissione della p.a., quale che sia la condotta richiesta alla p.a., è il dovere di comportarsi secondo buona fede che grava su di essa e di tutelare l'affidamento degli amministrati che, ove violato, ne genera la responsabilità.

Queste osservazioni, pur fatte a scopo solo introduttivo dell'esposizione dei dubbi di legittimità costituzionale che seguirà, non sono superflue ai fini del giudizio di intrinseca razionalità dell'art. 34 d.lgs. n. 80/1998, sotto il profilo del coerente esercizio della discrezionalità legislativa con riguardo all'evoluzione storica del sistema e ai presupposti del nuovo riparto delle competenze giurisdizionali (l'intrinseca irragionevolezza sarà argomentata anche nel paragrafo 7 a), parte finale, e 9 a).

L'ampliamento delle attribuzioni del g.a. è stato realizzato facendo ricorso a quella giurisdizione esclusiva, residualmente disciplinata nel r.d. n. 1054/1924 e nella legge n. 1034/1971, che consentiva il superamento del vincolo costituito dall'impugnazione dell'atto e, soprattutto, l'estensione della giurisdizione amministrativa ai diritti soggettivi.

È della costituzionalità di questo ampliamento (riguardo alla specifica materia edilizia di cui tratta l'art. 34 d.lgs. n. 80/1998) che si dubita.

7. – Con riferimento agli art. 100, primo comma, 102, primo comma, 103, primo comma, e 113, primo comma, Cost.

La conformità della nuova giurisdizione esclusiva per materia ai suddetti parametri costituzionali è stata dal Consiglio di Stato e da una parte della dottrina affermata come conseguenza del superamento storico e dell'erosione (dimostrata anche dalla legislazione degli anni '90) del tradizionale criterio di riparto, ritenuto inattendibile, fondato sulla distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi; l'attribuzione al g.a. della cognizione dei diritti soggettivi – si sostiene – sarebbe consentita dall'art. 103, primo comma, Cost.; questa evoluzione del sistema, inoltre, sarebbe coerente con il principio delle pluralità delle giurisdizioni presente nella nostra carta fondamentale nonché con la specializzazione del g.a. a decidere nelle controversie «speciali» in cui sia parte una p.a.

Viceversa, per quanto riguarda l'uniforme interpretazione della legge (nomofilachia in senso generico) viene dalla Costituzione dettato un regime differenziato, attribuendosi alla Cassazione la relativa funzione solo per quanto concerne le sentenze del giudice ordinario o dei giudici, speciali e non contemplandosi invece la ricorribilità per violazione di legge delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti.

7.a) – È in sostanza contestato che il g.o. sia nel nostro ordinamento costituzionale il giudice naturale (su questo aspetto si tornerà al successivo p. 8) dei diritti soggettivi tra privati nonché tra privati e p.a., salvo le eccezioni specificamente previste dalla legge (che tali devono rimanere e che devono sempre avere adeguata e coerente giustificazione).

Ciò, invece, risulta dall'evoluzione storica del nostro ordinamento che fonda le proprie radici nella legge n. 2248, allegato E, del 1865: «Sono devolute alla giurisdizione ordinaria (...) tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa» (art. 2) e nel r.d. n. 1054 del 1924 che attribuisce «al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale di decidere sui ricorsi (...) contro atti e provvedimenti di una autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici» (art. 26).

Secondo autorevoli e condivisibili opinioni, la Costituzione, confermando il sistema in precedenza vigente, ha elevato i suddetti principi contenuti nella legge del 1865 a norme di ordine costituzionale, non modificabili, quindi, se non con il procedimento di revisione costituzionale; la carta costituzionale, inoltre, pur non innovando rispetto al criterio di riparto fondato sulle posizioni soggettive fatte valere (cioè, in sostanza, sulla causa petendi), ha segnato un deciso passo avanti verso le istanze di tutela dei privati nei confronti della p.a. (come è dimostrato dall'art. 113, secondo e terzo comma, Cost.).

Infatti, nel nostro ordinamento costituzionale il g.o. è, salvo eccezione, il giudice dei diritti con tendenziale generalità ed illimitatezza delle sue attribuzioni (in tal senso, v. Corte della Costituzione n. 641/1987). Ciò risulta chiaramente ed è dimostrato dall'art. 102, primo comma, della Costituzione («La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari»); dall'art. 113, primo comma («Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione [rispettivamente] ordinaria o amministrativa»); dalla residualità dell'attribuzione al g.a. della cognizione dei diritti soggettivi (art. 103, primo comma: «Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi») e, per converso, dalla possibilità riconosciuta al legislatore ordinario (v., in tal senso, Corte Costituzionale n. 32/1970), di cui il legislatore si è spesso avvalso, di attribuire al g.o. i poteri di annullamento dell'atto amministrativo (art. 113, secondo e terzo comma: «Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pub-

blica amministrazione ...»); dalla completezza della tutela offerta dal g.o. rispetto agli atti e ai comportamenti illeciti ovvero nell'ambito dell'attività di diritto privato della p.a. (com'è dimostrato dalla tendenziale pianificazione sostanziale di quest'ultima ai privati rivelata anche dalla sua progressiva sottoposizione al diritto comune) e dalla pienezza di cui è dotato il g.o. nella conoscenza dei vizi di legittimità dell'atto (compresi, almeno in parte, quelli derivanti dalla violazione della legge n. 241/1990), seppur ai soli fini della disapplicazione (v., tra le altre, Cass. S.U. n. 4670/1997); poi, soprattutto, dal diritto vivente (v. Cass. S.U. n. 500/1999) che, riconoscendo il diritto al risarcimento del danno (la cui prospettazione in giudizio è idonea da sola a radicare la giurisdizione ordinaria) nei casi di lesione di posizioni soggettive qualificabili non solo come interessi oppositivi (i c.d. diritti affievoliti) ma anche come interessi pretensivi ad opera dell'attività illegittima della p.a., ha contribuito a rafforzare l'equazione costituzionale «g.o. = giudice dei diritti», come effetto anche del superamento della tradizionale pregiudizialità del giudizio amministrativo di annullamento e dell'estensiva applicazione dell'istituto della «disapplicazione» dell'atto amministrativo.

Significativa della forza espansiva della giurisdizione ordinaria, del resto, è l'interpretazione estensiva data alla figura, che rileva ai fini del riparto delle giurisdizioni, della carenza di potere in concreto: «la giurisdizione è riservata al g.o. se il privato contesta in radice l'esistenza del potere discrezionale ovvero sostiene che il potere è esercitato al di fuori dei limiti posti dalle norme che lo regolano, con la riserva, comune ad entrambe le ipotesi, che il preteso diritto sia configurabile» (Cass. S.U. n. 776/1968).

Si deduce da queste considerazioni che l'asserito superamento storico della distinzione delle posizioni soggettive dei privati nei confronti della p.a. in diritti soggettivi ed interessi legittimi non solo deve fare i conti con la nostra carta costituzionale che su di essa fonda il riparto delle giurisdizioni ma, se è avvenuto, è stato a tutto vantaggio dei diritti soggettivi (v. par. 6).

7.b) – Si sostiene, inoltre, che il nuovo criterio di riparto delle giurisdizioni «per blocchi di materie» sarebbe giustificato dall'art. 103, primo comma, della Costituzione che consente l'attribuzione al g.a. della cognizione dei diritti nell'ambito della c.d. giurisdizione esclusiva.

La residualità delle controversie appartenenti a questa giurisdizione (come da elenco contenuto negli artt. 29 r.d. n. 1054/1924 e 7 legge n. 1034/1971), caratterizzata tradizionalmente dalla sicura e necessaria compresenza o coabitazione nella stessa controversia dedotta in giudizio (e non già genericamente nella stessa materia) di posizioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo legate da un inestricabile nodo gordiano, è ben presente nella Carta costituzionale che, nell'art. 103, primo comma, consente al giudice degli interessi la cognizione «in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi»; e si deduce, inoltre, dal divieto (stabilito dagli artt. 30,

secondo comma, r.d. n. 1054/1924 e 7, terzo comma, legge n. 1034/1971) per il g.a. di conoscere nelle stesse controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva dei diritti patrimoniali consequenziali (significativa nel senso della rilevanza di questa limitazione, prima delle leggi nn. 59/1997 e 205/2000, è la sent. n. 292/2000 della Corte cost.).

Sostanzialmente coerente con l'attribuzione costituzionale della cognizione dei diritti al g.o., che si risolve anche in un vincolo per il legislatore ordinario (v. p. 8), è l'evoluzione della giurisdizione esclusiva, caratterizzata dall'attribuzione al g.a. non di blocchi di materie ma di specifiche controversie caratterizzate dalla compresenza delle due posizioni soggettive tradizionali (si pensi al criterio di riparto in materia concessoria ai sensi dell'art. 5, primo e secondo comma, legge n. 1034/1971).

Anche nella legislazione degli anni '90 (v. rif. al p. 6), che pure ha segnato l'inizio della metamorfosi della giurisdizione esclusiva, vi è traccia della tendenza normativa a conservare al g.o. la cognizione dei diritti (si vedano gli artt. 33 legge n. 287/1990, che attribuisce al g.a. la giurisdizione sui ricorsi avverso i provvedimenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato e al g.o. la giurisdizione sulle azioni di nullità e di risarcimento del danno derivanti dalle violazioni delle norme di settore, e 7, commi 11 e 13, legge n. 74/1992, che attribuisce al g.a. in via esclusiva di decidere sui ricorsi avverso le decisioni adottate dall'autorità garante ma fa salva la giurisdizione ordinaria in materia di concorrenza sleale). Non può negarsi, peraltro, che la struttura impugnatoria dei giudizi e la natura amministrativa delle c.d. autorità indipendenti solo apparentemente costituiscono elementi idonei a giustificare la giurisdizione (esclusiva) del g.a. nell'accezione tradizionale di cui s'è parlato (l'unica costituzionalmente accettabile), stante la potenziale consistenza (esclusiva) di diritto delle posizioni soggettive incise dalle decisioni delle stesse autorità; del resto, in controtendenza, la legislazione recente offre spunti nel senso della riaffermazione della giurisdizione ordinaria in materia di diritti nonostante la natura amministrativa dell'autorità e la struttura impugnatoria del giudizio (v. art. 29 legge n. 675/1996 in materia di protezione dei dati personali).

Il legislatore del 1998 e del 2000 ha invece segnato in modo deciso l'abbandono della tradizionale concezione della giurisdizione esclusiva e l'approdo ad un nuovo tipo di giurisdizione nella quale la cognizione dei diritti da parte del g.a. prescinde del tutto dalla coesistenza (e, quindi, dalla cognizione da parte dello stesso giudice), nella specifica controversia, di posizioni di interesse legittimo.

È evidente che se è assente un interesse legittimo (configurabile rispetto all'esercizio di un'attività amministrativa discrezionale della p.a. e cioè, in altri termini, nelle controversie in cui la p.a. agisca come pubblico potere) e se la posizione soggettiva del privato è di esclusivo diritto soggettivo (perché l'azione proposta in giudizio è di risarcimento del danno, com'è appunto

avvenuto nella controversia in esame, ovvero perché il privato si oppone all'attività illecita o materiale della p.a. ovvero perché si tratta di diritti incompressibili ovvero perché la p.a. agisce *iure privatorum*), cioè in altri termini se è assente quell'inestricabile nodo gordiano delle posizioni soggettive azionate in giudizio che consente al giudice degli interessi di conoscere anche dei diritti (la cui cognizione è riservata dalla Costituzione al g.o.), consistente è il dubbio della legittimità costituzionale (v., sul punto, le osservazioni di Cass. S.U. n. 5559/1981 in materia elettorale e di Cass. S.U. n. 2957/1984 in materia di concessioni edilizie nella legge n. 10/1977).

Il medesimo dubbio non è fugato accogliendo l'autorevole opinione secondo cui la giurisdizione esclusiva consiste in «qualcosa di diverso di un puro e semplice trasferimento di controversie su diritti soggettivi; è stato il conferimento, a quel giudice [il g.a.], di un intero territorio popolato sia da diritti soggettivi che da interessi legittimi, ma soprattutto da figure in cui le dette situazioni si presentavano e si presentano così connesse e di tanto incerta qualificazione da suggerire la soluzione dell'attribuzione in blocco ad un giudice unico delle controversie che le riguardano».

Il legislatore del 1998 e del 2000, infatti, ha attribuito la cognizione di intere materie al g.a. a prescindere da ed in mancanza di qualsiasi incertezza nella qualificazione delle posizioni soggettive fatte valere in termini di diritto soggettivo (si pensi alla domanda di risarcimento del danno nella controversia in esame nell'ambito della materia edilizia ove la situazione giuridica sostanziale dedotta è indiscutibilmente di diritto all'integrità patrimoniale).

Dei seri dubbi di costituzionalità di questa scelta legislativa è consapevole anche la Corte di Cassazione «atteso che detta norma [l'art. 103 Cost.] nel costituzionalizzare la giurisdizione speciale del giudice amministrativo, ne ha contestualmente anche circoscritto l'ambito a controversie comunque correlate all'interesse generale, in quanto volte alla tutela di (collegate) posizioni di interesse legittimo o «in casi particolari» «anche» di diritti soggettivi, senza possibilità di indiscriminata estensione a tipologie di liti, come quella in esame, coinvolgenti unicamente diritti patrimoniali» (sent. n. 72/2000).

Del resto, pur accedendo alla tesi secondo cui il costituente (all'art. 103, primo comma) avrebbe dato facoltà al legislatore di attribuire al g.a. la cognizione di posizioni qualificabili immediatamente come diritti soggettivi, a prescindere cioè dalla coesistenza con interessi legittimi ovvero dall'incertezza nella qualificazione della situazione sostanziale, il dubbio di legittimità costituzionale persiste: questa facoltà, infatti, com'è dimostrato dalla storia della giustizia amministrativa e dall'assetto costituzionale delle giurisdizioni, non può che essere un'eccezione («in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi») e sempre giustificata da un significativo grado (sul quale si tornerà più avanti) di peculiarità della controversia in cui sia parte una p.a. (alla «peculiarità» della controversia hanno fatto riferimento,

ad es., le sentt. della Corte della Costituzione n. 185/1981 e 100/1984 per giustificare la costituzionalità dell'attribuzione al g.a. delle controversie sull'indennità di buonuscita dei dipendenti dello Stato e delle aziende autonome).

È evidente che la recente attribuzione al g.a. di intere relevantissime materie (edilizia, urbanistica, servizi pubblici, gare e procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture in qualsiasi materia, oltre a quelle, considerevoli, già attribuite negli anni '90), per giunta spesso di generica e incerta identificazione (cosa che contribuisce ad interpretazioni ancor più estensive), ha oggettivamente determinato un'inversione nel rapporto tra la regola (che ha nel g.o. il giudice dei diritti nei confronti anche della p.a.: «la funzione giurisdizionale dev'essere esercitata, salve le eccezioni introdotte nella stessa Costituzione, dai magistrati ordinari»: in tal senso, v. Corte della Costituzione n. 41/1957) e l'eccezione, facendo così di quest'ultima la regola e configurando il g.a. come nuovo giudice ordinario nelle controversie in cui sia parte una p.a., in violazione anche dell'art. 100, primo comma, della Costituzione che significativamente lo considera come giudice «nell'amministrazione» e non «dell'amministrazione».

7.c) – La legittimità della scelta operata dal legislatore è sostenuta da alcuni autori che hanno invocato l'inesistenza nel nostro ordinamento di un principio di unità della giurisdizione, avendo la Costituzione optato per il diverso principio della pluralità delle giurisdizioni, cosa che giustificerebbe l'esistenza di giudici diversi specializzati in settori diversi dell'ordinamento.

Pur ammettendo questa premessa (ma la Corte costituzionale ha più di una volta affermato esistente nel nostro ordinamento il principio generale, pur tendenziale, di unità della giurisdizione: v. sentt. n. 41/1957 cit.; 48/1959), questi autori però non arrivano al punto di intendere la pluralità delle giurisdizioni nel senso di ammettere l'esistenza di più giudici che decidano controversie identiche ovvero non caratterizzate da una sostanziale ed intrinseca reciproca diversità con riguardo all'oggetto e alle posizioni soggettive delle parti. Infatti, essi leggono il principio di pluralità delle giurisdizioni in funzione di una assenta specificità delle materie devolute al g.a., in considerazione della peculiarità della p.a. come parte pubblica ovvero della rilevanza pubblica dell'oggetto della controversia.

Tuttavia, le circostanze che nella controversia sia parte una p.a. ovvero, ancor meno, che il suo oggetto presenti un interesse pubblico ovvero che le leggi applicabili al rapporto siano (secondo un evanescente concetto) di natura «amministrativa», sono del tutto irrilevanti perché è alla consistenza delle posizioni soggettive fatta valere, in connessione al bene della vita chiesto in giudizio (*petitum*), che occorre aver riguardo ai fini del riparto delle giurisdizioni. Come un autorevole studioso scrisse nel 1964: «è importante affermare la vigenza del principio della giurisdizione unica poiché esso presuppone che i diritti soggettivi del privato siano tali non solo nei confronti degli altri privati, ma anche nei confronti dell'autorità amministrativa; da

questo presupposto consegue che giudice delle controversie con la pubblica amministrazione in ordine ai diritti soggettivi deve essere lo stesso giudice delle analoghe controversie tra privati».

Se la situazione soggettiva vantata è di diritto soggettivo, è perché la p.a. si è posta sullo stesso piano del privato compiendo un'attività (in senso lato) illecita o agendo *iure privatorum*, sicché ogni assenta specificità viene meno e non può rilevare nella sede giurisdizionale, così come non sembra che possa giustificare il nuovo criterio del riparto un'asserita specializzazione del g.a. a decidere nelle cause con la p.a., aventi natura civilistica, tradizionalmente riservate al g.o.

8. – Con riferimento agli art. 25, primo comma, e 102, secondo comma, Cost.

La scelta del legislatore di attribuire al g.a. gran parte delle controversie in cui sia parte una p.a. dev'essere esaminata anche sotto il profilo della sua conformità al principio costituzionale del giudice naturale.

La diffusa tendenza a identificare il principio espresso dall'art. 25, primo comma, della Costituzione («Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge») in quello di giudice precostituito per legge, così risolvendolo nel divieto di costituzione del giudice *post factum*, farebbe ritenere questo principio non utilizzabile al fine di sindacare la costituzionalità delle leggi che incidono sulla materia giurisdizionale, come se la costituzione avesse riconosciuto al legislatore una discrezionalità piena ed insindacabile in fatto di organizzazione delle giurisdizioni.

Questa affermazione, anche alla luce di influssi provenienti da ordinamenti stranieri vicini alla nostra esperienza, merita forse di essere rivista almeno con riguardo a leggi (come il d.lgs. v. 80/1998 e la legge n. 205/2000) che incidono su profili non secondari o semplicemente procedurali della giurisdizione (ad esempio in materia di regolamentazione del processo o della competenza del singolo giudice) ma, in maniera relevantissima, sull'ordine costituzionale delle giurisdizioni. Questa espressione – che ha radice nella costituzione rivoluzionaria francese del 16-24 agosto 1790 (il cui art. 17 disponeva: «l'ordine costituzionale delle giurisdizioni non potrà essere alterato, né le parti sottratte ai loro giudici naturali») ed alla quale molti paesi hanno fatto riferimento come modello per l'edificazione dei moderni Stati di diritto – è significativa nel senso che nel concetto di giudice naturale (e di giudice in senso lato in uno Stato democratico) confluiscono tutti i valori e i caratteri fissati nella costituzione.

In questo senso il principio del giudice naturale si può interpretare (e lo è stato in altri paesi; ad esempio in Germania ove lo stesso principio è affermato nell'art. 101 della legge fondamentale) come vincolante per lo stesso legislatore ordinario che non potrebbe alterare l'ordine costituzionale, cioè quel nucleo di principi che giustificano l'«essere giudice» in uno Stato di diritto. È significativa, ad es., una decisione del Consiglio della Costituzione francese che dichiarò incostituzionale una legge che attribuiva al g.o. il

potere esclusivo di decidere sulla legittimità di determinati atti amministrativi, affermando che «va inserito tra i «principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica» quello secondo cui, ad eccezione delle materie riservate per natura all'autorità giudiziaria, appartiene in ultima istanza alla competenza della giurisdizione amministrativa il contenzioso relativo all'annullamento e alla riforma degli atti amministrativi che costituiscono l'espressione dei pubblici poteri» (CC. n. 86-224, 23 gennaio 1987).

In Italia l'«essere giudice» riceve sostanza dai caratteri e dalle attribuzioni stabilite dalla Costituzione che riservano al g.o. la cognizione dei diritti e, nelle controversie aventi ad oggetto principale (e forse esclusivo) la valutazione di legittimità dell'azione della p.a. come potere pubblico, al g.a. la cognizione degli interessi legittimi: questa regola può subire eccezioni ma non stravolgimenti.

Anche la Corte costituzionale, del resto, affermando, ad esempio, «la maggiore idoneità del giudice ordinario alla cura di interessi concernenti rapporti di natura paritaria» (v. sent. n. 641/1987) ovvero che «la Corte dei conti è il giudice naturale in materia di pensioni a totale carico dello Stato» (v. ord. n. 388/1990), ha accolto del principio del giudice naturale un'interpretazione non tradizionale ma attenta ai valori su cui si fonda l'ordine costituzionale delle giurisdizioni, la cui violazione da parte del legislatore diviene suscettibile di controllo dal giudice delle leggi sotto il profilo della violazione anche dell'art. 102, secondo comma, della Costituzione («Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali»): la sottrazione al g.o. della controversie sui diritti nell'intera materia urbanistica ed edilizia (per quanto qui interessa), infatti, finisce per connotare il g.a. come giudice speciale o straordinario vietato dalla Costituzione.

9. – Con riferimento agli artt. 3, primo comma, 24 e 111, settimo e ottavo comma (nella nuova numerazione *ex lege* Costituzionale n. 2/1999), Cost.

9.a) – Ancor più grave è il dubbio di costituzionalità con riguardo al principio di uguaglianza («Tutti i cittadini [...] sono eguali davanti alla legge»: art. 3), di cui costituisce aspetto fondamentale l'uguaglianza davanti alla giustizia e alla giurisdizione (art. 24): da qui la regola che le controversie aventi una natura giuridica uguale o affine siano giudicate dalla medesima giurisdizione o da giurisdizioni strettamente identiche anche nelle regole di composizione (*cf.*, ad es., Consiglio Costituzionale francese, n. 86-213, 3 ottobre 1986).

Il disegno legislativo di unificare dinanzi al g.a. – che è giudice diverso nella composizione rispetto al g.o. e privo di adeguata copertura costituzionale a garanzia della sua indipendenza e autonomia (v. l'art. 104, primo comma: «La magistratura [ordinaria] costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere», in confronto agli artt. 100, terzo comma e 108, secondo comma, Cost.: «La legge assicura l'indipendenza [del g.a.]»; v. anche gli articoli sul C.S.M.: 104, secondo comma e ss., e 105) — tutte le

controversie (e, anzi, il che fa dubitare anche dell'intrinseca logicità della legge, solo quelle ritenute di maggiore rilevanza) in cui sia parte una p.a. aliena, come si è già detto, il dubbio di costituzionalità per la disparità di trattamento tra i cittadini dinanzi alla giurisdizione, essendo l'individuazione del giudice fatta dipendere dalla qualità soggettiva di una parte (la p.a.), alla quale la Costituzione, specie quando essa non esercita un «potere» riconosciute dalla legge o si rapporta ai privati su un piano di parità, non riconosce alcun privilegio o statuto particolare (si pensi all'ingiustificata disparità di trattamento che, nella stessa materia edilizia, si avrebbe se la controversia coinvolga solo privati, che rimarrebbe al g.o. pur se, ad es., il fatto illecito dedotto abbia causa in una condotta o in un comportamento dell'amministrazione, ovvero sia proposta direttamente nei confronti di una p.a.). Il dubbio di costituzionalità è aggravato dalla mancanza di elementi normativi sicuri per identificare nell'attuale momento storico il soggetto «p.a.», stante la tendenza (di cui s'è fatto cenno al paragrafo 6) a valorizzare a questo fine parametri incerti ed evanescenti come quelli dell'interesse pubblico dell'attività svolta e a svalutare altri più sicuri quali la forma e la struttura giuridica del soggetto, con il conseguente rischio di ampliare a dismisura la giurisdizione amministrativa attribuendole ogni controversia avente una generica rilevanza pubblica (come se questa fosse incompatibile con la cognizione da parte del g.o.). La concretezza di questo rischio, del resto, è corroborato dal nuovo testo dell'art. 34 sostituito dalla legge n. 205/2000 che, nel devolvere al g.a. le controversie in materia edilizia, fa riferimento agli atti, ai provvedimenti e ai comportamenti non solo delle amministrazioni pubbliche ma anche «dei soggetti alle stesse equiparati».

9.b) – Un ulteriore e ancor più grave dubbio di costituzionalità è stato prospettato con riguardo all'art. 111, ora settimo e ottavo comma, della Costituzione («Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge... Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione»).

Come rilevato dalla Corte di cassazione (v. sent. S.U. n. 72/2000 cit.): «Anche l'art. 3 della Costituzione potrebbe risultare vulnerato, sia sotto il profilo della (dubbia) ragionevolezza di una scelta distributiva tra due diversi plessi giurisdizionali di controversie identicamente attinenti a vicende di inadempienza di obbligazioni di diritto comune; sia sotto il profilo dell'egualianza, cui si riconduce l'esigenza della uniforme interpretazione della legge che (stante la non ricorribilità delle sentenze dei giudici amministrativi per violazione di legge *ex art.* 360, n. 3, c.p.c.) non avrebbe, viceversa, strumento alcuno per attuarsi a fronte di differenti orientamenti (e di un diverso «diritto vivente», quindi) che dovesse (e lo potrebbe) formarsi in ordine a medesime disposizioni codicistiche nelle non comunicanti giurisprudenze dei giudici ordinari e amministrativi».

La previsione costituzionale dell'impugnabilità delle sentenze del g.a. per i soli motivi inerenti alla giurisdizione alle sezioni unite della Cassazione aveva nel sistema la razionale giustificazione nella sufficiente eterogeneità ed incomparabilità dei territori occupati dai diversi plessi giurisdizionali, sicché ridotto era il pericolo di orientamenti giurisprudenziali contrastanti e l'uniforme interpretazione della legge era assicurata dalla Corte di cassazione nell'ambito della giurisdizione ordinaria e dal Consiglio di Stato (e dalla Corte dei conti) nell'ambito della giurisdizione amministrativa.

La situazione oggi è del tutto mutata: l'attribuzione al g.a. della giurisdizione esclusiva su interi settori dell'ordinamento e la pienezza dei poteri decisorii riconosciutigli (si veda il già citato comma 4 dell'art. 35 d.lgs. n. 80/1998, mod. dalla legge n. 205/2000, che ha conferito al g.a. il potere risarcitorio anche al di fuori della giurisdizione esclusiva e nell'ambito della sua giurisdizione generale di legittimità) rendono concreto e forte il rischio di contrasti giurisprudenziali tra le decisioni dei due giudici, essendo il g.a. ormai proiettato in una dimensione civilistica che fino a ieri era territorio esclusivo del g.o. (si pensi alle categorie, che dovranno d'ora in poi essere applicate da t.a.r. e Consiglio di Stato, del danno ingiusto, dell'imputabilità del danno, del rapporto di causalità, del danno emergente e del lucro cessante, del diritto all'integrità patrimoniale, della perdita di chance, della libera determinazione negoziale ecc.).

La non impugnabilità in Cassazione delle sentenze del g.a. per violazione di legge confligge con il principio di uguaglianza non solo per la disparità dei gradi di giudizio cui sono soggette le decisioni dei due plessi giurisdizionali (la Corte costituzionale, peraltro, non ha mancato di sottolineare la garanzia insita nella «sussistenza di tre gradi di giurisdizione»: v. sent. n. 641/1987 *cit.*) ma, soprattutto, per la grave ed ingiustificata deroga al principio di nomofilachia esercitato dalla Cassazione (cui spetta di assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale»), ai sensi dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario. Questo principio, avente copertura costituzionale nell'art. 111 della Costituzione (e in relazione al quale vanno letti anche gli artt. 363, 374, comma 2, 376, comma 3, 384, comma 2, c.p.c.), svolge la funzione (assicurata anche dalla prevedibilità delle decisioni giurisdizionali) di realizzare l'unità e la certezza del diritto e, soprattutto, l'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge e cioè alla sua interpretazione, la quale postula la necessità di sottoporre fattispecie identiche o simili (profilo questo sul quale non può incidere la qualità soggettiva delle parti) a identica disciplina. Si tratta di un dubbio di costituzionalità reso ancor più grave dall'essere il principio di uguaglianza annoverato tra i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, non derogabile nemmeno dal legislatore costituente in sede di revisione costituzionale (v. Corte Costituzionale n. 1146/1988).

(omissis)

I

CORTE COSTITUZIONALE, ordinanza 10 aprile 2001, n. 105 - *Pres. Ruperto - Red. Mezzanotte - B. M. ed altri c. Presidente del Consiglio dei Ministri (avv. Stato Caramazza).*

Straniero - Espulsione amministrativa - Impossibilità di eseguire con immediatezza la misura - Trattenimento presso centri di permanenza temporanea - Necessaria convalida giudiziaria - Mancata previsione della convalida del provvedimento di accompagnamento - Non fondatezza nei sensi di cui in motivazione.

(Cost., art. 13, commi 2 e 3; D.Lgs. 25 luglio 1998 n. 286, art. 13, commi 4, 5 e 6 art. 14, comma 4).

Straniero - Espulsione amministrativa - Trattenimento dello straniero presso centri di permanenza temporanea - Automatica permanenza per complessivi 20 giorni - Mancata previsione di provvedimento motivato dell'Autorità Giudiziaria - Asserita violazione del principio di riserva di giurisdizione - Infondatezza.

(Cost., art. 13, commi 2 e 3; D.Lgs. 25 luglio 1998 n. 286, art. 14, comma 5).

È infondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, commi 4, 5 e 6 e dell'art. 14, comma 4, del decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286 in riferimento all'art. 13, commi 2 e 3 della Costituzione, nella parte in cui non prevedono che il giudizio di convalida dell'autorità giudiziaria avente ad oggetto il trattenimento dello straniero nei centri di permanenza temporanea, strumentale al successivo accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, quale modalità di esecuzione di una espulsione amministrativa, non si estenda a tale accompagnamento e non prevedono che la mancata convalida della misura del trattenimento non determini automaticamente la cessazione dell'efficacia del provvedimento di espulsione (1).

È infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 nella parte in cui non prevede che la permanenza nel centro dello straniero consegua a provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria che ne determini il periodo di durata, nel rispetto del limite massimo di venti giorni (prorogabili per altri dieci), in quanto nonostante tale mancata espressa previsione il termine fissato dalla disposizione di legge costituisce un tempo massimo di restrizione della libertà personale entro il quale il giudice della convalida è libero di operare restrizioni (2).

(1-2) Le affermazioni di principio contenute nella sentenza in rassegna apparivano pienamente condivisibili. Non espressamente risolto appare, peraltro, il problema della costituzionalità o meno della norma che prevede l'accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera non collegato con una misura di trattenimento nei centri di permanenza. Né poteva essere diversamente in quanto, come la Corte ha avuto cura di sottolineare, la questione sarebbe stata, nella specie, non rilevante.

Sul punto si riscontrano, nella giurisprudenza costituzionale, due orientamenti difformi: l'uno, in materia di rimpatrio con foglio di via obbligatorio (Corte Cost., 23 giugno 1956, n. 2, in *Foro It.* 1956, I, 1043 e, da ultimo, 31 maggio 1995 n. 210), l'altro in materia di accompagnamento coattivo disposto dall'autorità di pubblica sicurezza ex art. 15 T.U.L.P.S. (Corte Cost., 2 febbraio 1972 n. 13, in *Foro It.* 1972, I, 578). La sentenza in rassegna sembra propendere per il primo, ma le relative affermazioni non sembrano fatte in sede di esternazione della *ratio decidendi*.

II

CORTE COSTITUZIONALE, ord. 25 luglio 2001, n. 297 - *Pres. Ruperto - Red. Mezzanotte* - T. A. c. Presidente del Consiglio dei Ministri (avv. Stato Caramazza).

Straniero - Trattenimento presso centri di permanenza temporanea - procedimento di convalida - Poteri del giudice - Violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa - Manifesta inammissibilità.

(Cost. art. 3, 10, 11, 13, 24 e 111; D.Lgs. 25 luglio 1998 n. 286, art. 14, commi 3, 4 e 5; D.P.R. 31 agosto 1999 n. 394, art. 20).

È manifestamente inammissibile, in quanto priva dell'indefettibile presupposto della incidentalità, per avere il giudice remittente esaurito la sua potestas iudicandi, (nella specie, disponendo l'immediato rilascio dello straniero), la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 3, 4 e 5 D.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, in riferimento agli artt. 3, 10, 11, 13, 24 e 111 della Costituzione nella parte in cui dispone, rispettivamente, che al procedimento di convalida del provvedimento di trattenimento presso un centro di permanenza temporanea dello straniero si applichi la disciplina degli artt. 737 e seguenti del codice di procedura civile; nella parte in cui preclude al giudice ogni accertamento di merito (in ordine alla possibile sussistenza di condizioni preclusive dell'accompagnamento immediato alla frontiera, nonché alla ricorrenza di ipotesi di divieto di espulsione a favore dello straniero); nella parte in cui non prevede l'obbligo di avviso al difensore dell'inizio del trattenimento, contestualmente alla comunicazione al giudice; nonché, infine, nella parte in cui non stabilisce un limite massimo per il cumulo di vari periodi successivi di trattenimento fondati sul medesimo decreto di espulsione e non consente al giudice di determinarne il ragionevole limite massimo di durata.

È manifestamente inammissibile, per le stesse considerazioni oltre che per l'ulteriore ragione che trattasi di disposizione regolamentare, inidonea come tale a radicare la competenza della Corte Costituzionale, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 20 del d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394. (3)

I

(omissis)

Nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 540, comma 1, del codice di procedura penale, promosso con ordinanza emessa il 30 settembre 1998 dal Tribunale di Catanzaro nel procedimento penale a carico di V. P., iscritta al n. 858 del registro ordinanze 1998 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 48, prima serie speciale, dell'anno 1998.

(3) L'ordinanza in rassegna sanziona due indubbi e pacifici profili di inammissibilità. Le questioni di merito non risolte appaiono in parte decise dalla sentenza 105/2001 ed in parte, in particolare per quanto attiene alla legittimità della procedura *ex art. 737 e ss. c.p.c.*, dell'ordinanza 17 maggio 2001 n. 140, che la ha ritenuta idonea «ad assicurare il rispetto dell'essenzialità del contraddittorio e delle altre generali regole processuali, come la possibilità di partecipazione dell'interessato e dell'amministrazione».

Visto l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei Ministri;

Udito nella camera di consiglio del 22 marzo 2000 il giudice relatore Cesare Ruperto.

Ritenuto che il Tribunale di Catanzaro – dopo aver pronunciato, nel corso d'un giudizio di primo grado, la condanna dell'imputato alla pena inflitta ed al risarcimento dei danni in favore delle parti civili costituite – ha sollevato, con ordinanza del 30 settembre 1998, emessa a scioglimento della formulata riserva di provvedere sull'istanza delle parti civili per la concessione della provvisoria esecuzione del capo di sentenza concernente gli interessi civili, questione di legittimità costituzionale dell'art. 540, primo comma, del codice di procedura penale, «limitatamente all'inciso “quando ricorrono giustificati motivi”»;

che, secondo il rimettente, la norma denunciata, subordinando alla ricorrenza di «giustificati motivi» la provvisoria esecuzione del capo della sentenza riguardante la condanna al risarcimento dei danni od alle restituzioni pronunciata in primo grado dal giudice penale, contrasta:

a) con l'art. 3 della Costituzione, per l'irragionevole disparità di trattamento rispetto al danneggiato che, avendo esercitato l'azione risarcitoria o restitutoria nel processo civile, fruisce del regime di incondizionata provvisoria esecutività delle sentenze civili di primo grado previsto dall'art. 282 del codice di procedura civile, come novellato dall'art. 33 della legge 26 novembre 1990, n. 353;

b) con l'art. 24 della Costituzione, per la conseguente limitazione della tutela degli interessi civili nel processo penale, rispetto a quella ottenibile nel processo civile;

che, per il giudice *a quo* la sottolineata diversità di disciplina non potrebbe trovare giustificazione – contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 94 del 1996 – in una minore frequenza delle impugnazioni riguardanti i soli interessi civili nel processo penale, perché tale ipotesi (specificamente prevista dagli artt. 573 e 574, primo comma, cod. proc. pen.) comunque non potrebbe essere sottratta alla comparazione con i casi simili in un sindacato di costituzionalità condotto alla stregua dell'art. 3 Cost., e neppure nell'asserita estraneità al processo penale dell'esigenza di scoraggiare impugnazioni meramente dilatorie dei capi di sentenza concernenti gli interessi civili, perché – al contrario – la finalità deflattiva di tali impugnazioni ricorrerebbe e si prospetterebbe anche in questa evenienza;

che, quanto alla rilevanza della questione, il Tribunale osserva che, non essendo stati nella specie prospettati dalle parti interessate né comunque risultando altrimenti i «giustificati motivi» richiesti dalla norma denunciata, l'accoglimento delle prospettate censure di costituzionalità impedirebbe il rigetto dell'istanza di provvisoria esecuzione proposta dalle parti civili;

che è intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei Ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, concludendo per la declaratoria di manifesta infondatezza della questione, già dichiarata infondata con la sentenza della Corte n. 94 del 1996.

Considerato che questa Corte, con la sentenza n. 94 del 1996, ha già dichiarato infondata identica questione, in primo luogo evidenziando (alla stregua della propria giurisprudenza) la discrezionalità riservata al legislatore nel modulare le condizioni di accesso all'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali nei diversi tipi di giudizi, con il solo limite della non irrazionale predisposizione degli strumenti di tutela, senza che l'art. 282 cod. proc. civ. possa assumere il valore di «precetto inderogabile» rispetto al quale debbano necessariamente modellarsi le altre previsioni normative concernenti il regime di esecutività delle pronunce; in secondo luogo, escludendo che la denunciata norma violi l'art. 3 Cost., per le fondamentali ragioni che: *a*) una volta compiuta dall'interessato – in piena autonomia e previa valutazione comparativa dei vantaggi e degli svantaggi connessi, come consentito dal codice di procedura penale – la scelta di ottenere tutela risarcitoria o restitutoria nel processo penale, invece che nel processo civile, non è dato sfuggire agli effetti che da tale opzione conseguono, per via della struttura e della funzione del giudizio penale, alle quali l'azione civile deve necessariamente adattarsi, in ragione delle esigenze di pubblico interesse sottese all'accertamento del fatto reato, dal quale scaturiscono insieme le conseguenze di carattere penale e civile, ferma la presunzione di non colpevolezza dell'imputato, ai sensi dell'art. 27, secondo comma, Cost., sino al passaggio in giudizio della condanna penale; *b*) la finalità di scoraggiare impugnazioni meramente dilatorie, perseguibile attribuendo la provvisoria esecutività a tutte le sentenze di primo grado, appare bensì coerente con il nuovo modello strutturale del giudizio civile, ma risulta estranea alla dinamica del gravame nel processo penale, data l'improbabilità, nella realtà effettuale, di un pur possibile appello dell'imputato con riguardo al solo capo di condanna concernente il risarcimento del danno;

che il rimettente non prospetta nuovi profili della già esaminata questione, ma si limita a criticare alcune argomentazioni marginalmente svolte nella citata sentenza, delle quali non ha colto il senso, che è quello di sottolineare come – nel quadro della necessaria conformazione dell'azione civile esercitata nel processo penale alla struttura e funzione di quest'ultimo – l'esigenza di scoraggiare, attraverso la soppressione dell'effetto sospensivo dell'appello, impugnazioni meramente dilatorie, si manifesta con diversa evidenza e peso nel processo civile rispetto al processo penale, dove l'imputato ha la possibilità di perseguire il suo eventuale intento dilatorio con l'appello dell'intera sentenza di condanna penale; per cui non irragionevole è da ritenersi la scelta del legislatore di differenziare il regime dell'esecutività delle sentenze di primo grado di condanna al risarcimento dei danni od alle restituzioni, a seconda della loro pronuncia nel processo penale od in quello civile;

che non sussistono dunque ragioni per mutare l'avviso espresso con la citata sentenza n. 94 del 1996 e, pertanto, la questione va dichiarata manifestamente infondata.

Visti gli artt. 26, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, e 9, secondo comma, delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

Per questi motivi
La Corte Costituzionale

Dichiara la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 540, primo comma, del codice di procedura penale, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, dal Tribunale di Catanzaro con l'ordinanza di cui in epigrafe. (*omissis*)

II

(*omissis*)

Ritenuto che, nel corso di un giudizio di appello – proposto dall'INPS avverso la sentenza di primo grado, con la quale il pretore di Verbania aveva riconosciuto il diritto di due pensionati di ottenere, in luogo del trattamento di vecchiaia per il relativo periodo, il trattamento di disoccupazione per i lavoratori frontalieri in Svizzera, ai sensi della legge 12 giugno 1984, n. 228 – il Tribunale di Verbania, in funzione di giudice del lavoro, con ordinanza emessa il 29 gennaio 1998, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 38 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 7, del decreto-legge 20 maggio 1993, n. 148 (Interventi urgenti a sostegno dell'occupazione), convertito con modificazioni nella legge 19 luglio 1993, n. 236, nonché dell'art. 2, comma 5, del decreto-legge 16 maggio 1994, n. 299 (Disposizioni urgenti in materia di occupazione e di fiscalizzazione degli oneri sociali), convertito con modificazioni nella legge 19 luglio 1994, n. 451, «nella parte in cui non prevedono che all'atto di iscrizione nelle liste di mobilità i lavoratori che fruiscono di pensione di vecchiaia possano optare tra tale trattamento e quello di mobilità»;

che il Tribunale rimettente, in termini di rilevanza della questione, ritiene la fondatezza del gravame, per avere il giudice di primo grado – in contrasto col principio generale di rigida incompatibilità affermato dall'impugnato art. 6, comma 7, del decreto-legge n. 148 del 1993, solo in parte corretto dall'altrettanto censurato art. 2, comma 5, del decreto-legge n. 299 del 1994 – erroneamente applicato in via analogica al caso oggetto del giudizio principale i *dicta* portati dalla sentenza n. 218 del 1995 [successivamente ribaditi nell'ordinanza n. 466 del 1995, resa su analoga questione], con cui la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo proprio l'art. 6, comma 7, nella parte in cui non prevede che all'atto di iscrizione nelle liste di mobilità i lavoratori che fruiscono dell'assegno o della pensione di invalidità possano optare tra tali trattamenti e quello di mobilità nei modi e con gli effetti previsti dagli artt. 2, comma 5, e 12, comma 2, del menzionato decreto-legge n. 299 del 1994;

che, a giudizio del rimettente, pur non essendo consentita dalla specificità della fattispecie la diretta estensione della richiamata pronuncia al caso di concorso tra trattamento di disoccupazione e pensione di vecchiaia, tuttavia gli stessi argomenti posti a base di quella declaratoria di illegittimità

costituzionale (fondati sul corretto contemperamento della discrezionalità del legislatore nello stabilire eventuali rapporti di cumulabilità ovvero di incompatibilità tra diverse prestazioni previdenziali ed assistenziali, alla luce della necessità di preservare l'equilibrio della finanza pubblica, con gli altri valori costituzionali in gioco, rappresentati dalle esigenze della solidarietà e della liberazione dal bisogno del soggetto e dal principio di uguaglianza e ragionevolezza, che la concentrazione dell'intervento del sistema di sicurezza sociale in un'unica prestazione deve comunque soddisfare) portino a ritenere l'illegittimità dell'applicazione del rigido criterio dell'incompatibilità anche al caso in cui il soggetto astrattamente titolare di trattamento di disoccupazione goda di pensione di vecchiaia;

che, sempre secondo il Tribunale, la situazione del vecchio-disoccupato è infatti equiparabile a quella dell'invalido-disoccupato; ed il contrasto con il principio di ragionevolezza e di uguaglianza si manifesta con maggiore evidenza nel caso in cui (come nella specie) la pensione di vecchiaia non sia integrata al minimo, e venga erogata per importi di modestissima entità, rendendosi così negativo il giudizio di sufficienza dell'attribuzione di un unico trattamento previdenziale per garantire al lavoratore assicurato mezzi adeguati alle esigenze di vita sue e della famiglia;

che si sono costituite le parti private del giudizio *a quo* le quali – dichiarando di condividere appieno la prospettazione di cui all'ordinanza di rimessione – hanno concluso per l'accoglimento della richiesta declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme denunciate;

che si è costituito anche l'INPS, concludendo per la non fondatezza della sollevata questione;

che è intervenuto nel giudizio il Presidente del Consiglio dei Ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, che ha concluso per l'inammissibilità della questione o, in subordine, per la sua manifesta infondatezza.

Considerato che il giudice *a quo* pone a base del suo ragionamento un'asserita equiparazione tra lavoratore beneficiario della pensione di invalidità, avente diritto all'indennità di mobilità (il quale, in virtù della sentenza n. 218 del 1995 di questa Corte, può scegliere tra le due provvidenze al momento dell'iscrizione nelle liste di mobilità) ed il titolare di pensione di vecchiaia (il quale, in quanto frontaliero, avrebbe diritto al trattamento speciale di disoccupazione *ex lege* n. 228 del 1984), senza affatto motivare in ordine alla configurabilità di una coincidenza – quanto a natura, presupposti ed effetti – fra il trattamento di disoccupazione speciale di cui alla menzionata legge n. 228 del 1984 ed il trattamento di mobilità;

che, a conclusione dell'*iter* logico come sopra seguito, viene chiesto alla Corte un intervento additivo che consenta al lavoratore da ultimo men-

zionato di optare per il trattamento più favorevole: facoltà, questa, specificamente introdotta dall'art. 9, comma 2, della legge 5 giugno 1997, n. 147, ignorata nell'ordinanza di rimessione (anche con riguardo alle norme contenute nell'art. 4);

che, ancor prima di apprezzare la correttezza dell'asserita equiparazione e di valutare il mancato riferimento alla norma da ultimo citata, anche in termini di rilevanza nel giudizio *a quo* deve *in limine* osservarsi come il rimettente prospetti la questione e individui le norme che assume illegittime, in modo tale da far comunque escludere che l'effetto dell'invocata pronuncia possa essere quello voluto;

che, infatti, il Tribunale di Verbania censura, «nella parte in cui non prevedono che all'atto di iscrizione nelle liste di mobilità i lavoratori che fruiscono di pensione di vecchiaia possano optare tra tale trattamento e quello di mobilità», da un lato l'art. 6, comma 7, del decreto-legge n. 148 del 1993 – dove viene sancito il generale principio d'incompatibilità fra trattamenti ordinari e speciali di disoccupazione, indennità di mobilità e trattamenti pensionistici diretti – e dall'altro lato l'art. 2, comma 5, del decreto-legge n. 299 del 1994, norma costruita come eccezione alla regola precedente, in quanto introduttiva dell'opzione soltanto tra l'indennità di mobilità e le prestazioni di invalidità;

che, quindi, è chiesta alla Corte un'addizione entro le medesime coordinate della citata sentenza n. 218 del 1995, trascurando il dato essenziale che, in favore dei lavoratori frontalieri, non è possibile estendere detta eccezione, essendo essa strutturalmente limitata alla sola indennità di mobilità e direttamente correlata – per quanto riguarda l'esercizio dell'opzione – all'iscrizione nelle relative liste: provvidenza ed iscrizione, entrambe estranee (almeno sotto la legislazione del tempo) alla disciplina dei frontalieri, beneficiari del ben diverso e peculiare trattamento di disoccupazione speciale, rispetto ai quali, dunque, l'invocata declaratoria risulterebbe *inutiliter* data;

che, pertanto, il sindacato di costituzionalità non può essere ammesso.

Per questi motivi
La Corte costituzionale

Dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 7, del decreto-legge 20 maggio 1993, n. 148 (Interventi urgenti a sostegno dell'occupazione), convertito con modificazioni nella legge 19 luglio 1993, n. 236, nonché dell'art. 2, comma 5, del decreto-legge 16 maggio 1994, n. 299 (Disposizioni urgenti in materia di occupazione e di fiscalizzazione degli oneri sociali), convertito con modificazioni nella legge 19 luglio 1994, n. 451, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 38 Cost., dal Tribunale di Verbania, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

(omissis)

CORTE COSTITUZIONALE, 22 maggio 2001, n. 158 - *Pres. Ruperto - Red. Santosuosso.*

Ordinamento penitenziario - Detenuto lavoratore alle dipendenze dell'amministrazione carceraria - Mancato riconoscimento espresso del diritto al riposo annuale retribuito - Irrinunciabilità di tale diritto e funzione rieducativa del lavoro carcerario - Illegittimità costituzionale in parte qua.

(Cost., artt. 36, comma 3, 27, comma 3 e 35; L. 26 luglio 1975 n. 354, art. 20 comma 16).

È costituzionalmente illegittimo l'art. 20, sedicesimo comma, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui non riconosce il diritto al riposo annuale retribuito al detenuto che presti la propria attività lavorativa alle dipendenze dell'amministrazione carceraria. (1)

(omissis)

(1) L'estensione ai detenuti del diritto alle ferie.

Il Magistrato di sorveglianza di Agrigento solleva, in riferimento agli artt. 36 e 27 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 20, sedicesimo comma, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui non riconosce al detenuto lavoratore il diritto alle ferie ed alla relativa indennità sostitutiva. Il giudice *a quo* evidenzia come il diritto alle ferie non sia assolutamente incompatibile con lo stato carcerario, dal momento che «anche il detenuto lavoratore può, pur con gli inevitabili limiti derivanti dalla restrizione carceraria, utilizzare il periodo feriale per ritemperare le proprie energie usurate dal lavoro, ad esempio utilizzando le ore nelle quali avrebbe dovuto lavorare per recarsi in palestra oppure semplicemente per rimanere nella cella». Il mancato riconoscimento del diritto al riposo annuale, inoltre, renderebbe il lavoro maggiormente afflittivo, impedendo allo stesso di svolgere una funzione rieducativa come invece prescritto dall'art. 27, comma 3, Cost., in base al quale «le pene devono tendere alla rieducazione del condannato».

Di contro, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, rappresentata e difesa dall'Avvocatura dello Stato, ha posto in risalto la specialità del lavoro penitenziario iscritto in un ordinamento dotato di una propria autonomia e che contempla elementi pubblicistici intesi a finalizzare il lavoro alla risocializzazione. È proprio in quest'ultima ottica che non può trovare spazio il riconoscimento del diritto alle ferie: una sospensione del lavoro per un periodo di tempo prolungato non permetterebbe di realizzare l'attività di risocializzazione con quella continuità che è presupposto ineludibile di un suo felice compimento.

La Corte costituzionale, nell'accogliere la tesi del giudice remittente, sottolinea come il riconoscimento del diritto alle ferie si inserisca, coerentemente, in un orientamento, sempre più consolidato, volto a riconoscere al detenuto impegnato in attività produttive tutti i diritti fondamentali posti dalla Costituzione a tutela e garanzia dei lavoratori. In questa direzione si vedano: Corte cost., 11 aprile 1980, n. 103, in *Giur. cost.* 1984, I, 562, nella quale, con riferimento alla problematica della giurisdizione per i reclami del detenuto in tema di lavoro, si afferma che non vi è motivo di distinguere tra il normale lavoro subordinato ed il lavoro dei detenuti o internati; Corte cost., 13 dicembre 1988, n. 1087, in *Giur. cost.* 1988, I, 5291, che, gettando le basi della pronuncia in epigrafe, si afferma che il lavoro penitenziario, pur non potendo essere in tutto e per tutto assimilato al lavoro esterno, deve essere protetto *specie alla stregua dei valori costituzionali*; Corte cost., 18 febbraio 1992, n. 49, in *Giur. cost.*, 1992, I, 277, la quale, nell'abolire la trattenuta di tre decimi sulla mercede percepita dal detenuto, chiarisce la contrarietà alla Costituzione di ogni irragionevole distinzione tra lavoratori detenuti e lavoratori «liberi»; Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, in *Giur. cost.*, 1999, 176, nella quale è ribadita con forza l'operatività dei principi costituzionali anche nei confronti dei soggetti detenuti ed internati. Orientamenti parzialmente diversi erano stati espressi in precedenza: cfr. Corte cost., 10 luglio 1968, n. 91, in *Giur. cost.*, 1968, 1494; Corte cost., 20 marzo 1970, n. 40, in *Giur. cost.*, 1970, 483.

1. – Il Magistrato di sorveglianza di Agrigento solleva, in riferimento agli artt. 36 e 27 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 20, sedicesimo comma, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui non riconosce al diritto alle ferie ed alla relativa indennità sostitutiva nei confronti del detenuto lavoratore. Dopo aver premesso di essere stato investito, a seguito di reclamo proposto a norma dell'art. 69, comma 6, lettera a), dell'ordinamento penitenziario, da un detenuto il quale lamentava, fra l'altro, il mancato godimento delle ferie e della relativa indennità sostitutiva in relazione allo svolgimento dell'attività lavorativa di addetto alle pulizie all'interno dell'Istituto penitenziario, il giudice *a quo* ha sottolineato come il diritto alle ferie, sancito dall'art. 36, terzo comma, Cost., debba essere riconosciuto anche al lavoratore che svolge la propria attività all'interno dell'Istituto. Né tale diritto può ritenersi incompatibile con lo stato di restrizione, giacché «anche il detenuto-lavoratore può, pur con gli inevitabili limiti derivanti dalla restrizione carceraria, utilizzare il periodo feriale per ritemperare le proprie energie usurate dal lavoro, ad esempio utilizzando le ore nelle quali avrebbe dovuto lavorare per recarsi in biblioteca, per svolgere attività sportiva in palestra oppure semplicemente per rimanere nella cella». Sarebbe pertanto illogico, osserva il rimettente, riconoscere al detenuto lavoratore il diritto al riposo settimanale e negargli al tempo stesso il diritto alle ferie, trattandosi di istituti nella sostanza diretti alle medesime finalità. Compromesso sarebbe anche l'art. 27, terzo comma, Cost., in quanto «negare al detenuto che svolge attività lavorativa all'interno dell'Istituto penitenziario il diritto ad usufruire di un periodo continuativo di riposo, rende il lavoro penitenziario sicuramente più afflittivo e, quindi, impedisce allo stesso di svolgere la sua funzione rieducativa».

Sull'opportunità di riconoscere il diritto alle ferie al detenuto lavoratore si sono espressi, in senso affermativo: U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro dietro le sbarre* in *Pol. dir.*, 1974, 215 e ss.; R. PESSI, *Il lavoro del detenuto: a proposito della concessione in uso della manodopera dei detenuti ad imprese private appaltatrici* in *Dir. lav.*, II, 1978, 112 e ss.; G. TRANCHINA, *Vecchio e nuovo a proposito di lavoro penitenziario* in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, 154 e ss.; M. N. BETTINI, voce *Lavoro carcerario*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVIII, Roma, 1990, 2; G. DI GENNARO – R. BREDI – G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, 150 e ss., che «anticipano» la illegittimità costituzionale della mancata previsione del diritto alle ferie per il detenuto lavoratore; M. VITALI, *Il lavoro penitenziario*, Milano, 2001, 25 e ss. e 53 e ss.. Una posizione più articolata è assunta da G. BALDASSINI-FAINI, *Il lavoro carcerario* in AA.VV., *Carcere e trattamento*, Milano, 1989, 465, secondo cui il mancato riconoscimento del diritto alle ferie rappresenta un importante indizio per smentire le ricostruzioni che parificano il lavoro carcerario al normale lavoro subordinato: secondo l'Autore, il lavoro dei detenuti seguirebbe, in realtà, la tipologia del «cottimo» come confermerebbe anche l'assenza di un diritto alla conservazione del posto di lavoro. Per un inquadramento generale delle problematiche connesse al lavoro carcerario, oltre alle appena citate pubblicazioni, si vedano, per orientamenti precedenti alla riforma penitenziaria del 1975: U. SISTI, voce *Lavoro carcerario*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. IX, Torino, 1957; G. PERA, *Aspetti giuridici del lavoro carcerario*, in *Foro it.*, 1971, V, 53; C. ERRA, voce *Lavoro penitenziario*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, 1973. Per impostazioni più attuali, tra gli altri: E. FASSONE, *Sfondi ideologici e*

2. – Nel giudizio è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione sia dichiarata non fondata. Richiamata la sentenza di questa Corte n. 1087 del 1988, ove fu messa in luce la disomogeneità tra la posizione del detenuto che presti la propria attività lavorativa in carcere ed ogni altro lavoratore, l'Avvocatura ha posto in risalto la specialità che caratterizza il lavoro penitenziario, essendo il relativo rapporto iscritto in un ordinamento dotato di una propria autonomia e che contempla elementi pubblicistici intesi a finalizzare il lavoro alla risocializzazione. Mentre, dunque, il riposo settimanale è compatibile ed anzi essenziale rispetto a tale finalità, ben diversamente la sospensione del lavoro per un assai più lungo periodo feriale si porrebbe in contrasto con il dichiarato fine di dare al lavoro il compito fondamentale dell'opera di rieducazione.

Considerato in diritto

1. – Il giudice *a quo* dubita della legittimità costituzionale dell'art. 20, sedicesimo comma, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui non riconosce al detenuto-lavoratore il diritto al riposo annuale ed alla relativa indennità sostitutiva. Secondo il rimettente magistrato di sorveglianza investito di un reclamo in tema di mancato godimento delle ferie annuali per le prestazioni lavorative svolte, all'interno del carcere, alle dipendenze dell'Amministrazione – la norma violerebbe l'art. 36, terzo comma, Cost., poiché l'irrinunciabilità di quel diritto non può ritenersi inconciliabile con lo stato di restrizione, nonché l'art. 27, terzo comma, Cost., in quanto «negare al detenuto che svolga attività lavorativa all'interno dell'Istituto penitenziario il diritto ad usufruire di un periodo continuativo di riposo» inciderebbe sul pieno raggiungimento della funzione rieducativa, che è tratto caratterizzante del lavoro carcerario.

scelte normative nella disciplina del lavoro penitenziario, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti*, cit.; R. CICCOTTI - F. PITTAU, *Aspetti del lavoro carcerario nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Rass. Penit. e criminologica*, 1982, 124; AA.VV., *Il lavoro dei detenuti*, in *Foro it.*, 1986, I, 1435; F. NISTICÒ, *Il lavoro dei detenuti: terapia, redenzione e salario*, in *Foro it.*, 1991, I, 2354; M. PAVARINI, *La disciplina del lavoro dei detenuti*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, nel quale si ricostruisce con estrema chiarezza l'evoluzione subita dalla disciplina del lavoro carcerario; M. R. MARCHETTI, *Commento all'art. 20 della L. 26 luglio 1975 n. 354*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2000, 223.

Per un approfondimento sull'istituto delle ferie: T. RENZI, *Il tempo di lavoro*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Torino, 1998, 1028 e ss.; L. PELAGGI, *Orario di lavoro e riposi*, in G. S. PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, Vicenza, 2000 ai quali si rimanda per indicazioni bibliografiche.

2. – La questione è fondata.

Il lavoro dei detenuti, che nella concezione giuridica posta alla base del regolamento carcerario del 1931 si poneva come un fattore di aggravata afflizione, cui dovevano sottostare quanti erano stati privati della libertà, è oggi divenuto, a séguito delle innovazioni dell'ordinamento penitenziario ispirate all'evoluzione della sensibilità politico-sociale, un elemento del trattamento rieducativo.

Lo stesso carattere obbligatorio del lavoro penitenziario dei condannati e degli internati si pone come uno dei mezzi al fine del recupero della persona, valore centrale per il nostro sistema penitenziario non solo sotto il profilo della dignità individuale ma anche sotto quello della valorizzazione delle attitudini e delle specifiche capacità lavorative del singolo. La legge prevede, perciò, che al condannato sia assicurato un lavoro, nella forma consentita più idonea, ivi comprese quella dell'esercizio in proprio di attività intellettuali, artigianali ed artistiche (art. 49 del d.P.R. 29 aprile 1976, n. 431) o quella del tirocinio retribuito (quattordicesimo e quindicesimo comma dell'art. 20 in esame).

Il crescente favore del legislatore nei confronti dell'impegno lavorativo dei detenuti si è via via manifestato attraverso l'introduzione di nuove opportunità, in linea anche con le indicazioni espresse nella Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 12 febbraio 1987, relativa alle regole penitenziarie europee, secondo cui il lavoro carcerario dovrebbe, per organizzazione e regole giuridiche, avvicinarsi il più possibile alle normali condizioni del lavoro libero. Accanto alle sperimentate figure del lavoro esterno e di quello «a domicilio» carcerario, si è così prevista la possibilità per imprenditori pubblici e privati di organizzare e gestire direttamente le lavorazioni all'interno degli istituti, fino a promuovere forme di autorganizzazione, mediante cooperative sociali che consentono il superamento del divieto di assunzione della qualità di socio per l'incapacità derivante da condanne penali e civili (v. legge 22 giugno 2000, n. 193).

3. – Nell'ambito delle diverse tipologie di lavoro dei detenuti, la norma in esame (art. 20 dell'ordinamento penitenziario) contempla quindi l'instaurazione di un rapporto di lavoro con la stessa amministrazione penitenziaria:

Tornando alla sentenza in epigrafe, qualche problema interpretativo potrebbe emergere dal riferimento, nel dispositivo della sentenza stessa, al solo lavoro prestato dai detenuti alle dipendenze dell'amministrazione carceraria: sembrano così esclusi dalla portata della decisione del giudice costituzionale i rapporti di lavoro dei detenuti alle dipendenze di terzi (per un approfondimento di questa distinzione si veda M. VITALI, *Il lavoro penitenziario*, cit.). In realtà un'attenta lettura della motivazione della sentenza fuga qualsiasi dubbio al riguardo poiché la Corte parifica espressamente, ai fini del godimento del diritto alle ferie, entrambe le tipologie di rapporto di lavoro.

rapporto il cui rigoroso accertamento spetta al giudice, e che, peraltro, non può identificarsi in una qualsiasi attività che comporti un impegno psicofisico all'interno delle carceri. Ove ne sussistano le caratteristiche, alla soggezione derivante dallo stato di detenzione si affianca, distinguendosene, uno specifico rapporto di lavoro subordinato, con il suo contenuto di diritti (tra cui quelli previsti dall'art. 2109 del codice civile) e di obblighi.

Vero è che il lavoro del detenuto, specie quello intramurario, presenta le peculiarità derivanti dalla inevitabile connessione tra profili del rapporto di lavoro e profili organizzativi, disciplinari e di sicurezza, propri dell'ambiente carcerario; per cui è ben possibile che la regolamentazione di tale rapporto conosca delle varianti o delle deroghe rispetto a quella del rapporto di lavoro in generale. Tuttavia, né tale specificità, né la circostanza che il datore di lavoro possa coincidere con il soggetto che sovrintende alla esecuzione della pena, valgono ad affievolire il contenuto minimo di tutela che, secondo la Costituzione, deve assistere ogni rapporto di lavoro subordinato.

4. – Questa Corte, già nella sentenza n. 103 del 1984, con riguardo alla giurisdizione, aveva avvertito non esservi ragione di distinzione tra il normale lavoro subordinato ed il lavoro dei detenuti o internati (e tale equiparazione, sotto l'aspetto sostanziale, è stata costantemente ribadita in più occasioni anche dalla Corte di cassazione a sezioni unite).

Nella successiva sentenza n. 1087 del 1988 resa peraltro in un contesto normativo non ancora arricchito dalla molteplicità di esperienze lavorative intramurarie ora possibili la Corte aveva sì sottolineato la differenza tra il lavoro ordinario e quello svolto all'interno del carcere alle dipendenze dell'Amministrazione, ma aveva sin da allora escluso che quest'ultimo non dovesse essere protetto alla stregua dei precetti costituzionali. Più recentemente (sentenza n. 26 del 1999) ha poi affermato che l'idea secondo la quale la restrizione della libertà personale comporta come conseguenza il disconoscimento delle «posizioni soggettive», attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria, è estranea al vigente ordinamento costituzionale, atteso che questo è basato sul primato della persona umana e dei suoi diritti. Nella stessa sentenza ha messo in rilievo che la restrizione della libertà personale non comporta affatto una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione. E si è ancora osservato che «l'esecuzione della pena e la rieducazione che ne è finalità nel rispetto delle irrinunciabili esigenze di ordine e disciplina non possono mai consistere in «trattamenti penitenziari» che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà».

5. – Il diritto al riposo annuale integra appunto una di quelle «posizioni soggettive» che non possono essere in alcun modo negate a chi presti attività lavorativa in stato di detenzione. La Costituzione sancisce chiaramente (art. 35) che la Repubblica tutela il lavoro «in tutte le sue forme ed applicazioni», e (all'art. 36, terzo comma) che qualunque lavoratore ha diritto anche alle «ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi»; garanzia che vale ad assicurare il soddisfacimento di primarie esigenze del lavoratore, fra le quali in primo luogo la reintegrazione delle energie psicofisiche.

È ovvio che le rilevate peculiarità del rapporto di lavoro dei detenuti comportano che le concrete modalità (di forme e tempo) di realizzazione del periodo annuale continuativo retribuito (con sospensione dell'attività lavorativa), dedicato al riposo o ad attività alternative esistenti nell'istituto carcerario, devono essere compatibili con lo stato di detenzione. Esse possono, quindi, diversificarsi a seconda che tale lavoro sia intramurario (alle dipendenze dell'amministrazione carceraria o di terzi), oppure si svolga all'esterno o in situazione di semilibertà; diversificazioni che spetta al legislatore, al giudice o all'amministrazione precisare.

6. – La mancanza di tale esplicita previsione nella norma denunciata che pur garantisce già il limite di durata delle prestazioni secondo la normativa ordinaria, il riposo festivo, nonché la tutela assicurativa e previdenziale pone la disposizione stessa in contrasto con entrambi i parametri evocati dal rimettente.

Da un lato, il ruolo assegnato al lavoro nell'ambito di una connotazione non più esclusivamente afflittiva della pena comporta che, ove si configuri un rapporto di lavoro subordinato, questo assuma distinta evidenza dando luogo ai correlativi diritti ed obblighi. D'altro lato, la garanzia del riposo annuale imposta in ogni rapporto di lavoro subordinato, per esplicita volontà del Costituente non consente deroghe e va perciò assicurata «ad ogni lavoratore senza distinzione di sorta» (sentenza n. 189 del 1980), dunque anche al detenuto, sia pure con differenziazione di modalità.

Per questi motivi

La Corte Costituzionale

Dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 20, sedicesimo comma, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui non riconosce il diritto al riposo annuale retribuito al detenuto che presti la propria attività lavorativa alle dipendenze dell'amministrazione carceraria.

(omissis)

CORTE COSTITUZIONALE, 12 luglio 2001, n. 243 – Pres. Ruperto – Red. Santosuosso – C. C. (avv. Longo) - C. F. (avv. Morosin) – Presidente del Consiglio dei Ministri (avv. Stato Albenzio).

Reato – Associazione antinazionale – Art. 271 cod. pen. – Questione di legittimità costituzionale – fondatezza.

È costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 2, 18 e 21 Cost., l'art. 271 cod. pen. il quale punisce le condotte di promozione, costituzione, organizzazione e direzione delle associazioni aventi ad oggetto lo svolgimento di attività dirette a distruggere o deprimere il sentimento nazionale (1).

(omissis)

1. – Viene all'esame della Corte la questione di legittimità costituzionale dell'art. 271 del codice penale, il quale punisce le condotte di promozione, costituzione, organizzazione e direzione delle associazioni che si propongono di svolgere o che svolgono attività dirette a distruggere o deprimere il sentimento nazionale, perché se ne assume il contrasto con:

a) l'art. 21 della Costituzione, in quanto l'unico limite posto dalla Costituzione alla libera manifestazione del pensiero, quello del buon costume, non avrebbe alcuna attinenza con il «sentimento nazionale», né potrebbe identificarsi con la morale o la coscienza etica;

b) l'art. 18 della Costituzione, perché esso pone un limite alla libertà associativa con riferimento soltanto a quelle segrete o che perseguono scopi politici mediante organizzazioni militari, onde anche le associazioni che si propongono quale fine la depressione o la distruzione del sentimento nazionale sarebbero lecite purché non facciano ricorso, diretto o indiretto, alla violenza;

c) l'art. 2 della Costituzione, atteso che tali associazioni costituirebbero formazioni sociali ove si svolge la personalità del singolo.

2. – La questione è fondata.

3. – Il codice penale del 1930 aveva posto alcune fattispecie associative in diretta correlazione con i reati di propaganda ed apologia sovversiva o antinazionale (in tal senso anche il paragrafo n. 127 della *Relazione del Guardasigilli*, che pone «in rispondenza» le due previsioni punitive). In particolare, appaiono chiari i collegamenti tra il primo comma dell'art. 272 e il delitto riguardante le associazioni sovversive (art. 270), nonché tra il secondo comma della stessa disposizione e quello riguardante le associazioni antinazionali (art. 271), sia per l'identità delle espressioni usate nelle parallele figure delittuose, sia per le convergenti riflessioni dottrinarie sviluppatasi al

(1) Tale pronuncia è direttamente consequenziale alla sent. n. 87/1966 con cui la Corte, dopo aver ritenuto la legittimità del reato di propaganda sovversiva (art. 272, primo comma, cod. pen.) ha dichiarato incostituzionale il reato di propaganda antinazionale (art. 272, secondo comma, cod. pen.) affermando che il sentimento nazionale fa parte del mondo del pensiero e delle idealità e quindi la propaganda contro di esso costituisce una libera manifestazione del pensiero che non contrasta con il buon costume, unico limite previsto dall'art. 21 Cost.; purché naturalmente la propaganda e la relativa associazione non siano dirtte a suscitare azioni violente, a vilipendere la nazione o a ledere altri beni costituzionalmente tutelati.

riguardo. Esulano dalla tipicità del fatto descritto in dette disposizioni, e risultano quindi estranee al modello legale in esame, le condotte violente, diverse dalle attività di propaganda, anche se poste in essere per lo svolgimento di tali comportamenti.

Com'è noto, questa Corte, con la sentenza n. 87 del 1966, mentre ha respinto il dubbio di costituzionalità relativo al primo comma dell'art. 272 del codice penale (propaganda sovversiva), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del secondo comma (propaganda antinazionale), sulla base della considerazione che «il sentimento nazionale» costituisce soltanto un dato spirituale che, sorgendo e sviluppandosi nell'intimo della coscienza di ciascuno, fa parte esclusivamente del mondo del pensiero e delle idealità, sicché la relativa propaganda – non indirizzata a suscitare violente reazioni, né rivolta a vilipendere la nazione o a compromettere i doveri che il cittadino ha verso la Patria, od a menomare altri beni costituzionalmente garantiti – non poteva essere vietata senza che si profilasse il contrasto con la libertà di cui all'articolo 21 della Costituzione.

4. – Va premesso che la presente questione non coinvolge il significato e la portata dei valori costituzionali della nazione e dell'unità nazionale (artt. 5, 9, 67, 87 e 98 Cost.), né le forme di tutela che vi si possono riferire.

La questione invece concerne esclusivamente il dubbio sulla legittimità costituzionale dell'incriminazione della condotta sotto forma associativa, intesa a «distruggere o deprimere il sentimento nazionale».

Orbene, le considerazioni che hanno portato questa Corte a dichiarare l'illegittimità costituzionale della fattispecie incriminatrice della propaganda antinazionale (art. 272, secondo comma), forniscono sufficiente ragione per addivenire a pari conclusione – in relazione ai parametri costituzionali ora invocati – anche riguardo alla figura del reato, punito dalla norma qui denunziata che vieta le associazioni per l'attività, diretta sempre al fine di distruggere o deprimere il sentimento nazionale».

Invero, se non è illecito penale che il singolo svolga opera di propaganda tesa a tale scopo – ove non trasmodi in violenza o in attività che violino altri beni costituzionalmente garantiti fino ad integrare altre figure criminose – non può costituire illecito neppure l'attività associativa volta a compiere ciò che è consentito all'individuo; così come è stabilito dall'art. 18 della Costituzione, che riconosce – nei limiti posti dal secondo comma – la libertà di associazione per i fini che non siano «... vietati ai singoli dalla legge penale».

La permanenza della norma censurata – essendo stata già espunta dall'ordinamento quella che considerava illecita la propaganda diretta all'identico fine perseguito perfino dalla totalità dei cittadini *uti singuli* – verrebbe ad incidere unicamente sulla libertà di associazione garantita dalla Costituzione.

P. Q. M.

la Corte Costituzionale

Dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 271 (Associazioni antinazionali) del codice penale.

(omissis).

CORTE COSTITUZIONALE, ordinanza 19 luglio 2001, n. 268 – Pres. Ruperto – Red. Santosuosso C. F. (avv. Clarizia) – D. V. (avv. Pitruzzella) – Presidenza del Consiglio dei Ministri (avv. Stato Sclafani).

Impiego Pubblico – Concorso – Graduatoria – Parità di punteggio – Preferenza per il candidato più giovane – Art. 3, comma 7, legge 15 maggio 1997, n. 127 – Questione di legittimità costituzionale – Infondatezza.

È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 7, legge 15 maggio 1997, n. 127 – sollevata con riferimento all'art. 3 Cost. – nella parte in cui prevede che in un pubblico concorso, in caso di parità di punteggio tra due o più candidati, è preferito quello più giovane (1).

(omissis)

Visti gli atti di costituzione di C. F. e di V. D. nonché l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

Udito nell'udienza pubblica del 19 giugno 2001 il Giudice relatore Fernando Santosuosso;

Uditi l'avvocato Giovanni Pitruzzella per V. D. e l'avvocato dello Stato Francesco Sclafani per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto che nel corso di un giudizio per l'annullamento della graduatoria degli idonei al concorso pubblico a nove posti di analista economico finanziario indetto dalla Corte dei conti con decreto presidenziale del 17 dicembre 1996, il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, con ordinanza del 15 marzo 2000, ha sollevato, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 7, della legge 15 maggio 1997, n. 127 (Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo), come modificato dall'art. 2, comma 9, della legge 16 giugno 1998, n. 191 (Modifiche e integrazioni alle L. 15 marzo 1997, n. 59, e L. 15 maggio 1997, n. 127, nonché norme in materia di formazione del personale dipendente e di lavoro a distanza nelle pubbliche amministrazioni. Disposizioni in materia di edilizia scolastica), in base ai quali, in caso di parità di punteggio per titoli ed esami va preferito il candidato più giovane di età;

(1) Dopo aver ribadito l'ampia discrezionalità del legislatore nello stabilire i requisiti d'età per l'accesso ai concorsi pubblici (sent. 30 dicembre 1997, n. 466), la Corte dichiara manifestamente infondate le censure di irragionevolezza sollevate dal TAR Lazio riguardo all'art. 3, comma 7, legge n. 127/1997 con cui è stato capovolto il previgente criterio secondo il quale, in caso di parità di punteggio, la preferenza andava al candidato più anziano. Il nuovo criterio di preferenza per il più giovane non è irragionevole perché con la riforma del pubblico impiego è mutato il punto di bilanciamento tra il principio di efficienza della P.A. e l'esigenza solidaristica che veniva prima soddisfatta dalla preferenza per il candidato più anziano anche perché è venuta meno la ragione di tutelare il concorrente meno giovane il quale non vede più diminuite le sue possibilità di partecipazione ai successivi concorsi a causa dell'approssimarsi del limite di età, come invece accadeva in precedenza. Ben può giustificarsi quindi la scelta di preferire il candidato più giovane che, a parità di merito con quello più anziano, consentirà all'amministrazione di contare su una prestazione di servizio più duratura.

che – premette l'ordinanza di rimessione – nella materia del pubblico impiego vige il principio, consolidato nella giurisprudenza amministrativa, secondo cui ciascuna fase del procedimento amministrativo, salvo che non sia diversamente disposto, è retta dalla normativa vigente al momento del suo svolgimento, per cui, ove nel corso di una fase procedimentale intervenga una modifica della relativa disciplina, questa trova immediata applicazione alla fase in svolgimento se non ancora conclusa;

che, in sede di delibazione del *fumus boni iuris* per la pronuncia cautelare, il giudice *a quo* ha ritenuto di dover sollevare d'ufficio la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni censurate, in via principale, per violazione del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., in quanto con la nuova normativa viene capovolto un criterio fondamentale nei pubblici concorsi in ordine alla preferenza, a parità di altri titoli, al candidato con la maggiore età (art. 5 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, e art. 5 d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, modificato dal d.P.R. 30 ottobre 1996, n. 693), senza che vi soccorra un'adeguata giustificazione;

che quest'ultima non sembra rinvenibile nella circostanza che l'art. 3, comma 6, della legge n. 127 del 1997 abbia eliminato il limite di età per la partecipazione ai pubblici concorsi, in quanto tale eliminazione può essere derogata dai regolamenti delle singole amministrazioni e, in ogni caso, non sono venute meno le ragioni di preferenza per il candidato più anziano, per il quale vengono a diminuire le future possibilità di impiego;

che la ragionevolezza sarebbe altresì violata in quanto le disposizioni censurate appaiono tra loro contraddittorie perché, se da un lato vengono aboliti nei concorsi pubblici i titoli relativi all'età, dall'altro viene attribuita la preferenza al candidato più giovane;

che, in via subordinata, le disposizioni impugnate violerebbero il medesimo parametro costituzionale non essendo state, con norma transitoria, regolate le conseguenze del subentro della nuova disciplina sulle procedure concorsuali ancora in fase di svolgimento, con menomazione sull'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica;

che la questione è rilevante in quanto da essa dipende l'accoglimento o meno dell'istanza proposta dalla ricorrente;

che nel presente giudizio si è costituita la parte privata ricorrente nel giudizio *a quo*, deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza della sollevata questione, operando la disposizione un contemperamento di interessi contrapposti;

che il preteso contrasto con il principio dell'affidamento del cittadino nella specie non sussisterebbe, e comunque tale principio non sarebbe

protetto in sé, ma riceverebbe tutela solo se, e nei limiti in cui, sia inciso irragionevolmente (sentenze n. 416 del 1999, n. 229 del 1999, n. 211 del 1997 e n. 390 del 1995);

che si è altresì costituita una delle controricorrenti nel giudizio *a quo*, chiedendo in via principale l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale sulla base di motivi sostanzialmente identici a quelli esposti nell'ordinanza di rimessione;

che nel giudizio è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, che ha concluso preliminarmente per l'inammissibilità della questione sia per difetto di motivazione sulla rilevanza sia perché, secondo la giurisprudenza amministrativa sul punto, è la normativa vigente alla data di emanazione del bando la *lex specialis* del concorso, mentre il diverso indirizzo citato dal giudice *a quo* non sarebbe univoco;

che, nella specie, lo *jus superveniens*, non prevedendo l'applicazione della nuova regola ai concorsi già banditi, può valere solo per il futuro;

che la questione è comunque infondata perché spetta alla discrezionalità del legislatore sia la fissazione dei requisiti di età per la partecipazione ai pubblici concorsi sia la determinazione dei criteri di preferenza tra i candidati a parità di punteggio;

che, infine, quanto all'asserita irragionevolezza per mancanza di una disciplina transitoria, essa non rileva, perché il concorso è stato bandito sotto la vecchia normativa che non prevedeva, nel caso di parità di punteggio, il nuovo criterio di preferenza del più giovane.

Considerato che il Tribunale amministrativo regionale del Lazio ha sollevato, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 7, della legge n. 127 del 1997, come modificato dall'art. 2, comma 9, della legge n. 191 del 1998, nella parte in cui prevedono che, se due o più candidati ottengono, a conclusione delle operazioni di valutazione dei titoli e delle prove di esame, pari punteggio, è preferito il candidato più giovane d'età;

che ai fini della rilevanza, va rigettata l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa erariale perché il rimettente, sia pur in modo conciso, ha sufficientemente motivato sul criterio giurisprudenziale che consente l'applicazione dello *jus superveniens* ad una fase autonoma del corso di un procedimento amministrativo;

che detta scelta non appare implausibile, considerate le caratteristiche della fase di formazione e approvazione della graduatoria di merito, tanto più che queste operazioni sono spesso condotte dalla stessa amministrazione al termine del concorso;

che la censura – secondo cui la mancata previsione di una disciplina transitoria violerebbe il principio di affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica – è inammissibile perché il giudice *a quo* non ha adeguatamente motivato sugli elementi di specie (soprattutto il momento di conoscenza della posizione in graduatoria rispetto alla modifica normativa) che potevano ragionevolmente giustificare il preteso affidamento;

che, quanto alle restanti censure, le stesse sono manifestamente infondate perché, come è stato già altre volte affermato nella giurisprudenza di questa Corte (v. sentenza n. 466 del 1997), rientra nella discrezionalità del legislatore fissare i requisiti attinenti all'età dei concorrenti, purché non in modo arbitrario o irragionevole;

che, nella specie, tale arbitrarietà o irragionevolezza non sussiste perché, come è dato evincere anche dai lavori parlamentari sul punto, la disposizione censurata si inserisce in un progetto riformatore che ha per obiettivo di coniugare il principio di solidarietà con quello di efficienza della pubblica amministrazione, nel quadro della privatizzazione del pubblico impiego, ispirata ad un ampio rinnovamento del personale amministrativo, particolarmente investendo in risorse umane giovani e meritevoli, sì da garantire un servizio più efficiente e duraturo;

che di conseguenza la questione proposta, sotto il profilo qui esaminato, deve essere dichiarata manifestamente infondata.

P.Q.M

la Corte Costituzionale

1) Dichiarare la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 7, della legge 15 maggio 1997, n. 127 (Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo) come modificato dall'art. 2, comma 9, della legge 16 giugno 1998, n. 191 (Modifiche e integrazioni alle leggi 15 marzo 1997, n. 59, e 15 maggio 1997, n. 127, nonché norme in materia di formazione del personale dipendente e di lavoro a distanza nelle pubbliche amministrazioni. Disposizioni in materia di edilizia scolastica), sollevata, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio con l'ordinanza di cui in epigrafe;

2) Dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 7, della stessa legge n. 127 del 1997, come modificato dall'art. 2, comma 9, della legge n. 191 del 1998, sollevata, in riferimento al medesimo parametro costituzionale, dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio con l'ordinanza di cui in epigrafe.

(omissis).

CORTE COSTITUZIONALE, ordinanza 27 luglio 2001, n. 322 – Pres. Ruperto – Red. Marini – R. (avv. Chiola) – Presidente del Consiglio dei Ministri (avv. Stato Zotta).

Procedimento civile – Notificazioni – Mediante il servizio postale – Art. 149 cod. proc. civ. – Interpretazione della norma nel senso che la notifica si perfeziona al momento della ricezione dell’atto anziché al momento della spedizione – Questione di legittimità costituzionale – Manifesta inammissibilità.

È manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell’art. 149 cod. proc. civ., in ferimento agli artt. 3 e 24 Cost., nella interpretazione giurisprudenziale secondo la quale la notifica a mezzo posta si perfeziona al momento della ricezione dell’atto anziché al momento in cui la parte notificante ha adempiuto a tutte le formalità necessarie; ciò in quanto il giudice remittente (nella specie la Corte di Cassazione) avrebbe dovuto optare per una diversa interpretazione della norma che sia compatibile con la Costituzione (1).

(omissis)

Uditi l’avvocato Claudio Chiola per R. G. e l’avvocato dello Stato Francesco Sclafani per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto che la Corte di cassazione, con ordinanza emessa il 15 aprile 1999, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell’art. 149 del codice di procedura civile «nella interpretazione giurisprudenziale che prevede che la notifica si perfeziona nel momento del ricevimento, anche se la parte notificante abbia adempiuto in termini, da luogo diverso da quello in cui deve essere effettuata la notifica, a tutte le formalità richieste per la effettuazione della notifica stessa a mezzo di ufficiale giudiziario che si avvale del servizio postale»;

che, secondo il rimettente, la norma denunciata, così interpretata, ostacolerebbe l’esercizio del diritto di impugnazione a chi, risiedendo in luogo diverso da quello in cui deve essere eseguita la notificazione, si avvalga del servizio postale, adempiendo tempestivamente alle formalità previste dallo stesso art. 149 cod. proc. civ. ma «restando nondimeno esposto alla disorganizzazione di uffici pubblici, quali quelli postali, che sono soltanto strumenti ausiliari dell’amministrazione della giustizia»;

(1) Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale la notifica a mezzo del servizio postale non si esaurisce con la spedizione dell’atto ma si perfeziona con la consegna del relativo plico al destinatario da parte dell’agente postale e l’avviso di ricevimento è il solo documento idoneo a dimostrare sia l’intervenuta consegna, sia la data di essa, sia l’identità della persona a mani della quale è stata eseguita; pertanto l’alea della mancata ricezione dell’atto nei termini va posta a carico della parte che effettua la notifica. Con questa pronuncia la Corte Costituzionale apre la strada ad un capovolgimento di questo orientamento giurisprudenziale in quanto, benché non lo dica espressamente, lascia intendere chiaramente che tale interpretazione, non suffragata da alcun dato letterale, appare lesiva del principio di uguaglianza e del diritto di difesa del notificante. Tocca ora alla Corte di Cassazione il compito di attribuire all’art. 149 cod. proc. civ. un significato conforme alla Costituzione.

che la norma stessa, nella richiamata interpretazione giurisprudenziale, non esprimerebbe d'altro canto – ad avviso ancora del giudice *a quo* – una regola generale dell'ordinamento, atteso che «la notificazione effettuata ai sensi dell'art. 140 cod. proc. civ. si perfeziona invece alla data di spedizione della raccomandata con avviso di ricevimento», «mentre per quanto attiene ai ricorsi amministrativi la notifica si perfeziona con la spedizione dell'atto risultante dal servizio postale (...) analogamente a quanto avviene nella disciplina del contenzioso tributario (...);

che il ricorso al servizio postale in materia di notificazioni di atti giudiziari risulterebbe dunque diversamente disciplinato in relazione a fattispecie analoghe, escludendosi solo in alcuni casi, e non in altri, l'esposizione della parte notificante al rischio del disservizio postale;

che nel giudizio di legittimità costituzionale si è costituito G. R., ricorrente nel giudizio *a quo*, concludendo per l'accoglimento della questione o, in subordine, «per l'adozione di una sentenza interpretativa adeguatrice del disposto dell'art. 149 c.p.c. al principio costituzionale di tutela del diritto di difesa, affermando che lo scopo della notifica per posta è legittimamente raggiunto nel momento in cui vengono realizzati gli adempimenti formali gravanti sulla parte intimante»;

che, ad avviso della parte privata, il rischio derivante dalla legittima scelta della notificazione a mezzo del servizio postale non potrebbe ricadere sul notificante anche oltre il limite dell'ordinaria diligenza, pena la violazione del suo diritto di difesa, garantito dall'art. 24 Cost., né varrebbe invocare, in senso contrario, il diritto di difesa dell'intimato, giacché i due contrapposti interessi devono essere bilanciati mentre la norma impugnata, nell'interpretazione ormai consolidata, offrirebbe piena tutela esclusivamente al destinatario della notificazione, a scapito del notificante;

che nel caso di specie, comunque, ad avviso ancora della medesima parte privata, l'interesse del destinatario della notificazione non verrebbe affatto in rilievo, essendo in discussione esclusivamente l'interesse del notificante a non incorrere in decadenze a causa del disservizio postale, senza che a lui sia imputabile alcuna negligenza, restando salva la possibilità di adottare gli opportuni correttivi al fine di evitare che dal suddetto disservizio possa derivare qualsiasi menomazione del diritto di difesa del notificatario;

che la disciplina dettata dall'art. 140 cod. proc. civ. e quella relativa alle notifiche in materia di ricorsi amministrativi e nell'ambito del contenzioso tributario costituirebbero poi – sempre secondo la parte privata – adeguati termini di comparazione ai fini dello scrutinio di legittimità costituzionale sotto il profilo della violazione del principio di eguaglianza;

che è intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, concludendo per la declaratoria di inammissibilità o infondatezza della questione;

che l'Avvocatura in particolare osserva che gli artt. 140 e 149 cod. proc. civ., messi a confronto dalla Corte rimettente ai fini dello scrutinio di costituzionalità in riferimento al principio di eguaglianza, perseguirebbero finalità differenti e non sarebbero pertanto utilmente comparabili;

che la disciplina dettata dall'art. 140 cod. proc. civ. – per l'ipotesi di notificazione eseguita personalmente dall'ufficiale giudiziario, ma resa impossibile per irreperibilità o rifiuto del destinatario – sarebbe ispirata all'evidente fine di non pregiudicare il diritto di difesa del notificante a causa di circostanze personali o possibili comportamenti dilatori del destinatario, mentre la norma denunciata – riguardante la diversa ipotesi di notificazione effettuata a mezzo del servizio postale – sarebbe coerente, nell'interpretazione seguita dalla costante giurisprudenza di legittimità, con l'orientamento espresso dalla stessa Corte costituzionale riguardo all'inderogabile esigenza di tutelare il diritto di difesa del notificatario.

Considerato che la Corte rimettente, chiamata ad esaminare un' ipotesi in cui la tardività della notifica era stata cagionata da un disservizio postale nella consegna del plico, richiede una pronuncia additiva che anticipi il perfezionamento della notificazione al momento della consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario;

che, nel sollevare l'anzidetta questione, la stessa Corte assume che l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 149 cod. proc. civ., da essa censurata, per un verso si sarebbe formata «nel silenzio del dettato normativo» – e dunque non sarebbe imposta dal tenore letterale della norma – mentre per altro verso non sarebbe rispondente ad alcuna «regola generale dell'ordinamento» ed anzi sarebbe lesiva del principio di eguaglianza, oltre che del diritto di difesa del notificante;

che, sulla base di tali premesse, il giudice *a quo* avrebbe dovuto coerentemente adottare una diversa interpretazione della nonna, nel senso ritenuto compatibile con i menzionati principi costituzionali, a ciò sicuramente non ostando né il tenore testuale della norma (come ammesso dalla stessa Corte rimettente) né la qualificazione in termini di diritto vivente della interpretazione oggetto di critica;

che siffatta qualificazione non può, infatti, vincolare, da sola, il giudice di legittimità ad un'opzione interpretativa pur ritenuta lesiva di valori costituzionali, atteso che proprio alla Corte di cassazione l'ordinamento attribuisce la funzione di nomofilachia, cui si ricollega la stessa formazione, e perciò anche l'evoluzione nel tempo, del diritto vivente;

che, dunque, la Corte rimettente non ha nella specie assolto l'onere di verificare, prima di sollevare la questione di costituzionalità, la concreta possibilità di attribuire alla norma denunciata un significato diverso da quello censurato e tale da superare i prospettati dubbi di legittimità costituzionale;

che la questione va pertanto dichiarata manifestamente inammissibile.

(*omissis*).

CORTE COSTITUZIONALE, 19 ottobre 2001 n. 335 - Pres. Ruperto - Rel. Capotosti.

Rifiuti - Divieto di smaltimento di rifiuti di provenienza extraregionale per rifiuti speciali - Violazione norme di riforma economica e sociale e del principio di libera circolazione di cose tra le Regioni.

(legge Regione Friuli Venezia Giulia 14 giugno 1996 n. 22, art. 29; legge Reg. Friuli Venezia Giulia 28 novembre 1988 n. 65, art. 16; Costituzione art. 120; decreto-legge 5 febbraio 1997 n. 22, art. 5).

Il divieto di smaltimento dei rifiuti di produzione extraregionale contrasta con i principi fondamentali in materia posti dalla disciplina nazionale nonché con il principio di libera circolazione delle merci in quanto sia esteso ai rifiuti speciali non pericolosi (1)

(omissis)

1. – Nel corso di un giudizio instaurato da due imprese – esercenti l'una, «una discarica per rifiuti solidi urbani e speciali assimilabili... ed entrambe una discarica di rifiuti speciali non tossici e non nocivi» – contro il decreto assessorile che aveva fatto loro divieto di smaltire rifiuti di provenienza extraregionale, il Tar per il Friuli-Venezia Giulia, con ordinanza del 14 gennaio 2000, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 16, comma 4, della legge del Friuli-Venezia Giulia 28 novembre 1988, n. 65 (Modifiche ed integrazioni alla legge regionale 7 novembre 1987, n. 30 ed ulteriori norme in materia di smaltimento dei rifiuti solidi), come autenticamente interpretato dall'art. 29 della legge regionale 14 giugno 1996, n. 22 (Modifiche alla legge regionale 7 settembre 1987, n. 30, ed ulteriori norme in materia di smaltimento dei rifiuti solidi e di attività estrattive). Ad avviso del rimettente, il combinato delle due disposizioni impugnate, vietando il conferimento nelle discariche della Regione dei rifiuti prodotti al di fuori della Regione medesima, violerebbe gli articoli 4, 5 e 6 dello statuto speciale della Regione, nonché gli articoli 3, 41 e 120 della Costituzione.

(1) La sentenza che si riporta contiene l'opera di adeguamento già da tempo avviata dalla Corte della normativa regionale ai principi ispiratori di quello statale nonché di quello comunitario in tema di rifiuti.

La questione nasce ancora una volta dalla resistenza opposta dalle Regioni alla possibilità di consentire che nel proprio territorio vengano smaltiti rifiuti provenienti da altra parte dello Stato e ripropone l'antica contraddizione tra la richiamata apertura agli ideali ecologisti e la sotterranea resistenza ad assumerne gli oneri, che per i privati si suole esprimere nel colorito detto inglese «*not in my garden*». È vicenda ormai tristemente frequente quella dei contrasti anche tra enti locali ogniqualvolta si debba stabilire la localizzazione di un impianto di smaltimento dei rifiuti, alla quale singolarmente fingono da contraltare proprio gli interessi degli imprenditori sia in quanto produttori di rifiuti, sia in quanto gestori degli impianti di smaltimento. Non a caso anche la fattispecie che ha dato origine all'incidente di costituzionalità deciso con questa sentenza riguardava due imprese esercenti discariche che impugnavano il decreto assessorile con il quale era stato fatto loro divieto di smaltire rifiuti di provenienza extraregionale.

Il Tar premette di aver già sollevato la medesima questione di costituzionalità nel corso dello stesso giudizio, e che la Corte costituzionale, con ordinanza 22 novembre 1999 n. 442, ha disposto che gli fossero restituiti gli atti del processo in ragione del sopravvenuto art. 6 della legge regionale 9 novembre 1998, n. 13, recante una nuova disciplina delle autorizzazioni allo svolgimento dell'attività di smaltimento dei rifiuti. Detta disposizione non implicherebbe però, ad avviso del Tar, il venire meno della rilevanza della questione, poiché «ha come destinatari soltanto gli impianti che necessitano di autorizzazione alla realizzazione o all'esercizio», e «non contempla affatto quei gestori, come le società ricorrenti, che sono già titolari di autorizzazioni e non intendono modificare le condizioni di esercizio dei loro impianti».

2. – Per quanto attiene al merito della questione, il rimettente considera che il divieto di smaltimento dei rifiuti di provenienza extraregionale si porrebbe in contrasto con i principi della legislazione statale posti dagli articoli 1 e 4 lettera *h*) e 6, lettera *b*) del decreto del Presidente della Repubblica 10 settembre 1982, n. 915 (Attuazione delle direttiva CEE n. 75/442 relativa ai rifiuti, n. 76/403 relativa allo smaltimento dei policlorodifenili e dei polichlorotrifenili e n. 78/319 relativa ai rifiuti tossici e nocivi) – applicabile al giudizio principale *ratione temporis* – i quali impongono il perseguimento delle finalità «di evitare danni e pericoli per la salute nonché inquinamenti di ogni tipo e di salvaguardare l'ambiente e il paesaggio», nonché stabiliscono «poteri statali di coordinamento interregionale». Ad avviso del rimettente, «le norme sospettate di incostituzionalità, infatti, rendono indisponibile il territorio della Regione alle iniziative (...) che lo Stato, a mezzo del Ministero dell'Ambiente (...) deve apprestare, per garantire anche a livello nazionale il conseguimento delle finalità predette». Sarebbe leso anche un interesse nazionale infrazionabile, in quanto lo smaltimento di rifiuti in discariche situate in ambito regionale diverso da quello di produzione costituirebbe in determinati casi una necessità non eludibile, la quale andrebbe «soddisfatta in via d'emergenza», fenomeno che non sarebbe governabile da alcuna Regione, ma «unicamente dallo Stato».

Con la capacità di trascendere gli egoistici interessi individuali che è tipica degli istituti di diritto ambientale si è spostato il punto di equilibrio delle opposte aspirazioni sul piano superiore della compatibilità delle scelte con le Regioni a tutela dell'ambiente considerato nella sua globalità e pertanto si è contato che il trasferimento dei rifiuti da una parte all'altra del territorio (nazionale o comunitario) oltre ad essere invisibile alle comunità destinatarie è altresì contrastante con una più attenta tutela dell'ambiente quale si esprime anche nell'evitare che il trasporto dei rifiuti per lunghe distanze possa aumentare il rischio di dispersione degli stessi lungo il tragitto ed inoltre finisca con il disincentivare lo smaltimento da parte dello stesso produttore dei rifiuti in contrasto con la regola che si va disponendo del «chi inquina paga».

Si è così affermato il principio dell'autosufficienza poi recepito espressamente nell'art. 5 del decreto Ronchi (n. 22/1997) che già la Corte aveva configurato nella sent. 196/1998 in conformità ad una pianificazione idonea a realizzare una rete integrata ed adeguata di impianti tali da ridurre i movimenti dei rifiuti, prima che entrasse in vigore il divieto (10 gennaio 1999) di smaltire rifiuti urbani non pericolosi in Regioni diverse da quelle ove sono prodotti.

Secondo il rimettente, inoltre, le norme impugnate contrasterebbero con gli articoli 3 e 41 della Costituzione, a causa del peggiore trattamento previsto per le imprese che smaltiscono rifiuti nella Regione Friuli-Venezia Giulia, e per l'indebita restrizione alla libertà di iniziativa economica; ed ancora con l'art. 120, per la limitazione alla libera circolazione di cose fra le Regioni nonché al libero esercizio da parte dei cittadini della loro professione nel territorio nazionale.

Neppure inciderebbero sui termini della questione di costituzionalità, secondo il rimettente, le innovazioni apportate dal successivo decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22 (Attuazione delle direttive 91/156/CEE sui rifiuti, 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio), in quanto l'art. 5 del decreto stabilisce un divieto «analogo a quello stabilito dalle leggi regionali contestate», ma con riferimento ai soli rifiuti urbani, mentre il giudizio a quo avrebbe ad oggetto lo «smaltimento di rifiuti speciali». Lo stesso art. 5, prosegue il Tar, confermerebbe «la necessità del ricorso ad una rete integrata di smaltimento dei rifiuti», anche al fine di poterli smaltire «in uno degli impianti appropriati più vicini». Infine, anche il decreto legislativo n. 22 del 1997 prevede il mantenimento del catasto nazionale dei rifiuti, disponendone agli articoli 11 e 18 la riorganizzazione e la tenuta ad opera dello Stato, e mantiene in forza dell'art. 13 e dello stesso articolo 18 funzioni statali di indirizzo e coordinamento nonché di intervento in via d'urgenza, in caso di inerzia delle Regioni.

3. – È intervenuta in giudizio la Regione Friuli-Venezia Giulia, deducendo l'irrilevanza della questione di costituzionalità. Secondo la Regione, difatti, la legge regionale n. 13 del 1998 avrebbe implicitamente abrogato l'art. 29 della legge regionale n. 22 del 1996, oggetto del giudizio, ed avrebbe altresì stabilito un nuovo regime autorizzatorio delle discariche di rifiuti operante anche per le strutture «in esercizio od autorizzate», come quelle cui il giudizio principale si riferisce.

Nella richiamata decisione 6 luglio 2000 n. 281 la Corte si era occupata del divieto posto da una legge della Regione Piemonte (59/1995) che impediva di smaltire, in quanto provenienti da altre regioni, i rifiuti speciali «tossici e nocivi» attualmente denominati «pericolosi» e lo aveva ritenuto illegittimo attribuendo la prevalenza al criterio della necessità di impianti appropriati e specializzati per il loro smaltimento.

In sostanza a livello di interessi secondo quella sentenza va privilegiata la realizzazione di un idoneo smaltimento dei rifiuti sia pure a costo di un loro trasferimento rispetto a quello di un ancoraggio dei rifiuti al territorio di produzione tipico dei rifiuti urbani, in quanto per i rifiuti pericolosi è essenziale la destinazione ad impianti qualificati che non necessariamente possano trovarsi nello stesso territorio di produzione.

Il concetto è chiaramente espresso laddove la Corte afferma «è vero che la movimentazione dei rifiuti, di per sé può costituire un rischio ambientale, non è altrettanto vero che smaltire rifiuti pericolosi in discariche non compatibili o peggio consentire il loro deposito in aree non idonee risulta sicuramente più nocivo per l'ambiente ed anche per la salute pubblica».

Osservazione certamente da condividere questa nel breve periodo in cui i rifiuti non possono attendere la realizzazione di nuovi impianti adeguati alle loro caratteristiche, ma da rivedere forse rispetto ad un termine più lungo onde favorire quello sviluppo dell'autosufficienza che altrimenti potrebbe restare una mera utopia.

Nel merito, la difesa della Regione ricorda la natura transitoria della disciplina regionale impugnata, finalizzata a fronteggiare una situazione contingente di emergenza nell'attesa dei piani di smaltimento e nega che dal decreto presidenziale n. 915 del 1982 si possa ricavare «un principio di libera circolazione dei rifiuti». In particolare la difesa regionale osserva che l'art. 6 del decreto ha previsto un potere di pianificazione delle Regioni in materia di impianti di smaltimento, potere confermato dal d.l. 31 agosto 1987, n. 361 e dalla relativa legge di conversione, nonché attuato dalla disciplina secondaria, che ha imposto di tenere conto tanto della quantità dei rifiuti prodotti in ciascuna Regione, quanto della popolazione ivi residente. Tale funzione sarebbe del tutto vanificata, ad avviso dell'intervenuta, ove negli impianti regionali potessero «essere riversate quantità incontrollabili di rifiuti provenienti da ambiti territoriali... esterni alla Regione».

Ad avviso della Regione, infine, non sussiste il contrasto con gli articoli 3 e 41 della Costituzione, per il carattere prevalente della tutela della salute e dell'ambiente sulla libertà di iniziativa economica privata, e neanche vi sarebbe violazione del principio di uguaglianza, in ragione sia del carattere transitorio della disciplina regionale, sia delle sue finalità «palesi, logiche e giustificate».

Per quanto attiene al principio di libera circolazione stabilito dall'art. 120 della Costituzione, la previsione andrebbe considerata «alla luce del criterio generale della ragionevolezza», non essendo precluso al legislatore regionale adottare misure limitative per ragioni di pubblico interesse.

4. – Si sono costituite in giudizio le Società G. e P., ricorrenti nel giudizio principale, svolgendo argomentazioni a favore dell'accoglimento della questione.

Rispetto a tale primo passo la fattispecie presentata dalla legge della Regione Friuli comportava un ulteriore passaggio dai rifiuti pericolosi ai rifiuti speciali per i quali lo spartiacque stabilito in precedenza dalla Corte non consentiva una chiara collocazione. La difficoltà nasce dall'impostazione seguita nell'art. 7 del decreto Ronchi che classifica i rifiuti seguendo due criteri non omogenei, l'origine e le caratteristiche di pericolosità senza stabilire una qualche relazione tra i due, con la conseguenza che delle categorie di rifiuti urbani e speciali non si sa quali siano pericolosi e quali no.

Per uscire da tale dilemma la sentenza in esame ha compiuto una verifica delle categorie comprese nei rifiuti speciali e constatata la varietà con conseguente differenziata distribuzione sul territorio nazionale, non sempre corrispondente ad analoga collocazione di impianti di smaltimento ad hoc, ne ha desunto essere questa la ratio in base alla quale il legislatore nazionale non li ha menzionati tra quelli per i quali è vietato lo smaltimento in Regioni diverse. Ma la limitazione di tale divieto ai rifiuti urbani non risolve il problema della legittimità del divieto posto nella legge regionale, poiché non sembra in astratto sostenibile che la Regione non possa introdurre un divieto più rigoroso a tutela dell'interesse all'autosufficienza. Secondo la Corte invece in questa ottica «appare incongruo il divieto di compimento nelle discariche regionali, impresso dalle norme censurate» in quanto esso potrebbe pregiudicare la finalità di smaltire i rifiuti in uno degli impianti appropriati più vicini voluto dall'art. 5, 3 co., lett. D, del decreto Ronchi.

Potrebbe però anche disincentivare le Amministrazioni locali dal realizzare quegli impianti di smaltimento in zone limitrofe ai bacini di produzione dei relativi rifiuti.

Secondo le parti private, dal decreto presidenziale n. 915 del 1982, dal successivo d.l. 9 settembre 1988, n. 397 e dalla relativa legge di conversione si ricaverebbe il principio dell'«efficace smaltimento dei rifiuti prodotti nel territorio nazionale a garanzia dell'ambiente e della salute pubblica», cosicché il sistema sarebbe fondato sul presupposto che «il rifiuto debba poter “circolare” se necessario, per essere smaltito adeguatamente».

In particolare il decreto n. 915 del 1982 recherebbe una disciplina differenziata per la gestione dei rifiuti urbani, da un lato, e la gestione dei rifiuti speciali e pericolosi, dall'altro lato. Per i primi varrebbe il principio dello smaltimento in ambiti territoriali delimitati ed autosufficienti, per i secondi, invece, «il principio della autosufficienza «nazionale» nello smaltimento, a tutela dell'ambiente e della salute pubblica», con la conseguenza che il loro smaltimento, ove necessario, debba poter avvenire anche in Regioni diverse da quelle di produzione.

Le predette conclusioni non muterebbero a causa del sopravvenuto decreto legislativo n. 22 del 1997, il quale, ad avviso delle parti private, mentre non pone alcun limite alla circolazione dei rifiuti speciali, il cui smaltimento continua ad affidare alla libera iniziativa economica, riferisce ai soli rifiuti urbani non pericolosi il divieto di smaltimento in Regioni diverse da quelle di produzione. Per tutte le altre categorie di rifiuti la disciplina statale sopravvenuta attuerebbe invece il principio comunitario «di correzione, anzitutto alla fonte, dei danni causati all'ambiente», confermando il principio della prossimità nello smaltimento.

Le parti private, infine, sottolineano che le norme impugnate colpiscono «in modo diretto ed esclusivo gli imprenditori» del Friuli-Venezia Giulia, «sia in sede di produzione che in sede di smaltimento dei rifiuti», con conseguente violazione degli articoli 3 e 41 della Costituzione.

5. – In prossimità dell'udienza, le società costituite hanno depositato una memoria difensiva, nella quale insistono per l'accoglimento delle conclusioni già formulate, contestando in particolare che la norma impugnata possa dirsi transitoria, e deducendone l'illegittimità proprio in quanto essa dichiara espressamente di operare nelle more dell'esercizio del potere regionale di pianificazione.

Possiamo poi dire che viene da chiedersi se una semplice incongruità della normativa regionale rispetto a quella nazionale ne giustifichi la dichiarazione di illegittimità, tanto più quando la vicenda non sembri aliena dal consentire l'introduzione di limiti più rigorosi a tutela dell'interesse precipuo che è quello dell'integrità ambientale cui è finalizzata la ridetta tendenza all'autosufficienza.

A supporto della soluzione prescelta risulta quindi essenziale il richiamo della Corte operato alla giurisprudenza comunitaria che, argomentando dalla natura di prodotto riconoscibile anche ai rifiuti valente ogni divieto come ostacolo all'esportazione, ammettendolo solo in caso di dimostrato pericolo.

In definitiva la Corte con un'attenta commisurazione dei campi di intervento della normativa comunitaria, nazionale e regionale ha delineato una importante unificazione tra le stesse nel settore del trasporto e dello smaltimento dei rifiuti.

Considerato in diritto

1. – La questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tar per il Friuli-Venezia Giulia con l'ordinanza indicata in epigrafe concerne l'art. 16, comma 4, della legge regionale del Friuli-Venezia Giulia 28 novembre 1988, n. 65, così come interpretato autenticamente dall'art. 29 della legge regionale 14 giugno 1996, n. 22, nella parte in cui «nell'impedire che sia autorizzato lo smaltimento di rifiuti eccedenti il fabbisogno calcolato su base regionale e nel consentire che essi siano conferiti in discarica soltanto se di provenienza regionale» viola gli artt. 4, 5 e 6 dello statuto speciale del Friuli-Venezia Giulia, nonché gli artt. 3, 41 e 120 della Costituzione.

Secondo il giudice rimettente, infatti, le predette norme regionali non si conformano ai principi fondamentali posti dall'allora vigente d.P.R. 10 settembre 1982, n. 915 in quanto, violando interessi nazionali unitari, ostacolano «il funzionamento di un'organizzazione a livello nazionale dello smaltimento che permetta anche alle Regioni la cui produzione di rifiuti ecceda le capacità di smaltimento di collocarli in discariche controllate e non abusive di altre Regioni, senza pericoli per la salute pubblica». Inoltre le stesse norme sarebbero in contrasto, secondo il giudice *a quo* anche con gli artt. 3, 41 e 120 della Costituzione a causa dell'arbitraria ed «illegittima imposizione di ostacoli e limitazioni (...) alla libera circolazione di cose e all'esercizio della professione» in danno degli esercenti lo smaltimento dei rifiuti nella Regione Friuli-Venezia Giulia.

2. – In via preliminare va respinta l'eccezione di inammissibilità per irrilevanza sollevata dalla Regione Friuli-Venezia Giulia in riferimento alla sopravvenienza della legge regionale 9 novembre 1998, n. 13, che avrebbe introdotto un nuovo regime autorizzatorio delle discariche di rifiuti. Il Tar per il Friuli-Venezia Giulia al quale erano stati, per sopravvenienza legislativa, restituiti gli atti con ordinanza di questa Corte n. 442 del 1999, dopo una precedente restituzione disposta, per analogo motivo, con ordinanza n. 22 del 1998 – ha infatti non implausibilmente motivato la permanenza della rilevanza in base alla circostanza che la normativa sopravvenuta non ha carattere retroattivo e riguarda quindi solo il regime delle nuove autorizzazioni.

3. – La questione è fondata nei limiti di seguito prospettati.

Le censurate norme della Regione Friuli-Venezia Giulia, che sostanzialmente dispongono il divieto di smaltimento nelle discariche regionali dei rifiuti di provenienza extraregionale anche rispetto, secondo il giudice *a quo*, ai «rifiuti speciali non tossici e non nocivi», vanno scrutinate tenendo conto, in particolare, del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22, che ha sostituito, confermandone peraltro i principi, il previgente d.P.R. n. 915 del 1982 e che disciplina la «gestione dei rifiuti» mediante disposizioni che si autoqualificano principi fondamentali della legislazione statale, ai sensi dell'art. 117 della Costituzione, nonché «norme di riforma economico-sociale» nei confronti delle Regioni a statuto speciale.

La giurisprudenza costituzionale si è occupata più volte del problema, posto dalla legislazione regionale, relativo al divieto di smaltimento in ambito regionale di rifiuti di provenienza extraregionale, pervenendo sostanzialmente ad una duplice soluzione in relazione alla tipologia dei rifiuti in questione. Da un lato, infatti, si è statuito, proprio in riferimento alle stesse norme regionali in esame, che alla luce del principio dell'autosufficienza – stabilito espressamente dall'art. 5, comma 3, lettera *a*) del decreto n. 22 del 1997 – il divieto di smaltimento dei rifiuti di produzione extraregionale è pienamente applicabile ai rifiuti urbani non pericolosi nonché ai rifiuti speciali assimilabili (sentenza n. 196 del 1998); dall'altro lato, si è invece statuito che il principio dell'autosufficienza locale ed il connesso divieto di smaltimento dei rifiuti di provenienza extraregionale non possono valere per quelli «pericolosi» – comprensivi quindi anche, secondo la disciplina introdotta dal decreto n. 22 del 1997, di quelli che la previgente normativa del d.P.R. n. 915 del 1982 definiva «tossici e nocivi» – i quali necessitano di processi di smaltimento appropriati e specializzati (sentenza n. 281 del 2000).

È pertanto nell'ambito di questa duplice soluzione giurisprudenziale che va inquadrata la questione in esame che riguarda i rifiuti «speciali» non pericolosi, precedentemente definiti «non tossici e non nocivi», per i quali occorre dunque verificare se valga o meno il criterio prioritario della autosufficienza nello smaltimento, tenendo conto che la disciplina legislativa dei conferimenti nelle discariche prende in considerazione sia il luogo di produzione sia le caratteristiche di pericolosità dei rifiuti.

Ed invero il criterio del luogo d'origine, valutato insieme con l'assenza di elementi di pericolosità, è stato seguito nei confronti dei rifiuti urbani non pericolosi, rispetto ai quali «l'ambito territoriale ottimale per lo smaltimento» è considerato «logicamente limitato e predeterminabile in relazione ai luoghi di produzione», stabilendo infatti l'art. 23 del decreto n. 22 che esso coincida di regola con il territorio provinciale, in modo da garantire al suo interno l'autosufficienza dello smaltimento (sentenza n. 281 del 2000). Invece il criterio della pericolosità è stato ritenuto prevalente rispetto a quello del luogo di produzione in riferimento ai rifiuti che si definiscono appunto «pericolosi», giacché per il loro smaltimento, date le loro caratteristiche, appare prioritaria, alla luce del principio desumibile dall'art. 5, comma 3, lettere *b*) e *c*) del decreto n. 22 l'esigenza di impianti appropriati e specializzati e di tecnologie idonee; esigenza che contrasta con una rigida predeterminazione di ambiti territoriali ottimali e con la connessa previsione di autosufficienza locale nello smaltimento.

Ciò premesso, va ricordato che i rifiuti «speciali», secondo la classificazione dell'art. 7 del citato decreto n. 22, costituiscono una variegata tipologia comprensiva, prescindendo dalle caratteristiche di eventuale pericolosità, di ben dieci categorie di rifiuti di diversa origine. La loro produzione è generalmente connessa ad attività lavorative: di tipo agricolo, edilizio, industriale, artigianale, commerciale, sanitario e così via, sicché la loro localizzazione normalmente non è distribuita in modo omogeneo sul territorio e comunque non è facilmente predeterminabile, così come non è facilmente prevedibile la dimensione quantitativa e qualitativa del materiale da smaltire. Va inoltre

considerata, in relazione a questa tipologia di rifiuti che presentano caratteristiche così diverse tra di loro, la necessità che siano utilizzati impianti di smaltimento appropriati o addirittura, per qualcuna delle categorie indicate, come ad esempio i rifiuti sanitari o i veicoli a motore, impianti «specializzati», secondo quanto appunto prevede l'art. 5, comma 3, lettera *b*), del decreto n. 22 del 1997, che, sul punto, oltre tutto, conferma l'impianto del previgente d.P.R. n. 915 del 1982.

Risulta dunque evidente la ragione per cui anche per i rifiuti «speciali», al pari di quelli pericolosi, il legislatore statale non predetermina un ambito territoriale ottimale, che valga a garantire l'obiettivo specifico dell'autosufficienza nello smaltimento, fissato in modo espresso dall'art. 5, comma 3, lettera *a*) del decreto n. 22 per i soli rifiuti urbani non pericolosi. In questa ottica appare quindi incongruo il divieto di conferimento nelle discariche regionali, imposto dalle norme censurate, di rifiuti speciali provenienti da altre Regioni, in quanto tale divieto non solo può pregiudicare il conseguimento della finalità di consentire lo smaltimento di tali rifiuti «in uno degli impianti appropriati più vicini» (art. 5, comma 3, lettera *b* del decreto n. 22 del 1997), ma introduce addirittura, in contrasto con l'art. 120 della Costituzione, un ostacolo alla libera circolazione di cose tra le regioni, senza che sussistano ragioni giustificatrici, neppure di ordine sanitario o ambientale (cfr. sentenze n. 207 del 2001, n. 362 del 1998 e n. 264 del 1996).

Del resto, anche alla luce della normativa comunitaria il rifiuto è pur sempre considerato un «prodotto», in quanto tale fruente, in via di principio e salvo specifiche eccezioni, della generale libertà di circolazione delle merci. In questo senso va in particolare segnalato che la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ancora recentemente ha statuito, a proposito di certi rifiuti speciali non pericolosi, che l'art. 34 del Trattato CE (ora art. 29 CE) si oppone ad un sistema di raccolta e di presa in carico che costituisca, di fatto o di diritto, un ostacolo all'esportazione; «tale ostacolo non può essere giustificato alla luce dell'art. 36 del Trattato CE [divenuto, in seguito a modifica, art. 30 CE], o mediante il richiamo a finalità di tutela dell'ambiente (...), in mancanza di qualsiasi indizio di pericolo per la salute o la vita delle persone o degli animali, o per la preservazione delle specie vegetali, ovvero di pericolo per l'ambiente» (Corte di giustizia, sentenza 23 maggio 2000, causa C-209/1998).

Va quindi esclusa la possibilità di estensione ai rifiuti diversi da quelli urbani non pericolosi del principio specifico dell'autosufficienza locale nello smaltimento e va invece applicato – come questa Corte ebbe modo di affermare nella ricordata decisione n. 281 del 2000 a proposito dei rifiuti «pericolosi» — anche ai rifiuti «speciali» non pericolosi il diverso criterio, pure previsto dal legislatore, della specializzazione dell'impianto di smaltimento integrato dal criterio della prossimità, considerato il contesto geografico, al luogo di produzione in modo da ridurre il più possibile la movimentazione dei rifiuti, secondo la previsione dell'art. 22, comma 3, lettera *c*) del citato decreto n. 22 del 1997.

In definitiva, le argomentazioni che precedono dimostrano che il divieto di smaltimento nelle discariche regionali di rifiuti di provenienza extraregio-

nale contenuto nelle norme della Regione Friuli-Venezia Giulia denunciate contrasta, nella parte in cui riguarda i rifiuti diversi da quelli urbani non pericolosi, con l'art. 120 della Costituzione ed inoltre non si adegua alle citate norme di riforma economico-sociale introdotte in materia dal decreto n. 22 del 1997. Restano così assorbiti gli ulteriori profili di censura.

Per questi motivi

La Corte costituzionale

Dichiara la illegittimità costituzionale degli artt. 29 della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 14 giugno 1996, n. 22 (Modifiche alla legge regionale 7 settembre 1987, n. 30 ed ulteriori norme in materia di smaltimento dei rifiuti solidi e di attività estrattive) e 16, comma 4, della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 28 novembre 1988, n. 65 (Modifiche ed integrazioni alla legge regionale 7 settembre 1987, n. 30 ed ulteriori norme in materia di smaltimento dei rifiuti solidi), limitatamente al divieto di smaltimento nelle discariche regionali dei rifiuti di provenienza extraregionale diversi da quelli urbani non pericolosi.

(omissis)

CORTE COSTITUZIONALE, 18 dicembre 2001 n. 412 - *Pres.* Ruperto - *Rel.* Chiappa - Provincia di Trento c. Presidenza del Consiglio dei Ministri (avv. Stato Fiorilli).

Giudizio di costituzionalità - Ricorso in via principale - Prospettazione tesi alternative Ammissibilità.

Ambiente - Inquinamento acque conflitto tra Province e Stato - Corpo Forestale Stato - Corpo Forestale Provinciale.

(Cost. art. 97; D.Lgs. 11 maggio 1999 n. 152, art. 56).

Ambiente - Disciplina degli scarichi - Disciplina preveniente della Provincia - Sopravvenienza normativa statale contrastante - Legittimità.

(D.Lgs. 11 maggio 1999 n. 152, art. 28).

Ambiente - Sistema di depurazione - Responsabilità penale del gestore di impianti di depurazione generale - Lesione attribuzioni provinciali - Insussistenza.

(Statuto Trentino Alto Adige art. 8 D.Lgs. 11 maggio 1999 n. 152 art. 59).

È ammissibile il ricorso in via principale contenente richiesta di illegittimità costituzionale di una norma di legge con indicazione del vizio denunciato, anche se essa è prospettata in alternativa a diversa tesi interpretativa.

L'attribuzione al corpo forestale dello Stato di specifiche competenze in materia di sorveglianza ed accertamento di illeciti per l'inquinamento delle acque non comporta una modifica ai poteri di vigilanza, polizia amministrativa ed accertamento delle relative violazioni nelle materie di competenza regionale proprie del Corpo Forestale della Provincia di Trento.

Non viola l'autonomia e le competenze della Provincia autonoma di Trento la definizione da parte dello Stato di una disciplina unitaria degli scarichi anche se ispirata a criteri diversi da quelli contenuti nella normativa precedente della Provincia stessa.

Non è irragionevole né arbitraria la prescrizione da parte del legislatore nazionale di una responsabilità anche penale di tutti i soggetti operanti nel settore della depurazione delle acque anche se essa si estenda al gestore dell'impianto della depurazione generale previsto nella normativa provinciale (1).

(omissis)

Ritenuto in fatto

1. – La Provincia autonoma di Trento, con un primo ricorso notificato il 28 giugno 1999 e depositato il 7 luglio successivo, ha impugnato il decreto legislativo 11 maggio 1999, n. 152, recante «Disposizioni sulla tutela delle acque dall'inquinamento e recepimento della direttiva 91/271/CEE concernente il trattamento delle acque reflue urbane e della direttiva 91/676/CEE relativa alla protezione delle acque dall'inquinamento provocato dai nitrati provenienti da fonti agricole», specificamente gli artt. 56, commi 1 e 3; 28, comma 2; paragrafo 1.1 dell'Allegato 5, tabelle 3, 3/A e 5, in connessione con l'art. 59, comma 6.

(1) Molti degli spunti di interesse offerti dalla sentenza qui massimata a cominciare da quello segnatamente processualistico relativo all'ormai sempre più frequente tentativo di trasformare il giudizio di legittimità costituzionale in una istanza di interpretazione del sistema normativo, idonea per la sua autorevolezza a superare ogni altra contrastante esegesi.

È noto che la Corte ha reagito a questa tendenza dei giudici emittenti con pronunce di inammissibilità per le questioni ad essa sottoposte in via alternativa, sollecitando così da una parte scelte interpretative conformi alla Costituzione e limitando dall'altra il proprio intervento ai casi in cui fosse necessario rimuovere dalla normativa disposizioni non altrimenti applicabili se non in contrasto con i parametri costituzionali.

Nel caso però del ricorso in via principale, come quello della Provincia di Trento, la Corte pur ribadendo la propria contrarietà a definire un «mero contrasto sull'interpretazione della norma», giustifica la modalità bicefala dell'atto introduttivo del giudizio considerando che esso muove non da un giudice che può scegliere tra due opposizioni, ma da una parte che agisce a tutela di una propria posizione soggettiva entro un termine di decorrenza. Essa ha quindi la necessità di vedere configurare dal giudice l'atto impugnato come non lesivo del proprio interesse oppure di farlo rimuovere e tale duplice esigenza può validamente azionare senza incorrere in violazioni processuali. In tale configurazione il giudizio costituzionale si avvicina al giudizio amministrativo in cui l'evenienza del ricorso che prospetta alternativamente un'interpretazione del provvedimento impugnato tale da rendere superflua l'impugnazione è tutt'altro che rara essendo questa comunque una soluzione che soddisfa l'interesse della parte ad attribuire giudizialmente al provvedimento un contenuto tale da non pregiudicarla.

Peraltro nel caso di specie la pronuncia di inammissibilità sulla questione concernente le attribuzioni del Corpo Forestale dello Stato e di quello Provinciale consente alla Corte di fare un po' d'ordine nella caotica normativa che si è andata componendo per successive stratificazioni a seguito dei ripetuti interventi del legislatore.

Risultava infatti poco chiaro quale fosse il ruolo della suddetta Forza di polizia statale in un ambito provinciale in cui già operava analogo organo di matrice locale e ciò nonostante tutte le riserve e le salvezze contenute nel testo novellato dell'art. 56 D.Lgs. 152/1999.

Le censure sono rivolte, in particolare, avverso le disposizioni dell'art. 56, commi 1 e 3, che conferirebbero in via diretta alle amministrazioni comunali funzioni che, invece, spetterebbero, a norma dello Statuto di autonomia, alla Provincia stessa, la quale, nell'ambito della propria discrezionalità legislativa, potrebbe, essa stessa, assegnare ai comuni.

Precisa la Provincia ricorrente che la contestazione è formulata in via ipotetica, giacché non è esclusa una interpretazione diversa, compatibile con le prerogative della Provincia autonoma.

Sotto un ulteriore profilo, le censure investono i valori tabellari che i depuratori pubblici sono tenuti a rispettare in relazione agli inquinamenti industriali previsti dal paragrafo 1.1 e dalle tabelle 3, 3/A e 5 dell'Allegato 5 e delle connesse disposizioni dell'art. 28, comma 2, e dell'art. 59, comma 6.

Premette, ancora, la Provincia ricorrente, che la propria legislazione attua fedelmente le direttive comunitarie, poiché è stato realizzato un sistema di depurazione efficace ed effettivo, secondo parametri di elevata qualità a fronte di una legislazione statale contraddittoria ed irrealizzabile e, soprattutto, incompatibile con i parametri di accettabilità raggiunti dai presidi depurativi pubblici.

La Provincia, inoltre, si sofferma su alcune problematiche tecniche proprie di un sistema di depurazione in relazione alla legislazione statale ed in relazione alla specifica situazione della stessa Provincia di Trento; sottolinea, a questo proposito, che gli impianti di depurazione pubblici sarebbero idonei a trattare inquinanti propri degli scarichi civili, mentre non sono adeguati per il trattamento degli inquinanti provenienti dagli scarichi industriali. Ne conseguirebbe che la riduzione degli inquinanti industriali andrebbe ottenuta «immediatamente a valle» del sistema industriale ed è ciò che la normativa comunitaria assicura, in particolare l'art. 11 della direttiva 91/271/CEE, che richiede un pretrattamento degli scarichi industriali che confluiscono nelle reti fognarie e in impianti di trattamento delle acque reflue urbane (art. 2 della predetta direttiva in connessione con l'allegato I/B e la tab. 1).

Per superare ogni perplessità letterale la Corte ha evitato di fermarsi al tenore delle singole norme ed ha fatto direttamente ricorso ai principi generali enunciati nell'art. 1 laddove l'adeguamento della legislazione regionale e provinciale viene limitato dal rispetto delle prescrizioni dei rispettivi statuti e norme di attuazione.

In questo modo la sentenza riesce a far convivere i due organi di polizia ciascuno secondo le proprie competenze e nel suo ambito di operatività.

Più complessa si presentava l'opera di coordinamento richiesta alla Corte dalla Provincia quanto all'impostazione dei sistemi di depurazione già attuati con quelli voluti nella legislazione nazionale, infatti la ricorrente sosteneva che la propria normativa era sostanzialmente ispirata ad una metodologia diversa in quanto mirata ad una riduzione degli inquinamenti industriali immediatamente a valle del relativo impianto e non presso gli impianti di depurazione pubblici che sarebbero idonei a trattare solo gli inquinanti propri degli scarichi civili. Molto opportunamente la Corte non entra nel merito di queste valutazioni tecniche ma ribadisce il principio secondo cui costituisce «necessità imprescindibile» quello di assicurare in materia di inquinamento il soddisfacimento di esigenze «unitarie e di primaria importanza nazionale» nonché di raggiungere obiettivi «comuni e coordinati anche per i riflessi sulle Regioni a valle o limitrofe».

La normativa della Provincia si conformerebbe a tale sistema, prescrivendo che lo scarico produttivo sia obbligatoriamente pretrattato prima della sua confluenza nella rete fognaria pubblica (in particolare l'art. 16, comma 1, numero 2, del testo unico delle leggi provinciali in materia di tutela dell'ambiente dagli inquinamenti, approvato con decreto del Presidente della Giunta provinciale 26 gennaio 1987, n. 1).

Sostanzialmente la ricorrente assume che i sistemi di depurazione generale sarebbero tenuti al rispetto dei limiti prefissati soltanto in relazione alle sostanze che essi sono vocati a trattare, mentre i limiti relativi alle sostanze specifiche di origine industriale varrebbero per i «relativi scarichi».

Osserva la ricorrente che, di contro, la legislazione statale farebbe carico al sistema di depurazione generale anche della depurazione delle sostanze di origine industriale, mentre il sistema di depurazione generale, per sua natura, non sarebbe idoneo a trattare tali sostanze, in quanto non in grado di ridurre i metalli e le altre sostanze pericolose tipicamente industriali.

Sembrerebbe – sempre secondo la ricorrente – deporre in tal senso anche la sanzione penale di cui all'art. 59, comma 6, del decreto legislativo 11 maggio 1999, n. 152, che stabilisce le stesse sanzioni previste per i responsabili di scarichi industriali di cui al comma 5 anche per il «gestore di impianti di depurazione che, per dolo o per grave negligenza, nell'effettuazione dello scarico superi i valori limite relativi ai metalli ed alle altre sostanze costituenti tipici inquinanti industriali».

La direttiva comunitaria, come la normativa della Provincia autonoma di Trento, non suggerirebbero, infatti, tale sistema, giacché il depuratore generale non è concepito per la riduzione dei metalli e delle altre sostanze pericolose tipicamente industriali.

Ne conseguirebbe la irragionevolezza e la contraddizione con la normativa comunitaria e con i principi della legge delega 24 aprile 1998, n. 128, in particolare dell'art. 17, della previsione contenuta nell'Allegato 5 ed implicita nella fattispecie penale di cui al comma 6 dell'art. 59.

Precisa la ricorrente che non si discute del principio secondo cui in sede di attuazione nazionale delle direttive in materia ambientale sia possibile imporre limiti più restrittivi rispetto a quelli posti in sede comunitaria; nella specie, si intenderebbe porre a carico del sistema di depurazione generale limiti che andrebbero riferiti soltanto «a carico dei sistemi di disinquinamento degli impianti industriali»; limiti che dovrebbero essere assicurati dal sistema di vigilanza, relativo a tali ultimi impianti, diretto ad evitare che detti inquinanti entrino nel sistema fognario generale.

Da tale necessità discende che la Provincia non può accampare né la esistenza di una propria precedente normativa né la maggiore efficienza della propria metodologia per sottrarsi all'obbligo di adeguamento rispetto alla disciplina statale, neanche pretendendo di avere meglio realizzato le finalità volute della regolamentazione comunitaria, ciò in quanto è lo Stato che ha una specifica responsabilità quanto all'assolvimento degli obblighi comunitari per tutto il territorio.

Sottolinea più volte, la ricorrente, l'incongruità e la impossibilità, sotto il profilo tecnico, di «regolare» l'inquinamento derivante dai metalli e da altre sostanze pericolose di origine industriale mediante limiti fissati per i depuratori generali.

Inoltre la Provincia rileva che, in attuazione del quadro normativo, che si è definito prima in sede statutaria, poi attraverso le norme di attuazione nella legislazione provinciale, il sistema depurativo è stato caratterizzato da una forte centralizzazione, mentre il sistema degli acquedotti e delle fognature ha subito un forte decentramento gestionale. Il funzionamento di tale sistema «misto» è stato garantito da forme di coordinamento interistituzionale.

In tale quadro normativo, il gestore dell'impianto di depurazione non sarebbe titolare né delle funzioni autorizzatorie che, invece, spettano ai Comuni, né delle funzioni di controllo degli scarichi di reflui industriali di fognatura, che competono al servizio di protezione ambiente (art. 37 del testo unico, art. 2 del d.P.G.p. 12 luglio 1993, n. 12). Egli avrebbe solo il compito di assicurare la piena funzionalità ed efficacia dell'impianto, con l'osservanza delle «regole di conduzione tecnica» dello stesso.

Di contro, il complesso della normativa statale di cui al decreto legislativo n. 152 del 1999, nell'individuare la responsabilità del «gestore dell'impianto» implicherebbe una organizzazione della gestione dei reflui incompatibile con il modello in atto nella Provincia di Trento. Ne deriverebbe, pertanto, secondo la prospettazione della Provincia ricorrente, la lesione delle competenze legislative provinciali primarie in materia di acquedotti e lavori pubblici di interesse provinciale, in materia di organizzazione dei servizi pubblici di cui all'art. 8, numeri 17 e 19 dello statuto, in materia di acque pubbliche e di igiene e sanità nonché di tutela dell'ambiente dagli inquinanti di cui all'art. 9, numeri 9 e 10 dello Statuto, ed, infine, delle funzioni amministrative in genere e delle speciali funzioni in materia di programmazione dell'utilizzo delle acque e di difesa dall'inquinamento previste dall'art. 14 dello Statuto e dall'art. 5 del d.P.R. n. 22 marzo 1974, n. 381 (Norme di attuazione dello Statuto speciale per la Regione Trentino-Alto Adige in materia di urbanistica ed opere pubbliche).

Su tale premessa la Corte ha infine respinto anche i dubbi sulla legittimità della responsabilità penale attribuita al gestore di impianti di depurazione generale operante nella Provincia di Trento in base al sistema misto ivi vigente secondo cui la scelta delle sanzioni penali rientra nella discrezionalità del legislatore nazionale, rispetto al quale la sentenza ammette in astratto la sussistenza di un interesse della Provincia ad evitare una possibile lesione della propria organizzazione, ma soprattutto perché il coinvolgimento di tutti i soggetti operanti nel settore a mezzo di una responsabilità correlata a specifici doveri di vigilanza non è irragionevole o arbitraria né contrasta con il principio di buon andamento della P.A.

2. – Nel giudizio si è costituito il Presidente del Consiglio dei Ministri, con il patrocinio dell'Avvocatura Generale dello Stato, che ha concluso per la inammissibilità, nonché per la infondatezza del ricorso.

In particolare, l'Autorità resistente sottolinea la totale compatibilità con la specificità dell'autonomia speciale della Provincia ricorrente delle disposizioni del decreto legislativo impugnato.

Nel merito, l'Avvocatura generale dello Stato osserva che la eliminazione degli inquinanti derivanti dalle sostanze presenti negli scarichi industriali è effettuata prima che essi confluiscano nel depuratore generale; peraltro, la compatibilità di questi scarichi con la capacità del depuratore generale è prevista dall'art. 33 sotto la responsabilità del gestore dell'impianto stesso.

3. – Nell'imminenza della data fissata per la pubblica udienza, la difesa della Provincia autonoma di Trento ha depositato una memoria, con la quale insiste per l'accoglimento del ricorso, confutando le argomentazioni dell'Avvocatura dello Stato, rinviando alla memoria depositata per il ricorso n. 16 del 2000 e sottolineando che le norme impugnate sono state sostituite con norme sostanzialmente corrispondenti dal decreto legislativo n. 258 del 2000, anche esso impugnato dalla Provincia con successivo ricorso fissato per la stessa udienza.

4. – La Provincia autonoma di Trento, con ulteriore ricorso notificato il 18 ottobre 2000 e depositato il successivo 26 ottobre, ha impugnato il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 258, recante «Disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 11 maggio 1999, n. 152, in materia di tutela delle acque dall'inquinamento», a norma dell'art. 1, comma 4, della legge 24 aprile 1998, n. 128, in particolare, l'art. 22, nella parte in cui contiene il nuovo testo del comma 1 e inserisce il comma 1-*bis* dell'art. 56 del decreto legislativo 11 maggio 1999, n. 152; l'art. 9, nella parte in cui contiene il nuovo testo modificato dell'art. 28, comma 2, del decreto legislativo n. 152 del 1999, l'art. 12 che contiene il nuovo testo del comma 4 dell'art. 31 del d.lgs. n. 152 del 1999; il paragrafo 1.1, tabelle 3, 3/A e 5 dell'Allegato 5, che sostituisce il corrispondente allegato al d.lgs. n. 152 del 1999, in connessione con quanto disposto dall'art. 23 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 258, nella parte in cui contiene il testo modificato del comma 6 dell'art. 59 del d.lgs. n. 152 del 1999.

Premette la ricorrente che oggetto del presente ricorso sono le disposizioni che correggono ed integrano il precedente decreto legislativo n. 152 del 1999, per cui esso deve ritenersi collegato alla precedente impugnazione; sottolinea l'attualità delle censure rivolte con il precedente ricorso, in quanto anche le nuove norme appaiono lesive dell'autonomia provinciale.

Ripropone, in proposito, le medesime censure formulate con il ricorso promosso avverso il decreto legislativo n. 152 del 1999 (R. ric. n. 23 del 1999).

Oggetto di autonoma impugnazione è, invece, l'art. 22 del d.lgs. n. 258 del 2000, che aggiunge all'art. 56 del d.lgs. n. 152 del 1999 disposizioni non presenti nel precedente testo (comma 1-*bis* dell'art. 56).

Tale norma sembrerebbe istituire – secondo la Provincia autonoma – una generale competenza del Corpo forestale dello Stato sulla vigilanza in materia di tutela delle acque dall'inquinamento e di danno ambientale, ponendosi, in tal modo, in contrasto con l'art. 4 del decreto legislativo 16 marzo 1992, n. 266 (Norme di attuazione dello statuto per il Trentino-Alto Adige concernenti il rapporto tra atti legislativi statali e provinciali nonché la potestà statale di indirizzo e coordinamento), che esclude funzioni di vigilanza, di polizia amministrativa, di accertamento di violazioni amministrative da parte dello Stato per le materie di competenza propria della Regione o delle Province autonome.

La censura è formulata in via ipotetica, poiché assume la ricorrente, essa verrebbe meno, qualora la disposizione si ritenesse non applicabile nella Provincia di Trento, in forza delle clausole di salvaguardia di cui all'art. 1, ultimo comma, e all'art. 3, comma 8, del d.lgs. n. 152 del 1999.

5. – Nel giudizio si è costituito il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, che ha concluso per la infondatezza del ricorso.

In particolare, l'Autorità resistente pone in rilievo il carattere di indirizzo politico in materia di tutela delle acque esplicitato dall'art. 1 del d.lgs. n. 152 del 1999, che è stato considerato come obiettivo da perseguire, in linea con quello comunitario, per un nuovo approccio al problema del mantenimento e miglioramento dell'ambiente acquatico.

Tale norma non è stata censurata dalla Provincia, per cui, osserva la resistente, il suo contenuto precettivo deve ritenersi conforme ai criteri della delega legislativa.

In particolare, l'intervento del legislatore delegato si estende al trattamento degli scarichi (artt. 27-35 e artt. 45-52), che vengono distinti per destinazione e per tipo di scarico, la cui nozione è introdotta dal d.lgs. n. 152 del 1999, che, insieme ai principi guida, costituisce per la sua natura riformatrice, espressione di principi fondamentali della legislazione statale ai sensi dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, ai quali le Regioni a Statuto speciale, così come la Provincia ad autonomia differenziata, devono adeguare la propria legislazione.

Osserva l'Avvocatura che la materia «ambiente» non è tra le materie attribuite alla competenza regionale o provinciale; tuttavia alla Regione, sono state attribuite, in materia ambientale con legge ordinaria, numerose competenze sia legislative sia amministrative (da ultimo, art. 2 della legge 15 marzo 1997, n. 59).

Viene rilevato, comunque, che proprio sulla base di un modello di cooperazione e di integrazione, che consente di bilanciare i diversi valori afferenti alle esigenze di protezione ambientale, dovrebbe essere configurato l'intreccio tra i poteri statali e quelli regionali.

L'Avvocatura Generale dello Stato rileva ancora che il ricorso tende a censurare la scelta discrezionale del legislatore delegato senza apportare deduzioni in ordine alla violazione della legge delega, sotto il profilo del

mancato rispetto delle competenze costituzionalmente riconosciute alla Provincia autonoma, mentre, a sostegno della censura di merito, si sofferma sulla problematica tecnica del sistema di depurazione: la contestazione si concretizzerebbe in una censura di illegittimità delle norme comunitarie.

Sotto entrambi i profili viene eccepita la inammissibilità, sia perché non è ammissibile il ricorso di costituzionalità per motivi di merito sia perché dell'eventuale violazione dell'art. 10 del trattato C.E.E. può conoscere solo la Corte di Giustizia su ricorso della Commissione o di altro Stato, la cui violazione, comunque, non investirebbe alcun parametro costituzionale.

Ed il vizio di impostazione delle argomentazioni risulterebbe evidente – secondo l'Avvocatura – se si consideri che in base alla normativa comunitaria lo scarico industriale in sistemi fognari sarebbe preventivamente subordinato ad autorizzazioni specifiche e ad altrettanta specifica regolamentazione, così come è avvenuto con la nozione di «scarico» e con la indicazione dei limiti di accettabilità del refluo fissati con riferimento allo scarico non «nel» depuratore, ma «dal» depuratore.

Viene eccepita una ulteriore inammissibilità in ordine alla censura rivolta all'art. 56, commi 1 e 3, formulata in via ipotetica, in quanto chiaramente volta a sottoporre un quesito meramente interpretativo.

Infine, è dedotta la non fondatezza della censura relativa alla contestata attribuzione di responsabilità penale a carico del gestore del depuratore generale, in quanto, da un lato, la questione sfugge alla sindacabilità del giudice costituzionale; dall'altro, attiene alla valutazione di merito accertare se il verificarsi dell'evento vietato possa essere ricondotto a cause di giustificazione o di esclusione della colpevolezza.

6. – Nell'imminenza della data fissata per la pubblica udienza, la difesa della Provincia autonoma di Trento ha depositato una memoria, con cui contesta le argomentazioni dedotte dall'Avvocatura Generale dello Stato, sottolineando, in particolare, la contraddittorietà della tesi che richiama, da un lato, la clausola di salvaguardia di cui all'art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 152 del 1999 e afferma, dall'altro, che le norme di cui si discute costituiscono espressione di principi fondamentali della legislazione statale ai sensi dell'art. 117, primo comma, della Costituzione e, come tali, vincolanti per la Provincia ricorrente, senza tenere, peraltro, conto che l'autonomia speciale di cui gode la Provincia è regolata dagli artt. 8 e 9 dello statuto e dalle relative norme di attuazione. In particolare, l'art. 5 del d.P.R. n. 381 del 1974, come modificato dall'art. 2 del decreto legislativo 11 novembre 1999, n. 463 (Norme di attuazione dello statuto speciale della Regione Trentino-Alto Adige in materia di demanio idrico, di opere idrauliche e di concessioni di grandi derivazioni a scopo idroelettrico, produzione e distribuzione di energia elettrica), ha trasferito alla Provincia autonoma anche le funzioni in materia di utilizzazione delle acque pubbliche.

Contesta, inoltre, le eccezioni di inammissibilità formulate dall'autorità resistente, in quanto le norme vengono censurate per la loro intrinseca irragionevolezza, che si tradurrebbe in una lesione delle competenze regionali; la eventuale illegittimità comunitaria troverebbe fondamento nella «coper-

tura costituzionale» di cui all'art. 11 della Costituzione; ed infine, la censura relativa all'art. 56, comma 1, ancorché formulata in relazione ad una possibile interpretazione, deve ritenersi ammissibile in un giudizio di legittimità costituzionale in via principale, a differenza del giudizio in via incidentale.

Anche in relazione all'impugnazione dell'art. 59, comma 6, la questione va posta in termini di razionalità e di legittimità costituzionale della norma stessa.

Considerato in diritto

1. – Le questioni di legittimità costituzionale, sottoposte in via principale all'esame della Corte con un primo ricorso (r. ric. n. 23 del 1999), riguardano l'art. 56, commi 1 e 3, l'art. 28, comma 2, il paragrafo 1° gennaio dell'Allegato 5 in collegamento con le tabelle 3, 3/A e 5, in connessione con l'art. 59, comma 6, del decreto legislativo 11 maggio 1999, n. 152 (Disposizioni sulla tutela delle acque dall'inquinamento e recepimento della direttiva 91/271/CEE concernente il trattamento delle acque reflue urbane e della direttiva 91/676/CEE relativa alla protezione delle acque dall'inquinamento provocato dai nitrati provenienti da fonti agricole).

Il ricorso denuncia la violazione dell'art. 8, numeri 5, 6, 14, 16, 17, 18, 19, 21 e 24; dell'art. 9, numeri 9 e 10; dell'art. 14 e 16 dello statuto speciale (d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670), nonché delle relative norme di attuazione, in particolare degli artt. 5 e 8 del d.P.R. 22 marzo 1974, n. 381 (Norme di attuazione dello Statuto speciale per la Regione Trentino-Alto Adige in materia di urbanistica ed opere pubbliche) e dell'art. 15, comma 2, del d.P.R. 19 novembre 1987, n. 526 (Estensione alla Regione Trentino-Alto Adige ed alle Province autonome di Trento e Bolzano delle disposizioni del d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616), della direttiva CEE n. 91/271; dei principi stabiliti dalla legge delega 24 aprile 1998, n. 128 (Disposizioni particolari di adempimento diretto, criteri speciali di delega legislativa e per l'emanazione di regolamento) ed, infine, dell'art. 97 della Costituzione.

Con un secondo ricorso (r. ric. n. 16 del 2000) viene sottoposta all'esame della Corte la questione di legittimità costituzionale del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 258, recante disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 11 maggio 1999, n. 152 in materia di tutela delle acque dall'inquinamento, a norma dell'art. 1, comma 4, della legge 24 aprile 1998, n. 128, in particolare l'art. 22, nella parte in cui contiene il nuovo testo del comma 1 ed inserisce il comma 1-bis dell'art. 56; l'art. 9, nella parte in cui contiene il nuovo testo modificato dell'art. 28, comma 2; l'art. 12, che contiene il nuovo testo del comma 4 dell'art. 31, il paragrafo 1° gennaio, tabella 3, 3/A e 5, dell'Allegato 5, in connessione con quanto disposto dall'art. 23, nella parte in cui contiene il testo modificato del comma 6 dell'art. 59 del d.lgs. n. 152 del 1999.

Il secondo ricorso denuncia la violazione dell'art. 8, numeri 5, 6, 14, 16, 17, 18, 19, 21, e 24; dell'art. 9, n. 9 e n. 10; dell'art. 14 e dell'art. 16 dello statuto speciale della Regione Trentino-Alto Adige (d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670), nonché delle relative norme di attuazione, in particolare degli artt. 5 e 8 del d.P.R. 22 marzo 1974, n. 381 (Norme di attuazione dello Statuto spe-

ciale per la Regione Trentino-Alto Adige in materia di urbanistica ed opere pubbliche), dell'art. 15, comma 2, del d.P.R. 19 novembre 1987, n. 526, nonché degli artt. 2 e 4 del decreto legislativo n. 266 del 1992; della direttiva comunitaria di riferimento 91/271/CEE e dei principi stabiliti dall'art. 17 della legge delega 24 aprile 1998, n. 128; ed, infine, degli artt. 3 e 97 della Costituzione.

2. – Deve essere disposta la riunione dei giudizi, stante la connessione dei due ricorsi dal punto di vista sia soggettivo, sia oggettivo per la parziale identità delle questioni e lo stretto legame tra le norme impugnate, aventi quelle del secondo ricorso carattere correttivo ed integrativo ed anzi, rispetto alla parte investita dal primo ricorso, con effetti quasi integralmente sostitutivi.

Con riferimento, pertanto, all'avvenuta sostituzione del comma 2 dell'art. 28, del comma 1 dell'art. 56, del comma 6 dell'art. 59, dell'Allegato 5 e relative tabelle del d.lgs. 11 maggio 1999, n. 152, a seguito, rispettivamente, dell'art. 9, comma 2, dell'art. 22, comma 1, dell'art. 23 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 258, deve essere dichiarata la inammissibilità, per questa parte, del ricorso iscritto al r. ric. n. 23 del 1999, mentre le relative questioni sono state riproposte dalla Provincia e vengono esaminate in sede di decisione del secondo ricorso avverso il d.lgs. n. 258 del 2000.

3. – Preliminarmente deve essere affrontata l'eccezione (sollevata dalla difesa del Presidente del Consiglio dei Ministri) di inammissibilità di alcune censure, proposte in via alternativa ad una soluzione dei profili prospettati attraverso una interpretazione rispettosa dell'autonomia della Provincia.

Ai fini della infondatezza della eccezione vale il richiamo alla sentenza n. 244 del 1997, secondo cui – trattandosi di ricorso in via principale (o di azione) soggetto a termini di decadenza, configurato in un ambito di processo indiscutibilmente «di parti» a garanzia di posizioni soggettive costituzionalmente tutelate dell'ente ricorrente – è sufficiente per l'ammissibilità del ricorso, sotto il profilo del contenuto della impugnazione, che vi sia richiesta di illegittimità costituzionale di una norma di legge, con indicazione del vizio denunciato, anche se questo è prospettato in via alternativa a diversa tesi interpretativa. Con ciò non si disconosce il principio che anche il giudizio di legittimità costituzionale proposto in via principale non può essere azionato con la sola finalità di definire un mero contrasto sulla interpretazione della norma. La differenza, a questo riguardo, del ricorso in via principale, rispetto al giudizio in via incidentale, è stata posta nella circostanza che, in quest'ultimo tipo di giudizio costituzionale, la risoluzione del dubbio interpretativo in ordine alla norma denunciata è lasciata alla preliminare valutazione del giudice rimettente, sia ai fini della richiesta motivazione sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale nel giudizio a quo sia in relazione all'obbligo dello stesso giudice di interpretazione adeguatrice, ove possibile, alla Costituzione (sentenza n. 244 del 1997).

4. – Pregiudizialmente all'esame delle censure proposte occorre puntualizzare la portata della disposizione contenuta nel d.lgs. 11 maggio 1999, n. 152, art. 1, comma 3, per quanto riguarda le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e di Bolzano, la quale prevede che le stesse «adeguano la propria legislazione al presente decreto secondo quanto previsto dai rispettivi Statuti e dalle relative norme di attuazione».

È indubbio che la formula adottata, specie se raffrontata con la diversa dizione usata per le «Regioni a Statuto ordinario», costituisce affermazione di salvezza per le Regioni a statuto speciale e Province autonome di Trento e Bolzano della loro sfera di attribuzioni garantite costituzionalmente, pur mantenendosi un obbligo di adeguamento ai principi fondamentali della tutela delle acque dall'inquinamento contenuti nello stesso d.lgs. n. 152 del 1999 (e nel successivo decreto integrativo n. 258 del 2000).

Del resto il combinato disposto dell'art. 37 della legge 22 febbraio 1994, n. 146, e dell'art. 17 della legge 24 aprile 1998, n. 128, costituenti la fonte del potere legislativo delegato, e gli obiettivi delle direttive CEE da recepire e del decreto legislativo mostrano evidente l'intendimento di coinvolgere anche le Regioni a statuto speciale e le Province autonome, di modo che non può essere accolta la tesi che le norme «non si applichino» alla stessa Provincia autonoma, fermo rimanendo il pieno rispetto delle prerogative della medesima Provincia.

Alla luce di tale interpretazione deve ritenersi che il coinvolgimento delle amministrazioni comunali e del Corpo forestale, di cui agli impugnati art. 56, comma 3, del d.lgs. 11 maggio 1999, n. 152, e art. 22 del d.lgs. n. 258 del 2000 – contenente il nuovo testo del comma 1 e l'inserimento del comma 1-*bis* dell'art. 56 del d.lgs. n. 152 del 1999 –, avviene nell'ambito della Regione Trentino-Alto Adige entro i limiti delle previsioni legislative delle Province autonome (con particolare riguardo al sistema dei rapporti tra Provincia e Comuni e del Corpo forestale della Provincia autonoma di Trento), di modo che deve escludersi, in radice, ogni possibilità di lesione della sfera di attribuzioni provinciali.

Più specificamente per il Corpo forestale deve escludersi che il citato art. 22, comma 2, del d.lgs. n. 258 del 2000, con inserimento del comma 1-*bis* dell'art. 56 del d.lgs. n. 152 del 1999, possa comportare una modifica al sistema di autonomo Corpo forestale provinciale (della Provincia di Trento: art. 8, numero 21, dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, d.P.R. n. 670 del 1972) e alla riserva (regionale o provinciale) delle funzioni – diverse da quelle spettanti allo Stato secondo lo Statuto speciale e relative norme di attuazione – di vigilanza e di polizia amministrativa, nonché di accertamento delle relative violazioni amministrative nelle materie di competenza propria della Regione o delle Province autonome.

Di conseguenza il Corpo forestale della Provincia autonoma continua ad esercitare, nella Provincia stessa, le funzioni, inerenti alla vigilanza e polizia amministrativa e agli accertamenti degli illeciti in violazione di norme a

tutela delle acque da inquinamento e del relativo danno ambientale, anche se queste sono attribuite al Corpo forestale dello Stato per le parti del territorio nazionale in cui opera lo stesso Corpo forestale dello Stato.

5. – In ordine all'impugnato art. 9, comma 2, sostitutivo dell'art. 28, del d.lgs. 11 maggio 1999, n. 152, deve essere sottolineato che i criteri generali della disciplina degli scarichi assicurano indistintamente alle regioni, nell'esercizio della loro autonomia, un ampio campo di manovra nel definire i valori-limite di emissione, diversi da quelli dell'allegato 5, sia in concentrazione massima ammissibile, sia in quantità massima per unità di tempo in ordine ad ogni sostanza inquinante e per gruppi di famiglie affini. Si noti vi è la preclusione – salvo ristrette e circoscritte eccezioni predeterminate dal legislatore nazionale – di stabilire limiti meno restrittivi per determinate sostanze e per gli scarichi in acque superficiali, in rete fognaria e sul suolo (sostanze individuate nell'allegato 5, per i rischi correlativi a tipologie contemplate per la loro pericolosità per l'ambiente).

Né può avere rilevanza, ai fini della legittimità costituzionale del decreto legislativo impugnato, l'asserita circostanza che la Provincia si era già data una normativa per la protezione delle acque, per quanto rientrava nella sua sfera di responsabilità.

Infatti, è evidente la necessità imprescindibile di assicurare sia il soddisfacimento di esigenze in materia di inquinamento, da qualificarsi come unitarie e di primaria importanza nazionale per la rilevanza dell'ambiente, sia il conseguimento e l'adeguamento degli obiettivi doverosamente comuni e coordinati anche per i riflessi sulle Regioni a valle o limitrofe, sia infine l'assolvimento degli obblighi comunitari generali per tutto il territorio dello Stato, in ordine ai quali lo Stato ha una sua specifica responsabilità.

D'altro canto la Provincia autonoma – anche se dotata di normativa propria su una materia coinvolta da direttiva comunitaria e da disposizioni statali di recepimento della direttiva (nella materia ambientale) e di completamento unitario degli spazi lasciati alle determinazioni nazionali – è sempre tenuta ad una valutazione della completa corrispondenza della propria legislazione ai predetti atti. Di conseguenza la suindicata interpretazione dell'obbligo di adeguamento e del suo ambito nei confronti delle Province autonome riceve una ulteriore conferma.

6. – In ordine al coinvolgimento nelle sanzioni penali del gestore di impianti di trattamento di acque reflue urbane in caso di superamento, in sede di emissione dei detti impianti, dei valori limiti relativi alle acque reflue industriali, deve osservarsi che la scelta delle sanzioni penali rientra nella discrezionalità del legislatore nazionale, che di per sé non interferisce sulle competenze costituzionalmente garantite alle Regioni e Province autonome, prive di competenza nell'ordinamento penale.

Tuttavia, nella specie considerata, sussiste un interesse tutelato della Provincia in ordine alla verifica della lesione della propria organizzazione

secondo le norme regionali (rientrante nella propria sfera di competenza), asseritamente incompatibile con il sistema delle responsabilità fissato dalle disposizioni impugnate.

Non può ravvisarsi una manifesta irragionevolezza o palese arbitrarietà, né tantomeno un contrasto con il principio di buon andamento dell'Amministrazione nella circostanza che il legislatore nazionale, nell'ottica di un approccio globale al problema della tutela delle acque dall'inquinamento e di una esigenza primaria di migliorare l'ambiente acquatico, anche in conseguenza di scarichi di acque reflue di ogni genere e nell'intento di coinvolgere tutti i soggetti, anche istituzionali, che operano nell'intero settore, abbia previsto una responsabilità correlata a specifici doveri di vigilanza, anche a carico del gestore di impianti di depurazione generale (nella Provincia autonoma di Trento in base al sistema misto esistente secondo la normativa provinciale).

Per questa particolare responsabilità del gestore (prevista dal combinato disposto dei commi 5 e 6 dell'art. 59 del d.lgs. n. 152 del 1999, anche nel testo modificato dall'art. 23 del d.lgs. n. 258 del 2000), è stata soppressa la limitazione ad ipotesi di dolo e grave negligenza (contemplata, invece, nell'originario testo normativo); ciò non esclude, tuttavia, che siano applicabili gli ordinari criteri di competenza della responsabilità penale a titolo di dolo o di colpa.

Nell'ambito della Provincia autonoma di Trento, in base alla normativa provinciale, vige un sistema misto, con ripartizioni di compiti tra la Provincia (che non ha diretta ingerenza sulla depurazione delle sostanze di origine industriale ed è invece responsabile della depurazione generale caratterizzata da forte centralizzazione) ed altri soggetti, tra cui in modo particolare i comuni (titolari di funzioni autorizzatorie) e il Servizio di protezione ambiente titolare delle funzioni di controllo degli scarichi reflui industriali di fognatura.

A completare il sistema di tutela, il gestore della depurazione generale è investito della responsabilità per le acque reflue che affluiscono al depuratore generale, indipendentemente dai controlli effettuati dagli altri soggetti a monte dell'impianto. Egli deve porre in essere le opportune iniziative per monitorare l'immissione, nell'impianto affidato alla sua gestione, di acque reflue non compatibili con il trattamento previsto nel depuratore generale in relazione a sostanze inquinanti o per eccesso di concentrazione.

In altri termini non può dirsi manifestamente irragionevole o palesemente arbitraria una previsione adottata dal legislatore nazionale di responsabilità del gestore dell'impianto di depurazione (ancorché provinciale) attinente proprio alla gestione della depurazione generale, quando per colposa o dolosa omissione di monitoraggio e di iniziative di tutela del proprio impianto o per difetto della lavorazione di depurazione o per altre cause, sempre se a lui addebitabili, si verifichi che l'acqua reflua in uscita dal suo impianto comporti, per il superamento dei limiti, rischi all'ambiente.

(omissis)

SEZIONE SECONDA

GIURISPRUDENZA
COMUNITARIA E INTERNAZIONALE

Le sentenze dei giudici comunitari dell'anno 2001 in cause cui ha partecipato l'Italia.

Nel corso dell'anno 2001 le sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee nelle cause alle quali ha partecipato il Governo italiano sono state 31: 15 su ricorsi diretti della Commissione contro l'Italia e 7 su ricorsi diretti dell'Italia contro il Consiglio e/o la Commissione; una in causa fra uno Stato membro e la Commissione con intervento dell'Italia; le altre 8 su rinvii pregiudiziali di giudici nazionali (6) ovvero di altri Stati membri (2). Va aggiunta una sentenza del Tribunale di primo grado in causa nella quale ricorrente è stata l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato.

Oltre quelle commentate in questo numero unico della *Rassegna*, le sentenze della *Corte* sono state le seguenti:

– 11 gennaio 2001, nella causa C - 1/1999, *Kofisa Italia c. Ministero Finanze*, nella quale la Corte ha statuito che: «1. l'art. 243 del regolamento (CEE) del Consiglio 12 ottobre 1992, n. 2913, che istituisce *un codice doganale comunitario*, va interpretato nel senso che spetta al diritto nazionale stabilire se gli operatori debbono, in un primo momento, proporre un ricorso dinanzi all'autorità doganale o se essi possono adire direttamente l'autorità giudiziaria; 2. – L'art. 244 del regolamento n. 2913/1992 va interpretato nel senso che attribuisce la facoltà di disporre la sospensione dell'esecuzione di una decisione impugnata solo alle autorità doganali. Tuttavia, tale disposizione non limita il potere di cui dispongono le autorità giudiziarie adite con un ricorso ai sensi dell'art. 243 del medesimo regolamento di disporre una siffatta sospensione per conformarsi al loro obbligo di assicurare la piena efficacia del diritto comunitario».

– 11 gennaio 2001, nella causa C-226/1999, *Sipples c. Ministero Finanze*, che ha ripetuto la seconda massima della sentenza sopra indicata.

– 18 gennaio 2001, nella causa C-361/1998, *Italia c. Commissione*, con la quale la Corte ha respinto il ricorso italiano contro la decisione della Commissione che aveva vietato alla Repubblica italiana di applicare le regole di ripartizione del traffico aereo all'interno del sistema aeroportuale di Milano definite da decreti nazionali che prevedevano, in particolare, il trasferimento di una parte del *traffico aereo dall'aeroporto Linate a quello di Malpensa*.

– 18 gennaio 2001, nella causa C-162/1999, *Commissione c. Italia*, con la quale la Corte ha dichiarato, in tema di libera circolazione dei lavoratori e libertà di stabilimento, relativamente alla professione di *dentista*, che «permettendo che il decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 13 settembre 1946, n. 233, pur essendo stato modificato dall'art. 9 della legge

8 novembre 1991, n. 362, continui ad applicarsi in modo tale che i dentisti che esercitano in Italia rimangano de facto soggetti all'obbligo di residenza, e mantenendo in vigore l'art. 15, della legge 24 luglio 1985, n. 409, che rinvia all'art. 1 della legge 14 dicembre 1964, n. 1398, da cui risulta che solamente i cittadini italiani possono restare iscritti all'albo professionale nei casi di trasferimento della residenza in un altro Stato membro, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi imposti dagli artt. 48 e 52 del Trattato CE (divenuti, in seguito a modifica, artt. 39 CE e 43 CE)».

– 5 aprile 2001, nella causa C-100/00, *Commissione c. Italia*, con la quale la Corte ha dichiarato che «la Repubblica italiana, sottoponendo gli scaldi-acqua elettrici ad accumulo a requisiti di sicurezza non previsti dalla direttiva del Consiglio 19 febbraio 1973, 73/23/CEE, concernente il *ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al materiale elettrico* destinato ad essere adoperato entro taluni limiti di tensione, e pertanto non riconoscendo ai prodotti fabbricati conformemente alla norma EN 60335-2-21 la presunzione di conformità ai requisiti di sicurezza, è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza della stessa direttiva».

– 10 maggio 2001, nella causa C/444/1999, *Commissione c. Italia*, dove la Corte ha ritenuto che «mantenendo in vigore un *regime di autorizzazione e di contingentamento dei trasporti combinati* tra Stati membri, nonostante avesse trasformato le autorizzazioni speciali in autorizzazioni generali, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi dell'art. 2 della direttiva del Consiglio 7 dicembre 1992, 92/106/CEE, relativa alla fissazione di norme comuni per taluni trasporti combinati di merci tra Stati membri».

– 17 maggio 2001, nella causa C-159/1999, *Commissione c. Italia*, con la quale la Corte ha accolto in parte il ricorso della Commissione, dichiarando che «la Repubblica italiana, istituendo un regime normativo che autorizza la cattura e la detenzione delle specie *Passer Italiae*, *Passer montanus* e *Sturnus vulgaris*, in violazione del combinato disposto degli artt. 5 e 7 e dell'allegato II della direttiva del Consiglio 2 aprile 1979, 79/409/CEE, *concernente la conservazione degli uccelli selvatici*, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi della direttiva», respingendo invece il ricorso stesso relativamente all'istituzione, con riguardo ai requisiti ed alle modalità di applicazione delle deroghe ai divieti dettati dalla direttiva suddetta, un regime normativo ritenuto non pienamente conforme ai requisiti precisati nella stessa.

– 29 maggio 2001, nella causa C-263/1999, *Commissione c. Italia*, con la quale la Corte ha dichiarato che «la Repubblica italiana, avendo subordinato, nell'ambito della legge 8 agosto 1991, n. 264, intitolata «*Disciplina dell'attività di consulenza per la circolazione dei mezzi di trasporto*», sotto pena di sanzioni, l'esercizio di tale attività di consulenza alla titolarità di un'autorizzazione amministrativa ed avendo sottoposto il rilascio di quest'ultima alla condizione che i cittadini degli altri Stati membri abbiano la loro residenza in Italia e provvedano al deposito di una cauzione, è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza degli artt. 52 e 59 del Trattato CE (dive-

nuti, in seguito a modifica, artt. 43 CE e 49 CE)». La Corte non ha tenuto conto della sopravvenienza in corso di causa, pur segnalato nelle difese scritte, della legge 7 dicembre 1999 n. 472 che, con il suo art. 35, aveva fatto venir meno in parte la materia del contendere: in effetti, in mancanza di una rinuncia della Commissione, non si può tener conto di adempimenti tardivi rispetto al termine fissato nel parere motivato.

– 31 maggio 2001, nella causa C-289/1999, *Commissione c. Italia*, con la quale si è stabilito che «la Repubblica italiana, disponendo che: – le attività di sicurezza privata, comprese quelle volte alla vigilanza o custodia di proprietà mobiliari o immobiliari, possono essere esercitate sul territorio italiano, previa licenza, solo da imprese di vigilanza privata aventi nazionalità italiana; – si possono impiegare come guardie particolari giurate solo cittadini italiani muniti di apposita licenza; – è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli artt. 48, 52 e 59 del Trattato CE (divenuti, in seguito a modifica, artt. 39 CE, 43 CE e 49 CE)».

– 14 giugno 2001, nella causa C-207/00, *Commissione c. Italia*, con la quale la Corte ha dichiarato che «la Repubblica italiana, non avendo emanato entro i termini prescritti le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alle disposizioni degli artt. 1, lett. c), 2, nn. 1 e 2, 2 bis, 3 bis, n. 3, e 10, nn. 1, 3 e 4, dell'art. 12 nella parte in cui disciplina la televendita, nonché degli artt. 13 e 16, n. 2, della direttiva del Consiglio 3 ottobre 1989, 89/552/CEE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, nel testo risultante dalla direttiva del Parlamento europeo e Consiglio 30 giugno 1997, 97/36/CE, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza della direttiva medesima».

– 26 giugno 2001, nella causa C-212/1999, *Commissione c. Italia*, dove è stato dichiarato che «la Repubblica italiana, non avendo assicurato il riconoscimento dei diritti quesiti agli ex lettori di lingua straniera, divenuti collaboratori linguistici, riconoscimento invece garantito alla generalità dei lavoratori nazionali, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 48 del Trattato (divenuto, in seguito a modifica, art. 39 CE)».

– 4 luglio 2001, nella causa C-447/1999, *Commissione c. Italia*, nella quale è stato dichiarato che «mantenendo in vigore l'art. 3 del decreto ministeriale 13 agosto 1998, recante attuazione della legge 24 dicembre 1993, n. 537, modificata dalla legge 23 dicembre 1996, n. 662, il quale prevede, a carico dei passeggeri, diritti d'imbarco diversi secondo che si tratti di un volo nazionale o di un volo dall'Italia verso un altro Stato membro, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 59 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 49 CE) in combinato disposto con l'art. 3, n. 1, del regolamento (CEE) del Consiglio 23 luglio 1992, n. 2408, sull'accesso dei vettori aerei della Comunità alle rotte intracomunitarie».

– 5 luglio 2001, nella causa C-100/1999, *Italia c. Consiglio e Commissione*, che ha respinto il ricorso italiano con il quale era stato chiesto l'annullamento dei regolamenti del Consiglio 2800/1998 (relativo alle misure transitorie applicabili nella politica agricola comune in considerazione della introduzione dell'euro e 2799/1998 (che istituisce il *regime agromonetario dell'euro*) e dei regolamenti di attuazione della Commissione 2808 e 2813/1998.

– 12 luglio 2001, nella causa C-189/01, *Ippes*, con la quale la Corte ha dichiarato che non vi sono elementi idonei «ad inficiare la validità dell'art. 13 della direttiva del Consiglio 18 novembre 1985, 85/511/CEE, che stabilisce le *misure comunitarie di lotta contro l'afta epizootica*, come modificata dalla direttiva del Consiglio 26 giugno 1990, 90/423/CEE, né la validità della decisione della Commissione 27 marzo 2001, 2001/246/CE, che stabilisce le condizioni di lotta e di eradicazione dell'afta epizootica nei Paesi Bassi in applicazione dell'articolo 13 della direttiva suddetta».

– 12 luglio 2001, nella causa C-399/1998, *Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi*, con la quale è stato statuito che «la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le *procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori*, osta ad una normativa nazionale in materia urbanistica che, al di fuori delle procedure previste da tale direttiva, consenta al titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato la realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo dovuto per il rilascio della concessione, nel caso in cui il valore di tale opera eguagli o superi la soglia fissata dalla direttiva di cui trattasi».

– 4 ottobre 2001, nella causa C-403/1999, *Italia c. Commissione*, che ha respinto il ricorso italiano con il quale era stato chiesto l'annullamento del regolamento della Commissione n. 1639/1999 che stabilisce il *massimale dell'aiuto compensativo* relativo ai tassi di conversione dell'euro in unità monetaria nazionale.

– 9 ottobre 2001, nella causa C-400/1999, *Italia c. Commissione*, interlocutoria, che ha respinto «la domanda della Commissione, formulata ai sensi dell'art. 91 n. 1 del regolamento di procedura della Corte, diretta ad ottenere la dichiarazione di non luogo a provvedere o di irricevibilità di un ricorso italiano proposto per l'annullamento di decisione della Commissione relativa a presunti *aiuti concessi alle imprese del Gruppo Tirrenia di Navigazione*.

– 25 ottobre 2001, nella causa C-120/1999, *Italia c. Consiglio*, che ha respinto il ricorso italiano diretto all'annullamento dell'art. 2 del regolamento (CE) del Consiglio 18 dicembre 1998, n. 49/1999, che stabilisce, per alcuni stock di *specie ittiche altamente migratorie*, il totale ammissibile di catture per il 1999, la loro ripartizione sotto forma di contingenti tra gli Stati membri e talune condizioni per la pesca di questi stock, nonché della tabella dell'allegato allo stesso, relativa al tonno rosso.

– 25 ottobre 2001, nella Causa C-78/00, *Commissione c. Italia*, la quale ha dichiarato che «prevedendo il rimborso dell'eccedenza di imposta sul valore aggiunto mediante assegnazione di titoli di Stato – per di più consegnati tardivamente – per una categoria di contribuenti in situazione di credito d'imposta per il 1992, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza degli artt. 17 e 18 della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, nella versione risultante dalla direttiva del Consiglio 10 aprile 1995, 95/197/CE, che modifica la direttiva 77/388/CEE e introduce nuove misure di semplificazione in materia di imposta sul valore aggiunto -Campo di applicazione delle esenzioni e relative modalità pratiche di applicazione».

– 9 novembre 2001, nella causa C-127/1999, *Commissione c. Italia*, con la quale la Corte ha dichiarato che «la Repubblica italiana, avendo omesso: – di predisporre programmi d'azione ai sensi dell'art. 5 della direttiva del Consiglio 12 dicembre 1991, 91/676/CEE, relativa alla protezione delle acque dall'inquinamento provocato dai nitrati provenienti da fonti agricole; – di effettuare determinati controlli previsti dall'art. 6 della stessa direttiva; e di presentare alla Commissione una relazione come previsto dall'art. 10 della stessa direttiva, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza delle dette disposizioni della direttiva 91/676».

– 15 novembre 2001, nella causa C-49/00, *Commissione c. Italia*, con la quale la Corte ha dichiarato che «non avendo prescritto che il datore di lavoro debba valutare tutti i rischi per la salute e la sicurezza esistenti sul luogo di lavoro; avendo consentito al datore di lavoro di decidere se fare o meno ricorso a servizi esterni di protezione e di prevenzione quando le competenze interne all'impresa sono insufficienti; e non avendo definito le capacità e le attitudini di cui devono essere in possesso le persone responsabili delle attività di protezione e di prevenzione dei rischi professionali per la salute e la sicurezza dei lavoratori; la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza degli artt. 6, n. 3, lett. a), e 7, nn. 3, 5 e 8, della direttiva del Consiglio 12 giugno 1989, 89/391/CEE, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro».

– 22 novembre 2001, nella causa C-147/1999, *Italia c. Commissione*, che ha respinto il ricorso italiano relativo alla liquidazione dei conti FEOGA per l'esercizio finanziario 1995, riguardo alla esclusione di spese per quantitativi di frumento duro, per aiuti al consumo dell'olio di oliva e a premi nel settore caprino.

– 27 novembre 2001 nella causa C-146/1999, *Italia c. Commissione*, che ha respinto altro ricorso italiano, ancora relativo alla liquidazione dei conti FEOGA per il 1995, riguardante l'esclusione dal finanziamento comunitario di spese sostenute dall'Italia per aiuti alla trasformazione dei pomodori.

– 27 novembre 2001, nelle cause riunite C-285 e 286/1999, *Lombardoni ed altri*, con la quale la Corte ha statuito che «l'art. 30, n. 4, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le *procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori*, deve essere interpretato nel modo seguente: – Esso si oppone alla normativa e alla prassi amministrativa di uno Stato membro che consentono all'amministrazione aggiudicatrice di respingere come anormalmente *basse le offerte* che presentano un ribasso superiore alla soglia di anomalia, tenendo conto unicamente delle giustificazioni dei prezzi proposti, relativi ad almeno il 75% dell'importo posto a base d'asta menzionato nel bando di gara, che gli offerenti erano tenuti ad allegare alla loro offerta, senza concedere a questi ultimi la possibilità di far valere il loro punto di vista, dopo l'apertura delle buste, sugli elementi di prezzo offerti che hanno dato luogo a sospetti; – Esso si oppone anche alla normativa ed alla prassi amministrativa di uno Stato membro che impongono all'amministrazione aggiudicatrice di prendere in considerazione, ai fini della verifica delle offerte anormalmente basse, solamente le giustificazioni fondate sull'economicità del procedimento di costruzione o delle soluzioni tecniche adottate o sulle condizioni particolarmente favorevoli di cui gode l'offerente, con esclusione di giustificazioni relative a tutti quegli elementi i cui valori minimi sono stabiliti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative ovvero i cui valori sono rilevabili da dati ufficiali; – Per contro esso non si oppone, in via di principio, nella misura in cui tutti i requisiti che impone siano per il resto soddisfatti e gli obiettivi perseguiti dalla direttiva 93/37 non siano pregiudicati, alla normativa ed alla prassi amministrativa di uno Stato membro che, in materia di determinazione delle offerte anormalmente basse e di verifica di queste offerte, da un lato, obbligano tutti gli offerenti, a pena di esclusione della loro partecipazione all'appalto, ad allegare alla loro offerta giustificazioni dei prezzi proposti relativi ad almeno il 75% dell'importo posto a base d'asta, e, dall'altro, applicano un metodo di calcolo della soglia di anomalia basato sulla media dell'insieme delle offerte ricevute per l'aggiudicazione di cui trattasi, di modo che gli offerenti non sono in grado di conoscere tale soglia al momento del deposito del loro fascicolo, dovendo tuttavia il risultato al quale porta l'applicazione di tale metodo di calcolo essere riesaminato dall'amministrazione aggiudicatrice».

– 29 novembre 2001, nella causa C-221/00, *Conte e Rossi*, con la quale, in tema di *onorari degli architetti* in Italia (legge 4 marzo 1985 n. 143; legge 5 maggio 1976 n. 340) la Corte ha dichiarato che: «1) gli artt. 5 e 85 del Trattato CE (divenuti artt. 10 CE e 81 CE) non ostano ad una normativa nazionale che, nell'ambito di un procedimento sommario di ingiunzione di pagamento diretto al recupero degli onorari di un architetto iscritto ad un'associazione professionale, impone al giudice adito di conformarsi al parere emesso da quest'ultima per quanto riguarda la liquidazione dell'importo dei detti

onorari, in quanto tale parere perde il suo carattere vincolante allorché il debitore avvia un procedimento in contraddittorio; 2) gli artt. 5 e 85 del Trattato non ostano ad una normativa nazionale ai sensi della quale i liberi professionisti possono stabilire liberamente l'importo degli onorari relativi a talune prestazioni da essi effettuate».

– 29 novembre 2001, nella causa C-202/1999, *Commissione c. Italia*, con la quale la Corte ha dichiarato, in parziale accoglimento del ricorso della Commissione, che «mantenendo un sistema di formazione per l'accesso alla professione di dentista, che limita a tre anni di studi la formazione in campo odontoiatrico, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 1, n. 2, della direttiva del Consiglio 25 luglio 1978, 78/687/CEE, che riguarda il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative per le *attività di dentista*»; la Corte ha invece respinto il ricorso relativamente alla possibilità, considerata dalla Commissione, di una doppia iscrizione all'albo dei medici e all'albo degli odontoiatri per i medici che esercitano l'attività di odontoiatra.

– 6 dicembre 2001, nella causa C-148/00, *Commissione c. Italia*, con la quale la Corte ha dichiarato che «non avendo adottato, entro il termine prescritto, le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva della Commissione 9 luglio 1998, 98/51/CE, che stabilisce alcune misure di applicazione della direttiva 95/69/CE del Consiglio che fissa le condizioni e le modalità per il riconoscimento e la registrazione di taluni *stabilimenti e intermediari operanti nel settore dell'alimentazione degli animali*, la Repubblica è venuta meno agli obblighi ad essa incombenenti in forza di tale direttiva».

– 11 dicembre 2001, nella Causa C-376/00, *Commissione c. Italia*, con la quale la Corte ha dichiarato che «avendo ommesso di trasmettere alla Commissione, per il periodo 1995-1997, entro il termine fissato dall'art. 18 della direttiva del Consiglio 16 giugno 1975, 75/439/CEE, concernente *l'eliminazione degli oli usati*, come modificata dalla direttiva del Consiglio 23 dicembre 1991, 91/692/CEE, per la standardizzazione e la razionalizzazione delle relazioni relative all'attuazione di talune direttive concernenti l'ambiente, la relazione di cui alla detta disposizione, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza di tale direttiva».

Il *Tribunale di primo grado*, con sentenza 22 novembre 2001, nella causa T-139/1998, *Amministrazione Autonoma di Monopoli di Stato c. Commissione*, ha respinto il ricorso dell'AAMS con il quale si era chiesto l'annullamento di una decisione della Commissione che aveva ritenuto che l'AAMS avesse sfruttato abusivamente la posizione dominante che deteneva sul mercato della distribuzione all'ingrosso di sigarette, imponendole di porre termine alle infrazioni contestate e infliggendole un'ammenda.

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, sez. 5^a, 14 dicembre 2000, nella causa C-99/99 – Pres. La Pergola – Rel. Jann – Avv. Gen. Alber – Rep. Italiana (avv. Stato Fiumara) c. Commissione delle C.E. (ag. Di Bucci).

Comunità europee – Norme commerciali dell'olio d'oliva – Olio extravergine e olio vergine – Designazione del luogo di origine – Luogo di molitura – Legittimità.

(regolamento CE della Commissione 22 dicembre 1998 n. 2815, artt. 2 e 3; legge italiana 3 agosto 1998 n. 313).

Non è illogica né incoerente la scelta, discrezionalmente operata dalla Commissione delle Comunità europee nel regolamento 22 dicembre 1998 n. 2815, relativo alle norme commerciali dell'olio d'oliva, del luogo in cui si ottiene l'olio (luogo di molitura delle olive) per designare l'origine di un olio extravergine di oliva o di un olio di oliva vergine, allorché tale origine si riferisce ad uno Stato membro o alla comunità europea (1).

(omissis)

(1) Prima dell'emanazione del regolamento comunitario impugnato dal Governo italiano, la legge italiana 3 agosto 1998 n. 313, contenente disposizioni per l'etichettatura d'origine dell'olio d'oliva, ponendosi l'obiettivo di garantire la trasparenza delle informazioni sulla commercializzazione dei prodotti oleari eliminando ogni equivoco in ordine all'origine del prodotto, nel solco di una politica volta a promuovere la qualità delle produzioni agroalimentari nazionali, al fine di valorizzare le potenzialità del sistema agroalimentare e promuovere una politica di tutela dei consumatori, aveva stabilito, fra l'altro, che l'olio extravergine di oliva, l'olio d'oliva vergine (nonché persino l'olio d'oliva) possono essere venduti o messi in commercio con la dicitura «prodotto in Italia» o simile solo se l'intero ciclo di raccolta, produzione, lavorazione e condizionamento si è svolto nel territorio nazionale. Nello stesso solco, a difesa dello stesso principio, si era mosso il ricorso italiano alla Corte, deciso con la sentenza annotata, impugnandosi la norma comunitaria che ha ancorato la designazione del luogo d'origine, quando questo sia il territorio di uno Stato membro o della Comunità, al luogo di molitura delle olive, senza tenere in alcun conto il luogo di produzione delle olive stesse.

Già in corso di causa la Corte aveva avuto occasione di esaminare, in un'altra causa promossa su domanda pregiudiziale del Pretore di Milano, l'efficacia della norma nazionale. E con sentenza 26 settembre 2000, nella causa C-443/1998, UNILEVER ITALIA S.p.A. c. CENTRAL FOOD S.p.A., la Corte ha ritenuto che, costituendo le prescrizioni come quelle sull'etichettatura contenute nella legge stessa regole tecniche rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva del Consiglio 28 marzo 1983, n. 83/189/CEE e succ. mod., adottate in violazione dell'art. 9 della direttiva stessa, debba il giudice nazionale, adito nell'ambito di un procedimento civile relativo ad una controversia vertente su diritti ed obblighi di natura contrattuale, disapplicare la regola tecnica invocata.

Nella sentenza annotata non sono state certo sottovalutate le ragioni che avevano indotto il Governo italiano a sostenere la rilevanza del luogo di produzione delle olive per designare, unitamente a quello della loro molitura, l'origine dell'olio (extravergine o vergine) di oliva, ma tali ragioni sono state ritenute insufficienti a superare la scelta operata dalla Commissione, adottata non illogicamente né incoerentemente, nell'ambito della sua ampia libertà di valutazione di una situazione economica complessa.

Restano salve, naturalmente, come espressamente riconosciuto dall'art. 2 n. 1 del regolamento impugnato, le denominazioni di origine protetta o indicazioni geografiche protette di cui al regolamento CEE del Consiglio 14 luglio 1992 n. 2081.

1. – Con ricorso depositato nella cancelleria della Corte il 17 marzo 1999, la Repubblica italiana ha chiesto, in forza dell'art. 173, primo comma, del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 230, primo comma, CE), in via principale, l'annullamento del regolamento (CE) della Commissione 22 dicembre 1998, n. 2815, relativo alle norme commerciali dell'olio d'oliva (*Gazzetta Ufficiale* L 349, 56; in prosieguo: il «regolamento impugnato»), o, in via subordinata, degli artt. 1 e 2, n. 1 e n. 2, terzo comma, nonché 3, n. 2, terzo comma, e n. 3, di detto regolamento.

2. – Il regolamento impugnato è stato emanato sulla base del regolamento del Consiglio 22 settembre 1966, n. 136/66/CEE, relativo all'attuazione di un'organizzazione comune dei mercati nel settore dei grassi (*Gazzetta Ufficiale* 1966, n. 172, 3025), come modificato dal regolamento (CEE) del Consiglio 2 luglio 1987, n. 1915 (*Gazzetta Ufficiale* L 183, 7; in prosieguo: il «regolamento n. 136/66»), e segnatamente del suo art. 35 bis. Tale disposizione autorizza la Commissione ad emanare disposizioni per la messa in commercio, in particolare, dell'olio d'oliva. Secondo il n. 1 del detto articolo, le disposizioni possono riguardare «in particolare, la classificazione per qualità, l'imballaggio e la presentazione». Ai sensi del n. 3 della stessa disposizione, tali norme sono emanate «tenendo conto delle esigenze tecniche di produzione e di commercializzazione nonché dell'evoluzione dei metodi di determinazione delle caratteristiche fisico-chimiche e organolettiche dei prodotti di cui (...)».

3. – Il regolamento impugnato disciplina le denominazioni d'origine dell'olio d'oliva destinato ai consumatori degli Stati membri.

(*omissis*)

8. – Il governo italiano sostiene che la Commissione ha fatto un uso illogico ed errato del potere discrezionale attribuitole dall'art. 35 bis del regolamento n. 136/66 allorché ha deciso che l'origine di un «olio extra vergine di oliva» o di un «olio di oliva vergine» vada definita, a livello di Stato membro o della Comunità, in funzione del luogo in cui si ottiene tale olio, ossia il luogo in cui quest'ultimo è estratto dalle olive. Tale scelta sarebbe «in netto e immotivato contrasto con la politica adottata in occasione della disciplina della designazione di altri prodotti».

9. – In primo luogo, il governo italiano fa valere che tale criterio disconosce il principio del collegamento territoriale consacrato, a suo parere, dalla normativa comunitaria in materia di origine dei prodotti agricoli. Esso si riferisce in particolare, a questo proposito, alla direttiva 79/112, all'art. 2, n. 2, del regolamento (CEE) del Consiglio 14 luglio 1992, n. 2081, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari (*Gazzetta Ufficiale* L 208, 1), che collega le denominazioni d'origine e le indicazioni geografiche alla zona di origine del prodotto agricolo di cui trattasi, nonché al regolamento (CEE) del Consiglio 24 luglio 1989, n. 2392, che stabilisce le norme generali per la designazione e la presentazione dei vini e dei mosti di uve (*Gazzetta Ufficiale* L 232, 13), dove è precisato, al dodicesimo «considerando», che, per la qualità del vino o del mosto, sono determinanti le condizioni naturali del luogo in cui è situato il vigneto.

10. – In secondo luogo, il governo italiano asserisce che i due motivi invocati dalla Commissione per giustificare la scelta del detto criterio sono illogici ed incoerenti.

11. – Il primo motivo, secondo il quale le tecniche di estrazione inciderebbero sulla qualità e sul gusto degli oli vergini, sarebbe in contraddizione con l'affermazione, contenuta nel primo "considerando" del regolamento impugnato secondo cui gli usi o le pratiche agricole inciderebbero sulla qualità e sul gusto degli oli ottenuti. In ogni caso, la coltura delle olive costituirebbe la fase essenziale del processo produttivo.

12. – Il secondo motivo della Commissione, secondo cui il luogo d'estrazione dell'olio coinciderebbe con quello di raccolta delle olive, visto che il trasporto di olive da un paese all'altro sarebbe molto ridotto, sarebbe erroneo.

13. – In terzo luogo, il governo italiano sostiene che le misure adottate dalla Commissione violano l'art. 2, n. 1, della direttiva 79/112 perché sono tali da indurre in errore il consumatore quanto all'origine dell'olio.

14. – In quarto luogo, il governo italiano fa valere che sarebbe erroneo il riferimento, contenuto nell'art. 3, n. 3, del regolamento impugnato, agli articoli da 22 a 26 del regolamento n. 2913/1992. Infatti, l'applicazione del criterio contenuto nell'art. 24 di quest'ultimo, ossia la determinazione dell'origine di una merce in funzione del luogo in cui ha subito l'ultima trasformazione, potrebbe far sì che la miscelazione d'oli di diversa provenienza operata in un certo Stato membro basti da sola a conferire ad un olio la denominazione d'origine di tale Stato.

15. – La Commissione ricorda preliminarmente che, nel perseguire gli scopi della politica agricola comune, le istituzioni godono di un potere discrezionale e che il sindacato giurisdizionale deve limitarsi agli eventuali vizi di errore manifesto, sviamento di potere o palese sconfinamento dai limiti del potere discrezionale (sentenza 29 ottobre 1980, causa 138/1979, *Roquette Frères/Consiglio*, *Racc.*, 3333, punto 25).

16. – Per quanto riguarda il primo argomento della Repubblica italiana, la Commissione deduce che il tentativo della ricorrente di estrapolare dalla legislazione un'unica nozione di origine per i vari prodotti agricoli è sterile.

17. – Per quanto riguarda il secondo argomento, la Commissione, da un lato, sottolinea l'importanza della spremitura per la qualità dell'olio. Dall'altro, essa constata che, dal momento che il trasporto delle olive necessita di talune precauzioni, esso è molto più costoso di quello dell'olio ottenuto da quelle stesse olive. Il rischio che olive non provenienti dall'Italia vi siano importate per la spremitura, al fine di beneficiare della denominazione d'origine, sarebbe perciò trascurabile. La Commissione assicura che, se circostanze sopravvenute dovessero nondimeno condurre ad un aumento di tali trasporti, essa potrebbe modificare il regolamento impugnato per ovviare alle conseguenti turbative del mercato dannose per i consumatori.

18. – In risposta al terzo argomento, la Commissione sostiene che il regolamento impugnato richiama il luogo di spremitura solo per gli oli la cui denominazione d'origine si riferisce al territorio di un intero Stato membro o della Comunità. Infatti, la varietà dei climi, delle pratiche agricole e delle varietà coltivate in ciascuno Stato membro farebbe sì che tali elementi non potrebbero avere una netta incidenza sulle caratteristiche del prodotto. Ciò posto, il fatto di sapere che un olio è prodotto con olive provenienti da uno Stato membro non fornirebbe al consumatore alcuna indicazione aggiuntiva sulla qualità dello stesso.

19. – Quanto al quarto argomento, la Commissione fa valere che il rinvio contenuto nell'art. 3, n. 3, del regolamento impugnato al regolamento n. 2913/1992 è volto esclusivamente a determinare quale sia il paese terzo d'origine nel caso di oli provenienti da un paese terzo.

20. – La Commissione aggiunge che il criterio adottato dal regolamento impugnato facilita i controlli. Mentre il numero dei produttori d'olive sarebbe molto elevato, quello dei frantoi, già soggetti a tutto un insieme di obblighi e controlli nell'ambito della normativa comunitaria, sarebbe più limitato.

21. – Si deve preliminarmente ricordare che l'art. 3, n. 2, del regolamento impugnato riguarda soltanto la designazione dell'origine dell'«olio extra vergine d'oliva» e dell'«olio di oliva vergine» a livello di Stato membro o di Comunità europea.

22. – Va rilevato che il regolamento impugnato è stato adottato sulla base dell'art. 35 bis del regolamento n. 136/66. Al n. 1 di tale disposizione, il Consiglio ha conferito alla Commissione il potere di adottare norme per la messa in commercio, segnatamente, dell'olio d'oliva. Conformemente al n. 3 dello stesso articolo, la Commissione, adottando tali misure secondo la procedura detta dei «comitati di gestione», deve tenere conto «delle esigenze tecniche di produzione e di commercializzazione nonché dell'evoluzione dei metodi di determinazione delle caratteristiche fisico-chimiche e organolettiche» dei prodotti di cui trattasi.

23. – Contrariamente a quanto sostiene il governo italiano, né l'art. 35 bis, né alcun'altra disposizione del regolamento n. 136/66 introduce altri limiti al potere discrezionale della Commissione per quanto riguarda la determinazione dell'origine dei prodotti in esame.

24. – La direttiva 79/112 non contiene alcuna indicazione a tale riguardo. Quanto ai criteri specifici definiti dal regolamento n. 2081/1992 in tema di indicazioni geografiche e di denominazioni d'origine dei prodotti agricoli, essi si riferiscono ad aree geografiche delimitate ed omogenee e non si possono trasformare in regole generali, applicabili quale che sia l'estensione e l'eterogeneità delle zone coinvolte. Analogamente, le norme fissate dal regolamento n. 2392/1989, riguardo ai vini e ai mosti d'uve, sono state emanate in considerazione delle specifiche proprietà di tali prodotti e non si può considerare che trovino applicazione generalizzata a tutti i pro-

dotti agricoli. Ne consegue che non si può trarre dalla normativa invocata dal governo italiano un principio generale in base al quale l'origine dei vari prodotti agricoli debba essere inderogabilmente e uniformemente fissata in funzione della zona geografica in cui questi ultimi sono coltivati.

25. – Si deve perciò considerare che la Commissione disponeva di un ampio potere discrezionale per disciplinare, nell'ambito delle competenze conferitele dall'art. 35-*bis* del regolamento n. 136/66, la designazione dell'origine dell'olio d'oliva.

26. – Trattandosi di valutare una situazione economica complessa, occorre ricordare che, secondo la giurisprudenza della Corte, quando, come nella fattispecie, la Commissione fruisce di un'ampia libertà di valutazione, il giudice comunitario, nell'effettuare il controllo di legittimità sull'esercizio di questa libertà, non può sostituire le proprie valutazioni in materia a quelle dell'autorità competente, ma deve limitarsi a stabilire se queste ultime non siano viziate da errore manifesto o sviamento di potere (sentenza 25 giugno 1997, causa C-285/1994, Italia/Commissione, *Racc.* 1-3519, punto 39).

27. – Nel caso in esame, il governo italiano non ha dimostrato l'esistenza di un tale errore o di un tale sviamento. I motivi esposti dalla Commissione nella motivazione del regolamento impugnato e chiariti nell'ambito del procedimento in corso per giustificare la scelta del luogo in cui si ottiene l'olio per designare l'origine di un «olio extra vergine di oliva» o d'un «olio di oliva vergine», allorché tale origine si riferisce a uno Stato membro o alla Comunità europea, non sono né illogici né incoerenti.

28. – Da una parte, la Commissione ha preso in considerazione il fatto che il modo in cui l'olio è estratto dalle olive svolge un ruolo notevole per la qualità dell'olio, specialmente per il gusto, il profumo e il colore. Essa ha considerato che tale ruolo riveste maggiore importanza di quello svolto sia dalle condizioni climatiche e ambientali del luogo in cui sono coltivate le olive, sia dalle diverse varietà di olive coltivate. Tale giudizio si basa sul fatto che tali elementi variano in modo considerevole da uno Stato membro all'altro, così come all'interno di uno stesso Stato membro, e che non si può quindi avere, per oli la cui origine abbraccia tutto il territorio di uno Stato membro o della Comunità europea, cioè quelli di cui all'art. 3, n. 2, del regolamento impugnato, un'incidenza nettamente individuabile sulle loro caratteristiche fisico-chimiche e organolettiche.

29. – D'altra parte, la Commissione ha tenuto conto del fatto che il trasporto di olive tra paesi è ridotto, considerati i costi generati dall'esigenza di prendere talune precauzioni per evitare notevoli perdite di qualità.

30. – Sulla base di tali considerazioni, non si può sostenere che scegliere il luogo in cui si ottiene l'olio come criterio di determinazione, a livello di Stato membro o di Comunità europea, dell'origine di un «olio extra vergine di oliva» o d'un «olio di oliva vergine» disconosca le esigenze di una buona informazione del consumatore. Inoltre, come sostiene la Commissione, tale criterio facilita considerevolmente i controlli.

31. – Infine, il collegamento di tale criterio con quello «[del]l'ultima trasformazione o lavorazione sostanziale», previsto dall'art. 24 del regolamento n. 2913/1992, non può dar luogo agli abusi evocati dal governo italiano. Infatti, il rinvio a tale regolamento, contenuto nell'art. 3, n. 3, del regolamento impugnato, riguarda solo la determinazione del luogo stabilito per fissare la designazione dell'origine di un olio importato da un paese terzo. Per essere posto in commercio come merce originaria di uno Stato membro o della Comunità, un «olio extra vergine di oliva» o un «olio di oliva vergine» deve perciò soddisfare i requisiti di cui all'art. 3, n. 2, del regolamento impugnato.

32. – Ciò posto, deve essere respinto il motivo relativo alla violazione e all'errata applicazione dell'art. 35 bis del regolamento n. 136/66, dell'art. 2, n. 1, della direttiva 79/112 nonché degli artt. 22 e 24 del regolamento n. 2913/1992.

(omissis)

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, VI Sezione, 17 maggio 2001, nella causa C-340/99 – Pres. Gulmann – Rel. Schintgen – Avv. Gen. Alber – TNT Traco S.p.A. e Poste Italiane S.p.A ed altri, sostenuti dal Governo Italiano, dalla Commissione delle Comunità Europee e Autorità di Vigilanza EFTA.

Comunità europee – Concorrenza nel settore dei servizi postali.

In quanto può derivarne un pregiudizio al commercio tra stati membri, il combinato disposto degli articoli 86 e 90 del Trattato CE (divenuti articoli 82 CE e 86 CE) si oppone a che una normativa di uno Stato membro che conferisce ad una impresa di diritto privato la gestione, a titolo esclusivo del servizio postale universale subordini il diritto di qualsiasi altro operatore economico di fornire un servizio di corriere espresso che non rientra nel servizio universale, alla condizione che esso paghi all'impresa incaricata del servizio universale un diritto postale equivalente alla tassa di affrancatura normalmente dovuta, a meno che non sia provato che gli introiti provenienti da questo pagamento sono necessari per consentire a tale impresa di assicurare il servizio postale universale in condizioni economicamente accettabili e che questa impresa è tenuta al pagamento dello stesso diritto allorché fornisce essa stessa un servizio di corriere espresso che non rientra in tale servizio universale.

(omissis)

La causa principale e la questione pregiudiziale.

18. Il 27 febbraio 1997 la TNT Traco ha costituito oggetto di un'ispezione da parte di tre dipendenti di Poste Italiane. Questi, avendo accertato che era stata raccolta, trasportata e distribuita in violazione dell'art. 1 del codice postale corrispondenza affidata alla TNT Traco per l'invio espresso, le hanno inflitto un'ammenda di ITL 46.331.000 in applicazione dell'art. 39 del codice postale.

19. Nell'ordinanza di rinvio, il giudice nazionale constata che il servizio di corriere espresso offerto dalla TNT Traco era caratterizzato dalla rapidità, dalla sicurezza e dalla personalizzazione della consegna al destinatario e che si distingueva così nettamente dalla distribuzione di corrispondenza ordinaria fornita da Poste Italiane nell'ambito del servizio universale. Esso ritiene che tale servizio di corriere espresso, indipendentemente dal fatto che sia fornito dalla TNT Traco, da Poste Italiane o da qualsiasi altra impresa, comporti una prestazione «a valore aggiunto» che non costituisce un «supplemento» ad una prestazione base, ma una prestazione «differente» e svincolata da questa, cui si contrappone per caratteristiche e qualità oltre che per il costo.

20. La TNT Traco ha presentato dinanzi al Tribunale civile di Genova un ricorso rivolto al tempo stesso contro Poste Italiane e i tre dipendenti che avevano effettuato l'ispezione di cui al punto 18 della presente sentenza. La TNT Traco ha fatto valere l'incompatibilità con gli artt. 86 e 90 del Trattato del regime di esclusività di cui beneficiava Poste Italiane e del comportamento di Poste Italiane e dei suoi dipendenti. Essa ha chiesto innanzi tutto che fosse applicato al servizio di corriere espresso da essa fornito il regime di libera concorrenza che risulta da queste disposizioni e ha poi chiesto la condanna di Poste Italiane al risarcimento del danno, valutato in oltre ITL 500.000.000, subito a causa dell'illegittima riscossione dell'ammenda che le era stata inflitta. Infine ha chiesto che Poste Italiane ed i suoi dipendenti fossero condannati a risarcire il danno, valutato a oltre ITL 100.000.000, subito a causa dell'illegittima attività di ispezione e acquisizione di dati commerciali da questi posta in essere nei suoi uffici in violazione dell'art. 2598 del codice civile italiano, relativo alla concorrenza sleale.

21. L'8 giugno 1999 il Tribunale civile di Genova ha emesso una sentenza parziale nella quale ha innanzi tutto condannato Poste Italiane a rimborsare alla TNT Traco la somma di ITL 46.331.000 a titolo di risarcimento del danno derivante dalla riscossione dell'ammenda inflitta. Esso ha dichiarato al riguardo che tale riscossione era illegittima in quanto la funzione ispettiva, di controllo e sanzionatoria precedentemente detenuta da Poste Italiane era stata trasferita al Ministero delle Poste e delle Telecomunicazioni dalla legge n. 71/94. Ritenendo poi, da un lato, che la responsabilità dell'illegittimo intervento dei dipendenti di Poste Italiane e dei danni conseguenti dovesse essere attribuita esclusivamente a quest'ultima e, dall'altro, che non fosse stata fornita alcuna prova di un uso improprio, costitutivo di un atto di concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598 del codice civile italiano, dei nomi dei clienti della TNT Traco, il Tribunale ha respinto le domande della TNT Traco contro i dipendenti di Poste Italiane ed ha condannato la TNT Traco a pagare le spese da essi sostenute. Esso ha infine deciso di sottoporre alla Corte, con ordinanza separata, una questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 CE e di statuire sulle spese della TNT Traco e di Poste Italiane nell'ambito della sentenza definitiva.

22. Il giudice nazionale non esclude che l'imposizione di un diritto postale possa essere compatibile con il diritto comunitario se essa vale,

secondo criteri obiettivi, per tutti i soggetti privati che operano sul mercato del corriere espresso e se è giustificata dalla necessità di assicurare il servizio universale e di coprire zone non redditizie del servizio stesso. Esso osserva tuttavia che la Repubblica italiana concede a Poste Italiane, oltre alle entrate provenienti dal diritto postale di cui trattasi nella causa principale, sovvenzioni dirette destinate a coprire i costi inerenti all'obbligo di assicurare il servizio universale e rileva poi che il diritto italiano, prima della trasposizione della direttiva 97/67, non conteneva alcun meccanismo di compensazione e di controllo, salvo l'obbligo imposto a Poste italiane di tenere una doppia contabilità, che, analogamente a quello previsto all'art. 9, n. 4, di tale direttiva, avrebbe consentito di assicurare in maniera costante che le compensazioni da effettuare a favore dei servizi universali e riservati non superassero il necessario e non si trasformassero indebitamente in sovvenzioni incrociate a favore dei servizi non universali e non riservati.

23. Alla luce di queste considerazioni, il Tribunale civile di Genova ha ritenuto necessario e pertinente, ai fini della soluzione della causa principale, sottoporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale. Di conseguenza, con ordinanza 21 giugno 1999 ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se le norme del Trattato CE, e segnatamente gli artt. 86 e 90, ostano a che uno Stato membro, nell'organizzazione del servizio postale, mantenga una normativa che, pur distinguendo tra servizi di tipo c.d. universale affidati in esclusiva a un soggetto di diritto privato e servizi non di tipo universale, esercitati e prestati in regime di libera concorrenza:

a) comporti, anche per l'effettuazione dei servizi non universali o a valore aggiunto da parte di soggetti economici diversi da quello cui è affidato in esclusiva il servizio universale, il pagamento dei diritti postali dovuti per il servizio base di posta ordinaria, di fatto non prestato dal soggetto esclusivista;

b) attribuisca direttamente i proventi del pagamento di quei diritti al soggetto economico investito del servizio universale, al di fuori di qualunque meccanismo di compensazione e controllo al fine di evitare l'attribuzione di sussidi di tipo incrociato per servizi non universali».

Sulla ricevibilità

24. In via principale, Poste Italiane e il governo italiano sostengono che la domanda di pronuncia pregiudiziale è irricevibile.

25. Poste Italiane afferma, innanzi tutto, che la questione posta non è più pertinente. A tale riguardo, ritiene che l'unica domanda su cui il giudice nazionale ha riservato la sua decisione finale sembra essere quella relativa all'eventuale disapplicazione, in quanto incompatibile con le norme del Trattato CE, del regime di esclusività postale previsto dal codice postale. Ora, in seguito alle modifiche legislative intervenute nell'ambito dell'attuazione della direttiva 97/67 e tenuto conto in particolare dell'abrogazione dell'art. 41 del codice postale, la questione della compatibilità di tale regime con il Trattato sarebbe divenuta senza oggetto.

26. Poste Italiane fa valere, in secondo luogo, che, anche qualora la questione sollevata dal giudice nazionale dovesse giudicarsi rilevante, la soluzione della Corte s'imporrebbe con tale evidenza che, conformemente al «principio dell'atto chiaro» (v. sentenza 6 ottobre 1982, causa 283/81, Cilfit e a., *Racc.*, 3415, punto 16), una pronuncia in via pregiudiziale non sarebbe più necessaria. Infatti, la soluzione della Corte non potrebbe essere diversa da quella formulata nella sentenza 19 maggio 1993, causa C-320/91, Corbeau (*Racc.*, I-2533). In questa sentenza la Corte avrebbe affidato al giudice nazionale il compito di valutare in quale misura la concorrenza nel settore dei servizi postali specifici, dissociabili dal servizio postale di base, possa essere limitata o persino esclusa al fine di non compromettere l'equilibrio economico dell'operatore che si assume, a titolo esclusivo, la gestione di questo servizio.

27. Il governo italiano, dal canto suo, sostiene che, nell'ordinanza di rinvio, il giudice nazionale ha ommesso di precisare la natura dei comportamenti che costituiscono l'asserito abuso di posizione dominante, ai sensi dell'art. 86 del Trattato, di cui Poste Italiane sarebbe responsabile.

28. Esso fa valere inoltre che, per condannare Poste Italiane, con sentenza parziale, a rimborsare le somme indebitamente percepite sulla base dell'art. 39 del codice postale, il giudice nazionale deve avere necessariamente disapplicato le disposizioni degli artt. 1, 39 e 41 di questo codice, di modo che la soluzione della questione pregiudiziale posta non sarebbe più necessaria ai fini della definizione della controversia principale.

29. Senza concludere formalmente per l'irricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale, la TNT Traco solleva anch'essa dubbi circa la sua utilità dopo che è entrato in vigore il decreto n. 261/99 che dà attuazione alla direttiva 97/67.

30. Occorre ricordare che, in conformità ad una giurisprudenza costante, nell'ambito della collaborazione tra la Corte ed i giudici nazionali istituita dall'art. 234 CE spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emanevole decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate dal giudice nazionale vertono sull'interpretazione del diritto comunitario, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire (v., in particolare, sentenza 15 dicembre 1995, causa C-415/93, Bosman, *Racc.*, I-4921, punto 59, e 13 marzo 2001, causa C-379/98, PreussenElektra, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 38).

31. Tuttavia, la Corte ha anche affermato che, in casi eccezionali, le spetta esaminare le condizioni in cui è adita dal giudice nazionale al fine di verificare la propria competenza (v., in tal senso, sentenza 16 dicembre 1981, causa 244/80, Foglia, *Racc.*, 3045, punto 21). La Corte può rifiutare di pronunciarsi su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale

solo qualora risulti manifestamente che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale, qualora il problema sia di natura ipotetica oppure ancora qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte (v., in particolare, sentenze precitate *Bosman*, punto 61, e *PreussenElektra*, punto 39).

32. Nella fattispecie, si deve constatare che dal fascicolo della causa principale risulta che questa è tuttora pendente dinanzi al giudice nazionale. Infatti, quest'ultimo ha esplicitamente affermato che la sentenza con la quale condanna in particolare Poste Italiane a rimborsare alla TNT Traco l'ammenda riscossa costituisce solo una sentenza parziale e un rinvio pregiudiziale gli sembra necessario e pertinente per risolvere definitivamente la controversia ad esso sottoposta.

33. A tale riguardo il fatto che il regime postale vigente in Italia al tempo dei fatti di cui alla causa principale sia stato modificato e, in particolare, l'art. 41 del codice postale sia stato abrogato non è tale da rendere priva di oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale.

34. Da un lato infatti, come il giudice nazionale stesso ha rilevato, i fatti della causa principale sono precedenti all'adozione della direttiva 97/67 e, *a fortiori*, all'entrata in vigore del decreto n. 261/99. D'altra parte, spetta unicamente al giudice nazionale ritirare la sua domanda di pronuncia pregiudiziale allorché ritiene che una tale decisione non sia più necessaria per consentirgli di risolvere la causa principale, fermo restando che l'attrice nella causa principale può eventualmente provocare un tale ritiro desistendo dal ricorso che ha proposto.

35. Inoltre, lungi dal vietare ad un giudice nazionale di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 CE, la giurisprudenza derivante dalla sentenza *Cilfit* e a., soprammenzionata, anche supponendo che sia applicabile alla presente fattispecie, lascia unicamente al giudice nazionale il compito di valutare se la corretta applicazione del diritto comunitario si imponga con un'evidenza tale da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio e, di conseguenza, di decidere di astenersi dal sottoporre alla Corte una questione di interpretazione del diritto comunitario che è stata sollevata dinanzi ad esso.

36. Per quanto riguarda le asserite imprecisioni di fatto che il governo italiano ha dedotto è sufficiente rilevare che la formulazione stessa della questione sottoposta dal giudice nazionale descrive i comportamenti per i quali si chiede alla Corte di esaminare se possano essere vietati, in quanto abuso di posizione dominante, ai sensi del combinato disposto degli artt. 86 e 90 del Trattato.

37. Dalle considerazioni che precedono risulta che si deve risolvere la questione posta dal giudice nazionale.

Sulla questione pregiudiziale.

38. Con la sua questione il giudice nazionale chiede, in sostanza, se gli artt. 86 e 90 del Trattato, letti congiuntamente, si oppongano a che una normativa di uno Stato membro, che conferisce ad un'impresa di diritto privato la gestione, a titolo esclusivo, del servizio postale universale, subordini il diritto di qualsiasi altro operatore economico di fornire un servizio di corriere espresso che non rientra nel servizio universale alla condizione che questo paghi all'impresa incaricata del servizio universale un diritto postale equivalente alla tassa di affrancatura normalmente dovuta, senza prevedere un meccanismo di compensazione e di controllo destinato ad evitare che quest'impresa attribuisca sovvenzioni incrociate a favore delle proprie attività che non rientrano nel servizio universale.

39. A tale riguardo occorre rilevare in via preliminare che un'impresa quale Poste Italiane, nella sua qualità di ente pubblico economico o, successivamente, di società per azioni di cui lo Stato è l'unico azionista, è un'impresa pubblica ai sensi dell'art. 90, n. 1, del Trattato.

40. Come hanno sostenuto la TNT Traco, l'Autorità di vigilanza EFTA e la Commissione, Poste Italiane deve essere considerata un'impresa alla quale lo Stato membro interessato riconosce diritti speciali o esclusivi ai sensi dell'art. 90, n. 1, del Trattato, in quanto le è stato concesso il diritto esclusivo di assicurare la raccolta, il trasporto e la distribuzione della corrispondenza sul territorio di tale Stato membro senza essere obbligata a pagare, come chiunque altro assicuri gli stessi servizi, un diritto postale equivalente alla tassa di affrancatura normalmente dovuta.

Sul divieto di cui all'art. 90, n. 1, del Trattato.

41. Si deve ricordare che, ai sensi dell'art. 90, n. 1, del Trattato, gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche o delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del Trattato, in particolare all'art. 86.

42. L'art. 86 del Trattato vieta, qualora possa essere pregiudizievole per il commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo.

43. A tale riguardo occorre sottolineare, innanzi tutto, che è pacifico che Poste Italiane, che è titolare dei diritti speciali o esclusivi indicati al punto 40 della presente sentenza, detiene una posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del Trattato, in quanto risulta dalla giurisprudenza della Corte che il territorio di uno Stato membro, al quale si estende una posizione dominante, può costituire una parte sostanziale del mercato comune (v., in tal senso, sentenza 25 giugno 1998, causa C-203/96, Dusseldorp e a., *Racc.*, I-4075, punto 60; 26 novembre 1998, causa C-7/97, Bronner, *Racc.*, I-7791, punto 36, e 21 settembre 1999, causa C-67/96, Albany, *Racc.*, I-5751, punto 92).

44. Occorre ricordare, in secondo luogo, che, anche se il semplice fatto di creare una posizione dominante mediante la concessione di diritti speciali o esclusivi non è, di per sé, incompatibile con l'art. 86 del Trattato, uno Stato membro viola i divieti posti dal combinato disposto dell'art. 90, n. 1, e dell'art. 86 del Trattato quando adotta una misura legislativa, regolamentare o amministrativa che crea una situazione in cui un'impresa alla quale ha conferito diritti speciali o esclusivi è necessariamente indotta ad abusare della propria posizione dominante (v. in tal senso, in particolare, sentenze 17 luglio 1997, causa C-242/95, *GT-Link*, *Racc.*, I-4449, punto 33, e *Dusseldorp e a.*, soprammenzionata, punto 61).

45. A tale riguardo, si deve constatare che la normativa statale di cui trattasi nella causa principale obbliga gli operatori economici che forniscono un servizio di corriere espresso a pagare a Poste Italiane un diritto postale equivalente alla tassa di affrancatura normalmente dovuta dai clienti di quest'ultima, senza che Poste Italiane sia tenuta a fornire un qualsiasi servizio a tali operatori.

46. Ora, la Corte ha già dichiarato che esiste sfruttamento abusivo di una posizione dominante quando l'impresa detentrici di quest'ultima esige per i suoi servizi un corrispettivo iniquo o sproporzionato rispetto al valore economico della prestazione fornita (v., in particolare, sentenze 5 ottobre 1994, causa C-323/93, *Centre d'insémination de la Crespelle*, *Racc.*, I-5077, punto 25, e *GT-Link*, soprammenzionata, punto 39).

47. Lo stesso deve valere a maggior ragione allorché tale impresa beneficia di una remunerazione per servizi che non ha fornito essa stessa.

48. Ne deriva che una normativa quale quella di cui trattasi nella causa principale crea una situazione in cui l'impresa cui sono riconosciuti diritti speciali o esclusivi è necessariamente indotta a commettere un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del Trattato.

49. Si deve tuttavia rilevare, in terzo luogo, che, come risulta dalla formulazione dell'art. 86 del Trattato, tale normativa è vietata ai sensi degli artt. 86 e 90, n. 1, del Trattato solo in quanto può essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri.

50. Questo avverrebbe in particolare se l'obbligo di pagare a Poste Italiane il diritto postale di cui trattasi nella causa principale valesse anche per gli operatori economici che forniscono servizi di corriere espresso tra la Repubblica italiana e un altro Stato membro. Spetta al giudice nazionale verificarlo.

Su una giustificazione ai sensi dell'art. 90, n. 2, del Trattato.

51. Poste Italiane ed il governo italiano fanno valere che, in ogni caso, l'obbligo di pagare il diritto postale che costituisce oggetto della causa principale, anche quando è imposto agli operatori di un servizio di corriere espresso che non rientra nel servizio universale, è giustificato, ai sensi dell'art. 90, n. 2, del Trattato, dalla necessità di salvaguardare l'equilibrio economico dell'impresa incaricata della gestione del servizio postale universale.

52. A tale riguardo occorre rilevare, in primo luogo, che in effetti dal combinato disposto dei nn. 1 e 2 dell'art. 90 del Trattato risulta che il n. 2 di tale norma può essere fatto valere per giustificare la concessione, da parte di uno Stato membro, ad un'impresa incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale, di diritti speciali o esclusivi contrari, in particolare, all'art. 86 del Trattato, qualora l'adempimento della specifica missione affidatale possa essere garantito unicamente grazie alla concessione di tali diritti e purché lo sviluppo degli scambi non risulti compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità (v. in tal senso, in particolare, sentenza 23 maggio 2000, causa C-209/98, *Sydhavnens Sten & Grus*, *Racc.*, I-3743, punto 74).

53. Occorre constatare, in secondo luogo, che un'impresa quale Poste Italiane, incaricata in forza della normativa di uno Stato membro di assicurare il servizio postale universale, il che implica l'obbligo di raccogliere, trasportare e distribuire corrispondenza su tutto il territorio dello Stato membro interessato indipendentemente dalla redditività del settore in cui viene fornito il servizio, costituisce un'impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale ai sensi dell'art. 90, n. 2, del Trattato.

54. In terzo luogo, dalla giurisprudenza della Corte risulta che non è necessario, affinché siano soddisfatte le condizioni di applicazione dell'art. 90, n. 2, del Trattato, che risulti minacciato l'equilibrio finanziario o la redditività economica dell'impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale. È sufficiente che, in mancanza dei diritti controversi, possa risultare compromesso l'adempimento delle specifiche funzioni assegnate all'impresa, quali precisate dagli obblighi e dai vincoli imposti, o che il mantenimento dei diritti di cui trattasi sia necessario per consentire al loro titolare di adempiere le funzioni di interesse economico generale affidategli in condizioni economicamente accettabili (v., in particolare, sentenza *Albany*, soprammenzionata, punto 107).

55. A tal fine può risultare necessario prevedere non solo la possibilità di una compensazione tra i settori di attività redditizi e i settori meno redditizi del titolare della missione d'interesse generale costituita dalla gestione del servizio universale (v., in tal senso, sentenza *Corbeau*, soprammenzionata, punto 17), ma anche l'obbligo per i fornitori di servizi postali che non rientrano in tale servizio universale di contribuire, mediante il pagamento di un diritto postale del tipo di quello di cui trattasi nella causa principale, al finanziamento di questo servizio universale e di consentire così al titolare di tale missione di interesse generale di adempierla in condizioni economicamente equilibrate.

56. Occorre tuttavia rilevare che, poiché si tratta di una disposizione che consente in talune circostanze una deroga alle norme del Trattato, l'art. 90, n. 2, del Trattato deve essere interpretato in senso restrittivo (v., in tal senso, sentenza *GT-Link*, soprammenzionata, punto 50).

57. Pertanto, l'art. 90, n. 2, del Trattato non consente che il totale degli introiti provenienti dal pagamento di un diritto postale del tipo di quello di

cui trattasi nella causa principale, da parte dell'insieme degli operatori economici che forniscono un servizio di corriere espresso che non rientra nel servizio postale universale, sia superiore all'importo necessario per compensare le eventuali perdite che la gestione del servizio postale universale causa all'impresa che ne è incaricata.

58. In tale contesto occorre che l'impresa incaricata del servizio postale universale, allorché fornisce essa stessa un servizio di corriere espresso che non rientra in tale servizio universale, sia anch'essa tenuta al pagamento del diritto postale. Occorre anche che essa faccia in modo da non far sopportare tutto o parte dei costi della sua attività di servizio di corriere espresso alla sua attività di servizio universale, aumentando indebitamente gli oneri del servizio universale e quindi le eventuali perdite di quest'ultimo.

59. Spetta al giudice nazionale verificare se queste condizioni siano soddisfatte, fermo restando che incombe allo Stato membro o all'impresa che fa valere l'art. 90, n. 2, del Trattato dimostrare che ricorrono i presupposti per l'applicazione di tale norma (v. in tal senso, in particolare, sentenza 23 ottobre 1997, causa C-159/94, Commissione/Francia, *Racc.*, I-5815, punto 94).

60. A tale riguardo, dalla giurisprudenza della Corte risulta che, in mancanza di una normativa comunitaria in materia, la prova di una violazione dell'art. 86 del Trattato può essere fornita secondo le modalità dell'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato, purché queste modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti da questa disposizione (v., in tal senso, sentenza GT-Link, soprammenzionata, punti 23, 24, 26 e 27).

61. Questi stessi principi si applicano anche allorché, basandosi sull'art. 90, n. 2, del Trattato, uno Stato membro o l'impresa cui esso ha affidato una missione di interesse generale ai sensi di questa disposizione cerca di dimostrare che l'attribuzione a questa impresa di diritti speciali o esclusivi incompatibili con l'art. 86 del Trattato è necessaria.

62. Ne deriva che la mancanza, al tempo dei fatti della causa principale, di un meccanismo di compensazione e di controllo destinato ad evitare che l'impresa incaricata della gestione del servizio universale proceda all'attribuzione di sovvenzioni incrociate a beneficio della propria attività che non rientra nel servizio universale non è necessariamente sufficiente per provare che le condizioni di applicazione dell'art. 90, n. 2, del Trattato non erano soddisfatte.

63. Sulla base dell'insieme delle considerazioni che precedono occorre risolvere la questione posta nel modo seguente:

– in quanto può derivarne un pregiudizio al commercio tra Stati membri, il combinato disposto degli artt. 86 e 90 del Trattato si oppone a che una normativa di uno Stato membro che conferisce ad un'impresa di diritto privato la gestione, a titolo esclusivo, del servizio postale universale subordini il diritto di qualsiasi altro operatore economico di fornire un servizio di corriere espresso che non rientra nel servizio universale alla condizione

che esso paghi all'impresa incaricata del servizio universale un diritto postale equivalente alla tassa di affrancatura normalmente dovuta, a meno che non sia provato che gli introiti provenienti da questo pagamento sono necessari per consentire a tale impresa di assicurare il servizio postale universale in condizioni economicamente accettabili e che quest'impresa è tenuta al pagamento dello stesso diritto allorché fornisce essa stessa un servizio di corriere espresso che non rientra in tale servizio universale;

– questa prova può essere fornita secondo le modalità dell'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato, fermo restando che queste modalità non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna né possono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario.

(omissis)

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, sez. 2°, 30 maggio 2000
- Carbonara e Ventura c. Italia (definitiva il 30 agosto 2000).

Corte europea dei diritti dell'uomo — Art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione — Privazione di proprietà — Occupazione acquisitiva pronunciata dalla Corte di Cassazione molti anni dopo il completamento dell'opera — Applicazione del termine di prescrizione a partire da quest'ultimo momento — Impossibilità per i proprietari originari di essere indennizzati.

Il passaggio di proprietà a vantaggio dell'amministrazione durante il periodo dell'occupazione senza titolo, automaticamente, in seguito al completamento dell'opera pubblica non può essere considerato «prevedibile», poiché non è in virtù della decisione definitiva — la sentenza della Corte di cassazione — che può considerarsi che il principio dell'esproprio indiretto sia stato effettivamente applicato. La certezza dei ricorrenti di essere stati privati del loro bene solo alla data del deposito in cancelleria della sentenza della Corte di cassazione, il fatto che l'amministrazione abbia potuto trarre vantaggio da un'occupazione di terreno divenuta sine titolo e l'applicazione da parte della Corte di cassazione del termine di prescrizione di cinque anni a partire dalla data di completamento dell'opera, la quale ha privato i ricorrenti della possibilità di ottenere il risarcimento dei danni rendono l'ingerenza contestata arbitraria (1).

(omissis)

(1) **La vicenda Carbonara/Ventura e il problema della prescrizione del diritto al risarcimento del danno da «occupazione acquisitiva».**

Il caso portato all'esame dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo (sentenza del 30 maggio 2000) riguarda un comune pugliese che, avendo deciso di realizzare una scuola nel 1963, occupa d'urgenza 2.649 mq. di fondo privato e realizza l'opera pubblica nel 1972. Non essendo intervenuti per circa otto anni né un decreto formale di espropriazione né la corresponsione di una indennità in loro favore, i proprietari del fondo solo nel 1980 chiedono il risarcimento del danno, ricevendone tuttavia risposta negativa, perché trattandosi di credito risarcitorio per fatto illecito, l'azione relativa è soggetta al termine di prescrizione quinquennale stabilito

In diritto

I. SULL'ECCEZIONE PRELIMINARE DEL GOVERNO

36.-44. *Omissis*.

II. SULLA PRETESA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO I DEL PROTOCOLLO N. I

45. I ricorrenti sostengono di essere stati privati del loro terreno in circostanze incompatibili con l'art. 1 del Protocollo n. 1, che così dispone:

«Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.

dall'art. 2947 c.c. (Cass., SS.UU., 26 novembre 1983 n. 1464, in F.I., 1983, I, 626). In particolare, né la Corte d'Appello né la Corte di Cassazione avevano accolto l'allegazione dei ricorrenti secondo cui una simile interpretazione sarebbe equivalsa ad una applicazione retroattiva del termine quinquennale di prescrizione, dato che la giurisprudenza aveva enucleato la succitata regola solo con la sentenza del Supremo Collegio n. 1464/1983, cioè più di dieci anni dopo della data di compimento dei lavori e a tre anni dalla pendenza della causa intentata dai ricorrenti. La Corte Europea rileva che applicando il principio dell'«esproprio indiretto» la Corte di Cassazione ha computato il termine di prescrizione di cinque anni a far data dal completamento dell'opera, ovvero dal 28 ottobre 1972, data in cui si è verificato il passaggio di proprietà a vantaggio dell'Amministrazione. La Corte ritiene, tuttavia, che tale situazione non possa considerarsi prevedibile e che i ricorrenti hanno avuto la certezza di essere stati privati della proprietà del loro bene solo il 26 novembre 1993, data del deposito in Cancelleria della sentenza della Corte di Cassazione che decideva sulla loro domanda di riparazione. La Corte Europea non dubita dell'effettivo acquisto della proprietà da parte della P.A., ma l'accertamento del mancato versamento di una indennità ai ricorrenti comporta, comunque, la violazione dell'art. 1 Prot. 1 alla Convenzione Europea. La Corte ravvisa invero nella fattispecie sottoposta al suo esame una violazione del principio di preminenza del diritto. Per i giudici di Strasburgo tale principio non è stato rispettato data l'*imprevedibilità* e *arbitrarietà* dei risultati dell'applicazione dell'istituto dell'«occupazione acquisitiva». La vicenda Carbonara/Ventura pone dunque il problema di stabilire quale protezione accordare ai soggetti che hanno agito facendo affidamento su un determinato orientamento giurisprudenziale che, poi, in assenza di nuove disposizioni legislative, è stato sostituito da un orientamento diverso. Infatti, il problema della brevità della prescrizione, non si poneva per la prevalente giurisprudenza, anteriore alla decisione 1464/1983, perché, pur applicandosi il termine quinquennale, il ritenuto *carattere permanente* dell'illecito teneva al riparo il proprietario da qualunque questione prescizionale.

Con la sentenza n. 1464/1983 le SS.UU., esaminando l'istituto dell'«occupazione acquisitiva», ne avevano individuato l'aspetto saliente nella natura illecita del comportamento della P.A. che occupa illegittimamente un fondo privato e vi costruisce un'opera pubblica modificando radicalmente la struttura del bene e impedendo al proprietario l'esercizio delle facoltà di godimento. Ne conseguiva la qualifica di *illecito istantaneo con effetti permanenti*, con decorrenza della *prescrizione quinquennale* dal momento della irreversibile trasformazione del bene in opera pubblica. A questa impostazione, che consentiva di superare le numerose difficoltà nelle quali si dibatteva l'indirizzo precedente, la giurisprudenza successiva si è uniformata, nella generalità dei casi, finché, nel 1990, la I sez. della stessa Corte di Cassazione (Cass., I sez., 11 luglio 1990 n. 7210 in F.I., 1990, fasc. 10, I, 2789), raccogliendo le indicazioni provenienti da alcuni giudici di merito (in part. Trib. Torino, 23 gennaio 1987, in *Giur. It.*, 1988, 522; Trib. Benevento, 4 aprile 1988, in *Giur. di merito*, 1988, 1139; App. Caltanissetta, 10 febbraio 1989, in F.I., 1989, 1225) e dal Tribunale superiore delle acque (Trib. Sup. Acque Pubbl., 22 aprile 1989 n. 36, in *Cons. St.*, 1989, II, 1299), ha introdotto una rilevante novità. In particolare, secondo questo nuovo orientamento, nella vicenda dell'«occupazione acquisitiva»

Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende».

A. Tesi esposte innanzi alla Corte

46.-57. *Omissis.*

B. Sull'osservanza dell'articolo 1 del Protocollo n. 1.

58. La Corte ricorda che l'art. 1 del Protocollo n. 1 contiene tre norme distinte: «la prima, contenuta nella prima frase del primo comma e che ha carattere generale, enuncia il principio del rispetto della proprietà; la seconda, che figura nella seconda frase del medesimo comma, riguarda la privazione di proprietà e la sottopone a certe condizioni; quanto alla terza, contenuta nel secondo comma, essa riconosce agli Stati il potere, tra l'altro, di disciplinare l'uso dei beni in conformità all'interesse generale (...). Non si tratta tuttavia di regole prive di rapporto. La seconda e la terza si riferiscono a esempi particolari di violazione del diritto di proprietà; pertanto, esse vanno interpretate alla luce del principio enunciato dalla prima» (v., tra le altre, la sentenza *James e altri contro Regno Unito* del 21 febbraio 1986, serie A n. 98-B, pp. 29-30, § 37, la quale richiama in parte l'analisi che la Corte ha sviluppato nella sentenza *Sporrong e Lönnroth contro Svezia* del 23 settembre 1982, serie A n. 52, p. 24, § 61; v. anche le sentenze *I santi monasteri contro Grecia* del 9 dicembre 1994 serie A n. 301, p. 31, § 56, e *Iatridis contro Grecia* [Grande Camera], n. 31107/96, § 55, CEDH 1999-II).

1. Sull'esistenza di un'ingerenza.

59. La Corte rileva che le parti concordano sul fatto che vi è stata privazione di proprietà.

occorrerebbe tenere *distinta l'illecita occupazione* del bene privato da parte della P.A. dalla *trasformazione* dello stesso in opera pubblica, e quindi, riconoscere che l'effetto estintivo del diritto del privato vada ricondotto esclusivamente a tale trasformazione, evento, quest'ultimo, non suscettibile di qualificarsi come illecito, in quanto presuppone che l'opera pubblica sia stata realizzata *in conformità della dichiarazione di pubblica utilità*. L'illegittimità del comportamento della P.A. opererebbe soltanto sul piano possessorio, con l'occupazione senza titolo del bene del privato: infatti, quando la stessa P.A. realizza l'opera pubblica conformemente alla dichiarazione di pubblica utilità, acquista il bene privato a titolo originario come parte integrante e irrisarcibile dell'opera pubblica e ha termine ogni attività possessoria illegittima. L'operata distinzione tra momento possessorio e momento traslativo del bene, comporta, ad avviso della Cassazione, che «il risarcimento del danno, come obbligazione derivante dal fatto illecito, concerne soltanto la fase possessoria illegittima e non il momento traslativo conseguente al verificarsi della fattispecie acquisitiva-estintiva che fa sorgere nel privato il diritto all'equivalente pecuniario del bene», diritto, cioè, (di natura) personale, sottoposto all'*ordinario* termine di *prescrizione decennale* stabilito dall'art. 2946 c.c. Questo indirizzo interpretativo ha trovato ulteriori conferme in Cass. 20 novembre 1991 n. 12432 (in *Rass. di D. civile*, 1993, II, 441) secondo cui lo spossessamento del proprietario ove sussista è solo un antecedente storico, ma non la causa dell'acquisto della proprietà da parte della P.A. che deriva, invece, dall'irreversibile trasformazione del bene del privato e della sua destinazione a bene pubblico in conformità con la preesistente dichiarazione di pubblica utilità. La prescrizione decennale e non quinquennale dell'azione del privato per il pagamento del bene perduto è stata, infine, affermata sempre dalla I sez. Cass. civ. con sentenza dell' 8 ottobre 1992 n. 10979 (in *F.I.*, 1983, fasc. 1, I, 88).

60. Essa ricorda che per determinare se vi è stata privazione di beni ai sensi della seconda «norma» occorre esaminare non solo se vi è stato sposessamento o esproprio formale ma anche guardare al di là delle apparenze ed esaminare la realtà della situazione controversa. Poiché la Convenzione tende a proteggere diritti «concreti e effettivi», occorre accertare se detta situazione corrispondesse ad un esproprio di fatto (sentenza *Sporrong e Lönnroth* citata, 24-25, § 63).

61. La Corte nota che nel caso di specie la decisione della Corte di cassazione che ha applicato il principio dell'esproprio indiretto ha dichiarato in ultima istanza che si era verificato un passaggio di proprietà a vantaggio del comune di Noicattaro con la conseguenza di privare i ricorrenti della possibilità di essere indennizzati. In tali circostanze, la Corte conclude che la sentenza della Corte di cassazione ha prodotto l'effetto di privare i ricorrenti del loro bene ai sensi della seconda frase del primo comma dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 (sentenza *Brumărescu c. Romania* [GC], n. 28342/95, § 77, CEDH 1999-VII).

Al fine di comporre il contrasto venutosi a creare tra l'originaria impostazione risalente alla pronuncia delle Sezioni Unite 1464/1983 e il nuovo indirizzo avviato dalla 1 sez., di recente la questione è stata rimessa ancora una volta alle Sezioni Unite (25 novembre 1992, n. 12546, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 35) le quali hanno ribadito validità delle conclusioni di Cass. SS. UU., n. 1464/1983, confermando, quindi, la natura *risarcitoria* dell'azione del privato espropriato soggetta, pertanto, a *prescrizione quinquennale*. Secondo i supremi giudici, nell'applicare il termine di prescrizione decennale, in analogia a quanto avviene nelle ipotesi previste dal codice civile agli artt. 934 e segg., i giudici della Prima Sezione avrebbero travisato l'intento di Cass. SS.UU. 1464/1983, secondo cui gli articoli in questione non potevano essere applicati in modo diretto al fenomeno della occupazione sine titolo, in quanto rivolti a regolare conflitti tra privati e non tra un privato e una P.A.

Si sostiene, altresì, che le norme contenute negli artt. 934 e segg. del codice civile, regolano in via primaria l'assetto della proprietà e solo in via secondaria i rimedi volti a riequilibrare i rapporti patrimoniali tra le parti. Al contrario, nel caso dell'«occupazione appropriativa», ciò che si colloca in primo piano, sarebbero gli effetti economico-patrimoniali della perdita subita dal privato, più che l'acquisto della proprietà da parte della P.A.

Con la pubblicazione del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità (i testi dei tre decreti legislativi 8 giugno 2001, n. 325-testo B, n. 326-testo C, n. 327- testo A, sono stati pubblicati nel supplemento ordinario n. 211/L alla G.U.- serie generale- n. 189 del 16 agosto 2001, e ripubblicati nel Suppl. ord. n. 231 alla *Gazzetta Ufficiale* n. 214 del 14 settembre 2001), la cui entrata in vigore è stata differita al 1° giugno 2002, è stata eliminata la figura dell' «occupazione acquisitiva» ed introdotta quella dell' «acquisizione coattiva» che si fonda non più su un comportamento di fatto ma su un provvedimento amministrativo di espropriazione in sanatoria (art. 43). L'Amministrazione ha, cioè, il potere di acquisire al proprio patrimonio indisponibile l'opera pubblica in un primo tempo realizzata in assenza del valido decreto di esproprio, mentre l'espropriato ha diritto di conseguire il *risarcimento del danno*, salvo comunque il sindacato in sede giurisdizionale del provvedimento di acquisizione. L'art. 43 del testo unico sembrerebbe confermare la natura risarcitoria (e quindi la prescrizione quinquennale) dell'azione esperita dal privato espropriato, ma nello stesso tempo rinvia per determinare la misura del danno, ove l'occupazione riguardi un terreno edificabile, alle disposizioni dell'art. 37, commi 3, 4, 5, 6, 7 dello stesso testo unico in cui scompare ogni riferimento al «danno risarcibile» e si parla piuttosto di «indennità di espropriazione». A parte queste ambiguità terminologiche, è evidente che lo scenario è radicalmente mutato.

62. Per risultare compatibile con l'articolo 1 del Protocollo n. 1 siffatta ingerenza deve essere attuata «per causa di pubblica utilità» e «nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale». L'ingerenza deve assicurare un «equo bilanciamento» tra le esigenze dell'interesse generale della collettività e quelle della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo (sentenza *Sporrong e Lönnroth* citata, 26, § 69). Inoltre, la necessità di esaminare la questione dell'equo bilanciamento «non può porsi che una volta che sia stato accertato che l'interferenza contestata abbia rispettato il principio di legalità e che non fosse arbitraria» (sentenza *Iatridis* citata § 58; sentenza *Beyeler c. Italia* [GC], n. 33202/96, 5 gennaio 2000, § 107). Pertanto, la Corte non ritiene opportuno basare il proprio ragionamento sulla semplice constatazione che non vi è stato indennizzo a favore dei ricorrenti.

2. Sul rispetto del principio di legalità.

63. La Corte ricorda che l'art. 1 del Protocollo n. 1 esige, innanzitutto e soprattutto, che un'ingerenza di una pubblica autorità nell'esercizio del diritto al rispetto dei beni sia legale. La preminenza del diritto, uno dei principi fondamentali di una società democratica, permea l'insieme degli articoli della Convenzione (sentenza *Iatridis* citata, § 58) e comporta il dovere dello Stato o di un potere pubblico di piegarsi di fronte ad una sentenza resa nei loro confronti.

La giurisprudenza sopra richiamata configurava l'«occupazione acquisitiva» alla stregua di un fatto illecito perché dipendeva da un comportamento della P.A. consistente nella realizzazione dell'opera pubblica con violazione delle norme sul procedimento espropriativi. Ciò abilitava il privato espropriato a chiedere nel termine prescrizionale di cinque anni dalla *trasformazione del fondo con irreversibile sua destinazione alla costruzione dell'opera pubblica* la condanna dell'ente al risarcimento del danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà, mediante il pagamento di una somma rivalutata pari al valore che il fondo aveva in quel momento, con l'ulteriore conseguenza che un provvedimento di espropriazione del fondo per pubblica utilità, intervenuto successivamente a tale momento, doveva considerarsi del tutto privo di rilevanza, sia ai fini dell'assetto proprietario che ai fini della responsabilità da illecito.

Con l'entrata in vigore del testo unico la situazione sopra descritta viene ad essere ribaltata. Infatti, la nuova «acquisizione coattiva» consentirebbe alla P.A. di sanare ex post il proprio precedente comportamento illecito che cesserebbe, quindi, di essere tale, al momento dell'emanazione dell'atto di acquisizione dell'area al patrimonio indisponibile della P.A., salvo, comunque, il sindacato in sede giurisdizionale del provvedimento di acquisizione. Da ciò si evince che, mentre prima il *dies a quo* di decorrenza del termine prescrizionale dei cinque anni per proporre l'azione risarcitoria era ben individuato, coincidendo, infatti, con l'irreversibile trasformazione del bene in opera pubblica, ora, essendo sufficiente per l'acquisto del bene utilizzato dalla P.A. un mera «modifica» dello stesso, tale termine di decorrenza appare sfumato, se non addirittura variabile secondo le circostanze del caso.

Pur dando atto degli intenti del legislatore di improntare il nuovo testo alla collaborazione tra P.A. e cittadino secondo i noti principi di economicità efficace, efficienza, semplificazione e partecipazione, si rende necessario quanto meno un suo intervento chiarificatore.

Cfr. altresì, in questo numero della *Rassegna*, I, 98, E. ROSANÒ, «*L'occupazione acquisitiva: percorsi di un istituto controverso*».

57. La Corte non ritiene utile decidere astrattamente se il ruolo che un principio giurisprudenziale, quale quello dell'esproprio indiretto, svolge in un sistema di diritto continentale sia assimilabile a quello di disposizioni legislative. Tuttavia, essa ricorda che il principio di legalità significa l'esistenza di norme di diritto interno sufficientemente accessibili, precise e prevedibili (sentenza *Hentrich contro Francia* del 22 settembre 1994, serie A n. 296-A, 19-20, § 42, e sentenza *Lithgow e altri contro Regno Unito* dell'8 luglio 1986, serie A n. 102,47, § 110).

58. A questo proposito, la Corte osserva che la giurisprudenza in materia di esproprio indiretto ha avuto un'evoluzione che ha comportato applicazioni contraddittorie (*supra* §§ 21-35), ciò che potrebbe condurre a un risultato imprevedibile o arbitrario e privare gli interessati di una protezione efficace dei loro diritti, il che, di conseguenza, sarebbe incompatibile col principio di legalità.

66. La Corte rileva inoltre che secondo il principio enunciato dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 1464 del 1983, un esproprio indiretto si verifica in seguito alla stessa occupazione illegale di un terreno. Siffatta illegalità può sussistere sin dall'inizio, allorquando l'occupazione non è mai stata autorizzata, oppure può sopravvenire successivamente, quando l'occupazione si protrae oltre il periodo autorizzato. La Corte esprime delle riserve sulla compatibilità con il principio di legalità di un meccanismo che in maniera generale permette all'amministrazione di trarre beneficio da una situazione illegale e tramite il quale l'individuo si trova di fronte al fatto compiuto.

67. «La Corte rileva infine che la riparazione per la privazione della proprietà non è automaticamente versata dall'amministrazione ma deve essere richiesta dall'interessato entro cinque anni, ciò che potrebbe costituire una protezione inadeguata.»

68. «In ogni caso, la Corte è chiamata a verificare se il modo in cui il diritto interno è stato interpretato ed applicato produce degli effetti conformi ai principi della Convenzione.

69. Nel presente caso, la Corte rileva che applicando il principio dell'esproprio indiretto la Corte di cassazione ha considerato che i ricorrenti erano stati privati del loro bene a partire dal 28 ottobre 1972. Tale passaggio di proprietà a vantaggio dell'amministrazione ha avuto dunque luogo durante il periodo dell'occupazione senza titolo, automaticamente, in seguito al completamento dell'opera pubblica. *Ebbene la Corte ritiene in primo luogo che tale situazione non possa essere considerata «prevedibile», poiché non è in virtù della decisione definitiva - la sentenza della Corte di cassazione - che può considerarsi che il principio dell'esproprio indiretto sia stato effettivamente applicato. Su tale punto la Corte si riferisce all'evoluzione della giurisprudenza (supra §§ 21-31) e al fatto che un principio giurisprudenziale non vincola le giurisdizioni in ordine alla sua applicazione (supra § 53). Di conseguenza la Corte ritiene che i ricorrenti abbiano avuto la certezza di essere stati privati del loro bene solo il 26 novembre 1993, data del deposito in cancelleria della sentenza della Corte di cassazione.*

70. In secondo luogo, la Corte osserva che la situazione in causa ha permesso all'amministrazione di trarre vantaggio da un'occupazione di terreno divenuta *sine titulo* a partire dal 30 giugno 1972.

71. Peraltro, la Corte rileva che la Corte di cassazione ha applicato il termine di prescrizione di cinque anni a partire dalla data di completamento dell'opera, ovvero il 28 ottobre 1972. In tal modo, la protezione di cui in linea di principio avrebbero potuto beneficiare i ricorrenti, ossia la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni, è stata vanificata.

72. La Corte ritiene che tale ingerenza non possa essere altrimenti qualificata che come arbitraria e che di conseguenza essa non sia conforme all'art. 1 del Protocollo n. 1.»

III. SULL'APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 41 DELLA CONVENZIONE.

74. «Ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione,

«Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa.»

(omissis).

79. La Corte ritiene che la questione dell'applicazione dell'articolo 41 della Convenzione non sia matura e che sia quindi opportuno aggiornarla tenuto conto della possibilità di un accordo tra lo Stato convenuto e gli interessati, (articolo 75 §§ 1 e 4 del Regolamento).

(omissis).

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Un., 26 giugno 2001, n. 8745 – Pres. Vela – Est. Salmè – Proc. Gen. Lo Cascio (conf.) – Industrie Aeronautiche Meccaniche R. Piaggio s.p.a. in amm.ne straord. c. Dornier Luftfahrt, con Min. difesa (avv. Stato Fiumara).

Giurisdizione civile – Straniero – Obbligazioni sorte o da eseguirsi in Italia – Procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi – Azione revocatoria – Giurisdizione del giudice italiano – Fondamento.

(d.l. 30 gennaio 1979 n. 26 conv. in legge 3 aprile 1979 n. 95; legge 31 maggio 1995 n. 218, art. 3; legge 21 giugno 1971 n. 804 di ratifica della Convenzione di Bruxelles del 27 ottobre 1968).

Con riferimento ad azione revocatoria promossa nell'ambito di una procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, in relazione a pagamenti, cessioni di credito e mandati all'incasso effettuati in favore di società straniera (nella specie società di nazionalità tedesca con sede in Germania) sussiste la giurisdizione del giudice italiano a norma dell'art. 3, co. 2, ultima parte della legge 31 maggio 1995 n. 218 – in base ai criteri di collega-

mento stabiliti per la competenza per territorio, determinabile in relazione al domicilio del creditore al tempo della scadenza dell'obbligazione –, trattandosi di materia esclusa dall'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale, resa esecutiva in Italia con legge 21 giugno 1971 n. 804 (1).

(omissis)

3. – Venendo alla questione di giurisdizione sollevata con il regolamento la Corte ritiene, in conformità con l'orientamento costantemente seguito (v. Cass., Sez. Un., n. 584/1999, 1572/1995, 1396/1990), sia prima che dopo l'entrata in vigore della legge n. 218 del 1995, in tema di giurisdizione sull'azione revocatoria fallimentare esperita nei confronti di soggetto straniero, che nella specie debba essere dichiarata la giurisdizione del giudice italiano.

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

L'art. 1 della Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale del 27 ottobre 1968, ratificata con legge 21 giugno 1971 n. 804 (con tutte le successive modificazioni) esclude dal suo campo di applicazione «i fallimenti, i concordati ed altre procedure affini», cioè, come precisava già la relazione Jenard alla convenzione, «le procedure che sono fondate nelle varie legislazioni sullo stato di cessazione dei pagamenti, sull'insolvenza o sulla dissoluzione del credito del debitore e che comportano un intervento dell'autorità giudiziaria che si conclude in una liquidazione coatta e collettiva dei beni o che si limita ad un semplice controllo da parte dell'autorità». In senso sostanzialmente conforme la relazione Schlosser alla convenzione 9 ottobre 1978 di adesione della Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito (per le due relazioni cfr. *Gazzetta Ufficiale* C.E. n. C-59 del 5 marzo 1979, rispettivamente, per quanto ci interessa, pag. 11 e segg. e pag. 89 e segg.), la quale, nell'intento di «definire le procedure che devono essere considerate di fallimento, di concordato o procedure affini, nonché le parti integranti di tali procedure», elencava a titolo esemplificativo, per l'Italia (cfr. all. I, 146), il concordato preventivo, l'amministrazione controllata e la liquidazione coatta amministrativa nelle loro fasi giudiziarie: non era indicata la procedura di «amministrazione straordinaria di grande impresa in crisi», in quanto tale procedura è stata introdotta dalla successiva c.d. «legge Prodi» del 1979 (d.l. 30 gennaio 1979 n. 26, conv. in legge 3 aprile 1979 n. 95, e succ. mod., cui ora è subentrato il decreto legislativo 8 luglio 1999 n. 270, contenente «nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza»), ma nessuno poteva dubitare, anche per l'esplicito richiamo in tale legge alle norme sulla liquidazione coatta amministrativa della legge fallimentare, della sua natura di procedura concorsuale liquidatoria affine, nel senso voluto dalla Convenzione, al fallimento. Ora il reg. CE del Consiglio n. 1346/2000 del 26 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza, ricordando nel suo settimo «considerando» che «le procedure di insolvenza relative ai fallimenti, ai concordati ed ad altre procedure affini sono escluse dal campo di applicazione della convenzione di Bruxelles del 1968...», ricomprende espressamente fra le procedure di insolvenza, per l'Italia, quella di amministrazione straordinaria (artt. 1 e 2, in relazione all'allegato A). E parimenti nessuno può dubitare che l'azione revocatoria fallimentare attiene alla materia fallimentare (art. 66 legge fall.). Valgono dunque le norme ordinarie del sistema italiano sulla giurisdizione nei confronti dello straniero: art. 4 del codice di procedura civile vigente all'epoca dell'esercizio dell'azione revocatoria e ora art. 3 co. 2 ultima parte legge 31 maggio 1995 n. 218, in entrambi i casi in relazione all'art. 66 della legge fallimentare.

Ed in effetti la Corte Suprema già con sentenza Sez. Un. 14 febbraio 1995 n. 1572 aveva dichiarato che «con riguardo ad azione revocatoria fallimentare, che il curatore promuova avverso il pagamento effettuato in favore di una società straniera (nella specie società avente sede nella repubblica di San Marino), deve essere affermata la giurisdizione del giudice italiano, atteso che la suddetta azione, mirando ad acquisire alla massa una somma di denaro

A parte la questione dell'ammissibilità dell'azione revocatoria nell'ambito delle procedure di cui alla legge n. 95 del 1979, che esula dalla questione di giurisdizione che queste sezioni unite sono chiamate a decidere ed è riservata alla cognizione del giudice del merito, non pare dubbio, innanzi tutto, che la procedura di amministrazione straordinaria di cui alla legge citata, abbia natura concorsuale, come emerge dai richiami in più parti operati da detta legge alla disciplina di cui al r.d. 267 del 1942, in particolare (ma non solo) agli articoli 195 e seguenti, e dalla costante giurisprudenza di questa Corte. Si può trarre conferma della correttezza di tale conclusione anche dall'art. 49 del d.leg. 8 luglio 1999 n. 270 che, pur non avendo portata interpretativa ed efficacia retroattiva, come affermato da queste sezioni unite con la recente sentenza n. 8539 del 2000, nella parte in cui espressamente disciplina l'esercizio dell'azione revocatoria da parte del commissario straordinario, ne presuppone la compatibilità con l'impianto della legge n. 95 del 1979, che viene modificata solo per una parte limitata. La stessa portata argomentativa deve anche riconoscersi al regolamento CE, del consiglio, n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza, che ha espressamente assimilato le amministrazioni straordinarie di cui alla legge n. 95 del 1979 alle altre procedure concorsuali.

Ne deriva che anche in materia di amministrazione straordinaria ex legge n. 95 del 1979 resta esclusa l'applicabilità della convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 (sentenze n. 584/1999 e 1396/1990 *cit.*), tenendo anche conto che a tal fine, alla stregua dell'art. 1 di detta convenzione, è sufficiente per giustificare la non applicazione la semplice «affinità» tra la procedura di cui si tratta e il fallimento o i concordati. Per identica ragione non può applicarsi nella specie la convenzione italo-tedesca sul riconoscimento e l'esecutorietà delle decisioni giudiziarie in materia civile e commerciale, firmata a Roma il 9 marzo 1936 e approvata con legge 14 gennaio 1937, n. 106, in quanto l'art. 12 esclude espressamente le procedure di fallimento e concordato preventivo.

determinata, corrispondente alla "*solutio*" revocanda, fa valere un'obbligazione di pagare (e in particolare, di restituire), che, ai sensi dell'art. 1182, terzo comma, cod. civ., deve essere adempiuta presso il domicilio del creditore, dunque presso il curatore in Italia; con la conseguenza che sussiste il presupposto per l'applicabilità del criterio di collegamento di cui al n. 2, ult. parte, dell'art. 4 del codice di procedura civile (domanda riguardante obbligazioni da eseguirsi in Italia)» (e alle stesse conclusioni si sarebbe dovuto pervenire in forza dell'art. 5 n. 1 della Convenzione di Bruxelles, ove in ipotesi essa fosse stata applicabile); e poi con sentenza Sez. Un. 10 agosto 1999 n. 584 aveva ancora statuito che «con riferimento ad un'azione revocatoria fallimentare, promossa dal curatore in relazione ad un pagamento effettuato in favore di società straniera (nella specie, società avente sede nella repubblica di San Marino), sussiste la giurisdizione del giudice italiano; infatti, a norma dell'art. 3, 2 comma, ultima parte della legge n. 218 del 1995, nelle materie escluse dall'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968 resa esecutiva con la legge 21 giugno 1971, n. 804 e successive modificazioni, tra le quali ricade la materia fallimentare, la giurisdizione del giudice italiano sussiste in base ai criteri di collegamento stabiliti per la competenza per territorio e con specifico riferimento all'azione revocatoria fallimentare si determina in relazione al luogo di apertura del fallimento».

4. – Nella specie, trattandosi di giudizio iniziato dopo il 1 settembre 1995 deve applicarsi la legge n. 218 del 1995, in particolare il disposto dell'art. 3, secondo comma, ultimo periodo, secondo cui, rispetto alle materie escluse dall'ambito di operatività della convenzione di Bruxelles la giurisdizione sussiste anche in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio. Non può infatti essere condivisa la tesi della controricorrente la quale sostiene che il criterio ora indicato richiederebbe non solo che la materia di cui si discute sia estranea all'ambito di applicazione della citata convenzione internazionale, ma anche che lo straniero convenuto non sia domiciliato in uno dei paesi firmatari di tale convenzione. Infatti dalla lettera della disposizione di cui si tratta emerge senza alcun dubbio che il legislatore, ai fini dell'applicazione del criterio della competenza territoriale, ha preso in considerazione solo le materie e non anche il domicilio dello straniero convenuto.

Tra i criteri di competenza territoriale interna, utilizzabili come criterio di collegamento ai fini della giurisdizione, ai sensi dell'art. 3, secondo comma della legge n. 218 del 1995. Nella specie, viene in considerazione quello di cui all'art. 20 c.p.c. (v. sentenze n. 1396/1990, 1572/1995, 584/1999), perché, come osservato fin dalla prima delle decisioni citate, l'obiezione basata sul rilievo che l'azione esperita avrebbe natura costitutiva e non di condanna, è superabile con l'osservazione che, l'azione revocatoria di pagamenti «non mira ad un astratto riconoscimento di inefficacia, ma tale inefficacia necessariamente correla al recupero e quindi all'acquisizione ... alla massa» di una somma di denaro determinata, corrispondente alla *solutio revocanda*. Tanto ciò è vero che di regola e, comunque, nella specie, l'amministratore ha chiesto espressamente non solo la dichiarazione di inefficacia dei pagamenti, ma anche la condanna alla restituzione delle somme versate e di recente queste sezioni unite (sentenza n. 437 del 2000), risolvendo un contrasto di giurisprudenza, hanno affermato che l'obbligazione restitutoria di cui si tratta ha natura di obbligazione di valuta e quindi che gli interessi sulle somme da restituire decorrono dal momento della domanda.

Pertanto l'obbligazione di restituzione delle somme di cui si tratta, fatta valere dalla società attrice, ai sensi dell'art. 1182, terzo comma c.c. si deve adempiere presso il domicilio del creditore al tempo della scadenza e cioè presso l'amministratore nominato ai sensi della legge n. 95 del 1979.

Sui rapporti fra la «legge Prodi» e il diritto comunitario cfr. le sentenze della Corte di Giustizia 1 dicembre 1998, nella causa C-200/1997, ECOTRADE, e 17 giugno 1999, nella causa C-295/1997, PIAGGIO, in *questa Rassegna*, 1999, I, 327, con nota di FIUMARA; e, ancora, sul mantenimento dei diritti dei lavoratori nel caso di trasferimento di azienda nell'ambito della procedura di amministrazione straordinaria, cfr. Corte di Giustizia, 25 luglio 1991, nella causa C-362/1989, D'URSO, in *questa Rassegna*, 1991, I, 436, con nota di FIUMARA.

Peraltro, oltre al criterio di competenza territoriale di cui all'art. 20 c.p.c., nella specie sussiste anche il criterio territoriale di cui all'art. 24 r.d. n. 267 del 1942 (sentenza n. 584 del 1999), secondo cui il tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano. Con riferimento alle ipotesi di procedure ex legge n. 95 del 1979, pertanto, le azioni revocatorie sono di competenza del tribunale che ha dichiarato lo stato di insolvenza.

In conclusione deve essere dichiarata la giurisdizione del giudice italiano.

(omissis)

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, sentenza 12 luglio 2001,
– Pres. M.L. Wildhaber – Ferrazzini c. Italia.

Diritti dell'uomo e libertà fondamentali – Diritto ad un processo equo e tempestivo – Diritti ed obbligazioni di carattere civile – Nozione autonoma dal diritto interno dello Stato membro – Controversie tributarie – Ambito della categoria.

Diritti dell'uomo e libertà fondamentali – Divieto di discriminazioni – Onere della prova.

La nozione di «diritti e obbligazioni di carattere civile» di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione europea dei diritti umani è autonoma dal diritto interno degli Stati membri.

La natura «patrimoniale» di una controversia non è sufficiente di per sé a ricomprenderla nella nozione «diritti ed obbligazioni di carattere civile». Possono esistere obbligazioni «patrimoniali» nei confronti dello Stato o dei suoi organi che, ai fini dell'articolo 6 par. 1 devono essere considerate come rientranti esclusivamente nell'ambito del diritto pubblico e di conseguenza non sono comprese nella nozione «diritti ed obbligazioni di carattere civile».

La Corte deve interpretare la Convenzione alla luce delle condizioni di vita attuali nelle società democratiche, tenendo conto della evoluzione normativa dei rapporti giuridici degli individui con lo Stato, ma tanto non la autorizza ad interpretare l'articolo 6 par. 1 come se l'aggettivo «civile», con i limiti che necessariamente l'aggettivo pone alla categoria dei «diritti e obbligazioni», non figurasse nel testo.

Il contenzioso tributario non rientra nell'ambito dei «diritti e obbligazioni di carattere civile» malgrado gli effetti patrimoniali che necessariamente produce nei confronti dei contribuenti, pertanto l'articolo 6 par. 1 non è applicabile alle controversie tributarie.

Una discriminazione è vietata dalla Convenzione solo quando vengono prese delle misure diverse nei confronti di persone che si trovano in situazioni equivalenti. La parte ricorrente deve fornire elementi per tale verifica (1).

(omissis)

In diritto

I. SULLA PRETESA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 6 PAR. 1 DELLA CONVENZIONE

14. Il ricorrente ritiene che la durata del procedimento ha violato il principio del «tempo ragionevole», così come previsto dall'articolo 6 par. 1 della Convenzione, che prevede:

«Ogni persona ha diritto che la sua causa sia esaminata (...) in un tempo ragionevole, da un tribunale (...) che deciderà sia in ordine alle controversie sui suoi diritti ed obbligazioni di natura civile, sia sul fondamento di ogni accusa in materia penale elevata contro di lei.»

15. Quanto al primo ricorso, il periodo da prendere in considerazione è iniziato il 14 gennaio 1988 ed è terminato il 4 aprile 1998. È durato quindi più di dieci anni e due mesi per un grado di giudizio.

Quanto agli altri ricorsi, il periodo da prendere in considerazione è iniziato il 15 gennaio 1988 ed era ancora in corso alla data del 27 ottobre 2000. È durato quindi più di dodici anni e nove mesi per due gradi di giudizio.

A. Sull'ammissibilità del motivo di ricorso relativo all'articolo, 6 par. 1

16. Il Governo ritiene che il motivo dovrebbe essere dichiarato inammissibile ai sensi dell'articolo 35 par. 3 della Convenzione, poiché l'articolo 6 par. 1 non si applica alle controversie riguardanti i procedimenti tributari. Il Governo ritiene che i procedimenti in questione non riguardano «un'accusa di natura penale». Lo stesso ricorda che in Italia il procedimento esecutivo che può seguire ad una condanna delle commissioni tributarie si svolge conformemente a quello previsto per le obbligazioni di carattere civile. La somma che il ricorrente sarà tenuto a pagare non potrà essere convertita in pena detentiva. Sono possibili solo i provvedimenti relativi all'esecuzione forzata quali il sequestro e l'eventuale vendita dei beni del debitore. Quanto all'aspetto «civile», il Governo ricorda che conformemente alla giurisprudenza costante degli organi della Convenzione, la materia fiscale riguarda solo il diritto pubblico.

(1) La Corte conferma che la materia tributaria è di diritto pubblico e, quindi, le controversie tributarie non rientrano nella previsione dell'art. 6 par. 1 della Convenzione. Non ogni controversia patrimoniale è «civile» ai sensi e per gli effetti di tale norma. La materia fiscale fa parte ancora del nucleo duro delle prerogative delle potestà pubbliche poiché la natura pubblica del rapporto fra il contribuente e la collettività resta predominante.

L'art. 13 della Convenzione impone agli Stati membri di predisporre mezzi di tutela dei diritti riconosciuti dalla Convenzione. Poiché tale obbligo è relativo ai diritti riconosciuti dal medesimo atto internazionale, la sua ampiezza deve essere determinata in relazione alla portata dei diritti medesimi. Sotto questo profilo la interpretazione fornita dalla sentenza in rassegna della nozione di «diritti ed obbligazioni civili», è rilevante anche ai fini della interpretazione della legge 24 marzo 2001, n. 89. Il problema del rilievo della interpretazione giurisprudenziale della Corte dell'articolo 6 par. 1 della Convenzione per l'interpretazione della legge c.d. Pinto sarà esaminato in un successivo intervento.

17. Il ricorrente da pane sua condivide il parere del Governo riguardo al fatto che i procedimenti in questione non erano di natura penale. Lo stesso sottolinea tuttavia l'aspetto finanziario di tali procedimenti che riguardano pertanto «un diritto di natura civile».

18. La Corte rileva che entrambe le parti riconoscono che l'articolo 6 non viene considerato per quanto riguarda l'aspetto penale. Quanto all'aspetto civile e, malgrado l'esistenza della giurisprudenza costante invocata dal Governo, la Corte ritiene che tale motivo pone delle questioni di diritto abbastanza complesse che non possono essere risolte nella fase riguardante l'ammissibilità del ricorso. Pertanto, questo motivo, ivi compresa la questione relativa all'applicabilità dell'articolo 6 par. 1 della Convenzione sollevata dal Governo, deve essere oggetto di un esame nel merito.

19. Di conseguenza, questo motivo di ricorso non può essere dichiarato inammissibile perché incompatibile *ratione materiae* con le disposizioni della convenzione. La Corte constata peraltro che non è in contrasto con alcun altro motivo di inammissibilità. È opportuno quindi dichiararlo ammissibile.

B. Sull'applicabilità dell'articolo 6 par. 1

20. Dato che le parti hanno convenuto che non si tratta di «un'accusa in materia penale», e che la Corte, da parte sua, non evidenzia alcun «aspetto penale» (vedi a *contrario* la sentenza Bendenoun c. Francia del 24 febbraio 1994, serie A n. 284, p. 20, par. 47), resta da esaminare se i procedimenti in questione si riferivano o meno a una «contestazione su [dei] diritti e obbligazioni di carattere civile».

21. Il Governo eccepisce l'inapplicabilità dell'articolo 6 ai procedimenti in questione e ritiene che detti procedimenti non riguardano un «un diritto di natura civile». L'esistenza di un'obbligazione fiscale di un individuo nei confronti dello Stato rientra, secondo lui, solo nel campo del diritto pubblico. Tale obbligazione fa parte dei diritti civili stabiliti in una società democratica e le disposizioni specifiche del diritto pubblico hanno lo scopo di sostenere la politica economica nazionale.

22. Il ricorrente da parte sua pone in evidenza l'aspetto patrimoniale delle sue richieste e conclude che i procedimenti riguardano di conseguenza dei «diritti e obbligazioni di carattere civile».

23. Poiché non è in discussione l'esistenza di una «contestazione», il compito della Corte si limita a determinare se essa riguarda dei «diritti e obbligazioni di carattere civile».

24. Secondo la giurisprudenza della Corte, la nozione di «diritti e obbligazioni di natura civile» non può essere interpretata unicamente con riferi-

mento al diritto interno dello Stato convenuto. Diverse volte la Corte ha affermato il principio della «autonomia» di questa nozione, ai sensi dell'articolo 6 par. 1 della Convenzione (vedi, tra l'altro, le sentenze König c. Repubblica federale di Germania del 28 giugno 1978, serie A n. 27, pp. 29-30, par. 88-89; Baraona c. Portogallo dell'8 luglio 1987, serie A n. 122, pp. 17-18, par. 42). La Corte conferma, nella fattispecie, detta giurisprudenza. La stessa ritiene infatti che qualsiasi altra soluzione rischierebbe di portare a risultati incompatibili con l'oggetto e la portata della Convenzione (cfr. *mutatis mutandis*, le sentenze König citata, par. 88 e Maaouia c. Francia [GC], n. 39652/1998, par. 34, CEDU 2000-X).

25. Un procedimento tributario ha indubbiamente un oggetto patrimoniale, ma il fatto di dimostrare che una controversia sia di natura «patrimoniale» non è sufficiente di per sé a comportare l'applicabilità dell'articolo 6 par. 1 per l'aspetto «civile» (vedi le sentenze Pierre-Bloch c. Francia del 21 ottobre 1997, *Raccolta delle sentenze e decisioni* 1997-VI, p. 2223, par. 51 e Pellegrin c. Francia [GC], n. 28541/1995, par. 60, CEDU 1999-VIII, da confrontare con la sentenza Editions Périscope c. Francia del 26 marzo 1992, serie A n. 234-B, p. 66, par. 40). In particolare, secondo la giurisprudenza tradizionale degli organi della Convenzione,

«Possono esistere delle obbligazioni «patrimoniali» nei confronti dello Stato o dei suoi organi che, ai fini dell'articolo 6 par. 1 devono essere considerate come rientranti esclusivamente nell'ambito del diritto pubblico e di conseguenza non sono comprese nella nozione «diritti ed obbligazioni di carattere civile». A parte le multe imposte a titolo di «sanzione penale», si verifica, in particolare, quando un'obbligazione di natura patrimoniale risulta da una legislazione fiscale oppure fa parte dei normali doveri civici imposti in una società democratica» (vedi, tra l'altro, Schouten e Meldrum c. Paesi Bassi del 9 dicembre 1994, serie A n. 504, p. 21 par. 50, e ricorsi n. 11189/1984, decisione della Commissione dell'11 dicembre 1986, *Decisioni e rapporti (DR)* 50, pp. 121, 160; n. 2047/92. dec. 15 aprile 1996, DR 85, pp. 29, 46).

26. La Convenzione è tuttavia uno strumento vivo che deve essere interpretato alla luce delle condizioni di vita attuali (vedi, tra l'altro, la sentenza Johnston e altri c. Irlanda, serie A n. 112, p. 25, par. 53), e la Corte è chiamata a verificare, considerati i cambiamenti intervenuti nella società riguardo alla tutela giuridica concessa agli individui nei loro rapporti con lo Stato, se il campo di applicazione dell'articolo 6 par. 1 deve o meno essere esteso alle controversie tra i cittadini e le pubbliche autorità relative alla legittimità nel diritto interno delle decisioni dell'amministrazione finanziaria.

27. I rapporti tra gli individui e lo Stato sono ovviamente progrediti nei vari settori nel corso dei cinquanta anni trascorsi dall'adozione della Convenzione, tenuto conto dell'incremento delle norme statali nei rapporti di diritto

privato. Tutto questo ha portato la Corte a considerare che dei procedimenti dipendenti tal «diritto pubblico» nel diritto interno rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 6 per l'aspetto «civile» quando l'esito era determinante per dei diritti e obbligazioni di carattere privato; in particolare, per citarne solo alcuni, in materia di vendita di terreni, di gestione di una clinica privata, del diritto di proprietà, di concessione di autorizzazioni amministrative relative alle condizioni di esercizio di attività professionali o di licenza di uno spaccio di bevande alcoliche (vedi, tra le altre, le sentenze *Ringeisen c. Austria* del 16 luglio 1971, serie A n. 13, p. 39, par. 94, König, citata, p. 32, par. 94-95, *Sporrong e Lönnroth c. Svezia* del 23 settembre 1982, serie A n. 52, p. 19, par. 79, *Allan Jacobsson c. Svezia* del 25 ottobre 1989, serie A n. 163, pp. 20-21, par. 73, *Bentham c. Paesi Bassi* del 23 ottobre 1985, serie A n. 97, p. 16, par. 36, *Tre Traktörer Aktiebolag c. Svezia* del 7 luglio 1989, serie A n. 159, p. 19, par. 43). Peraltro, l'intervento crescente dello Stato nella vita di tutti i giorni degli individui, per esempio in materia di protezione sociale, ha indotto la Corte a valutare gli aspetti di diritto pubblico e di diritto privato prima di poter concludere che il diritto invocato poteva essere qualificato di «natura civile» (vedi, tra le altre, le sentenze *Feldbrugge c. Paesi Bassi* del 29 maggio 1986, serie A n. 99, p. 16, par. 40, *Deumeland c. Germania* del 29 maggio 1986, serie A n. 100, p. 25, par. 74, *Salesi c. Italia* del 26 febbraio 1993, serie A n. 257-E, pag. 59-60, par. 19 e *Schouten e Mel drum*, citata, p. 24, par. 60).

28. Comunque, i diritti e obbligazioni esistenti per un individuo non sono necessariamente di natura civile. Non hanno tale natura infatti i diritti e obbligazioni di natura politica, come il diritto di candidarsi ad una elezione all'Assemblea nazionale (vedi la sentenza *Pierre-Bloch*, citata p. 2223, par. 50), anche se il procedimento controverso avere per l'interessato un oggetto patrimoniale (stessa sentenza, par. 51), cosicché l'articolo 6 par. 1 non trova applicazione. Detto articolo non si applica nemmeno alle controversie tra l'amministrazione e alcuni suoi agenti, ossia coloro che occupano impieghi comportanti una partecipazione all'esercizio della potestà pubblica (vedi la sentenza *Pellegrin c. Francia* [GC], n. 28541/1995, par. 66-67, CEDU 1999-VIII). Inoltre, le espulsioni di stranieri non riguardano le contestazioni sui diritti di natura civile, ai sensi dell'articolo 6 par. 1 della Convenzione, che pertanto non è applicabile (vedi la sentenza *Maaouia*, citata, par. 37-38).

29. Quanto alla materia fiscale, le evoluzioni verificatesi nelle società democratiche non riguardano tuttavia la natura essenziale dell'obbligazione per gli individui o le imprese di pagare delle tasse. In rapporto all'epoca dell'adozione della Convenzione, non vi sono interventi nuovi da parte dello Stato nella sfera «civile» della vita degli individui. La Corte ritiene che la materia fiscale fa parte ancora del nucleo duro delle prerogative della potestà pubblica, poiché la natura pubblica del rapporto tra il contribuente e la col-

lettività resta predominante. Dato che la Convenzione e i suoi Protocolli devono essere considerati congiuntamente. La Corte osserva altresì che l'articolo 1 del Protocollo n. 1, relativo alla protezione della proprietà, non porta pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per assicurare il pagamento delle imposte (vedi *mutatis mutandis*, la sentenza *Gasus Dosier – und Fördertechnik GmbH c. Paesi Bassi* del 23 febbraio 1995, serie A n. 306-E, pp. 48-49, par. 60). Senza dargli un'importanza decisiva, la Corte prende in considerazione questo elemento. La stessa ritiene che il contenzioso tributario non rientri nell'ambito dei diritti e obbligazioni di carattere civile malgrado gli effetti patrimoniali che necessariamente produce nei confronti dei contribuenti.

30. Il principio secondo il quale i concetti autonomi contenuti nella Convenzione devono essere interpretati alla luce delle condizioni di vita attuali nelle società democratiche, non autorizza la Corte ad interpretare l'articolo 6 par. 1 come se l'aggettivo «civile», con i limiti che l'aggettivo pone necessariamente alla categoria dei «diritti e obbligazioni» a cui si applica, non figurasse nel testo.

31. Pertanto, l'articolo 6 par. 1 non è applicabile nella fattispecie.

II. SUL MOTIVO RIGUARDANTE L'ARTICOLO 14 DELLA CONVENZIONE

Sull'ammissibilità

32. Il ricorrente lamenta inoltre di essere «perseguito dalla giustizia italiana» e invoca l'articolo 14 della Convenzione, che recita:

Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella (...) Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione.»

33. La Corte ricorda che una discriminazione è vietata dalla Convenzione solo quando vengono prese delle misure diverse nei confronti di persone che si trovano in situazioni equivalenti (vedi la sentenza del 23 luglio 1968 nel caso «linguistica belga», serie A n. 6, p. 33-34, par. 9-10).

34. Il ricorrente non ha chiarito quale sarebbe stata la violazione relativa a questo articolo. Pertanto, dato che questo motivo non è stato documentato, la Corte ritiene di non poter individuare alcuna violazione apparente di tale disposizione, che deve pertanto essere rigettato perché manifestamente infondato, in applicazione dell'articolo 35 par. 3 e 4 della Convenzione.

(omissis)

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, sez. 2^a, decisione sulla ammissibilità del ricorso n. 69789/01 presentato da Umberto Brusco contro l'Italia - Pres. C.L. Rozakis.

Diritti dell'uomo e libertà fondamentali - Obbligo degli Stati di riparare alla violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione - Diritto ad un processo equo e tempestivo - Esaurimento dei ricorsi interni - Data di riferimento per la proposizione del ricorso alla Corte europea dei diritti dell'Uomo.

Il ricorso introdotto dalla legge 24 marzo 2001, n. 89 rientra tra gli strumenti interni che permettono agli organi dello Stato convenuto di riparare alle inosservanze del principio della «durata ragionevole» dei processi posto dall'articolo 6 par. 1 della Convenzione.

L'esaurimento delle vie interne di ricorso si valuta normalmente alla data della presentazione del ricorso innanzi alla Corte europea dei diritti dell'Uomo. Tuttavia, tale regola presenta delle eccezioni che possono essere giustificate dalle circostanze particolari di ogni singolo caso. Tale è da ritenere la introduzione di un ricorso interno che supplisca alla assenza di un ricorso per garantire il rispetto dei diritti riconosciuti dalla Convenzione (1).

(omissis)

Motivo del ricorso

Invocando l'articolo 6 § 1 della Convenzione, il ricorrente lamenta la durata del procedimento penale a suo carico.

In diritto

Il ricorrente lamenta la durata del procedimento penale a suo carico. Egli invoca l'articolo 6 § 1 della Convenzione che, nelle parti pertinenti, recita:

«Ogni persona ha diritto che la sua causa sia esaminata (...) in un tempo ragionevole, da parte di un tribunale (...) che deciderà (... sul fondamento di ogni accusa in materia penale elevata contro di lei.»

La Corte deve anzitutto determinare se il ricorrente abbia esaurito, conformemente all'articolo 35 § 1 della Convenzione, le vie di ricorso disponibili nel diritto italiano.

(1) La decisione di inammissibilità in rassegna risolve unicamente un problema processuale e non valuta la legge 24 maggio 2001, n. 89 sotto il profilo della adeguatezza della medesima alla salvaguardia del diritto ad un processo equo e tempestivo.

È di rilievo la sottolineatura della finalità della legge Pinto di rendere efficace a livello interno il principio della «ragionevole durata», inserito nella Costituzione italiana dopo la riforma dell'articolo 111, in relazione alla affermazione che la regola dell'esaurimento delle vie di ricorso interno ha lo scopo di dare agli Stati contraenti la occasione di prevenire o riparare le violazioni addotte nei confronti degli stessi prima che tali casi siano sottoposti alla Corte.

Il meccanismo di salvaguardia creato dalla Convenzione riveste un carattere di sussidiarietà rispetto ai sistemi nazionali di tutela dei diritti umani, i quali devono quindi essere adeguati. La sentenza lascia in sospenso il giudizio sulla adeguatezza della soluzione italiana al problema.

Essa ricorda che la regola dell'esaurimento delle vie di ricorso ha lo scopo di dare agli Stati contraenti l'occasione per prevenire o riparare le violazioni addotte nei confronti degli stessi prima che tali casi siano sottoposti alla Corte (v. tra molte altre, la sentenza *Selmouni e/Francia* [GC], n. 25803/94, § 74, CEDU 1999-V). Tale regola si basa sull'ipotesi, oggetto dell'articolo 13 della Convenzione — e al quale essa è strettamente affine —, che l'ordine interno offre un ricorso effettivo riguardo alla violazione addotta (*ibidem*). In tal modo, essa costituisce un aspetto importante del principio secondo cui il meccanismo di salvaguardia creato dalla Convenzione riveste un carattere secondario rispetto ai sistemi nazionali di tutela dei Diritti dell'Uomo (sentenze *Akdivar* e altri *c/Turchia* del 16 settembre 1996. *Raccolta delle sentenze e delle decisioni* 1996-IV. 1210 § 65, e *Aksoy c/Turchia* del 18 dicembre 1996. *Raccolta* 1996-VI. 2275, § 51).

Tuttavia, le disposizioni dell'articolo 35 della Convenzione prevedono l'esaurimento unicamente delle vie di ricorso che siano relative alle violazioni incriminate, disponibili e adeguate. Tali vie di ricorso devono esistere ad un grado sufficiente di certezza non solo in teoria ma anche nella pratica, senza il quale mancano alle stesse l'efficacia e l'accessibilità volute (v., in particolare, le sentenze *Akdivar* e altri già citata. p. 1210, § 66, e *Dalia c/Francia* del 19 febbraio 1998. *Raccolta*, 1998-1, pp. 87-88. § 38). Inoltre, secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti, alcune circostanze particolari possono dispensare il ricorrente dall'obbligo di esaurire le vie di ricorso interne disponibili (sentenza *Selmouni* già citata, § 75). Tuttavia, la Corte sottolinea che il semplice fatto di avere dei dubbi relativamente alle prospettive di successo di un determinato ricorso che non sia evidentemente destinato all'insuccesso non costituisce un motivo valido per giustificare il mancato utilizzo delle vie di ricorso interne (sentenze *Akdivar*, già citata, p. 1212, § 71, e *Van Oosterwijck c/Belgio* del 6 novembre 1980, serie A n. 40, p. 18, § 37; v. anche *Koltsidas, Fountis, Androutsos* e altri *c/Grecia*, ricorsi n. 24962/1994, 25370/94 e 26303/95 (allegati), decisione della Commissione del 1° luglio 1996, Decisioni e Rapporti (DR) 86-B, pp. 83, 93).

Nella fattispecie, La Corte osserva anzitutto che il ricorrente può avvalersi della norma transitoria contenuta nell'articolo 6 della legge Pinto. Egli può pertanto presentare ricorso dinanzi alla Corte d'Appello.

La Corte rileva inoltre che la legge Pinto si propone, tra l'altro, di rendere efficace a livello interno il principio della «ragionevole durata» inserito nella Costituzione italiana dopo la riforma dell'articolo 111. Inoltre, come ha ricordato la Corte nella sentenza *Kudla e/Polonia* (sentenza del 26 ottobre 2000, § 152), il diritto di ciascuno a ottenere che la propria causa sia esaminata in un tempo ragionevole non può che essere meno effettivo se non esiste alcuna possibilità di rivolgersi in primo luogo ad un'autorità nazionale per sottoporle i motivi di ricorso legati a una violazione della Convenzione. È opportuno ricordare, inoltre, che nella sentenza in questione la Corte aveva concluso che vi era stata violazione dell'articolo 13 della Convenzione a causa dell'assenza, nel diritto polacco, di una via di ricorso che permettesse al ricorrente di veder tutelato il proprio diritto a ottenere che la sua causa fosse «esaminata in un tempo ragionevole» (sentenza *Kudla* già citata, §§ 132-160).

Per quanto riguarda l'efficacia di tale rimedio, è opportuno notare che, conformemente alla legge in questione, ogni persona che sia parte in un procedimento giudiziario ai sensi dell'articolo 6 § 1 della Convenzione può presentare un ricorso allo scopo di far constatare la violazione del principio della «ragionevole durata» e ottenere, se del caso, un'equa riparazione per il danno patrimoniale e non patrimoniale subito. Inoltre, come risulta dal paragrafo 2 dell'articolo 2 della legge, il giudice nazionale è chiamato, nella valutare la ragionevolezza della durata di un procedimento, ad applicare i principi risultanti dalla giurisprudenza della Corte, ossia la complessità della causa, il comportamento del ricorrente e quello delle autorità competenti (v., tra molte altre, le sentenze *Pélissier e Sassi c/Francia* [GC], n. 25444/94, § 67. CEDH 1999-II, e *Philis c/Grecia* (n. 2) del 27 maggio 1997. *Raccolta* 1997-IV. p. 1083. § 35). In tali circostanze, la Corte ritiene che nessun elemento dia motivo di ritenere che la via di ricorso introdotta dalla legge Pinto non offrisse al ricorrente la possibilità di riparare la violazione subita, o che la stessa non avesse alcuna prospettiva ragionevole di successo.

È vero che il presente ricorso è stato presentato prima dell'entrata in vigore della legge Pinto, e che di conseguenza nel momento in cui ha formulato per la prima volta il suo motivo di ricorso a Strasburgo il ricorrente non disponeva, nel diritto italiano, di alcuna via di ricorso efficace per contestare la durata del procedimento controverso.

Al riguardo, la Corte ricorda che l'esaurimento delle vie di ricorso interne si valuta normalmente alla data di presentazione del ricorso dinanzi alla stessa. Tuttavia, tale regola presenta delle eccezioni, che possono essere giustificate dalle circostanze particolari di ogni singolo caso (v. la sentenza *Baumann c/Francia* (terza sezione) del 22 maggio 2001, ricorso n. 33592/1996, § 47, non pubblicata).

La Corte ritiene che nella fattispecie numerosi elementi giustificano un'eccezione al principio generale secondo il quale la condizione dell'esaurimento delle vie di ricorso deve essere valutata al momento della presentazione del ricorso.

Essa osserva in particolare che le sempre più frequenti constatazioni di inosservanza, da parte dello Stato italiano, dell'esigenza della «durata ragionevole» l'aveva portata a concludere che l'accumulo di tali violazioni era costitutivo di una pratica incompatibile con la Convenzione, e ad attirare l'attenzione del Governo sul «notevole pericolo» che «l'eccessiva lentezza della giustizia» rappresenta per lo stato di diritto (v. le sentenze *Bottazzi c/Italia* [GC], n. 34884/1997, § 22 CEDU 1999-V, e *Di Mauro c/Italia* [GC], n. 34256/96, § 23, CEDU 1999-V). Inoltre, l'assenza di un ricorso efficace per denunciare la durata eccessiva dei procedimenti aveva obbligato le persone sottoposte a giudizio a presentare sistematicamente alla Corte di Strasburgo dei ricorsi che avrebbero potuto essere esaminati in un primo tempo e in maniera più adeguata nell'ambito del sistema giuridico italiano. Tale situazione rischiava, a lungo termine, di compromettere il funzionamento, sia sul piano nazionale che su quello internazionale, del sistema di salvaguardia dei diritti dell'uomo istituito dalla Convenzione (v., *mutatis mutandis*, la sentenza *Kudla* già citata. § 155).

La via di ricorso introdotta dalla legge Pinto rientra nella logica che consiste nel permettere agli organi dello Stato convenuto di riparare alle inosservanze del principio della «durata ragionevole» e di ridurre, di conseguenza, il numero di ricorsi che la Corte sarà chiamata a trattare. Ciò non vale solo per i ricorsi presentati prima della data di entrata in vigore della legge, ma anche per i ricorsi che, in tale data, erano già registrati presso la Corte.

Al riguardo, deve essere attribuita un'importanza particolare al fatto che la norma transitoria contenuta nell'articolo 6 della legge Pinto si riferisce esplicitamente ai ricorsi già presentati a Strasburgo e mira dunque a far ricadere nella competenza delle giurisdizioni nazionali ogni ricorso pendente dinanzi alla Corte e non ancora dichiarato ammissibile. Tale disposizione transitoria offre alle persone italiane sottoposte a giudizio una possibilità effettiva di ottenere una riparazione relativa al motivo del loro ricorso a livello interno, possibilità della quale esse, in linea di massima, devono avvalersi.

Alla luce di quanto sopra esposto, la Corte ritiene che il ricorrente fosse tenuto, ai sensi dell'articolo 35 § 1 della Convenzione, a presentare alla Corte d'Appello una domanda ai sensi degli articoli 3 e 6 della legge Pinto. Non si rileva inoltre alcuna circostanza eccezionale che dispensi dall'obbligo di esaurire le vie di ricorso interne.

Di conseguenza il ricorso deve essere respinto per mancato esaurimento delle vie di ricorso interne, in applicazione dell'articolo 35 §§ 1 e 4 della Convenzione.

Per questi motivi la Corte, all'unanimità,

Dichiara il ricorso inammissibile.

(omissis)

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Plenum*, 9 ottobre 2001, nella causa C-377/98 – *Pres. Rodriguez Iglesias – Rel. Puissechet – Avv. Gen. Jacobs – Regno dei Paesi Bassi, sostenuto da Repubblica Italiana e Regno di Norvegia c. Parlamento europeo, Consiglio dell'Unione europea, sostenuti da Commissione delle Comunità Europee.*

Protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche – Certezza del diritto – Obblighi di diritto internazionale degli Stati membri – Diritti fondamentali – Dignità della persona umana

Viene rigettato il ricorso proposto dal Regno dei Paesi Bassi con il quale si chiedeva l'annullamento della direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 6 luglio 1998, n. 98/44/CEE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche.

(omissis).

1. Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria della Corte il 19 ottobre 1998, il Regno dei Paesi Bassi ha chiesto, in forza dell'art. 173 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 230 CE), l'annullamento della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 luglio 1998, 98/44/CE, sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche (Gazzetta Ufficiale L 213, 13; in prosieguo: la «direttiva»).

2. Adottata in base all'art. 100 A del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 95 CE), la direttiva ha lo scopo di porre a carico degli Stati membri la protezione delle invenzioni biotecnologiche tramite il loro diritto nazionale dei brevetti, nel rispetto degli obblighi internazionali ad essi incombenti.

3. A tal fine, la direttiva precisa, in particolare, ciò che, tra le invenzioni aventi ad oggetto i vegetali, gli animali e il corpo umano, può o meno costituire oggetto del rilascio di un brevetto.

4. Il ricorrente rileva preliminarmente che esso agisce dietro espressa richiesta del Parlamento dei Paesi Bassi, tenuto conto dell'opposizione manifestatasi nei confronti delle manipolazioni genetiche riguardanti animali e piante e del rilascio di brevetti sui prodotti di processi biotecnologici in grado di favorire manipolazioni di tal genere.

5. Con ordinanza del presidente della Corte 28 aprile 1999, è stato autorizzato l'intervento della Commissione delle Comunità europee a sostegno delle conclusioni del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea. Con ordinanze del presidente della Corte 3 maggio 1999, sono stati autorizzati gli interventi della Repubblica italiana e del Regno di Norvegia a sostegno delle conclusioni del Regno dei Paesi Bassi.

Sulla ricevibilità dell'intervento del Regno di Norvegia.

6. Il Parlamento e il Consiglio allegano che la memoria depositata il 19 marzo 1999 dal Regno di Norvegia si limita a richiamare l'attenzione della Corte su alcuni problemi che potrebbero sorgere in sede di attuazione della direttiva nell'ambito dell'accordo sullo Spazio economico europeo (in prosieguo: l'«accordo SEE»), senza far proprie le conclusioni del ricorso e senza chiedere l'annullamento della direttiva. Tale atto non avrebbe pertanto natura di intervento a sostegno delle conclusioni del Regno dei Paesi Bassi e di conseguenza sarebbe irricevibile.

7. A tal proposito, l'art. 37 dello Statuto CE della Corte di giustizia dispone che le conclusioni dell'istanza di intervento possono avere come oggetto soltanto l'adesione alle conclusioni di una delle parti.

8. La memoria depositata dal governo norvegese ha lo scopo, come affermato nelle sue conclusioni, di segnalare che «diverse questioni sollevate dal governo dei Paesi Bassi nella sua domanda di annullamento della direttiva 98/44 potrebbero essere rilevanti al fine di determinare se la direttiva rientri nell'ambito dell'accordo SEE nonché nell'ottica dell'attuazione della direttiva nell'ambito dell'accordo SEE» e di invitare la Corte «a tenere nel debito conto gli argomenti illustrati» dal governo norvegese a tal proposito.

9. Anche se, letteralmente, lo scopo così descritto sembra diverso da quello cui può validamente mirare una memoria di intervento, è chiaro che l'intento del governo norvegese non era di aggiungere nuove conclusioni a quelle presentate dal ricorrente né di chiedere alla Corte di risolvere separate questioni, bensì di contribuire alla vittoria in giudizio del governo olandese, fornendo ulteriori lumi alla controversia.

10. Questa analisi trova conferma nella circostanza che tutti gli argomenti contenuti nella memoria del governo norvegese costituiscono una riproposta e, in taluni punti, uno sviluppo delle considerazioni presenti nel ricorso dei Paesi Bassi.

11. Occorre pertanto giudicare che, considerata globalmente e nel suo contesto, la memoria depositata dal Regno di Norvegia costituisce un intervento ricevibile a sostegno delle conclusioni del ricorrente.

Sui motivi del ricorso.

12. Il ricorrente formula sei motivi relativi, rispettivamente, alla scelta errata dell'art. 100 A del Trattato quale base giuridica della direttiva, alla violazione del principio di sussidiarietà, alla violazione del principio della certezza del diritto, alla violazione di obblighi di diritto internazionale, alla violazione del diritto fondamentale al rispetto della dignità della persona umana e ad un vizio di forma con riferimento all'adozione della proposta della Commissione.

Sul primo motivo.

13. Il ricorrente sostiene che la direttiva non rientra nell'ambito delle misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno ed è stata adottata erratamente in base all'art. 100 A del Trattato.

14. Infatti, in primo luogo, le divergenze tra le normative e le prassi degli Stati membri e il rischio di una loro accentuazione, segnalati dai considerando quinto e sesto della direttiva, i quali precisano che tali elementi creano ostacoli agli scambi, non esisterebbero o riguarderebbero solo aspetti secondari, che non giustificerebbero una misura di armonizzazione.

15. A tal proposito, occorre ricordare che il ricorso all'art. 100 A come fondamento giuridico è possibile al fine di prevenire l'insorgere di futuri ostacoli agli scambi dovuti allo sviluppo eterogeneo delle legislazioni nazionali, purché l'insorgere di tali ostacoli sia probabile e la misura di cui trattasi abbia ad oggetto la loro prevenzione (sentenze 13 luglio 1995, causa C-350/92, Spagna/Consiglio, *Racc.*, I-1985, punto 35, e 5 ottobre 2000, causa C-376/98, Germania/Parlamento e Consiglio, *Racc.*, I-8419, punto 86).

16. Orbene, da un lato, gli esempi forniti dal Parlamento e dal Consiglio bastano a dimostrare che, anche se le disposizioni legislative nazionali in materia anteriori alla direttiva sono quasi sempre mutate dalla convenzione di Monaco di Baviera 5 ottobre 1973, sulla concessione di brevetti europei (in prosieguo: la «CBE»), le interpretazioni divergenti che queste disposizioni consentono in merito alla brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche possono generare discordanze nella prassi e nella giurisprudenza, nefaste ai fini di un buon funzionamento del mercato interno.

17. Inoltre, al rischio di sviluppi divergenti si aggiunge il fatto che, nel momento in cui è stata adottata la direttiva, su numerosi aspetti specifici come la brevettabilità delle varietà vegetali e quella del corpo umano si erano già manifestate, tra taluni ordinamenti nazionali, divergenze evidenti e gravi di conseguenze.

18. D'altro canto, obbligando gli Stati membri a proteggere le invenzioni biotecnologiche tramite il loro diritto nazionale dei brevetti, la direttiva ha effettivamente lo scopo di prevenire i rischi per l'unicità del mercato interno che potrebbero derivare dal fatto che gli Stati membri decidano unilateralmente di concedere o negare siffatta protezione.

19. Il ricorrente sostiene tuttavia, in secondo luogo, che, se l'applicazione da parte degli Stati membri delle pertinenti disposizioni del diritto internazionale era fonte di incertezze sulla normativa applicabile, queste ultime avrebbero dovuto essere eliminate non mediante una misura comunitaria di armonizzazione, bensì grazie ad una rinegoziazione degli atti giuridici internazionali quali la CBE, per pervenire ad un chiarimento delle loro regole.

20. Questo argomento è infondato. Infatti, scopo di una misura di armonizzazione è di ridurre gli ostacoli al funzionamento del mercato interno costituiti dalla diversità di condizioni esistenti tra gli Stati membri, qualunque ne sia la causa. Se le divergenze derivano da un'interpretazione discordante, o che rischia di diventare tale, di nozioni contenute in atti giuridici internazionali cui aderiscono gli Stati membri, nulla vieta in linea di principio di ricorrere all'adozione di una direttiva quale strumento per assicurare un'interpretazione comune agli Stati membri di siffatte nozioni.

21. Inoltre, nella fattispecie, non sembra che un tal modo di procedere sia stato o incompatibile con il rispetto, da parte degli Stati membri, degli obblighi ad essi incombenti in forza della CBE, o inadatto a realizzare l'obiettivo dell'uniformità dei presupposti per la brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche.

22. Di conseguenza, nulla vietava al legislatore comunitario di far uso dello strumento dell'armonizzazione mediante direttiva invece di seguire un diverso percorso, più indiretto ed incerto, consistente nel ricercare una modifica del testo della CBE.

23. In terzo luogo, secondo il ricorrente, la direttiva non rispetterebbe i normali limiti contenutistici di una misura per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri dato che, in realtà, essa istituirebbe un titolo di proprietà nuovo, distinto sotto diversi aspetti dai titoli riconosciuti dall'attuale diritto dei brevetti. In particolare, oltre al fatto che essa riguarderebbe prodotti fino ad allora esclusi dalla brevettabilità in taluni Stati membri, come il Regno dei Paesi Bassi, la direttiva si distinguerebbe dal preesistente diritto dei brevetti per il fatto che, in forza degli artt. 8 e 9 della medesima, la protezione da essa prevista varrebbe non solo per determinati materiali biologici, ma anche per materiali biologici ottenuti a partire da questi ultimi mediante riproduzione o moltiplicazione, e in quanto, in virtù del suo art. 11, il diritto del titolare del brevetto sarebbe limitato nei confronti degli agricoltori.

24. Come già rilevato dalla Corte nel punto 59 del suo parere 15 novembre 1994, n. 1/1994 (*Racc.*, I-5267), la Comunità dispone in materia di proprietà intellettuale di una competenza di armonizzazione delle legislazioni nazionali in forza degli artt. 100 del Trattato CE (divenuto art. 94 CE) e 100 A del Trattato, e può basarsi sull'art. 235 del Trattato CE (divenuto art. 308 CE) per creare titoli nuovi che si sovrappongono ai titoli nazionali, come ha disposto con il regolamento (CE) del Consiglio 20 dicembre 1993, n. 40/1994, sul marchio comunitario (*Gazzetta Ufficiale* L 11, pag. 1).

25. Orbene, i brevetti di cui la direttiva prevede la concessione sono brevetti nazionali, rilasciati conformemente alle procedure applicabili negli Stati membri e che costituiscono validi strumenti di tutela in forza del diritto nazionale. Poiché la direttiva non ha come oggetto né come effetto quello di istituire un brevetto comunitario, essa non introduce un titolo nuovo, che presupporrebbe il ricorso alla base giuridica rappresentata dall'art. 235 del Trattato. Questa constatazione non è inficiata dal fatto che le invenzioni cui si fa riferimento non erano sino ad allora brevettabili in alcuni Stati membri – circostanza che giustificava proprio un'armonizzazione – né dalla circostanza che la direttiva introduce talune precisazioni e prevede alcune deroghe al diritto applicabile in materia di brevetti per quanto concerne la portata della protezione garantita.

26. Infine, in quarto luogo, il governo italiano, nel suo intervento a sostegno del ricorrente, deduce che la direttiva avrebbe dovuto essere adottata in base agli artt. 130 e 130 F del Trattato CE (divenuti artt. 157 CE e 163 CE), e non in base all'art. 100 A del Trattato, dato che, a suo parere, lo scopo principale della direttiva, quale evidenziato dai suoi tre primi considerando, sarebbe quello di sostenere lo sviluppo industriale della Comunità e la ricerca scientifica nel settore dell'ingegneria genetica.

27. È in funzione dell'oggetto principale di un atto che occorre determinare la base giuridica sul cui fondamento esso deve essere adottato (v. sentenza 17 marzo 1993, causa C-155/1991, Commissione/Consiglio, *Racc.*, I-939, punti 19-21). Anche se è pacifico, a tal proposito, che la direttiva persegue l'obiettivo di favorire la ricerca e lo sviluppo nell'ambito dell'ingegneria genetica nella Comunità europea, il modo con cui essa contribuisce a ciò consiste nel rimuovere gli ostacoli di ordine giuridico posti, nel mercato interno, dalle divergenze legislative e giurisprudenziali tra Stati membri che ostacolano e sbilanciano le attività di ricerca e di sviluppo in quest'ambito.

28. Il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri non costituisce pertanto uno scopo incidente o ausiliario della direttiva, bensì corrisponde alla sua stessa essenza. Alla luce di ciò, il fatto che essa persegua anche uno scopo rilevante ai fini degli artt. 130 e 130 F del Trattato non è tale da rendere inadeguato il ricorso all'art. 100 A del Trattato quale base giuridica della direttiva (v., per analogia, sentenza 29 marzo 1990, causa C-62/1988, Grecia/Consiglio, *Racc.*, I-1527, punti 18-20).

29. Da quanto precede risulta che la direttiva è stata giustamente adottata sul fondamento dell'art. 100 A del Trattato e che, di conseguenza, il primo motivo dev'essere respinto.

Sul secondo motivo

30. Il ricorrente sostiene che la direttiva viola il principio di sussidiarietà enunciato dall'art. 3 B del Trattato CE (divenuto art. 5 CE) e, in subordine, che essa non contiene una motivazione sufficiente per provare che questa previsione sia stata tenuta in considerazione.

31. Occorre ricordare che, ai sensi dell'art. 3B, secondo comma, del Trattato nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono quindi, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario.

32. L'obiettivo perseguito dalla direttiva, consistente nel garantire il buon funzionamento del mercato interno evitando, o meglio eliminando, talune divergenze tra le legislazioni e le prassi dei diversi Stati membri nell'ambito della protezione delle invenzioni biotecnologiche, non sarebbe stato raggiungibile con un'azione avviata a livello dei soli Stati membri. Poiché la portata di questa protezione ha effetti immediati sul commercio e, di conseguenza, sul commercio intracomunitario, è peraltro lampante che l'obiettivo di cui trattasi, viste le dimensioni e gli effetti dell'azione progettata, poteva essere realizzato meglio a livello comunitario.

33. Per quanto concerne la giustificazione dell'osservanza della sussidiarietà, essa è implicitamente ma incontestabilmente fornita nei considerando quinto, sesto e settimo della direttiva, i quali rilevano che, in mancanza di un intervento comunitario, lo sviluppo delle legislazioni e delle prassi nazionali osta al buon funzionamento del mercato interno. La direttiva appare pertanto sufficientemente motivata su tale punto.

34. Di conseguenza, il secondo motivo dev'essere respinto.

Sul terzo motivo

35. Secondo il ricorrente, la direttiva, invece di contribuire ad eliminare le incertezze di carattere normativo segnalate nei suoi considerando, tende ad aggravarle, violando così il principio della certezza del diritto. Infatti, da un lato, essa riconoscerebbe in capo alle autorità nazionali competenze discrezionali per l'attuazione di nozioni formulate in termini generici ed equivoci, come quelle di ordine pubblico e di buon costume, contenute nel suo art. 6. Dall'altro, nella direttiva coesisterebbero disposizioni poco chiare e correlate in maniera ambigua, in particolare per quanto concerne la brevettabilità delle varietà vegetali, oggetto dell'art. 4, nn. 1 e 2, degli artt. 8 e 9, nonché dei 'considerando trentunesimo e trentaduesimo della direttiva.

36. Occorre esaminare separatamente ciascuno dei due addebiti specifici dedotti dal ricorrente a sostegno del suo argomento relativo alla violazione del principio della certezza del diritto.

37. Per quanto concerne, in primo luogo, l'art. 6 della direttiva, il quale esclude la brevettabilità delle invenzioni il cui sfruttamento commerciale è contrario all'ordine pubblico o al buon costume, è pacifico che questa disposizione concede alle autorità amministrative e ai giudici degli Stati membri un ampio margine di manovra in sede di attuazione di questo criterio di esclusione.

38. Tuttavia, il detto margine di manovra è necessario per tener conto delle difficoltà specifiche che può suscitare lo sfruttamento di alcuni brevetti nel contesto sociale e culturale proprio di ogni Stato membro, contesto che le autorità nazionali, legislative, amministrative e giudiziarie possono valutare meglio dell'autorità comunitaria. Una clausola del genere, che consente di non rilasciare brevetti in caso di minaccia per l'ordine pubblico o il buon costume, è del resto classica nel diritto dei brevetti ed è contenuta, in particolare, negli atti giuridici internazionali in materia, come la CBE.

39. Inoltre, il margine di manovra concesso agli Stati membri non è discrezionale poiché la direttiva delimita queste nozioni, da un lato, precisando che il mero divieto di fonte legale o regolamentare non rende contrario all'ordine pubblico o al buon costume lo sfruttamento commerciale di un'invenzione e, dall'altro, citando quattro esempi di procedimenti e di utilizzazioni non brevettabili. In tal modo, il legislatore comunitario fornisce una guida per l'uso delle nozioni di cui trattasi, che costituisce un caso unico nell'ambito del diritto generale dei brevetti.

40. Infine, una direttiva non può essere considerata contraria al principio della certezza del diritto quando essa fa rinvio, per i presupposti della sua attuazione, a nozioni proprie del diritto degli Stati membri precisandone, come nella fattispecie, la portata ed i limiti e quando essa tiene conto, a tal fine, della specificità della materia in oggetto.

41. L'art. 6 della direttiva non è pertanto tale da aggravare la situazione di incertezza legislativa cui tale atto intende rimediare.

42. Per quanto concerne, in secondo luogo, la brevettabilità delle varietà vegetali, l'esame delle disposizioni richiamate nel ricorso non consente di giudicarle incoerenti.

43. Infatti, come spiegato nelle memorie difensive del Parlamento e del Consiglio, l'art. 4 della direttiva dispone che un brevetto non può essere concesso per una varietà vegetale ma può esserlo per un'invenzione la cui fattibilità tecnica non sia limitata ad una determinata varietà vegetale.

44. Questa distinzione trova la sua spiegazione nei considerando ventinovesimo-trentaduesimo della direttiva, dai quali si evince che le varietà vegetali sono oggetto, di per sé, della legislazione relativa alla protezione dei ritrovati vegetali, ma che la detta protezione vale solo per varietà le cui caratteristiche siano determinate in base all'intero loro genoma. Per insiemi

vegetali di classe tassonomica superiore alla varietà, caratterizzati da un gene determinato e non dal loro intero genoma, non c'è rischio di conflitti tra la legislazione sui ritrovati e la legislazione sul brevetto. Pertanto, invenzioni che contengano soltanto un gene e riguardino un insieme più ampio di una sola varietà vegetale possono essere brevettate.

45. Da ciò discende che una modificazione genetica di una determinata varietà vegetale non è brevettabile, mentre può esserlo una modificazione di portata più ampia che riguardi, per esempio, una specie.

46. Per quanto concerne gli artt. 8 e 9 della direttiva, essi non hanno ad oggetto il principio della brevettabilità, bensì l'ampiezza della protezione attribuita dal brevetto. Secondo queste disposizioni, la protezione è valida per tutti i materiali biologici ottenuti mediante riproduzione o moltiplicazione a partire dal materiale biologico contenente l'informazione brevettata. La protezione concessa dal brevetto può pertanto estendersi ad una varietà vegetale, senza che però quest'ultima sia brevettabile.

47. L'art. 12 della direttiva mira infine a regolare, mediante un sistema di licenze obbligatorie, i casi in cui lo sfruttamento di un brevetto rilasciato per un'invenzione biotecnologica possa ledere una precedente privativa su un ritrovato vegetale, e viceversa.

48. Pertanto, le due censure dedotte dal ricorrente per dimostrare l'incertezza normativa che deriverebbe dalla direttiva non sono in grado di giustificare l'annullamento di quest'ultima.

49. Di conseguenza, il terzo motivo dev'essere respinto.

Sul quarto motivo

50. Il ricorrente allega che gli obblighi istituiti dalla direttiva in capo agli Stati membri sono incompatibili con quelli derivanti dai loro impegni internazionali, laddove invece, a norma dell'art. 1, n. 2, della medesima, la direttiva non pregiudica gli obblighi derivanti da accordi internazionali. La direttiva violerebbe, in particolare, l'accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (in prosieguo: l'«accordo ADPIC» – in inglese: il «TRIPS» -), che compare quale allegato 1C dell'accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio (in prosieguo: l'«accordo OMC»), approvato a nome della Comunità europea, per le materie di sua competenza, mediante la decisione del Consiglio 22 dicembre 1994, 94/19800/CE (*Gazzetta Ufficiale* L 336, pag. 1), l'accordo sugli ostacoli tecnici agli scambi (in prosieguo: l'«accordo OTS»), che compare nell'allegato 1A dell'accordo OMC, la CBE e la convenzione di Rio de Janeiro 5 giugno 1992, sulla diversità biologica (in prosieguo: la «CDB»), approvata a nome della Comunità europea mediante la decisione del Consiglio 25 ottobre 1993, 93/626/CEE (*Gazzetta Ufficiale* L 309, pag. 1).

51. In via principale, il Parlamento e il Consiglio allegano che la CBE non istituisce obblighi per la Comunità, che non vi ha aderito. Per quanto concerne gli altri tre atti giuridici internazionali richiamati, il Consiglio

afferma che la legittimità di un atto comunitario potrebbe essere messa in dubbio per violazione di accordi internazionali ai quali la Comunità abbia aderito solo qualora le disposizioni di questi accordi fossero direttamente applicabili. Orbene, ciò non avverrebbe nella fattispecie.

52. È pacifico che, in linea di principio, la legittimità di un atto comunitario non dipende dalla sua conformità a una convenzione internazionale alla quale la Comunità non abbia aderito, quale la CBE. La sua legittimità non può nemmeno essere valutata alla luce di atti di diritto internazionale che, come l'accordo OMC e gli accordi ADPIC e OTS che ne fanno parte, non figurano in linea di principio, tenuto conto della loro natura e della loro economia, tra le normative alla luce delle quali la Corte controlla la legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie (sentenza 23 novembre 1999, causa C-149/1996, Portogallo/Consiglio, *Racc.*, I-8395, punto 47).

53. Ma conclusioni analoghe non possono essere considerate valide per la CDB la quale, a differenza dell'accordo OMC, non è strettamente fondata sul principio della reciproca convenienza (v. sentenza Portogallo/Consiglio, citata, punti 42-46).

54. Anche ipotizzando che, come sostiene il Consiglio, questo accordo contenga disposizioni non direttamente applicabili, nel senso che esse non creerebbero diritti che i privati possano far valere direttamente in giudizio, questa circostanza non costituirebbe un ostacolo al controllo da parte del giudice dell'osservanza degli obblighi incombenti alla Comunità in qualità di parte aderente al detto accordo (v. sentenza 16 giugno 1998, causa C-162/1996, Racke, *Racc.*, I-3655, punti 45, 47 e 51).

55. Inoltre, e comunque, il motivo di ricorso dev'essere interpretato come una censura non tanto di una violazione diretta da parte della Comunità dei suoi obblighi internazionali, quanto piuttosto dell'obbligo che sarebbe imposto agli Stati membri, dalla direttiva, di violare i loro specifici obblighi di diritto internazionale, quando invece la direttiva, in base al suo stesso dettato, non dovrebbe incidere sui detti obblighi.

56. Almeno per questa ragione, il motivo è ricevibile.

57. Nel merito, il ricorrente allega, in primo luogo, che l'art. 27, n. 3, lett. b), dell'accordo ADPIC lascia agli Stati aderenti il potere di escludere dalla brevettabilità i vegetali e gli animali tranne i microrganismi, mentre la direttiva priva gli Stati membri del detto potere.

58. A tal riguardo basta rilevare che, benché la direttiva privi realmente gli Stati membri del potere di scelta che l'accordo ADPIC offre ai partecipanti a questo accordo per quanto concerne la brevettabilità dei vegetali e degli animali, l'opzione accolta nell'art. 4 della direttiva è di per sé compatibile con l'accordo il quale, inoltre, non vieta ad alcuni Stati aderenti di adottare una posizione comune al fine della sua applicazione. Compiere in comune una scelta consentita da un atto internazionale al quale gli Stati membri abbiano aderito costituisce un'operazione che rientra nell'ambito del ravvicinamento delle legislazioni di cui all'art. 100 A del Trattato.

59. In secondo luogo, la direttiva conterrebbe regolamenti tecnici ai sensi dell'accordo OTS, che avrebbero dovuto essere notificati al segretariato dell'Organizzazione mondiale del commercio.

60. È certo in ogni caso che la direttiva non contiene nessun regolamento tecnico ai sensi dell'accordo OTS, dato che un regolamento del genere è definito dall'allegato 1 all'accordo OTS come un documento che definisce le caratteristiche di un prodotto o i relativi processi e metodi di produzione. Di conseguenza, non è nemmeno necessario pronunciarsi sulla questione, in che misura la tutela giuridica delle invenzioni biotecnologiche possa rientrare nella sfera di applicazione dell'accordo OTS.

61. Il ricorrente allega, in terzo luogo, che l'art. 6, n. 1, della direttiva, il quale esclude dalla brevettabilità le invenzioni «il cui sfruttamento commerciale è contrario all'ordine pubblico o al buon costume», sarebbe incompatibile con l'art. 53 della CBE, il quale esclude dalla brevettabilità le invenzioni «la cui pubblicazione o la cui attuazione sarebbe contraria all'ordine pubblico o al buon costume». La differenza nei termini utilizzati inciderebbe sugli obblighi che la CBE impone agli Stati membri, in violazione dell'art. 1, n. 2, della direttiva.

62. Tuttavia, il ricorrente non spiega assolutamente in che modo la redazione leggermente diversa utilizzata su questo punto dalla direttiva, e ispirata al dettato dell'art. 27, n. 2, dell'accordo ADPIC, imponga agli Stati membri, per conformarsi agli obblighi ad essi incombenti in forza della direttiva, di violare gli obblighi loro derivanti dalla CBE. In mancanza di esempi concreti forniti in senso contrario, sembra ragionevole ritenere che la contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume sia oggetto di analogo accertamento in relazione ad una medesima invenzione, sia che ci si basi sulla sua pubblicazione quanto sulla sua attuazione o sul suo sfruttamento commerciale.

63. In quarto e ultimo luogo il ricorrente, e ancor più il governo norvegese che interviene in suo sostegno, allegano che lo scopo stesso della direttiva, che è di rendere brevettabili le invenzioni biotecnologiche in tutti gli Stati membri, si porrebbe in contrasto con l'equa ripartizione dei vantaggi derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche, che è uno degli obiettivi della CDB.

64. Tuttavia, i rischi paventati dal ricorrente e dalla parte interveniente sono espressi in termini ipotetici e non risultano direttamente dalle disposizioni della direttiva ma, al massimo, dall'uso che se ne potrebbe fare.

65. In realtà, non può considerarsi comprovato, in mancanza di una dimostrazione che non è stata fornita nella fattispecie, che la mera circostanza di proteggere mediante brevetto invenzioni biotecnologiche abbia come conseguenza, secondo quanto è stato sostenuto, di privare i paesi in via di sviluppo della capacità di controllare le loro risorse biologiche e di far ricorso alle loro conoscenze tradizionali, così come di favorire la monocultura o di scoraggiare gli sforzi nazionali e internazionali di preservazione della biodiversità.

66. Inoltre, benché l'art. 1 della CDB enunci come obiettivo la ripartizione giusta ed equa dei vantaggi derivanti dallo sfruttamento delle risorse genetiche, mediante, tra l'altro, un accesso adeguato alle risorse genetiche e un trasferimento opportuno delle tecnologie pertinenti, esso precisa che ciò dev'essere realizzato tenendo conto di tutti i diritti su tali risorse e tecnologie. Nessuna clausola della CDB impone, in particolare, di porre in rilievo la presa in considerazione degli interessi dei paesi d'origine delle risorse genetiche, o l'esistenza di misure volte al trasferimento di tecniche, tra le condizioni per il rilascio di un brevetto avente ad oggetto invenzioni biotecnologiche.

67. Per quanto concerne infine l'ostacolo che la direttiva potrebbe rappresentare nell'ambito della cooperazione internazionale necessaria per realizzare gli obiettivi della CDB, occorre ricordare che, in forza dell'art. 1, n. 2, della direttiva, gli Stati membri hanno il dovere di applicare quest'ultima nel rispetto degli obblighi da essi assunti per quanto concerne, in particolare, la diversità biologica.

68. Da quanto precede deriva che il quarto motivo dev'essere respinto.

Sul quinto motivo

69. Secondo il ricorrente, la brevettabilità di elementi isolati dal corpo umano, ex art. 5, n. 2, della direttiva, equivarrebbe ad una strumentalizzazione del materiale umano vivente, lesiva della dignità dell'essere umano. Inoltre, la mancanza di clausole che impongano una verifica del consenso del donatore o del ricevente di prodotti ottenuti mediante processi biotecnologici minaccerebbe il diritto all'autodeterminazione delle persone.

70. Spetta alla Corte, in sede di verifica della conformità degli atti delle istituzioni ai principi generali del diritto comunitario, di vigilare sul rispetto del diritto fondamentale alla dignità umana ed all'integrità della persona.

71. Per quanto riguarda il rispetto dovuto alla dignità umana, in linea di principio esso è garantito dall'art. 5, n. 1, della direttiva, il quale vieta che il corpo umano, nei vari stadi della sua costituzione e del suo sviluppo, possa costituire un'invenzione brevettabile.

72. Per quanto concerne gli elementi del corpo umano, nemmeno essi sono di per sé brevettabili e la loro scoperta non può costituire oggetto di una protezione. Possono costituire oggetto di una domanda di brevetto soltanto le invenzioni che associno un elemento naturale a un processo tecnico che consenta di isolarlo o di produrlo ai fini di un suo sfruttamento industriale.

73. Pertanto, come affermato nei considerando ventesimo e ventunesimo della direttiva, un elemento del corpo umano può far parte di un prodotto tutelabile mediante brevetto ma non può, nel suo ambiente naturale, essere oggetto di nessuna appropriazione.

74. Questa distinzione si applica al caso di attività di ricerca relative alla sequenza o alla sequenza parziale del patrimonio genetico umano. I risultati di tali attività possono comportare il rilascio di un brevetto solo se

la domanda sia accompagnata, da un lato, da una descrizione del metodo originale di mappatura che ha permesso l'invenzione e, dall'altro, di un'indicazione dell'applicazione industriale cui siano finalizzate tali attività, così come precisato dall'art. 5, n. 3, della direttiva. In mancanza di siffatta applicazione, ci si troverebbe in presenza infatti non di un'invenzione, bensì della scoperta di una sequenza di ADN che non sarebbe brevettabile come tale.

75. Pertanto, la protezione prevista dalla direttiva riguarda solo il risultato di un'attività di lavoro inventiva, scientifica o tecnica, e arriva a comprendere dati biologici esistenti allo stato di natura nell'essere umano solo in quanto necessari alla realizzazione e allo sfruttamento di una specifica applicazione industriale.

76. Un'ulteriore protezione è fornita dall'art. 6 della direttiva, il quale indica come contrari all'ordine pubblico o al buon costume, e per tale ragione esclusi dalla brevettabilità, i procedimenti di clonazione di esseri umani, i procedimenti di modificazione dell'identità genetica germinale dell'essere umano e le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali. Il trentottesimo 'considerando della direttiva precisa che questo elenco non è tassativo e che tutti i procedimenti la cui applicazione leda la dignità umana devono essere esclusi anch'essi dalla brevettabilità.

77. Da queste disposizioni deriva che, per quanto concerne il materiale vivente di origine umana, la direttiva delimita il diritto dei brevetti in modo sufficientemente rigoroso affinché il corpo umano resti effettivamente indisponibile ed inalienabile e che venga così salvaguardata la dignità umana.

78. La seconda parte del motivo è incentrata sul diritto all'integrità della persona, ivi comprendendo, nell'ambito della medicina e della biologia, il libero e consapevole consenso del donatore e del ricevente.

79. È tuttavia giocoforza constatare che il richiamo a questo diritto fondamentale è ininfluenza nei confronti di una direttiva che riguarda soltanto la concessione dei brevetti e la cui sfera di applicazione non si estende di conseguenza alle operazioni anteriori e posteriori al detto rilascio, a prescindere dal fatto che si tratti della ricerca o dello sfruttamento dei prodotti brevettati.

80. La concessione di un brevetto non pregiudica eventuali limitazioni o divieti legali riguardanti la ricerca di prodotti brevettabili o lo sfruttamento di prodotti brevettati, così come ricordato nel quattordicesimo 'considerando della direttiva. Scopo della direttiva non è quello di sostituirsi alle disposizioni restrittive che garantiscono, al di fuori della sfera di applicazione della direttiva, il rispetto di taluni principi etici tra i quali rientra il diritto alla consapevole autodeterminazione delle persone.

81. Di conseguenza, il quinto motivo dev'essere respinto.

Sul sesto motivo

82. Il ricorrente allega infine che la direttiva sarebbe affetta da un vizio di forma, poiché non conterrebbe nessuna menzione la quale garantisca che la proposta della Commissione sia stata effettivamente adottata collegialmente ed in base ad un testo redatto nelle lingue ufficiali.

83. Il Consiglio reputa irricevibile questo motivo, in quanto il ricorrente non precisa se esso riguardi la proposta iniziale o la proposta modificata della Commissione e non fornisce nessun elemento a sostegno della detta censura.

84. Tuttavia, dal momento che la direttiva richiama, in sede di preambolo, «la proposta della Commissione», rinviando, nella nota in calce, alla Gazzetta ufficiale delle Comunità europee dell'8 ottobre 1996 ed a quella dell'11 ottobre 1997, occorre ritenere che il motivo riguardi sia la proposta di direttiva della Commissione 25 gennaio 1996, 96/C 296/03 (*Gazzetta Ufficiale* 1996, C 296, pag. 4), sia la proposta modificata di direttiva della Commissione 29 agosto 1997, 97/C 311/05 (*Gazzetta Ufficiale* 1997, C 311, pag. 12). Il motivo inoltre è tanto preciso da consentire alla Corte di comprenderne la portata.

85. Poiché la Commissione ha fornito, in sede d'intervento, alcune indicazioni che consentono di accertare che il principio di collegialità e il regime linguistico applicabile alle sue deliberazioni erano stati rispettati, il ricorrente ha precisato che il suo motivo non riguardava una violazione del principio di collegialità in sé e per sé, bensì la mancanza, nel testo della direttiva, di giustificazioni esplicite dell'osservanza del detto principio.

86. A tal proposito, l'obbligo di motivazione delle direttive derivante dall'art. 190 del Trattato CE (divenuto art. 253 CE) non impone che i riferimenti alle proposte ed ai pareri, menzionati dal medesimo articolo, contengano l'illustrazione delle circostanze di fatto che consentano di stabilire che ciascuna istituzione intervenuta nell'iter legislativo abbia rispettato le proprie regole di procedura.

87. Inoltre, un'istituzione avrebbe ragione di chiedere informazioni a tal riguardo solo nel caso in cui esista un dubbio serio sulla regolarità della procedura svoltasi prima del suo intervento. Ebbene, non è dimostrato e nemmeno asserito che, nella fattispecie, il Parlamento o il Consiglio abbiano avuto motivi validi di ritenere che la deliberazione della Commissione sulla sua proposta fosse irregolare.

88. Di conseguenza, il sesto motivo dev'essere respinto, così come il ricorso nella sua integralità.

(omissis)

LA CORTE dichiara e statuisce: 1) Il ricorso è respinto. *(omissis)*.

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Plenum*, 20 novembre 2001, nelle cause riunite 414, 415, 416/1999 – Pres. Rodríguez Iglesias – Rel. Gulmann – Avv. Gen. Stix-Hackl – Domande di pronuncia pregiudiziale proposte dalla High Court of Justice (England and Wales) nelle cause Davidoff SA e Levi Strauss c. Tesco Stores – Interv.: Governi tedesco, francese, italiano (avv. Stato Fiumara), finlandese e svedese, Commissione delle C.E. (ag. Banks) c. Organo di Vigilanza EFTA.

Comunità europee – Libera circolazione delle merci – Tutela della proprietà industriale e commerciale – Diritto di marchio – Esaurimento – Immissione in commercio al di fuori dello spazio economico europeo (SEE) – Reimpostazione all'interno del SEE – Consenso del titolare del marchio – Necessità di un consenso espresso o tacito – Prescrizione di consenso – Inapplicabilità.

(Trattato CEE, artt. 28 e 30; direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988 n. 89/104/CEE; accordo sullo spazio economico europeo 2 maggio 1992).

1) *L'art. 7, n. 1, della prima direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, 89/104/CEE, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri in materia di marchi d'impresa, come modificata dall'Accordo sullo spazio economico europeo 2 maggio 1992, dev'essere interpretato nel senso che il consenso del titolare di un marchio a una messa in commercio all'interno dello Spazio economico di prodotti contrassegnati con questo marchio che siano stati precedentemente messi in commercio al di fuori dello Spazio economico europeo da questo titolare o con il suo consenso può essere tacito, quando è desumibile da elementi e circostanze anteriori, concomitanti o posteriori all'immissione in commercio al di fuori dello Spazio economico europeo le quali, valutate dal giudice nazionale, esprimano con certezza una rinuncia del titolare al proprio diritto di opporsi a un'immissione in commercio all'interno dello Spazio economico europeo.* 2) *Un consenso tacito non può risultare: – da una mancata comunicazione, da parte del titolare del marchio, a tutti gli acquirenti successivi dei prodotti immessi in commercio al di fuori dello Spazio economico europeo, della sua opposizione a una messa in commercio all'interno dello Spazio economico europeo; – da una mancata indicazione, sui prodotti, di un divieto di messa in commercio all'interno dello Spazio economico europeo; – dalla circostanza che il titolare del marchio abbia ceduto la proprietà dei prodotti contrassegnati con il marchio senza imporre restrizioni contrattuali e che, in base alla legge applicabile al contratto, il diritto di proprietà ceduto comprenda, in mancanza di siffatte restrizioni, un diritto illimitato di rivendita o, quanto meno, un diritto di vendere successivamente i prodotti all'interno dello Spazio commerciale europeo;* 3) *È irrilevante, per quanto concerne l'esaurimento del diritto esclusivo del titolare del marchio, il fatto: – che l'operatore il quale importa prodotti contrassegnati con il marchio sia all'oscuro dell'opposizione del titolare alla loro immissione in commercio all'interno dello Spazio economico europeo o alla loro messa in com-*

mercio su tale mercato da parte di operatori diversi dai rivenditori autorizzati, oppure – che i rivenditori e i grossisti autorizzati non abbiano imposto ai propri acquirenti restrizioni contrattuali che riproducessero siffatta opposizione, benché essi ne fossero stati informati da parte del titolare del marchio. (1)

(omissis)

1. – Con ordinanza 24 giugno 1999 (causa C-414/1999) e con due ordinanze 22 luglio 1999 (cause C-415/1999 e C-416/1999), giunte alla Corte il 29 ottobre successivo, la High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division (Patent Court) (Tribunale di secondo grado d'Inghilterra e del Galles in materia di brevetti), ha proposto, in osservanza dell'art. 234 CE, sei questioni pregiudiziali, nella prima causa, e tre questioni pregiudiziali identiche, in ciascuna delle altre due cause, vertenti sull'interpretazione dell'art. 7 della prima direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, 89/104/CEE, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa (*Gazzetta Ufficiale* 1989, L 40, pag. 1), come modificata dall'Accordo sullo Spazio economico europeo 2 maggio 1992 (*Gazzetta Ufficiale* 1994, L 1, pag. 3: in prosieguo: la «direttiva»).

(1) La sentenza completa e chiarisce le statuizioni, entrambe nella sentenza 16 luglio 1998, nella causa C-355/1996, *Silhouette International Schmied*, pubbl. in *questa Rassegna*, 1998, I, 360.

Negli artt. 5 e 7 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, 89/104/CEE, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi di impresa, come modificata dall'accordo sullo spazio economico europeo 2 maggio 1992 il legislatore comunitario ha consacrato la regola dell'esaurimento comunitario, vale a dire quella in forza della quale il diritto attribuito dal marchio non consente al suo titolare di vietare l'uso del medesimo per prodotti messi in commercio nel SEE con questo marchio da esso stesso o con il suo consenso. Adottando tali disposizioni, il legislatore comunitario non ha lasciato agli Stati membri la possibilità di stabilire nel loro diritto nazionale l'esaurimento del diritto conferito dal marchio per prodotti posti in commercio in paesi terzi. L'effetto della direttiva è pertanto quello di limitare l'esaurimento del diritto attribuito al titolare del marchio ai soli casi in cui i prodotti siano immessi in commercio nel SEE e di permettere al titolare di vendere i suoi prodotti al di fuori di questa zona senza che questa messa in commercio esaurisca i suoi diritti all'interno del SEE. Precisando che l'immissione sul mercato al di fuori del SEE non esaurisce il diritto del titolare d'impedire l'importazione di tali prodotti effettuata senza il suo consenso, il legislatore comunitario ha così permesso al titolare del marchio di controllare la prima immissione sul mercato nel SEE dei prodotti contrassegnati dal marchio.

Mediante le sue questioni pregiudiziali, il giudice britannico mirava principalmente a conoscere in quale circostanza si possa ritenere che il titolare di un marchio abbia acconsentito, direttamente o indirettamente, a che terzi, proprietari attuali di prodotti contrassegnati con questo marchio e immessi in commercio al di fuori del SEE dal titolare o con il suo consenso, importino i detti prodotti e li mettano in commercio all'interno del SEE.

Le risposte alla Corte sono state nette e precise. Il consenso del titolare del diritto di marchio per poter produrre l'esaurimento può essere espresso o anche solo tacito, ma spetta all'operatore che fa richiamo all'esistenza di un tale consenso produrne la prova e non al titolare del marchio di dimostrarne la mancanza. E quanto alla tutela dei diritti dei terzi che intendano importare nel SEE i prodotti pur legittimamente acquistati fuori dello spazio stesso, se e in quanto il consenso del titolare non risulti dal suo stesso silenzio, l'eventuale manifestazione di un divieto di vendita all'interno del SEE, alla quale il titolare non è tenuto, e a maggior ragione la ripetizione di questo divieto in uno o più contratti conclusi nella catena di distribuzione non costituiscono la condizione per la conservazione del suo diritto esclusivo.

2. – Tali questioni sono sorte nell'ambito di tre controversie tra due titolari di marchi registrati nel Regno Unito ed un concessionario di marchio, da un lato, e quattro società di diritto inglese, dall'altro, in merito alla vendita nel Regno Unito di prodotti precedentemente immessi in commercio al di fuori dello Spazio economico europeo.

(omissis)

SULLE QUESTIONI RELATIVE ALL'ART. 7, N. 1, DELLA DIRETTIVA
Osservazioni preliminari.

30. Occorre osservare nella causa C-414/1999, le questioni sono sollevate con riferimento a prodotti immessi in commercio nella Comunità mentre, nelle cause C - 415/1999 e C-416/1999, esse lo sono con riferimento a prodotti immessi in commercio all'interno del SEE, ossia tenuto conto della modifica apportata all'art. 7, n. 1, della direttiva 89/104 dell'Accordo sul SEE.

31. Dato che il contenuto delle risposte da dare non muta, per gli Stati membri della Comunità, a seconda che si tratti dell'una o dell'altra situazione, nel prosieguo della presente sentenza i farà riferimento a un'immissione in commercio nel SEE.

32. Occorre parimenti ricordare che, negli artt. 5 e 7 della direttiva, il legislatore comunitario ha consacrato la regola dell'esaurimento comunitario, vale a dire quella in forza della quale il diritto attribuito dal marchio non consente al suo titolare di vietare l'uso del medesimo per prodotti messi in commercio nel SEE con questo marchio da esso stesso o con il suo consenso. Adottando tali disposizioni, il legislatore comunitario non ha lasciato agli Stati membri la possibilità di stabilire nel loro diritto nazionale l'esaurimento del diritto conferito dal marchio per prodotti posti in commercio in paesi terzi (sentenza 16 luglio 1998, causa C-355/1996. *Silhouette International Schmied, Racc.*, 1-4799, punto 26).

33. L'effetto della direttiva è pertanto quello di limitare l'esaurimento del diritto attribuito al titolare del marchio ai soli casi in cui i prodotti siano immessi in commercio nel SEE e di permettere al titolare di vendere i suoi prodotti al di fuori di questa zona senza che questa messa in commercio esaurisca i suoi diritti all'interno del SEE. Precisando che l'immissione sul mercato al di fuori del SEE non esaurisce il diritto del titolare d'impedire l'importazione di tali prodotti effettuata senza il suo consenso, il legislatore comunitario ha così permesso al titolare del marchio di controllare la prima immissione sul mercato nel SEE dei prodotti contrassegnati dal marchio (sentenza 1 . luglio 1999, causa C-173/1998, *Sebago e Maison Dubois, Racc.*, 1-4103, punto 21).

34. Mediante le sue questioni pregiudiziali, il giudice nazionale mira principalmente a conoscere in quale circostanza si possa ritenere che il titolare di un marchio abbia acconsentito, direttamente o indirettamente, a che terzi, proprietari attuali di prodotti contrassegnati con questo marchio e immessi in commercio al di fuori del SEE dal titolare o con il suo consenso, importino i detti prodotti e li mettano in commercio all'interno del SEE.

Sulla possibilità di un consenso tacito del titolare di un marchio a una messa in commercio all'interno del SEE

35. Con la prima questione posta in ciascuna delle cause da C-414/1999 a C-416/1999, il giudice nazionale chiede in sostanza se l'art. 7. n. 1, della direttiva debba essere interpretato nel senso che il consenso del titolare di un marchio a una messa in commercio all'interno del SEE di prodotti contrassegnati con questo marchio che siano stati precedentemente messi in commercio al di fuori del SEE da questo titolare o con il suo consenso debba essere espresso o se possa anche essere tacito.

36. Tale questione mira pertanto a far precisare le forme di manifestazione del consenso del titolare del marchio a un'immissione in commercio nel SEE.

37. La risposta a una siffatta questione presuppone che si determini preliminarmente se, in considerazione di circostanze quali quelle della fattispecie principale, la nozione di «consenso» utilizzata nell'art. 7. n. 1, della direttiva debba essere interpretata uniformemente nell'ordinamento giuridico comunitario.

38. Il governo italiano ritiene che, in caso di messa in commercio al di fuori del SEE, non sussista mai un esaurimento del marchio come conseguenza di una disposizione comunitaria, poiché siffatto esaurimento non è previsto dalla direttiva. La questione relativa all'esistenza di un consenso espresso o tacito a una reimportazione all'interno del SEE andrebbe riferita non al consenso all'esaurimento, di cui all'art. 7. n. 1, della direttiva, bensì ad un atto di disposizione avente ad oggetto il diritto di marchio, che rientrerebbe nell'ambito del diritto nazionale interessato.

39. A tal riguardo, occorre ricordare che gli artt. 5-7 della direttiva realizzano un'armonizzazione completa delle norme relative ai diritti conferiti dal marchio e che essi definiscono pertanto i diritti di cui godono i titolari di marchi all'interno della Comunità (sentenza *Silhouette International Schmied*, citata, punti 25 e 29).

40. L'art. 5 della direttiva attribuisce al titolare del marchio un diritto esclusivo che gli consente in particolare di vietare ai terzi, «salvo proprio consenso», d'importare prodotti contrassegnati con il suo marchio. L'art. 7. n. 1, contiene un'eccezione a questa norma, in quanto prevede che il diritto del titolare è esaurito quando i prodotti sono stati immessi in commercio all'interno del SEE dal titolare o «con il suo consenso».

41. Appare pertanto evidente che il consenso, il quale equivale ad una rinuncia del titolare al suo diritto esclusivo, ex art. 5 della direttiva, di vietare ai terzi d'importare prodotti contrassegnati con il suo marchio, costituisce l'elemento determinante per l'estinzione di tale diritto.

42. Ebbene se la nozione di consenso dipendesse dall'ordinamento nazionale degli Stati membri, potrebbe derivarne, per i titolari di marchi, una tutela variabile in funzione della legge volta a volta applicabile. L'obiettivo di una «medesima tutela» «negli ordinamenti giuridici di tutti gli Stati membri», fissata nel nono «considerando» della direttiva 89/104 e giudicata «fondamentale» da quest'ultimo, non sarebbe raggiunto.

43. Spetta pertanto alla Corte dare un'interpretazione uniforme della nozione di «consenso» a un'immissione in commercio all'interno del SEE, quale contenuta nell'art. 7. n. 1, della direttiva.

44. Le parti delle cause principali, i governi tedesco, finlandese e svedese nonché l'Organo di vigilanza dell'EFTA ammettono, espressamente o nella sostanza, che il consenso a un'immissione in commercio all'interno del SEE di prodotti precedentemente venduti al di fuori di questa zona possa essere espresso o tacito. Viceversa, il governo francese sostiene che il consenso devessere espresso. Per quanto riguarda la Commissione, essa ritiene che la questione sia quella di accertare non se il consenso debba essere espresso o tacito, bensì se il titolare del marchio abbia avuto una prima occasione di godere dei diritti esclusivi ad esso spettanti all'interno del SEE.

45. Occorre constatare che, in considerazione dell'importanza del suo effetto estintivo del diritto esclusivo dei titolari dei marchi di cui trattasi nelle cause principali, diritto che consente loro di controllare la prima immissione in commercio all'interno del SEE, il consenso devessere espresso in modo che esprima con certezza volontà di rinunciare a tale diritto.

46. Una siffatta volontà risulta normalmente da una manifestazione espressa del consenso. Tuttavia, non si può escludere che, in determinati casi, essa possa risultare in modo tacito da elementi e circostanze anteriori, concomitanti o posteriori all'immissione in commercio al di fuori del SEE le quali, valutate dal giudice nazionale, esprimano parimenti, con certezza, una rinuncia del titolare al proprio diritto.

47. Occorre pertanto rispondere alla prima questione proposta in ciascuna delle cause da C-414/1999 a C-416/1999 che l'art. 7, n. 1, della direttiva dev'essere interpretato nel senso che il consenso del titolare di un marchio a una messa in commercio all'interno del SEE di prodotti contrassegnati con questo marchio che siano stati precedentemente messi in commercio al di fuori del SEE da questo titolare o con il suo consenso può essere tacito, quando è desumibile da elementi e circostanze anteriori, concomitanti o posteriori all'immissione in commercio al di fuori del SEE le quali, valutate dal giudice nazionale, esprimano con certezza una rinuncia del titolare al proprio diritto di opporsi a un'immissione in commercio all'interno del SEE.

Sulla possibilità di un consenso tacito risultante dal mero silenzio del titolare di un marchio

48. Con la sua seconda questione e con la sua terza questione, lett. a), sub i), vi) e vii), nelle cause C-415/1999 e C-416/1999 e con la sua seconda questione nella causa C-414/1999, il giudice nazionale chiede in sostanza se, alla luce degli elementi delle cause principali, un consenso tacito possa risultare:

– da una mancata comunicazione, da parte del titolare del marchio, a tutti gli acquirenti successivi dei prodotti immessi in commercio al di fuori del SEE, della sua opposizione a una messa in commercio all'interno del SEE;

– da una mancata indicazione, sui prodotti, di un divieto di messa in commercio all'interno del SEE;

– dalla circostanza che il titolare del marchio abbia ceduto la proprietà dei prodotti contrassegnati con il marchio senza imporre restrizioni contrattuali e che, in base alla legge applicabile al contratto, il diritto di proprietà ceduto comprenda, in mancanza di siffatte restrizioni, un diritto illimitato di rivendita o, quanto meno, un diritto di vendere successivamente i prodotti all'interno del SEE.

49. Facendo riferimento, in particolare, alle citate sentenze *Silhouette International Schmied e Sebago e Maison Dubois, la A & G, la Tesco e la Costco* affermano che una persona citata in giudizio per violazione di un marchio beneficia della presunzione di aver agito con il consenso del titolare del marchio, salvo prova contraria prodotta da quest'ultimo.

50. A loro parere, il titolare di un marchio che desidera che il suo diritto esclusivo sia garantito all'interno del SEE dovrebbe vegliare a che:

– i prodotti contrassegnati con il marchio rechino un'indicazione chiara dell'esistenza di restrizioni in tal senso, e

– queste restrizioni costituiscano oggetto di accordi in sede di contratti di compravendita e rivendita dei detti prodotti.

51. La *A & G* afferma che la clausola del contratto concluso tra la *Daviddoff* e il suo distributore a Singapore, in forza della quale quest'ultimo s'impegnava ad imporre ai propri subdistributori, subagenti e/o commercianti al minuto di non rivendere i prodotti al di fuori del territorio convenuto, non vietava al distributore né ai suoi subdistributori, subagenti e/o commercianti al minuto di vendere questi prodotti a terzi nei limiti del detto territorio con diritti illimitati di rivendita. Ebbene, il fascicolo della causa principale non conterrebbe nessun elemento di prova che dimostri che i prodotti controversi sarebbero stati venduti dal distributore o dai suoi subdistributori, subagenti o commercianti al minuto al di fuori del territorio convenuto. Inoltre, sui prodotti o sulla loro confezione non sarebbe stata posta nessuna indicazione relativa all'esistenza di restrizioni in materia di rivendita e questi prodotti sarebbero stati acquistati e poi venduti alla *A & G* senza nessuna restrizione di tal genere.

52. La Tesco e la Costco ritengono che, in mancanza, nei contratti in forza dei quali un operatore acquista prodotti di marca immessi in commercio al di fuori del SEE, di restrizioni relative alla loro rivendita, è irrilevante che il titolare del marchio abbia potuto rendere noto, mediante annunci o in qualsiasi altro modo, che esso non fosse d'accordo a che tali prodotti fossero venduti all'interno del SEE dal detto operatore.

53. Occorre tuttavia prendere atto del fatto che dalla risposta alla prima questione posta nelle tre cause da C-414/1999 a C-416/1999 risulta che il consenso dev'essere espresso positivamente e che gli elementi presi in considerazione per considerare esistente un consenso tacito devono esprimere con certezza una rinuncia del titolare del marchio a far valere il suo diritto esclusivo.

54. Ne consegue che spetta all'operatore che fa riferimento all'esistenza di un consenso di produrne la prova e non al titolare del marchio di dimostrare la mancanza di un consenso.

55. Di conseguenza, un consenso tacito a un'immissione in commercio all'interno del SEE di prodotti immessi in commercio al di fuori di quest'ultimo non può risultare dal mero silenzio del titolare del marchio.

56. Parimenti, un consenso tacito non può risultare dalla mancata comunicazione, da parte del titolare del marchio, della sua opposizione a una messa in commercio all'interno del SEE né dalla mancata indicazione, sui prodotti, di un divieto d'immissione in commercio all'interno del SEE.

57. Infine, un siffatto consenso non può risultare dalla circostanza che il titolare del marchio abbia ceduto la proprietà dei prodotti contrassegnati con il marchio senza imporre restrizioni contrattuali e che, in base alla legge applicabile nel contratto, il diritto di proprietà ceduto comprenda, in mancanza di siffatte restrizioni, un diritto illimitato di rivendita o, quanto meno, un diritto di vendere ulteriormente i prodotti all'interno del SEE.

58. Infatti, una legge nazionale che prendesse in considerazione il mero silenzio del titolare del marchio ammetterebbe non un consenso tacito, bensì un consenso presunto. Essa non rispetterebbe pertanto il requisito del consenso espresso positivamente, quale imposto dal diritto comunitario.

59. Ebbene, dal momento che spetta al legislatore comunitario determinare i diritti del titolare di un marchio nell'ambito degli Stati membri e della Comunità, non può ammettersi l'applicazione di disposizioni di legge, invocate a titolo di legge applicabile al contratto di vendita al di fuori del SEE, al fine di limitare la tutela accordata al titolare di un marchio dagli artt. 5, n. 1, e 7. n. 1, della direttiva.

60. Occorre pertanto risolvere la seconda questione e la terza questione, lett. a), sub i), vi) e vii), nelle cause C-415/1999 e C-416/1999 nonché la seconda questione nella causa C-414/1999 dichiarando che un consenso tacito non può risultare:

– da una mancata comunicazione, da parte del titolare del marchio, a tutti gli acquirenti successivi dei prodotti immessi in commercio al di fuori del SEE, della sua opposizione a una messa in commercio all'interno del SEE;

– da una mancata indicazione, sui prodotti, di un divieto di messa in commercio all'interno del SEE;

– dalla circostanza che il titolare del marchio abbia ceduto la proprietà dei prodotti contrassegnati con il marchio senza imporre restrizioni contrattuali e che, in base alla legge applicabile al contratto, il diritto di proprietà ceduto comprenda, in mancanza di siffatte restrizioni, un diritto illimitato di rivendita o, quanto meno, un diritto di vendere successivamente i prodotti all'interno del SEE.

61. In considerazione di questa risposta, non occorre risolvere la terza questione proposta nella causa C-414/1999.

Sulla conseguenza della mancata conoscenza, da parte dell'importatore nel SEE dei prodotti contrassegnati con un marchio di un'opposizione a quest'importazione manifestata dal titolare del detto marchio

62. Con la sua terza questione, lett. a), sub ii)-v), proposta nelle cause C-415/1999 e C-416/1999, il giudice nazionale chiede in sostanza se sia rilevante, per quanto concerne l'esaurimento del diritto esclusivo del titolare del marchio, il fatto:

– che l'operatore il quale importa prodotti contrassegnati con il marchio sia all'oscuro dell'opposizione del titolare alla loro immissione in commercio all'interno del SEE o alla loro messa in commercio su tale mercato da parte di operatori diversi dai rivenditori autorizzati, oppure

– che i rivenditori e i grossisti autorizzati non abbiano imposto ai propri acquirenti restrizioni contrattuali che riproducessero siffatta opposizione, benché essi ne fossero stati informati da parte del titolare del marchio, titolo particolare. di una restrizione del diritto di disporre liberamente di queste ultime imposta al primo acquirente dal primo venditore o convenuta tra le due parti in sede di compravendita.

64. Esse sono estranee alla questione degli effetti sul diritto di marchio del consenso a un'immissione in commercio all'interno del SEE. Infatti, se e in quanto un siffatto consenso non risulti dal silenzio del titolare del marchio, l'eventuale manifestazione di un divieto di vendita all'interno del SEE, alla quale il titolare non è tenuto, e a maggior ragione la ripetizione di questo divieto in uno o più contratti conclusi nella catena di distribuzione non costituiscono la condizione per la conservazione del suo diritto esclusivo.

65. Le norme nazionali relative all'opponibilità ai terzi di restrizioni relative alla vendita non sono pertanto rilevanti per la soluzione di una controversia tra il titolare del marchio e un operatore ulteriore della catena di distribuzione in merito alla conservazione o all'estinzione del diritto di marchio.

66. Occorre pertanto risolvere la terza questione, lett. a), sub ii)-v), proposta nelle cause C-415/1999 e C-416/1999 dichiarando che è irrilevante, per quanto concerne l'esaurimento del diritto esclusivo del titolare del marchio, il fatto:

– che l'operatore il quale importa prodotti contrassegnati con il marchio sia all'oscuro dell'opposizione del titolare alla loro immissione in commercio all'interno del SEE o alla loro messa in commercio su tale mercato da parte di operatori diversi dai rivenditori autorizzati, oppure

– che i rivenditori e i grossisti autorizzati non abbiano imposto ai propri acquirenti restrizioni contrattuali che riproducessero siffatta opposizione, benché essi ne fossero stati informati da parte del titolare del marchio.

(omissis)

SEZIONE TERZA

GIURISPRUDENZA
DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 14 giugno 2001 n. 8045 - Pres. Carnevale - Rel. Forte - P.M. Martone - Prefettura di Pordenone (avv. Stato Vinci O.) c. C.R. (avv. Ros).

Impugnazioni civili – Ricorso in Cassazione - Sentenza sul giudizio di opposizione all'ingiunzione di pagamento - Decorrenza termine breve - Notifica – Idoneità della notifica d'ufficio.

Le speciali esigenze di celerità del procedimento di opposizione di cui all'art. 23 della legge n. 689/1981 e gli interessi non solo privati regolati da esso consentono di ritenere idonea a far decorrere il termine breve per l'impugnazione della sentenza non solo la notifica ad istanza di parte, ai sensi dell'art. 285 c.p.c., ma anche quella eseguita d'ufficio a cura della cancelleria (1).

(omissis)

L'eccezione preliminare del controricorrente, d'inammissibilità del ricorso per cassazione per tardività, in quanto notificato oltre il termine di cui all'art. 325, secondo comma, c.p.c., è fondata.

La sentenza impugnata, depositata il 10 ottobre 1998, è stata notificata, a cura della cancelleria e in applicazione del nono comma dell'art. 23 della legge 24 novembre 1981 n. 689, al prefetto il 19 ottobre 1998 e all'opponente il successivo 21 ottobre.

Il ricorso è tardivo perché notificato il 29 dicembre 1998, oltre il termine di sessanta giorni dalla notifica della sentenza impugnata, eseguita di ufficio e non a istanza della parte in deroga all'art. 285 c.p.c.

(1) La Cassazione modificando la pacifica giurisprudenza secondo cui la prescrizione dell'art. 285 c.p.c. prevede, ai fini della decorrenza del termine breve d'impugnazione, che la sentenza deve essere notificata ad istanza di parte, ma può ritenersi adempiuta quando, nonostante la mancanza di apposite indicazioni nella relazione di notifica, non vi sia comunque incertezza assoluta sulla parte istante, cioè sia possibile individuare la parte sulla cui richiesta è stata eseguita la notificazione (Cass. 18 giugno 1985 n. 3670; nello stesso senso Cass. 7 aprile 1986 n. 2416), ha ritenuto con sentenza n. 8045/01 l'idoneità della notifica d'ufficio del provvedimento, atta a far decorrere i termini brevi di impugnativa, come la notifica fatta ad istanza di parte ai sensi dell'art. 285 c.p.c. quando si tratti di impugnazione della sentenza relativa al giudizio di opposizione ai sensi dell'art. 23 legge 689/1981. In tale procedimento emergono infatti interessi ed esigenze del tutto peculiari che consentono, così come in altri casi quali la procedura fallimentare, in quella di responsabilità civile dei magistrati e in materia di adozione, di derogare all'art. 285 c.p.c.

1.2. – L'eccezione è fondata e il ricorso deve dichiararsi inammissibile, perché tardivo.

Le speciali esigenze di celerità del procedimento di opposizione di cui all'art. 23 della legge n. 689/1981 e gli interessi non solo privati regolati da esso comportano che lo stesso atto introduttivo è notificato «a cura della cancelleria» (comma 2) e determinano poteri d'ufficio del giudice, ordinariamente assenti (commi 5 e 6), anche se da esercitare nei limiti delle deduzioni delle parti fino alla conclusione del giudizio con provvedimento ricorribile immediatamente per cassazione (commi 5 e ultimo).

Le indicate caratteristiche particolari della procedura fanno ritenere che nel caso non solo la notifica a istanza di parte, ai sensi dell'art. 285 c.p.c., ma anche quella eseguita a cura della cancelleria, è idonea a far decorrere il termine breve per l'impugnazione. Se infatti «a tutte le notificazioni e comunicazioni occorrenti si provvede d'ufficio» (art. 23, comma 9, legge n. 689/1981), sembra ovvio che, salvo il caso in cui la notifica della sentenza sia avvenuta a istanza di parte e non occorra si esegua di ufficio, la notificazione a cura della cancelleria, portando a conoscenza del destinatario l'intero contenuto del provvedimento, lo parifica ad ogni altro soggetto cui l'atto sia stato notificato a istanza di parte, ponendolo in condizione di valutare la decisione, i suoi eventuali vizi e l'interesse a impugnarlo, in un termine che non si comprende perché debba essere diverso da quello concesso a chiunque altro si trovi nella identica situazione a istanza dell'altra parte, *ex art. 285 c.p.c.*, in una procedura in cui anche gli atti di parte si notificano di ufficio e a cura della cancelleria.

Inoltre nel giudizio di opposizione di cui all'art. 23 della legge n. 689/1981, la natura degli interessi anche pubblici che sottostanno alla sua speciale disciplina riafferma che la notifica di ufficio è idonea a far decorrere il termine breve come la notifica di cui all'art. 285 c.p.c., in conformità a quanto già deciso da questa Corte in altre ipotesi nelle quali assumono peculiare rilievo, quale oggetto di causa, interessi non identificabili solo con quelli privati, come in materia di adozione di cui alle sentenze indicate in controricorso (Cass. 25 novembre 1992, n. 12547 e 8 aprile 1993, n. 4213), nella procedura fallimentare (S.U. 27 novembre 1998, n. 12062) o in quella di responsabilità civile dei magistrati (Cass. 3 maggio 1999, n. 4386), giudizi nei quali si è esattamente affermata l'idoneità delle notifiche di ufficio dei provvedimenti a far decorrere i termini brevi di impugnazione.

In conclusione il ricorso deve essere dichiarato inammissibile perché tardivo e le spese di questo giudizio per la soccombenza sono a carico della ricorrente.

P.Q.M.

La Corte dichiara inammissibile il ricorso
(*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 6 luglio 2001 n. 9138 – *Pres. Carnevale – Rel. Vitrone – P.M. Pivetti (concl. conf.) – Min. dell’Interno e Prefetto di Pordenone (avv. Stato) c. B.*

Straniero – Cittadino extracomunitario – Provvedimento di espulsione – Traduzione in lingua inglese – Assenza di motivazione sulla mancata traduzione nella lingua di origine – Illegittimità.

È illegittimo il provvedimento prefettizio di espulsione di cittadino extracomunitario tradotto in lingua inglese senza motivazione sulla impossibilità di traduzione nella lingua di origine. (1)

(1) Traduzione del provvedimento di espulsione di extracomunitario: nuovo indirizzo della Suprema Corte.

La problematica relativa alla tutela del diritto di difesa per gli extracomunitari, con particolare riferimento all’art. 13, comma 7 d.lgs. n. 286/98, ha maturato un nuovo indirizzo giurisprudenziale da parte della Suprema Corte.

La *ratio* della normativa è quella di garantire l’esercizio del diritto di difesa agli stranieri destinatari di provvedimenti da parte delle autorità italiane, e ciò a maggior ragione quando si tratta di provvedimenti destinati ad incidere sulla permanenza degli stessi sul territorio dello Stato.

La sentenza che si annota accoglie una rigida interpretazione del disposto legislativo imponendo all’Amministrazione la motivazione della mancata traduzione del decreto di espulsione in lingua originale, ritenendo in caso contrario non pienamente tutelato l’esercizio del diritto di difesa né sanante il raggiungimento dello scopo dell’atto se lo straniero ha tempestivamente proposto ricorso difendendo nel merito, poiché «la sanatoria degli atti processuali, prevista in via generale dall’art. 156 c.p.c. comma 3, non consente di superare la violazione del diritto di difesa derivante dalla comunicazione di un provvedimento amministrativo in forme che non ne garantiscano la piena ed immediata conoscibilità all’interessato fuori dai casi in cui ciò non sia in concreto possibile».

La Pubblica Amministrazione continua infatti a sostenere, nelle sue difese, che l’esigenza della tutela del diritto di difesa vada relazionata con le reali difficoltà operative ed organizzative delle strutture burocratiche, non essendo possibile garantire a soggetti provenienti da Stati e continenti diversi la traduzione dei provvedimenti espulsivi in lingua madre.

Al riguardo basta ricordare come gli extracomunitari oggi presenti nel nostro territorio sono delle più svariate nazionalità, parlano lingue diverse in quanto appartengono a diverse etnie conviventi nel medesimo Stato e parlano pertanto più di una lingua ufficiale.

Il nuovo orientamento giurisprudenziale si contrappone peraltro alla lettura interpretativa data dalla Corte Costituzionale all’art. 13 comma 7 del d.lvo 986/98 (sent. 198/00 e 227/00).

Nelle fattispecie sottese alle pronunzie della Corte Costituzionale, l’impedimento allegato è la difficoltà di comprensione del contenuto del decreto di espulsione, redatto in una lingua sconosciuta al destinatario.

Sulla premessa di tale conoscibilità, decorre il termine perentorio per la proposizione del ricorso.

La Corte rimette al potere interpretativo del giudice di merito se ritenere il provvedimento inefficace e conseguentemente inidoneo a far decorrere i termini di impugnativa.

Da ciò discende l’infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell’art. 13 e, conseguentemente, la piena tutela del diritto di difesa dell’extracomunitario, quando il provvedimento amministrativo, nella specie il decreto di espulsione, sia concretamente conoscibile essendo stato tradotto nella lingua del destinatario ovvero in una di quelle lingue che, «per essere le più diffuse», si possono rendere accessibili al destinatario.

La lettura interpretativa del Giudice delle leggi appare più contemporanea delle esigenze di entrambe le parti: straniero e Pubblica Amministrazione.

(*omissis*)

Con il primo motivo viene denunciata la violazione e la falsa applicazione dell'articolo 13, comma 7, del d.lgs. 286/1998, in relazione all'articolo 360, numeri 3 e 5, c.p.c., e si sostiene che erroneamente sarebbe stata dichiarata la nullità del provvedimento di espulsione il quale, ancorché accompagnato dalla traduzione in lingua inglese, aveva raggiunto il suo scopo avendo posto l'intimato in condizione di rivolgersi tempestivamente all'autorità giudiziaria per la tutela dei propri diritti, tanto più che la legge non impone l'obbligo tassativo di tradurre il provvedimento di espulsione nella lingua dell'intimato, essendo a tal fine sufficiente la traduzione in inglese, francese o spagnolo.

La censura non può trovare accoglimento poiché la disposizione denunciata prevede l'obbligo per l'autorità amministrativa di comunicare all'interessato ogni atto concernente l'espulsione unitamente alle modalità di impugnazione e ad una traduzione in una lingua a lui conosciuta e, solo ove ciò non sia possibile, in lingua francese, inglese o spagnola. Tale obbligo viene meno solo quando il giudice di merito abbia accertato, con motivazione logicamente argomentata, la comprovata conoscenza della lingua italiana da parte dell'interessato, poiché solo in tal caso resta irrilevante la mancata conoscenza della lingua inglese nella quale il decreto di espulsione è stato tradotto (Cassazione 9078/00; non in termini, invece: Cassazione 9003/00, citata dal ricorrente, in quanto relativa al procedimento di convalida del provvedimento del questore di trattamento dello straniero in un centro di permanenza temporanea).

In presenza di siffatta situazione imporre alle pubbliche amministrazioni di tradurre i propri atti e provvedimenti nella lingua madre del destinatario ogni qualvolta sia certa la sua cittadinanza o nazionalità, significa in tutta evidenza paralizzare l'operato delle stesse ovvero pretendere che presso ogni singolo ufficio operi una pletera di interpreti in grado di effettuare le traduzioni di volta in volta necessarie.

Il legislatore, ben consapevole di siffatte difficoltà operative ha, pertanto, scelto una situazione ragionevole in grado di garantire una sufficiente tutela agli extracomunitari.

Precisamente, nel caso in cui non è possibile tradurre il provvedimento nella lingua madre del destinatario, lo stesso deve essere tradotto in inglese, francese, o spagnolo che sono le lingue più comuni e parlate nel mondo, almeno una delle quali è generalmente conosciuta dagli extracomunitari.

La preventiva giustificazione da parte della Pubblica Amministrazione della impossibilità di rendere compiutamente noto il provvedimento al suo destinatario porterebbe secondo il nuovo orientamento giurisprudenziale il giudice a dover annullare il provvedimento amministrativo non conforme alla legge ossia a riconoscere nella espressione «ove non sia possibile» la necessità di motivazione sul perché non si è tradotto il provvedimento in lingua originale.

La rigida lettura interpretativa fornita dalla Suprema Corte finisce per sbilanciare in maniera eccessiva la posizione dell'Amministrazione.

In una corretta interpretazione dell'art. 13 e nel rispetto della tutela del diritto ex art. 24 Cost., così come peraltro anche riconosciuto dal giudice delle leggi (sent. 227/00), la Pubblica Amministrazione non ha l'obbligo di motivare le ragioni in base alle quali non è riuscita a reperire un interprete di lingua madre, ma solo di rendere comprensibile il contenuto degli atti e i suoi effetti.

Compito del giudice non è quello di verificare la correttezza dell'operato della Pubblica Amministrazione sul piano procedurale (salvo chiaramente i casi di palese difformità fra il comportamento in concreto posto in essere e quello in astratto previsto dalla norma), ma di verificare se nella sostanza la mancata traduzione in lingua madre del provvedimento perché impossibile abbia effettivamente limitato od impedito l'esercizio del diritto di difesa da parte del destinatario non essendo stato questi in grado di comprendere quanto gli stava accadendo.

E ciò in aderenza all'interpretazione della Corte Costituzionale secondo la quale anche allo straniero irregolarmente soggiornante in Italia dev'essere riconosciuto il pieno esercizio del diritto di difesa sancito dall'articolo 24v Costituzione e dall'articolo 13 della legge 881/77, con la quale è stato ratificato il Patto internazionale sui diritti civili e politici stipulato a New York il 19 dicembre 1966. E il pieno esercizio del diritto di difesa comporta che il destinatario di un provvedimento restrittivo della sua libertà di autodeterminazione dev'essere messo in grado di comprenderne il contenuto e il significato (Corte Costituzionale 198/00 e 227/00).

Ciò premesso, poiché la legge richiede che il provvedimento di espulsione sia portato a conoscenza dell'interessato con modalità che ne garantiscano in concreto la conoscibilità, la sua mancata traduzione nella lingua del suo Paese d'origine o in altra lingua da lui conosciuta lede il diritto di difesa. Né tale lesione è sanata dalla comunicazione del provvedimento con una traduzione in lingua inglese senza la preventiva giustificazione della impossibilità di rendere compiutamente noto il provvedimento al suo destinatario, poiché, se al giudice non è consentito sindacare le modalità di organizzazione dei servizi della pubblica amministrazione, egli è pur sempre tenuto ad annullare il provvedimento amministrativo che non sia conforme alla legge la quale consente la traduzione in una delle tre lingue solo «ove non sia possibile» quella in una lingua nota all'interessato.

E neppure può invocarsi la sanatoria per il raggiungimento dello scopo dell'atto quante volte lo straniero abbia presentato tempestivo ricorso difendendosi nel merito, poiché la sanatoria della nullità degli atti processuali, prevista in via generale dall'articolo 156, comma 3, c.p.c., non consente di superare la violazione del diritto di difesa derivante dalla comunicazione di un provvedimento amministrativo in forme che non ne garantiscano la piena e immediata conoscibilità all'interessato fuori dei casi in cui ciò non sia in concreto possibile.

Il rigetto del primo motivo di ricorso comporta l'assorbimento dell'esame del secondo motivo, avente natura subordinata, con il quale si contesta l'affermazione della sentenza impugnata secondo cui il provvedimento di espulsione avrebbe privato il reclamante del diritto al mantenimento del lavoro da lui prestato presso il circo Togni.

(omissis)

Non si può conseguentemente, come invece vorrebbe la Cassazione, ritenere che, nonostante la tempestività dell'esercizio del potere processuale (proposizione del ricorso nei 5 giorni) ugualmente subisca lesione il diritto di difesa dell'extracomunitario.

Per altro la sentenza in esame potrebbe offrire il destro ad una motivazione puramente formale del provvedimento, perché potrebbe essere sufficiente dire, in modo del tutto sintetico, che non è esattamente individuabile la lingua dell'interessato o che comunque non c'è disponibilità di un traduttore.

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Un., 17 luglio 2001 n. 9652 – Pres. Vela – Est. Vittoria – P.M. Iannelli (diff.) – Finanze (avv. Stato Giordano) e B.L. ed altri (avv. Romano).

Giurisdizione civile – Concessione demaniale scaduta – Domanda di rinnovo – Mancata accettazione dei canoni proposti – Inesistenza del diritto – Giurisdizione amministrativa – Domanda riconvenzionale per la restituzione del bene demaniale e per l'indennizzo da occupazione senza titolo – Giurisdizione ordinaria.

Il fatto che, dopo la scadenza di una previgente concessione di bene demaniale, l'interessato abbia proposto domanda di rinnovo, peraltro senza poi accettare il canone proposto dall'Amministrazione, non attribuisce al privato un diritto soggettivo e quindi esula dalla giurisdizione ordinaria.

Rientra, invece, nella giurisdizione ordinaria la domanda riconvenzionale proposta dall'Amministrazione per il rilascio del bene demaniale e la corresponsione di un indennizzo riferito alla occupazione senza titolo nel frattempo posta in essere dall'ex concessionario (1).

(omissis)

Motivi della decisione

1. – La Corte d'appello da un lato ha accolto la domanda principale, dall'altro ha rigettato ogni altra eccezione o domanda.

La motivazione della decisione si articola in queste proposizioni.

Un enunciato riguarda la giurisdizione.

Rientra nella giurisdizione del giudice ordinario decidere la controversia insorta in sede di rinnovazione di una concessione di beni demaniali, quante volte tra la pubblica amministrazione ed il privato, che ha chiesto il rinnovo ed è lasciato nel godimento del bene, si discute della misura del canone che dovrà essere chiesto e pagato.

Un secondo enunciato riguarda l'accertamento che è stato tratto dalla valutazione degli elementi di fatto presi in esame.

(1) Il falso problema delle «concessioni *in fieri*».

Con questa decisione, di particolare rilievo teorico e pratico, le Sezioni Unite della Cassazione rettificano un precedente e non del tutto meditato avviso delle stesse Sezioni Unite di cui alla sentenza 10 dicembre 1993, n. 12154.

In quella occasione, con riguardo a beni demaniali marittimi, era stato ritenuto che, in pendenza della procedura di rinnovo di una concessione scaduta, le somme richieste dall'Amministrazione per il rinnovo della stessa costituissero «canoni da versare sotto pena di diniego», per i quali sarebbe stato applicabile l'art. 5 delle legge 5 dicembre 1971, n. 1034, che fa salva la giurisdizione dell'A.G.O.

In particolare si diceva che «il corrispettivo dovuto per una concessione *in fieri*... ha come punto di collegamento una concessione, sia pure ancora non formalizzata», e che, quando la controversia riguarda un singolo rapporto, il privato avrebbe un diritto soggettivo a pagare la misura di legge «e non più del dovuto», ancorché i compensi pretesi dall'Amministrazione per il rinnovo «formino oggetto di provvedimenti tariffari determinati autoritativamente dall'ente pubblico».

La Corte ha accertato che l'attore, prima ancora che la precedente concessione scadesse, aveva presentato domanda per il suo rinnovo e l'amministrazione dei lavori pubblici, in pendenza del procedimento, lo aveva lasciato nella detenzione dell'immobile, non aveva cioè provocato la cessazione coattiva del godimento del bene.

Ne ha tratto la conclusione che, a differenza di quanto ritenuto dal Tribunale, oggetto della controversia, sino al momento della propria decisione, non erano le conseguenze da trarre da un intervenuto rifiuto di rinnovazione della concessione, ma a quale canone andasse rinnovata.

Un terzo enunciato ha riguardato la questione se, ai fini di stabilire la misura del canone, si dovesse considerare oggetto di concessione anche la costruzione e se perciò si dovesse tenere conto del suo valore.

La soluzione negativa è stata attinta in base ad una duplice considerazione.

La proprietà delle costruzioni fatte nel corso di una concessione resta al concessionario sino a quando non avviene la riconsegna del suolo; le regole datesi dalle stesse amministrazioni per la determinazione del canone lo commisurano al valore dei suoli, non a quello delle costruzioni fattevi.

Questi enunciati hanno sorretto la conclusione per cui, da un lato, dal canone stabilito dal Tribunale andava detratto l'importo corrispondente al valore del manufatto, dall'altro erano rigettate le domande proposte dal Ministero delle Finanze, per far dichiarare obbligato il concessionario al rilascio dell'intero compendio ed al pagamento di un indennizzo commisurato all'ammontare richiesto con l'ingiunzione.

1.1. – La cassazione della sentenza, con il ricorso, è chiesta per violazione di norme sul riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, per violazione di norme di diritto e per difetto di motivazione (art. 360, numeri 1, 3 e 5, cod. proc. civ., in relazione all'art. 822 e ss. cod. civ.).

Le ragioni svolte nel motivo si prestano ad essere così esposte.

Diversamente, a parere della Corte, si sarebbe spezzata la *ratio* del sistema istituito dal citato art. 5, che è quella di devolvere al giudice amministrativo tutte le controversie in materia di concessioni, escluse quelle riguardanti i canoni, indennità ed altri corrispettivi.

In realtà il ragionamento era discutibile proprio con riguardo al punto di partenza, che era quello di considerare una «concessione *in fieri*» al pari di una concessione già assentita, e di qualificare «canoni» quei corrispettivi che venivano determinati in previsione di un futuro rinnovo, ma che, in mancanza di accettazione delle condizioni giuridiche ed economiche stabilite dall'Amministrazione proprietaria del bene, altro non potevano essere che «indennizzi» per l'utilizzo nel frattempo già effettuato.

2. – Lungo la stessa linea affermata da quella sentenza delle sezioni unite del 1993, la Corte d'appello di Milano, occupandosi di una concessione non rinnovata di beni del demanio lacuale, è giunta a separare le problematiche afferenti il rinnovo della concessione scaduta, cui l'Amministrazione aveva espresso un consenso «di massima», dell'aspetto patrimoniale di tale futura ed eventuale concessione, sul quale invece vi era dissenso fra le parti, e conseguentemente aveva ritenuto «il privato titolare del diritto soggettivo a far accertare, dunque da parte dell'A.G.O., la giusta misura del canone, posto che nella legge nei regolamenti sono predeterminati tutti i criteri per giungere all'esatta determinazione del medesimo, e posto che, quindi, anche l'attività della P.A. è puramente ricognitiva...» (*sic!*).

Due argomenti vengono prospettati a critica della decisione resa sulla domanda principale.

Non rientra nella giurisdizione del giudice ordinario accertare quale canone potrà legittimamente imporsi al concessionario di pagare, nel caso in cui la domanda di concessione sia accolta e ciò vale anche quando si tratta di una concessione di cui sia stato chiesto il rinnovo.

Se poi la decisione dovesse interpretarsi nel senso che la Corte d'appello abbia accertato che la concessione era stata rinnovata, allora tale accertamento sarebbe da un lato in contraddizione con gli elementi di fatto che la Corte d'appello ha affermato di voler valutare, dall'altro col principio per cui con la scadenza la concessione cessa d'avere effetti e nuovi effetti possono derivare solo da un provvedimento formale di concessione e non da un comportamento consistente nel lasciare il concessionario nella detenzione del bene.

Il principio di diritto appena riferito è poi dedotto a critica della pronuncia di rigetto delle domande che erano state proposte dall'amministrazione.

1.2. – I resistenti obiettano che il ricorso è inammissibile.

Osservano che, contrariamente a quanto dispone l'art. 366, n. 4 cod. proc. civ., esso non contiene l'indicazione delle norme di diritto su cui il motivo si fonda.

Inoltre, mentre la Corte d'appello avrebbe affermato che l'estinzione del rapporto di concessione e la richiesta di restituzione competono non al Ministero delle Finanze, ma a quello dei Lavori Pubblici, questa ragione della decisione non è stata impugnata.

Non solo; ma proprio sul presupposto che tale concessione *in fieri* equivalesse ad una concessione già assentita, la Corte milanese ha rigettato la domanda riconvenzionale proposta dall'Amministrazione per il recupero del bene demaniale, con le costruzioni su di esso nel frattempo edificate, opinando, in contrasto con quanto statuito dall'art. 11 dell'originario disciplinare della concessione scaduta, che tali costruzioni non sarebbero divenute già di proprietà dell'Amministrazione ai sensi dell'art. 934 del Cod. Civ., ma lo sarebbero divenute, ai sensi dell'art. 47 del R.D. 1° dicembre 1895, n. 726, solo al termine della concessione «rinnovanda» e sempreché il privato non le avesse nel frattempo demolite.

Sicché l'eventuale rinnovo della concessione non avrebbe potuto comprendere il canone per l'uso dei manufatti ma soltanto quello per l'uso dell'area demaniale.

È superfluo osservare, anche a questo riguardo, che in tal modo, ignorandosi che la disponibilità dell'Amministrazione al rinnovo era subordinata all'accettazione di un canone più elevato che tenesse conto anche di tali costruzioni, si perpetuava nel tempo una situazione di palese abusivismo da parte del privato e si impediva alla P.A. di rientrare in possesso dell'intero compendio di sua proprietà; compresi i manufatti edificati che, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice d'appello non diventano di proprietà dello Stato al momento del materiale recupero, ma «restano» tali, a tenore dello stesso art. 47 dinanzi citato, ove l'Amministrazione non esoneri il possessore dalla riscossione in pristino.

Infine, da un lato le competenze amministrative in materia di concessione del demanio lacuale sono state trasferite alle regioni, sicché lo Stato non potrebbe più entrare nella disponibilità del bene, dall'altro non è stato in alcun modo censurato il punto della determinazione del canone e dunque manca l'interesse ad una cassazione con rinvio della sentenza, perché nel prosieguo del giudizio non potrebbe arriversi ad una diversa commisurazione del canone.

1.3. – Queste obiezioni non sono però fondate.

Le domande proposte dalle parti avevano avuto un primo oggetto, rappresentato dalla somma dovuta dall'attore a partire dal 1° aprile 1984 per il godimento del compendio.

L'attore, a suo riguardo, dopo la decisione di primo grado, era tornato a chiedere una pronuncia di accertamento che questa somma, richiestagli come canone per il rinnovo della concessione, andava determinata senza tenere conto del valore del manufatto.

L'altro oggetto era stato rappresentato dalla detenzione dell'immobile.

Il Ministero delle Finanze aveva chiesto ed ottenuto la condanna al rilascio, pronunciata dal tribunale perché la concessione era scaduta; l'attore aveva chiesto che la domanda fosse invece rigettata, perché il procedimento di rinnovo era ancora pendente e perché non spettava al giudice ordinario pronunciarsi sul poter essere la concessione rinnovata o meno.

Fatta questa premessa, si osserva che l'art. 360, primo comma, n. 4, cod. proc. civ. stabilisce, bensì, che il ricorso deve contenere, a pena di inammissibilità, i motivi per i quali è chiesta la cassazione, con l'indicazione delle norme di diritto su cui si fondano.

Ma la disposizione va coordinata con quella per cui il giudice nel pronunciare sulla causa deve seguire le norme di diritto (art. 113, primo comma, cod. proc. civ.).

Il ricorso perciò è ammissibile anche se non indica gli articoli di legge che il ricorrente assume violati, purché, nel chiedere la cassazione per il motivo di violazione di norma di diritto, la parte indichi per quale aspetto la decisione è in contrasto con una norma di legge ed avrebbe perciò dovuto essere diversa, spettando poi alla Corte verificare la conformità della decisione della questione alla norma che avrebbe dovuto esservi applicata.

3. – Sul ricorso per Cassazione tempestivamente proposto dalla difesa dell'Amministrazione, le Sezioni Unite non hanno avuto esitazioni nel ritenere che, affinché possa sussistere la giurisdizione dell'A.G.O., che resta giurisdizione su diritti, deve ricorrere il presupposto rappresentato da una concessione «in atto»; e che, fino a quando tale concessioni manchi o non sia rinnovata, è soltanto configurabile un interesse che può trovare tutela davanti al Giudice amministrativo.

In questo senso, dichiarando espressamente di «rivedere» la pronunzia del 1993, esse hanno posto un punto fermo sulla questione dichiarando che «il ricorso (dell'Amministrazione) non lascia incertezze quanto al profilo per cui la decisione è criticata».

Orbene, circa la pronuncia resa sul primo oggetto ed alla questione di giurisdizione a suo riguardo sollevata, il ricorso non lascia incertezze quanto al profilo per cui la decisione è criticata.

Contro la tesi seguita dalla Corte d'appello, che nella giurisdizione del giudice ordinario configurata dal secondo comma dell'art. 5 della L. 6 dicembre 1971, n. 1034, rientri ogni controversia sulla misura del canone, è stato affermato che tale giurisdizione non comprende se non i casi in cui la situazione dedotta in giudizio è un diritto soggettivo, mentre il privato non avrebbe un diritto a che il canone per il rinnovo di una concessione sia determinato in una data misura.

Né rilevarebbe, per impedire l'esame della questione, che nel ricorso non fosse stata svolta censura a proposito dei principi e criteri seguiti per il calcolo della misura del canone, giacché ad essere investito da cassazione e da cassazione senza rinvio sarebbe appunto questo capo della decisione, se la pronuncia contenuta nella sentenza dovesse essere cassata per difetto di giurisdizione.

Peraltro, una censura su questo punto della decisione c'è ed è la stessa svolta a riguardo della pronuncia resa sull'altro oggetto della controversia (la detenzione dell'immobile).

Quanto alla pronuncia resa sul secondo oggetto (la detenzione del compendio, deve escludersi che essa sia stata fondata sul presupposto indicato dai resistenti.

La domanda di condanna al rilascio non è stata rigettata in base alla esplicita statuizione che mancava nel Ministero delle Finanze la legittimazione a proporla.

Lo è stata, bensì, in conseguenza dell'impostazione accolta nell'esame della domanda principale e dunque per la ragione, sebbene non espressa, che era ancora in corso il procedimento aperto dalla domanda di rinnovazione.

Hanno invece accolto le domande riconvenzionali che l'Amministrazione aveva proposto sin dal primo grado, sia per il recupero del bene demaniale, per il pagamento di una somma a titolo di indennizzo per l'utilizzazione del bene stesso, sulla cui giurisdizione non poteva esservi dubbio alla luce di quanto previsto dall'art. 823 del cod. civ. poiché con esse «si chiede tutela di un diritto soggettivo, né rileva che la parte contro cui è rivolta si trova nella detenzione del bene per averlo avuto in concessione».

Hanno quindi dettato il principio di diritto che «mentre esula dalla giurisdizione del Giudice ordinario, perché rientra in quella del Giudice amministrativo, conoscere della domanda di determinazione del canone per il caso di rinnovo della concessione, rientra nella giurisdizione del Giudice Ordinario conoscere delle domande proposte dal Ministero delle Finanze».

Quanto al fatto che, nel quadro di conferimento di funzioni alle Regioni attuato con D. lgs. 31 marzo 1998, n. 112, e nell'ambito della gestione del demanio idrico, siano state trasferite alle Regioni le attribuzioni in materia di concessioni delle spiagge lacuali e di determinazione dei relativi canoni, le Sezioni Unite hanno puntualmente ritenuto che ciò non rileva sull'interesse del Ministero, in quanto i suoi effetti si collocano nel fenomeno dalla successione a titolo particolare nel processo.

Al riguardo nel motivo sono state anche indicate le norme di cui si denuncia la violazione e questo mediante il richiamo agli artt. 822 e ss. cod. civ.: si tratta delle norme che regolano i beni demaniali e l'uso che ne può essere concesso ai privati.

Infine, non rileva sull'interesse del Ministero delle Finanze a proporre per questa parte ricorso per cassazione, in quanto i suoi effetti si collocano nel fenomeno della successione a titolo particolare nel processo, il fatto che, nel quadro del conferimento di funzioni alle regioni attuato con il D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 112 e nell'ambito della gestione del demanio idrico (art. 86 gennaio del decreto), siano state trasferite alle regioni le attribuzioni in materia di concessione delle spiagge lacuali e di determinazione dei relativi canoni di concessione (art. 89.1. lett. e, ed i, dello stesso decreto).

2. – Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti del giudice amministrativo, denunciato con il ricorso a proposito della domanda dell'attore e della pronuncia resa dalla Corte d'appello sulla determinazione del canone, sussiste.

L'art. 5 della legge n. 1034 del 1971, mentre ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie attinenti a rapporti di concessione di beni pubblici, ha fatto salva, nella stessa materia, la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi.

La norma – in precedenti decisioni di queste sezioni unite, tra le quali la sentenza 10 dicembre 1993, n. 12164, su cui si è fondata la Corte d'appello – è stata interpretata nel senso che le controversie in materia di concessione di beni pubblici hanno costituito oggetto di un riparto della giurisdizione attuato secondo il criterio per cui sono state configurate due sfere di giurisdizione, l'una del giudice amministrativo, a carattere generale e con i tratti della giurisdizione esclusiva, e l'altra del giudice ordinario, a carattere speciale, nella quale rientrano tutte le controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi.

Due sfere di giurisdizione nelle quali ciascun giudice attua la tutela di ogni situazione soggettiva e perciò, nel caso del giudice amministrativo, d'ogni situazione soggettiva che si correla alla costituzione, gestione e risoluzione del rapporto, nel caso del giudice ordinario delle situazioni che si correlano agli aspetti patrimoniali dello stesso rapporto, cui l'art. 5 si riferisce con l'espressione «indennità, canoni ed altri corrispettivi» (Sez. Un. 18 ottobre 1991, n. 11035; 10 dicembre 1993, n. 12164; 11 gennaio 1994, n. 215).

Perciò, quando tra privato e concessionario si controverte sul canone dovuto per una concreta concessione, potrebbe profilarsi la giurisdizione del giudice amministrativo solo quando la misura del canone costituisce il risultato di scelte discrezionali nella conformazione del rapporto.

Per converso, la giurisdizione del giudice ordinario non potrebbe essere esclusa quando esistano norme, regolamenti od atti generali emanati dalla pubblica amministrazione, i quali, per la determinazione del canone nel caso concreto, dettano criteri la cui applicazione presuppone scelte discrezionali, ma apprezzamenti d'ordine tecnico.

Sicché sarebbe irrilevante anche il fatto che la controversia sorga nel corso del rapporto a seguito di contestazione del modo in cui il canone è stato determinato nella concessione in precedenza accordata ovvero, come è stato nel caso, in pendenza di un procedimento iniziato per il rinnovo di una concessione scaduta.

Ritengono tuttavia le Sezioni Unite che il principio di diritto sulla cui base venne affermata la giurisdizione del giudice ordinario dalla sentenza 10 dicembre 1993, n. 12164, debba essere riveduto.

Rispetto alla giurisdizione del giudice ordinario, che resta giurisdizione su diritti, perché essa possa sussistere, deve ricorrere il presupposto rappresentato da una concessione, in quanto, fuori dei casi in cui il privato abbia un diritto alla concessione od al suo rinnovo, fino a quando la concessione manchi o non sia rinnovata, se è configurabile un interesse alla concessione ed al rinnovo, che può trovare tutela davanti al giudice amministrativo, non lo è un diritto, già sorto, a pagare come canone della concessione una anziché altra somma e dunque non ne può essere chiesta tutela al giudice ordinario.

3. – La giurisdizione del giudice ordinario sussiste invece sulla domanda proposta dall'amministrazione, che, alla mancata restituzione del bene già concesso, ha reagito chiedendo il pagamento di una indennità.

Appartiene poi al merito e non alla giurisdizione dire se l'obbligazione della parte privata sia un'obbligazione di risarcimento da inadempimento contrattuale, che trova fonte nella concessione e disciplina nella norma dettata dall'art. 1591 cod. civ. (come è stato di recente affermato nella sentenza 29 novembre 2000, n. 15301) ovvero sia una obbligazione da responsabilità non contrattuale o da indebito (come è stato ritenuto nella sentenza 19 novembre 1992, n. 12313).

Sul piano della giurisdizione è però certo che, non solo nella seconda ipotesi, ma anche nella prima ci si trova di fronte ad una domanda che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario.

È chiaro, infatti, che, se si colloca la vicenda nell'ambito di applicazione dell'art. 1591 cod. civ., quante volte l'amministrazione, perché il concessionario non ha restituito l'immobile e ne ha mantenuto la detenzione, gli chiede il pagamento di una somma, la somma che può domandargli è il canone che pagava in precedenza, e in più, a titolo di maggior danno, quello che lui od altra persona avrebbe dovuto pagare per la rinnovazione della concessione.

In ogni caso, la controversia che al riguardo insorga tra le parti si inquadrerebbe in quelle che derivano dalla concessione e concernono canoni, corrispettivi ed altre indennità, perché verrebbero in questione gli effetti del mancato rispetto di un'obbligazione, quella di riconsegna, che scaturisce dalla concessione, quando questa viene a scadenza.

3.1. – La giurisdizione del giudice ordinario sussiste anche sull'altra domanda proposta dal Ministero delle Finanze.

L'ente cui appartiene un bene di demanio naturale e necessario, per ottenere che gli sia restituito da chi lo detiene, ha facoltà di procedere in via amministrativa, ma può valersi dei mezzi ordinari a difesa della proprietà (art. 823 cod. civ.).

Se lo fa, come è avvenuto nel caso, la domanda rientra nella giurisdizione del giudice ordinario perché con essa si chiede tutela per un diritto soggettivo, né rileva che la parte contro cui è rivolta si trovi nella detenzione del bene per averlo avuto in concessione.

La domanda non ha fondamento nel rapporto di concessione, ma appunto nel diritto di proprietà e la circostanza che la detenzione del convenuto derivi da una concessione, che la concessione non sia in ipotesi venuta a scadenza o quella, opposta nel caso in esame, che della concessione sia stato chiesto il rinnovo ed il relativo procedimento sia ancora in corso, possono rilevare come eventuali fatti impeditivi del diritto alla restituzione, di cui il giudice ordinario ha il potere di conoscere in funzione dell'accoglimento o rigetto della domanda.

4. – La conclusione è che, mentre esula dalla giurisdizione del giudice ordinario, perché rientra in quella del giudice amministrativo, conoscere della domanda di determinazione del canone per il caso di rinnovo della concessione, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario conoscere delle domande proposte dal Ministero delle Finanze.

5. – Le statuizioni sulla giurisdizione esauriscono l'esame del ricorso.

Ed invero, il rigetto delle domande riconvenzionali, nella sentenza della Corte d'appello, si presenta come la conseguenza del fatto che è stata accolta la domanda principale.

Sicché le questioni di diritto e di fatto che costituiscono il merito della controversia debbono tornare ad essere esaminate dal giudice di merito, sulla base dei motivi di appello contrapposti alla sentenza di primo grado, che era stata pronunciata in accoglimento delle domande riconvenzionali.

La sentenza è quindi cassata, in parte senza rinvio, in parte con rinvio.

Il giudice di rinvio è indicato in altra sezione della Corte d'appello di Milano.

Le è rimesso di provvedere anche sulle spese di questo grado del giudizio.

P.Q.M.

La Corte, pronunciando sul ricorso, lo accoglie, dichiara il difetto di giurisdizione del giudice ordinario e la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda principale e la giurisdizione del giudice ordinario sulle domande riconvenzionali; per la prima parte cassa senza rinvio, per la seconda rinvia ad altra sezione della Corte d'appello di Milano anche per le spese.

(omissis)

TRIBUNALE SUPERIORE DELLE ACQUE PUBBLICHE, ordinanza 28 maggio 2001 – Pres. Viola – Rel. Millemaggi Cogliani – C. ed altro (avv. S. Orestano) c. Prefetto di Roma (avv. Stato Lettera), Soc. I.-L.E.S.I. S.p.A. (avv.ti Biasotti Mogliazza e Gambardella) e Comune di Tivoli (avv. Mirabelli Centurione).

Acque pubbliche – Giudizio dinanzi al tribunale Superiore – Ordinanza di sospensione – Reclamo – Ammissibilità.

(R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775, artt. 143 e 208; cod. proc. civ. artt. 669 *terdecies* e 669 *quaterdecies*).

A norma del combinato disposto dell'art. 208 R.D. 11 dicembre 1933 n. 1775 e degli artt. 669 terdecies e 669 quaterdecies del codice di procedura civile, nel procedimento davanti al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, sono reclamabili al collegio le ordinanze emesse dal Consigliere delegato, su richiesta di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato in forza dell'art. 195 R.D. (1)

(*omissis*)

1 – In rito.

Questo Tribunale Superiore, con ordinanza collegiale n. 178/2001, resa nelle Camere di consiglio 27 febbraio e 2 aprile 2001 sul procedimento n. 1/2000 CC in esame, si è già pregiudizialmente pronunciato in ordine alla ammissibilità del reclamo avverso l'ordinanza emessa dal D.G., a norma dell'art. 193 del T.U. n. 1773 del 1933, innovativamente rispetto a contrario, precedente, orientamento sulla medesima materia (ordinanza collegiale 20 febbraio 2001 in esito al ricorso in camera di consiglio n. 1198; ordinanza collegiale 8 giugno 2000 in esito al ricorso in camera di consiglio n. 4/99).

(1) Il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche scopre il reclamo cautelare ex art. 669 terdecies c.p.c.

Il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche (1), quale giudice degli interessi legittimi in unico grado (2), ha dichiarato, sovvertendo la propria monolitica giurisprudenza, l'ammissibilità del reclamo di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c. (3) avverso le ordinanze cautelari emesse dal consigliere delegato ai sensi dell'art. 195 R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775. Sin qui, infatti, dinanzi al Tribunale Superiore le parti non potevano ottenere in alcun modo l'immediato riesame da parte del collegio della misura cautelare concessa o negata dal Consigliere delegato.

(1) Per trattazioni specifiche concernenti la competenza ed il procedimento dinanzi al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche: IANNOTTA, *Giurisprudenza del Tribunale delle Acque Pubbliche*, in *Foro Amm.*, 1997, I, 2503; VACIRCA, *Tribunali delle Acque Pubbliche*, in *Enc. Treccani*, 1992; VERRIENTI, *Giurisdizioni amministrative speciali*, in *Digesto Disc. Pubbl.*, VII, 1991, 490; PRATIS, *Tribunale Superiore delle Acque*, in *Nss. Dig. It.*, XIX, 1973, 714; *Id.*, *Problemi costituzionali sulla giurisdizione del T.S.A.P.*, in *Rass. giur. Enel*, 1970, 826; MICCOLI, *Le acque pubbliche*, Milano, 1958.

(2) Il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, quale giudice degli interessi in unico grado, ha una competenza generale di legittimità ed una competenza estesa al merito nelle specifiche ipotesi di cui alla lettera B) dell'art. 143 R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775, nonché ai sensi dell'art. 26 R.D. *cit.* e che, in ordine a tale giurisdizione «nulla è innovato» come lapidariamente recita l'art. 34 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (come sostituito dall'art. 7 legge 21 luglio 2000, n. 205).

(3) Per la dottrina in ordine al procedimento cautelare nel processo civile *ex plurimis*: C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2001, 323; MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 1179; PROTO-PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1999, 694 e ss.; *Id.*, *La nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, 1991, V, c. 57; MONTESANO-ARIETA, *Diritto processuale civile*, Torino, 1999, 353; REDENTI-VELLANI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1999, 140; VERDE-CAPPONI, *Profilo del processo civile*, III, Napoli, 1998, 325; CIRULLI, *La nuova disciplina dei rimedi contro i provvedimenti cautelari*, Padova, 1996; FINOCCHIARO, *Sul nuovo processo cautelare*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1995, 855.

Del mutato indirizzo deve essere data, in questa sede, congrua motivazione.

Invero, la disponibilità di misure cautelari nei giudizi avverso provvedimenti amministrativi, nelle materie attribuite alla cognizione diretta del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche a norma dell'art. 143 del T.U. 11 dicembre 1933 n. 1775, così come contemplata dall'art. 195 dei T.U. citato, è strumentale all'effettività della tutela giurisdizionale diversamente dalla misura prevista dall'art. 21 della legge n. 1034 del 1971 nell'ambito dell'ordinaria tutela giurisdizionale nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

Essa costituisce espressione precipua del principio per il quale «la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione affermato», in più occasioni, dalla Corte Costituzionale, specificamente con riguardo alle misure previste dal codice di procedura civile (sentenze n. 190 del 1985 e 253 del 1994).

La singolarità della disciplina contenuta nel T.U., rispetto alle regole che presiedono al processo amministrativo ordinario risiede nella circostanza che, mentre, in quest'ultimo il potere decisorio spetta al giudice amministrativo nella medesima composizione collegiale prevista per le decisioni di merito, nel giudizio *ex art.* 143 T.U. sulle acque, siffatto potere è attribuito, dall'art. 195 citato, al Consigliere delegato.

La mancata previsione della possibilità di «impugnazione» delle ordinanze cautelari, viceversa prevista per i provvedimenti di cui agli artt. 162 e 175 R.D. *cit.*, era da sempre ritenuta sintomo inequivocabile che «è da escludere ... in conformità anche della tradizione, che le ordinanze in parola siano reclamabili al Collegio» (4). Ancora di recente il Tribunale Superiore aveva peraltro ribadito l'orientamento contrario al riesame delle ordinanze cautelari sia con riferimento alla possibilità di estendere alle stesse il rimedio previsto in relazione all'ammissione dei mezzi istruttori dall'art. 162 R.D. *cit.* (5), sia con specifico riferimento all'applicabilità *tout-court* del reclamo cautelare di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c. (6)

Se sul piano storico non può meravigliare la mancata previsione da parte del legislatore delle acque della «impugnabilità» delle ordinanze cautelari in quanto all'epoca, più che come istituto di rito contenzioso, la «sospensione» era concepita quale deroga eccezionale all'esecutorietà dell'atto amministrativo (rispetto a cui era speculare che ne andasse ammessa potenzialmente la sola revocabilità), sorprende viceversa che la giurisprudenza del Tribunale Superiore sia rimasta sino ad oggi come cristallizzata senza registrare che, nel frattempo, il riesame dei provvedimenti cautelari era divenuto misura del principio stesso di effettività della tutela giurisdizionale realizzato dapprima nel processo amministrativo (7) e poi normativizzato

(4) Testualmente da REGGIO D'ACI, *Il procedimento davanti ai Tribunali delle Acque Pubbliche*, in *Foro Amm.*, 1984, 1592.

(5) Tribunale Superiore Acque Pubbliche, ord. 21 aprile 1993, in *Rass. Giur. Enel*, 1995, 348, con nota di G.B. CONTE, *Processo cautelare amministrativo del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche: una anomalia non giustificata*.

(6) Tribunale Superiore Acque Pubbliche, ord. 8 giugno 2000, id. ord. 20 febbraio 2000 e ord. 7 marzo 2001, tutte inedite.

(7) Le tappe più significative di tale evoluzione possono così sintetizzarsi: a) appellabilità delle ordinanze cautelari emesse dal T.A.R. *ex art.* 21 legge 1034/1971 (Cons. di Stato, Ad. Plen., 20 gennaio 1978, n. 1 (ord.), in *Giur. It.* 1978, III, 1, con nota di SANDULLI, *Svolta giurisprudenziale sull'inappellabilità delle ordinanze dei Tribunali Amministrativi in materia di sospensione*; CARULLO, *Il doppio grado di giurisdizione nel giudizio cautelare amministrativo*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1973, 1115); b) riconoscimento della rilevanza costituzionale del doppio grado di giurisdizione nel processo amministrativo (Corte Costituzionale, 1 febbraio 1982, n. 8, in *Foro it.*, 1982, I, c. 329); c) ammissibilità della tutela d'urgenza nelle controversie patrimoniali del pubblico impiego (Corte Costituzionale, 28 giugno 1985, n. 190, in *Foro it.*, 1985, I, c. 1882 con nota di PROTO-PISANI; d) riforma del processo amministrativo di cui alla legge 21 luglio 2000, n. 205.

In assenza, nell'ambito delle norme di procedura di cui al T.U. n. 1775/1933, di una regola generale che stabilisca – tramite l'istituto del reclamo – un controllo di tipo impugnatorio su tutti i provvedimenti del giudice delegato ed in presenza, al contrario, di ipotesi tipiche di reclamo, in tema di ammissione dei mezzi di prova (art. 162) e di incidenti processuali in corso di causa, quali, specificamente, le controversie concernenti l'intervento in causa o la chiamata in garanzia o altre questioni simili (art. 175) non suscettibili di applicazione analogica – in un sistema generale che ammette, nello stesso campo della giustizia amministrativa (a livello di garanzie costituzionali), la discrasia di un procedimento generale fondato sul doppio grado del giudizio e di un procedimento particolare che ammette, avverso le sentenze del Tribunale Superiore, soltanto il ricorso per cassazione, nei limiti stabiliti dall'art. 201 dello stesso T.U. è stato, in passato, ritenuto che il potere cautelare di cui all'art. 195 citato si configurasse, nel contesto delle norme di procedura contenute nel T.U. n. 775 del 1933, come potere proprio del Consigliere delegato, le cui ordinanze di sospensione, conclusive del procedimento incidentale cui ineriscono, sarebbero rimaste sottratte al controllo del collegio, ma soltanto destinate ad essere assorbite dalla decisione collegiale sul ricorso principale (salva la ventilata possibilità di un controllo di legittimità della Corte Suprema di Cassazione a norma dell'art. 111 Cost.).

La tesi in parola, tuttavia, non resiste ad una più approfondita riflessione sia sulla natura del potere assegnato dall'art. 195, al Consigliere delegato, in correlazione alla disposizione contenuta nell'art. 208 dei T.U. 1775/33, che espressamente impone l'osservanza “per tutto ciò che non sia regolato dal presente titolo” delle norme del codice civile, nonché, per i ricorsi previsti nell'art. 143, delle norme contenute nel titolo III, capo II, del T.U. 1054/24 delle leggi sul Consiglio di Stato, alla luce della recente giurisprudenza di questo Tribunale Superiore (sentenza 14 giugno 1999, n. 87, in *Cons. Stato*, 1999, II, 915) in materia di reclamo al collegio e, più in generale, di norme applicabili al procedimento, nelle materie di cui all'art. 143 T.U., in assenza di una specifica disciplina nel medesimo contesto.

con la (sempre meno) novella processuale 353/1990. La stessa Corte Costituzionale aveva invitato a vigilare affinché «la specialità della materia, se può giustificare l'attribuzione ad un giudice specializzato – quale è il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche – del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi concernenti la materia stessa, non giustifica invece una tutela giurisdizionale differenziata, quanto alla modalità ed ai contenuti, in presenza di situazioni soggettive di identica natura» (8).

Era divenuto ormai non ulteriormente tollerabile che dinanzi al Tribunale superiore, quale giudice degli interessi, venisse celebrato un processo amministrativo a tutela cautelare «dimezzata».

(8) Corte Costituzionale, 31 gennaio 1991, n. 42, in questa *Rassegna*, 1992, I, 1, 14.

Dalla citata sentenza (concernente specificamente il differente problema delle norme applicabili in tema di reclamo al collegio avverso l'ordinanza di estinzione del giudizio), deve ricavarsi il principio, secondo cui, in assenza di una disciplina generale dell'istituto del reclamo avverso le ordinanze del consigliere delegato nel procedimento disciplinato nel titolo IV, capo II, del T.U. n. 1775 del 1933, e in difetto di applicabilità degli artt. 162 e 175 dello stesso testo unico (che disciplinano l'istituto del reclamo in ipotesi del tutto particolari), deve essere fatto riferimento alle norme del codice di procedura civile che disciplinano il controllo del collegio sui provvedimenti affini del giudice delegato. In correlazione poi, al più generale problema della individuazione della norma processuale applicabile, è stato ritenuto che la corretta lettura dell'art. 208 del T.U. non consentisse l'ibrida commistione di norme procedurali inconciliabili e, che pertanto, nell'ambito di un istituto, quale è quello disciplinato dall'art. 151 u.c. T.U. (cancellazione della causa dal ruolo per inattività delle parti) l'integrazione della normativa non potesse essere ricercata che nelle omologhe disposizioni del codice di procedura civile.

L'attuale (seppur tardiva) svolta copernicana è dunque da plaudire e, come altrove già auspicato (9), l'ammissibilità del reclamo cautelare ex art. 669 *terdecies* c.p.c. quale strumento di riesame, appare l'unico strumento possibile per realizzare l'adeguamento costituzionale della tutela cautelare dinanzi al T.S.A.P. e compatibile rispetto alla struttura del relativo procedimento modellato dal legislatore degli anni trenta sulla procedura dell'allora codice di rito per i giudizi civili (salvo le deroghe determinate dalla specialità della materia).

Occorre infatti rammentare che a tale risultato il Tribunale Superiore non poteva pervenire utilizzando il grimaldello, come pure suggerito in dottrina (10), costituito dagli artt. 162 e 175 R.D. 1775/1933 secondo cui le ordinanze sull'ammissione dei mezzi istruttori o che risolvono le questioni incidentali di cui al citato art. 175 «possono impugnarsi nel termine di tre giorni» dinanzi al collegio. È, infatti, evidente che in alcun modo l'ordinanza cautelare è assimilabile a quella che decide sull'ammissione dei mezzi istruttori né può farsi rientrare nelle «questioni incidentali» di cui all'art. 175 *cit.* Nel riferimento «a ... controversie su altre questioni incidentali» contenuto nel richiamato art. 175 possono, infatti, ricomprendersi solo «le ordinanze che risolvono vicende prodromiche o interlocutorie necessarie per addivenire alla definizione del merito. E tale non può ritenersi l'ordinanza espressione del potere cautelare riconosciuto dall'art. 195 citato» che, come tale, «lascia impregiudicata ogni questione inerente la proponibilità, ammissibilità, ricevibilità e fondatezza del ricorso principale» (11).

(9) Per un'analisi più completa in ordine all'ammissibilità del reclamo cautelare ex art. 669 *terdecies* c.p.c. rinvio a MUTARELLI, *Processo amministrativo del tribunale Superiore delle Acque Pubbliche e tutela cautelare dimezzata*, in questa *Rassegna*, 1996, II, 1.

(10) G.B. CONTE, *Processo cautelare amministrativo del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche: una anomalia non giustificata*, in *Rass. giur. Enel*, 1995, 348.

(11) Consiglio Stato, sez. V, 19 dicembre 1959, n. 1423 in *Consiglio Stato*, I, 1715; CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1988, 582. In ordine all'autonomia dell'azione cautelare nella teoria generale del processo: PROTO-PISANI, *La nuova disciplina del processo civile, cit.*, 302 e ss.; TARZIA, *Il nuovo processo cautelare*, Milano, 1993.

Orbene siffatta impostazione è stata pienamente condivisa dalle Sezioni Unite della Cassazione (Cass., S.U. 23 aprile 2001, n. 170 in *Foro it.*, mass., 2001 c. 360) che, decidendo sui ricorsi (principale ed incidentale) sulla citata sentenza, ne ha confermato le statuizioni, affermando che le disposizioni procedurali contenute nel testo unico in esame devono essere integrate con le norme di cui l'art. 208 dello stesso T.U. impone l'osservanza per tutti gli aspetti procedurali che non siano regolati dalla citato titolo IV, «prime fra tutte quelle del codice civile alle quali la disposizione in parola, non a caso, fa principalmente rinvio in ragione della particolare struttura dei Tribunali delle acque, ivi compreso il Tribunale Superiore, e della loro peculiare posizione nell'ambito dell'amministrazione giudiziaria, richiamando solo sussidiariamente, anche per i ricorsi previsti nell'art. 43, le norme del titolo III, capo II, del T.U. 1054/24 delle leggi sul Consiglio di Stato, come è fatto palese dalla congiunzione "nonché" che precede tale richiamo». L'insegnamento che precede, correlato, fra l'altro, alla disposizione, contenuta nell'art. 669 *quattordices* Cod. proc. civ., che definisce l'ambito di applicazione delle disposizioni in tema di procedimenti cautelari "in generale" (di cui agli artt. 669 *bis* e segg. c.p.c.), deve far concludere per la reclamabilità al collegio dell'ordinanza del consigliere istruttore che concede o nega la misura di cui all'art. 195 del T.U. sulle acque pubbliche. Invero, siffatta soluzione si impone non soltanto per effetto della corretta lettura dell'art. 208 T.U. 1775/33, in relazione all'art. 669 *quattordices* c.p.c., ma per l'esigenza, altresì, di interpretare ed applicare l'art. 195 T.U. coerentemente con il sistema delle garanzie offerte alle parti, in tema di strumenti cautelari nel processo, nell'ambito sia della giustizia amministrativa, sia della giustizia ordinaria.

Del resto anche per il processo amministrativo ordinario l'assorbimento del provvedimento interinale nella sentenza è un effetto proprio della sua provvisorietà (e non della sua incidentalità) così come effetto della strumentalità è la revocabilità e modificabilità delle misure cautelari ove si verifichino «fatti sopravvenuti» come testualmente recita l'art. 21 legge 1034/1971 come modificato con legge 205/2000 (il principio era peraltro già codificato nel processo civile dall'art. 669 *decies* c.p.c. con riferimento a «mutamenti nelle circostanze» (12).

Peraltro, attesa la centralità della tutela cautelare, il carattere estremamente ridotto del termine per «l'impugnazione» ivi previsto (tre giorni) non poteva ritenersi compatibile con il diritto all'azione (artt. 3 e 24 Cost.) alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale secondo cui la congruità di un termine processuale «deve essere valutata tanto in rapporto all'interesse del soggetto che ha l'onere di compiere un certo atto per salvaguardare i propri diritti quanto in relazione alla funzione assegnata all'istituto nel sistema dell'intero ordinamento giuridico» (13).

(12) Peraltro l'ammissibilità della revoca non esclude nel processo civile la reclamabilità della stessa ordinanza di revoca: Trib. Padova, (ord.) 12 dicembre 1998, in *Giur. It.*, 2000, 87, con nota di CORSINI, *Il reclamo contro il provvedimento di revoca o modifica della misura cautelare*; Trib. Latina, (ord.) 5 dicembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2117; Trib. S.M. Capua Vetere, (ord.) 5 novembre 1996, in *Foro it.*, 1997, I, c. 1634, con nota di MUTARELLI, *Per la (conseguita) reclamabilità dei provvedimenti di revoca o modifica*.

(13) Corte Costituzionale, 22 dicembre 1969, n. 159, in *Foro it.*, 1970, I, 381; *id.*, 18 gennaio 1977, in *Foro it.*, 1977, I, 781.

La funzione assoluta dall'art. 208 T.U. 1775/33 non differisce da quella dell'art. 21 della legge n. 1034 del 1971, né, nelle linee più generali, degli artt. 669 *bis* e segg. cod. proc. civ., sicché, assumono rilievo le considerazioni svolte in argomento dalla Corte costituzionale, che ha posto l'accento (sentenza 253 del 1994) sulla esigenza di una disciplina che assicuri (in modo omogeneo) i requisiti propri (e minimi) imposti, al modello processuale, dalle garanzie di cui al sistema costituito dagli artt. 3 e 24 della Costituzione, in tema di contraddittorio, obbligo di motivazione e posizione delle parti nell'esercizio dei rispettivi diritti.

Nel procedimento davanti al complesso giurisdizionale T.A.R.-Consiglio di Stato, che affida la pronuncia sul procedimento cautelare incidentale alla stessa composizione collegiale chiamata, poi, a pronunciarsi nel merito, l'ordinanza, che concede o nega la misura cautelare, è configurata come provvedimento conclusivo di un procedimento incidentale, autonomamente ed immediatamente sottoponibile al controllo del giudice di secondo grado. Invero, il comma 8 dell'art. 21 legge 1034/71, in forza delle novità introdotte dalla n. 205 del 2000, ha conferito al Presidente del collegio il potere eccezionale di disporre monocraticamente, misure cautelari provvisorie, le quali, tuttavia, nulla hanno a che vedere con il potere accordato al giudice delegato dal più volte citato art. 193 del testo unico, in quanto si tratta di misure che non soltanto non esauriscono il procedimento incidentale, né escludono la pronuncia dell'organo di giustizia nella sua composizione collegiale, ma, al contrario, presuppongono lo svolgimento del procedimento in camera di consiglio e sono destinante a perdere efficacia con la pronuncia collegiale, analogamente a quanto previsto dall'art. 669 *quinquies*, comma 2, cod. proc. civ., allorché il giudice decida con decreto prima della convocazione delle parti.

L'unico percorso (ancora) praticabile dal Tribunale Superiore per rendere riesaminabili le ordinanze cautelari del Consigliere delegato era ritenere applicabile il reclamo disciplinato dall'art. 669 *terdecies* c.p.c., quale espressione di principi che devono ritenersi oramai costituzionalizzati (14) e, come tale immediatamente applicabile in virtù, da un lato, del richiamo al codice di procedura civile contenuto nell'art. 208 R.D. 1775/1933 secondo cui «per tutto ciò che non sia regolato dalle disposizioni del presente titolo si osservano le norme del codice di procedura civile in quanto applicabili, nonché per i ricorsi previsti dall'art. 143 le norme del titolo III, capo II del testo unico 26 giugno 1924, n. 1054 delle leggi sul Consiglio di Stato» e, dall'altro, dell'inesistenza nel predetto R.D. di norme con esso incompatibili.

Del resto già intuitivamente la mancanza di una specifica previsione nel R.D. 1775/1933 e la appellabilità delle ordinanze cautelari del T.A.R., conseguita prima in via di interpretazione giurisprudenziale e poi espressamente sancita dall'art. 28 legge 1034/1971 (come modificato con l'art. 3 legge 21 luglio 2000, n. 205) dovevano (già da tempo) indurre a ritenere che dinanzi al T.S.A.P. non potesse continuare a trovare cittadinanza una tutela cautelare così differenziata rispetto a quella realizzata sia nel processo civile che in quello amministrativo. Il c.d. doppio grado di controllo cautelare, attuato nei predetti processi, imponeva infatti che tale conclamato principio di rilievo costituzionale (artt. 3 e 24 Cost.) trovasse attuazione nel procedimento dinanzi al tribunale Superiore la cui struttura (in unico grado) rende configurabile solo un «riesame» endoprocessuale.

(14) Corte Costituzionale, 23 agosto 1994, n. 253, in *Foro it.*, 1994, I, c. 409 con nota di CONSOLO, *Il reclamo cautelare e la «parità di armi ritrovata»*; MUTARELLI, *In favore del «demerito» nel procedimento possessorio*, in *Corriere giur.*, 1996, 89; TOMMASEO, *Rigetto della domanda cautelare e garanzia del reclamo*, in *Corriere giur.*, 1994, 948. Per l'analisi dei principi che la dottrina processualistica ritiene propri della tutela cautelare in generale PROTO-PISANI, *Chivenda e la sua tutela cautelare*, ora in *Scritti per Mario Nigro*, Milano, 1991, 389; ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, Torino, 1997.

Diversamente dal processo amministrativo ordinario, che non conosce, con carattere di generalità, la figura del Giudice delegato, il codice di procedura civile affida al Collegio la *revisio prioris instantiae*, allorché a decidere sull'istanza cautelare sia stato il giudice singolo del Tribunale (art. 669 *terdecies*).

Deve pertanto convenirsi che l'applicabilità del reclamo cautelare *ex art. 669 terdecies* c.p.c. ai provvedimenti cautelari del T.S.A.P. costituisca integrazione costituzionalmente ineludibile alla luce della evoluzione dei due ordinamenti processuali di riferimento e, sotto il profilo strutturale, determinata dalla particolare fisionomia del giudizio dinanzi al T.S.A.P. modellato per molti aspetti (già) su quello del processo civile.

La giurisprudenza del resto, dopo le prime incertezze, adeguandosi alle indicazioni della dottrina, ha definitivamente riconosciuto il carattere dinamico del predetto richiamo che deve ritenersi riferito al codice di procedura civile vigente e non più all'abrogato codice del 1865 (15). È stato infatti efficacemente evidenziato che l'art. 208 R.D. citato più che un rinvio in senso tecnico contiene l'enunciazione del «principio delle applicabilità in materia delle norme contenute nel codice di procedura civile, come costituenti norme generali rispetto a quelle speciali contenute nel testo unico 1775/1933 ... legge generale che non può che essere quella in vigore al momento in cui si svolge il singolo procedimento» (16).

Può pertanto prescindere dall'analisi della problematica (neanche peraltro sollevata da Tribunale Superiore nel provvedimento in esame) se il rinvio alle norme del codice di procedura civile nonché a quelle del procedimento dinanzi al Consiglio di Stato da parte del citato art. 208 determini una sorta di gerarchia tra le fonti integrative di rinvio (17). Tale indagine non presenta, infatti, utilità pratica rispetto al tema proposto atteso che, da un lato, nel processo amministrativo ordinario ha trovato legislativa conferma il doppio grado cautelare (art. 28 legge 1034/1971 come modificato con legge 205/2000) e, dall'altro, che la stessa possibilità di integrazione del processo amministrativo con le norme del codice di rito, oltre che elaborata in dottrina, è ritenuta consentita dalla giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato quando le norme oggetto della integrazione non abbiano una funzione e struttura tali da farle apparire dettate con esclusivo riferimento all'ordinario processo civile «e non contrastino con i principi propri del processo innanzi al giudice degli interessi» (18).

(15) Dopo le prime decisioni in ordine alla natura statica del rinvio (Cass., 25 maggio 1965, n. 1029 in *Foro it.*, 1965, I c. 1921) la giurisprudenza appare orientata in favore della natura dinamica del richiamo (Cass. S.U., 29 gennaio 2001, n. 34, in *Foro it.*, *mass.*, 2001 c. 71; Cass., S.U., 23 aprile 2001, n. 170, in *Foro it.*, *Mass.*, 2001, c. 360; Cass. S.U., 29 ottobre 1982, n. 5693, in *Foro it.*, 1982, I, c. 75 con nota di PIETROSANTI). In dottrina in tal senso SGROI, *Sistema processuale in materia di acque pubbliche*, in *Giust. Civ.*, 1973, I, 562; BUSCA, *Condizioni per l'ammissibilità dell'appello contro le sentenze dei Tribunali delle Acque Pubbliche*, in *Foro pad.*, 1965, I, 485; SALETTI, *Termine per appellare al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche e rinvii alle norme del codice di procedura civile*, in *Temi*, 1971, 493.

(16) Cass., 2 febbraio 1973, n. 311, in *Giust. Civ.*, 1973, I, 560.

(17) Si rinvia per l'analisi di tale problematica a PRATIS, *Tribunale Superiore*, cit. 727.

(18) In tal senso Consiglio di Stato, Ad. Plen., 8 aprile 1963, n. 6 in *Foro it.*, 1963, III, c. 298 ed ivi nota redazionale. In dottrina è tradizionale il richiamo NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, 47 e ss.; *id.*, *Giustizia amministrativa* 1988, 325 secondo cui dovrebbero ritenersi immediatamente applicabili al processo amministrativo le norme espressione di principi di diritto processuale comune con il limite del rispetto dei principi propri del giudizio amministrativo per quanto concerne la peculiare struttura del procedimento ed il tipo di interessi coinvolti. VERDE, *Norme processuali ordinarie e processo amministrativo*, in *Foro it.*, 1865, 157, dopo ampio *excursus* sulle norme del codice di procedura civile e dei principi processuali di rilievo costituzionale che hanno trovato applicazione nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, osserva come sia in atto un fecondo processo di osmosi tra processo civile ed amministrativo e riconosce alle norme che regolano il processo civile il carattere di legge processuale generale. Per una immediata analisi delle implicazioni si rinvia a Consiglio di Stato, sez. IV, 28 dicembre 2000 n. 6947; sez. V, 2 marzo 1999, n. 222, in *Foro it.*, 2001, III, 336 con nota di SIGISMONDI, *Le nuove eccezioni nell'appello al Consiglio di Stato: tra autonomia del processo amministrativo e disciplina del codice processuale civile*.

In entrambi i tipi di processo è dunque contemplata una revisione della misura, affidata ad un giudice differente, senza che rilevi, sotto il profilo della pienezza e del grado di tutela, la circostanza che, nel primo caso, il controllo assuma la forma procedimentale dell'appello e, nell'altro, del reclamo.

Il ritenere sottratte al controllo del collegio delle ordinanze cautelari Consigliere delegato, non mancherebbe dunque di indurre il dubbio sulla legittimità costituzionale della disposizione contenuta nell'art. 195 T.U. del 1993, che, tuttavia, deve essere risolto (secondo i canoni generali di interpretazione delle fonti normative e l'insegnamento della Corte costituzionale che, in più occasione ha avvertito l'esigenza che la lettura delle norme sia fatta nella maniera più conforme al dettato costituzionale) alla luce di quanto disposto dal più volte richiamato art. 208 dello stesso testo unico.

In conclusione, pertanto, i due reclami sono, entrambi, ammissibili.

2. – Nel merito, tuttavia, i reclami sono infondati.

Si tratta della occupazione di urgenza dell'immobile di proprietà dei reclamanti, disposta con decreto del Prefetto della Provincia di Roma, per la realizzazione di opere di difesa idraulica a salvaguardia dell'abitato di Ponte Lucano in comune di Tivoli, rese indispensabili dalla necessità di porre in condizioni di sicurezza il sito, soggetto a ricorrenti fenomeni di tracimazione ed esondazione. Lo stesso fabbricato del quale si tratta ne subisce in modo ricorrente le conseguenze e gli interessati hanno a più riprese avanzato richiesta di risarcimento del danno, attribuendo le inondazioni dell'immobile (adibito a casa di abitazione ed a domicilio lavorativo) ed i consequenziali danni, a responsabilità dell'Amministrazione.

L'applicabilità dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. diviene così integrazione costituzionalmente necessitata e strutturalmente compatibile con il procedimento dinanzi al T.S.A.P. in cui il provvedimento cautelare è emesso dal Consigliere delegato (laddove nel giudizio amministrativo ordinario è di competenza del collegio).

Del resto in chiave confermativamente sinergica l'art. 669 *quaterdecies* c.p.c., nel delineare l'ambito di operatività del processo cautelare uniforme, appare consentire (anche) un giudizio di contabilità parziale (19) tra procedimento cautelare e misure cautelari c.d. extravaganti.

In analogia prospettiva evolutiva ed alla luce di un analogo richiamo dinamico al codice di procedura civile contenuto nell'art. 26 R.D. 13 agosto 1933, n. 1038, la Corte dei Conti, ben prima del Tribunale Superiore, cogliendo la *vis expansiva* del reclamo cautelare di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c., ha statuito l'applicabilità di tale rimedio endoprocedurale alla misura del sequestro contabile (20).

(19) Per una acuta analisi nella nozione stessa di «compatibilità» TOMMASEO, *Variazioni sulla clausola di compatibilità*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1991, 3776. Quanto all'esame della problematica circa l'ammissibilità della c.d. compatibilità parziale desumibile dall'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. rinvio per brevità a MUTARELLI, *Processo cautelare e misure fiscali ex art. 26 legge 4/1929*, in *Corriere giur.*, 1994, 1372 ed *ivi* riferimenti.

(20) Corte dei Conti, Sezioni Riunite, 28 luglio 1994, n. 6, in *Riv. Corte dei Conti*, 1994, fasc. IV, II, 51; Corte dei Conti, sez. I, 12 gennaio 1995, n. 1 in *Riv. Corte dei Conti*, 1995, fasc. I, 109; Corte dei Conti, sez. giur. Sard., 22 febbraio 1995, n. 207 in *Riv. Corte dei Conti*, 1995, fasc. 2, II, 269. In dottrina GARRI, *I giudizi innanzi alla Corte dei Conti*, Milano 2000, 371, sembra ammettere il reclamo anche contro le ordinanze di revoca del sequestro; SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, Milano, 1999, 326.

Il Consigliere delegato, investito dell'istanza cautelare incidentale, ha dapprima concesso la sospensione a termine e quindi, acquisiti, nella sede istruttoria gli elementi necessari ad una sommaria delibazione del *fumus* alla stregua delle censure dedotte dalla parte ricorrente, ha negato, con ordinanza resa in data 5 dicembre 2000, la sospensiva richiesta alla luce della comparazione degli interessi in giuoco, sulla considerazione della decisiva prevalenza degli interessi pubblici coinvolti.

Avverso tale ordinanza si rivolge il reclamo rubricato al n. 1/2000 del ruolo dei procedimenti in C.C.

Al riguardo il collegio deve condividere il procedimento logico sulla cui base il Consigliere delegato ha negato la sospensione.

La formula secondo cui "la esecuzione dell'atto o del provvedimento può tuttavia essere sospesa per gravi ragioni con ordinanza motivata del giudice delegato, ad istanza del ricorrente" contenuta nell'art. 195 T.U., corrisponde, per i profili sostanziali della tutela accordata, al contenuto dell'art. 21 della legge 1034 del 1971 e soggiace ai medesimi presupposti, fra i quali assume un ruolo pregnante la sommaria delibazione sull'esito del ricorso, alla luce dei profili di illegittimità denunciati, e quindi, in successiva approssimazione, la sussistenza del danno attuale, grave ed irreparabile, la cui valutazione esige anche la comparazione con l'interesse pubblico, considerato e valutato con riferimento ai medesimi parametri di attualità, gravità ed irreparabilità.

Alla luce della documentazione in atti ritiene il collegio che ciascuno degli argomenti posti a sostegno dei motivi di impugnazione e le stesse censure dedotte presentano margini di opinabilità tali (in forza delle caratteristiche che connotano la situazione di fatto), da non consentire un pronostico di esito favorevole, in sede di sommaria delibazione – allo stato dell'istruttoria mentre, d'altra parte, il danno lamentato (sotto qualsiasi angolazione si esamini), si configura connotato delle caratteristiche proprie della patrimonialità e della risarcibilità, in relazione anche ai diritti abitativi e di libero esercizio dell'attività lavorativa, il cui pericolo di compromissione appare connesso ancor più al perdurare della situazione di pericolosità idraulica, comune a tutto l'abitato alla cui sicurezza si rivolge l'intervento, che dalla adozione delle misure previste dall'amministrazione ed alla cui concreta attuazione è rivolta l'occupazione della quale si tratta.

Per quanto poi concerne la seconda ordinanza (del 7 marzo 2001), non può condividersi l'impostazione secondo cui la pendenza del reclamo al collegio avverso il primo provvedimento negativo avrebbe privato il giudice delegato del potere di rideterminarsi sulla successiva istanza di riesame.

Può pertanto concludersi evidenziando la capacità di espansione «trasversale» del rimedio endoprocedurale del reclamo cautelare *ex art. 669 terdecies c.p.c.* ad ogni tipo di procedimento giurisdizionale ed auspicando che esso possa costituire misura utile per donare nuova linfa al procedimento dinanzi al T.S.A.P. per il quale «nulla è innovato» come (tristemente) recita l'art. 34 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (come sostituito dall'art. 7 legge 205/2000).

La decisione collegiale, infatti, ove fosse sopravvenuta nelle more, avrebbe potuto, al più rendere inammissibile-improcedibile l'istanza di riesame al Consigliere istruttore analogamente a quanto si sarebbe verificato (per quanto concerne il reclamo n. 1/2000) qualora il riesame avesse avuto esito favorevole per i richiedenti, sotto il profilo del sopravvenuto difetto di interesse.

Nella situazione nella quale è stata esaminata la seconda istanza, il Consigliere delegato correttamente ha deciso sulla base della regola generale che consente di modificare o revocare il provvedimento cautelare soltanto se "si verificano mutamenti nelle circostanze" (art. 669 *decies* c.p.c.).

In senso conforme si esprime l'art. 3 legge n. 205 del 2000, innovativo della legge n. 1034 del 1971.

Pertanto, correttamente è stata rigettata l'istanza "non motivata con riferimento a fatti sopravvenuti".

(*omissis*)

CORTE D'APPELLO DI TRIESTE, sez. I, 4 gennaio 2001, n. 10 – Pres. Sammartano B - Rel. Pellizzoni – Istituto K. c. Ministero della Pubblica Istruzione (avv. Stato).

Concorrenza – Istruzione pubblica – Natura non imprenditoriale – Non configurabilità di atti di concorrenza sleale nei confronti di istituti scolastici privati.

Per gli enti che istituzionalmente rivestono caratteri pubblicistici, il divieto di concorrenza sleale trova applicazione solamente nel caso in cui essi svolgano attività imprenditoriale in regime di concorrenza con altri imprenditori (1).

Deve escludersi che l'attività di pubblica istruzione che è il profilo istituzionale dell'ente possa essere considerata una attività di tipo imprenditoriale (2).

Le istituzioni scolastiche statali assolvono ad un servizio pubblico di rilievo costituzionale, che è connotato proprio dall'assenza di fini di lucro (3).

La concorrenza sleale è una species che si riferisce al più ampio genus della responsabilità aquiliana, differendo quest'ultima soltanto per l'appartenenza dei soggetti alla medesima categoria imprenditoriale (4).

Il riconoscimento della mancanza degli estremi per l'azione di concorrenza sleale non esclude la possibilità di applicare, dove ne ricorrano i presupposti, le norme generali sulla responsabilità extracontrattuale (5).

(1-5) Istruzione pubblica e concorrenza sleale.

L'interessante ed inedita fattispecie affrontata dalla Corte d'appello di Trieste con la sentenza in rassegna può così sintetizzarsi.

Nel 1993 un Istituto Magistrale Statale pubblicizzava a mezzo stampa e altre forme mediatiche la prossima apertura di una «sezione di liceo linguistico» benché privo dei necessari provvedimenti amministrativi.

(*omissis*)

L'appello principale è infondato e va, pertanto, respinto, anche se la sentenza di primo grado va emendata per quanto attiene alla non affrontata questione dell'illecito aquilano.

Infondato appare invero il primo motivo d'appello, posto che, come dedotto dall'appellato Ministero della Pubblica Istruzione, non può ritenersi applicabile alla fattispecie in esame la disciplina della concorrenza sleale non essendo il convenuto ente un imprenditore commerciale.

Sostiene l'appellante che la condotta illecita degli organi dell'Istituto Statale P. e quindi in ultima analisi del Ministero, per colpa dei suoi dipendenti, era consistita in una abusiva utilizzazione, a fini di sviamento dei possibili fornitori del servizio, del termine «liceo linguistico» che connotava invece in maniera esclusiva la sua attività, quale scuola privata riconosciuta ben nota e avviata nel bacino scolastico udinese. In sostanza l'Istituto magistrato P., che era stato autorizzato dal Ministero ad avviare dei corsi sperimentali quinquennali anche ad indirizzo linguistico, aveva subdolamente utilizzato il termine liceo linguistico nei confronti del pubblico, per attirare studenti sottraendoli al concorrente istituto privato, mentre tale denominazione era riservata per legge alle sole scuole private riconosciute.

L'impugnata pronuncia che ha ritenuto non applicabile la disciplina della concorrenza sleale ai rapporti fra il Ministero della Pubblica Istruzione e l'Istituto K. non merita sul punto alcuna censura, in quanto deve escludersi che l'attività del Ministero, possa essere qualificata come imprenditoriale, anche nel senso più lato che tale termine può assumere nell'ambito concorrenziale.

Del fatto si doleva una nota scuola privata che lamentava di aver subito una sensibile riduzione degli iscritti e dei relativi proventi per effetto dell'illegittimo comportamento posto in essere dall'Istituto statale.

Il Tribunale di Trieste respingeva la domanda ritenendo inapplicabile la figura della concorrenza sleale all'attività (peraltro non economica) svolta da un soggetto non imprenditore.

La Corte d'Appello di Trieste ha respinto il gravame con ampia ed esauriente motivazione.

Le questioni giuridiche esaminate dai giudici d'appello sono di notevole attualità.

1.-2. – La prima massima impinge l'ambito di applicazione dell'art. 2598 del codice civile.

Secondo l'impostazione dominante in dottrina (RAVÀ in *Diritto industriale*, Torino, 1981, 175; FRANCESCHELLI, con ampi riferimenti bibliografici, in voce «*Concorrenza*» II concorrenza sleale, n. 35, Enciclopedia Giuridica; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, 1357), i destinatari della norma posta dall'art. 2598 del codice civile sono solo gli imprenditori in concorrenza tra loro; ciò sia dal lato attivo che dal lato passivo.

Tale assunto trova suffragio anche in giurisprudenza: «*Affinché possa configurarsi un'ipotesi di concorrenza sleale è necessario che il soggetto attivo e il soggetto passivo della concorrenza sleale rivestano entrambi la qualifica di imprenditore a prescindere dalla circostanza che esistano le autorizzazioni amministrative per l'esercizio dell'attività*». (Corte appello Bologna, 20 aprile 1996, in *Giur. it.* 1997, I, 2, 27; conformi Tribunale Napoli, 8 agosto 1997, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 259 con nota di ALBERTINI; Tribunale Perugia, 18 marzo 1996 in *Rass. Giur. Umbra*, 1997, 387; Tribunale Milano 26 maggio 1994, in *Giur. annotata dir. ind.*, 1994, 759; Corte appello Roma 23 settembre 1985, in *Giur. annotata dir. ind.*, 1985, 1949; si veda inoltre Cass., Sez. I, 15 febbraio 1999, n. 1259, in *Giur. it.* 1999, 2094).

È noto che la disciplina di cui agli artt. 2599 e segg. del c.c. è stata ritenuta applicabile, fermo il principio generale che si tratta di norme che valgono solo fra imprenditori, anche ad operatori economici diversi dagli imprenditori privati.

In sostanza pur ribadendosi che le norme sulla concorrenza sleale valgono solo fra imprenditori che svolgono una attività commerciale o industriale, si è poi estesa la nozione di imprenditore a svariate figure di operatori economici riconducibili all'ambito di cui all'art. 2082 c.c. integrato dall'art. 2093 c.c.

In tal senso si è ritenuta applicabile la disciplina della concorrenza alle imprese pubbliche, vale a dire sia agli enti pubblici economici, sia all'impresa esercitata da un ente pubblico non economico, sulla base delle indicazioni, contenute nell'art. 2093 c.c. Così ad esempio si è affermato che la disciplina della concorrenza sleale concerne gli atti riferibili all'esercizio di attività imprenditoriali ed idonei a danneggiare imprenditori concorrenti, per cui in via generale può farsi capo a tutti gli esercenti di una impresa, compresi quegli enti pubblici non economici che pure possono esercitare una impresa e che nei riguardi appunto di detto esercizio sono assoggettati alla disciplina delle imprese (v. per tutte Trib. Milano, 22 maggio 1959, in *Min. Trib.*, 1960, 380 e App. Roma 26 marzo 1984 in *Giur. amm. dir. ind.*, 1984, n. 1761).

Per contro si è escluso, da parte della Suprema Corte, l'applicabilità della richiamata normativa all'Istituto Poligrafico Zecca dello Stato per quelle attività, quali la stampa, la gestione e la vendita della G.U., le quali configurano funzioni svolte dall'interesse generale, con strumenti sottratti alla disciplina privatistica e nell'ambito del procedimento pubblicistico attinente alla pubblicazione delle leggi e degli altri provvedimenti normativi, con la conseguenza che la disciplina della concorrenza sleale è applicabile limitatamente a quelle attività, non prevalenti rispetto ai complessi ambiti dell'Istituto, che presentino i caratteri dell'esercizio della impresa (cfr. Cass. 21 giugno 1988, n. 4222, in *Foro it.*, 1988, I, 3288).

La sentenza in commento pertanto esclude l'applicabilità della disciplina della concorrenza sleale per mancanza dell'elemento soggettivo (qualifica imprenditoriale in capo al Ministero) e per la natura ontologicamente non commerciale dell'istruzione pubblica (cfr. seconda massima).

4. – 5. – Le massime rientrano nella corrente giurisprudenziale già evidenziata (cfr. nello specifico Tribunale Napoli, 8 agosto 1997 *cit.*, Tribunale Perugia, 18 marzo 1996 *cit.* e Tribunale Milano *cit.*) secondo cui, se l'attività considerata sleale è posta in essere da terzo non imprenditore, non troverà applicazione la disciplina della concorrenza sleale ma quella dell'illecito extracontrattuale ex art. 2043 codice civile, ravvisandosi il diritto soggettivo leso nella libertà di iniziativa garantito dall'art. 41 della Costituzione.

Peraltro, la Corte d'appello ha mostrato di condividere il recente mutamento di indirizzo adottato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in materia di risarcibilità di posizioni soggettive diverse dal diritto soggettivo (cfr. Cass. SS.UU. 22 luglio 1999, n. 500, in *Danno e Resp.* 1999, 965 e ss.: in materia la letteratura è vastissima; basti in questa sede il rinvio a BARCA, *La risarcibilità del danno per la lesione di interessi legittimi: orientamenti dottrinali e revirement delle Sezioni Unite*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile commentata*, 2000, 423 e ss.).

In tale prospettiva si è quindi riconosciuta come rientrante nel novero delle attività imprenditoriali, l'attività di enti pubblici territoriali (v. Trib. Milano, 1 febbraio 1964, che ha però specificato come tale ente non possa essere implicato in attività di concorrenza finché operi nell'ambito della propria organizzazione e funzione istituzionale: fuori di qui, gestendo attività economiche – centrale del latte –, è tenuto (cfr. art. 2093, 2° comma, c.c.) ad osservare le norme di correttezza professionale; Trib. Milano 8 giugno 1972 e 26 novembre 1979, che hanno affermato che al divieto di compiere atti di concorrenza sleale è vincolata anche la P.A. nello svolgimento di una attività di impresa che ad essa è consentito svolgere regime di concorrenza con gli imprenditori che operano nello stesso settore), nonché l'ACI (App. Bologna, 31 gennaio 1957) e gli enti fieristici (App. Milano, 20 dicembre 1974) sempre che, peraltro, si dimostri che una determinata loro iniziativa sia stata indirizzata in proprio alla produzione o allo scambio di beni o servizi allo scopo di trarne utilità (v. Trib. Bologna, 30 novembre 1973).

Invero i giudici d'appello, negando l'omogeneità delle posizioni fatte valere rispettivamente dalla scuola privata e dal Ministero (ritenute l'una espressione della libertà di iniziativa economica e l'altra assolvimento di una pubblica funzione) hanno comunque implicitamente riconosciuto l'astratta risarcibilità dell'interesse fatto valere dall'attore in virtù dell'illegittima adozione di un provvedimento amministrativo (non oggetto di preventiva impugnazione avanti il giudice amministrativo e, quindi, inoppugnabile).

E nessun dubbio può cadere sulla natura di interesse legittimo rivestita dalla posizione soggettiva dell'istituto privato rispetto all'illegittima assunzione della qualifica di liceo linguistico da parte della scuola pubblica.

Peraltro, come risulta dalla motivazione, la domanda risarcitoria *ex art.* 2043 del codice civile è stata ritenuta infondata nel merito, non essendo stata offerta la prova né del nesso oggettivo né dell'elemento soggettivo (colpa dell'apparato).

2. – 3. – Le massime introducono uno dei problemi sottesi alla causa, ossia a quello della natura dell'istruzione pubblica nel vigente ordinamento.

Com'è noto, esistono due distinti moduli organizzativi attraverso i quali la pubblica amministrazione può intervenire in materia:

a) la gestione diretta, sistema dove lo Stato assume l'istruzione tra i pubblici servizi e
b) quello dell'«intervento estrinseco», connotato da assoluta libertà d'insegnamento e nel cui ambito lo Stato si riserva solo la disciplina legislativa e il controllo amministrativo (ingerenza soltanto indiretta) (cfr. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Vol. V, Milano, 1959, 241).

Nessuno dei due sistemi ha trovato attuazione esclusiva in concreto. Invero, il sistema della gestione diretta, proprio della maggior parte degli Stati dell'Europa continentale, è compatibile con il principio della libertà d'insegnamento e, quindi, non esclude la coesistenza accanto alle scuole pubbliche di scuole e istituzioni private.

Il nostro ordinamento costituzionale prende in considerazione diverse volte la materia che ci riguarda (si vedano gli artt. 30, 33, 34 e 117 della Costituzione).

Fino ad epoca recente, il dettato costituzionale veniva prevalentemente interpretato nel senso che l'istruzione costituisce un fine proprio ed istituzionale dello Stato, che questo non si deve limitare a promuovere e regolare, ma a cui deve provvedere direttamente. (cfr. GIGANTE, *L'istruzione in Trattato di diritto amministrativo – diritto amministrativo speciale*, tomo I, Milano, 2000, 511).

In definitiva dall'esame della richiamata giurisprudenza, si deve trarre la conclusione che per gli enti che istituzionalmente rivestono caratteri pubblicistici, il divieto di concorrenza sleale trova applicazione solamente nel caso in cui essi svolgano una attività imprenditoriale in regime di concorrenza con altri imprenditori.

Alla luce di tali considerazioni, deve escludersi che, l'appellato Ministero, la cui veste di soggetto pubblico non economico appare pacifica, possa essere ritenuto un imprenditore commerciale, al quale sia estesa la disciplina della concorrenza sleale.

Deve infatti escludersi che l'attività di pubblica istruzione, che è il profilo istituzionale dell'ente, possa essere considerata una attività di tipo imprenditoriale.

Come sottolineato dall'appellato, le istituzioni scolastiche statali assolvono ad un servizio pubblico di rilievo costituzionale, che è connotato proprio dall'assenza di fini di lucro. Si tratta infatti di un servizio pubblico che tali istituti devono assolvere per fini di interesse generale, che è del tutto slegato da scopi di carattere lucrativo, sol che, si osservi che le tasse scolastiche sono corrisposte allo scopo di contribuire ai costi sostenuti dalla collettività e non certo per ragioni di profitto.

Tale principio non veniva intaccato dalla costituzionalizzazione del principio della libertà d'insegnamento (progressivamente esteso non solo nei confronti dello Stato datore di lavoro ma anche a favore dei docenti delle istituende scuole private) cosicché il venir meno del monopolio statale in materia d'istruzione non determinava un mutamento della natura dell'istruzione pubblica, distinto e spesso non coordinato rispetto all'altro tipo d'istruzione, retto da regole diverse ed espressione di autonomia privata (in questo senso DANIELE, *La Pubblica Istruzione*, Milano 1986, 810, secondo cui non potrebbe parlarsi di parità effettiva tra scuole pubbliche e private).

Successivamente si è affermato un diverso orientamento che, ponendo l'accento sul riconoscimento costituzionale di una pluralità di istruzioni, propone una valutazione funzionale che consente di valutare in termini unitari il sistema scolastico, all'interno del quale scuole pubbliche e private convivono e si confrontano entro i confini tracciati dal secondo comma dell'art. 33 della Costituzione (cfr. ANDREUCCI, *La Comunità scolastica nell'ordinamento italiano* in *Riv. giur. scuola*, 1977, 463; SALAZAR, *Istruzione Pubblica*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, IX, Torino, 1994, 19; GIGANTE, *op. cit.*, 521).

Lo Stato non è infatti il solo soggetto cui sono attribuiti poteri e doveri nell'ambito dell'istruzione: l'art. 30 della Costituzione, infatti, riconoscendo in capo ai genitori il diritto-dovere di educare i figli, prevede in loro favore una facoltà di scelta sia del tipo di istruzione da fornire che dell'indirizzo professionale ed educativo; allo stesso modo, il diritto-dovere dell'istruzione riguarda ogni cittadino, il quale ha l'obbligo di seguire i corsi di istruzione inferiore e il diritto, in quanto meritevole, di accedere all'istruzione superiore (art. 34 della Costituzione). Il sistema va inoltre completato con la figura del docente che, nell'esercizio della libertà di insegnamento, partecipa a sua volta del diritto dovere di istruire.

Questa peraltro sembrerebbe la linea ispiratrice della recente riforma apportata dall'art. 21 della legge 59/1997 (GIGANTE, *op. cit.*, 512) e dalla normativa di attuazione che ha portato all'esplicito riconoscimento della personalità giuridica e dell'autonomia organizzativa, didattica e di ricerca alle istituzioni scolastiche, ormai «entificate» (anche se si tratterebbe pur sempre di «organi enti», insuscettibili di entrare in conflitto con lo Stato: cfr. parere 5 febbraio 2001 dell'Avvocatura Generale dello Stato).

Gli artt. 33 e 34 della Costituzione hanno infatti stabilito il principio del diritto allo studio con obbligatorietà e gratuità dell'istruzione inferiore e il diritto a raggiungere i più alti gradi degli studi, malgrado ogni possibile ostacolo di ordine economico o sociale con cui i singoli possano di fatto scontrarsi (v. Corte cost. n. 215/1987) e l'adempimento di tali principi va effettuato nel quadro degli obblighi dello Stato, secondo una complessa disciplina legislativa e nell'osservanza dei limiti di bilancio (v. Corte cost. n. 125/1975).

Infondati appaiono inoltre anche il secondo e il terzo motivo d'appello, relativi al presunto illecito aquilano posto in essere dall'appellato.

È invero principio pacifico che le norme sulla concorrenza sleale rappresentano un'applicazione del generale principio del *neminem laedere*, codificato dall'art. 2043 c.c., con la conseguenza che la concorrenza sleale, in quanto volta a reprimere una specifica forma di illecito riferita al campo delle attività imprenditoriali, è una *species* che si riferisce al più ampio *genus* della responsabilità aquiliana, differendo da quest'ultima soltanto per l'appartenenza dei soggetti alla medesima categoria imprenditoriale (v. per tutte Cass. 25 luglio 1986 n. 4755).

Ne consegue, sotto tale profilo, che la disposizione particolare dettata per la concorrenza sleale esclude l'applicabilità dell'analoga norma dettata per il fatto illecito in generale, mentre il riconoscimento della mancanza degli estremi per l'azione di concorrenza sleale, non esclude la possibilità di applicare, ove ne ricorrano i presupposti, le norme generali sulla responsabilità da illecito extra contrattuale (v. Cass. 10 ottobre 1962, n. 2911).

In tal senso appare esatta la notazione dell'appellante che il Tribunale non avrebbe dovuto limitarsi a respingere la domanda in assenza di requisiti soggettivi necessari all'applicazione delle norme sulla concorrenza sleale, ma avrebbe dovuto valutare anche l'eventuale sussistenza o meno dei presupposti integranti l'illecito aquilano (così anche Cass. 26 giugno 1973, n. 1829).

Con la pronuncia in esame, la Corte d'appello ha comunque ribadito l'inesistenza di un rapporto assolutamente paritetico tra istruzione pubblica (prevista e incentivata, senza fine di lucro) e istruzione privata (consentita e sottoposta a controlli amministrativi ai fini del pareggiamento).

Lo Stato, quindi, non esercita un diritto all'insegnamento, bensì una pubblica funzione, a fronte della quale la posizione del privato «concorrente» assume la figura di un interesse di fatto non giustiziabile o, al più, di interesse legittimo, (risarcibile allorché sussistano tutti i presupposti di cui all'art. 2043 del codice civile) con esclusione della tutela speciale in materia di concorrenza.

Va peraltro osservato che la disciplina dell'illecito concorrenziale si differenzia da quella dell'ordinario illecito aquiliano, con riguardo alla più intensa e rapida tutela concessa con la concorrenza sleale e con riferimento ai diversi presupposti delle due categorie di illecito, in quanto l'uno è correlato all'adozione di mezzi di concorrenza che violano la correttezza professionale, l'altro ad ogni comportamento lesivo di un diritto; peraltro, perché si abbia illecito concorrenziale è sufficiente che l'atto di concorrenza sia potenzialmente idoneo a danneggiare l'altrui azienda, senza che accorra un danno effettivo, che è, invece, sempre necessario nell'illecito aquiliano; ed infine, mentre in quest'ultimo caso è normalmente richiesto, e deve essere dimostrato dall'attore, l'estremo del dolo e della colpa non altrettanto accade nell'illecito concorrenziale, dove, tranne che ai fini dell'azione risarcitoria, la colpa si presume. (v. Cass. 16 aprile 1983, n. 2634 e Cass. 3 luglio 1980, n. 4225).

In tal senso si è affermato che mentre ai fini dell'esistenza di un atto di concorrenza sleale non sono necessari né il dolo né la colpa, bastando che l'atto relativo sia idoneo a danneggiare l'altrui azienda, per l'ordinaria azione di risarcimento dei danni occorre, invece, la prova dell'elemento psicologico del dolo o della colpa dell'agente (v. Cass. 2 aprile 1982, n. 2020 in tema di condanna generica al risarcimento del danno da concorrenza sleale).

Ne consegue che la colpa richiesta ai soli fini del risarcimento del danno è, a tali fini e a differenza del dolo, presunta quando vanno accertati gli atti di concorrenza sleale (v. Cass. 14 dicembre 1973, n. 3400 e ancora Cass. 3 luglio 1980, n. 4225 già citata), gravando sull'autore dell'atto di concorrenza sleale l'onere di dimostrare che nella sua condotta non ricorre l'elemento psicologico del dolo o della colpa (v. Cass. 6 luglio 1971, n. 2106).

Se alla luce di tali principi si passa ad esaminare il caso concreto per cui si controverte, è agevole osservare come l'appellante non abbia dato in alcun modo la prova, che su di lui incombeva, degli elementi che concretano la presenza di un illecito aquiliano.

Manca infatti da un lato la prova del dolo o della colpa grave in cui sarebbero incorsi i dipendenti del Ministero e segnatamente il Preside o comunque gli organi collegiali dell'Istituto statale, nel porre in essere le condotte asseritamente lesive dell'attività «dell'imprenditore concorrente» e dall'altro lato la prova del nesso eziologico tra tale condotta e il lamentato calo delle iscrizioni presso l'Istituto K., la cui illiceità non appare affatto scontata come pretende l'appellante. Quest'ultimo assume che nella condotta degli organi dell'Istituto statale, che avevano diffuso sia mediante *depliant* che manifesti, sia mediante conferenze informative presso le scuole medie, sia mediante interviste o articoli apparsi su quotidiani locali, delle informazioni non corrette sulle caratteristiche del corso sperimentale, erano ravvisabili gli estremi di una condotta illecita lesiva della propria posizione sul mercato dei potenziali utenti del bacino scolastico udinese.

In particolare l'appellante, richiamandosi anche alla normativa in tema di pubblicità ingannevole, di cui al decreto legge n. 25/1992, n. 74 attuativo delle direttive CEE n. 450/1984, deduce che gli organi della scuola in questione avevano consapevolmente diffuso delle notizie infondate e voluta-

mente tendenti a creare confusione fra il pubblico degli utenti, denominando il corso sperimentale autorizzato dal Ministero «liceo linguistico», mentre tale denominazione era riservata per legge alle sole scuole riconosciute, in tal modo inducendo gli studenti e le famiglie ad iscriversi ad un corso che aveva caratteristiche diverse rispetto al vero liceo linguistico gestito dall'appellante in Udine.

Non vi sono dubbi che la denominazione «liceo linguistico» spetti secondo la previsione normativa alle scuole private riconosciute ai sensi della legge 1° dicembre 1969, n. 910, dato che non esistono licei statali.

In tal senso anche lo stesso Ministero appellato ha confermato che la tipologia del liceo linguistico riguarda i soli istituti gestiti da enti o privati che siano stati riconosciuti, dato che con le risoluzioni 25/2/13, 2354/1990 e 3710/1989 ha invitato i vari istituti magistrali, compreso il P., che avevano avviato la sperimentazione linguistica a non utilizzare, né negli atti interni (es. pagelle), né all'esterno l'impropria denominazione di «liceo linguistico» (v. documentazione in atti).

Non vi sono dubbi, quindi, che l'utilizzazione di tale terminologia, da parte anche dell'Istituto Magistrale P., non fosse corretta e potesse essere potenzialmente lesiva della posizione soggettiva della controparte.

Non vi è peraltro la prova che la condotta tenuta dagli organi scolastici abbia realmente ingenerato negli utenti l'erronea convinzione che i due istituti, l'uno pubblico e l'altro privato, gestissero lo stesso tipo di corso di scuola secondaria superiore, né vi è prova che gli organi scolastici abbiano dolosamente o con colpa grave diffuso delle notizie che potevano indurre confusione fra gli utenti che non potevano essere in grado di afferrare la difficile distinzione (per i non addetti ai lavori) fra corso sperimentale dell'istituto magistrale e «liceo linguistico» vero e proprio gestito dalle scuole private riconosciute.

Il rapporto fra l'indubbio calo delle iscrizioni presso il K. e l'istituzione del corso sperimentale del P. non è, invero, così lineare come pretende parte appellante, né si ravvisano elementi tali da far considerare provato il dolo o la colpa grave negli organi dell'istituto magistrale.

Non vi sono dubbi che gli organi del P. abbiano utilizzato l'impropria denominazione «liceo linguistico» in *depliant* informativi e in conferenze e articoli di giornale, atteso che è la stessa parte appellata che ammette tale uso improprio e ammette anche che il Ministero aveva invitato le scuole, che avevano avviato la sperimentazione, a non usare più tale denominazione riservata alle scuole non statali. L'appellato ha peraltro fatto presente che tale utilizzazione nel termine era stata effettuata solo per facilità comunicativa nei confronti dell'utenza e comunque solo nella fase iniziale di avvio dei corsi, quando non era ancora chiaro se tale termine potesse essere o meno utilizzato.

Tale difesa appare indubbiamente fondata sia sotto il profilo dell'illiceità della condotta, sia dall'elemento psicologico necessario per integrare l'illecito aquiliano e sia infine sotto il profilo del nesso eziologico.

Si noti al riguardo che la denominazione liceo è stata utilizzata dal P. per individuare i corsi sperimentali sia per l'indirizzo linguistico che per

quello pedagogico e che la stessa è stata inserita inizialmente anche negli atti interni della scuola (delibere degli organi collegiali) e non solo nei confronti del pubblico, ed è stata eliminata negli atti ufficiali, dopo che il Ministero aveva chiarito che tale denominazione non era utilizzabile.

Già questa prima circostanza dimostra in maniera chiara che non vi era negli organi scolastici alcun intento di natura dolosa volto a sottrarre potenziali alunni all'istituto «concorrente», ma vi era solo una certa confusione e approssimazione nell'avvio dei corsi sperimentali.

Sotto questo profilo è doveroso evidenziare che esisteva una situazione analoga in tutta l'Italia (v. documentazione prodotta dall'appellato), dato che l'avvio dei corsi sperimentali era avvenuto in tutto il territorio nazionale, con l'impropria denominazione di liceo linguistico o pedagogico. Si veda ad esempio l'analoga denominazione «impropria» utilizzata dall'istituto magistrale di Tolmezzo e dall'istituto di Trieste (v. all. 2) e 7) di parte appellata), che attesta come in Regione il fenomeno fosse generalizzato.

Tale termine di liceo ha peraltro, diversamente da quanto opina l'appellato, una connotazione piuttosto neutra, essendo evidente nel linguaggio comune che il termine «liceo» o «liceale» e l'effettivamente cacofonico neologismo «licealità» usato dalla scuola P. vuole solo significare un corso con indirizzo quinquennale, con caratteristiche diverse da quelle di altre scuole secondarie superiori, quali appunto gli istituti magistrali o gli istituti tecnici (si veda ad esempio la definizione di liceo scientifico che viene data in un noto trattato di diritto scolastico, ove tale scuola viene distinta dal liceo classico, non per il valore giuridico dei titoli rilasciati, bensì per il contenuto degli insegnamenti impartiti cfr. N. DANIELE, *L'ordinamento Scolastico Italiano*, Padova, 1988, 74).

È evidente quindi che il termine liceo utilizzato in genere nei corsi sperimentali (pur improprio) voleva solo significare che era stato avviato un indirizzo scolastico che si distingueva per il contenuto degli insegnamenti impartiti dal tradizionale *curriculum* dell'Istituto magistrale (D.Lgt. 7 settembre 1945, n. 816), della durata di quattro anni abilitante all'insegnamento elementare, valida per l'iscrizione alla facoltà di magistero, con possibilità di corso integrativo annuale, per l'accesso alle altre facoltà (art. 1 legge 11 dicembre 1969, n. 910).

Tale dato è evidente ove si osservi che l'improprio termine di liceo veniva usato anche per l'indirizzo pedagogico e in tutta l'Italia e che analoghe sperimentazioni con la denominazione di «licei tecnologici» sono state notoriamente avviate presso gli istituti tecnici, sempre con lo scopo di caratterizzare tali corsi in maniera diversa rispetto ai tradizionali indirizzi di tali scuole secondarie (v. ad esempio anche la documentazione dell'I.T.G.).

In tale situazione non si può pertanto ravvisare non solo un intento doloso, ma anche una colpa grave degli organi del P., nella utilizzazione della denominazione liceo linguistico. Va inoltre osservato che sia negli atti ufficiali dell'Istituto che nei *depliant* e nelle locandine prodotte nonché nei comunicati stampa è sempre bene evidenziato che i corsi in questione avevano carattere sperimentale ed anche utilizzata l'esatta denominazione dell'indirizzo in questione in aggiunta al termine improprio di liceo linguistico (v.

ad esempio comunicato stampa 5 febbraio 1980 doc. 4) di parte appellata, nonché locandina all. P), dove è chiaramente indicata la natura sperimentale dei corsi; all. 12) con timbro della scuola P., portante la dizione corretta; all. 12) bis, all. 13), relativo alla programmazione didattica per materia; all. 16) relativo alle pagelle; all. 17) relativo al certificato di iscrizione e frequenza e all. 18) relativo alla domanda di iscrizione; all. 19) relativo al *depliant* illustrativo, nonché i documenti prodotti da parte appellante rappresentati dagli articoli sul Messaggero Veneto dd. 6 febbraio 1990, 30 gennaio 1991 e del Gazzettino dd. 22 maggio 1993). In particolare sia dai *depliant* illustrativi, sia dalla domanda di iscrizione, sia dagli articoli di giornale citati, emerge che anche nei confronti degli utenti la natura sperimentale dei corsi era indicata in maniera estremamente chiara, anche perché veniva contrapposta al tradizionale corso quadriennale, senza quindi alcuna possibilità di equivoci sui contenuti del corso di studi anche per chi, come i genitori interessati, non fosse addetto ai lavori.

Al riguardo è opportuno notare che non vi è alcuna prova che negli atti e documenti ufficiali consegnati agli alunni (domande di iscrizione, certificati di frequenza, pagelle ecc.) vi fosse l'indicazione liceo linguistico, dato che invece dai documenti prodotti dall'appellato emerge l'esatto contrario, vale a dire la corretta indicazione del corso sperimentale.

Va inoltre osservato che anche nei *depliant* e nelle locandine è sempre indicato in maniera chiara che il P. è un Istituto magistrale e non un liceo e che i corsi sono sperimentali.

Non si può inoltre sottacere che negli stessi articoli di stampa (che detto per inciso vanno letti integralmente e non in maniera parziale come fa l'appellante) vi sono precise indicazioni circa il «nuovo progetto sperimentale» il «valore legale di una tradizionale maturità magistrale» della sezione di liceo pedagogico e linguistico «dell'Istituto magistrale (v. anche la didascalia della fotografia del P. o il titolo che riporta la dicitura «Maestri con Laurea: svolta al P.») in aggiunta alla precisazione che vi sono due iniziative in gestazione relative al «liceo pedagogico quinquennale e al «liceo sperimentale linguistico».

Sotto tale profilo le doglianze dell'appellante in merito all'attività confusoria e di pubblicità ingannevole, posta in essere del P. non appaiono neppure fondate, posto che da tutta la documentazione prodotta da entrambe le parti emerge con solare evidenza che l'uso pur improprio sotto il profilo formale (così recitano d'altro conto le stesse circolari e risoluzioni ministeriali, che invitavano i provveditori e i presidi a rettificare la dizione usata, su cui poggia buona parte del ragionamento dell'appellante) del termine liceo era sempre chiaramente accompagnata o dall'indicazione che si trattava di corsi sperimentali, che affiancavano in un istituto magistrale i corsi tradizionali, o dalla analitica specificazione dei programmi, delle materie e delle finalità dell'iniziativa (v. *depliant* illustrativo già citato).

Non si può, quindi, non sottolineare che appare ben difficile che la sola indicazione, pur impropria sotto un profilo formale, del termine liceo, accompagnata peraltro dalle precisazioni illustrate, abbia potuto trarre in inganno una serie di potenziali utenti dell'Istituto K.

La circostanza inoltre che già nel primo anno di sperimentazione si fossero superati i limiti indicati dal Ministero per le classi sperimentali, secondo la tesi di parte appellante, appare aver ben scarso rilievo, posto che non è affatto provato che tale successo dell'iniziativa sia dipeso dall'uso del termine liceo e non piuttosto da tutta una serie di altri elementi che possono aver attirato gli utenti, quali i decisamente minori costi di iscrizione (tasse scolastiche, invece che consistenti rette), il prestigio di cui godeva un Istituto magistrale di antica formazione e tradizione quale il P., la scelta dell'istruzione pubblica con tutti i vantaggi e le sicurezze connesse alla gestione statale dei corsi, rispetto a quella privata o la natura del corpo docente.

Alla luce della documentazione acquisita deve, comunque, escludersi l'esistenza di una colpa grave in capo agli organi del P. per aver diffuso comunicati o informazioni che contenevano anche la denominazione impropria liceo linguistico.

La stessa natura sperimentale dei corsi, la cura dimostrata nell'indicare gli esatti contenuti nel corso di studi (elemento questo ad avviso della Corte determinante nel non sviare il pubblico degli utenti interessati), la generalità del fenomeno presente in tutta l'Italia e anche in istituti tecnici (v. la stessa documentazione prodotta dall'appellante relativa al «liceo linguistico moderno sperimentale statale» dell'istituto tecnico per geometri), la necessità del Ministero di chiarire, dopo che la sperimentazione già era avviata in istituti, sparsi per tutto il paese (v. risoluzioni n. 2354/1990 e 3710/1989 indirizzata al Provveditore agli Studi di Trento e di Bolzano), l'esatta dizione da usare negli atti ufficiali, fanno concludere che non può ravvisarsi una colpa grave da parte dei dipendenti del Ministero che hanno agito per il P.

Parimenti non provato appare inoltre il nesso eziologico fra il comportamento del P. e la lamentata diminuzione degli allievi dei corsi del liceo linguistico gestito dal K.

L'appellante avrebbe infatti dovuto dimostrare che il calo di iscrizioni era dipeso proprio dal presunto scorretto comportamento dell'Istituto statale, dando la prova che esso avrebbe potuto mantenere immutato il proprio numero di allievi, ove non vi fossero state delle informazioni al pubblico intente a sviare gli utenti del suo istituto.

Come osservato dall'appellato, tale prova non è stata in alcun modo fornita, né le prove testimoniali dedotte appaiono in grado di offrirla, posto che il calo di iscrizioni pur significativo, non può essere certamente l'unico elemento su cui il giudice potrebbe basarsi per ritenere assodata l'esistenza di un nesso di causalità fra la condotta illecita e il danno.

È noto infatti che *ex art.* 1223 c.c. il danno deve essere la conseguenza immediata e diretta del comportamento illecito della controparte.

Nel caso in esame l'appellato Ministero ha indicato una serie di altri fattori, relativi al ben noto fenomeno del calo demografico e della conseguente contrazione delle iscrizioni (particolarmente grave nella regione Friuli-Venezia Giulia, notoriamente con il più basso tasso di crescita in tutto il paese), alla presenza di altri istituti sia pubblici che privati, che offrivano corsi linguistici analoghi a quelli del K. e del P.

Ma a prescindere da tali considerazioni, manca la prova, che nel caso dell'illecito extra contrattuale era onere dell'attore fornire in maniera rigorosa, che il calo delle iscrizioni era dipeso proprio dal disinvolto uso del termine liceo e della conseguente pubblicità ingannevole e non da una molteplicità di altri fattori del tutto non esaminati. È infatti del tutto indimostrato, e l'affermazione è apodittica, che tutto sia dipeso dalla denunciata impropria informazione e non piuttosto dai mutati indirizzi dell'utenza scolastica, dai diversi costi della scuola statale, dalla presenza di opzioni educative alternative prima non esistenti, rappresentate dalla molteplicità dei corsi sperimentali presenti pressoché in ogni istituto, sia tecnico, che magistrale e anche presso gli stessi licei veri e propri. L'appellante avrebbe, quindi, per poter pretendere un risarcimento del danno in concreto verificatosi (e non solo potenziale, come nel caso della concorrenza sleale), dovuto dimostrare che un certo numero di studenti si sarebbe certamente iscritto al K. negli anni in questione e che invece i potenziali utenti erano stati indotti ad iscriversi al P., perché sviati dalla pubblicità ingannevole. Nulla invece è dato sapere di quali siano state le scelte degli studenti e delle loro famiglie e se essi siano stati attratti dalla presenza di più corsi sperimentali anche all'interno dello stesso P. o da altre scuole dello stesso bacino o di bacini limitrofi.

Non vi è comunque alcuna prova, né vi sono deduzioni istruttorie in tal senso, atta a dimostrare che gli iscritti al corso sperimentale del P., si sarebbero voluti invece iscrivere al K.

Sotto tale profilo anche le prove per testi dedotte appaiono ben poco rilevanti e del tutto ultronee. La maggior parte dei capitoli appaiono infatti del tutto generici o ripetitivi di quanto già ampiamente illustrato dalla documentazione prodotta ed esaminata, non essendo fra l'altro neppure chiaro in quali vesti i testi indicati avrebbero assistito alle conferenze informative genericamente indicate, senza date, né riferimenti precisi e per lo più svolte da soggetti estranei allo stesso P. (con inserimento, quindi, di un aspetto del tutto diverso dalla stessa prospettazione dell'appellante, relativo al sistema scolastico statale in generale). Appare evidente l'inammissibilità dei capitoli relativi a non meglio precisate conferenze scolastiche di «Presidi e professori di scuole medie», senza indicazione di data, di luogo, di nome della scuola e dei soggetti interessati, da parte di testi di cui neppure è chiara la veste, non essendo gli stessi attinenti a fatti specifici. Gli unici capitoli che appaiono essere ammissibili sono quelli relativi alla teste M. P. F. sul 1.) ed n), ma gli stessi appaiono ben poco rilevanti e del tutto ultronei, atteso che il successivo capitolo *sub* N) e il capitolo riferito al teste M. non sono ammissibili implicando dei giudizi ed essendo comunque relativi al caso di un solo studente.

È chiaro infatti che la scelta di far iscrivere la figlia dapprima al corso sperimentale del P. e poi al K. può essere stata dettata dai più svariati motivi (quali il rendimento scolastico, i rapporti con i professori e gli altri allievi ecc.), piuttosto che dalla convinzione della identità dei corsi, smentita fra l'altro proprio dalla documentazione (cfr. *depliant*, domanda di iscrizione, pagelle con le materie) prodotta in giudizio da entrambe le parti. (*omissis*)

CORTE D'APPELLO DI ROMA, sez. III, 15 marzo 2001 n. 930 - *Pres. Natale - Rel. Crescenzi - R. S. (avv. Castelli Avorio) c. Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica e altri (avv. Stato).*

Rapporti di diritto civile - Riconoscimento di debito e/o rinuncia alla prescrizione da parte della p.a. – Art. 3 del decreto legislativo n. 29/1993 - Competenza dell'organo a rappresentare l'ente - Necessità.

Il riconoscimento di debito e la eventuale rinuncia alla prescrizione da parte della p.a. sono validi solo se provengono dal soggetto legittimato a rappresentare l'ente, ai sensi dell'art. 3 del decreto legislativo n. 29/1993. Non è comunque ravvisabile né riconoscimento di debito né rinuncia alla prescrizione nel pagamento di somme in forza di sentenza immediatamente esecutiva.

(omissis).

In sostanza, dai documenti sopra indicati si evince che negli anni intorno al 1970 la società M. ottenne un sequestro conservativo nei confronti del signor R. procedendo poi nei confronti del Ministero del Tesoro in quanto terzo debitore; in tale contesto il primo dirigente della Direzione generale degli affari generali e del personale indirizzò al procuratore della società procedente, all'Avvocatura Generale dello Stato, al procuratore del signor R., e ad altro legale, una nota con la quale si informavano i predetti che “in esecuzione delle ordinanze in oggetto (Ordinanze del Pretore di Roma in data 4 e 12 luglio concernenti l'assegnazione alla soc. M. di somme dovute dal Ministero del tesoro al sig. S. R.), è stata liquidata, a valere su quanto dovuto da questo Ministero al sig. S. R., la complessiva somma di lire 67.704.589”.

Si è sostenuto da parte della difesa del sig. R. che il predetto atto costituisca un riconoscimento di debito; soprattutto nelle difese svolte in sede di giudizio di rinvio si è peraltro esplicitato ed enfatizzato un diverso ordine di argomentazioni incentrato nell'attribuzione al predetto documento di un contenuto rappresentativo di una volontà incompatibile con l'intento di avvalersi della prescrizione maturata.

Entrambe tale interpretazioni non possono essere condivise per una pluralità di considerazioni.

L'atto in questione, sia considerato di per sé, che valutato nel contesto della documentazione prodotta dall'appellante, non può integrare il riconoscimento di un debito, se non altro perché esso rappresenta la mera comunicazione di un pagamento mediante l'emissione dei mandati indicati nel testo della nota; nell'atto non è espressa alcuna volontà ricognitiva rispetto al credito vantato dal signor R. Il riferimento al maggior credito vantato dal R. (“a valere su quanto dovuto da questo Ministero al sig. S. R.”) si spiega agevolmente ove si abbia riguardo al fatto che, all'epoca della predetta nota, il Ministero era in effetti debitore di somme di ammontare ampiamente eccedente il credito della M., per effetto dalla sentenza della Corte di appello di

Roma del 14 gennaio 1974 (ovviamente esecutiva), che sarà caducata solo dalla sentenza della Cassazione in date 26 marzo – 12 luglio 1976, n. 2361. E, d'altronde, secondo orientamenti consolidati nella giurisprudenza, negli enti pubblici il riconoscimento di debito è atto di competenza dell'organo legittimato a rappresentare l'ente e, in particolare, nell'amministrazione statale, del Ministro, ai sensi della disciplina previgente all'art. 3 del decreto legislativo n. 29 del 1993 (in tal senso Corte dei conti, Sez. Contr., det. n. 1741 del 19 marzo 1987; Corte dei conti, Sez. Contr., sent. n. 1197 del 29 - ottobre 1981, secondo cui l'attività di gestione dell'Amministrazione Pubblica e, in particolare, dell'Amministrazione dello Stato, è disciplinata secondo tassativi schemi giuridici e secondo rigorose forme procedurali; il riconoscimento di debito non è compreso fra tali schemi giuridici, per cui la generica locuzione "atti sostitutivi di contratti" contenuta negli artt. 7, lett. h), 8 e 9, lett. o), del d.P.R. 30 giugno 1972 n. 748 non può essere intesa in senso estensivo da ricomprenderlo; ne consegue che il riconoscimento di debito, non compreso tra le attuazioni dei dirigenti, deve essere sempre riservato alla competenza del Ministro"; nonché, Cons. Stato par. n. 451 del 15 luglio 1980; in tema anche Cass. 6 settembre 1993, n. 9357, sull'onere di dimostrare che il riconoscimento del debito proviene da persona legittimata a rappresentare l'amministrazione). Ne consegue che la nota, il cui ritrovamento è stato addotto a motivo di revocazione della sentenza che ha dichiarato la prescrizione dei diritti del R., risulterebbe comunque insuscettibile di produrre qualsiasi effetto giuridico.

Come sopra rilevato, nell'atto di riassunzione si è dato essenzialmente rilievo ad un diverso profilo: dalla nota in questione si desumerebbe un atteggiamento dell'amministrazione interpretabile nel suo complesso come rivolto a rinunciare a far valere l'intervenuta prescrizione. Di fatto, però, l'elemento centrale se non unico di tale atteggiamento sarebbe rappresentato dal pagamento del credito della M., giacché la stessa difesa di parte attrice non riesce ad individuare ulteriori elementi cui possa attribuirsi un qualche rilievo. In proposito, non ci si può esimere dall'osservare che, se si può ammettere che l'attore abbia ignorato l'esistenza del predetto documento (quantunque indirizzato al suo procuratore), appare molto più dubbio ipotizzare che il signor R. possa aver ignorato, senza sua colpa, il fatto rappresentato nel documento e cioè il pagamento e la conseguente estinzione delle ragioni creditorie della società che aveva promosso una procedura esecutiva nei suoi confronti all'esito di un sequestro convalidato in grado di appello. Ma anche a voler prescindere da tali rilievi, appare insuperabile la considerazione che la rinuncia alla prescrizione ha carattere negoziale (Cass. 9 agosto 1996, n. 7318) e che, "qualora un soggetto intenda far valere le conseguenze giuridiche a sé favorevoli di un fatto, deve provare non solo l'accadimento del fatto, ma anche la sua validità giuridica. Pertanto colui il quale, per paralizzare l'eccezione di prescrizione del suo diritto, eccepisca che vi è stata rinuncia (tacita) alla prescrizione, deve dimostrare non solo che sia stato posto in essere un fatto

esplicitante la volontà incompatibile con quella di avvalersi della prescrizione, ma anche che il fatto sia stato posto in essere dal soggetto a favore del quale la prescrizione era maturata e cioè dal soggetto che ha il diritto di farla valere e, quindi, di rinunziarvi; nonché, nel caso di ente pubblico, che il comportamento esplicitante la volontà di rinuncia sia stato posto in essere dal soggetto che, secondo le norme vigenti al momento del comportamento, era legittimato a disporre del diritto ad eccepire la prescrizione” (Cass. 7 dicembre 1995, n. 12596; nello stesso senso Cass. 4 giugno 1997, n. 4978). Pertanto, gli stessi rilievi che impediscono di ravvisare nella nota in esame un valido riconoscimento di debito sembrano precludere la possibilità di ravvisare nella condotta dell’amministrazione una rinuncia alla prescrizione, giacché manca qualsiasi elemento di prova che consenta di riferire il pagamento agli organi deputati ad esprimere la volontà dell’amministrazione.

Comunque, in termini più generali, è da osservare che perché possa sussistere, ai sensi dell’art. 2937, terzo comma, cod. civ., una rinuncia (tacita) alla prescrizione, è necessaria una incompatibilità assoluta tra il comportamento del debitore e la volontà dello stesso di avvalersi della causa estintiva del diritto altrui; occorre, cioè, che nel detto comportamento sia necessariamente insita, senza nessuna possibilità di diversa interpretazione, l’inequivocabile volontà dello stesso di rinunciare alla prescrizione già maturata (Cass. 25 giugno 1988, n. 4292; nello stesso senso Cass. 4 marzo 1994, n. 2138); con la precisazione che il pagamento del debito prescritto, che non comporti adempimento totale dell’obbligazione tra le parti, non costituisce di per sé comportamento idoneo a dimostrare inequivocabilmente la rinuncia tacita alla prescrizione, ovvero ad escludere ogni volontà in tal senso del debitore, ma deve essere valutato al fine di accertare la sussistenza di una consapevole rinuncia tacita alla prescrizione, nel contesto di tutte le circostanze acquisite agli atti, le quali abbiano preceduto, accompagnato e seguito il pagamento parziale, non essendo stabilita alcuna presunzione, legale o semplice, al riguardo (Cass. 7 gennaio 1994, n. 74). Nella specie, è da considerare che il pagamento effettuato dall’Amministrazione del Tesoro costituisce mera esecuzione di provvedimenti giudiziali (le ordinanze di assegnazione delle somme emesse nel contesto della procedura esecutiva promossa da terzi nei confronti del R.), in diretta correlazione con l’esistenza di un titolo esecutivo (la sentenza di condanna al pagamento confermata in grado di appello), e, soprattutto, che l’intervenuta prescrizione, all’epoca, era stata già eccepita nell’ambito del giudizio di appello e la questione verrà riproposta in sede di ricorso per cassazione. Esaminato, dunque, nel contesto della complessiva condotta dell’amministrazione, si deve escludere in modo assoluto che il predetto pagamento parziale possa essere considerato sintomatico di una volontà dell’amministrazione di rinunciare agli effetti della prescrizione.». (*Omissis*).

TRIBUNALE DI ROMA, sez. lavoro, 5 novembre 1999, n. 109889 - *Giudice Orrù – G.C. (avv. Giuffrida) c. Organizzazione delle Nazioni Unite per l'alimentazione e l'agricoltura FAO (avv. Stato).*

Giurisdizione - Organizzazione internazionale - FAO - Persona giuridica - Immunità giurisdizionale - Rapporto di lavoro di cittadino italiano - Giurisdizione italiana - Esclusione.

Le controversie instaurate da un cittadino italiano contro la FAO, relative a rapporti di lavoro alle dipendenze della medesima svoltisi in Italia sono sottratte alla giurisdizione del giudice italiano. L'art. VIII, sez. 16, del c.d. accordo di sede tra l'Italia e la FAO del 31 ottobre 1950, reso esecutivo in Italia con legge 31 ottobre 1951, n. 11, sancisce in favore di tale organizzazione, in quanto persona giuridica di diritto internazionale, l'immunità giurisdizionale per tutte le controversie proposte contro la medesima (1).

(omissis)

Preliminarmente deve essere affermato il difetto di giurisdizione del giudice adito.

Il rapporto di lavoro dedotto in giudizio è intercorso tra una cittadina italiana e la FAO ossia un'organizzazione munita di personalità giuridica di diritto internazionale nei confronti della quale la giurisprudenza ha più volte affermato la totale immunità dalla giurisdizione italiana.

In particolare e da ultimo la Corte di Cassazione a S.U. con sentenza n. 5942/1992 alla cui ampia ed esaustiva motivazione, si rimanda ha affermato il principio secondo il quale:

le controversie instaurate contro la FAO, relative a rapporti di lavoro alle dipendenze della medesima svoltisi in Italia, esulano dalla giurisdizione del giudice italiano. Infatti, la sezione 16 dell'art. VIII del cosiddetto accordo di sede FAO, concluso in Washington il 31 ottobre 1950 e reso esecutivo in Italia con legge 9 gennaio 1951 n. 11, sancisce in favore di detta organizzazione - un'immunità giurisdizionale (rispetto al giudice italiano) non limitata alla sede ed ai beni della FAO medesima, intendendosi l'extraterritorialità della sua sede centrale nel senso che tutte le controversie proposte contro la FAO sono sottratte alla giurisdizione italiana.

Il principio trova conferma nell'interpretazione della sezione 16 dell'art. VIII del cosiddetto accordo di sede FAO, in relazione alla sezione 14 dell'art. VII dello stesso accordo, nonché in relazione ai comportamenti tenuti dalle parti nell'applicazione di esso, in particolare, dallo scambio di note tra la FAO ed il Governo italiano in ordine all'attuazione dell'obbligo contemplato dalla sezione 31 (a) dell'art. IX della convenzione sui privilegi e le immunità delle istituzioni specializzate (esecutiva in Italia con legge 24 luglio 1951, n. 1740).

(1) Decisione conforme ad una ormai consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Peraltro, ha proseguito la Cassazione, l'Organizzazione può adire (ove lo ritenga opportuno) la giurisdizione italiana anche per la soluzione di controversie di lavoro, le quali, se promosse dai lavoratori, spettano, invece, senza che ciò risulti in contrasto con l'art. 24, primo comma, Cost., alla giurisdizione del Tribunale amministrativo dell'organizzazione internazionale del lavoro con sede a Ginevra.

Deve pertanto, ritenersi nella controversia in esame il difetto di giurisdizione.

Deve altresì essere dichiarata manifestamente infondata la questione di costituzionalità sollevata.

Secondo l'art. 10 della nostra Carta Costituzionale «L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute» tra queste vi è senz'altro il principio consuetudinario *par in parem non habet jurisdictionem*, in virtù del quale i soggetti sovrani di diritto internazionale possono legittimamente godere dell'immunità dalla giurisdizione italiana.

Oltre a ciò deve essere ulteriormente ribadito che la previsione di una giurisdizione internazionale per la risoluzione delle controversie elimina qualsiasi possibile contrasto con l'art. 24 della Costituzione, essendo comunque garantita la tutela dei diritti (*omissis*)

TRIBUNALE DI ROMA, sez. VII, 23 ottobre - 28 novembre 2000 n. 37691
– D. G. c. Ispettorato Provinciale del Lavoro di Roma (avv. Stato A. Bruni).

Sanzioni amministrative – Notifica ad opera di un funzionario – Notifica a mezzo posta – Fidejacentza della sottoscrizione da parte dell'ufficiale postale fino a querela di falso – Prova testimoniale – Ammissibilità.

Il giudice di merito ha ritenuto non legalmente notificata l'ordinanza-ingiunzione sulla base della testimonianza dell'ufficiale postale che non ha riconosciuto la propria firma (1).

(*omissis*)

(1) Si è ritenuto opportuno proporre ricorso per cassazione avverso la pronuncia *de qua*, non potendo accettare le aberranti conclusioni del giudice di merito che ha ritenuto ammissibile, ai fini della decisione sulla veridicità della certificazione dell'ufficiale postale sulla avvenuta notifica, la prova per testi, eludendo l'applicazione dell'art. 221 c.p.c.

Il giudice di primo grado non ha infatti considerato che l'avviso di ricevimento documenta il perfezionamento della notificazione a mezzo posta.

La forza certificativa contenuta nel suddetto avviso è quella dell'atto pubblico e l'ufficiale postale, nel momento in cui la compila e la sottoscrive, svolge una funzione pubblica.

Nel nostro ordinamento (art. 2700 c.c.) l'atto pubblico fa fede fino a querela di falso, contro di esso non è consentita alcuna prova testimoniale.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO E MOTIVI DELLA DECISIONE

Con ricorso presentato in Cancelleria il 26 febbraio 1997, il sig. D. G. proponeva opposizione avverso la Cartella di pagamento n. 35418 1 – Ruolo 1997/02, notificata in sue mani il 27 gennaio 1997, con la quale l'Ispettorato Provinciale del Lavoro di Roma – tramite il Concessionario della Riscossione Tributi di Roma – chiedeva il pagamento dell'importo complessivo di L. 26.441.800 a titolo di «*Sanz. Amm. Isp. Prov. Lav. Art. 26 L. 56/1987*» e «*Magg. Rit. Pag. - Isp. prov. Lav. Art. 26 L. 56/1987*».

L'opponente deduceva sia l'inesistenza dei fatti posti a base del contestato provvedimento opposto sia la mancanza di previa contestazione degli addebiti. In proposito, il sig. G. precisava che durante l'esercizio della sua carica amministrativa presso la C.V.R. S.r.l. non gli risultavano notificati i precedenti verbali di illeciti amministrativi e, comunque, tutte le assunzioni dei lavoratori sarebbero avvenute tramite i competenti uffici; inoltre, evidenziava la mancanza della preventiva e regolare contestazione delle infrazioni ascritte.

Con decreto del 7 aprile 1997, veniva fissata l'udienza di prima comparizione chiamando in giudizio anche il Comune di Roma e, contestualmente, veniva sospesa l'esecuzione della cartella impugnata.

Il Comune di Roma, erroneamente citato, in data 5 novembre 1998 depositava in Cancelleria il proprio fascicolo chiedendo l'estromissione dal giudizio per difetto di legittimazione passiva.

Regolarmente costituitosi, all'udienza del 12 aprile 1999 l'Ispettorato Provinciale del Lavoro di Roma contestava le tesi di parte opponente argomentando sia il regolare operato degli ispettori nei confronti della C.V.R. S.r.l., i quali avevano individuato nel ricorrente e nel sig. M. L. i responsabili degli illeciti amministrativi a loro ascritti quali amministratori societari, sia la corretta notifica dei processi verbali e della successiva ordinanza ingiunzione, depositando copiosa documentazione a supporto di tali affermazioni. Pertanto, ritenendo prive di legittimazione le doglianze del ricorrente e la competenza dell'allora vigente Pretore ordinario, la parte opposta chiedeva che, accertata l'inesistenza nei fatti del *fumus boni iuris* per proporre ricorso davanti al Pretore ordinario, venisse respinto il ricorso perché infondato, illegittimo e capzioso nella volontà espositiva delle giustificazioni dedotte sulla tardività della opposizione.

Esaurita la fase istruttoria e preso atto dell'intervenuta entrata in vigore in data 2 giugno 1999 del D.Lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, precisate le conclusioni, la causa veniva decisa come da separato dispositivo pubblicamente letto all'udienza del 23 ottobre 2000.

L'opposizione, previa estromissione dal presente giudizio del Comune di Roma, deve essere accolta.

Innanzitutto, appare opportuno esaminare l'effettiva regolarità delle notifiche dei provvedimenti amministrativi in capo al ricorrente al fine di verificare il corretto incardinamento dell'opposizione dinanzi alla figura del Pretore ordinario, vigente all'epoca dell'iscrizione a ruolo del presente giudizio, e del conseguente fondamento della domanda di opposizione.

Parte opposta espone la regolarità della notifica al ricorrente sia del processo verbale di illecito amministrativo sia della successiva ordinanza ingiuntiva e, a riprova di ciò, deposita nel proprio fascicolo copia di entrambi i provvedimenti amministrativi con le rispettive notifiche effettuate a mezzo del servizio postale.

È bene osservare che la notifica del processo verbale (relativo alla verifica della posizione lavorativa di dipendenti in un periodo compreso fra il 1987 ed il 1993) risulta effettuata a mezzo posta nei confronti del ricorrente in data 24 giugno 1993 (Avviso di ricevimento n. 4741); tuttavia, come indicato nello stesso processo verbale, a tale data il sig. G. non risultava più amministratore della C.V.R. S.r.l., essendo rimasto in carica per il periodo 24 gennaio 1986/12 dicembre 1990, mentre l'avviso sarebbe stato firmato da un nuovo amministratore, così come si osserva dalla stessa cartolina di ricevimento. Ne deriva come logica conseguenza che tale notifica è priva di valore ai fini della conoscenza legale del processo verbale in capo al ricorrente (non essendo fra quelle previste dal Codice di Procedura Civile per avere una validità legale), il quale all'epoca non essendo più amministratore, rimaneva estraneo e, quindi, terzo rispetto alla società non rilevando a tal fine alcun'altra considerazione.

Per quanto concerne, invece, l'ordinanza ingiunzione, è opportuno porre in luce che questa risulta notificata nei confronti del ricorrente a mezzo del servizio postale in data 16 marzo 1996 (Avviso di ricevimento n. 8788) in Roma – via dei Ciceri 56, a mani di persona qualificata come impiegata e la cui firma risulta illeggibile. In proposito, si osservi quanto segue: 1) via dei Ciceri 56 – Roma è il luogo di residenza del ricorrente dal 25 giugno 1993 come dimostrato per *tabulas* dalla stessa parte opponente, 2) la sig.ra R. D. G., impiegata postale addetta alla consegna per la zona di via dei Ciceri 56, escussa come teste all'udienza dell'8 maggio 2000, mostratale copia visibile dell'avviso di ricevimento, ha dichiarato di non riconoscere come propria la firma apposta sull'avviso di ricevimento (quale agente postale che ha eseguito la consegna) non essendo la sua, ma che era uso e consuetudine fra colleghi aiutarsi nelle consegne per le vie vicine, 3) parte opposta, con dichiarazione a verbale nell'udienza del 19 giugno 2000, ha contestato l'esposizione del teste, illustrando di aver effettuato nella persona del delegato dott. F. Z. – in qualità di Ufficiale di Polizia Giudiziaria – proprie verifiche stragiudiziali per constatare l'esatta ubicazione di via dei Ciceri 56, nonché di aver avuto un colloquio con il Direttore dell'Ufficio Postale di Cinecittà Est volto ad accertare la procedura di consegna della posta ed il

divieto dello scambio di favori fra colleghi per la consegna della stessa, 4) che dal colloquio predetto e dal libro presenze dei giorni lavorativi è risultato che il giorno 16 marzo 1996 la sig.ra R. D. G. sostituiva il titolare della zona cd. n. 1 ove era compresa via dei Ciceri, 56.

Orbene, alla luce delle osservazioni summenzionate, deve essere rilevato che la teste addetta alla consegna della posta di via dei Ciceri, 56 non ha riconosciuto come propria la firma sull'avviso di ricevimento dell'ordinanza ingiunzione e, comunque, se l'indirizzo di residenza del ricorrente è stato dimostrato che era via dei Ciceri 56, non si comprende perché il ricevitore dell'ordinanza fosse un'impiegata e non, come sarebbe immaginabile, una persona di famiglia, parente o convivente ovvero un addetto alla casa od il portiere od un vicino di casa così come previsto dall'art. 139 cpc. È appena il caso di osservare che la figura di impiegato non è presa in considerazione dal Codice di Procedura Civile per le notifiche presso la residenza, dimora o domicilio del destinatario della notifica e, comunque, stante le affermazioni di parte opponente, relative al non avere alcuna impiegata presso la propria residenza, parte opposta non ha fornito alcuna dimostrazione contraria neppure per un'eventuale ipotesi – in ogni caso da provare – di casa/ufficio presso l'indirizzo di residenza dell'opponente. In quest'ambito, quindi, l'ordinanza non può essere considerata legalmente notificata.

Invero, è proprio il mancato riconoscimento della firma sull'Avviso di ricevimento n. 8788 da parte dell'ufficiale postale preposta alla consegna della posta ed addetta alla zona di via dei Ciceri, 56 il 16 maggio 1996, che rende priva di ogni efficacia legale la notifica di che trattasi. Difatti, non essendo dato di conoscere chi ha consegnato la posta ai fini di una notifica dell'ordinanza, viene meno un elemento fondamentale ai fini di una legittima notifica.

Peraltro, la teste R. D. G. ha dichiarato con chiarezza che era uso fra colleghi aiutarsi nella consegna della posta per le vie vicine e questa circostanza risulterebbe confermata proprio dal mancato riconoscimento della firma sull'avviso di riconoscimento n. 8788. Di conseguenza, anche se tale abitudine può ingenerare dubbi in ordine alla possibilità di violazioni circa la corretta applicazione della procedura amministrativa per la consegna della posta, la spiegazione fornita sul mancato riconoscimento della firma deve essere ritenuta attendibile.

In buona sostanza, dall'inefficacia delle notificazioni così come sopra esposte, si rileva l'assoluta mancanza da parte del ricorrente di una conoscenza legale degli atti che hanno preceduto la notifica – questa volta valida, corretta ed efficace – della cartella di pagamento, con la conseguente regolarità dell'impugnazione dinanzi al Pretore ordinario e l'equiparazione della cartella stessa, nel caso specifico, all'ordinanza ingiunzione.

In quest'ottica, la parte opposta non solo non ha dimostrato in giudizio ed al di fuori di ogni dubbio l'esistenza di valide ed efficaci notifiche

degli atti amministrativi preventivi alla notifica dell'impugnata cartella, la cui irregolarità formale è stata sollevata e dimostrata da parte opponente e la cui validità è condizione necessaria per porre in essere i successivi atti esecutivi, ma ha sostanzialmente commesso delle lapalissiane mancanze procedurali.

Infatti, appare opportuno osservare che la presente controversia è di tipo civile ovvero attinente al ramo del diritto civile. Pertanto, le indagini di parte, ancorché rivolte a fini di giustizia, ma espletate senza preventiva richiesta ed esplicita approvazione del magistrato, appaiono configurare processi alla Perry Mason che mal si attagliano al rito civile italiano. Deve notarsi con assoluto nitore che nel processo civile italiano è il magistrato incaricato della trattazione del caso che provvede ad ammettere prove e testi e tale ammissione deve essere valutata in udienza *banco iudicis* in contraddittorio con le altre parti. Tale procedura è specificamente prevista in diversi articoli del Codice di Procedura Civile in materia di giudizio cognitivo e nella specifica legge n. 689/1981 e successive modifiche in materia di opposizione a sanzioni amministrative e deve essere rispettata ai fini della validità dell'assunzione delle prove addotte, persino se indagini personali non autorizzate possano condurre a risultati e/o conclusioni differenti.

In proposito, l'esito della verifica con il Direttore Postale di Cinecittà Est e gli altri accertamenti di parte hanno introdotto nel presente procedimento regolato dalle norme del processo civile, testimonianze per interposto Ufficiale Giudiziario che non sono state ammesse e che non sono state escuse in un regolare e tipico dibattito con le altre parti.

Quindi, ai fini del presente giudizio civile, le risultanze prodotte da parte opposta ed unilateralmente ricavate, non possono essere prese in considerazione per una valutazione formale e sostanziale dell'opposizione in quanto la loro ammissione non è stata richiesta dalla parte opposta in udienza ed in contraddittorio con le altre parti e, in ogni caso, non sono state mai ammesse ed autorizzate da codesta Autorità Giudiziaria; quindi, anche se veritiere, sono prive di ogni efficacia giuridica e giudiziaria ai fini della presente controversia.

In conclusione, in virtù dei motivi sopra evidenziati e previa estromissione del Comune di Roma dal presente giudizio, l'opposizione è accolta e le spese di giudizio compensate fra le parti.

P. Q. M.

il Giudice Onorario di Roma, dott. Lorenzo Caldo, definitivamente pronunciando sulla controversia in epigrafe, previa estromissione dal presente giudizio del Comune di Roma, accoglie l'opposizione.

(omissis)

TRIBUNALE DI ROMA, sez. lavoro, 6 dicembre 2000, n. 19734 – *G.I. Casari – P.M.C. (avv. Manca) c. Università degli Studi di Roma Tre (avv. Stato Rago)*.

Concorso pubblico - Non vincitore - Diritto alla scorrimento della graduatoria in caso di posti vacanti - Potere discrezionale dell'Amministrazione.

La posizione giuridica soggettiva propria dell'aspirante alla nomina in qualità di non vincitore di un concorso è solo quella di titolare di interesse legittimo al corretto esercizio della facoltà, ampiamente discrezionale, di assumere mediante scorrimento della graduatoria. In presenza di un vincitore rinunciataro o trasferito, l'Università ha la possibilità o di procedere a scorrimento rispettando la graduatoria dei non vincitori o di valutare l'opportunità di modificare il proprio organico sopprimendo tale posto (1).

(omissis)

Passando all'esame del merito della controversia, rileva l'Ufficio che, per espresso richiamo operato dall'art. 7 del bando di concorso «le graduatorie dei vincitori rimangono efficaci per un termine di diciotto mesi dalla data della sopracitata pubblicazione per eventuali coperture di posti per i quali il concorso è stato bandito e che successivamente ed entro tale data dovessero rendersi disponibili. Non si dà luogo a dichiarazione di idoneità al concorso».

Tale previsione, che riproduce fedelmente il testo del comma 7 dell'art. 15 del d.P.R. 487/1994, è stata diversamente interpretata dalla parti in causa.

Sostiene la parte ricorrente che da tale disposizione deriverebbe un diritto soggettivo dell'istante, ed un correlativo obbligo dell'Università, all'assunzione nel caso in cui entro i 18 mesi si rendesse disponibile un posto tra quelli assegnanti ai vincitori.

(1) La decisione interpreta l'art. 15, comma 7, del d.P.R. n. 487/1994 secondo cui le graduatorie concorsuali rimangono efficaci per diciotto mesi «per la copertura dei posti per i quali il concorso è stato bandito e che successivamente a tale data dovessero vedersi disponibili». Nel ricorso si sosteneva l'esistenza di un vero e proprio diritto all'assunzione da parte di un candidato vincitore del concorso, ma non collocato in posizione utile per essere assunto anche nel caso in cui, avendo l'amministrazione modificato la pianta organica, ed essendo necessario assumere altro personale, l'Università ha bandito un nuovo concorso senza attingere alla graduatoria del concorso precedente, ancora efficace.

In accoglimento alla tesi sostenuta nella memoria – per la quale l'Amministrazione può modificare gli assetti della pianta organica anche mediante la soppressione di posti rimasti vacanti senza essere obbligata ad applicare la procedura di scorrimento – il giudice ha affermato l'importante principio secondo cui lo scorrimento della graduatoria non opera automaticamente, sussistendo un potere discrezionale dell'Amministrazione in ordine alla copertura dei posti resisi vacanti dopo la pubblicazione della graduatoria.

Argomenta viceversa l'Università il permanere, anche in tali 18 mesi, del proprio potere discrezionale in relazione a tali posti resisi successivamente vacanti, nel senso di non essere obbligata all'applicazione della cd. procedura di scorrimento potendo modificare gli assetti della pianta organica con la soppressione dei medesimi.

Il Tribunale ritiene di aderire all'orientamento già espresso dalla giurisprudenza amministrativa secondo la quale la posizione di aspirante alla nomina in qualità di non vincitore è solo quella titolare di interesse legittimo al corretto esercizio della facoltà, ampiamente discrezionale, di assumere mediante scorrimento della graduatoria (Cons. Stato 1510/2000, TAR Puglia 167/1999, 321/1995).

In altre parole, in presenza di un vincitore rinunciataro o trasferito, l'Università ha la possibilità o di procedere a scorrimento rispettando la graduatoria dei non vincitori o di valutare l'opportunità di modificare il proprio organico sopprimendo tale posto.

Appare inoltre utile precisare che, per come chiarito dalla giurisprudenza in materia, l'art. 15 d.P.R. 487/1994 deve essere interpretato nel senso che lo scorrimento può operare esclusivamente per i propri istituti con il concorso e non per altri pur se relativi alla medesima qualifica, che si rendessero vacanti durante i 18 mesi menzionati (T.A.R. Campania 208/1995).

Precisato il quadro normativo in cui muoverci, dobbiamo valutare se il comportamento dell'Università possa definirsi illegittimo o meno: più precisamente occorre accertare se l'Università, per ciascun posto a concorso resosi successivamente vacante, valutata nuovamente l'opportunità di ricoprirlo, abbia o meno rispettato la graduatoria dei non vincitori. [...]

P.Q.M.

Rigetta il ricorso. (*omissis*)

TRIBUNALE DI ROMA, sez. lavoro, 31 gennaio 2001 n. 1463 - *Giud. Corsetti - A. e altri* (avv. Della Valle) c. ARAN (avv. Stato Pampanelli).

Impiego pubblico - Contrattazione collettiva - Comparti - Sindacati monocratici - Rappresentatività.

Il dato letterale dell'art 45 del decreto legislativo n. 29/93 non consente di distinguere i comparti della contrattazione collettiva nazionale in relazione alla peculiare natura dell'attività svolta dai dipendenti (ad eccezione del caso dei dirigenti per i quali è stato avvertita l'esigenza di una contrattazione separata rispetto agli altri), bensì in relazione ai «settori omogenei o affini» di attività svolta dagli enti nei quali essi operano.

Negli artt. 45 e 47 bis del decreto legislativo n. 29/93 non può ravvisarsi un contrasto con l'art. 39 Cost., e quindi con la libertà di organizzazione sindacale, dal momento che essi non pongono ostacoli a quest'ultima ma si limitano a regolamentare l'accesso alla contrattazione (1).

Motivi della decisione

Preliminarmente deve essere accolta l'eccezione di difetto di legittimazione passiva sollevata dall'ARAN con riferimento ai singoli ricercatori e tecnologi, dal momento che, a norma dell'art. 68 III comma decreto legislativo 3-2-93 n. 29 «Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie relative a comportamenti antisindacali delle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 28 della legge 20 maggio 1970 n. 3000 e le controversie promosse da organizzazioni sindacali, dall'ARAN o dalle pubbliche amministrazioni, relative alle procedure di contrattazione collettiva di cui all'art. 45 e seguenti del presente decreto».

(omissis)

Ciò dunque fa ritenere che, così come è stato affermato che la «contrattazione collettiva non ha sempre ed esclusivamente contenuto normativo dei rapporti individuali, potendo avere efficacia obbligatoria o compositiva di contrasti sociali», nel qual caso «i sindacati non agiscono in rappresentanza dei signori lavoratori (in capo ai quali pertanto non nascono diritti soggettivi), ma quali soggetti esponenziali di meri interessi collettivi» (v. Cass. sez. lav. 17 febbraio 1993 n. 1963), le controversie che investono le modalità della contrattazione collettiva di cui all'art. 45 decreto legislativo citato (tra le quali vi è la determinazione dell'ambito dei singoli comparti della contrattazione collettiva nazionale) non possono che riguardare coloro che i contratti collettivi sono chiamati a stipulare, ovvero le OO.SS. per i lavoratori e l'ARAN o le pubbliche amministrazioni per la parte datoriale (secondo le specifiche ipotesi previste dall'art. 45 D.Lgs. cit.) senza che possa configurarsi una legittimazione dei singoli lavoratori.

Nel merito, comunque, anche la domanda dell'A. (associazione avente la funzione di tutela, anche sindacale, dei ricercatori e tecnologi, v. statuto in atti) non appare meritevole di accoglimento.

(1) La sentenza riveste importanza perché conferma che una corretta interpretazione della legge n. 59/1997, art. 11, comma 4, lettera *d* (il quale ha demandato al Governo di «provvedere che i decreti legislativi e la contrattazione possano distinguere la disciplina relativa ai dirigenti da quella concernente le specifiche tipologie professionali... e stabiliscano altresì una distinta disciplina per gli altri dipendenti pubblici che svolgano qualificate attività professionali, implicanti l'iscrizione ad albi, oppure tecnico-scientifiche e di ricerca») non consente di distinguere i comparti della contrattazione collettive nazionali in relazione alla peculiare natura dell'attività svolta dai dipendenti (nella fattispecie Tecnologi e Ricercatori), con la sola eccezione del caso dei dirigenti.

D'altra parte, l'organo giudicante ha altresì affrontato la sollevata questione di costituzionalità di detta disciplina in rapporto alla rappresentatività di sindacati monocategoriali, ritenendola manifestamente infondata.

L'art. 45 del D.Lgs. n. 29/1993, così come sostituito dal decreto legislativo 4 novembre 1997 n. 396, al comma III stabilisce che:

«Mediante appositi accordi tra l'ARAN e le confederazioni rappresentative ai sensi dell'art. 47-*bis*, comma 4, sono stabiliti i comparti della contrattazione collettiva nazionale riguardante settori omogenei o affini. I dirigenti costituiscono un'area contrattuale autonoma relativamente a uno o più comparti ... Per le figure professionali che, in posizione di elevata responsabilità, svolgono compiti di direzione o che comportano iscrizione ad albi oppure tecnico scientifici di ricerca, sono stabilite discipline distinte nell'ambito dei contratti collettivi di comparto».

Tale disposizione, come è stato condivisibilmente affermato (v. Tribunale di Roma, ord. 6 marzo 2000, UNIRI c. ARAN, in atti), è del tutto coerente con la disciplina della legge delega n. 59/97, che all'art. 11 IV comma lettera *d*), ha demandato al governo di «prevedere che i decreti legislativi e la contrattazione possano distinguere la disciplina relativa ai dirigenti da quella concernente le specifiche tipologie professionali ... e stabiliscono altresì una distinta disciplina per gli altri dipendenti pubblici che svolgano qualificate attività professionali, implicanti l'iscrizione ad albi, oppure tecnico-scientifiche e di ricerca».

Il dato letterale della norma, dunque, non consente di distinguere i comparti della contrattazione collettiva nazionale in relazione alla peculiare natura dell'attività svolta dai dipendenti (ad eccezione del caso dei dirigenti, per i quali è stata avvertita l'esigenza di una trattazione separata rispetto agli altri), bensì in relazione ai «settori omogenei o affini» di attività svolta dagli enti nei quali essi operano.

È tuttavia previsto che, nell'ambito della contrattazione del comparto, sia dettata una disciplina distinta per coloro che, come i tecnologi ed i ricercatori, svolgono qualificate attività professionali, senz'altro rilevanti ma non idonee in sé a consentire l'equiparazione con i dirigenti, per i quali lo stesso D.Lgs. n. 29/93 ha dettato una specifica regolamentazione, stabilendone funzione, incarichi, poteri e responsabilità (v. artt. 13 e segg.).

È stato obiettato che, in tal modo, le associazioni come l'A. di tutela dei ricercatori e tecnologi, se valutate nell'ambito di un comparto più vasto, non sono in grado di superare la soglia di rappresentatività di cui all'art. 47-*bis* del D.Lgs. *cit.*

Tale obiezione, tuttavia, non appare rilevante se è vero che il legislatore, in relazione alla peculiarità del pubblico impiego, ha optato per una contrattazione collettiva nazionale per «settori omogenei ed affini», onde evitare una eccessiva dispersione nella regolamentazione dei rapporti di lavoro, certamente in contrasto con le esigenze di buon andamento della P.A. di cui all'art. 97 Cost.

Inoltre che tale sia la corretta «*ratio*» della normativa di cui all'art. 45 del D.Lgs. *cit.* è provato anche dalle clausole di salvaguardia previste proprio per non derogare al principio generale ovvero, come già detto dall'introduzione, per alcune» categorie come quella in esame, di una disciplina distinta nell'ambito dei contratti collettivi di comparto (v. art. 45) e dalla garanzia,

negli stessi casi, di una adeguata presenza negli organismi di rappresentanza unitaria del personale «anche mediante l'istituzione tenuto conto della loro incidenza quantitativa e del numero dei componenti dell'organismo, di specifici collegi elettorali» (art. 47 comma X).

Ne si ritiene che in tale normativa possa ravvisarsi, come dedotto, un contrasto con l'art. 39 Cost. e quindi con la libertà di organizzazione sindacale, dal momento che gli artt. 45 e 47-*bis* del D.Lgs. non pongono ostacoli a quest'ultima ma si limitano a regolamentare per esigenze, come già osservato, anch'esse tutelate costituzionalmente, l'accesso alla contrattazione, che avviene comunque su una base proporzionale, espressa dalla media, rispetto al totale dei voti del comparto XV, tra il dato associativo ed il dato elettorale, costituito dalla percentuale dei voti ottenuti nelle elezioni delle rappresentanze unitarie del personale, nel quale, come si è visto, opera la garanzia di cui all'art. 47, X comma.

Il ricorso deve essere pertanto respinto.

(omissis)

TRIBUNALE DI ROMA, sez. lavoro, ordinanza 12 aprile 2001 n. R.G. 259748 – *Giudice Corsetti* – N.C. e altri c. Ministero del Commercio con l'Estero (avv. Stato).

Impiego pubblico - Dirigenti - Concorso per titoli e colloqui - Durata di validità delle graduatorie - Diritto alla nomina e al conferimento dell'incarico - Esclusione.

Dall'art. 20 della legge n. 488/1999 - il quale aveva stabilito il prolungamento delle validità delle graduatorie concorsuali da 18 a 24 mesi e comunque fino al 31 dicembre 2000 - non deriva un obbligo per l'Amministrazione di procedere alla scorrimento delle stesse, con il conferimento di nomine dirigenziali ai soggetti già dichiarati idonei.

(omissis)

All'esito dell'esame degli atti, deve essere pregiudizialmente respinta l'eccezione di difetto di giurisdizione, atteso che l'art. 68, comma I, del D.leg.vo n. 29/1993, così come modificato dal D.Lvo. n. 387/1998, stabilisce che «sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, (...), incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale». A ciò deve aggiungersi che, nella fattispecie, non viene in alcun modo in esame la validità delle graduatorie dei concorsi espletati dai ricorrenti e dai controinteressati, bensì il diritto dei primi ad essere nominati primi dirigenti di seconda fascia in quanto idonei nella graduatoria che li riguardava.

Nel merito, peraltro, il ricorso non appare fondato.

Si evince dai documenti in atti che i ricorrenti si sono collocati al sesto posto (quanto al N.) nono posto (quanto al M.) e all'11 posto (quanto alla N.) della graduatoria generale di merito, approvata con decreto del 30 marzo 1998, del concorso indetto con D.D.G. 13 novembre 1996 per il conferimento di n. 2 posti di Dirigente vacanti al 31 dicembre 1996 e che, per tali posti la qualifica di dirigente del ruolo del personale del Ministero del Commercio con l'Estero venne conferita ai primi tre in graduatoria (essendo il secondo collocato in posizione fuori ruolo).

Ora, nella fattispecie, i ricorrenti non lamentano che, in relazione a questi due posti, resisi vacanti, l'Amministrazione abbia indetto un concorso per assumere altri dirigenti, bensì che, in relazione ad ulteriori vacanze, il Ministero del Commercio con l'Estero abbia assegnato ad uffici dirigenziali cinque vincitori di concorso per esami assegnati dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri con decreti ministeriali 25 maggio 2000 e 24 agosto 2000 (v. provvedimento del Ministro del Commercio con l'Estero in data 23 novembre 2000).

Non sembra, dunque, riferibile alla fattispecie la norma, contenuta nel d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487 (richiamato, per quanto compatibile, nel bando di concorso) all'art. 15, comma 7, (secondo il quale «le graduatorie dei vincitori rimangono efficaci per un termine di diciotto mesi dalla data della sopracitata pubblicazione per eventuali coperture di posti per i quali il concorso è stato bandito e che successivamente ed entro tale data dovessero rendersi disponibili...»), norma che appare riferirsi all'ipotesi che alcuni posti messi a concorso restino scoperti per rinuncia, decadenza o dimissioni dei vincitori (ipotesi in alcun modo dedotta nel caso in esame).

Si tratta di invece vedere se possa configurarsi un diritto dei ricorrenti ad essere nominati dirigenti in forza della disposizione contenuta dell'art. 20, comma 3, della legge 23 dicembre 1999 n. 488.

Tale norma, infatti, stabilisce che «fatti salvi i periodi di vigenza maggiori previsti da specifiche disposizioni di legge la validità delle graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale, anche con qualifica dirigenziale, presso le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni, è elevata da 18 a 24 mesi e comunque permane fino al 31 dicembre 2000. Restano parimenti in vigore fino alla predetta data le graduatorie valide al 31 dicembre 1998».

Ora, è un dato di fatto che la Presidenza del Consiglio dei Ministri, dopo avere ritenuto inestensibile ai concorsi per titoli tale disposizione di legge, in relazione al carattere straordinario degli stessi, effettuati in relazione a quanto stabilito dall'art. 28 del D.Lgs. n. 29/1993, nono comma, («nella prima applicazione del presente decreto e, comunque, non oltre tre anni dalla data della sua entrata in vigore, la metà dei posti della qualifica di dirigente conferibile mediante il concorso per esami di cui al comma 2 è

attribuita attraverso concorso per titoli di servizio professionali e di cultura integrato da colloquio...»), in un successivo parere, espresso in data 21 novembre 2000, tenuto conto dell'avvenuta abrogazione di tale norma da parte dell'art. 10 del D.Lgs. 29 ottobre 1998, n. 387, e delle lamentate carenze dirigenziali presenti nel Ruolo Unico della dirigenza, ha ritenuto di consentire l'applicazione dello scorrimento delle graduatorie anche con riferimento a quelle dei concorsi per titoli e colloquio (v. soc. n. 7 prodotto dai ricorrenti unitamente alle note).

Tale decisione, tuttavia, che consente alle pubbliche amministrazioni di riformulare nuove richieste di scorrimento delle graduatorie, non consente però di individuare un diritto dei ricorrenti ad essere nominati dirigenti.

Ed infatti, anche intendendo il «*petitum*» del ricorso come riferito alla mera nomina e non al conferimento dell'incarico dirigenziale (incarico che, a norma dell'art. 19 del D.Lgs., n. 29/1993, così come sostituito dall'art. 13 del D.Lgs., n. 80/1998, è ben distinto dal riconoscimento della sola qualifica, per le condivisibili argomentazioni di cui all'ordinanza del Tribunale di Roma in data 28 novembre 2000, S. c. Ministero delle Finanze, in atti), nessuna norma imponeva al Ministero del Commercio con l'Estero di nominare i ricorrenti in luogo degli assunti con concorso per esami indetto il 6 giugno 1995 (oltre tutto anteriormente allo stesso concorso per titoli che ha riguardato gli istanti), tenuto conto che, con l'abrogazione dell'art. 28, nono comma, del D.Lgs., n. 29/1993, sono venute meno anche le norme che prevedevano una riserva di posti da conferire con il concorso per titoli.

In tal senso, infatti, si era già espressa più volte la giurisprudenza amministrativa, affermando che «l'amministrazione legittimamente può scegliere di non ricorrere alle graduatorie degli idonei di precedenti concorsi per la copertura delle vacanze organiche e di provvedere al reclutamento per mezzo di nuovi ed autonomi, concorsi; tale strada, infatti, è proprio quella indicata dalla normativa costituzionale, mentre le norme presenti nell'ordinamento circa l'assunzione degli idonei sono di carattere speciale, e creano una facoltà e non un obbligo ... (v. T.a.r. Lazio, C.L. c. Ministero Affari Esteri, 24 marzo 1999, n. 744), anche dopo l'autorizzazione ad assumere concessa dalla Presidenza del Consiglio (v. Tar Puglia, B. c. Comune di Torritto, 5 maggio 1995 n. 321).

Ne deriva che, anche in presenza di posti vacanti, la perdurante validità delle graduatorie consente alle pubbliche amministrazioni di attingere alle stesse, ma non determina un diritto all'assunzione, potendo al più configurare, nel caso in cui i ricorrenti continuino ad essere pretermessi, il diritto ad un risarcimento del danno per perdita di «*chances*», non azionato nella fattispecie e comunque ben difficilmente tutelabile nell'ambito di un procedimento d'urgenza.

Non ravvisandosi, pertanto, ad un sommario esame, il «*fumus boni juris*» della pretesa dei ricorrenti, il ricorso deve essere respinto. (*omissis*).

TRIBUNALE DI ROMA sez. II, 14 giugno 2001 n. 23097 – *Giudice Lamorgese* – A. G. e altri (avv. Impelluso e altri) c. Ministero della Sanità (avv. Stato).

Competenza civile – Foro erariale – Difetto di competenza – Rilevabilità – Preclusione.

Procedimento civile di primo grado – Rito ordinario – Intervento di terzi – Tipologie – Ammissibilità – Preclusioni.

Responsabilità civile da fatto illecito – Prescrizione – *Dies a quo* – Decorrenza – Rilevanza penale della fattispecie – Termine quinquennale – Esclusione.

Responsabilità civile da fatto illecito – Danni da sangue infetto ed emoderivati – Responsabilità della p.a. – Qualificazione ex art. 2049 c.c. – Esclusione – Qualificazione ex art. 2050 c.c. Esclusione – Qualificazione ex art. 2043 c.c. – Sussistenza.

Il difetto di competenza territoriale inderogabile concernente il c.d. foro erariale di cui all'art. 25 c.p.c. non è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo, ma per effetto della novella operata con la legge n. 353/1990 che ha modificato l'art. 38 c.p.c., è soggetto, al pari di ogni altra ipotesi di inderogabilità, compresa quella per materia, alla preclusione della prima udienza di trattazione. Peraltro, ai sensi dell'art. 38, comma II, c.p.c. l'eccezione di incompetenza territoriale è incompleta e deve ritenersi come non proposta se il convenuto, limitandosi alla contestazione, non indica i giudici ritenuti competenti (1).

Sono qualificabili come interventi adesivi autonomi o litisconsortili, e sono dunque ammissibili ai sensi dell'art. 105 c.p.c., gli interventi dei terzi che fanno valere un diritto autonomo ma connesso a quello già dedotto in giudizio sotto il profilo dell'oggetto (nella specie accertamento della responsabilità della Pubblica Amministrazione convenuta) o del titolo (fatto illecito che si assume commesso dal convenuto). Nel rito ordinario, a differenza di quanto disposto per il rito del lavoro, l'art. 268 c.p.c. non prevede affatto che l'intervento dei terzi debba avvenire entro il termine per la costituzione del convenuto, bensì ne consente la proponibilità fino al momento della precisazione delle conclusioni non solo nel caso di intervento ad adiuvandum, ma anche quando, per effetto di un intervento adesivo autonomo ovvero principale, i terzi introducano domande nuove, con ampliamento dell'originario thema decidendum (2).

(1) – (4) La sentenza in epigrafe riguarda la ben nota e triste questione degli emoderivati. Il Tribunale di Roma, dopo aver superato l'eccezione preliminare dell'Avvocatura dello Stato (appare chiara la confusione tra gli articoli 25 e 38 del codice di procedura civile), ha ritenuto non prescritto il diritto vantato dai pazienti (si tratta di trasfusioni effettuate nel corso degli anni 80) ed ha ritenuto sussistente la legittimazione passiva del Ministero della Salute (all'epoca i controlli erano già stati trasferiti alle regioni).

Nel merito, pur essendo i dati scientifici certi, circa l'inevitabilità di contagi da HBV, HVC e HIV, in quanto non ancora conosciuti dalla scienza medica i metodi di inattivazione dei virus (i primi risultati si hanno a partire dal 1980 per HBV, dal 1980 per HVC e dal 1988 per HIV) con il metodo «*Wester Blot*» di «bombadamento» del sangue con il «calor bianco» ha pronunciato condanna dell'amministrazione sull'«*an debeatur*», senza neppure l'ausilio di una consulenza tecnica, ritualmente richiesta dalla difesa del Ministero della Salute.

La sentenza è stata impugnata con l'appello di cui si riportano brani significativi.

Il dies a quo per la decorrenza del termine di prescrizione che l'art. 2947, comma I, c.c. individua nel giorno della verifica dell'illecito deve essere identificato con quello in cui la condotta illecita abbia inciso nella sfera giuridica del danneggiato in modo che questi abbia avuto reale e concreta consapevolezza dell'esistenza e della gravità del danno; inoltre, qualora ai sensi dell'art. 2947, comma III, c.c. l'illecito civile sia astrattamente qualificabile come reato non si applica il termine di prescrizione quinquennale, bensì quello eventualmente più lungo previsto dalla legge penale (3).

*La responsabilità del Ministero della Sanità per i danni cagionati dall'uso di sangue infetto deve essere qualificata come violazione del principio del *neminem laedere* sancito dall'art. 2043 c.c. a causa della colposa omissione del dovere di controllo e vigilanza sulla sicurezza del sangue e degli emoderivati; per contro il Ministero non risponde né ex art. 2050 c.c. a titolo di compimento di attività pericolosa non essendo tale la vigilanza che esso deve esercitare in materia sanitaria, né ex art. 2049 c.c., non sussistendo fra il Ministero e gli enti somministratori degli emoderivati alcun rapporto di dipendenza ovvero di committenza (4).*

(omissis)

L'appello dell'Avvocatura dello Stato:

1. Si deduce, in via pregiudiziale e assorbente, la nullità della sentenza di primo grado per violazione della disciplina di cui all'art. 25 c.p.c. Nonché per quella contenuta nel codice di procedura civile sul litisconsorzio facoltativo e la separazione delle cause (art. 103 c.p.c.).

L'impugnata sentenza risulta viziata, in radice, da un evidente *error in procedendo*, tanto grave da inficiarla completamente

A) Il patrocinio erariale, a fronte di numerosi atti di intervento e di citazioni iniziali proposti da attori che avevano effettuato emotrasfusioni in luoghi ben diversi dalla circoscrizione della Corte di Appello di Roma, dispiegava eccezione di incompetenza funzionale, ex art. 25 c.p.c., esercitabile in ogni stato e grado del procedimento, rilevando la violazione del giudice precostituito per legge: in sostanza il dispiegamento di numerosissimi atti di citazione originali e di atti di intervento presso il Tribunale Civile di Roma, considerato «favorevole» alle tesi sostenute dalle controparti sulla scorta di una sua precedente sentenza, ha gravemente violato il principio ermeneutico fondamentale del giudice precostituito per legge: tale eccezione, dispiegata in corso di causa, era esercitata quando pervenivano dal Ministero della Sanità informazioni sugli attori e sugli interventori, che ben si guardavano, come potrà rilevare codesta On.le Corte di Appello, di indicare nell'atto introduttivo del giudizio, luogo, data di nascita e residenza nonché luogo della trasfusione. È evidente l'intento perseguito, con una più che dubbia deontologia professionale, dalle parti in corso di causa, e cioè quello di aggirare la norma di cui all'art. 25 c.p.c. e di portare perciò la causa a Roma contro la volontà del legislatore, intento cui si è opposta decisamente la difesa erariale dispiegando rituale eccezione che tuttavia il giudice non ha tenuto nella dovuta considerazione, al contrario consentendo la proposizione di decine di atti di intervento, dispiegati anche all'udienza per la precisazione delle conclusioni e che hanno messo in pericolo le stesse garanzie difensive che debbono essere assicurate a qualsivoglia convenuto.

È evidente l'errore in cui è incorso il giudice, che ha confuso la norma di cui all'art. 25 c.p.c. applicabile in ogni stato e grado del giudizio (con la relativa eccezione che è rilevabile altresì anche di ufficio) con l'art. 38 c.p.c. in tema di incompetenza territoriale dispiegata: era lo stesso Tribunale di Roma che doveva individuare il giudice ritenuto competente, scindendo le cause, e non il Ministero della Sanità, che aveva solo l'onere di indicare i nominativi (come ha fatto) che violavano il precetto dell'art. 25 c.p.c., in ragione dell'evento dannoso.

1) *La competenza territoriale.*

Il Ministero ha eccepito l'incompetenza territoriale del giudice adito ai sensi dell'art. 25 c.p.c., essendo invece, a suo avviso, competenti i giudici dei luoghi ove le infezioni sono state singolarmente contratte (*forum delicti*) ovvero ove i singoli danneggiati hanno il domicilio, in quanto lì, secondo le norme della contabilità pubblica (v. art. 54 r.d. n. 2440 del 1923), dovrebbe avvenire il pagamento da parte dell'amministrazione (*forum destinatae solutionis*).

B) In ogni caso si eccepisce che non sussistevano i presupposti del preteso litisconsorzio: poiché i diritti vantati erano scissi, distinti, autonomi e non comuni, non ricorrevano i presupposti del litisconsorzio, né originario né successivo, stante la spiccata individualità e autonomia delle cause portate all'attenzione del Tribunale.

2) Con riferimento all'eccezione svolta *sub B*, sempre in via pregiudiziale si deduce la inammissibilità non solo del litisconsorzio originario ma anche di quello successivo spiegato in corso di causa dai soggetti di volta in volta intervenuti.

Richiamata sul punto l'eccezione formale già sollevata in prime cure dal Ministero della Sanità circa l'inammissibilità degli interventi espletati in corso di causa, si ribadisce in questa sede che il Tribunale di Roma ha qualificato i medesimi interventi come adesivi autonomi o litisconsortili, pur non possedendone essi i requisiti: infatti, l'intervento adesivo autonomo in giudizio è finalizzato a far valere un diritto proprio comune alle altre parti relativamente all'oggetto o dipendente dal titolo del processo medesimo. Poiché, alla stregua di quanto finora esposto detti interventi, non potevano essere qualificati come adesivi autonomi o litisconsortili il Tribunale di Roma ha gravemente errato nel non dichiarare tali interventi inammissibili ad ogni effetto, anche perché nei confronti dei medesimi, in quanto inammissibili, il Ministero della Sanità non aveva accettato – né intende ora accettare – il contraddittorio. Aggiungasi che detti interventi, non potendosi qualificare per le ragioni suesposte come «litisconsortili», non potevano essere qualificati neppure «principali» ex art. 105, comma 1, c.p.c., né «*ad adiuvandum*» ex art. 105, comma 2, c.p.c., e poiché altre forme di intervento non risultano contemplate dal Codice di procedura civile, appare di tutta evidenza la grave omissione in cui è incorso il Giudice di primo grado nel non procedere alla doverosa, richiesta dichiaratoria di inammissibilità.

3. Si ribadisce, in via preliminare subordinata e ad ogni effetto, l'eccezione di prescrizione già sollevata in prime cure e disattesa dal Tribunale senza alcuna motivazione convincente sul punto.

Invero, l'eccezione che si ripropone è stata disattesa proprio in relazione all'indifferenziato trattamento che hanno avuto le numerose domande sottoposte all'esame del Tribunale, il quale ha compiuto una globale valutazione circa la sussistenza, in linea meramente astratta, del diritto al risarcimento (diritto che, comunque, radicalmente il Ministero della Salute contesta anche in questa sede), senza compiere alcuna – sia pure superficiale – delibazione delle singole posizioni soggettive azionate in giudizio, in palese violazione – sotto il profilo evidenziato – di quanto dispone l'articolo 112 c.p.c. In base alle stesse richieste azionate dalle controparti innanzi al Tribunale, i fatti contestati al Ministero odierno appellante vengono riferiti agli anni compresi fra il 1978 e il 1988: conseguentemente, al momento della proposizione delle domande (notificazione dell'atto di citazione o dell'atto di intervento) era, e da tempo, ampiamente decorso il termine quinquennale previsto dall'articolo 2947 c.c.; né risulta prodotto in causa alcun atto interruttivo della prescrizione.

4. Ferme le eccezioni svolte sub 1), 2) e 3) nel merito il Ministero odierno appellante deduce la illegittimità e contrarietà a diritto della impugnata decisione.

L'eccezione è però incompleta e, quindi, deve considerarsi come non proposta (art. 38, comma 2, c.p.c.), non essendo stati indicati i giudici ritenuti competenti in relazione alle domande risarcitorie promosse da ciascun danneggiato.

Né è condivisibile l'affermazione del Ministero secondo cui si tratterebbe di competenza inderogabile e rilevabile d'ufficio in qualunque stato e grado del processo, ai sensi dell'art. 9 r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611. A prescindere dal rilievo che dalla documentazione sanitaria allegata molto spesso non risulta in quale luogo la trasfusione o la somministrazione di emoderivati sia avvenuta (luogo che, del resto, non si deve confondere con quello in cui sono state successivamente effettuate le analisi di rilevazione dei virus), sicché non è possibile risalire alla precisa identificazione di un diverso *forum delicti* che giustifichi la declaratoria di incompetenza del giudice adito, è bene chiarire, come la dottrina ha già osservato, che la rilevabilità d'ufficio dell'incompetenza territoriale inderogabile riguardante il foro delle Amministrazioni dello Stato è ormai soggetta (dopo la novella processuale della legge n. 353 del 1990) alla preclusione costituita dalla prima udienza di trattazione (artt. 38, comma 2, e 183 c.p.c.), che riguarda del resto ogni caso di inderogabilità prevista dalla legge (v. art. 28, ult. pt., c.p.c.) e persino l'incompetenza per materia. Sicché la dedotta incompetenza per territorio non potrebbe essere dichiarata d'ufficio, non essendo stata rilevata entro la prima udienza di trattazione.

A) Invero, la sentenza del Tribunale ha del tutto genericamente ritenuto il Ministero della Sanità responsabile degli eventi dannosi lamentati dagli attori, laddove esso avrebbe dovuto accertare, in via preliminare e caso per caso, le eventuali singole responsabilità, pronunciandosi partitamente e singolarmente su ogni domanda concernente le varie posizioni soggettive sottoposte al suo esame: operazione che avrebbe potuto e dovuto comunque compiere anche nel caso di trattazione unitaria – come in effetti il Tribunale ha ritenuto di fare – e di decisione con unico atto di tutte le numerosissime domande azionate. Né può essere accettata la semplicistica affermazione del Tribunale perché, anche se è vero che nessuna norma sancisce il numero massimo di interventi esplicabili nel corso di un giudizio, è altrettanto vero che nessuna norma consente di pronunciare una decisione, come quella resa dal Tribunale di Roma, che ascrive al Ministero della Sanità un carico enorme di responsabilità senza alcuna approfondita analisi delle posizioni soggettive azionate.

Il Giudice di primo grado non ha tenuto alcun conto neppure del quadro normativo concernente le attribuzioni del Ministero della Sanità nel periodo in cui si assumono verificati i fatti. Già da tempo, infatti, attraverso numerosi provvedimenti (decreto del Presidente della Repubblica n. 4/1972, d.lgs. n. 616/1977, legge n. 833/1978) erano state riservate allo Stato esclusivamente funzioni generali di programmazione, indirizzo e coordinamento, risultando tutte le altre trasferite alle Regioni ed agli enti infraregionali.

Tra l'altro, è da rilevare come l'esame indifferenziato delle posizioni operate dalla sentenza impugnata non abbia consentito di distinguere, ad esempio, le ipotesi in cui il contagio è avvenuto a causa dell'emoderivato iniettato rispetto a quelle in cui è avvenuto invece per contatto con aghi od altri dispositivi medici infetti, circostanze diversificate quanto alle modalità di produzione dell'evento, che in quanto tali non possono rimanere indifferenti anche e proprio ai fini dell'accertamento delle eventuali responsabilità.

2) *L'ammissibilità del litisconsorzio facoltativo originario e degli interventi.*

Il convenuto ha eccepito che, essendo i diritti vantati dalle parti originarie istanti in via risarcitoria non comuni ma distinti ed autonomi, non ricorrerebbero i presupposti del litisconsorzio originario e di quello successivo provocato dai numerosi interventi in corso di causa.

B) Il Tribunale ha ritenuto di poter configurare a carico del Ministero della Sanità la responsabilità aquiliana, sovvertendo, peraltro, ogni principio sull'onere della prova in materia, addebitando al Ministero medesimo un mero comportamento omissivo (mancato controllo e mancato ritiro degli emoderivati non trattati al calore antivirucidico) asseritamente «negligente, inopportuno ed illegittimo», non giustificabile neppure da «scelte di carattere politico». A parte il fatto che, in concreto, negli eventuali, susseguenti giudizi risarcitori ciascuna delle controparti dovrà comunque fornire la prova del fondamento del preteso diritto, si osserva che la sentenza impugnata cade in una petizione di principio laddove pretende di individuare, in maniera del tutto generica ed apodittica, in capo al Ministero della Sanità (ora della Salute) una responsabilità anche *ex art. 2043 cc.*

Infatti, solo in base ad un giudizio di prognosi postuma (per l'effettuazione del quale, in primo grado, non si è neppure ritenuto necessario disporre una consulenza tecnica d'ufficio, pur ritualmente richiesta rapportata all'epoca dei fatti, e cioè dal 1978 a metà anni '80, anni in cui la maggior parte delle controparti assume di aver contratto l'infezione a seguito di emotrasfusione), si è ritenuto di poter ascrivere all'Amministrazione detta responsabilità, senza individuare, puntualmente ed analiticamente, il benché minimo, concreto elemento al quale poter far risalire detta attribuzione di responsabilità aquiliana: sul punto vi è il silenzio più assoluto. Il giudice, infatti, facendo riferimento a generici studi scientifici dei primi anni 80, ha ritenuto «provata» la colpa del Ministero della Sanità, non considerando che un semplice studio deve essere «testato» e inoltre che vanno scoperti i mezzi per neutralizzare le infezioni di che trattasi, e solo in difetto acclarato della loro applicazione potrà parlarsi di colpa. Viene, così, ignorato del tutto quanto dall'Amministrazione convenuta era stato rappresentato (e provato tramite copiosa produzione documentale) nel corso del precedente grado di giudizio, e cioè che lo Stato, all'epoca dei fatti, aveva posto in essere tutti i controlli più opportuni, all'epoca conosciuti, per evitare contagi. Giova rammentare che i casi di contagio di cui trattasi sono datati 1980-1988; per quanto concerne il virus dell'HIV, nel periodo temporale compreso fra il 1983 e il 1985 la scienza medica non aveva ancora acquisito piena consapevolezza della natura virale dell'AIDS e non aveva messo a punto metodi certi per identificare la nuova malattia.

Non va, inoltre, dimenticato che la somministrazione di emoderivati – per alcune categorie di malati (per esempio gli emofilici) veri e propri farmaci «salva vita» – ha arrecato indubbi benefici di carattere sociale.

Tuttavia, un numero rilevante di questi malati (circa 900, secondo i dati noti al Ministero della sanità) divenne sieropositivo, con effetti letali in alcuni casi, per l'insorgere dell'AIDS. Contrariamente a quanto affermato nell'impugnata sentenza, soltanto a partire dai primi mesi del 1986 la scienza medica raggiunse una relativa certezza nel campo della diagnosi della infezione da H.I.V. attraverso il controllo della cosiddetta sieropositività, ossia della presenza nel sangue di anticorpi (c.d. metodo *Western-Blot*) e fu conseguentemente in grado di individuare i donatori di plasma portatori e potenziali trasmettitori del virus e di prevenire così il rischio del contagio attraverso l'uso di farmaci emoderivati. Nello stesso arco temporale sono stati risolti anche i problemi relativi al virus dell'epatite B, mentre soltanto in epoca successiva si è presa cognizione di una diversa forma di epatite (denominata epatite «C»).

L'infondatezza di questa prospettazione è stata già rilevata in una fattispecie analoga a quella in esame (si trattava di una domanda risarcitoria promossa, in via di azione e di intervento, contro il Ministero della Sanità da soggetti che, essendo affetti da patologie emorragiche, contrassero infezioni virali a seguito di trasfusioni di sangue o della somministrazione di emoderivati) dalla Corte d'appello di Roma (che, su questo punto, ha confermato la già citata sentenza del Tribunale di Roma del 27 novembre 1998), la quale ha osservato che «*alla stregua della menzionata disposizione di rito [art. 103 c.p.c.] il litisconsorzio facoltativo è ammissibile non soltanto, in senso proprio, nel caso di cause connesse, ma pure, nel senso c.d. improprio, allorché la pluralità di cause imputabili ai diversi soggetti agenti presenti in comune la risoluzione di identiche questioni, fattispecie quest'ultima ricorrente nel caso in esame in cui la suddetta comunanza è rappresentata dalla risoluzione delle questioni della risarcibilità del danno da emotrasfusioni ... e della sussistenza o meno al riguardo della responsabilità aquiliana del Ministero, ragioni che correttamente hanno indotto il primo giudice ... alla trattazione unitaria della cause*» (App. Roma *cit.*, 4 ottobre 2000, p. 28-29).

Sempre nello stesso periodo dei primi mesi dell'anno 1986 furono individuati procedimenti fisici e chimici per l'inattivazione dei virus presenti negli emoderivati, sottoponendo questi ultimi a particolari trattamenti (trattamento c.d. a vapore caldo, a mezzo pasteurizzazione o con solventi-detergenti). Alla stregua di tali risultati, il Ministero della Sanità intervenne tempestivamente (cfr. circolare della direzione generale dei servizi dell'igiene pubblica 17 luglio 1985, n. 28), ponendo in essere adeguate misure preventive, fra le quali citiamo le più significative:

- a) la prescrizione di controlli tesi ad individuare la presenza del virus nell'unità di sangue donato;
- b) l'introduzione dell'obbligo di utilizzare nella pratica clinica esclusivamente i preparati emoderivati trattati con metodi atti ad inattivare il virus;
- e) il ritiro immediato dal commercio dei componenti antiemofili non trattati a calore secco (trattamento che si è rivelato idoneo a garantire con ragionevole margine di certezza l'inattivazione del virus). È necessario considerare, altresì, che nello stesso periodo si cominciava appena a parlare, nei convegni scientifici, del c.d. metodo *Western Blot*, che costituiva allora una recente scoperta. L'attività del Ministero della Sanità è stata, pertanto, tempestiva e completa, perfettamente allineata al progredire della scienza medica.

L'impugnata sentenza evidenzia che, nel periodo intercorrente tra il 1983 (data di presunta scoperta dell'HIV) il ritiro degli emoderivati non trattati al calore antivirucidico, sarebbero trascorsi vari anni, nel corso dei quali altri pazienti sarebbero risultati contagiati da emotrasfusioni. La semplicistica conclusione cui è pervenuto il Tribunale di Roma evidenzia che, da parte del giudicante, è stato completamente ommesso di considerare che i metodi conosciuti, fino al 1986 (anno di scoperta del metodo *Western-Blot*), non offrivano alcuna sufficiente sicurezza, e solo successivamente, con la verificata mancanza di casi di contagio, fu possibile accertare la esattezza di quello sopra indicato. Nel frattempo, impedire la somministrazione di emoderivati non trattati, in una condizione di assoluta mancanza di certezze circa l'esattezza del metodo in discorso, avrebbe provocato conseguenze gravissime, a causa dell'esiguità delle scorte di emoderivati trattati al calore secco.

Quanto sopra senza considerare la contraddittorietà evidente della sentenza impugnata sul punto: infatti, ammesso e non concesso che il Ministero della Sanità possa essere ritenuto responsabile per i contagi avvenuti tra il 1983 ed il 1988, come può essere ritenuto indistintamente il medesimo Ministero responsabile per tutti i contagi avvenuti, senza operare alcuna sia pur approssimativa analisi e alcun sia pure generico accertamento sulla data di effettivo contagio, persona per persona?

L'ammissibilità degli interventi, contestata dal convenuto con riferimento all'art. 105 c.p.c., è stata ugualmente affermata dal Tribunale di Roma il quale (nella stessa sentenza poc'anzi citata) ha osservato che gli stessi «non possono ritenersi ... come proposti né in via principale (art. 105, comma 1, c.p.c.) né ad adiuvandum (art. 105, comma 2, c.p.c.)... infatti, i soggetti intervenuti hanno fatto valere nei confronti della originaria ed unica parte convenuta un diritto relativo all'oggetto e/o dipendente dal titolo dedotto nel processo. In altre parole gli intervenuti costituitisi successivamente nel corso del giudizio hanno inteso far valere un loro diritto autonomo ma connesso a quello azionato dalle parti attrici sotto il profilo sia dell'oggetto (accertamento della responsabilità della convenuta pubblica amministrazione e consequenziali statuizioni), che della medesima causa petendi (fatto illecito omissivo-commissivo ascrivibile, secondo la prospettazione attorea, al ministero). In conclusione, quelli effettuati in corso di causa devono più esattamente qualificarsi come interventi adesivi autonomi o litisconsortili, interventi tipici dei soggetti terzi rispetto all'originario rapporto processuale» e che, come ha osservato la Corte d'appello (che, su questo punto, ha confermato la sentenza di primo grado), «ben avrebbero potuto fin dall'inizio agire ex art. 103 c.p.c. nello stesso processo attesa la dipendenza della decisione da identiche questioni. Neppure — prosegue la sentenza — al riguardo può essere condivisa l'argomentazione del suddetto Ministero, secondo cui in relazione ai detti interventi sarebbe stata necessaria l'accettazione del contraddittorio da essa Amministrazione, originaria convenuta, attesoché la qualità di parte legittimata ad causam si acquista per effetto dell'intervento e non già per effetto del consenso di quella nei confronti della quale l'intervento è fatto valere» (v. App. Roma, cit., p. 29).

Perché il Tribunale non ha distinto, come avrebbe potuto e dovuto fare, tra periodi di contrazione delle malattie richiedendo la prova della data dei contagi verificatisi in epoca anteriore agli anni 1983, relativamente ai quali sicuramente non sussisteva alcuna possibilità di prova dell'esistenza di metodi atti ad impedire il contagio stesso?

È, infatti, da rilevare che, dal momento dell'adozione delle surricordate misure — che in epoca più recente poi sono state completate dal decreto ministeriale 18 gennaio 1988, n. 14 e dal decreto ministeriale 25 maggio 1988, n. 188/S — non si segnalano nuovi casi di trasmissione dei predetti virus per mezzo di farmaci emoderivati.

La piena legittimità dell'operato del Ministero della Sanità è, altresì, confermata dalla evoluzione normativa *in subiecta materia*: come già evidenziato in atti, la legge 23 dicembre 1978, n. 833 prevedeva la futura emanazione di una nuova legge-quadro per il settore trasfusionale, che dettasse norme aggiornate ed adeguate alla nuova struttura del Servizio sanitario nazionale.

Il Ministero della Sanità, al riguardo, — ottemperando a quanto previsto dalla citata legge n. 833/1978 — istituì nel 1980 la «Commissione Nazionale Sangue» ed elaborò il disegno di legge-quadro di cui all'art. 4 della legge n. 833/1978, nel quale era prevista l'emanazione di un piano sangue plasma nazionale, finalizzato al raggiungimento dell'autosufficienza nazionale per quanto attiene il sangue e gli emoderivati; tale disegno di legge, scaturito dai lavori della «Commissione Nazionale Sangue», sottoposto all'esame del Parlamento insieme ad altre proposte, venne incorporato in un testo unificato sul quale ebbe luogo un lungo dibattito parlamentare conclusosi il 14 maggio 1990, data di promulgazione della legge n. 107.

Né, del resto, l'inammissibilità potrebbe essere argomentata sulla base dell'opinione, invero minoritaria, secondo cui il sistema di preclusioni semirigido, qual è quello introdotto dal legislatore degli anni '90, abbia inciso anche sul regime dell'intervento in causa, nel senso che l'art. 268, comma 1, c.p.c. (il quale ammette l'intervento sino a che non vengano precisate le conclusioni) riguarderebbe soltanto il cosiddetto intervento adesivo dipendente, che è quello con il quale non viene fatto valere un diritto proprio ma si vogliono sostenere le ragioni di una delle parti del processo (il terzo, in tal caso, non proponendo una domanda autonoma, potrebbe intervenire sino all'udienza di precisazione delle conclusioni e subirebbe soltanto le limitazioni alla propria attività processuale previste nell'art. 268, comma 2, c.p.c.), mentre gli altri interventi, adesivo autonomo (o litisconsortile) ovvero principale, concretandosi nella formulazione di domande nuove rispetto a quelle introdotte dalle parti originarie, incorrerebbero nelle preclusioni operanti nei confronti delle parti originarie, con la conseguenza che, se l'interesse del terzo sorge dalla domanda attrice, egli dovrebbe intervenire (e proporre le domande) nel termine fissato dagli artt. 166 e 167 c.p.c. per la costituzione del convenuto (o quanto meno nei venti giorni prima della prima udienza di trattazione ex art. 183 c.p.c.), *analogamente a quanto è disposto nel rito del lavoro dall'art. 419 c.p.c.*

Il Ministero della Sanità continuava nel frattempo ad esercitare le attività amministrative residue al medesimo demandate (che gli permettevano di contrastare la trasmissione del virus dell'epatite B (C.M. n. 68/1978), del virus HIV (C.M. n. 28/1985 e decreto ministeriale 15 gennaio 1988), del virus C dell'epatite (decreto ministeriale 21 luglio 1990), del virus HIV2» (decreto ministeriale 30 dicembre 1992) ed emanava direttive e decreti nel settore degli emoderivati, pur se sulla scorta delle (scarse) conoscenze scientifiche dell'epoca, predisponendo quanto possibile per impedire imprevedibili le infezioni di cui al presente giudizio.

L'attività di vigilanza veniva esercitata sia nel procedimento di autorizzazione alla produzione (art. 161 R.D. 1265/1934, R.D. n. 478/1927), che in sede di registrazione per la messa in commercio delle specialità medicinali. In particolare, con riferimento agli emoderivati, il controllo veniva svolto per accertare che i preparati fossero corrispondenti alle prescrizioni derivanti dalle più moderne ricerche scientifiche e in linea con il progredire delle conoscenze mediche, come confermato dalla legge n. 592/1967, dal decreto ministeriale 18 giugno 1971, dal decreto del Presidente della Repubblica n. 1256/1971, dal decreto ministeriale 15 settembre 1972 e successivi, provvedimenti mirati, soprattutto e specialmente, ai controlli da effettuare sui donatori del sangue da utilizzare per la produzione degli emoderivati.

Di tutto ciò, peraltro, in sentenza non si dà contezza alcuna; di tal che anche sotto l'indicato profilo la stessa si rivela carente di congrua motivazione sul punto dell'accertamento della responsabilità dell'Amministrazione, responsabilità che viene del tutto apoditticamente data per scontata.

C) La sentenza non dà, parimenti, alcun conto della sussistenza o meno del nesso causale tra il comportamento dell'agente e l'evento presumibilmente dannoso.

Al riguardo, si osserva preliminarmente che, per quanto concerne l'AIDS, la scienza medica a tutt'oggi non dispone di dati certi relativi al periodo di contagio o di incubazione del virus dell'HIV dal momento del contagio alla sua concreta manifestazione e quindi all'eventuale sviluppo della malattia (che alcuni autorevoli studiosi non escludono possa avere un periodo di incubazione addirittura di 5-7 anni). In proposito si citano dei casi di sieri conservati a basse temperature, prelevati nel 1977-1978 che, attraverso i controlli effettuati, hanno evidenziato sieropositività, con ciò dimostrando che fin da quegli anni l'infezione da HIV era in atto.

Tuttavia, come già ritenuto da questo Tribunale (v. sent, 21 gennaio 2000, in *Foro it.*, 2000, 2045), a differenza di quanto stabilito nel rito del lavoro, l'art. 268 c.p.c., non prevede affatto che l'intervento debba avvenire entro il termine previsto per la costituzione del convenuto (ovvero nei venti giorni precedenti l'udienza di trattazione) ma, al contrario, ammette l'intervento di terzi, senza alcuna distinzione, fino al momento della precisazione delle conclusioni ed anche la Cassazione (v. sent. n. 4771/1999) ha ritenuto che, tranne quella istruttoria sancita dall'art. 268, comma 2, c.p.c., nessuna preclusione, specie quella assertiva (che è ritenuta coesistente all'intervento principale e litisconsortile), può dirsi operante nei confronti dell'interventore, verso il quale non vale infatti il divieto che vincola le parti originarie, di proporre domande nuove.

Il Tribunale ha ritenuto di poter attribuire una responsabilità allo Stato per avere provocato infezioni da HIV da emoderivati prima ancora che la scienza medica fosse in grado di conoscere l'esistenza di tale gravissima malattia (cfr. Sentenza n. 3242/00 della Corte di Appello di Roma).

Al fine di configurare la sussistenza del nesso causale, doveva essere altresì provato un rapporto eziologico tra il danno e l'asserita omissione di controllo da parte del Ministero della Sanità nella produzione e somministrazione degli emoderivati. Né a tal fine il giudizio relativo può essere limitato solo a stabilire la sussistenza del rapporto di causalità tra trasfusione ed infezione, non già il nesso eziologico tra infezione ed eventuali comportamenti colposi da parte della p.a.

Quanto osservato con riferimento all'AIDS vale anche per quello che concerne le infezioni contratte per trasmissione dei vari ceppi di virus delle epatiti che, fino a metà degli anni '80, erano anch'essi pressoché ignorati dalla scienza medica, perlomeno per quanto concerne il ceppo denominato «C». Considerato che il controllo veniva attuato sulla base delle conoscenze dell'epoca, risulta indimostrato il nesso di consequenzialità con il propagarsi della malattia, evento anch'esso all'epoca dei fatti del tutto imprevedibile.

Del tutto errata e inaccettabile risulta pertanto la tesi espressa nella decisione appellata, secondo cui la mancata adozione di cautele idonee a prevenire una malattia che all'epoca neppure si conosceva, sarebbe addirittura idonea di per sé a configurare una responsabilità *ex art. 2043 c.c.*

Quanto sopra prescindendo dal fatto che – com'è noto – la consolidata giurisprudenza ritiene che, al fine di accertare la causalità in senso giuridico di una condotta umana rispetto ad un determinato evento, sia sempre necessario stabilire un confronto tra le conseguenze che, secondo un giudizio di probabilità «*ex ante*», tale condotta era idonea a provocare e le conseguenze in realtà verificatesi, le quali ultime, ove non prevedibili ed evitabili, escludono il rapporto eziologico tra il comportamento umano e l'evento stesso; ne consegue che, per la riconducibilità dell'evento ad un determinato comportamento, non è sufficiente che tra l'antecedente ed il dato consequenziale sussista un rapporto di sequenza, occorrendo invece che tale rapporto integri gli estremi di una sequenza costante, secondo un calcolo di regolarità statistica, per cui l'evento appaia come una conseguenza normale dell'antecedente. Non solo, ma la presenza, nella concatenazione dei fatti, di un eventuale elemento impreveduto ed imprevedibile (si pensi all'infezione da immunodeficienza acquisita, non individuabile, come prima rilevato, fino agli ultimi anni '80) che renda inevitabile il verificarsi dell'evento esclude comunque ogni responsabilità dell'agente.

3) *La prescrizione.*

Il convenuto ha eccepito la prescrizione del diritto al risarcimento dei danni, risalendo i fatti contestatigli agli anni '80 ed essendo, quindi, decorso il termine di cinque anni (art. 2947 c.c.) con riferimento alla data di introduzione del presente giudizio.

Si deve premettere, come già rilevato dalla Corte d'appello nella più volte citata sentenza, che il termine di prescrizione è di dieci anni, in considerazione della rilevanza penalistica del comportamento del Ministero nella diffusione delle infezioni virali in questione, essendo configurabili astrattamente i reati dell'epidemia colposa ovvero dell'omicidio colposo o delle lesioni colpose plurime (artt. 2947, comma 3, c.c. e 157, n. 3, c.p.).

Deve essere altresì esclusa ogni responsabilità per ritardo, atteso che, per giungere ad ipotizzare sul piano strettamente civilistico una responsabilità da questo derivante, è necessario dimostrare che il medesimo sia conseguente ad un comportamento – commissivo od omissivo – antiggiuridico imputabile a negligenza e quindi, lato sensu, a colpa. Nel caso di specie, la circostanza che, dalle prime risultanze cliniche della nuova malattia (1981) alla formulazione delle prime ipotesi interpretative (1983) e alla messa a punto, per tentativi successivi, di metodi efficaci per prevenire il contagio (1984 - 1985), sia, indubbiamente, trascorso un lasso di tempo relativamente lungo è dovuta non a colpa del Ministero, bensì esclusivamente ai tempi, fisiologici ma necessitati, di cui la scienza abbisogna soprattutto quando affronta campi inesplorati. Vero è che non può ritenersi sussistente una responsabilità del Ministero della Sanità al di là di quanto fosse lecito pretendere sulla base delle conoscenze tecnico scientifiche acquisite in quel dato momento storico e delle quali si è fornita ampia prova nel corso del giudizio di prime cure.

Al riguardo si ricorda che codesta medesima Ecc.ma Corte di Appello, già investita di una analoga questione su appello proposto dal Ministero della Sanità (causa A. M. + altri), con sentenza n. 3242/2000 ha riaffermato tali principi, sottolineando che rispettivamente prima del 1978, del 1985 e del 1988 non era possibile evitare altrimenti, sulla scorta delle conoscenze scientifiche possedute, le infezioni rispettivamente da HBV, HIV ed HCV tramite trasfusione e/o trattamento con emoderivati. Ciò premesso, come già ampiamente dimostrato in sede di primo grado, risultano del tutto inconferenti le tesi fatte proprie dal Tribunale, sulla base di mere citazioni scientifiche riportate in sentenza, peraltro neppure suffragate dalle risultanze di una CTU, formalmente richiesta dal Ministero ma dal Tribunale stesso ritenuta inutile (!!).

Giova comunque ribadire che esistono numerose classi di patologie nelle quali, allo stato attuale delle conoscenze, la sopravvivenza dei pazienti è strettamente e unicamente dipendente all'impiego di sangue o i suoi derivati; allo stato attuale delle esperienze e delle conoscenze nessun prodotto emoderivato e nessuna trasfusione possono ritenersi assolutamente sicuri e privi di rischi, come accade per tutte le altre procedure terapeutiche; il loro impiego deve dunque essere sempre guidato da condizioni di necessità e dalla valutazione dei benefici attesi rispetto ai rischi del non impiego.

I dati disponibili dimostrano la non esistenza di un maggior rischio, in Italia, di infezione da HIV, HBV ed HCV derivante dalla somministrazione di sangue e di emoderivati rispetto agli altri paesi europei, soprattutto per quelli comparabili per livello organizzativo delle strutture sanitarie e per popolazione; inoltre le norme e le procedure per il controllo del sangue e degli emoderivati applicate in Italia corrispondono alle conoscenze scientifiche fino ad oggi acquisite e sono del tutto corrispondenti a quelle in uso negli altri paesi europei di pari sviluppo sanitario e sociale.

Inoltre, è importante sottolineare che il giorno della verifica del fatto illecito quale *dies a quo* della prescrizione del diritto al risarcimento del danno *ex art. 2947 c.c.* deve essere identificato con quello in cui la condotta illecita abbia inciso nella sfera giuridica del danneggiato con effetti esteriorizzati e conoscibili dal medesimo, nel senso che la persona abbia avuto reale e concreta consapevolezza dell'esistenza e gravità del danno (v. App. Roma cit. e, tra le tante, Cass. n. 8845/1995).

Il Ministero della Sanità ha sempre adottato contestualmente al progredire delle conoscenze scientifiche e spesso anche precorrendo la normativa di altri paesi europei, provvedimenti attraverso i quali è stato raggiunto l'obiettivo di sicurezza documentato, appunto, dai dati epidemiologici che pongono l'Italia tra i paesi a minor rischio di trasmissione delle malattie infettive virali tramite somministrazione di emoderivati e trasfusioni di sangue.

Anche le metodiche di preparazione e di inattivazione virale impiegate per prevenire il rischio da infezione da HBV, HCV e HTV legato a somministrazione di emoderivati offrono le necessarie garanzie di sicurezza allo stato attuale delle conoscenze. Per quanto poi concerne quei casi di infezione da HCV, è doveroso ricordare che solo agli inizi degli anni '90 si ebbe la certezza diagnostica sull'esistenza di una nuova malattia così descritta. Infatti i contagi in questione, datati gli ultimi al 1988, non potevano essere ancora diagnosticati dalla scienza medica, in quanto non era conosciuta neanche la malattia! E soltanto ad inizio degli anni '90, presa consapevolezza dell'esistenza di siffatta malattia, sono state previste, a livello applicativo, regole ben precise per evitarne il diffondersi. E dunque evidente che se un'infezione si è verificata dopo il 1990 (ma non è il caso di specie), essa, alla luce della normativa sopra citata, deve ritenersi attribuibile, sempre che sussista una negligenza, alla struttura ospedaliera od A.S.L. che non ha applicato le norme vigenti in materia, ma non al Ministero della Sanità, che non possiede quindi alcuna legittimazione passiva nel caso di specie. Sotto il profilo tecnico la finestra di sieronegatività, cioè la fase compresa tra momento dell'esposizione e la prima comparsa dell'anticorpo anti-HIV nel siero, è insolitamente lunga (da 4 a 52 settimane, con una media di 22). La sieroconversione tardiva pertanto crea problemi al sistema trasfusionale, perché donatori negativi ma infettanti non vengono rinvenuti allo *screening*. All'epoca dei fatti, peraltro, la scienza medica non aveva certezza circa le possibilità di contagio per emotrasfusione e soprattutto nel periodo di incubazione della malattia.

Oggi, invece, i test diagnostici di II e soprattutto di III generazione hanno evidentemente ristretto la finestra di sieronegatività migliorando la loro sensibilità e quindi svelando più precocemente e con maggiore specificità l'anticorpo dell'epatite C; tuttavia, l'osservazione di pazienti negativi a test di III generazione, per la ricerca degli anticorpi, ma positivi per la ricerca dell'HCV-RNA virale, fa supporre che la sensibilità dei test diagnostici non sia ancora del tutto soddisfacente.

Premesso quanto sopra, senza specificazione alcuna nella sentenza impugnata in questa sede è stata rilevata anche la presenza del virus dell'HVC in un periodo di tempo indicato tra il 1976 ed il 1988 e dunque, presumibilmente, tali persone sono state infettate, considerando il periodo finestra, al massimo 13 mesi prima del 1976 e cioè in un periodo di tempo in cui non era stato posto ancora a punto il sistema al color bianco antivirucidico, che con buona certezza diagnostica elimina la possibilità di diffusione della malattia in parola attraverso emotrasfusioni. Poiché lo *screening* per la ricerca degli anticorpi anti-HIV-HC ed epatite B è stato solo successivamente introdotto a seguito delle nuove scoperte formulate dalla scienza medica, è evidente che i fatti presi in considerazione all'epoca dei medesimi rientravano in un ambito di imprevedibilità ed eccezionalità tali da non potersi addebitare al Ministero della Sanità, poiché manca un qualsiasi nesso eziologico tra un'eventuale omissione e le sue conseguenze.

L'acquisizione delle malattie virali in questione da parte di attori ed intervenuti (e di coloro che sono deceduti) non è contestata dal Ministero e risulta (tranne che in pochissimi casi) dalle certificazioni effettuate (successivamente al 1992), ai fini del riconoscimento dell'indennizzo previsto dalla legge n. 210/1992 e succ. mod., dalle commissioni mediche ospedaliere o da altri organismi sanitari (quali, ad esempio, i servizi di assistenza emofilici presso presidi ospedalieri), ove è affermato anche il nesso causale tra le trasfusioni o la somministrazione di emoderivati ed il contagio dell'infezione.

Tutto ciò premesso, si fa presente che il Ministero della Sanità, come documentato in primo grado, ha potuto rilevare che 185 delle controparti hanno iniziato la terapia sostitutiva con trasfusioni e/o emoderivati in epoca antecedente le iniziali conoscenze scientifiche che avrebbero potuto permettere il controllo e l'individuazione degli agenti virali HBV, HCV e HIV sia nei prodotti somministrati che nei soggetti trasfusi (vedasi elenco di seguito, in cui sono indicati l'inizio della terapia, la data di accertamento dell'infezione e la malattia da cui risultano affette le controparti).

Per tutti gli altri soggetti (n. totale 9), la terapia sostitutiva con emoderivati e/o trasfusioni è iniziata in epoca coeva o successiva all'approntamento degli opportuni rimedi immunologici atti ad impedire il contagio a seguito di somministrazione degli stessi.

Per altri soggetti, intervenuti in corso di causa addirittura in sede di precisazioni delle conclusioni, la difesa erariale si è trovata nell'impossibilità di effettuare tempestivi accertamenti per quanto sopra esposto.

A tal proposito giova ricordare che il primo riscontro di positività virale non può coincidere con il momento di contagio, intercorrendo, tra i due eventi, un intervallo di tempo variabile, legato sia al periodo di incubazione virale che al silenzio sintomatologico, anche decennale, che caratterizza le patologie oggetto della sentenza.

È universalmente noto, infatti, che la sindrome da immunodeficienza acquisita e l'epatopatia HCV correlata si manifestano clinicamente a distanza anche di anni dal contagio virale, tanto che spesso la diagnosi di sieropositività viene posta soltanto a seguito di indagini ematologiche effettuate occasionalmente e in epoca anche di molto successiva all'evento infettante.

Appare utile ancora ricordare che le infezioni dai virus HIV, HBV e HCV, se pur verificatesi in epoca antecedente le prime conoscenze scientifiche che hanno permesso l'identificazione ed il controllo dei rispettivi agenti virali, non potevano che essere diagnosticate solo successivamente all'acquisizione delle predette conoscenze, mancando, prima di queste, gli elementi identificativi delle infezioni medesime. Pertanto, solo i nove sopracitati individui, come appaiono indicati, effettivamente avrebbero contratto l'infezione dopo la scoperta di metodi atti ad «inattivare» i virus.

Si fa infine notare che per 5 dei 9 soggetti suddetti, la patologia eventualmente riconducibile al trattamento trasfusionale e/o con emoderivati, è circoscritta alla sola epatite B, essendo il trattamento medesimo iniziato dopo il 1978, ma comunque prima dell'introduzione dei trattamenti al calore (1985-1988) o immunologici atti ad escludere la trasmissione, rispettivamente, dei virus HIV e HCV, noto quest'ultimo, all'epoca come Non A – Non B.

Appare, inoltre, opportuno segnalare che nel 1978 fu imposta, onde evitare la trasmissione del virus B attraverso il trattamento trasfusionale e/o con emoderivati, la ricerca dell'antigene HBsAg su ogni singola donazione, mentre ancora nulla si conosceva relativamente ai termotratamenti virucidici, messi a punto solo successivamente nel 1985.

Pertanto lo *screening* dei donatori, pur circoscrivendo l'impiego delle relative unità di sangue solo nel caso di negatività delle stesse, non escludeva, come per qualsiasi prodotto biologico, che i donatori medesimi potessero essere, al momento del prelievo, nel periodo finestra dell'infezione virale eventualmente contratta.

Come ritenuto in modo condivisibile dalla Corte d'appello, le suddette certificazioni hanno consentito alle persone di conoscere l'esistenza della malattia e la loro rapportabilità causale alle trasfusioni ovvero agli emoderivati, sicché è ad esse che si deve fare riferimento ai fini della decorrenza del *dies a quo* della prescrizione, la quale quindi non si è compiuta. Occorre precisare che ad alcune delle suddette certificazioni sono allegati schede informative ove sono indicati i periodi, anche molto lunghi, in cui sono avvenute le trasfusioni ovvero sono stati somministrati gli emoderivati. Tuttavia, nessun rilievo è possibile attribuire a queste indicazioni temporali ai fini della decorrenza della prescrizione in mancanza di qualsiasi elemento di prova (che avrebbe dovuto essere fornito dal Ministero, il quale, del resto, nulla al riguardo ha specificamente allegato) in ordine alla conoscenza che la persona aveva del contagio e della gravità della malattia nel momento in cui era sottoposto alle pratiche trasfusionali. Ugualmente, non può attribuirsi valore ai riferimenti indiretti, a volte contenuti nelle schede sopra menzionate, alle date in cui sarebbero state effettuate le diagnosi ovvero rilevate sierologicamente alcune patologie virali: a prescindere dall'imprecisione di queste indicazioni (ad esempio, nei casi di I.G. e T. R., si legge: «rilevamento sierologico HIV» nel 1983 o 1984, cioè in anni in cui l'HIV non era rilevabile dal sangue), non si può presumere che in quelle date, la persona abbia avuto piena conoscenza dei risultati di quelle stesse diagnosi (delle quali, è importante sottolineare, non è stata prodotta documentazione redatta all'epoca) e, soprattutto, della gravità dell'infezione e delle sue conseguenze. Si consideri che l'HIV è molto spesso asintomatico (e solo negli ultimi anni sono state introdotte terapie farmacologiche) sino al manifestarsi dell'Aids conclamato, sicché l'effettiva consapevolezza dell'evento dannoso nelle sue reali componenti, ai fini della decorrenza della prescrizione, non può, in mancanza di qualsiasi attività assertiva e probatoria del Ministero che l'ha eccitata, semplicisticamente individuarsi nella data di rilevazione sierologia del virus. Né, del resto, potrebbe obiettarsi che la domanda risarcitoria di attori ed intervenuti riguarderebbe soltanto i danni alla salute causati dallo stato di sieropositività per HIV, essendo la domanda chiaramente rivolta al risarcimento di tutti i danni conseguenti al contagio, ivi compresi quelli, che saranno accertati in separato giudizio, connessi all'Aids conclamato.

Nella fattispecie si ricorda che il virus B presenta un periodo di incubazione (corrispondente, appunto, al periodo finestra) di 30-75 giorni in cui, pur presente nel sangue, non appare determinabile con i comuni metodi di rilevazione virale.

Si segnala, infine, che per 3 degli 8 soggetti affetti da epatite B, di cui sopra, l'inizio del trattamento sostitutivo viene riferito genericamente al 1978, per cui non è dato appurare se lo stesso fosse iniziato antecedentemente al 24 luglio 1978, data quest'ultima, di emanazione della circolare ministeriale n. 68, che impose appunto, da tale termine, il controllo dell'antigene B su ogni singola donazione destinata alla trasfusione e/o alla produzione di emoderivati.

Quanto a coloro (es.: D.V. A., R. R., T. M.) per i quali non si rinviene in atti la certificazione sanitaria, si osserva che, non avendo il Ministero contestato l'esistenza delle malattie virali di cui trattasi e la loro rapportabilità ad eventi trasfusionali in senso lato né avendo allegato (e dimostrato) alcunché riguardo all'epoca in cui costoro avrebbero avuto consapevolezza delle malattie, l'eccezione di prescrizione si deve ritenere ugualmente infondata.

4) *La qualificazione della domanda.*

Attori e convenuti hanno richiamato a sostegno dell'affermata responsabilità del Ministero convenuto gli artt. 2043, 2049 e 2050 c.c.

5. *Si evidenzia altresì nella impugnata sentenza il mancato accertamento di un nesso causale.*

Le controparti nel corso del giudizio di primo grado non hanno offerto alcuna prova della sussistenza o meno del nesso causale tra il comportamento dell'agente e l'evento presumibilmente dannoso.

Al riguardo, si ribadisce preliminarmente che, per quanto concerne l'AIDS, la scienza medica a tutt'oggi non dispone di dati certi relativi al periodo di contagio o di incubazione del virus dell'HIV dal momento del contagio alla sua concreta manifestazione e quindi all'eventuale sviluppo della malattia (che alcuni autorevoli studiosi non escludono possa avere un periodo di incubazione addirittura di 5-7 anni). In proposito abbiamo già citato casi di sieri conservati a basse temperature, prelevati nel 1977-1978 che, attraverso i controlli effettuati, hanno evidenziato sieropositività, con ciò dimostrando che fin da quegli anni l'infezione da HIV era in atto.

Le controparti invece hanno ritenuto di poter attribuire una responsabilità allo Stato per avere provocato infezioni da HIV da emoderivati prima ancora che la scienza medica fosse in grado di conoscere l'esistenza di tale gravissima malattia.

Al fine di configurare la sussistenza del nesso causale, doveva essere provato un rapporto eziologico tra il danno e l'asserita omissione di controllo da parte del Ministero della Sanità nella produzione e somministrazione degli emoderivati. Né a tal fine può esser ritenuto sufficiente il mero richiamo, fatto in sentenza, all'operato della apposita Commissione istituita per attribuire l'indennizzo previsto dalla legge n. 210/1992, il cui compito istituzionale era – e doveva essere – limitato solo a stabilire la sussistenza del rapporto di causalità tra trasfusione ed infezione, non già il nesso eziologico tra infezione ed eventuali comportamenti colposi da parte della p.a.

Quanto osservato con riferimento all'AIDS vale anche per quello che concerne le infezioni contratte per trasmissione dei vari ceppi di virus delle epatiti che, fino a metà degli anni '80, erano anch'essi pressoché ignorati dalla scienza medica, perlomeno per quanto concerne il ceppo denominato «C». Considerato che il controllo veniva attuato sulla base delle conoscenze dell'epoca, risulta indimostrato il nesso di consequenzialità con il propagarsi della malattia, evento anch'esso all'epoca dei fatti del tutto imprevedibile.

Del tutto errate e inaccettabili risultano pertanto le tesi svolte dalle controparti in primo grado, secondo cui la mancata adozione di cautele idonee a prevenire una malattia che all'epoca neppure si conosceva sarebbe addirittura idonea di per sé a configurare una responsabilità ex art. 2043 c.c.

Come già ritenuto dalla Corte d'appello, tra gli enti (unità sanitarie locali, ospedali ecc., tutti dotati di autonoma personalità giuridica) che hanno provveduto all'effettiva somministrazione degli emoderivati nell'ambito del servizio sanitario nazionale ed il Ministero, non sussiste un rapporto di dipendenza ovvero di committenza che possa giustificare l'applicazione dell'art. 2049 c.c., sicché improprio è il richiamo alla suddetta disposizione.

Quanto sopra prescindendo dal fatto che – com'è noto – una consolidata giurisprudenza ritiene che, al fine di accertare la causalità in senso giuridico di una condotta umana rispetto ad un determinato evento, sia sempre necessario stabilire un confronto tra le conseguenze che, secondo un giudizio di probabilità «*ex ante*», tale condotta era idonea a provocare e le conseguenze in realtà verificatesi, le quali ultime, ove non prevedibili ed evitabili, escludono il rapporto eziologico tra il comportamento umano e l'evento stesso; ne consegue che, per la riconducibilità dell'evento ad un determinato comportamento, non è sufficiente che tra l'antecedente ed il dato consequenziale sussista un rapporto di sequenza, occorrendo invece che tale rapporto integri gli estremi di una sequenza costante, secondo un calcolo di regolarità statistica, per cui l'evento appaia come una conseguenza normale dell'antecedente. Non solo, ma la presenza, nella concatenazione dei fatti, di un eventuale elemento imprevisto ed imprevedibile (si pensi all'infezione da immunodeficienza acquisita, non individuabile, come prima rilevato, fino agli ultimi anni '80) che renda inevitabile il verificarsi dell'evento esclude comunque ogni responsabilità dell'agente.

Deve essere altresì esclusa ogni responsabilità per ritardo, atteso che, per giungere ad ipotizzare sul piano strettamente civilistico una responsabilità da questo derivante, è necessario dimostrare che il medesimo sia conseguente ad un comportamento – commissivo od omissivo – antiggiuridico imputabile a negligenza e, quindi lato sensu, a colpa. Nel caso di specie, la circostanza che, dalle prime risultanze cliniche della nuova malattia (1981) alla formulazione delle prime ipotesi interpretative (1983) e alla messa a punto, per tentativi successivi, di metodi efficaci per prevenire il contagio (1984 – 1985), sia, indubbiamente, trascorso un lasso di tempo relativamente lungo è dovuta non a colpa del Ministero, bensì esclusivamente ai tempi, fisiologici ma necessitati, di cui la scienza abbisogna soprattutto quando affronta campi inesplorati. Vero è che non può ritenersi sussistente una responsabilità del Ministero della sanità al di là di quanto fosse lecito pretendere sulla base delle conoscenze tecnico scientifiche acquisite in quel dato momento storico e delle quali si è fornita ampia prova nel corso del giudizio di prime cure.

6) Come risulta *per tabulas*, lo Stato è intervenuto a più riprese, con specifici e mirati interventi normativi (principalmente le leggi n. 210/1992 e 238/1997), volti ad attribuire un indennizzo a coloro i quali fossero stati contagiati dalla malattia a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni ed emoderivati.

Al riguardo va precisato, che in tutti i casi in cui la legislazione nazionale attribuisce un indennizzo a vario titolo, la somma di danaro concessa dallo Stato viene attribuita per una diminuzione sofferta, sotto il profilo personale o patrimoniale, in capo al soggetto che ne beneficia, a seguito di un'attività lecita, anche se dannosa, la quale abbia arrecato una *deminutio*, per fini di interesse generale, nella sfera soggettiva individuale. È questo, ad esempio, il caso della legge sulle espropriazioni per pubblica utilità, delle varie leggi in tema di pubblico impiego, con riferimento alle *deminutiones* fisiche dovute ad attività di servizio; vi sono ricompresi gli indennizzi per i beni perduti all'estero od in Italia a seguito di vicende belliche: in tutte queste ipotesi viene erogata una somma di denaro in relazione ad un'attività lecita, che però abbia cagionato danni nei confronti di terzi. Il caso di specie, rientra a pieno titolo nelle ipotesi considerate, nelle quali, alla stregua di quanto sinora esposto, non vi è spazio per addebiti di colpa a carico dello Stato in ragione dell'attività espletata la quale conseguentemente rimane lecita ad ogni effetto.

Ugualmente improprio è il fugace riferimento all'art. 2050 c.c.: attività pericolosa non è quella del Ministero che, come si vedrà, esercita la vigilanza in materia sanitaria e di uso dei derivati del sangue, ma semmai quella dei soggetti direttamente coinvolti nella produzione e commercializzazione dei prodotti (ne è esempio l'affermazione della responsabilità delle imprese farmaceutiche, ai sensi dell'art. 2050 c.c., nella vicenda riguardante la produzione ed immissione in commercio di farmaci destinati all'inoculazione nell'organismo umano umane e contenenti immunoglobuline infette dal virus dell'epatite B: v., tra le altre, Cass. 20 luglio 1993, n. 8069; 27 gennaio 1997, n. 814). È vero che al Ministero spetta di fissare il prezzo di cessione delle unità di sangue tra i servizi sanitari in modo uniforme su tutto il territorio nazionale (v. art. 1, comma 6, legge 4 maggio 1990, n. 107) e di autorizzare l'importazione ed esportazione del sangue e dei suoi derivati, tuttavia si tratta di poteri-doveri complementari a quello di vigilanza e funzionali alla regolazione ed organizzazione generale di un settore di primaria rilevanza pubblica. La pericolosità della pratica terapeutica della trasfusione di sangue e dell'uso di emoderivati (riconosciuta nell'art. 19 del d.m. sanità 15 gennaio 1991 come «*non esente rischi*»), così come della produzione e commercializzazione dei prodotti in questione, non rende ovviamente pericolosa l'attività ministeriale la cui funzione è proprio quella di controllare e vigilare a tutela della salute pubblica.

In particolare per quanto concerne la legge n. 238/1997, vengono in rilievo lesioni dell'incolumità individuale, cagionate, peraltro, da un comportamento non solo legittimo ma addirittura, in alcuni casi, obbligatorio (come, ad esempio, per le vaccinazioni obbligatorie).

Con riferimento alla normativa *in subiecta materia*, vigente in altri ordinamenti, va considerato che, se analoghe situazioni si sono risolte con sentenze di condanna al risarcimento dei danni, ciò è dovuto alla circostanza che, ad esempio in Francia, in relazione allo scandalo della «consapevole distribuzione di sangue infetto», di cui si sarebbero resi responsabili i dirigenti del Centro Nazionale delle Trasfusioni, è venuta in rilievo in sede giurisdizionale una precisa e qualificata fattispecie di dolo diretto e consapevole, ben diversa da quella presa in esame dal Tribunale di Roma, con fatti penalmente rilevanti, accertati a carico di soggetti ben determinati e individuati.

Nella fattispecie che ci occupa, l'impugnata sentenza ha stabilito il diritto delle controparti al risarcimento del danno in aggiunta all'indennizzo già previsto dalla legge pur in difetto assoluto di ogni elemento che comprovasse la sussistenza della responsabilità colposa del Ministero della Sanità. Il Tribunale di Roma, pertanto, sovvertendo – come sopra evidenziato – i principi normativamente sanciti in tema di responsabilità aquiliana – ha in buona sostanza preteso di potersi sostituire al legislatore, prevedendo, in aggiunta all'indennizzo, una non prevista forma di risarcimento del danno derivante da attività lecita posta in essere dalla pubblica amministrazione.

7) Gravemente ingiusto e censurabile si rivela anche il capo della sentenza impugnata il quale, in sede di generica condanna al risarcimento, riconosce alle controparti anche il diritto al risarcimento dei danni morali.

A tale riguardo è noto come, ai sensi dell'articolo 2059 c.c., il c.d. danno morale (*rectius*: danno non patrimoniale) sia risarcibile solo nel caso in cui esso derivi da un fatto imputabile come reato. Non sussistendo nel caso di specie gli estremi per la configurazione di un reato, come riconosciuto indirettamente ma chiaramente nel contesto e nel dispositivo della stessa decisione impugnata, anche la pronuncia sul punto considerato deve essere riformata in quanto illegittima e contraria a diritto.

La domanda dev'essere, pertanto, qualificata ai sensi dell'art. 2043 c.c., come implicitamente si deduce dalla dedotta responsabilità del Ministero per avere, in violazione del principio del *neminem laedere* e, quindi, colposamente, omesso di vigilare sulla sicurezza del sangue emoderivati.

Se è vero che, in caso di danno prodotto dal comportamento non provvedimentale della p.a., l'elemento soggettivo del dolo o della colpa si risolve «*nella violazione – la quale si traduce nella lesione dei diritti soggettivi dei terzi all'integrità psicofisica – delle regole di comune prudenza ... ovvero di leggi e regolamenti alla cui osservanza la p.a. è vincolata*» (v. Cass. 6 aprile 1998, n. 3553), è necessario individuare le fonti normative che consentano di affermare l'esistenza di obblighi comportamentali connessi alle funzioni pubbliche assegnate al Ministero della sanità.

5) *Le legittimazione passiva del Ministero della sanità.*

È così introdotto il tema della legittimazione passiva del Ministero, secondo il quale la legittimazione spetterebbe ad altri soggetti pubblici operanti nel settore sanitario (regioni, unità sanitarie locali, operatori sanitari ecc.). L'eccezione non è fondata.

Il Tribunale e la Corte di appello, nelle sentenze già citate, hanno già rilevato che l'eventuale concorso di responsabilità in capo ad altri soggetti non esclude la possibilità per i danneggiati di promuovere azione (ai sensi dell'art. 2055 c.c.) nei confronti di uno solo dei condebitori corresponsabili (cioè, nel specie, del Ministero della Sanità) e che la *causa petendi* è qui dedotta con riferimento al comportamento omissivo del suddetto Ministero per colposa inosservanza dei suoi doveri istituzionali (oltre che di programmazione, indirizzo e coordinamento) di sorveglianza e vigilanza in materia sanitaria e, in particolare, nella produzione, commercializzazione e distribuzione dei derivati del sangue, a prescindere da ulteriori eventuali responsabilità di altri soggetti nell'attività di effettiva distribuzione e somministrazione.

La fonte normativa che integra la norma primaria del *neminem laedere*, da cui ricavare l'esistenza di siffatti doveri in capo al Ministero della Sanità, è costituita dall'art. 1 legge 13 marzo 1958, n. 296, che gli attribuisce «*il compito di provvedere alla tutela della salute pubblica*», di «*sovrintendere ai servizi sanitari svolti dalle amministrazioni autonome dello Stato e dagli enti pubblici, provvedendo anche al coordinamento...; emanare, per la tutela della salute pubblica, istruzioni obbligatorie per tutte le amministrazioni pubbliche che provvedono a servizi sanitari...*».

8) Altresi è opinabile il capo relativo alle spese legali, ove si dispone la compensazione delle medesime, ma attribuendo un onere al Ministero della Sanità eccessivo in relazione alla sua condotta processuale, sempre corretta, anche a fronte di una condotta processuale da parte delle controparti che si presta a numerose censure, per quanto sopra esposto. (*omissis*)»

Si tratta di doveri che, già enucleabili dall'ampia disposizione in questione (oltre che dalla stessa attività normativa svolta dal Ministero in questo campo), sono confermati da altre fonti normative ed è opportuno richiamarne alcune, seppur sommariamente ed in ordine cronologico:

a) la legge 14 luglio 1967, n. 592, attribuisce al Ministero il compito di emanare «*le direttive tecniche per la organizzazione, il funzionamento ed il coordinamento dei servizi inerenti alla raccolta, preparazione, conservazione e distribuzione del sangue umano per uso trasfusionale nonché alla preparazione dei suoi derivati e ne esercita la vigilanza*» (art. 1), di nominare la commissione provinciale per la disciplina dei servizi di trasfusione (art. 3), di autorizzare il funzionamento dei centri (regionali o infraregionali) di produzione degli emoderivati e la stessa produzione e distribuzione degli emoderivati (artt. 4-7), di autorizzare le «*officine farmaceutiche*» (v. art. 13 che richiama il r.d. 27 luglio 1933, n. 1265, il cui art. 161 significativamente attribuiva al Ministero dell'interno penetranti poteri ispettivi nelle officine; v. art. 24 del r.d. 3 marzo 1927, n. 478; l'art. 22, comma 2, legge n. 592/1967 autorizza l'autorità sanitaria a disporre la chiusura del centro, del laboratorio o dell'officina autorizzati), di approvare la nomina del dirigente medico-chirurgo dei centri trasfusionali e di produzione di emoderivati (art. 11), di proporre al Presidente della Repubblica l'emana-zione di norme relative all'organizzaziane, al funzionamento dei servizi trasfusionali, alla raccolta, conservazione ed all'impiego dei derivati, alla determinazione dei requisiti e dei controlli cui debbono essere sottoposti (art. 20), di autorizzare l'importazione e l'esportazione del sangue umano e dei suoi derivati per uso terapeutico (art. 21); b)

b) il d.p.r. 24 agosto 1971, n. 1256 (regolamento di attuazione della legge n. 592/1967) contiene norme di dettaglio che confermano nel Ministero la funzione di controllo e vigilanza in materia (v. artt. 2, 3, 103, 122);

c) il d.m. sanità 17 febbraio 1972 contiene norme che regolano l'attività del Centro nazionale per la trasfusione del sangue, prevedendo tra l'altro che il Ministero della sanità sia costantemente informato delle attività del Centro;

d) il d.m. sanità 15 settembre 1972 disciplina l'importazione ed esportazione del sangue e suoi derivati, prevedendo l'autorizzazione ministeriale (almeno nel caso di provenienza da paesi nei quali non vi sia una normativa idonea a garantire la sussistenza dei requisiti minimi di sicurezza) agli ospedali ed ai centri gestori per la produzione di emoderivati ed alle officine farmaceutiche che siano risultati idonei ad eseguire i controlli sui prodotti importati previo accertamento dell'Istituto Superiore di Sanità (il quale è alle dipendenze del Ministero della Sanità: v. artt. 3 legge n. 296/1958 e 9 legge n. 833/1978) (artt. 1, 5, 6); nei casi di necessità ed urgenza è previsto che il Ministero possa procedere direttamente all'importazione del sangue e dei derivati ed alla successiva distribuzione tramite il Centro nazionale per la trasfusione ed i centri per la produzione degli emoderivati (art. 2);

e) la legge 7 agosto 1973, n. 519, attribuisce all'Istituto Superiore di Sanità compiti attivi (accertamenti ispettivi con facoltà di accesso agli impianti produttivi ed ai presidi e servizi sanitari per compiere le indagini di natura igienico-sanitaria, i controlli analitici, gli esami ecc.: v. art. 9 legge n. 833/1978 cit.) a tutela della salute pubblica;

f) pur dopo l'inizio del passaggio alle regioni di alcune funzioni statali in materia sanitaria ai sensi dell'art. 117 Cost. (v. d.p.r. 14 gennaio 1972, n. 4; legge 29 giugno 1977, n. 349; d.p.r. 24 luglio 1977, n. 616), la legge 23 dicembre 1978, n. 833 (che ha istituito il s.s.n.) conserva al Ministero della Sanità (il quale si avvale, come s'è detto, dell'Istituto Superiore di Sanità), oltre al ruolo primario nella programmazione del piano sanitario nazionale (art. 53 ss.) e a compiti di indirizzo e coordinamento delle attività amministrative regionali delegate in materia sanitaria (tra cui quella riguardante la profilassi delle malattie infettive: v. art. 7, lett. a, che richiama l'art. 6, lett. b) anche con poteri sostitutivi (v. art. 5, comma 4), importanti funzioni in materia di produzione, sperimentazione e commercio dei prodotti farmaceutici e degli emoderivati (v. art. 6, lett. b, c; l'art. 4, n. 6, conferma che la raccolta, il frazionamento e la distribuzione del sangue umano costituiscono materia di interesse nazionale); è significativo che l'art. 32 attribuisca all'amministrazione centrale il potere di emettere ordinanze di carattere contingibile ed agente in materia di sanità pubblica;

g) il d.l. 30 ottobre 1987, n. 443 (conv. in legge 29 dicembre 1987, n. 531), stabilisce la sottoposizione dei medicinali alla c.d. «*farmacovigilanza*» da parte del Ministero della Sanità il quale si avvale dell'Istituto superiore di sanità e delle stesse unità sanitarie locali (art. 9, comma 1, 6), le quali hanno un obbligo di informazione nei confronti del Ministero che, a sua volta, può stabilire le modalità di esecuzione dei monitoraggi sui farmaci a rischio ed emettere provvedimenti cautelativi riguardanti i prodotti in commercio (comma 2, 7, 8);

h) l'importante legge n. 107/1990 *cit.* (contenente la disciplina per le attività trasfusionali e la produzione di emoderivati) stabilisce che il prezzo di cessione delle unità di sangue è fissato annualmente dal Ministero della Sanità (art. 1, comma 6), il quale (sentita la Commissione nazionale per il servizio trasfusionale che è nominata dallo stesso Ministero: v. art. 12) emette protocolli riguardanti le modalità delle donazioni, l'accertamento dell'idoneità dei donatori, l'organizzazione delle attività (mediante strutture sia nazionali che regionali coordinate dal Ministero: v. art. 8, comma 2, lett. c), h, comma 4); all'Istituto Superiore, inoltre, è attribuito il compito di provvedere alla prevenzione delle malattie trasmissibili, di ispezionare e controllare le aziende di produzione di emoderivati e le specialità farmaceutiche emoderivate (v. art. 9, lett. a, d, e; l'art. 10, comma 1, chiarisce che le frazioni plasmatiche che non possono essere prodotte con mezzi fisici semplici sono specialità farmaceutiche di produzione industriale soggette ai controlli dell'autorità sanitaria «*da espletarsi sugli impianti produttivi delle aziende previamente autorizzate, sul plasma di origine e sulla produzione finale*»), di vigilare sulla qualità dei plasmaderivati prodotti in centri individuati ed autorizzati dal Ministero (art. 10, comma 2); l'art. 15 stabilisce che l'importazione del sangue umano conservato e dei suoi derivati sono autorizzate dal Ministero della Sanità, che l'importazione di emoderivati pronti per l'impiego è consentita a condizione che (fatta eccezione per quelli di provenienza da paesi europei) risultino autorizzati anche da parte dell'autorità sanitaria italiana e comunque «*a condizione che su tutti i lotti e sui relativi donatori sia possibile*

documentare la negatività dei controlli per la ricerca di agenti ed anticorpi di agenti infettivi lesivi della salute del paziente ricevente»; l'art. 17 prevede sanzioni penali nei confronti delle persone e delle strutture trasfusionali che violino le norme in materia (cfr. art. 11 d.lgs. 18 febbraio 1997, n. 44); il Ministero della Sanità deve presentare annualmente al Parlamento una relazione sullo stato di attuazione della legge (art. 22);

i) il d.lgs. 29 maggio 1991, n. 178, disciplina, tra l'altro, le modalità di rilascio e revoca dell'autorizzazione ministeriale alla produzione, importazione ed immissione in commercio delle specialità medicinali, con incisivi poteri ispettivi e di vigilanza del Ministero (v. artt. 3, 7, 14);

j) il d.m. sanità 12 giugno 1991 disciplina l'autorizzazione ministeriale all'importazione di sangue e plasmaderivati, stabilendo che essa può avvenire «dopo aver accertato l'origine del sangue o del plasma e dopo aver acquisito da parte delle autorità sanitarie e dei produttori dei Paesi importatori le garanzie necessarie e i dettagli delle metodiche utilizzare per assicurare la protezione dei donatori e dei riceventi» (art. 1, comma 2) e «a condizione che il richiedente sia in grado di eseguire sul prodotto importato i controlli previsti dalla Farmacopea ufficiale ... e possa assicurare in qualsiasi momento e per qualsiasi evenienza la documentazione relativa alla selezione dei donatori» (comma 3); «i requisiti cui debbono corrispondere le importazioni di plasma e di plasmaderivati sono fissati ... su proposta del Consiglio superiore di sanità ... tenendo conto delle acquisizioni scientifiche in materia e della esigenza di realizzare l'autosufficienza nazionale del sangue» (comma 4); «nei casi di necessità ed urgenza ... il Ministero della Sanità può procedere direttamente all'importazione dei prodotti ... e alla successiva distribuzione tramite i centri regionali di coordinamento e compensazione ...» (art. 2);

*k) il d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, integrata e modificata da leggi successive, che ha riordinato la normativa in materia sanitaria ampliando le competenze delle regioni, ha conservato al Ministero della Sanità poteri di ingerenza e sostitutivi (v. art. 2, comma 2, *sexies* lett. *e*), *octies*);*

*l) in tempi recenti, il d.lgs. 30 giugno 1993, n. 266 ha conservato al Ministero della Sanità compiti in materia di sanità pubblica e «vigilanza» sulle specialità medicinali (art. 1, lett. *c*, *d*) (l'art. 4 del regolamento di attuazione approvato con d.p.r. 2 giugno 1994, n. 196, mod. dal d.p.r. 1° agosto 1996, n. 518, individua nel dipartimento del Ministero per la valutazione dei medicinali e la farmacovigilanza quello cui è attribuito il compito attinente ai farmaci con particolare riguardo alla vigilanza sulla conformità delle specialità medicinali alle norme nazionali e comunitarie, prevede che il suddetto dipartimento «si avvale» per questo compito delle regioni, unità sanitarie locali, aziende ospedaliere ecc., oltre che di un servizio di vigilanza sugli enti, tra cui la Croce Rossa Italiana); in base al nuovo ordinamento delineato dal d.lgs. 30 giugno 1993, n. 267, l'Istituto Superiore di Sanità svolge funzioni di controllo (ad es., sui farmaci e vaccini, provvede all'accertamento dell'innocuità dei prodotti farmaceutici ecc. e si è detto che gli emoderivati sono «specialità medicinali»), oltre che di ricerca e sperimentazione per quanto concerne la salute pubblica; il d.lgs. n. 44/1997 cit. stabilisce, tra l'altro, che il sistema nazionale della farmacovigilanza fa capo al Ministero della Sanità*

(art. 2); il d.lgs. 27 dicembre 1997, n. 449, ribadisce il compito di vigilanza del Ministero sull'attuazione del Piano sanitario nazionale e sull'attività gestionale delle aziende unità sanitarie locali ed ospedaliere (art. 32, comma 11); il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, che ha operato il conferimento alle regioni della generalità delle attribuzioni statali in materia di salute umana, ha lasciato invariato il riparto di competenze in materia di sangue umano e suoi componenti, di produzione di plasmaderivati e farmacovigilanza (artt. 115, 116).

Ne risulta, in conclusione, confermato in capo al Ministero della Sanità il dovere, che è strumentale alla funzione di programmazione e coordinamento in materia sanitaria, di vigilanza nella preparazione ed utilizzazione dei prodotti derivati dal sangue da destinare al consumo umano, al quale corrisponde un dovere aggravato di diligenza nell'impiego delle cure ed attenzioni necessarie alla verifica della sua sicurezza.

6) *L'ammissibilità della domanda.*

Il Ministero convenuto l'ha infondatamente contestata sul presupposto della vigenza di una disciplina specifica che prevede a carico dello Stato il pagamento di un indennizzo destinato a coprire parte dei danni derivanti da vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati.

Si tratta di una normativa (v. legge n. 210 del 25 febbraio 1992, mod. dalla legge n. 237 del 25 luglio 1997) che ha introdotto un sistema di sicurezza sociale con la finalità solidaristica (artt. 2 e 32 Cost.) di soccorrere quanti abbiano subito danni in conseguenza di un'attività di cura promossa dallo Stato per la tutela della salute pubblica, esonerando la parte dall'accidentato percorso dell'azione di responsabilità civile ex art. 2043 c.c.

L'ammissibilità del concorso delle due forme di tutela (per ulteriori profili vedi il par. 11) è stata ammessa dalla Corte Costituzionale (v. sent. n. 307/1990, 118/1996, 27/1998) e dalla giurisprudenza di merito (oltre al precedente specifico costituito dalla citata sentenza del Tribunale di Roma sul punto confermata in secondo grado, v. App. Milano, 22 ottobre 1996, in *Danno e resp.*, 1997, 734).

La questione di legittimità costituzionale dedotta dagli attori nell'ipotesi di ritenuta inammissibilità dell'azione risarcitoria è, pertanto, superata.

7) *Il nesso causale fra trasfusioni o somministrazione di emoderivati e contagio.*

Attori ed intervenuti assumono di aver contratto le infezioni virali in occasione di pratiche trasfusionali (espressione questa da intendersi in senso generico) alle quali sono stati costretti dallo stato di emofilia in cui essi versavano. Dalla documentazione sanitaria prodotta in giudizio risulta, infatti, che si tratta di soggetti prevalentemente emofilici, per i quali la terapia è normalmente costituita dalla somministrazione di emoderivati, ovvero affetti da altre patologie emorragiche (come la talassemia: è il caso, ad esempio, di G. G. e G.G. C.; la leucemia: è il caso, ad esempio, di G. A.; il morbo di *Von Willebrand* ecc.) curate con periodiche trasfusioni di sangue o suoi componenti. Come già ritenuto dalla Corte di appello di Roma, il nesso causale si evince dalla documentazione sanitaria prodotta in giudizio e, quanto a

coloro per i quali essa manca (vedi par. n. 3), dal comportamento processuale del Ministero che non l'ha specificamente contestato. Ciò è sufficiente ai fini della richiesta pronuncia di condanna generica al risarcimento dei danni, il cui contenuto di mera *declaratoria iuris* postula quale presupposto necessario e sufficiente l'accertamento di un fatto potenzialmente produttivo di conseguenze dannose (restando impregiudicato l'accertamento, riservato al giudice della liquidazione, dell'esistenza ed entità del danno nonché del nesso di causalità tra questo e l'illecito) ed alla quale pronuncia è di ostacolo solo la prova positiva e concreta, che qui manca, dell'insussistenza del danno e del rapporto di causalità (v. Cass. n. 4511/1997). Quanto a G. A., il nesso causale può essere riconosciuto, essendo verosimile che la causa dell'infezione sia stata il contatto con il coniuge C. R. (emofilico ed emotrasfuso) del quale è stata prodotta la documentazione sanitaria (è significativo, sul punto, che la legge n. 210/1992 riconosca l'indennizzo anche al coniuge del soggetto danneggiato: v. art. 2, comma 3).

8) *Il dovere di vigilanza da parte del Ministero della sanità.*

Sostiene l'Avvocatura dello Stato che, avendo il Ministero provveduto ad emanare nel tempo, parallelamente alle acquisizioni della scienza medica, numerosi provvedimenti (circolari, decreti, pareri ecc.), tutti citati (v. comparsa di costituzione e conclusionale) e molti dei quali prodotti in giudizio, con cui furono imposte ai diversi soggetti interessati (unità sanitarie locali, regioni, aziende farmaceutiche ecc.) raccomandazioni e precauzioni al fine di rendere sicuro l'uso del sangue e degli emoderivati (tra cui i concentrati di fattori VII, VIII e IX che, ottenuti dal plasma dopo separazione, concentrazione e purificazione, sono usati nella profilassi e nel trattamento delle emorragie nei soggetti con emofilia A e B) e di contrastare il pericolo di infezioni virali nei soggetti riceventi, nessuna responsabilità gli sarebbe imputabile, avendo esso così assolto ai suoi doveri istituzionali.

L'assunto è infondato. Al Ministero, infatti, non è contestata l'omissione normativa, cioè di aver omesso di emanare provvedimenti nella materia in esame ma di averli emanati in ritardo (ad esempio, è significativo, come si dirà, il ritardo nell'attuazione del c.d. piano sangue), con contenuti inadeguati e di non aver vigilato sulla puntuale esecuzione degli stessi e, soprattutto, di non aver effettuato controlli effettivi sulla sicurezza del plasma importato dall'estero ovvero del sangue raccolto senza controllo sulla qualità dei donatori, sui canali di approvvigionamento e distribuzione (per il tramite delle case farmaceutiche, degli ospedali ecc.), sulle modalità e le cautele concretamente seguite nella preparazione dei prodotti (nel telegramma inviato il 5 agosto 1985 alle ditte farmaceutiche il Ministero impose l'impiego del termotrattamento nella produzione degli emoderivati, annunciando, in caso di non ottemperanza, l'adozione di opportuni provvedimenti, il che è significativo dei poteri che la stessa amministrazione sanava di possedere).

Il Tribunale di Roma in analoga vicenda (e la sentenza, sul punto, è stata confermata in secondo grado) ha affermato la responsabilità del Ministero sull'implicito presupposto che su di esso incombeva il dovere (enucleabile dal complesso normativo sopra richiamato) di vigilare in materia, al

quale è coesistente quello di attivarsi operativamente allo scopo di evitare o, quanto meno, di ridurre il rischio delle infezioni virali notoriamente insite nella pratica terapeutica della trasfusione di sangue e dell'uso degli emoderivati. Si tratta di un orientamento in linea con le acquisizioni più recenti della giurisprudenza (v. Cass. n. 3132/2001, 7339/1998, 8836/1994) la quale ha rilevato che l'omissione da parte della p.a. di qualunque iniziativa funzionale alla realizzazione dello scopo per il quale l'ordinamento attribuisce il potere (qui concernente la tutela della salute pubblica) la espone a responsabilità extracontrattuale quando dalla violazione del vincolo interno costituito dal dovere di vigilanza nell'interesse pubblico, il quale è strumentale ed accessorio a quel potere, siano derivate violazioni dei diritti soggettivi dei terzi.

9) *L'epoca di acquisizione delle infezioni.*

La Corte d'appello nel confermare la decisione di primo grado ha precisato che nessuna responsabilità può attribuirsi al Ministero per le infezioni virali contratte prima che fossero acquisite «*le conoscenze scientifiche sulla certezza diagnostica delle infezioni da HIV, HBV, HCV attraverso il controllo della sieropositività e la messa a punto dei meccanismi immunologici atti ad impedire il contagio tramite le emotrasfusioni e l'assunzione di emoderivati*»; di conseguenza, la Corte ha individuato nel 1978 (in cui fu approntato il test diagnostico rivelatore del virus da epatite B), nel 1985 (in cui fu approntato il test c.d. Elisa rivelatore dell'HIV) e nel 1988 (in cui fu imposto il c.d. termotrattamento contro il rischio di trasmissione del virus da epatite C, sebbene il test sia stato messo a punto nel 1989) gli anni a partire dai quali sarebbe configurabile la responsabilità del Ministero per le infezioni, rispettivamente, da epatite B, HIV ed epatite C.

Questa impostazione presuppone che si sappia (o sia possibile sapere) quando il contagio è avvenuto, cioè quando il virus è entrato in contatto con l'organismo infettandolo: è solo in questo caso che sarebbe possibile giudicare dell'eventuale responsabilità della p.a. valutando se la stessa abbia posto in essere, anche mediante il controllo e la vigilanza sulle strutture sanitarie aventi compiti operativi, tutte le misure precauzionali che all'epoca erano consigliate dalla scienza al fine di evitare o ridurre i rischi connessi alla pratica trasfusionale.

Tuttavia, com'è noto, i test diagnostici di rilevazione dell'epatite B, C e dell'HIV non sono in grado di accertare l'epoca del contagio, sicché il riferimento ad essi non è utile a questo scopo, essendo essi idonei soltanto a rivelare la presenza del virus nell'organismo al tempo in cui l'esame è effettuato.

È evidente, inoltre, che se non si condivide lo sbarramento temporale posto dalla Corte ovvero se questo sbarramento viene collocato in epoca più risalente (e cioè, così anticipando le conclusioni finali, agli inizi degli anni '70), viene meno parte dell'utilità di accertare l'epoca in cui l'infezione è avvenuta.

Tuttavia, è opportuno esaminare il problema, dovendosi ai fini della valutazione della colpa della p.a. fare necessario riferimento alle conoscenze scientifiche del tempo cui si riferisce la condotta omissiva contestatale (e cioè al periodo in cui si può presumere che sia avvenuto il contagio) e, per altro

verso, dovendosi rispondere all'obiezione della difesa erariale (che sembrerebbe implicitamente accolta dalla Corte di appello) secondo cui il Ministero dovrebbe essere assolto in tutti i casi in cui l'esposizione a fattori di rischio di contagio (cioè a trasfusioni o somministrazione di emoderivati) sia (iniziata in epoca) precedente a quegli anni (1978, 1985 e 1988).

A questo riguardo, non si può fare a meno di considerare che si tratta di soggetti (come gli emofilici e coloro che siano affetti da altre emopatie croniche) costretti ad assumere emoderivati o a sottoporsi a trasfusioni di sangue intero o di suoi componenti periodicamente e per tutta la vita. Sicché, presumere che il contagio sia avvenuto il giorno (che a volte risale ad anni anche molto risalenti con punte sino agli anni '50) di inizio del trattamento, il quale è poi proseguito per decenni, anche dopo gli anni di sbarramento sopra indicati e sino agli anni '90 o prosegue tuttora, non può essere condiviso.

Se si condivide la premessa secondo cui occorre aver riguardo alla condotta del Ministero durante l'intero arco temporale del trattamento trasfusionale (in senso lato), la responsabilità dell'amministrazione non può essere negata laddove sia dimostrabile che il contagio sia avvenuto in epoca successiva agli anni indicati dalla Corte (1978, 1985 e 1988), essendo in questi casi ancor più grave la responsabilità per condotta omissiva della p.a., in quanto erano già conosciuti e diffusi i metodi di rilevazione diretta dei virus.

Ma analoga responsabilità riguarda le infezioni che dalla documentazione sanitaria (e dallo schema riassuntivo) in atti sembrerebbero contratte prima di quegli anni (come risulta dalle diagnosi verosimilmente effettuate, anche in data successiva, in base ai sintomi della malattia, attesa l'inesistenza in quei tempi di esami per la rilevazione sierologia dei virus in questione): ci si riferisce a C.A. (HCV nel 1986), M.G. (HIV nel 1983), E.G. (HIV nel 1983, HCV nel 1987), G.G. (HIV nel 1984), G.I. (HIV nel 1983), M.L. (HIV nel 1983), G.P. (HCV nel 1977), V.E.P. (HBV nel 1971, HIV nel 1983), F.R. (HIV nel 1984), R.T. (HIV nel 1984), G.T. (HCV nel 1986), D.V. (HBV nel 1976), A.B. (HIV nel 1984), E.R. (HCV nel 1981), A.G. (HIV nel 1984), A.N. (HIV nel 1984), G.P. (HIV nel 1983), R.R. (HIV e HCV nel 1984), G.L. (HIV nel 1983), G.V. (HIV nel 1983), A.G. (HCV nel 1984), G.I. (HCV nel 1986), con la precisazione che alcuni di essi sono risultati affetti anche da altri virus.

Infatti, nonostante (nei suddetti casi) la rilevazione della malattia sia avvenuta in date precedenti a quelle di sbarramento individuate dalla Corte, essendo il trattamento proseguito (nel senso che la somministrazione di emoderivati ovvero le trasfusioni sono avvenute) anche successivamente ai primi anni '70 in cui, come si vedrà, è configurabile la responsabilità del Ministero, si deve ritenere che la condotta omissiva di quest'ultimo abbia contribuito alla diffusione delle infezioni.

La soluzione che vorrebbe addossare ai danneggiati l'onere di fornire l'ardua prova della data in cui il virus è entrato in contatto con l'organismo, non è condivisibile, specie nell'ambito di un giudizio, com'è questo, avente ad oggetto l'accertamento della generica potenzialità lesiva della condotta illecita sulla base di un apprezzamento di probabilità o verosimiglianza: al principio di prova offerto dai danneggiati circa l'esposizione ai rischi di infe-

zioni post-trasfusionali in epoca successiva ai primi anni '70 (e sino agli anni '80-'90), il Ministero non ha contrapposto alcun elemento di prova contrario, non avendo nemmeno dedotto l'interruzione del trattamento trasfusionale prima di quegli anni ovvero allegato una causa diversa del contagio (è significativo, del resto, che agli anni '70 si riferiscono le prime segnalazioni di epatite chiamata «non A non B» che, nell'80% circa dei casi, è causata dal virus dell'HCV e che solo nel 1981 furono segnalati i primi casi di Aids).

È giunto il momento di dimostrare che lo stato delle conoscenze progressivamente raggiunte dalla scienza sin dagli anni '70 avrebbe dovuto indurre il Ministero della sanità ad esercitare attivamente il dovere di controllare e vigilare sulla sicurezza del sangue e dei suoi derivati distribuiti dal servizio sanitario nazionale.

10) *Le conoscenze scientifiche dei tempi e la responsabilità del Ministero con riguardo alle diverse infezioni virali.*

a) Epatite B. Fu Blumberg che nel 1965 scoprì nel sangue di un aborigeno australiano una sostanza, denominata antigene Australia, cui successivamente fu dato il nome di antigene di superficie del virus dell'epatite B (HbsAg); agli inizi degli anni '70 la scienza (vedi citazioni alla letteratura scientifica in comparsa conclusionale di parte attrice, p. 31) aveva osservato che nell'impiego dei fattori della coagulazione VIII e IX usati per il trattamento degli emofilici erano stati segnalati casi di epatite e si resero disponibili su larga scala i primi test per svelare il virus (con i metodi della immunodiffusione, immunoelettrosinerezi, emoagglutinazione passiva, emoagglutinoinibizione); subito e già tra il 1971 ed il 1972 (non è necessario, al riguardo, citare la letteratura scientifica ma è sufficiente rinviare ai riferimenti contenuti in Cass. n. 6241/1987, Trib. Milano 19 novembre 1987, F. c. Soc. C., Cass. n. 8069/1993 cit. che, tra l'altro, nell'affermare la responsabilità delle case farmaceutiche per la produzione ed immissione in commercio di farmaci contenenti gammaglobuline umane infette, agevolmente supera l'obiezione circa la non piena attendibilità del metodo in quegli anni, atteso che esso avrebbe comunque ridotto in modo significativo il rischio del contagio) seguirono altri più avanzati (metodo RIA: *Radio immunologic assay*) e, con circolare n. 68 del 24 luglio 1978, il Ministero rese obbligatoria la ricerca dell'antigene dell'epatite B su ogni singolo prelievo di sangue o di plasma con il suddetto metodo RIA.

Essendo evidente il ritardo da parte dell'amministrazione centrale, che in quanto organo deputato alla tutela della salute pubblica avrebbe dovuto recepire ed introdurre tempestivamente i più avanzati metodi scoperti dalla scienza al fine di realizzare l'obiettivo tendenziale di rendere sicuro l'uso degli emoderivati, controllando preventivamente l'effettiva origine del plasma e risalendo ai singoli lotti infetti ed alla loro provenienza, è possibile affermarne la responsabilità anche nei confronti di V.E. P. e D. V. (entrambi affetti da epatite B da data precedente al 1978 e, comunque, successiva al 1971).

Ma la responsabilità del Ministero è ancor più grave se si considera che esso non ha soltanto ommesso di introdurre (e vigilare sull'attuazione de) i

metodi conosciuti contro il virus dell'epatite B, ma, consentendo (v. rif. al par. 5 sulle fonti normative del potere di autorizzazione conferito dalla legge al Ministero) l'importazione di grandi quantità di sangue dall'estero (per la produzione degli emoderivati necessari agli emofilici mediante estrazione dei fattori VII, VIII e IX, infatti, occorrono grandi quantità di plasma e sui rischi connessi ai grandi *pool* plasmatici numerose erano le denunce delle associazioni di malati e donatori: vedi, per citarne solo alcune, la Lettera aperta della Fondazione dell'Emofilia al Ministro della Sanità nel 1971; gli atti dei Congressi di Pisa nel 1973 e Fiuggi nel 1976 ecc.) ed anche da paesi, come l'America e l'Africa, ove notoriamente alto era il rischio di infezioni, senza alcun controllo effettivo sul sangue (e ancor meno sui donatori) e limitandosi ad un controllo sui documenti che lo accompagnavano (la circostanza non è contestata, è stata espressamente riconosciuta dal Ministero nell'altro giudizio e risulta anche nelle certificazioni sanitarie di alcuni danneggiati: A. C., B. S., P. A., L. R. ecc.), ha di fatto rinunciato ad esercitare quella vigilanza che era invece doverosa.

Né varrebbe appellarsi allo stato ancora non avanzato della scienza medica: si è detto che agli inizi degli anni '70 il metodo per la rilevazione del virus era già conosciuto; si dirà dei metodi alternativi già conosciuti di rilevazione indiretta dei virus (ci si riferisce alla determinazione delle transaminasi ALT ed al metodo dell'anti-HbcAg: v. par. 10 b); in ogni caso, appartenendo senza dubbio l'intrinseca pericolosità del sangue come veicolo di infezioni al patrimonio delle conoscenze comuni ed essendo, in particolare, il rischio di trasmissione di epatiti virali ben noto già agli inizi degli anni '70, il comportamento omissivo ed inerte del Ministero non può essere giustificato (già, ad esempio, il d.m. 18 giugno 1971 escludeva la possibilità di ottenere immunoglobuline umane da soggetti che fossero o fossero stati affetti da epatite nei confronti dei quali sussisteva la possibilità che potessero trasmettere infezioni; la circolare ministeriale n. 1188 del 30 giugno 1971 raccomandava l'importanza dell'esecuzione sistematica della ricerca dell'antigene Australia su tutto il sangue destinato alla trasfusione e prevedeva l'obbligo di eseguire tutti gli accertamenti possibili; l'art. 47, lett. h, del d.P.R. 24 agosto 1971 cit.: «*Non possono essere accenati come donatori coloro che negli ultimi sei mesi abbiano avuto contatti con epatitici*»).

In questo contesto assume rilievo anche la tardiva attuazione del piano sangue che, previsto già dalla legge n. 592 del 1967 ed attuato solo nel 1994, avrebbe potuto contribuire a realizzare l'obiettivo tendenziale dell'autosufficienza nazionale del sangue intero e dei plasmaderivati di cui era ed è nota l'importanza al fine di prevenire o ridurre i rischi causati da incontrollate importazioni dall'estero: oltre agli appelli degli esperti sulla necessità del piano (v. la proposta di legge, n. 1133, presentata alla Camera dei Deputati il 10 febbraio 1977 per la «prevenzione e terapia delle malattie trattate con derivati di plasma umano e disposizioni per rendere possibile in Italia la donazione di plasma e la plasmaferesi farmaceutica»; v. i resoconti dei Congressi di Milano nel 1981 e Roma nel 1986), numerose erano le raccomandazioni del Consiglio d'Europa, tra cui, oltre a quelle che saranno citate più avanti (v. par. 10 b), quella in data 30 aprile 1980, che invitava gli stati mem-

bri a realizzare l'autosufficienza nazionale stante i rischi di malattie infettive e, in particolare, delle epatiti virali connesse alla raccolta, al frazionamento ed all'uso terapeutico del sangue.

Si potrebbe obiettare che la detta autosufficienza nazionale non può costituire, oggetto, per così dire, di una obbligazione di risultato dello Stato, in considerazione dell'oggettiva difficoltà di realizzare quell'obiettivo a causa della notoria scarsità delle risorse di sangue nazionale. Tuttavia, il punto è che l'Amministrazione ha neglentemente ritardato (sino ai primi anni '90) di porre in essere le misure che avrebbero potuto essere utili per realizzare quell'obiettivo (l'opportunità che i plasmaderivati fossero preparati con sangue di provenienza nazionale è solo declamata nel 1985 nella circ. n. 28, finché la legge n. 107/1990 si è proposta il miglior controllo delle donazioni mediante la sensibilizzazione della popolazione residente di cui più facilmente possono conoscersi usi e costumi: v., art. 11, n. 3, lett. a, n. 4), rimanendo di fatto inerte rispetto ai conosciuti rischi (che negli anni '80 saranno ancor più gravi) connessi alla distribuzione ed importazione di sangue incontrollato nella provenienza e nella qualità. Sicché non può essere condivisa l'affermazione secondo cui, essendo gli emoderivati necessari per la salute degli emofilici e delle altre persone affette da patologie emorragiche (in quanto farmaci «salva vita»), era urgente e necessario provvedere comunque alla distribuzione di quelli di cui il servizio sanitario nazionale aveva la disponibilità. Lo stato di necessità (art. 2045 c.c.) è, infatti, inutilmente invocato: a prescindere da ogni altra considerazione che dimostrerebbe l'inconferenza del richiamo a questa disposizione, è sufficiente considerare che qui è stato il Ministero, con la propria colposa condotta omissiva, ad aggravare volontariamente quel pericolo di danno grave alla persona che invece aveva l'obbligo giuridico di evitare. L'amministrazione, inoltre, avrebbe dovuto tempestivamente informare le persone sui rischi connessi alle trasfusioni e alla somministrazione di emoderivati (v., sul punto, la racc. del Consiglio d'Europa in data 23 giugno 1983) ma solo nel 1991 (v. art. 19 del d.m. 15 maggio) impose al ricevente la trasfusione l'obbligo di prestare il proprio consenso informato sul rischio connesso all'emotrasfusione.

Si tratta (ma su questo punto si tornerà più avanti) di una condotta omissiva qualificata che può ritenersi intrinsecamente idonea a concretizzare un fatto illecito perfetto, in quanto causa efficiente di un grave e concreto pericolo per la salute di coloro che erano costretti (tra cui gli emofilici) a periodiche somministrazioni di prodotti emoderivati distribuiti e certificati dal servizio sanitario nazionale. Pur ammettendo che il virus all'epoca non fosse ancora direttamente rilevabile e che solo più tardi (cioè nel 1978) sarebbe stato identificato dalla scienza, ciò non varrebbe ad escludere la responsabilità, non essendo la prevedibilità del danno un criterio utilizzabile in campo extracontrattuale per ridurre l'area dei danni risarcibili (l'art. 1225 c.c., infatti, non è richiamato dall'art. 2056 c.c.) è, per altro verso, essendo il nesso causale riscontrabile nella probabilità, questa si preventivamente valutabile, che una condotta ispirata a maggiore prudenza avrebbe ridotto il rischio delle infezioni: la giurisprudenza ha chiarito che è sufficiente che il nesso eziologico tra condotta umana (anche omissiva) e danno sia di tipo

probabilistico, nel senso che «*per ritenere sussistente il nesso eziologico ... è richiesto che l'uomo con la sua azione ponga in essere un fattore causale del risultato e che tale risultato non sia dovuto al concorso di circostanze le quali, rispetto ad esso, si presentino con carattere di eccezionalità o atipicità...*»: v. Cass. n. 2037/2000). È evidente che dell'evento dannoso è chiamato a rispondere colui che, essendo venuto meno all'obbligo legale di porre in essere le misure che secondo le conoscenze dell'epoca potevano servire quantomeno a ridurre il pericolo della sua realizzazione, ha contribuito a porre in essere le condizioni necessarie per la realizzazione dell'evento dannoso costituito dalla lesione dell'integrità psico-fisica, non rilevando che quella particolare lesione fosse costituita da una malattia infettiva procurata da virus già conosciuti ovvero non ancora noti perché non identificati dalla scienza, ciò attenendo al profilo della liquidazione delle conseguenze dannose di un fatto illecito giuridicamente perfetto, in ordine al quale, in materia extracontrattuale, non opera il limite della prevedibilità. Non può, infatti, ritenersi eccezionale l'eventualità di insorgenza di malattie nuove veicolate dal sangue, sicché prevedibilità e possibile riducibilità del danno alla salute giustificano la responsabilità del Ministero.

b) HIV. Le prime segnalazioni di casi di Aids risalgono ai primi anni '80 e, in particolare, al 1982 le prime segnalazioni in soggetti emofilici che erano stati trattati con emoderivati (CDC. *Possibile transfusion-associated AIDS*, California, «MMWR», 1982, 31:652-4; CDC. *Pneumocystis carinii pneumonia among persons with emophilia A*, «MMWR», 1982, 31: 365; *Update on acquired immunodeficiency syndrome Aids among patients with hemophilia A*, «MMWR», 1982, 31, 644; M.J. Cowan e M.A. Koerper, *Altered T-cell immunity in hemophiliacs receiving frequent factor VIII concentrate*, Blood, 1982, 60, 224): ciò «*ha costituito il maggior indizio eziologico della malattia, poiché suggeriva che l'agente causale poteva essere presente nei derivati da pools plasmatici usati per trattare gli emofilici*» (*Aids – La sindrome da immunodeficienza acquisita*, a cura di E.O. Rondanelli, ed. Piccin, Padova, 1987, 384, ed ivi rif.). Al 1983 risalgono le prime segnalazioni di trasmissione della malattia attraverso trasfusione (Amman *et al.*, *Acquired immunodeficiency in an infant: Possibile transmission by means of blood transfusion*, Lancet, 1983, i: 956).

La prima segnalazione dell'individuazione del virus in tessuti di soggetti affetti da sindrome da immunodeficienza acquisita risale al 1983 (Barrè-Sinoussi F., Cherman J.R., Rey F. *et al.*, 1983, *Isolation of a Lymphotropic retrovirus from a patient at risk for acquired immune deficiency syndrome Aids*. Science 220:868), il virus fu chiamato LAV (*Lymphadenopathy Associated Virus*); nel 1984 Robert Gallo isolò un virus, chiamato HTLV-III (Gallo R.C., Salahuddin S.Z., Popovic M. *et al.*, 1984, *Frequent detection and isolation of cytopathic retroviruses HTLV-III from patients with Aids and risk for Aids*, Science 224:500), che risultò essere uguale al LAV e fu definitivamente denominato HIV (*Human immunodeficiency virus*); sempre nel 1984 (Sarnagadharan M.G., Popovic M., Bruch L. *et al.*, 1984, *Antibodies reactive with human T-lymphotropic retroviruses HTLV-III in the serum of patients with Aids*. Science 224:506) fu messo a punto il test Elisa (acronimo di *Enzyme-Linked-Immuno-Sorbent-Assay*) che permetteva di identificare la presenza di

anticorpi anti-HIV nel sangue dei soggetti malati di Aids (la presenza di questi anticorpi, infatti, è il metodo più semplice per dimostrare che un soggetto è stato infettato dal virus) e nel mese di marzo 1985 il primo test per l'anti-HTLV-III/LAV ottenne la licenza di produzione (per i riferimenti v. Rondanelli, op. cit., 389 ss.); successivamente furono messi a punto i test c.d. *Western-blot*, utilizzato come test di conferma dopo che l'Elisa avesse ottenuto risultato positivo e, verso la fine degli anni '80, quello, più sensibile ma costoso, chiamato PCR (*Polimerase Chain Reaction*).

Ancor prima che fosse disponibile il test per identificare l'HIV, furono tentati metodi volti ad eliminare gli agenti infettivi nel sangue: i primi studi sull'utilità del calore a rendere inattivi i virus a RNA (che usano, come l'HIV e l'HCV, l'acido ribodesossinucleico per veicolare il loro codice genetico), senza, allo stesso tempo, alterare il prodotto (cosa che accadrebbe in caso di riscaldamento eccessivo), risalgono, per quanto risulta, al 1982 (R.E.F. Matthews, *International Committee and Taxonomy of Viruses*, Karger, Basilea, 1982). Questo metodo di riscaldamento (a 60 °C per 10 ore) (Gerety R.J., Aronson D.L., *Plasma derivatives and viral hepatitis*, *Transfusion*, 22, 347, 1982, v. rif. in Federazione medica XLIV – 10.1991, *Sicurezza degli emoderivati e degli emocomponenti*, 700-1, n. 5), detto della pastorizzazione, era ampiamente utilizzato per la preparazione dell'albumina, emoderivato al quale non era stata associata alcuna trasmissione di infezioni; al 1984 e 1985 risalgono le prime applicazioni ai preparati antiemofilici dei fattori VIII e IX di altri tipi di trattamento al calore sempre più perfezionati (al calore secco per 72 ore a 80 °C, poi al calore umido e con solventi detergenti: c.d. metodo virucida) (v. Levy JA, Mitra G., Mozen MM, *Recovery and inactivation of infectious retroviruses from factor VIII concentration*, *Lancet*, 1984, Sep. 29, 2:722-3; Horowitz B., Wiebe M.E., Lippin A., Stayker M.H., *Inactivation of viruses in labile blood derivatives. I. Disruption of lipid-enveloped viruses by tri 'n-butyl' phosphate detergent combinations*, *Transfusion*, 1985, 25:516).

È opportuno precisare (dal momento che molti dei danneggiati sono stati trattati anche mediante trasfusioni, ma sul punto si tornerà più avanti) che mentre le unità di sangue avviate alla produzione di emoderivati (e, per quanto interessa, dei derivati del plasma: fattori della coagulazione ecc.) possono ricevere trattamenti di inattivazione virale (quale quello antivirucidico) di tipo chimico o fisico che non alterano le proprietà terapeutiche dell'emoderivato stesso e lo rendono sicuro rispetto al rischio di trasmissione di agenti infettivi, i suddetti metodi non sono efficaci sul sangue intero e sui suoi componenti cellulari, i quali, se sottoposti ai suddetti procedimenti chimici o fisici, sarebbero alterati e distrutti.

Agli inizi del 1983 il Servizio per la salute pubblica degli Stati Uniti diffuse alcune raccomandazioni specifiche per ridurre la diffusione del virus tramite emoderivati e trasfusione di sangue (CDC. 1983. *Prevention of acquired immune deficiency syndrome Aids: Report of interagency recommendations*. «MMWR» 32: 101); nello stesso anno il Bollettino epidemiologico settimanale del Ministero della Sanità francese (n. 37) riportò i primi casi di Aids comparsi in soggetti emofilici che avevano assunto emoderivati tratti da *pool*

ed il Ministero degli Affari Sociali e della Solidarietà Nazionale Francese, con circolare del 20 giugno 1983, ordinò che i donatori a rischio fossero scartati dalle raccolte di sangue; il Consiglio d'Europa, nella racc. dell'11 settembre 1981, invitava gli Stati a tenere conto delle situazioni epidemiologiche nei paesi di origine ed a stabilire una regolamentazione concernente l'importazione del sangue e suoi derivati allo scopo di limitare il più possibile i rischi potenziali per la salute derivanti dalla trasmissione di agenti infettivi; nella racc. in data 23 giugno 1983 invitava gli Stati membri a vigilare contro il rischio di agenti infettivi trasmissibili attraverso le trasfusioni e i prodotti emoderivati, evitando l'uso di prodotti con fattori coagulanti ricavati da grandi *stock* di plasma importato da paesi con popolazioni a rischio e da donatori remunerati, informando gli operatori sanitari, i riceventi (come gli emofilici) e i donatori dei potenziali pericoli derivanti dalla sindrome da Aids e delle possibilità esistenti di ridurli; le principali misure adottate in quegli anni per ridurre la frequenza della malattia negli emofilici «erano volte a prevenire l'uso del plasma di individui con Aids o a rischio di Aids, a ridurre la frequenza della terapia con derivati da *pools plasmatici* e ad introdurre metodi per inattivare il virus da questi derivati da *pools plasmatici*» (Rondanelli, op. cit., 384).

Anche il Ministero della Sanità italiano era consapevole del rischio, avendo emanato già dal 1983 alcuni provvedimenti, seppure, a fronte della gravità del problema, inadeguati, insufficienti e tardivamente attuati: la circ. n. 64/1983 conteneva alcune direttive per la rilevazione dei dati ai fini epidemiologici della sindrome da Aids, segnalando il rischio per coloro che erano esposti a frequenti trasfusioni e somministrazione di emoderivati; sempre nel 1983 era avviata un'indagine atta a verificare i metodi di preparazione degli emoderivati ed i rischi di infezioni; con circ. n. 65/1984 venivano impartite istruzioni sulle misure generali di profilassi dell'Aids di cui era riconosciuta la gravità; il 19 maggio 1984 veniva decisa (senza però che seguissero concreti provvedimenti di attuazione) l'esclusione delle importazioni di sangue da paesi a rischio ed un controllo più accurato su ciascun *pool* di materia prima; con circ. n. 28 del 17 luglio 1985 erano emanate istruzioni di carattere tecnico intese ad eliminare il rischio di infezioni con l'introduzione del trattamento termico nel procedimento di inattivazione virale per i fattori antiemofilici (v. anche il telegramma in data 8 agosto 1985 inviato alle aziende produttrici); solo il 30 aprile 1986 era imposto lo *screening* di ogni singola unità di sangue o plasma impiegato nella produzione degli emoderivati (e vedi, ancor più tardi, anche i dd.mm. 15 gennaio 1988, 21 luglio 1990 e 15 gennaio 1991, i quali prescrivevano la produzione di emoderivati esclusivamente a partire da plasma negativo al test HIV, la verifica dell'eventuale presenza di anticorpi HIV, l'accertamento dell'idoneità dei donatori di sangue, escludendo quelli considerati a rischio, tra cui politrasfusi dal 1987 in poi).

Tuttavia, il Ministero non ha (e, in ogni caso, non ha allegato né dimostrato di avere) fatto seguire a questi provvedimenti concrete misure operative di vigilanza e controllo sulle case farmaceutiche e sui soggetti direttamente coinvolti nella produzione e commercializzazione degli emoderivati, ritardando sino al 1988 (v. parere del Consiglio superiore di sanità in data 17 marzo 1988) la decisione di ritirare dal commercio i farmaci non sottoposti al termotrattamento.

La responsabilità del Ministero per la trasmissione dell'HIV, quindi, per quanto qui interessa, può essere fatta risalire ad epoca precedente al 1983, dal momento che, essendo stati allora riscontrati i sintomi della malattia nei soggetti indicati al paragrafo 9), si può presumere che il contagio sia avvenuto in epoca precedente.

Infatti, già dal 1982/1983, cioè da quando fu segnalato che l'Aids poteva essere trasmesso (benché non fossero ancora noti i metodi di rilevazione ed inattivazione del virus) attraverso gli emoderivati e le componenti cellulari del sangue e che ad alto rischio erano i derivati dal plasma usati dagli emofilici (al 1982 risale il lavoro di Gerety R.J., Aronson D.L. cit., che classificava come ad alto rischio di trasmissione di epatite i fattori della coagulazione usati per gli emofilici), elementari ragioni di prudenza avrebbe dovuto indurre il Ministero ad esercitare i suoi poteri di vigilanza e controllo sull'origine del plasma e sulle modalità di preparazione dei prodotti; ma, soprattutto, è importante ricordare che la pericolosità del sangue come veicolo di infezioni era nota già dai primi degli anni '70 (v. letteratura scientifica citata in comparsa conclusionale attorea, p. 34, 37 e, per altri riferimenti alla conosciuta pericolosità dei preparati antiemofilici dagli anni '70, p. 35-36) e probabilmente anche da epoca precedente, sicché, come si è già detto parlando dell'epatite B (è qui necessario rinviare alle considerazioni fatte nel par. 10 b), il Ministero avrebbe dovuto già da allora porre in essere tutti gli accorgimenti noti e necessari al fine di ridurre il rischio.

Occorre però rispondere alla prevedibile obiezione del Ministero, secondo cui, non conoscendosi nel 1983 (e, a maggior ragione, in epoca precedente) il metodo di rilevazione del virus (il test Elisa fu introdotto nel 1985), non sarebbe stato in ogni caso possibile scongiurare il rischio di trasmissione dell'HIV.

L'obiezione non coglie nel segno. Premesso che il Ministero aveva il dovere (reso ancor più urgente dalle diffusione dell'epatite c.d. «non A non B» e dell'Aids) di porre in essere tutte le cautele e le misure precauzionali conosciute dalla scienza, l'aver omesso di effettuare sul plasma controlli effettivi di laboratorio che rivelassero la presenza di infezioni all'epoca conosciute (quali quelle derivanti dal virus dell'epatite B) nonché l'aver omesso qualsiasi indagine anamnestica sui donatori del sangue, ne determina la responsabilità anche per le infezioni che all'epoca non erano ancora conosciute, atteso che, qualora fossero state adottate le misure precauzionali conosciute (seppur per contrastare malattie diverse), il rischio della contrazione delle nuove malattie virali sarebbe stato certamente ridotto.

È importante chiarire, infatti, che tra le infezioni in questione (epatite da HBV, HCV ed infezione da HIV) sussiste notoriamente una tendenziale coincidenza epidemiologica (per riferimenti alla letteratura scientifica si rinvia alla comparsa conclusionale attorea, p. 34-37; come si legge in Rondanelli, op. cit., p. 384: «*il modello epidemiologico dell'Aids era infatti strutturalmente simile a quello dell'epatite B, che è spesso diffusa attraverso il contatto parenterale con il sangue...*»; anche nella circolare ministeriale n. 64/1983 cit. si legge: «*I dati epidemiologici e clinici orientano verso una eziologia virale a trasmissione sessuale e parenterale simile a quella dell'epatite B*»), nel senso che

identiche sono le modalità di trasmissione dei virus ed identiche le precauzioni necessarie (è significativo, a questo proposito, che gran parte dei danneggiati sia affetta contemporaneamente da due o anche tre delle infezioni virali in questione).

L'aver omesso i controlli sui *pool* plasmatici e, in particolare, sull'attuazione delle raccomandazioni per la preparazione dei prodotti antiemofilici ed il controllo sull'idoneità dei donatori del sangue secondo le tecniche nel tempo note (v., tra le altre, le prescrizioni contenute negli art. 65 ss. d.m. 18 giugno 1971 e 44 ss. d.P.R. n. 1256/1971) al fine di evitare i rischi di trasmissione di virus conosciuti (come l'epatite), espone il Ministero a responsabilità rispetto alla diffusione di virus diversi e solo successivamente conosciuti nella loro caratterizzazione molecolare, il cui rischio avrebbe potuto essere, quanto meno, ridotto ponendo in essere e vigilando sull'attuazione di quelle medesime cautele.

Prima che l'HIV venisse isolato e che fosse messo a punto il test Elisa che consentiva la rilevazione diretta dello stesso, erano diffusi metodi alternativi ed indiretti di rilevazione che consentivano di identificare le persone considerate a rischio di trasmettere malattie e che avrebbero, quindi, dovuto essere escluse dalla donazione, il che non avvenne, essendo gli emoderivati stati prodotti con sangue di incerta provenienza utilizzato per la formazione di grandi *pool* plasmatici ed il sangue utilizzato per le trasfusioni non controllato e proveniente da donatori non testati.

In particolare, tra i metodi usati vi era quello per l'individuazione degli anticorpi (anti-HbcAg) in soggetti che erano entrati in contatto con il virus dell'epatite B: «*questo metodo era stato scelto poiché una serie di studi dimostrava che la maggior parte dei pazienti con Aids era positiva anche per l'anti-Hbc... l'anti Hbc è stato considerato come un marker di popolazioni per gruppi a rischio di contrarre l'Aids e, quindi, potenzialmente infettivi*» (v. Rondanelli, op. cit., 389); è significativo che già il citato art. 44 d.p.r. n. 1256/1971 prevedesse l'esclusione dalla donazione di chi era o, anche, era stato affetto da epatite virale, in considerazione della maggiore esposizione di questi soggetti ad altri rischi virali veicolati dal sangue (non importa se ignoti).

Altro metodo indiretto usato era offerto dalla determinazione delle transaminasi e, in particolare, della ALT (alanina transaminasi). La determinazione di questo enzima, che era noto per essere al di sopra della media e, quindi, alterato nei soggetti con patologie epatiche e, in particolare, nelle epatiti, poteva rivelare la presenza di infezioni da virus non ancora conosciuti e cioè non noti dal punto di vista della caratterizzazione molecolare (come appunto l'HIV e l'HCV), sicché già nel 1974 ne fu proposta l'introduzione al fine di escludere dalla donazione coloro i cui valori erano alterati (vedi, per i riferimenti alla letteratura scientifica, la comparsa conclusionale cit., p. 31-34) ma questo metodo fu introdotto soltanto nel 1989 (vedi lettera circolare in data 31 ottobre 1989, nella quale il Ministero della sanità informava le aziende farmaceutiche dell'associazione tra elevati livelli di ALT ed epatite «non A non B» e le invitava ad inserire nelle dichiarazioni del direttore tecnico delle ditte farmaceutiche – v. lettera 6 luglio 1987 – che dovevano accompagnare ogni unità di sangue ai fini della ricerca degli anticorpi anti HIV l'avvenuto screening per l'ALT).

Ai fini dell'affermazione della responsabilità del Ministero anche nei confronti di coloro che hanno contratto il virus dell'HIV prima del 1985 occorre, inoltre, l'argomento già svolto a proposito dell'epatite B riguardo alla giuridica irrilevanza in campo extracontrattuale che l'infezione virale non fosse ancora ben conosciuta al momento della condotta illecita omissiva, quando le misure precauzionali obbligatorie omesse (prescritte ovvero consigliabili per contrastare la diffusione di virus noti) avrebbero consentito di ridurre l'insorgenza anche di infezioni virali ancora non conosciute. La violazione da parte dell'Amministrazione delle norme di prudenza e diligenza direttamente finalizzate a realizzare condizioni di (seppur non assoluta) sicurezza nell'uso degli emoderivati concretizza il requisito (che vale ad integrare l'elemento soggettivo della colpa) della prevedibilità dell'evento dannoso costituito dalla lesione del diritto alla salute, essendo all'epoca ben prevedibile che le omissioni contestate potessero costituire un fattore causale significativo nella verifica di danni alla salute nei soggetti che di quelle norme erano diretti destinatari. Pertanto, a nulla rileva che, all'epoca della condotta omissiva, la malattia fosse o meno conosciuta nella sua esatta caratterizzazione molecolare, trattandosi di circostanza che rileva soltanto ai fini della configurazione e liquidazione del danno risarcibile, il quale, come si è detto, in campo extracontrattuale, non può essere limitato alle sole conseguenze dannose strettamente prevedibili (si è detto che l'art. 1225 c.c. non è richiamato dall'art. 2056 c.c.).

e) *Epatite C*. La storia di questa epatite nasce quando, verso la metà degli anni '70, scoperta la possibilità di fare la diagnosi diretta dell'epatite A, si notò che delle epatiti ritenute di tipo A perché prive dell'antigene proprio dell'epatite B solo una parte aveva i marcatori propri dell'epatite A, sicché fu dimostrata l'esistenza di una terza forma di epatite che fu chiamata «non A non B». Il primo test che riuscì a individuare il virus mediante la ricerca degli anticorpi HCV fu disponibile solo nel 1989 (c.d. test Eia) e successivamente perfezionato; con d.m. 21 luglio 1990 fu stabilito l'obbligo di ricercare gli anticorpi anti HCV sulle unità di sangue utilizzate per le trasfusioni.

La Corte d'appello, nella sentenza più volte citata, ha individuato nell'anno 1988 «in cui fu imposto dal Ministero il c.d. termotrattamento contro il rischio di trasmissione del virus da epatite C, sebbene il test sia stato messo a punto l'anno successivo) il limite temporale prima del quale non vi sarebbe diritto al risarcimento dei danni.

Questa affermazione non è condivisibile. Premesso che, dovendosi qui giudicare della responsabilità del Ministero per omessa vigilanza sulla concreta attuazione dei metodi conosciuti di inattivazione virale, non è sufficiente, per escluderla, far semplice richiamo (come anche la Corte non ha mancato di sottolineare: v. sent., p. 43) all'attività per così dire normativa posta in essere (con circolari, decreti ecc.) dallo stesso Ministero al fine di diffondere informazioni e prescrizioni sulle metodiche di inattivazione (vedi, in questo caso, il parere con cui il Consiglio Superiore di Sanità, in data in data 17 marzo 1988, raccomandava il trattamento al calore umido rispetto a quello al calore secco), il punto è che l'Amministrazione ha ommesso di vigilare sull'effettiva attuazione di qualsiasi tipo di termotrattamento, sicché,

pur ammettendo che il metodo del calore umido fosse più sicuro rispetto a quello del calore secco, non v'è prova che quest'ultimo sia stato effettivamente praticato a partire quanto meno dal 1985 (vedi i riferimenti al paragrafo 10 b la stessa circolare n. 28/1985 del Ministero). Si è detto, inoltre, che già nel 1985 era conosciuto il c.d. metodo virucida consistente nell'uso di solventi-detergenti (v. Horowitz B., op. cit.; Federazione medica XLIV, cit.) che, distruggendo il virus, è ritenuto il metodo più sicuro. Ma, soprattutto, è necessario chiarire che tutti i metodi in questione sono idonei ad inattivare non solo il virus dell'HIV ma anche gli altri virus dell'epatite C (HCV) e B, sicché irrilevante è che nel 1985 il virus HCV non fosse stato identificato, dovendo infatti a partire già da quell'anno essere messi in pratica i metodi di inattivazione che erano conosciuti seppur per contrastare i virus allora noti dell'epatite B e dell'HIV.

Ma, a prescindere dai metodi di inattivazione virale (che, è opportuno ricordare, erano idonei a combattere le infezioni trasmesse da emoderivati e non dal sangue intero: v. par. 10 b), sarebbe stato sufficiente non utilizzare sangue o derivati provenienti da soggetti con valore di Alt elevati ovvero positivi al test dell'anti-Hbc per ridurre in modo significativo il rischio dell'epatite C (v., in comparsa conclusionale attorea, p. 43, i riferimenti agli studi che dimostravano la rilevante riduzione del rischio dell'epatite «non A non B» in caso di esclusione dalla donazione di questi soggetti).

La responsabilità del Ministero può quindi essere affermata anche nei confronti delle persone infettate da epatite C, non solo sicuramente dopo il 1985 (v. elenco nel par. 9), ma anche prima (si tratta di G. P., E. R. e R. R.) per motivazioni analoghe a quelle già svolte nei casi delle altre infezioni contratte in epoche precedenti alle date in cui furono messi a punto i metodi di identificazione dei virus. La coincidenza epidemiologica dei tre virus in questione (che è particolarmente alta tra HCV ed epatite B), la gravità delle omissioni e dei ritardi del Ministero nella prevenzione delle infezioni conosciute nei diversi tempi, l'utilità che i mezzi di contrasto conosciuti con riferimento ai virus già conosciuti avrebbero avuto nella prevenzione dei virus identificati solo successivamente ed il principio civilistico dell'estensione della responsabilità aquiliana ai danni non prevedibili, sono tutti elementi che concorrono a giustificare la responsabilità del Ministero della sanità.

11) *I danni risarcibili.*

La domanda, pertanto, dev'essere accolta ed il Ministero della Sanità condannato al risarcimento dei danni biologici, alla vita di relazione, patrimoniali è vista la rilevanza penalistica dei fatti (v. par. 3), anche morali subiti da attori ed intervenuti a causa della descritta condotta illecita posta in essere dal convenuto, da liquidarsi in separato giudizio. Nel quale dovrà essere decisa anche la questione, che sfugge all'ambito naturale del presente giudizio avente ad oggetto una domanda di condanna generica al risarcimento dei danni, relativa alla cumulabilità (riassuntivamente affermata dagli attori nella formula «oltre ed in aggiunta a quanto eventualmente percepito ai sensi delle leggi numeri 210 del 1992 e 238 del 1997») o meno delle somme che potranno essere liquidate a titolo risarcitorio con quelle già percepite o percepibili, ai sensi delle leggi numeri 210 del 1992 e 238 del 1997.

12) *La provvisionale.*

Non può essere accolta la generica richiesta di provvisionale (in lire 400 o 600 milioni pro-capite), in mancanza di qualsiasi riferimento ed accertamento alla concreta entità dei risarcimenti che potranno singolarmente essere riconosciuti, al di là dei solo orientativi parametri rappresentati dall'indennizzo, comunque verosimilmente goduto da molti, ai sensi delle citate leggi sopra citate.

13) *Le spese processuali.*

Sussistono giusti motivi di parziale compensazione delle spese processuali, in considerazione della novità, rilevante complessità ed incertezza della lite.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, così decide:
 dichiara ammissibili gli interventi azionati nel corso del giudizio;
 accoglie le domande principali proposta da attori ed intervenuti e condanna il Ministero della Sanità a risarcire ad essi i danni biologici, patrimoniali e morali, da liquidarsi in separato giudizio;
 rigetta la domanda di provvisionale; (*omissis*)

TRIBUNALE DI ROMA, sez. lavoro, ordinanza 20 luglio 2001 - C. (avv. Di Gioia e Tomassetti) c. ARAN (avv. Stato Pampanelli).

Impiego pubblico - Contrattazione collettiva aree dirigenziali - Distacchi e permessi sindacali - Ripartizione operata dal Contratto Collettivo Nazionale Quadro del 27 febbraio 2001 - Appare legittima - Art. 50 decreto legislativo n. 165/001.

I distacchi, seppure funzionali all'esplicarsi della azione sindacale, non concretano, in quanto tali e di per sé, un diritto di azione sindacale o altro diritto suscettibile di pregiudizio irreparabile.

L'accorpamento di un'unica area - denominata Area 1 - delle aree della dirigenza di più comparti, operata dal CCNQ del 27 febbraio 2001, è stata determinata unicamente dall'esigenza di garantire un omogeneo trattamento dell'area della dirigenza, senza pregiudicare la peculiarità di ciascun settore e senza nessun effetto sulla rappresentatività sindacale, calcolata secondo i criteri già utilizzati per il CCNQ 25 novembre 1998, per cui nessun pregiudizio per l'attività sindacale sussiste in relazione alla conseguente ripartizione dei distacchi e permessi nell'Area 1 effettuata dal medesimo CCNQ del 27 febbraio 2001 (1).

(1) Accorpamento delle aree di contrattazione collettiva della dirigenza e criterio di ripartizione dei distacchi sindacali nel Contratto Collettivo Nazionale Quadro del 27 febbraio 2001.

1. L'ordinanza del Tribunale di Roma sezione lavoro che si annota, emessa a seguito di ricorso per provvedimento d'urgenza interposto da una Confederazione sindacale di tutela del personale dirigente e direttivo pubblico, si segnala anzitutto per la recisa affermazione, mutuata da una precedente pronunzia del medesimo Tribunale di Roma (II Sez., in data 26 marzo 2001) secondo la quale «I distacchi seppure funzionali all'esplicarsi dell'azione sindacale, non concretano, in quanto tali e di per sé, un diritto di azione sindacale o altro diritto suscettibile di pregiudizio irreparabile».

(*omissis*).

Con ricorso ex art. 700 c.p.c. la C. conveniva in giudizio l'ARAN chiedendo l'adozione dei provvedimenti di urgenza più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito e, per l'effetto: *a*) dichiarare prive di efficacia, in quanto illegittime per violazione delle norme di cui agli artt. 44 e 47 del decreto legislativo n. 29/1993 ed all'art. 2 dell'Accordo 24 novembre 1998 per la definizione delle autonome aree di dirigenza, le statuizioni citate del CCNQ 27 febbraio 2001, nonché le tabelle allegate; *b*) ordinare all'ARAN di riformulare le predette tabelle nel rispetto dei decreti di proporzionalità e di unicità dell'Area I come ambito di riferimento, senza operare distinzioni per comparto; *c*) ordinare all'ARAN di attribuire alla n. 10 distacchi sindacali nell'area I.

Il Tribunale di Roma (correttamente) esclude dunque e ciò costituisce rilevante «precedente» nei non rari contenziosi in materia che sia sufficiente per le organizzazioni sindacali lamentare una lesione afferente il proprio diritto ad ottenere distacchi e permessi sindacali per concretizzare un pregiudizio avente il carattere della irreparabilità, azionabile ex art. 700 cod. proc. civ.

2. D'altro canto, l'ordinanza seppur con la sinteticità propria della fase cautelare affronta il non semplice problema della legittimità e logicità del criterio adottato dal CCNQ, sottoscritto in data 27 febbraio 2001, in ordine alla ripartizione dei distacchi e permessi sindacali nell'ambito della Area 1 della dirigenza rispetto a quello utilizzato per le altre Aree 2, 3 e 4.

La Confederazione agente aveva tra l'altro contestato principalmente proprio la legittimità del criterio di ripartizione seguito per la Area 1.

Va al riguardo rammentato che nella menzionata Area 1, la c.d. «maxiarea», sono state accorpate dal CCNQ del 28 febbraio 2001 le aree della dirigenza appartenenti a diversi comparti (Ministeri, Enti pubblici non economici, Aziende dello Stato, Enti di ricerca e Università).

La Confederazione ricorrente sosteneva, per conseguenza, dover avvenire la ripartizione di distacchi e permessi sindacali ricollegata alla «rappresentatività» delle sigle sindacali con le stesse modalità adottate per le altre aree: ossia valutando l'Area 1 come unitario ambito di riferimento ai sensi dell'art. 47 *bis* del decreto legge n. 29/1993 e successive modifiche ed integrazioni.

L'Avvocatura Generale dello Stato, costituitasi in giudizio per l'ARAN, aveva preliminarmente richiamato l'art. 50, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 165/2001, nel quale è stata trasposta la normativa *ex* decreto legislativo n. 29/1993 (commi che testualmente recitano «Al fine del contenimento, della trasparenza e della razionalizzazione delle aspettative e dei permessi sindacali nel settore pubblico, la contrattazione collettiva ne determina i limiti massimi in un apposito accordo, tra l'ARAN e le confederazioni sindacali rappresentative ai sensi dell'art. 47 *bis*»).

«La gestione dell'accordo di cui al comma 1, ivi comprese le modalità di utilizzo e distribuzione delle aspettative e dei permessi sindacali tra le confederazioni e organizzazioni sindacali aventi titolo, sulla base della loro rappresentatività e con riferimento a ciascun comparto e area separata di contrattazione, è demandata alla contrattazione collettiva ...»).

L'organo legale evidenziava come l'attuale normativa sancisca, dunque, il principio della piena contrattualizzazione della materia, affidando alla contrattazione anche la stessa determinazione dei limiti massimi dei permessi, distacchi e altre prerogative sindacali e le relative modalità di utilizzo, tra cui rientrano anche i c.d. cumuli, già precedentemente ammessi dal legislatore.

Con vittoria di spese.

Assumeva la Confederazione ricorrente di essere la confederazione sindacale maggiormente rappresentativa dei dirigenti e direttivi del settore pubblico e di aver sempre partecipato alla contrattazione collettiva in tutti i comparti; che con decreto ministeriale dell'8 agosto 1998 la C. era stata confermata tra le confederazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale; che aveva partecipato alle trattative e sottoscritto i contratti in tutte le aree dirigenziali del pubblico impiego anche per il quadriennio 1998-2001; che per svolgere tale attività sindacale, spettano alla Confederazione ricorrente vari distacchi ed un cospicuo monte ore di permessi sindacali; che in data 25 novembre 1998, era stato sottoscritto il Contratto collettivo nazionale quadro per la ripartizione dei distacchi e dei permessi per il quadriennio 1998-2001; che in data 25 novembre 1998 era stato sottoscritto il CCNQ sulla ripartizione dei distacchi e dei permessi sindacali nelle autonome aree della dirigenza individuate nell'accordo del 24 novembre 1998; che in data 24 ottobre 2000 dopo una serie di note della ricorrente di dissenso rispetto all'indirizzo seguito dall'ARAN, quest'ultima e le confederazioni sindacali rappresentative delle aree dirigenziali, con esclusione della Confedir, sottoscrivevano l'ipotesi di CCNQ per la ripartizione dei distacchi e dei permessi sindacali alle OO.SS. nel biennio 2000-2001; che, richiesto l'intervento dell'Organismo di coordinamento dei comitati di settore, in data 18 gennaio 2001, l'Organismo dava parere favorevole sul testo dell'accordo relativo ai CCNQ per la ripartizione dei distacchi e permessi alle OO.SS. rappresentative delle aree dirigenziali nel biennio 2000-2001, che quindi veniva sottoscritto senza la partecipazione della Confedir.

Orbene, come riconosciuto dal Tribunale, in effetti le modalità di utilizzo delle prerogative che comprendono la definizione dei criteri di distribuzione delle stesse tra confederazioni e organizzazioni rappresentative rientrano pressoché nella completa disponibilità delle parti negoziali, con l'unico limite del rispetto del principio di rappresentatività sindacale di cui all'art. 43 del decreto legislativo n. 165/2001.

Occorre inoltre rammentare che tale norma prevede, per le Confederazioni, una «rappresentatività» derivata che non attiene al dato associativo od elettorale della confederazione, ma alla circostanza che vi siano organizzazioni sindacali rappresentative ai sensi dell'art. 43, comma 1, del decreto legislativo n. 165/2001 ad essa affiliate.

3. L'Avvocatura dello Stato aveva, altresì, sostenuto, in specifico riferimento alla sopra ricordata doglianza della ricorrente, che l'aggregazione di più aree dirigenziali in un'unica area denominata area 1 (art. 2 CCNQ 25 novembre 1998) ha unicamente la funzione di accorpere diversi settori per favorire l'omogeneizzazione del trattamento economico-normativo della dirigenza, secondo gli indirizzi generali, ma non può essere considerata utile ai fini della rappresentatività sindacale, che deve essere accertata con riferimento agli ambiti separati, coincidenti con le aree della dirigenza di ciascun comparto (Ministeri, Enti pubblici non economici, Aziende dello Stato, Enti di ricerca e Università).

La presenza di una maxi-area 1 non fa venir meno la specificità delle aree in essa ricomprese.

Sotto il profilo dei *fumus boni iuris* la C. deduceva la illegittimità ed illogicità del criterio di ripartizione utilizzato per l'area I, rispetto a quello utilizzato nelle aree 2, 3 e 4 per contrasto con il CCNQ 4 novembre 1998;

L'illegittimità della previsione del CCNQ 27 gennaio 2001 che assegna il 10% del contingente dei distacchi nell'area I alle confederazioni sindacali, garantendo un distacco sindacale per ognuna delle predette confederazioni ed un distacco ai sensi dell'art. 44, comma 7 del decreto legislativo n. 80/1998.

E ciò sarebbe dimostrato, in primo luogo, dall'art. 27 del decreto legislativo n. 165/2001, che riconosce alle amministrazioni non statali di adeguare ai principi del decreto legislativo medesimo i propri ordinamenti, tenendo conto delle relative peculiarità, nonché dall'art. 36 del CCNL del 5 aprile 2001, che prevede una trattativa ad hoc per la definizione delle apposite sezioni riferite al personale dirigente dei Ministeri, delle Università, degli Enti di Ricerca, degli Enti pubblici non economici, dei Vigili del Fuoco, e volta proprio al mantenimento delle specificità di tali ambiti di contrattazione.

L'accorpamento di settori previsto per un determinato fine (la negoziazione di un unico contratto collettivo) non può incidere sull'autonomia di ciascun settore.

L'organo giudicante ha aderito a quanto esposto dalla menzionata Avvocatura, affermando che l'accorpamento nell'Area I è stato determinato dall'esigenza di garantire un omogeneo trattamento economico dell'area della dirigenza, senza pregiudicare la peculiarità di ciascun settore e «senza nessun effetto sulla rappresentatività delle associazioni sindacali ammesse alla trattativa, rappresentatività che è stata calcolata secondo i criteri già utilizzati per il CCNQ del 25 novembre 1998 ...».

4. – La decisione appare condivisibile.

L'accorpamento nell'area I ha come unico effetto la sottoscrizione di un solo contratto collettivo in luogo dei contratti separati della precedente tornata di contrattazione 1994/1997, mentre non incide in ordine alla rappresentatività delle associazioni sindacali ammesse alle trattative, che continua quindi ad essere calcolata rispetto a ciascuna delle aree inserite nell'aggregazione, secondo gli stessi criteri utilizzati dal CCNQ 25 novembre 1998 per il personale dirigenziale.

Invero, tale previsione appare rispettosa del principio di libera associazione sindacale che impone che la contrattazione si svolga nell'ambito di riferimento della tutela sindacale la quale, nel settore pubblico, coincide con l'ambito di operatività del sindacato vale a dire con «il comparto o corrispondente area dirigenziale di contrattazione», in cui viene misurata la rappresentatività sindacale.

La scelta negoziale si fonda sul presupposto che gli artt. 42 e 43 del decreto legislativo n. 165/2001, nel prevedere la misurazione della rappresentatività, la abbiano riferita alle singole aree di contrattazione corrispondenti ai comparti, stabilendo regole precise non derogabili dal CCNQ con criteri aggiuntivi (quali la media della rappresentatività di settori accorpate), tali da alterare sia l'assetto associativo delle organizzazioni sindacali, sia la reale rappresentatività all'interno di ciascun comparto o singola area dirigenziale.

L'illegittimità della previsione del «cumulo» e della ripartizione dei permessi «in via transattiva» di cui all'art. 4 del CCNQ per contrasto con il principio di proporzionalità di attribuzione dei distacchi previsto dall'art. 44, comma 1, lettera g) decreto legislativo n. 80/1998.

Sotto il profilo del *peculurm in mora*, la C. deduceva che i criteri di cui al CCNQ 27 febbraio 2001 e le allegate tabelle di ripartizione dei distacchi e dei permessi hanno determinato una forte limitazione nell'attività sindacale della ricorrente e delle OO.SS ad essa affiliate, imponendo tra l'altro, alla Confedir di acquisire servizi a titolo oneroso da parte di società e professionisti esterni al sindacato.

Si costituiva in giudizio l'Aran contestando l'avversario ricorso per mancanza dei presupposti di legge.

Non essendo necessaria alcuna attività istruttoria, il giudice si riservava.

Osserva il giudicante che il ricorso non merita accoglimento.

Innanzitutto manca il *periculum in mora*.

Come già rilevato dal Trib. di Roma II sez. del 26 marzo 2001, «i distacchi infatti, seppure funzionali all'esplicarsi dell'azione sindacale, non concretano, in quanto tali e di per sé, un diritto di azione sindacale o altro diritto suscettibile di pregiudizio irreparabile. Nella specie, peraltro, l'organizzazione sindacale reclamante si è vista riconoscere il diritto ai distacchi, ma in numero reputato insufficiente, sicché sarebbe stato suo onere adeguatamente dedurre, ancor prima di fornire elementi di prova sul punto, sull'idoneità di tale fatto ad incidere sull'azione sindacale o su altri diritti suscettibili di pregiudizio irreparabile».

D'altronde, devesi pure osservare che il calcolo della rappresentatività riferito non alla singola area dirigenziale, ma all'area 1 accorpata, avrebbe potuto comportare conseguenze chiaramente negative sul piano delle relazioni sindacali e della stessa tutela sindacale del personale, quali da un lato l'esclusione dal CCNL della dirigenza di associazioni sindacali ampiamente rappresentative nelle singole aree corrispondenti al comparto, a livello nazionale; e dall'altro l'attribuzione della legittimazione a negoziare i contratti collettivi integrativi ad associazioni sindacali non presenti nell'area di comparto o presenti solo marginalmente, ma rappresentativi nella maxi-area.

Problemi sarebbero emersi ancor di più nell'ambito della contrattazione integrativa a livello di singola amministrazione.

In tal caso, infatti, l'individuazione in sede nazionale dei soggetti rappresentativi nell'area 1 avrebbe comportato l'ammissione in sede decentrata di RSA promananti da OO.SS. di fatto non rappresentative a livello nazionale nelle singole aree, in contrasto con quanto stabilito dall'art. 42, comma 2, del decreto legislativo n. 165/2001.

Il che appare ulteriormente confermare la correttezza della decisione assunta dal tribunale di Roma.

Passando all'esame del *fumus*, giova rilevare che l'accorpamento in un'unica area - denominata area 1 è stato determinato unicamente dall'esigenza di garantire un omogeneo trattamento economico all'area della dirigenza, senza pregiudicare le peculiarità dei settori che sono in essa confluiti e che pertanto hanno conservato la loro autonomia. Tale accorpamento ha fatto sì che fosse sottoscritto un solo contratto collettivo, senza nessun effetto sulla rappresentatività delle associazioni sindacali ammesse alla trattativa, rappresentativa che è stata calcolata secondo i criteri già utilizzati per il CCNQ 25 novembre 1998 per il personale dirigenziale, sottoscritto dalla C.

Nessuna violazione inoltre all'attività sindacale è possibile scorgere nella ripartizione dei permessi sindacali, avvenuta con riferimento all'area I, posto che essi possono essere attribuiti alle organizzazioni di categoria o alle confederazioni, le quali possono poi attribuirle ad organizzazioni ad esse aderenti.

Passando all'esame delle altre censure, osserva il giudicante che l'art. 6 del CCNQ del 7 agosto 1998, cui fa rinvio l'art. 2 del CCNQ impugnato prevede che il contingente dei distacchi è ripartito per il novanta per cento alle organizzazioni sindacali rappresentative e per il dieci per cento alle confederazioni sindacali cui le prime aderiscono. Ottiene, nel caso in esame, tali criteri sono stati applicati correttamente, poiché essendo il totale dei distacchi pari a 30, ne sono stati attribuiti alle confederazioni 3 (pari al 10%), di cui uno alla Confedir in base al criterio della proporzionalità.

Quanto alla lamentata illegittimità dell'art. 4 CCNQ, rileva il giudicante che l'art. 50 del decreto legislativo n. 165/2001 ha interamente demandato alla contrattazione collettiva la facoltà di prevedere i criteri di attribuzione e di utilizzo delle prerogative sindacali, sulla falsariga dell'art. 44, comma 1 lett. f) decreto legislativo 80/1998. Si legge infatti nell'art. 50, comma 2 che: «La gestione dell'accordo, ivi comprese le modalità di utilizzo e distribuzione delle aspettative e dei permessi sindacali tra le confederazioni e organizzazioni sindacali aventi titolo, sulla base della loro rappresentatività e con riferimento a ciascun comparto e area separata, è demandata alla contrattazione collettiva...».

Lamenta ancora la ricorrente la violazione dell'art. 4 *cit.*, poiché verrebbero attribuiti ulteriori distacchi, cumulando i permessi sindacali in via transativa, con la conseguenza che l'ARAN avrebbe unilateralmente deciso la ripartizione dei suddetti distacchi, in mancanza di una norma in tal senso.

Va a tale riguardo precisato che, premessa la contrattualizzazione dei rapporti sindacali e delle modalità di utilizzo dei diritti e delle prerogative sindacali, la ripartizione discende da una norma pattizia, alla cui disciplina le parti devono attenersi.

Non risultando accertata nessuna violazione di legge, stante la mancanza del *periculum in mora*, il ricorso va respinto.

(*omissis*).

TRIBUNALE DI NAPOLI, sez. lavoro, 26 luglio 2001 – *Giud. Pancaro* – S.I.C. (avv. Marziale) c. C.T.P. (avv.ti Terracciano e Catapano), Commissione di garanzia per l’attuazione della legge sullo sciopero nei diritti pubblici essenziali (avv. Stato Arpaia).

Sindacati – Attività sindacale – Assemblea di lavoratori operanti nei servizi pubblici essenziali – Mancato rispetto delle norme poste a tutela dei diritti costituzionalmente garantiti per i cittadini – Equiparazione del diritto di assemblea a quello di sciopero – Conseguenze.

Quando un’assemblea per le modalità di svolgimento si concreta in una astensione dal lavoro con interruzione del servizio pubblico essenziale di trasporto, essa è soggetta al rispetto delle stesse misure previste dalla legge n. 146/90 per il diritto di sciopero, nella specie, il codificato congruo preavviso; in mancanza, sono legittime le sanzioni erogate dal datore di lavoro, sia di carattere sindacale che di carattere disciplinare ai sensi dell’art. 4 della legge n. 146/90, risolvendosi l’assemblea in un criptosciopero. (1)

(omissis)

Deve passarsi all’esame dell’unico punto del giudizio che rimane controverso, relativo alla obbligatorietà o meno nel nostro ordinamento, nell’ambito dei servizi pubblici essenziali, della regola del “rispetto di misure dirette a consentire l’erogazione delle prestazioni indispensabili” non solo allorché si esercita il diritto di sciopero, ma anche quando viene esercitato quello di riunirsi in assemblee sindacali indette *ex art. 20* Statuto lavoratori.

(1) Nuovi limiti allo svolgimento del diritto di assemblea per le associazioni sindacali operanti nei servizi pubblici essenziali.

Il Tribunale di Napoli, quale Giudice del lavoro, con la sentenza in parola per la prima volta ha affermato il principio secondo il quale quando dall’esercizio del diritto di assemblea da parte dei lavoratori adibiti ad un servizio pubblico essenziale consegue — per effetto dell’astensione dal lavoro, propria del diritto di assemblea — anche una interruzione di tale servizio, esso è soggetto ai medesimi limiti che la legge prevede per il diritto di sciopero.

Il sindacato S.I.C., operante nell’ambito dei trasporti pubblici, aveva indetto due ore di assemblea retribuita, dandone comunicazione all’azienda datrice di lavoro *ex art. 20* legge n. 300/70, che aveva comportato il rientro del personale e degli autobus nei rispettivi depositi, con conseguente interruzione del servizio.

Come è noto, il diritto di assemblea, ai sensi della predetta disposizione dello Statuto dei lavoratori, non è soggetto a limiti (potendo l’autonomia collettiva prevedere solo «migliori condizioni per il suo esercizio»), essendo del tutto irrilevante il pregiudizio arrecato al datore di lavoro dalla sospensione dell’attività lavorativa. Tuttavia, la Commissione di Garanzia per l’attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali (organo previsto dalla legge n. 146/90), interpellata dalla società datrice di lavoro, aveva valutato negativamente il comportamento del sindacato, in base alla considerazione che anche l’assemblea, nell’ambito dei servizi pubblici essenziali, è soggetta alla disciplina della legge n. 146/90, comportando una identica astensione dal lavoro, con la conseguenza che dovevano essere osservati l’obbligo del preavviso minimo di dieci giorni (nella fattispecie non rispettato), l’obbligo di indicazione della durata dell’assemblea e l’obbligo di assicurare le prestazioni indispensabili.

La questione nasce – e la ha dunque posta la difesa del sindacato ricorrente – dal fatto che la legge 146/90 è relativa a “Norme sull’esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali”.

Si discute, dunque, della possibilità di estendere l’obbligo di rispetto di determinate misure – tra le quali quella del congruo preavviso, nella specie dato solo pochi giorni prima – anche al caso, cui non fa diretto riferimento detta legge, di indizione di assemblee sul luogo di lavoro.

La difesa del sindacato ha negato tale possibilità estensiva in particolare:

1) invocando la vincolatività del decreto di accoglimento emesso il 18 gennaio 2000 prima dei fatti per cui è causa dal Giudice del lavoro di Napoli *ex art. 28 St. lavoratori*, che ha affermato: “Ne deriva la nullità delle clausole contrattuali dirette a limitare l’esercizio del diritto in nome dell’interesse aziendale... lo stesso art. 20 St. Lav. nel prevedere all’ultimo comma un rinvio alla contrattazione collettiva per la determinazione delle modalità di esercizio del diritto di assemblea, non legittima certo alcuna limitazione all’esercizio del diritto in parola, dal momento che il diritto di assemblea prevale su quello datoriale in quanto incondizionato e indisponibile”. “Che il decreto espliciti ogni sua efficacia e legittimi la indizione da parte del S.I.C. delle assemblee di febbraio non appare minimamente dubitabile” è affermazione della difesa su cui si dovrà tornare.

3) Sostenendo l’erroneità della Delibera della Commissione di garanzia e la interpretazione inesatta della legge 146/90.

Per effetto di tale valutazione la società datrice di lavoro, C.T.P., ha prospettato alle Organizzazioni Sindacali l’applicazione di sanzioni: e avverso la valutazione espressa dalla Commissione, nonché le minacciate sanzioni il S.In Cobas ha proposto ricorso al Giudice del Lavoro di Napoli. In pendenza del giudizio, la società ha applicato sanzioni sia sindacali (multa, corrispondente alle quote associative dovute dagli iscritti del S.In. Cobas nel mese in cui erano state effettuate le assemblee: nella fattispecie, essendosi i fatti verificatisi il 15 febbraio 2000, non hanno trovato applicazione le nuove norme introdotte dalla legge 11 aprile 2000 n. 83 nella legge n. 146/90, che, come è noto, prevedono la diretta adozione delle sanzioni da parte della Commissione di Garanzia), sia disciplinari (ritenuta nei confronti dei lavoratori aderenti della quota di retribuzione relativa alle ore di astensione).

Il ricorso è stato respinto, avendo il Tribunale di Napoli ritenuto che, se il diritto riconosciuto dall’art. 20 della legge n. 300/70 è incomprimibile, anche ad opera della contrattazione collettiva, non per questo non può subire limiti per effetto di successive disposizioni di legge: nella fattispecie l’interpretazione estensiva è stata suggerita dalle particolari modalità di esercizio delle assemblee indette, che non si differenziavano, quanto agli effetti, da una azione di sciopero, non rispettosa dei limiti imposti dalla legge n. 146/90, a tutela del diritto del cittadino, costituzionalmente garantito, alla libertà di circolazione.

In sintesi, la pronuncia in parola ha disconosciuto la rilevanza giuridica del *nomen iuris* del diritto sindacale utilizzato (assemblea, invece di sciopero) allorché trattasi di associazioni sindacali operanti nei servizi pubblici essenziali, che con la loro azione pregiudicano i diritti costituzionalmente tutelati dei cittadini attraverso il mancato rispetto delle norme di salvaguardia, di cui alla legge n. 146/90.

L’interpretazione fornita è da condividere, in quanto attraverso il rispetto delle condizioni minime di tutela per i cittadini utenti si viene a porre un freno all’uso improprio dello strumento del diritto di assemblea.

Tanto sulla base del principio della incomprimibilità del diritto sindacale in questione non solo da parte di fonti contrattuali, ma in ogni caso in cui manchi la fonte legislativa espressa: tale non sarebbe la legge 146/90, che non ha regolamentato il diritto alle assemblee retribuite e che, dunque, è normativa estranea e non pertinente, non applicabile.

Quanto al decreto *ex art. 28* (in atti) indicato dal sindacato ricorrente non può non rilevarsi che, fermi i principi ivi espressi e relativi alla incomprimibilità del diritto di assemblea da parte di fonti contrattuali, le parti e il giudice non potrebbero, invece, ignorare quei limiti che *una legge* dello stato intenda porre al relativo esercizio.

Tanto è avvenuto con la legge 146/90 in relazione ad un diritto di sciopero anch'esso fortemente garantito nel nostro ordinamento e addirittura di derivazione costituzionale.

Come, del resto, esplicitato dallo stesso legislatore all'art. 1 di detta legge, si sono prese in esame una serie di libertà e di diritti "costituzionalmente tutelati" (es. libertà di circolazione, diritto alla libertà) e, valutato il fatto che in caso di conflitto collettivo c'era da *coNtemperare* tali diritti e libertà del cittadino con, di contro, la libertà di sciopero e da *assicurare l'effettività dei diritti medesimi*, si sono volute individuare e disporre le regole da rispettare e le procedure da seguire.

Tra tali misure, sempre "per consentire l'erogazione delle prestazioni indispensabili per garantire le finalità di cui al comma 2 dell'art. 1", lo stesso legislatore ha individuato all'art. 2 l'obbligo di preavviso minimo non inferiore a 10 giorni.

Una scelta del legislatore analoga a quelle fatte in altri settori e in altre ipotesi, necessitata dalla esistenza di diritti di pari grado che, trovandoci nel campo dei servizi pubblici essenziali, ha avuto bisogno di un contemperamento.

Ciò è avvenuto a mezzo legge dello stato.

Se applicabile anche al diritto di assemblea, tale legge costituirebbe fonte idonea – pare ricavarsi dal tipo di difesa del sindacato anche in sede di note conclusionali – a esigere il rispetto delle stesse misure fissate in vista di uno sciopero da parte di lavoratori che operino nei servizi pubblici essenziali.

Con lo stesso decreto emesso *ex art. 28* su ricorso del sindacato ricorrente e dallo stesso invocato nel presente giudizio ha, del resto, è stato ordinato alla CTP "di non frapporre ostacoli e/o limitazioni all'esercizio da parte della componente SIN cobas delle RSU del diritto sindacale di assemblea *ex art. 20* legge 300/70 e all'esercizio del diritto di sciopero nei limiti fissati dalla normativa vigente".

Per le caratteristiche delle assemblee così come indette e svolte presso la CTP nel febbraio 2000, ritiene questo giudice di condividere la definizione di cripto sciopero adoperata in memoria dalla convenuta CTP.

Con la conseguenza di ritenere che le norme limitative contenute nella legge 146/90 valgono anche nell'ipotesi della assemblea retribuita.

In fatto si ricava dalla Nota CTP del 24 febbraio 2000 (in atti) che le assemblee in questione prevedero il rientro del servizio; è avvenuto, cioè, che il personale di movimento sui mezzi ha interrotto il lavoro ad un certo orario riportando i vari mezzi (circa il 50 %) nei depositi.

“Il rientro degli autobus ebbe inizio a partire dalle ore 8.00-8.15 ed ebbe termine non prima delle 11.45-12.00, quindi con un blocco di fatto del servizio pubblico per una durata di circa quattro ore, di cui la prima ora (dalle 8.00 alle 9.00) in un momento che è notoriamente di picco della domanda di trasporto pubblico” è stato affermato già nell’atto introduttivo della CTP e tali circostanze di fatto non sono state smentite o contestate nel corso del giudizio.

La circostanza che dette assemblee presso la CTP “hanno di fatto determinato una interruzione del servizio, a causa delle peculiari modalità del lavoro del settore trasporti” (v. memoria di costituzione dell’altra convenuta, la Commissione di garanzia) è affermazione anch’essa rimasta incontestata.

Se è vero, come può dedursene, che gli effetti delle assemblee indette dal S.I.C. in nulla si sono differenziati per l’utenza rispetto a quelli che sarebbero derivati da uno sciopero indetto dallo stesso sindacato nelle ore e nei depositi di cui alla comunicazione sindacale al datore di lavoro del 15 febbraio 2000, ne ricava questo giudice che la definizione di cripto sciopero adoperata in memoria dalla CTP ben si attaglia alla fattispecie.

La conclusione anzidetta pare a questo giudice coerente al sistema e rispondente a logica: se, per il mancato rispetto di determinate misure ormai codificate, si è esercitato il diritto di assemblea in modo tale che in concreto è stato compresso il diritto del cittadino alla libertà di circolazione – effetto di compressione non diverso in concreto da quello che consegue all’esercizio del diritto di sciopero senza il rispetto della stesse dette misure – all’esercizio del diritto di assemblea così realizzato non possono non applicarsi da parte datoriale le stesse misure di cui all’art. 4 legge 146/90.

Misure che, anche per prevenire successive violazioni, hanno come obiettivo, si badi bene, niente altro che la tutela dei detti diritti del cittadino e non diritti propri del datore di lavoro che le adotta.

Sul punto già con sentenza n. 5799/94 (FAISA CISAL – A.T.N.) la Casazione lavoro aveva avuto modo di prendere posizione:

“*Il diritto di assemblea* di cui all’art. 20 della legge n. 300 del 1970 deve essere esercitato con l’osservanza dei limiti coesenziali alla sua attribuzione e, quindi, con modalità tali da non ledere interessi dialetticamente contrapposti ed elevati dall’ordinamento al rango di diritti dotati di eguale superiore tutela, come quello dei cittadini alla fruizione dei servizi pubblici essenziali, ivi compreso il servizio di trasporto pubblico autoferrotranviario, urbano o extraurbano”.

La domanda va, dunque, rigettata.

(*omissis*)

GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

CONSIGLIO DI STATO, *Ad.Plen.*, 14 febbraio 2001 n. 1 – Pres. Laschena – Est. Salvatore – C. C. s.r.l. (avv.ti Mazzei, Modica, Giuffrè) c. CONS. A. S. (avv. Raimondi) e I. C. G. s.r.l. (avv. Ali).

Giustizia amministrativa – Giudizio in materia di opere pubbliche – Riduzione dei termini processuali – Termine per la proposizione del ricorso – Sopravvenienza della legge n. 205 del 2000 – Irrilevanza.

Giustizia amministrativa – Giudizio in materia di opere pubbliche – Riduzione dei termini processuali – Si applica anche alle controversie aventi ad oggetto atti di secondo grado.

Giustizia amministrativa – Ricorso – Indicazione nel provvedimento dei termini e l'autorità cui ricorrere – Rimessione in termini per errore scusabile – Criteri – Esclusione.

Giustizia amministrativa – Ricorso – Notificazione a mezzo del servizio postale – Tardività – Rimessione in termini per errore scusabile – Esclusione.

La riduzione a metà dei termini processuali per i giudizi amministrativi in materia di opere pubbliche, di cui all'art. 19, decreto legge 25 marzo 1997, n. 67, convertito nella legge 23 maggio 1997, n. 135, deve intendersi nel senso del dimezzamento anche del termine per proporre ricorso, atteso anche il contenuto precettivo della legge di conversione n. 135/1997, che ha premesso alla formulazione del decreto legge («i termini processuali sono ridotti della metà») un significativo «tutti»; né può costituire ostacolo a tale conclusione l'art. 23 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (introdotto dall'art. 4 della legge 21 luglio 2000, n. 205) - il quale, nelle controversie inerenti le materie elencate al primo comma - tra le quali quelle contro i provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità - stabilisce, al comma 2, che «i termini processuali previsti sono ridotti alla metà, salvo quelli per la proposizione del ricorso» - perché si tratta di norma innovativa di carattere processuale, che, come tutte le norme processuali, è di immediata applicazione ma non ha efficacia retroattiva (1).

La riduzione a metà dei termini processuali per i giudizi amministrativi in materia di opere pubbliche, di cui all'art. 19, decreto legge 25 marzo 1997, n. 67, convertito nella legge 23 maggio 1997, n. 135, si applica anche alle controversie aventi ad oggetto atti di secondo grado, cioè di annullamento, ritiro o revoca di tutti quei provvedimenti espressamente individuati dal legislatore (affi-

damenti di incarichi di progettazione e attività tecnico-amministrative ad essa connesse; aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità; occupazione ed espropriazione di aree sulle quali realizzare opere pubbliche) (2).

Le ipotesi in cui l'amministrazione, venendo meno al dovere di cooperazione, ometta di indicare al privato i termini e l'autorità cui ricorrere, possono, bensì costituire presupposto per un errore scusabile in sede processuale, sempre che, tuttavia, nei singoli casi sia apprezzabile una qualche giustificata incertezza sugli strumenti di tutela utilizzabili da parte del destinatario dell'atto. In caso contrario, tale inadempimento formale si risolverebbe in una assoluzione indiscriminata dall'onere (anch'esso gravante, in eguale misura, sul destinatario medesimo) di ottemperare alle prescrizioni vincolanti delle leggi dello Stato, regolarmente promulgate e, pertanto, assistite dalla presunzione legale di conoscenza, che è, tuttora, a fondamento dell'esigibilità dell'osservanza dei precetti giuridici (3).

L'art. 149 c.p.c., nel silenzio del dettato normativo, va interpretato nel senso che la notifica a mezzo del servizio postale non si esaurisce con la spedizione dell'atto, ma si perfeziona con la consegna del relativo plico al destinatario, per cui la tempestività del ricorso è esclusivamente rilevabile dalla certificazione della data di tale consegna da parte dell'agente postale, essendo l'utilizzazione del servizio postale a rischio di chi lo richiede a titolo di (auto) responsabilità oggettiva. Il notificante, che pur può avvalersi di altri e più sicuri mezzi di notificazione, non può, pertanto, ove la notifica avvenga dopo il decorso del termine prescritto, dolersi di tale sua scelta e chiedere il beneficio dell'errore scusabile (4).

(Omissis)

(1) L'Adunanza Plenaria, con la sentenza in esame, ha espressamente affermato che la disciplina di cui all'art. 19, decreto legge 25 marzo 1997, n. 67, convertito nella legge 23 maggio 1997, n. 135, è nel senso del dimezzamento anche del termine per proporre ricorso, atteso anche il contenuto precettivo della legge di conversione n. 135/1997, che ha premesso alla formulazione del decreto legge («i termini processuali sono ridotti della metà») un significativo «tutti»; quindi il termine per il ricorso, ai sensi del citato art. 19, è di trenta giorni, orientamento che ha trovato il conforto anche della Corte costituzionale: cfr., nel senso che la riduzione alla metà dei termini processuali operata dall'art. 19 d.l. 25 marzo 1997 n. 67, convertito dalla legge 23 maggio 1997 n. 135 trova applicazione non soltanto per i termini interni del processo già instaurato ma anche al termine per notificare il ricorso giurisdizionale, Cons. Stato, sez. IV, 4 marzo 1999, n. 247, in *Il Foro amm.*, 1999, 611; Corte Cost. 10 novembre 1999, n. 427, in *Cons. Stato*, 1999, II, 1679.

In dottrina, vedi GIOVANNINI, *I procedimenti speciali, Verso il nuovo processo amministrativo*, a cura di CERULLI IRELLI, Torino 2000.

(2) L'Adunanza Plenaria ha affermato che la riduzione a metà dei termini processuali per i giudizi amministrativi in materia di opere pubbliche, di cui all'art. 19, decreto legge 25 marzo 1997, n. 67, convertito nella legge 23 maggio 1997, n. 135 trova applicazione non solo ai provvedimenti che incidono sull'aggiudicazione o esecuzione dei lavori, ma, più in generale, ai provvedimenti che, comunque, intervengono nella fase di aggiudicazione o esecuzione dell'appalto o che comunque riguardano l'esecuzione dell'appalto, tra i quali vanno compresi anche i provvedimenti che annullano o revocano aggiudicazioni: tale soluzione è la stessa contenuta nell'art. 4, legge 21 luglio 2000 n. 205 (che ha inserito nella legge n. 1034 del 1971 l'art. 23-bis), la cui formulazione sembra chiaramente ricomprendere tutti i provvedimenti che incidono sull'aggiudicazione dell'appalto.

Diritto

1. – Con il primo motivo di appello la declaratoria d'irricevibilità del ricorso di primo grado, resa dal T.A.R., viene censurata come erronea sotto due profili.

In primo luogo si assume la tempestività del ricorso, perché la disposizione di cui all'art. 19, comma terzo, legge n. 135/1997, recante la riduzione a metà dei termini processuali, sarebbe inapplicabile al termine di notificazione del ricorso di cui all'art. 21 legge 1034/1971. In secondo luogo, perché la citata disposizione sulla riduzione dei termini non si applicherebbe all'impugnativa di un provvedimento di annullamento di precedente aggiudicazione.

Il motivo è infondato sotto entrambi i profili di censura.

Osserva, al riguardo, quest'Adunanza plenaria che la disciplina di cui all'art. 19, decreto legge 25 marzo 1997, n. 67, convertito nella legge 23 maggio 1997, n. 135, non era nuova all'epoca della proposizione del ricorso, essendo già in vigore da quasi due anni, ed era chiarissima nel senso del dimezzamento anche del termine per proporre ricorso, atteso anche il contenuto precettivo della legge di conversione n. 135/1997, che ha premesso alla formulazione del decreto legge («i termini processuali sono ridotti della metà») un significativo «tutti».

Del resto, all'epoca di proposizione del ricorso, si era già formato un univoco orientamento di questo Consiglio di Stato nel senso che il termine per il ricorso, ai sensi del citato art. 19, è di trenta giorni (Cons. Stato, sez. V, 13 aprile 1999, n. 182; Cons. Stato, sez. IV, 4 marzo 1999, n. 247; Cons. Stato, sez. IV, 29 gennaio 1999, n. 96; Cons. Stato, sez. IV, 22 dicembre 1998, n. 1609; Cons. Stato, sez. IV, 17 dicembre 1998, n. 1816), orientamento che, com'è noto, ha trovato il conforto anche della Corte costituzionale (sentenza 10 novembre 1999, n. 427).

(3) Sul problema della configurabilità dell'errore scusabile in sede processuale per imputabilità del ritardo ad organi pubblici cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 1997, n. 11, in *Il Foro amm.*, 1997, 2371 che ha affermato che l'appello consegnato, con la formula «scade oggi» e la data, all'ufficio notifiche, che lo abbia così accettato, anche se notificato solo il giorno successivo, è idoneo a rimettere in termini l'appellante (si trattava di una ipotesi in cui la notificazione doveva essere eseguita presso la segreteria del Tar, dove si era domiciliato il ricorrente in primo grado, e l'ufficiale giudiziario vi si era recato dopo la chiusura dell'ufficio al pubblico, ma entro l'orario di servizio del personale).

(4) Sull'inapplicabilità della rimessione in termini in caso di notifica a mezzo posta cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 1996 n. 1278, in *Il Foro amm.*, 1996, 2907, essendo al riguardo decisiva la considerazione che la notificazione dell'atto giudiziario per mezzo del servizio postale può essere sostituita dall'interessato con altre forme di notifica, da eseguirsi di persona dall'agente notificatore (ivi compreso, per i ricorsi innanzi al Consiglio di Stato, il messo comunale), le quali, nell'approssimarsi della scadenza del termine di decadenza (e considerato che i disguidi ed i ritardi postali costituiscono eventi privi di eccezionalità), sono gli unici mezzi veramente idonei a dare al ricorrente la certezza dell'avvenuto adempimento di tale formalità processuale prima dello spirare del predetto termine.

Né può costituire ostacolo a tale conclusione l'art. 23 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (introdotto dall'art. 4 della legge 21 luglio 2000, n. 205), il quale, nelle controversie inerenti le materie elencate al primo comma tra le quali quelle contro i provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità stabilisce, al comma 2, che «*i termini processuali previsti sono ridotti alla metà, salvo quelli per la proposizione del ricorso*».

Si tratta di norma innovativa di carattere processuale, che, come tutte le norme processuali, è di immediata applicazione ma non ha efficacia retroattiva, per cui, in assenza di contrarie disposizioni espresse, la validità degli atti processuali soggiace alla regola del principio *tempus regit actum* e, in caso di successione di norme, va valutata con riguardo a quella vigente al momento del loro compimento e non a quella posteriormente sopravvenuta (cfr. Cass., n. 2973 del 1 aprile 1996 e n. 9544 del 4 novembre 1996).

Il ricorso di primo grado è stato, pertanto, tardivo, perché proposto oltre il trentesimo giorno dalla conoscenza del provvedimento.

Anche il secondo profilo di censura, con il quale si sostiene che l'art. 19 citato non si applica al caso concreto, perché ciò che viene in discussione è un provvedimento di annullamento di un'aggiudicazione già disposta, non può essere condiviso.

In primo luogo, e sotto un aspetto generale, questa Adunanza plenaria, pur convenendo sulla necessità di una lettura del comma 3 dell'art. 19 decreto legge n. 67 del 1997 che si attenga strettamente al tenore letterale della norma, ritiene che essa si applica anche alle controversie aventi ad oggetto atti di secondo grado, cioè di annullamento, ritiro o revoca di tutti quei provvedimenti espressamente individuati dal legislatore (affidamenti di incarichi di progettazione e attività tecnico-amministrative ad essa connesse; aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità; occupazione ed espropriazione di aree sulle quali realizzare opere pubbliche).

Se è vero che la *ratio* contingente ispiratrice dell'art. 19 è stata la celere definizione dei giudizi in materia di opere pubbliche in funzione e quale strumento della sollecita esecuzione dei lavori pubblici, tuttavia tale *ratio* è stata in concreto attuata mediante una disciplina che finisce con il perseguire anche l'obiettivo della celere definizione «in sé» dei giudizi in materia di opere pubbliche, a prescindere dall'ulteriore, contingente, obiettivo c.d. «sblocca cantieri».

Peraltro, sulla notifica a mezzo del servizio postale si veda l'ord. n. 322 del 2001 della Corte Costituzionale e l'ord. della Corte di Cassazione, sez. 1 civile, 2 febbraio 2002 n. 1390, che ha sollevato nuovamente davanti la Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 149 c.p.c.

L'art. 19 citato, infatti, rende applicabile il nuovo rito processuale, connotato dal dimezzamento di tutti i termini processuali, anche ai provvedimenti di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di opere pubbliche e di pubblica utilità, e dunque relaziona l'esecuzione alle «opere» e non ai «lavori»: pertanto, trova applicazione non solo ai provvedimenti che incidono sull'aggiudicazione o esecuzione dei lavori, ma, più, in generale, ai provvedimenti che, comunque, intervengono nella fase di aggiudicazione o esecuzione dell'appalto o che comunque riguardano l'esecuzione dell'appalto, tra i quali vanno compresi anche i provvedimenti che annullano o revocano aggiudicazioni.

Peraltro, nella specie, l'annullamento dell'aggiudicazione non costituisce l'atto finale di un procedimento di secondo grado, autonomamente posto in essere dalla stazione appaltante, nell'esercizio dei suoi poteri di autotutela, ma si innesta come fase endoprocedimentale di un unitario procedimento di gara.

L'art. 30 D. Lgs. 19 dicembre 1991, n. 406 così dispone:

«1. – L'amministrazione aggiudicatrice, entro dieci giorni dalla gara, ne comunica l'esito all'aggiudicatario e al concorrente che segue nella graduatoria».

«2. – L'aggiudicatario, entro dieci giorni dalla comunicazione, è tenuto a provare il possesso dei requisiti di cui agli articoli 20 e 21, lettere b), c), d) ed e), presentando la documentazione indicata nel bando di gara o richiesta ai sensi degli allegati D, E ed F».

«3. – Quando tale prova non sia fornita ovvero non sia ritenuta conforme alle dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione, l'amministrazione aggiudicatrice annulla con atto motivato l'aggiudicazione e aggiudica i lavori al concorrente che segue nella graduatoria».

Come emerge dalla semplice lettura della norma sopra trascritta, l'aggiudicazione sulla quale può intervenire l'eventuale annullamento, ha carattere provvisorio, essendo condizionata al positivo accertamento del possesso dei requisiti menzionati al secondo comma. Ne deriva che anche l'annullamento dell'aggiudicazione, espressamente previsto dalla norma, si configura, non come procedimento autonomo, ma come fase eventuale di un unitario procedimento di gara. Pertanto, anche il ricorso contro tale annullamento è soggetto alle regole del dimezzamento dei termini processuali di cui al menzionato art. 19.

2. – La richiesta di concessione del beneficio dell'errore scusabile, con conseguente remissione in termini, è stata avanzata in ragione:

a) della mancata indicazione, nel provvedimento impugnato, del termine per la sua impugnazione, ai sensi dell'art. 3, comma 4, legge 241/1990;

b) dell'esistenza di contrasti giurisprudenziali in ordine all'ambito di applicabilità della disposizione sul dimezzamento dei termini;

c) dell'imputabilità del ritardo nella notificazione a negligenza dell'ufficiale giudiziario incaricato.

L'Adunanza ritiene che nessuna delle ragioni poste a base della richiesta - sia che vengano considerate autonomamente sia che vengano valutate congiuntamente - giustifichino la concessione dell'errore scusabile.

2.a. - La tesi che la mancanza, nell'atto impugnato, delle indicazioni prescritte dall'art. 3, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, giustificherebbe, di per sè, la concessione dell'errore scusabile, non può essere condivisa.

Tale tesi, espressamente seguita da alcune pronunce delle Sezioni (Sez. V, 15 aprile 1996, n. 434; C.G.A., 13 febbraio 1998, n. 38), è stata di recente ritenuta non condivisibile, nella sua assolutezza, dalla pronuncia di altra Sezione (Sez. VI, 24 ottobre 2000, n. 5714), perché non conciliabile con la rigorosa disciplina, dettata dalla normativa processuale di settore, dei termini processuali prescritti per la proposizione del ricorso davanti al giudice amministrativo.

L'Adunanza plenaria ritiene che le considerazioni svolte nella pronuncia da ultimo citata, le quali muovono da un'approfondita analisi della normativa di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241 e di quella relativa alle modalità e termini di proposizione dell'impugnativa giurisdizionale, appaiono più conformi alle esigenze di coerenza del sistema e siano, pertanto, da condividere.

Giova premettere che la disposizione di cui al citato art. 3, comma quattro, secondo cui «in ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere», è norma di natura procedimentale, che impone all'Amministrazione, nell'ambito del più generale principio di trasparenza dell'azione amministrativa, un dovere di cooperazione con il privato, al fine di agevolarlo nell'individuazione degli strumenti apprestati dall'ordinamento per la tutela delle proprie posizioni soggettive, ritenute lese da tale azione.

La prescrizione in parola è preordinata essenzialmente, come è dimostrato dal generico riferimento alla «*autorità cui è possibile ricorrere*», a facilitare il destinatario nell'individuazione del soggetto competente a pronunciarsi e dei termini per la proposizione delle impugnative, specie nel settore in cui tale ricerca appare più difficile; pertanto, essa non può estendere i propri effetti in ambito esclusivamente processuale, nel quale, anzi, i termini e le modalità dell'azione sono già analiticamente e cogentemente disciplinate dalle norme di settore.

La medesima prescrizione, poi, limita la propria operatività ai soli atti soggetti a comunicazione individuale, e per la sua inosservanza non è prevista alcuna espressa sanzione.

A sua volta, l'art. 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, nel disciplinare rigorosamente il termine per la proposizione dei ricorsi innanzi ai tribunali amministrativi regionali, stabilisce che esso decorre non solo dalla notifica dell'atto, ma anche dal momento, quale che esso sia, in cui dello stesso l'interessato abbia avuto, comunque, piena conoscenza (ovverosia, secondo la giurisprudenza consolidata, consapevolezza della sua esistenza, del suo contenuto essenziale e della sua portata lesiva) ovvero, per i casi in cui non sia necessaria l'anzidetta notifica, dalla pubblicazione dell'atto secondo forme legali.

Posto che nelle due ultime fattispecie menzionate (intervenuta piena conoscenza o avvenuta pubblicazione) non è configurabile, in via di principio, l'adempimento del dovere di informazione, sancito dal quarto comma dell'art. 3 della legge n. 241/1990 - che ricorre, come si è detto, solo per gli atti espressamente ed individualmente comunicati - occorrerebbe logicamente concludere che l'accoglimento della tesi che attribuisce alla mancanza di tale informazione l'effetto di rendere automaticamente scusato il mancato rispetto dei termini processuali, dovrebbe comportare, come logico corollario, identici effetti processuali anche nelle ipotesi suddette con la conseguenza che tutte le volte in cui risultino tardivamente impugnati anche atti che, indipendentemente dalla negligenza dell'amministrazione, siano, tuttavia, privi delle indicazioni volute dal legislatore del 1990 (si pensi, ad esempio, alle clausole di esclusione contenute nei bandi di procedure concorsuali, pacificamente ritenute immediatamente impugnabili, ma per le quali, trattandosi di atti generali, non ricorre l'obbligo *de quo*), potrebbe, con uguale fondamento, essere invocata la scusabilità dell'errore.

Ed infatti, ove si consideri che, secondo detta tesi, la rimessione in termini non si attegga come sanzione a carico dell'Amministrazione inadempiente (dovendo un siffatto effetto essere, ovviamente, espressamente previsto), ma si ricollega esclusivamente alla mancata piena cognizione da parte del privato di elementi ritenuti indispensabili per il decorso del termine di impugnazione, non vi sarebbe alcuna differenza giuridicamente rilevante nella situazione soggettiva del privato medesimo in tutti i casi considerati, posto che identica sarebbe la carente cognizione, in assenza dei riferimenti di cui trattasi, indipendentemente dall'essere tale assenza addebitabile o no all'autorità emanante.

D'altra parte, limitare la scusabilità del mancato rispetto dei termini di impugnazione alle sole ipotesi ricadenti nella previsione dell'art. 3, quarto comma, della legge n. 241/1990 significherebbe determinare una disparità di trattamento in una materia assoggettata a principi processuali rigorosi, dal momento che situazioni soggettive identiche sotto il profilo di assenza di esplicita informativa condurrebbero a conseguenze discriminatorie sul delicato tema delle preclusioni processuali.

Per contro, una applicazione estensiva della tesi in parola verrebbe a sovvertire tutti i principi in materia di certezza dei tempi di consolidamento degli atti amministrativi, che il legislatore ha voluto, invece, regolamentare in modo tassativo.

Alla luce delle considerazioni che precedono, ritiene questa Adunanza plenaria che le ipotesi in cui l'amministrazione, venendo meno al dovere di cooperazione, ometta di indicare al privato i termini e l'autorità cui ricorrere, possono, bensì costituire presupposto per un errore scusabile in sede processuale, sempre che, tuttavia, nei singoli casi sia apprezzabile una qualche giustificata incertezza sugli strumenti di tutela utilizzabili da parte del destinatario dell'atto. In caso contrario, tale inadempimento formale si risolverebbe in una assoluzione indiscriminata dall'onere (anch'esso gravante, in eguale misura, sul destinatario medesimo) di ottemperare alle prescrizioni vincolanti

delle leggi dello Stato, regolarmente promulgate e, pertanto, assistite dalla presunzione legale di conoscenza, che è, tuttora, a fondamento dell'esigibilità dell'osservanza dei precetti giuridici.

Orbene, nel caso che interessa, non sembra sussistere alcuna apprezzabile ragione che giustifichi la concessione al ricorrente di primo grado, dell'errore scusabile, in assenza della prescritta indicazione dei termini e dell'autorità cui ricorrere nella comunicazione del provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione. La nuova disciplina sul termine per proporre l'impugnativa, introdotta dall'art. 19 decreto legge n. 67 del 1997, convertito in legge n. 135/1997, era in vigore, al momento della proposizione del ricorso, da quasi due anni, e a tale data, come si è avuto modo di precisare, l'orientamento di questo Consiglio di Stato sulla riduzione a trenta giorni anche del termine per ricorrere era abbastanza omogeneo e tale, quindi, da non dare adito a dubbi interpretativi (C.d.S., Sez. IV, 10 febbraio 2000, n. 708).

2.b. – Con riferimento al profilo di cui alla lettera *b*), si osserva che, a fronte delle oscillazioni giurisprudenziali emerse tra i giudici di primo grado, l'orientamento di questo Consiglio di Stato sulla riduzione a metà anche del termine per l'impugnazione era sostanzialmente univoco, come precisato nel precedente punto 1. Non sembra, quindi, che le predette oscillazioni possano, di per se sole, fondare una richiesta di errore scusabile, tanto più che l'odierna appellante si è determinata a chiedere la notificazione del ricorso in data anteriore alla scadenza del termine di trenta giorni. Con ciò rendendo evidente la sua consapevolezza sulla corretta interpretazione del citato art. 19.

2.c. – La terza ragione posta a base della richiesta di concessione dell'errore scusabile è quella che ha indotto il Consiglio di Giustizia amministrativa a rimetterne la soluzione a questa Adunanza plenaria.

Conviene precisare, in punto di fatto, che l'appellante, avuta comunicazione del provvedimento impugnato in data 3 maggio 1999, il successivo 26 maggio richiese all'ufficio unico presso la Corte d'appello di Catania la notifica del ricorso di primo grado al destinatario Cons. A. S. a mezzo posta, presso una casella postale in Messina, e alla controinteressata società I.R.A. con le forme ordinarie, presso la sede della stessa in Catania, con la specificazione, per ambedue le richieste, «si notifichi con urgenza», senza espressa indicazione della data di scadenza.

L'ufficiale giudiziario procedeva alla notificazione alla controinteressata in data 31 maggio ed inviava il plico raccomandato al Con. in data 1° giugno. La relativa notifica si perfezionò con la ricezione del plico da parte del destinatario in data 8 giugno, oltre il termine utile di trenta giorni, scadente il 2 giugno.

Secondo l'ordinanza di rimessione, la descritta fattispecie non sarebbe agevolmente inquadrabile alla stregua dei principi elaborati dalla giurisprudenza. Ripetute decisioni di questa Adunanza plenaria (1° giugno 1980, n. 23 e 3 luglio 1997, n. 11) e delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato (sez. V, 30 aprile 1982, n. 306 – 30 settembre 1983, n. 418, e 8 febbraio 1994, n. 64; sez. VI, 18 novembre 1977, n. 860 e 7 novembre 1992, n. 851)

hanno affermato che l'inammissibilità o irricevibilità del ricorso giurisdizionale per errori imputabili agli organi pubblici che procedono alla notificazione non possono riflettersi in danno del ricorrente, né incidere sul suo diritto alla tutela giurisdizionale, che va quindi salvaguardato attraverso l'esercizio da parte del giudice del potere di rimessione in termini. Tali pronunce, però, si riferirebbero ad ipotesi di notificazioni eseguite direttamente dall'ufficiale giudiziario o dal messo notificatore, con le forme ordinarie di cui agli artt. 137 e seguenti del codice di procedura civile.

In un caso, invece, di tardiva notificazione a mezzo posta, ai sensi dell'art. 149 codice procedura civile, la giurisprudenza ha negato la concessione del beneficio dell'errore scusabile sul presupposto che tale forma di notificazione (notoriamente aleatoria in ragione dei frequenti disguidi e ritardi che caratterizzano il servizio postale) può essere sostituita da altre forme di notificazione da eseguirsi di persona dall'agente notificatore, in grado di fornire al ricorrente la certezza dell'avvenuto adempimento di tale formalità processuale prima della scadenza del termine (Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 1996, n. 1278).

Il dubbio su cui si fonda la rimessione della controversia all'adunanza plenaria nasce essenzialmente dalla compresenza, nella fattispecie in decisione, di una pluralità di circostanze, alcune delle quali inducono la giurisprudenza ad ammettere, altre invece a negare, l'ammissione al beneficio.

Per un verso, la tardività della notificazione sarebbe, nel caso in esame, sicuramente imputabile al ritardo, consistente (sei giorni dalla ricezione) e determinante (anche alla luce dell'esito positivo della notificazione a mezzo posta eseguita in Messina nei confronti del controinteressato ad altro coevo ricorso, per il quale la spedizione del plico raccomandato avvenne il giorno immediatamente successivo alla consegna), che ha caratterizzato il comportamento dell'ufficiale giudiziario, con riguardo ad uno specifico ed infungibile adempimento (spedizione del plico richiesta dalla parte all'organo pubblico incaricato). A tale ritardo, peraltro, possono verosimilmente aver contribuito anche due circostanze addebitabili alla parte: da un lato, l'anomalia rappresentata da una richiesta di notificazione di atto giudiziario presso una casella postale, anziché presso il domicilio del destinatario; dall'altro, l'omissione da parte del richiedente di elementari accorgimenti suggeriti dalla prassi al fine di garantire la tempestività dell'adempimento (specificazione della data di scadenza, in luogo della generica dicitura «si notifichi con urgenza»).

Per altro verso, alla tardività della notificazione ha concorso in misura rilevante anche il servizio postale (essendo decorsi ben sette giorni tra la data di spedizione del plico da Catania e quella di ricezione a Messina), ai cui ritardi e alle cui disfunzioni (rientranti, secondo la ricordata giurisprudenza, nel novero degli eventi non eccezionali e, come tali, non imprevedibili) il ricorrente ben avrebbe potuto ovviare ricorrendo ad altri mezzi di notificazione meglio idonei a garantire l'osservanza di un termine ormai prossimo alla scadenza, quali, in primo luogo, la notificazione diretta a cura

dell'ufficiale giudiziario addetto all'ufficio unico del luogo di destinazione (Messina) o del messo comunale all'uopo delegato, ovvero, in alternativa, l'impiego di servizi postali opzionali (posta celere, raccomandata espresso) specificamente finalizzati ad accelerare tempi ordinari di consegna.

La stessa ricorrente, infine, avrebbe potuto avvalersi della facoltà concessa dall'art. 4, comma 2, legge 20 novembre 1982, n. 890, chiedendo la trasmissione a mezzo telegrafo dell'avviso di ricevimento, e ponendosi così in condizione di verificare in tempo utile la tempestività della notificazione in corso di esecuzione, nonché di adottare ogni opportuno accorgimento, compresa la rinnovazione della notifica con altro mezzo più idoneo.

L'ordinanza sottolinea, infine, che, ove nella verifica circa la sussistenza dei presupposti per la concessione del beneficio dell'errore scusabile debba concorrere anche la considerazione della qualità soggettiva della parte, militerebbe palesemente a sfavore dell'accoglimento della richiesta la circostanza che nella specie trattasi di un'associazione temporanea tra imprese di grandi dimensioni, concorrente a gara d'appalto per un importo di oltre 58 miliardi ed a tal fine appositamente costituita.

4. Ritiene l'Adunanza plenaria che il dubbio debba risolversi in senso negativo per l'appellante.

Com'è noto, secondo la giurisprudenza della Corte suprema di Cassazione, costituente ormai diritto vivente, l'art. 149 c.p.c., nel silenzio del dettato normativo, va interpretato nel senso che la notifica a mezzo del servizio postale non si esaurisce con la spedizione dell'atto, ma si perfeziona con la consegna del relativo plico al destinatario, per cui la tempestività del ricorso è esclusivamente rilevabile dalla certificazione della data di tale consegna da parte dell'agente postale, essendo l'utilizzazione del servizio postale a rischio di chi lo richiede a titolo di (auto) responsabilità oggettiva.

Il notificante, che pur può avvalersi di altri e più sicuri mezzi di notificazione, non può, pertanto, ove la notifica avvenga dopo il decorso del termine prescritto, dolersi di tale sua scelta e chiedere il beneficio dell'errore scusabile.

Come esattamente rilevano le parti appellate, nulla vietava alla ricorrente di procedere alla notificazione nelle forme ordinarie a mezzo dell'ufficio unico presso la Corte d'appello di Messina, ovvero adottare le doverose cautele alternative alla spedizione del plico mediante raccomandata semplice, quali l'uso del servizio di posta celere o di raccomandata espresso.

Tanto più che, avuto riguardo alla data di conoscenza del provvedimento impugnato ed a quella di scadenza del termine per la proposizione del ricorso, la ricorrente ha dimostrato di essere consapevole della necessità di impugnare il provvedimento nel termine di trenta giorni.

D'altra parte, una volta scelta la via del servizio postale, non sembra che si possa distinguere tra ritardi imputabili all'ufficiale giudiziario e quelli addebitabili solo agli uffici postali, essendo evidente che, nel rischio e pericolo connesso a tale mezzo di notifica, rientra anche quello di una qualche negligenza da parte dell'ufficiale giudiziario. (*Omissis*)

CONSIGLIO DI STATO, *Ad.Plen.*, 11 giugno 2001 n. 3 – Pres. Laschena – Est. Maruotti – I.L.I. S.p.a. ed altra (avv.ti Sala, Perno, Clarizia) c. C. ed altri; C. S.p.a. (avv. Guarino) c. C. ed altri.

Giustizia amministrativa – Ricorso per revocazione – Motivi – Contrasto tra sentenza di primo grado e di appello – Inconfigurabilità.

Giustizia amministrativa – Ricorso per revocazione – Motivi – Contrasto tra tesi di diritto – Inconfigurabilità.

Giustizia amministrativa – Ricorso per revocazione – Motivi – Errore di fatto – Omesso esame di allegato a relazione istruttoria – Inammissibilità.

La fattispecie del contrasto tra giudicati, descritta dall'art. 395, n. 5, c.p.c., si configura quando vi sia un contrasto tra la decisione contro la quale si agisce e una precedente decisione pronunciata in un processo diverso, ormai passata in giudicato, intervenuta tra le stesse parti ed avente lo stesso oggetto, al fine di consentire ad una parte, già risultata vincitrice in una lite, di proporre una exceptio rei iudicatae tardiva. Deve trattarsi, quindi, di una sentenza antecedente a quella revocanda, di cui il giudice non ebbe la possibilità di avere conoscenza, mentre non può parlarsi di contrasto tra giudicati nel caso in cui si tratti del rapporto intercorrente tra una sentenza di primo grado e quella resa in appello (1).

(1) L'Adunanza Plenaria, con la sentenza in esame, si occupa specificamente dei casi di revocazione di cui ai punti 4 e 5 dell'art. 395 c.p.c., e cioè della contrarietà ad un precedente giudicato e dell'errore di fatto.

Sul vizio di revocazione previsto dall'art. 395 n. 5 c.p.c. cfr. Cons. Stato, sez. IV, 31 ottobre 1996, n. 1176, in *Il Foro amm.*, 1996, 2872, nel senso che il contrasto, cui fa riferimento l'art. 395 n. 5 c.p.c., fra la sentenza impugnata per revocazione ad altra precedente, avente tra le parti autorità di giudicato, concerne esclusivamente il giudicato formatosi in un giudizio diverso da quello in cui è stata proposta l'istanza di revocazione; Cons. Stato, sez. VI, 12 marzo 1993, n. 243, in *Foro it.* 1994, III, 44, nel senso che è inammissibile l'istanza di revocazione di una decisione del Consiglio di Stato per asserita contrarietà della stessa a precedente giudicato, proposta con riferimento a pronunzie rese in giudizi fra le stesse parti ma con oggetto diverso sotto il duplice profilo del *petitum* e della *causa petendi*; si veda, poi, Cons. Stato, sez. IV, 29 aprile 1996, n. 546, in *Il Cons. Stato*, 1996, I, 571, nel senso che, ai fini dell'applicazione dell'art. 395 n. 5 c.p.c., perché una sentenza possa considerarsi contraria ad un precedente giudicato occorre che tra i due giudizi esista identità di soggetti ed oggetto, tale che tra le due vicende sussista una ontologica e strutturale concordanza degli elementi sui quali deve essere espresso il secondo giudizio rispetto agli elementi distintivi della decisione emessa per prima; pertanto, si ha contrasto di giudicati solo quando la precedente sentenza ha ad oggetto il medesimo fatto o un fatto ad esso antitetico e non anche quando riguarda un fatto costituente un suo possibile antecedente logico.

Infine, è inammissibile il ricorso per revocazione per contrasto di giudicati, ai sensi dell'art. 395 n. 5 c.p.c., qualora con la sentenza impugnata sia definita l'eccezione *ex iudicato* sollevata nel giudizio di merito: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 1996, n. 1728, in *Il Foro amm.*, 1996, 3373.

Non rientra tra le ipotesi disciplinate dall'art. 395, n. 5 la richiesta di riesame di una tesi di diritto o di un punto controverso, su cui la sentenza di cui si chiede la revocazione si è espressamente pronunciata (2).

La censura del mancato esame di un dato di uno degli allegati della relazione istruttoria (apparentemente contraddittorio con le conclusioni della relazione) non rientra tra le ipotesi disciplinate dall'art. 395, n. 4 perché l'errore di fatto consiste nel c.d. abbaglio dei sensi, e cioè nel travisamento delle risultanze processuali dovuto a mera svista, che conduca a ritenere come inesistenti circostanze pacificamente esistenti o viceversa. Esso non è in linea di principio ravvisabile quando si lamenta una presunta erronea valutazione delle risultanze processuali o una anomalia del procedimento logico di interpretazione del materiale probatorio (in quanto ciò si risolve in un errore di giudizio), nonché quando una questione controversa sia stata risolta sulla base di specifici canoni ermeneutici (3).

(omissis)

Considerato in diritto

1. – Il Comune di Milano e la Regione Lombardia, rispettivamente, hanno dapprima adottato e poi approvato una variante del piano regolatore generale di Milano, riguardante l'ambito urbano «Garibaldi-Repubblica», prevedendo l'edificabilità di alcune aree.

Il TAR per la Lombardia, con la sentenza n. 172 del 1993 della prima sezione, ha annullato i provvedimenti che hanno condotto all'approvazione della variante e all'approvazione del piano di inquadramento operativo della zona speciale Z2, in accoglimento dei primi tre motivi del ricorso di alcuni soggetti (ivi meglio specificati), che avevano dedotto la violazione della normativa sugli standard.

La sentenza n. 172 del 1993 è stata appellata al Consiglio di Stato da due società (la S.r.l. M.G., cui è succeduta per incorporazione la S.p.a. I.L.I., nonché la S.r.l. R. F.), intervenute nel corso del giudizio di primo grado nella loro qualità di proprietarie di alcune aree rese edificabili dalla variante (annullata dal TAR).

(2) Cfr., in termini, Cons. Stato, sez. VI, 22 agosto 2000, nn. 4557-4559, in *Il Cons. Stato* 2000, I, 1891, nel senso che è inammissibile, nel ricorso per revocazione di una sentenza per errore di fatto, la censura tendente alla rivalutazione di un punto controverso sul quale la sentenza ha avuto a pronunciare; sez. V, 21 giugno 1995, n. 924, in *Il Cons. Stato* 1995, I, 791.

(3) Cfr., ai fini dell'ammissibilità del vizio revocatorio dell'errore di fatto, Cons. Stato, Ad. Plen. 22 gennaio 1997, n. 3, nel senso che è revocabile per errore di fatto la decisione del Consiglio di Stato che, pronunciando sul merito dell'appello, ignori un'eccezione di inammissibilità proposta dalla parte appellata, in *Foro it.*, 1997, III, 388, con nota di TRAVI; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 1999, n. 244, in *Il Cons. Stato*, 1999, I, 436, nel senso che l'errore di fatto rilevante nel ricorso per revocazione sussiste quando la sentenza sia l'effetto di una svista materiale immediatamente rilevante e risultante dagli atti e dai documenti della causa che abbia indotto il giudice a supporre l'esistenza di un fatto che obiettivamente non esiste ovvero a considerare inesistente un fatto che viceversa risulta positivamente accertato, sempre che il fatto non abbia costituito un punto controverso sul quale la sentenza abbia pronunciato; pertanto, non è configurabile l'errore di fatto nel caso in cui l'errore stesso sia imputabile esclusivamente a negligenza della difesa del ricorrente.

Tali società hanno chiesto che, in riforma della sentenza del TAR, sia respinto il ricorso di primo grado, poiché il Comune e la Regione non avrebbero violato la normativa sugli standard.

Nel corso del giudizio di appello, sono intervenute *ad adiuvandum* la S.p.a. F.S. (proprietaria di alcune aree rese edificabili con gli atti annullati dal TAR) e la S.p.a. C. (che ha acquistato dalla S.p.a. F.S. una parte delle medesime aree), le quali hanno aderito alle conclusioni formulate dalle società appellanti.

La Sezione Quarta (con l'ordinanza n. 772 del 1995) ha rimesso l'appello all'esame di questa Adunanza Plenaria.

Con la decisione n. 2 del 1996, l'Adunanza Plenaria:

- ha ritenuto ammissibile l'appello (proposto dalle due società interentrici *ad opponendum* nel giudizio di primo grado);
- ha esaminato la questione se fosse integro il contraddittorio in primo grado ed ha rilevato l'ammissibilità del ricorso proposto al TAR, in quanto gli originari ricorrenti non avevano l'onere di notificarlo ai proprietari delle aree prese in considerazione dalla variante;
- ha disposto incompetenti istruttori.

A seguito dell'acquisizione degli atti istruttori, con la decisione n. 14 del 1997 l'Adunanza Plenaria:

- ha respinto una ulteriore questione di inammissibilità del ricorso di primo grado ed ha respinto l'istanza di declaratoria della irricevibilità dello stesso ricorso per la parte riguardante il piano di inquadramento operativo della zona speciale Z2, in quanto le relative questioni dovevano intendersi «coperte dal giudicato»;
- ha respinto le censure formulate con l'appello, formulando osservazioni sulla congruità della motivazione della sentenza del TAR.

2. - Con i ricorsi in esame, la S.p.a. I.L.I.L. e la S.p.a. C. hanno chiesto la revocazione della decisione dell'Adunanza Plenaria n. 14 del 1997.

Infine, riguardo l'inammissibilità della revocazione per errore di giudizio cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 1999 n. 531, in *Il Cons. Stato*, 1999, I, 721, nel senso che l'errore di fatto, che consente la proposizione del ricorso per revocazione ai sensi dell'art. 395 n. 4 c.p.c., deve derivare da un'errata o omessa percezione di un elemento di fatto ai fini della soluzione della controversia; tale errore non è, pertanto, configurabile nel caso in cui si prospetti non la mancata o inesatta percezione del fatto come emerge dalle risultanze processuali, bensì la sua inesatta valutazione da parte del giudice, trattandosi in tal caso di un errore di giudizio non censurabile in sede di revocazione. Infine, cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 luglio 1999, n. 845, in *Il Cons. Stato*, 1999, I, 1137, nel senso che l'errore di fatto che può dar luogo alla revocazione ai sensi dell'art. 395 n. 4 c.p.c. è ravvisabile allorché si tratti di una svista materiale, immediatamente rilevabile dagli atti, senza necessità di particolari indagini.

In dottrina, vedi GIACCHETTI S., *Revocazione, errore di diritto ed errore di fatto*, in *Giur. amm. sic.*, 1994, 874; FRANCIOSI F., *Revocazione ordinaria e processo amministrativo*, in *Dir. proc. ammin.*, 1997, 830.

I medesimi ricorsi per revocazione vanno riuniti per essere decisi congiuntamente, in quanto proposti avverso la medesima decisione.

3. – In relazione al ricorso della s.p.a. C., l'Adunanza Plenaria dà atto della sua rinuncia, in quanto ritualmente notificata alle altre parti in data 7 maggio 2001.

In assenza di adesione alla compensazione delle spese del giudizio, esse vanno poste a carico della rinunziante, nella misura indicata in dispositivo.

4. – Può passarsi all'esame del ricorso per revocazione, proposto dalla S.p.a. I.L.I.L. e dalla S.r.l. R.F.

Il Collegio (condividendo e facendo propria la valutazione del Presidente, rappresentata al difensore nel corso dell'udienza di discussione) ritiene che non sussistano ragioni per accogliere l'istanza di cancellazione della causa dal ruolo, proposta dalle società ricorrenti: considerato che il ricorso è stato proposto nel 1997, che in pari data è all'esame dell'Adunanza Plenaria un ricorso per l'esecuzione della decisione n. 14 del 1997, e poiché le parti hanno potuto svolgere le più ampie difese, non sussistono ragioni per differire ulteriormente l'esito della lite.

5. – Poiché l'Adunanza Plenaria, con la precedente decisione n. 2 del 1996, ha ammesso che tali società potessero appellare la sentenza del TAR n. 172 del 1993 in quanto parti necessarie del giudizio, non sussistono ragioni ostative all'esame delle censure formulate col loro ricorso per revocazione.

6. – Col primo motivo, è stata dedotta la violazione e la falsa applicazione dell'art. 81, n. 5, del testo unico approvato col regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, nonché dell'art. 395, n. 5, del codice di procedura civile.

Con tale censura, si mira alla declaratoria di inammissibilità dell'originario ricorso al TAR, poiché:

a) la sentenza del TAR, decidendo su varie questioni di legittimazione a ricorrere ed a intervenire nel giudizio di primo grado (anche *ad opponendum*, come è avvenuto per la S.r.l. M.G. e la S.r.l. R.F.), ha espressamente respinto l'eccezione di inammissibilità degli interventi *ad opponendum*, rilevando che le menzionate società erano «titolari di un interesse diretto e personale» alla conservazione degli atti impugnati;

b) tale affermazione (non impugnata da alcuno) avrebbe «posto sul medesimo piano, sostanziale e processuale, sia l'interesse dei ricorrenti», «sia quello delle società intervenute *ad opponendum*», sicché non potrebbe «operarsi alcuna distinzione tra l'interesse qualificato del quale erano titolari i ricorrenti e l'interesse, altrettanto qualificato, del quale erano e sono titolari le concludenti società» (v. p. 5 del ricorso per revocazione);

c) la decisione n. 14 del 1997 dell'Adunanza Plenaria, nell'affermare che con la decisione parziale (n. 2 del 1996) aveva «escluso che rispetto all'impugnazione di qualsiasi piano regolatore generale possa configurarsi un soggetto controinteressato», non avrebbe tenuto conto «della predetta qualificazione dell'interesse delle società interventrici di cui al giudicato formatosi sulla sentenza del TAR» (v. la stessa p. 5).

Secondo l'assunto, vi sarebbe quindi un contrasto tra quanto statuito dal TAR e quanto deciso dall'Adunanza Plenaria, circa la qualità di controinteressate in senso tecnico, tra l'altro, delle società ora ricorrenti in revocazione.

7. – La censura sopra riportata è ad un tempo inammissibile ed infondata.

7.1. – Essa è inammissibile poiché la decisione n. 14 del 1997, a p. 11 della motivazione, ha rilevato che già con la precedente decisione (parziale ed interlocutoria) n. 2 del 1996 si era constatata l'ammissibilità del ricorso di primo grado: nella citata p. 11, si è dato atto che sulla questione si era ormai formato il giudicato (anche se, «per completezza» e per ribadire la correttezza della impugnata sentenza del TAR, ancora una volta l'Adunanza Plenaria ha ritenuto di respingere le deduzioni delle società ora ricorrenti).

Il *decisum* che ha rilevato la formazione del giudicato (con la decisione n. 2 del 1996) sulla ammissibilità del ricorso di primo grado non è stato in alcun modo contestato: tale statuizione ha comportato una valutazione di una questione di diritto, in ordine alla quale nulla è stato dedotto dalle ricorrenti.

Non può dunque in questa sede, e per la terza volta, effettuarsi nuovamente l'esame della questione (per di più neppure dedotta con l'appello deciso con la decisione n. 14 del 1997) sull'ammissibilità del ricorso di primo grado: la decisione n. 2 del 1996 ha d'ufficio rilevato che il ricorso di primo grado era ammissibile, la decisione n. 14 del 1997 ha rilevato che sul punto l'Adunanza Plenaria si era già pronunciata e si era formato il giudicato e, infine, tale ultima statuizione non è stata in alcun modo censurata.

7.1. – Peraltro, anche a volere intendere il primo motivo in esame (superandosi il suo dato sia letterale che contenutistico) come involgente la statuizione della decisione n. 14 del 1997 che ha constatato il formarsi del giudicato sulla questione, la medesima censura è manifestamente infondata sotto più profili.

In primo luogo, essa si basa su una lettura non condivisibile della sentenza del TAR, che ha con chiarezza affermato che la S.r.l. M.G. e la S.r.l. R.F. erano titolari di una posizione sostanziale che giustificava il loro intervento nel giudizio di primo grado: essa non ha mai statuito, neppure implicitamente, che le medesime società fossero da qualificare come controinteressate in senso tecnico.

Non ha alcun fondamento logico e giuridico la tesi delle ricorrenti, per cui il riconoscimento della posizione che legittimava l'intervento avrebbe comportato anche il riconoscimento della diversa posizione di controinteressato: le figure dell'interveniente e del controinteressato sono ben distinte e non può su di esse farsi confusione.

In secondo luogo, la fattispecie del contrasto tra giudicati, descritta dall'art. 395, n. 5, c.p.c., si riferisce esclusivamente ad una sentenza antecedente a quella revocanda, di cui il giudice non ebbe la possibilità di avere conoscenza (Sez. VI, 17 marzo 1978, n. 373): la decisione n. 14 del 1997, al contrario, ha constatato che si era già formato il giudicato sull'ammissibilità del ricorso di primo grado, ben conoscendo le deduzioni delle parti sul punto e pronunciandosi nuovamente sulla correttezza della statuizione già resa con la precedente decisione n. 2 del 1996.

In terzo luogo, la censura non tiene conto del fatto che, per il principio devolutivo dell'appello, nel corso del giudizio conclusosi con la decisione n. 14 del 1997 l'Adunanza Plenaria (con la decisione n. 2 del 1996, sul punto ribadita dalla decisione n. 14 del 1997) si è espressamente pronunciata sulla specifica portata della sentenza impugnata, delle censure formulate con l'appello e delle questioni rilevabili d'ufficio: il TAR non ha esaminato la questione dell'ammissibilità del ricorso (su cui non poteva certo formarsi il giudicato), sicché l'Adunanza Plenaria in sede di appello ha per la prima volta affrontato e risolto la questione relativa all'integrità del contraddittorio e all'ammissibilità del ricorso di primo grado.

8. – Col secondo motivo, le società ricorrenti hanno dedotto la violazione e la falsa applicazione dell'art. 81, n. 5, del testo unico approvato col regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, e dell'art. 395, n. 5, del codice di procedura civile.

Con tale censura (che deduce un «contrasto di giudicati» tra le statuizioni rese dal TAR e quelle dell'Adunanza Plenaria) si mira al rigetto delle censure considerate fondate dalla sentenza del TAR e dalla decisione n. 14 del 1997 dell'Adunanza Plenaria.

Secondo l'assunto:

a) il TAR (a pp. 16 e 17 della sua sentenza) ha affermato che «in via astratta e generale la stazione può essere esclusa dagli insediamenti che richiedono standards, ed il polo culturale può essere considerato standard, anche se all'interno di essi più correttamente andrebbero distinte le aree commerciali, necessitanti standard, da quelle destinate al soddisfacimento di interessi comuni»;

b) «tale qualificazione "astratta e generale"» non è stata impugnata con un appello incidentale e neppure è stata contestata con le memorie depositate in fase di appello dagli originari ricorrenti;

c) a p. 13 della motivazione della decisione n. 14 del 1997, l'Adunanza Plenaria avrebbe travisato «il senso della qualificazione operata dal TAR», poiché ha affermato che:

– quanto alla stazione ferroviaria, la variante non ha proceduto all'individuazione degli standard, non avendo precisato «in che misura la stazione concorra a determinare l'esigenza di aree pubbliche, pur essendo certo che un qualche incremento debba essere computato;

– quanto al polo culturale, esso «concorre a soddisfare il bisogno di standard soltanto per la parte, non individuata, destinata ad attività collettive mentre, per la parte in cui comporta insediamenti commerciali, accresce il fabbisogno stesso»;

d) in tal modo, l'Adunanza Plenaria avrebbe errato nell'interpretare la sentenza del TAR, poiché il TAR:

– non avrebbe operato alcuna distinzione, per la stazione ed il polo culturale, le aree destinate ad uso collettivo da quelle destinate ad insediamenti commerciali;

– al contrario, avrebbe affermato un criterio «di prevalenza», per cui l'edificio prevalentemente destinato ad uso collettivo non avrebbe computato per il computo degli standard, «essendo, anzi, esso stesso standard» (v. p. 10 del ricorso per revocazione).

9. – Così riassunto il secondo motivo, esso risulta inammissibile per le seguenti ragioni.

9.1. – In primo luogo, il dedotto motivo di revocazione prospetta una fattispecie che non rientra tra quelle disciplinate dall'art. 395, n. 5, del codice di procedura civile.

Per la costante giurisprudenza, tale n. 5 si configura quando vi sia un contrasto tra la decisione contro la quale si agisce e una precedente decisione pronunciata in un processo diverso (Sez. IV, 31 ottobre 1996, n. 1176), ormai passata in giudicato, intervenuta tra le stesse parti ed avente lo stesso oggetto, e cioè per consentire ad una parte, già risultata vincitrice in una lite, di proporre una *exceptio rei iudicatae* tardiva (Sez. V, 31 gennaio 1964, n. 153; Sez. V, 22 aprile 1960, n. 278): esso si riferisce esclusivamente ad una sentenza antecedente a quella revocanda, di cui il giudice non ebbe la possibilità di avere conoscenza (Sez. VI, 17 marzo 1978, n. 373), mentre nel caso in esame si tratta del rapporto intercorrente tra una sentenza di primo grado e quella resa in appello.

9.2. – In secondo luogo, la sentenza del TAR è stata a suo tempo in ogni sua parte appellata dalle odierne ricorrenti ed è stata altresì contestata dai ricorrenti in primo grado, che hanno richiamato tutte le ulteriori censure formulate avverso la variante e che sono state assorbite per ragioni di economia processuale.

Non è neppure ipotizzabile in concreto, pertanto, che si sia formato un «giudicato» con la sentenza del TAR (contestata in ogni sua parte): per il principio devolutivo dell'appello, l'Adunanza Plenaria ha respinto i motivi dell'appello principale, chiarendo quale fosse la specifica portata della sentenza impugnata e condividendo la ragione essenziale che aveva condotto all'annullamento della variante (e cioè l'illegittima determinazione degli standard, in quanto nel computo complessivo della volumetria edificabile non erano stati calcolati alcuni edifici che di per sé comportavano un carico urbanistico ed abbisognavano di standard).

9.3. – In terzo luogo, la doglianza delle ricorrenti (proprio perché l'Adunanza Plenaria ha condiviso la regola di diritto enunciata dal TAR, circa il computo degli standard) si concreta in una impropria e diretta censura della statuizione dell'Adunanza Plenaria.

Questa, nel confermare sul punto la sentenza impugnata, ha ribadito la necessità di calcolare gli standard tenendo conto anche degli edifici destinati a stazione ferroviaria ed a polo culturale.

Le odierne ricorrenti vorrebbero in questa sede far affermare una ben diversa *regula iuris*, e cioè il diverso principio per cui l'edificio destinato «con prevalenza» ad uso collettivo non dovrebbe per l'intero considerarsi per il computo degli standard: tuttavia, la ragione di illegittimità degli atti

impugnati in primo grado, rilevata sussistente dall'Adunanza Plenaria, non può in questa sede essere sottoposta ad alcun riesame, poiché non rientra tra le ipotesi disciplinate dall'art. 395, n. 5, la richiesta di riesame di una tesi di diritto o di un punto controverso, su cui la sentenza di cui si chiede la revocazione si è espressamente pronunciata (Sez. VI, 22 agosto 2000, nn. 4557-4559; Sez. V, 21 giugno 1995, n. 924).

10. – Col terzo motivo, le odierne ricorrenti hanno dedotto la violazione dell'art. 81, n. 4, del testo unico approvato col regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, nonché dell'art. 395, n. 4, del codice di procedura civile.

Secondo l'assunto, la decisione n. 14 del 1997 dell'Adunanza Plenaria sarebbe incorsa in un evidente errore di fatto, poiché avrebbe completamente trascurato le risultanze di un documento allegato alla verifica istruttoria che, ove adeguatamente considerato, avrebbe indubbiamente condotto ad una decisione di accoglimento del ricorso in appello» (v. p. 11 del ricorso in esame).

Le ricorrenti hanno osservato che:

a) l'allegato n. 1 al verbale di verifica istruttoria, di data 11 marzo 1997, ha precisato che l'area di proprietà della S.p.a. F.S., pari a circa 32.000 mq, era stata stralciata dal conteggio relativo agli standard della variante del 1980, per ragioni riferibili a precedenti controversie;

b) il medesimo verbale ha affermato che gli standard conteggiati per la medesima variante «ammontavano a mq 154.000», sicché «la quantità degli standard da considerare per verificare se la variante in argomento abbia sottratto standard al PRG nel suo complesso è inferiore di mq 32.000 a quello indicato nella relazione di verifica»;

c) la decisione n. 14 del 1997 non avrebbe tenuto conto di un errore contenuto nell'allegato b5, punto 3, della relazione istruttoria (e valutato nell'allegato 1 al verbale di verifica istruttoria dell'11 marzo 1997, disposta in adempimento della decisione n. 2 del 1996 dell'Adunanza Plenaria), nel quale «si sottolinea come la variante impugnata incrementa lo standard individuato nel PRG del 1980, in quanto la diminuzione è di mq 154.000, anziché 186.100, mentre l'aumento è di 210.000 mq e, quindi, con riguardo al previgente PRG, l'aumento netto è pari a mq 53.900/43.900: con l'ulteriore conclusione, asseverata dai calcoli operati dalla relazione istruttoria, che la variante impugnata rispetta la dotazione minime di aree al suo interno e non sottrae (anzi, incrementa in misura rilevante) le dotazioni di standard a livello comunale» (v. pp. 11-12 del ricorso in esame).

11. – La sopra riassunta censura è inammissibile per distinte ragioni.

11.1. – La decisione n. 14 del 1997, dopo aver enunciato le ragioni da cui si evinceva l'illegittimità dei criteri seguiti dalle Amministrazioni per relativo computo, a p. 15 s. ha effettuato gli specifici calcoli dai quali discendeva la violazione della normativa sugli standard.

Nulla è stato dedotto avverso tali calcoli, sicché sussiste una ragione che sorregge la decisione dell'Adunanza Plenaria e preclude ogni esame di presunti errori di calcolo che sarebbero stati commessi negli allegati alla rela-

zione istruttoria: l'Adunanza Plenaria ha autonomamente valutato le risultanze della relazione e degli allegati, sicché risulta irrilevante (e perciò inammissibile) la contestazione di dati che non sono stati posti a base della sua decisione.

11.2. – Inoltre, la proposta censura non ha sollevato una delle questioni prese in considerazione dall'art. 395, n. 4, del codice di procedura civile (per il quale la revocazione può essere proposta «*se la sentenza è l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa*», «*se il fatto non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare*»).

Per la pacifica giurisprudenza, l'errore di fatto consiste nel c.d. abbaglio dei sensi, e cioè nel travisamento delle risultanze processuali dovuto a mera svista, che conduca a ritenere come inesistenti circostanze pacificamente esistenti o viceversa.

Esso non è in linea di principio ravvisabile quando si lamenta una presunta erronea valutazione delle risultanze processuali o una anomalia del procedimento logico di interpretazione del materiale probatorio (in quanto ciò si risolve in un errore di giudizio), nonché quando una questione controversa sia stata risolta sulla base di specifici canoni ermeneutici (Sez. V, 3 settembre 1980, n. 763) o sulla base di un esame critico della documentazione acquisita (Sez. VI, 20 febbraio 1970, n. 127).

Nel caso di specie, la doglianza delle odierne ricorrenti non si è rivolta avverso una presunta svista o in un «errore dei sensi» in cui sarebbe incorsa l'Adunanza Plenaria, né ha supposto l'inesistenza di un fatto documentalmente provato o l'esistenza di un fatto documentalmente da escludere: la censura del mancato esame di un dato di uno degli allegati della relazione istruttoria (apparentemente contraddittorio con le conclusioni della relazione) ha ipotizzato un *error in iudicando*, che non rientra tra le ipotesi disciplinate dall'invocato art. 395, n. 4.

In altri termini, non è ravvisabile l'errore di fatto revocatorio quando il ricorso per revocazione lamenti che nel corso dell'istruttoria sia stato fornito un dato inattendibile, qualora la decisione sia scaturita da una scelta tra contraddittorie ed opposte risultanze (Sez. VI, 27 ottobre 1970, n. 696), abbia criticamente valutato l'articolata relazione istruttoria ed abbia analiticamente individuato i dati posti a fondamento del proprio convincimento.

Inoltre, le ricorrenti non hanno considerato che la decisione n. 4 del 1997:

a) ha valutato tutti i dati emergenti dalle risultanze istruttorie, facendosi carico anche delle deduzioni critiche svolte al riguardo dalle parti (come emerge dall'esame svolto a p. 16 sull'attendibilità dei criteri seguiti dal TAR sul calcolo della superficie lorda di pavimento);

b) per ragioni di economia processuale ha ritenuto di potere prescindere dalla dedotta «inesattezza di alcune stime» dei tecnici incaricati della verifica ed ha motivato diffusamente sulla illegittimità dei criteri seguiti dal Comune e dalla Regione, in quanto basati sul calcolo di standard superiori a quello effettivo (per errori riferibili alla valutazione del polo culturale

e del palazzo destinato alla sede della Regione) e della superficie lorda di pavimento in misura inferiore a quella effettiva (per errori riferibili alla valutazione del palazzo della Regione).

Quanto precede, dunque, evidenzia che l'Adunanza Plenaria ha ravvisato l'illegittimità degli atti impugnati in primo grado non a seguito della acritica rilevazione di un solo dato, di cui si deduce in questa sede l'erroneità, bensì sulla base di una complessiva valutazione critica di tutte le risultanze della relazione istruttoria e di una *ratio decidendi* ben distinta, che ha deciso la questione controversa a seguito di una scelta ponderata.

Tale *ratio decidendi* è comunque pienamente idonea a sorreggere le conclusioni raggiunte circa il mancato rispetto degli standard e non è stata neppure contestata, sicché le deduzioni delle ricorrenti vanno anche considerate irrilevanti (cfr. Sez. IV, 19 novembre 1974, n. 850), in quanto di per sé non idonee a determinare un diverso esito della lite.

11.3. – Le censure sono altresì inammissibili poiché mirano a verificare la specifica rilevanza della sopra richiamata relazione istruttoria, per un aspetto mai trattato o sollevato nel corso dei precedenti gradi del giudizio, neppure in sede di Adunanza Plenaria, e cioè per un aspetto distinto ed ulteriore rispetto alle questioni che sono risultate oggetto del precedente giudizio.

Poiché i dati riportati nella relazione istruttoria si sono riferiti alle modalità dei conteggi posti a base degli atti annullati dal TAR con la sentenza n. 172 del 1993, per aspetti che le odierne ricorrenti non hanno sollevato in primo grado (con un ricorso incidentale) o in grado di appello, si deve fare applicazione del principio per il quale è irrilevante, ai fini della revocazione, la deduzione di una impropria considerazione di un dato di fatto nel corso del procedimento amministrativo, quando ciò non sia stato oggetto di alcun motivo di ricorso e, conseguentemente, il giudice non se ne sia occupato nel corso del giudizio: col ricorso per revocazione, non può essere dedotto che il provvedimento originariamente impugnato non abbia tenuto conto di una circostanza, che nel corso del giudizio non sia stata evidenziata da alcuna delle parti e sia rimasta completamente estranea, come nella specie, alla materia del contendere.

Anche sotto tale aspetto, il terzo motivo è dunque inammissibile, in quanto volto, sostanzialmente, a verificare che sarebbero legittimi i provvedimenti già annullati dal TAR con la sentenza confermata dall'Adunanza Plenaria, sulla base di elementi distinti ed ulteriori rispetto a quelli che sono stati considerati rilevanti nel corso del precedente giudizio, sulla base delle deduzioni delle parti.

11.4. – Infine, non può essere in concreto considerato sussistente il dedotto errore dell'allegato b.5, punto 3, della relazione istruttoria, poiché:

– in tale punto, sono riportate «considerazioni» circa le conseguenze dell'esito di un precedente giudizio (conclusosi con la decisione della Sezione Quarta del Consiglio di Stato, 5 ottobre 1991, n. 775) ed il rilievo da attribuire ad un'area estesa circa mq 32.000 (i cui dati obiettivi neppure sono stati posti in contestazione);

– a p. 2 della relazione istruttoria, tali considerazioni (in relazione a tutte le vicende che hanno preceduto l’emanazione dei provvedimenti già annullati dal TAR) sono state richiamate per rendere più esaurienti i chiarimenti da rendere all’Adunanza Plenaria, che con la decisione n. 14 del 1997 ha valutato tutte le risultanze processuali, constatando l’avvenuta violazione della normativa sugli standard.

(omissis)

CONSIGLIO DI STATO, *Ad.Plen.*, 2 luglio 2001 n. 5 – Pres. Laschena – Est. Borioni – Ministero dell’Interno c. B.S. (avv.ti Caradonna e Fischetti).

Atto amministrativo – Legge 27 agosto 1990 n. 241, artt. 22 e 24 – Accesso ai documenti – Esercizio presso uffici periferici o tramite servizio postale – Diniego – Fattispecie.

L’accesso ai documenti amministrativi è regolato per alcuni tratti da fonti normative; per il resto, è affidato alle scelte autorganizzatorie delle singole amministrazioni. La diversificazione dei livelli di regolamentazione e la circostanza che siano state poste dalla legge e dal regolamento anche regole di dettaglio indicano che si è inteso definire in sede normativa i profili garantiti dell’accesso, demandando alle singole amministrazioni di modulare, nel rispetto di tali profili, le misure occorrenti per rendere in concreto i documenti accessibili. Nulla preclude alle amministrazioni centrali di consentire la consultazione dei documenti presso i propri uffici periferici; non vi sono, però, disposizioni di legge dalle quali sia deducibile l’obbligo per le Amministrazioni di aderire ad una richiesta di consultazione dei documenti cartacei in forma, per così dire, decentrata: di conseguenza, la tesi secondo la quale l’Amministrazione sarebbe tenuta a consentire l’accesso presso un ufficio periferico o tramite il servizio postale manca di un effettivo sostegno giuridico (1).

(omissis)

(1) L’Adunanza Plenaria, con la sentenza in esame, ha affermato che, in mancanza di specifiche misure organizzative, l’Amministrazione interessata non è tenuta a consentire l’accesso presso un ufficio periferico o tramite il servizio postale.

L’appello dell’Amministrazione è stato, quindi, accolto ed è stata annullata la decisione del T.A.R. Palermo che aveva ordinato al Ministero dell’Interno di consentire l’accesso ai documenti presso l’ufficio periferico indicato dall’originario ricorrente nella domanda (Questura di Trapani) o, in alternativa, di spedirli per posta al suo indirizzo, salvo il rimborso delle spese.

D i r i t t o

– L'appello del Ministero dell'interno è fondato.

Con la sentenza impugnata è stato ordinato all'Amministrazione ora appellante di consentire l'accesso ai documenti presso l'ufficio periferico indicato dall'originario ricorrente nella domanda (Questura di Trapani) o, in alternativa, di spedirli per posta al suo indirizzo, salvo il rimborso delle spese.

Con l'unico motivo di appello si contesta che l'Amministrazione sia tenuta a consentire l'accesso ai documenti presso uffici diversi da quello competente a concludere il procedimento o a detenere stabilmente gli atti ad esso relativi.

Nell'ordinanza di rimessione il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana si è dichiarato propenso a ritenere, così concordando con quanto statuito dal T.A.R., che un'Amministrazione centrale, se è dotata di uffici dislocati nel territorio presso i quali il «diritto di accesso» può essere esercitato più agevolmente, deve trasmettere la documentazione richiesta alla sede periferica, a meno che non intenda inviarla direttamente all'istante. Ha, tuttavia, deferito la cognizione dell'appello all'Adunanza plenaria, ritenendo che il punto di diritto possa dar luogo a contrasti giurisprudenziali e tenuto conto delle conseguenze che l'interpretazione prospettata potrebbe avere sul funzionamento della Pubblica amministrazione.

Ai fini della decisione, appare utile premettere alcuni cenni sul regime giuridico dell'accesso ai documenti.

La legge 7 agosto 1990 n. 241, riconosce «a chiunque vi abbia interesse ..., il diritto di accesso ai documenti secondo le modalità stabilite dalla presente legge» (art. 22 comma 1). Stabilisce che «entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge le Amministrazioni adottano le misure organizzative idonee a garantire l'applicazione delle disposizioni di cui al comma 1» (art. 22 comma 3). Autorizza il Governo ad emanare «uno o più decreti intesi a disciplinare le modalità di esercizio del diritto di accesso ...» (art. 24 comma 2).

Sullo specifico problema oggetto di giudizio non risultano precedenti; in particolare, sui modi di esercizio del diritto di accesso, si veda Cons. Stato, sez.VI, 1 marzo 2000 n. 1122, in *Giur. it.* 2000, 1295.

In dottrina, vedi, da ultimo, BELLOMIA S., *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi e i suoi limiti*, Giuffrè, Milano, 2000; SANDULLI M. A., *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Encicl. dir., aggiornamento* – IV, Giuffrè, Milano, 2000.

Il d.P.R. 27 giugno 1992 n. 352 («regolamento per la disciplina delle modalità di esercizio e dei casi di esclusione del diritto di accesso») definisce alcune modalità di accesso, «fatta salva la più specifica disciplina contenuta

Dalla disciplina così delineata risulta che l'accesso ai documenti è regolato per alcuni tratti da fonti normative; per il resto, è affidato alle scelte autoorganizzatorie delle singole Amministrazioni. La diversificazione dei livelli di regolamentazione e la circostanza che siano state poste dalla legge e dal regolamento anche regole di dettaglio indicano che si è inteso definire in sede normativa i profili garantiti dell'accesso, demandando alle singole Amministrazioni di modulare, nel rispetto di tali profili, le misure occorrenti per rendere in concreto i documenti accessibili.

Come osserva l'ordinanza di rimessione, nulla preclude alle Amministrazioni centrali di consentire la consultazione presso i propri uffici periferici. In particolare, non lo impedisce l'art. 2 comma 2 del d.P.R. 27 giugno 1992 n. 352 («il diritto di accesso ... si esercita nei confronti dell'autorità che è competente a formare l'atto conclusivo o a detenerlo stabilmente»), che designa l'autorità alla quale va rivolta la domanda, ma non impone che l'accesso avvenga presso la stessa autorità. Può anche convenirsi che, ove non si pongano problemi sotto il profilo della certezza di legittimazione del richiedente, l'accesso possa essere soddisfatto mediante la spedizione per posta dei documenti richiesti. Tutto ciò è anche auspicabile in attesa che l'evoluzione delle applicazioni informatiche e dei collegamenti telematici rendano più agevole e sollecito l'accesso alle informazioni (art. 6 comma 1 lett. d, del d.P.R. n. 352 del 1992).

Tuttavia nelle norme citate non si ravvisano prescrizioni dalle quali sia deducibile l'obbligo per le Amministrazioni di aderire ad una richiesta di consultazione dei documenti cartacei in forma, per così dire, decentrata. Si tratta, come detto in precedenza, di una possibile modalità di esercizio dell'accesso, che si colloca però al di sopra della soglia minima garantita dall'ordinamento. E, in quanto tale, è affidata non alla scelta del richiedente, ma alle valutazioni delle Amministrazioni volte a definire le «misure organizzative» di cui all'art. 22 comma 3 della legge n. 241 del 1990. Per conseguenza, se questa possibilità non è prevista, la tesi secondo la quale l'Amministrazione sarebbe tenuta a consentire l'accesso presso un ufficio periferico o tramite il servizio postale manca di un effettivo sostegno giuridico.

È quanto accade nel caso in esame posto che la circolare del Ministero dell'interno 9 giugno 1993 n. 5006, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* 17 giugno 1993 n. 140, identifica l'ufficio presso il quale si effettua l'accesso in quello che ha formato il documento o lo detiene in forma stabile (punto 6).

(omissis)

CONSIGLIO DI STATO, *Ad. Plen.*, 14 dicembre 2001 n. 9 – *Pres.* De Roberto – *Est.* Maruotti – Ministero per i Beni e le Attività Culturali e Soprintendenza dei Beni Ambientali ed Architettonici di Brescia (avv. Stato Fiengo) c. P. ed altri (avv.ti G. Bonelli ed E. Romanelli) e Comune di Gardone Riviera (n.c.).

Bellezze naturali – Annullamento ministeriale nulla osta paesistico – Concorrenza poteri Stato – Regione.

Bellezze naturali – Annullamento ministeriale nulla osta paesistico – Sindacato di mera legittimità – Esclusione valutazioni di merito su atto regionale.

Bellezze naturali – Annullamento ministeriale nulla osta paesistico – Eccesso di potere – Profili.

Bellezze naturali – Annullamento ministeriale nulla osta paesistico – Leale cooperazione Stato – Regione – Rispetto principi generali legittimità azione amministrativa.

La concorrenza di poteri tra Stato e Regione (o ente subdelegato) in materia di rilascio di nulla osta paesistici si fonda sulla cogestione dei valori paesistici e si manifesta mediante provvedimenti di amministrazione attiva: l'annullamento dell'autorizzazione costituisce espressione del potere di cogestione del vincolo, ad estrema sua difesa, restando escluso un potere di controllo statale sull'atto regionale.

Con il provvedimento di annullamento del nulla osta paesistico il Ministero non può sovrapporre le proprie valutazioni di merito a quelle della Regione, ma può salvaguardare l'ambiente ed il paesaggio svolgendo l'ampio sindacato di legittimità consentito dall'ordinamento, mediante il motivato annullamento dell'autorizzazione che risulta illegittima.

Il Ministero può annullare l'autorizzazione paesistica anche quando risulti un suo profilo di eccesso di potere sotto i profili di inadeguata valutazione di rilevanti circostanze di fatto, insufficiente motivazione ed illogicità manifesta.

In sede di esame dell'istanza di autorizzazione paesistica la Regione deve rispettare il principio cardine della leale cooperazione con gli organi del Ministero e gli altri consueti principi sulla legittimità dell'azione amministrativa pena l'illegittimità dell'autorizzazione (1).

(omissis)

(1) L'Adunanza Plenaria ricostruisce il procedimento di annullamento ministeriale delle autorizzazioni paesaggistiche.

1. *Premessa.*

Per oltre un decennio – a partire dalla sentenza n. 828 del 14 novembre 1991 – la giurisprudenza del Consiglio di Stato è stata sempre ferma nell'escludere la possibilità che, in sede di annullamento dei nulla osta paesistici, lo Stato potesse sindacare nel merito le scelte regionali.

Abbastanza sorprendentemente la VI sezione, con decisione di remissione all'Adunanza Plenaria n. 4439 del 4 settembre 2001, si è parzialmente distaccata da questo orientamento ed ha ventilato l'ipotesi di un possibile riesame nel merito delle autorizzazioni paesistiche.

Diritto

1. Gli appellati hanno chiesto al Comune di Gardone Riviera il rilascio dell'autorizzazione paesistica per realizzare alcuni edifici residenziali su un'area contermina al lago di Garda, sottoposta al vincolo col decreto del Ministro per la pubblica istruzione di data 6 febbraio 1959 e rientrante nell'ambito delle categorie disciplinate dal quinto comma dell'articolo 82 del decreto legislativo 24 luglio 1977, n. 616 (come modificato dal decreto legge 27 giugno 1985, n. 312, convertito nella legge 8 agosto 1985, n. 431).

L'Adunanza Plenaria, con la decisione in commento, da un lato ha confermato l'indirizzo tradizionale rigettando le prospettazioni contenute nella decisione di remissione, da un altro lato ha specificato quale sia la ripartizione delle competenze tra Stato e Regione in materia di scelte paesaggistiche ambientali e, da un altro lato ancora, ha contribuito a chiarire, mediante una puntuale ricostruzione del procedimento di rilascio del nulla osta paesistico, tutta una serie di problemi rimasti aperti.

2. Le competenze dello Stato e delle Regioni nel rilascio del nulla osta paesistico.

La tutela del paesaggio rientra tra i principi fondamentali della Repubblica ai sensi dell'art. 9 della Costituzione. La Corte Costituzionale ha più volte sviluppato la portata di tale enunciazione enucleando, tra gli altri, i principi per cui:

1) la tutela del paesaggio è compito, in primo luogo, dello Stato che può delegare le relative funzioni amministrative alle Regioni (Corte Cost., 27 luglio 2000, n. 378 e 29 dicembre 1982, n. 239) anche con riferimento alla gestione del vincolo in coerenza con il principio di sussidiarietà;

2) le esigenze di tutela del paesaggio rappresentano un valore di primario rilievo, insuscettibile di essere subordinato a qualsiasi altro (Corte Cost., 23 luglio 1997, n. 262);

3) l'imposizione del vincolo paesistico «contribuisce alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio» e ne evita le alterazioni (Corte Cost., 21 novembre 1997, n. 345).

Prima del d. Lgs. n. 616/1977 competente ad emanare l'autorizzazione paesistica, ai sensi della legge n. 1497/1939, era esclusivamente lo Stato. Tale sistema era rimasto immutato anche con l'istituzione delle Regioni, poiché ad esse fu solo demandata l'approvazione dei piani paesistici.

Con l'art. 82 del d.Lgs. n. 616/1977 la materia del paesaggio – e quindi anche la competenza a rilasciare il nulla osta – è stata delegata alle Regioni, salvo il potere del Ministero di inibire i lavori e disporre la sospensione in determinati casi.

Successivamente, il decreto legge n. 312/1985 (convertito nella legge n. 431/1985) ha profondamente innovato i rapporti tra Stato e Regioni nella materia di cui si tratta. Le Regioni hanno il potere di esaminare la domanda di autorizzazione paesistica entro sessanta giorni dalla richiesta; devono trasmettere immediatamente allo Stato la comunicazione del rilascio dell'autorizzazione e la relativa documentazione; lo Stato «può in ogni caso annullare, con provvedimento motivato, l'autorizzazione regionale entro i sessanta giorni successivi alla relativa comunicazione» (art. 82); lo Stato può emanare l'autorizzazione solo in caso di inerzia della Regione. Queste previsioni sono state integralmente riportate nell'art. 151 del Testo Unico n. 490/1999.

Alla luce della normativa sopra riportata l'Adunanza Plenaria, contrariamente a quanto sostenuto nella decisione di remissione (al punto 3.4), ritiene che il sistema della delega delle funzioni statali alle Regioni sia ancora attuale (punto 7.5), poiché gli articoli 56 e 57 del d. Lgs. 31 marzo 1998, n. 112 hanno riguardato solo il territorio e l'urbanistica e non hanno trasferito i compiti di tutela del paesaggio e dell'ambiente. In definitiva in materia ambientale vi è una concorrenza di poteri tra Stato e Regione.

Una prima autorizzazione comunale di data 6 maggio 1999 è stata annullata dalla Soprintendenza dei beni ambientali e architettonici di Brescia, col decreto n. 8291 del 9 luglio 1999, che non è stato impugnato.

Delineato il contesto di riferimento il Supremo Collegio passa ad analizzare lo specifico problema dell'annullamento del nulla osta.

L'annullamento dell'autorizzazione, vista la concorrenza di poteri tra Stato e Regioni, fondandosi essenzialmente sulla cogestione dei valori paesistici e manifestandosi mediante provvedimenti di amministrazione attiva, costituisce espressione del potere di cogestione del vincolo, ad estrema sua difesa.

Da tale assunto, e dalla natura discrezionale e non vincolata del potere statale di annullamento, discende l'impossibilità di qualificare il potere statale come potere di controllo.

Il Ministero, cioè, esercita il potere previsto nel comma 4 dell'art. 152 del richiamato Testo Unico (ex art. 82 comma 9) quale titolare degli interessi primari protetti; «lo Stato gestisce gli interessi di cui è titolare quando riesamina la legittimità delle autorizzazioni paesistiche e, con le proprie determinazioni, incide sul momento costitutivo dei loro effetti e sulla modificabilità delle aree sottoposte a salvaguardia» (Ad. Plen. punto 9.4).

Nel momento in cui il Ministero riceve la comunicazione del nulla osta o la ritiene legittima e, quindi, la avalla (sia mediante approvazione espressa, sia col silenzio-consenso per decorso del termine di annullamento) oppure la annulla: non vi sono altre possibilità. Quando il Ministero esercita il potere di annullamento la Regione può riesaminare la richiesta di autorizzazione alla luce delle considerazioni statali e, similmente, se l'atto statale è annullato in sede giurisdizionale per un vizio di motivazione o procedimentale (con esclusione del decorso del termine), il Ministero può pronunciarsi, *re adhuc integra*, tenendo conto delle statuizioni del giudice amministrativo.

3. *Motivi di annullamento del nulla osta.*

Per costante giurisprudenza l'autorizzazione paesistica può essere annullata dall'autorità statale per tutti i vizi di legittimità e, quindi, anche sotto i profili dell'eccesso di potere.

È evidente che è proprio il vizio di eccesso di potere – sotto i profili dello sviamento, dell'insufficiente motivazione, del difetto di istruttoria ed dell'illogicità manifesta – a consentire un penetrante sindacato sul nulla osta. A tal riguardo emerge l'importanza del piano paesistico regionale quale parametro fondamentale per valutare la legittimità dell'autorizzazione. Tali piani paesistici, infatti, hanno, tra le altre, proprio la funzione di evitare valutazioni non omogenee in sede di rilascio dei nulla osta; valutazioni, cioè, che non tengano conto del contesto ambientale in cui si svilupperanno i lavori oggetto di autorizzazione.

Ulteriore parametro della legittimità del nulla osta, soprattutto nel caso in cui non sia stato emanato il piano paesistico, è il principio fondamentale della leale cooperazione tra Stato e Regioni. L'atto regionale deve, cioè, adeguatamente considerare tutto l'ambito territoriale nel quale il progetto si inserisce e valutarne la sua incidenza e la sua visibilità.

A questo punto l'Adunanza Plenaria, ritenendo la latitudine dei poteri statali sufficiente a tutelare il paesaggio, esclude la possibilità che il Ministero possa annullare il nulla osta sulla base di proprie considerazioni tecnico-discrezionali sulla base dei seguenti argomenti:

a) l'art. 151 del Testo Unico prevede espressamente i casi in cui le scelte discrezionali del Ministero siano predominati rispetto a quelle regionali e cioè:

1) nel caso in cui la regione non abbia tempestivamente esaminato la domanda di autorizzazione;

A seguito dell'annullamento statale, in data 20 luglio 1999 gli appellati hanno reiterato l'istanza di autorizzazione, presentando un progetto parzialmente diverso da quello precedente (in relazione alla tavola 4 e alla sistemazione arborea).

La seconda istanza è stata accolta dal responsabile dell'Ufficio tecnico comunale col provvedimento n. 608 del 12 agosto 1999, che a sua volta è stato annullato dalla Soprintendenza, col provvedimento n. 12436 dell'11 ottobre 1999, impugnato in primo grado.

2) nel caso di opere da eseguirsi da parte di amministrazioni statali. In particolare quest'ultima ipotesi è ritenuta indicativa dal Collegio in quanto vale a smentire uno degli argomenti su cui si era fondata la decisione di remissione. Ci si riferisce ad un dato testuale contenuto nel quinto comma dell'art. 151 ove si legge che il Ministero può, «in ogni caso», annullare l'autorizzazione regionale. Secondo la sentenza in commento tale argomento non può giustificare un sindacato di merito, infatti, ove tale potere si è voluto attribuire, e cioè nel caso di opere da eseguirsi da parte di amministrazioni statali, la legge ha espressamente affermato che il Ministero *in ogni caso* può effettuare le proprie valutazioni «anche in difformità della decisione regionale» (art. 156 Testo Unico ex commi 10 e 11 art. 82). Solo per tali opere la scelta finale è del Ministero che può effettuare proprie valutazioni predominanti su quelle regionali, mentre nel caso generale è preclusa tale possibilità, vista la mancanza della dizione espressa che autorizza il Ministero ad operare anche in difformità delle scelte regionali.

b) il Ministero non può modificare il contenuto dell'autorizzazione, poiché solo la Regione può autorizzare la modifica dei luoghi;

c) non è senza significato il fatto che, a fronte di una giurisprudenza costante in materia, nessuna norma interpretativa sia stata emanata per superare tale orientamento.

Questa è, in sostanza, la tesi dell'Adunanza Plenaria che, pur non ritenendo ammissibile un sindacato di merito nelle scelte paesaggistiche regionali ha tuttavia consentito, da parte del Ministero, un esteso potere di riesame, soprattutto con riferimento al vizio di eccesso di potere e al rispetto del principio di leale cooperazione tra Stato e Regione, dando in tal modo all'istituto dell'annullamento ministeriale un contenuto adeguato alla funzione di «*estrema tutela del vincolo*» che la giurisprudenza costituzionale ha ampiamente riconosciuto.

4. *Problemi ancora aperti: spunti di riflessione.*

Fin qui è quanto l'Adunanza Plenaria ha espressamente affermato con riferimento all'alternativa legittimità-merito del potere di annullamento ed, in buona sostanza, nulla di nuovo è stato detto in materia.

Ciò che offre interessanti spunti di riflessione è, in realtà, ciò che il Collegio, pur indirettamente, ha affermato con riferimento a tutta una serie di problemi connessi al procedimento di annullamento che restano ancora aperti. Particolare attenzione meritano due aspetti fondamentali:

a) quali siano i poteri istruttori del Ministero e

b) se sussista un onere in capo all'amministrazione procedente di avviso ai privati dell'avvio del procedimento di riesame.

Quanto al primo profilo occorre premettere che, anche alla luce delle considerazioni svolte dall'Adunanza Plenaria, pare che l'autorità statale debba in ogni caso pronunciarsi entro il termine di sessanta giorni restando, in questo caso, evitata la decadenza anche se, dopo che il provvedimento statale sia riformato dal giudice, il Ministero si pronunci nuovamente.

Se ciò è vero, resta di problematica soluzione il caso in cui la documentazione inviata dalle Regioni sia incompleta e/o scarsamente intelligibile: in questo caso il Ministero deve sempre annullare allo stato degli atti o può chiedere un'integrazione della documentazione all'autorità regionale?

In accoglimento del primo motivo del ricorso degli appellati, la sentenza impugnata del T.A.R. per la Lombardia, Sezione di Brescia, ha annullato il provvedimento statale dell'11 ottobre 1999, rilevando la violazione del termine di sessanta giorni previsto dal nono comma dell'art. 82 del decreto legislativo n. 616 del 1977, in quanto l'atto è stato notificato oltre la sua scadenza.

La sentenza in commento presenta delle importanti aperture: essa, da un lato, riconosce il carattere discrezionale della fase di riesame e, dall'altro lato, ritiene che la materia in oggetto sia assoggettata al principio cardine della leale cooperazione tra le due autorità concorrenti.

A ciò si aggiunga che l'Adunanza Plenaria (al punto 13) ha espressamente accostato il sindacato di legittimità svolto dal Ministero al sindacato che potrebbe esercitare il giudice amministrativo in caso di impugnazione dell'autorizzazione non annullata in sede amministrativa. Il giudice amministrativo, soprattutto grazie alle previsioni della legge n. 205/2000, è investito di ampi poteri di istruttoria diretta.

Sembra quindi possibile che, in questi casi, il Ministero possa avanzare richieste istruttorie nei confronti delle autorità delegate: ovviamente tale richiesta interrompe i termini di decadenza.

Venendo ad esaminare se sussista l'obbligo di dare avviso ai privati dell'avvio del procedimento, va detto che il riesame condotto dal Ministero è necessario ed automatico; ciò vale a dire che le competenze delle due autorità sono complementari e concorrenti alla realizzazione di un unico effetto. Nella sentenza dell'Adunanza Plenaria si legge che con la comunicazione del rilascio dell'autorizzazione agli organi statali la legge dispone la prosecuzione del procedimento attivandone una sua ulteriore fase necessaria e non autonoma. «*Nell'ambito dell'unitario procedimento complesso (sez. II, 31 marzo 1999, 268)*» finalizzato al rilascio del nulla osta «*l'atto regionale conclude il procedimento se respinge l'istanza, ma se l'accoglie diventa il presupposto formale ... la cui comunicazione al Ministero attiva il necessario riesame*».

Sulla base di tali premesse, non sembra possa sussistere uno specifico onere di avviso di avvio del procedimento alle parti interessate, poiché viene esclusa l'esistenza di un'autonoma fase procedimentale o subprocedimentale alla quale l'avviso andrebbe collegato.

In realtà parte della giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto l'esistenza di tale onere sulla base del regolamento ministeriale approvato con D.M. 13 giugno 1994, n. 495 che inserisce il procedimento di annullamento tra quelli per cui valgono le regole della legge n. 241/1990.

Tale regolamento, però, non distingue tra due ipotesi completamente diverse: quella in cui il Ministero riceva una documentazione completa e quella in cui sia necessario avviare una nuova istruttoria volta ad avere un quadro onnicomprensivo della situazione su cui si deve pronunciare.

Mentre per tale ultimo caso il principio generale di partecipazione al procedimento impone che dell'avvio dello stesso sia data immediata comunicazione, per il caso di istruttoria completa la soluzione è opposta. In tal caso, infatti non si vede dove sia l'utilità di una partecipazione del privato ad un momento dell'esercizio di una funzione amministrativa di carattere essenzialmente decisorio.

D'altra parte un regolamento, fonte secondaria, non può creare dal nulla un subprocedimento ove vi sia solamente un'attività decisoria degli organi statali e, del pari, non può ridurre il termine, quello di sessanta giorni, fissato dalla legge entro cui il Ministero deve assumere le proprie determinazioni: il termine iniziale per l'esercizio del potere di annullamento è, infatti, fissato nel momento di trasmissione della documentazione.

Si deve quindi concludere che l'annullamento senza istruttoria ovvero con mero riesame della documentazione trasmessa non obbliga a dare avviso dell'avvio del procedimento, anche in virtù dello specifico obbligo fissato dall'art. 1 della legge n. 241/1990 di non aggravare, *hinc et inde*, il procedimento.

Con la decisione n. 4439 del 2001, la Sezione Sesta ha accolto l'appello principale del Ministero per i beni culturali ed ambientali (poiché la notifica del tempestivo atto statale di annullamento può avere luogo anche dopo la scadenza del termine di sessanta giorni) ed è passata all'esame dell'appello incidentale, che ha richiamato le censure di primo grado, assorbite dal TAR.

Al riguardo, la Sezione Sesta:

ha sottoposto alla valutazione dell'Adunanza Plenaria la questione se il Ministero (nell'esercizio dei poteri previsti dall'articolo 82, nono comma, del decreto legislativo n. 616 del 1977) possa valutare gli aspetti della sola legittimità dell'autorizzazione paesistica ovvero se possa anche esercitare un «sindacato esteso al merito delle scelte paesistico-ambientali»;

ha evidenziato che, per la costante giurisprudenza, il Ministero può annullare l'autorizzazione paesistica quando essa risulti illegittima anche per qualsiasi profilo di eccesso di potere;

ha richiamato i principi affermati dalla Corte Costituzionale sulla tutela dell'ambiente e del paesaggio e sulla contitolarità di poteri dello Stato e delle Regioni;

D'altra parte l'interesse del privato non potrebbe considerarsi leso, infatti, da un lato, egli può in ogni caso richiedere all'autorità che ha rilasciato il nulla osta copia di tutta la documentazione inviata al Ministero, dall'altro lato il privato è edotto dell'avvio della fase di riesame in primo luogo dalla legge (CdS, Sez. VI, 12 maggio 1994, n. 771) e, in secondo luogo, dallo stesso atto regionale che normalmente contiene il riferimento alla successiva trasmissione degli atti ai competenti organi statali.

Ovviamente le osservazioni che il privato volesse eventualmente svolgere in sede di riesame, essendo in ogni caso documentazione, saranno valutate dall'autorità procedente e richiamate nella motivazione del provvedimento finale, sempre che provengano prima del disposto annullamento.

Rimane da chiarire un ultimo aspetto problematico: ci si riferisce alla possibilità che, un volta annullato in sede giurisdizionale il provvedimento statale di riesame del nulla osta paesistico, il Ministero si pronunci nuovamente tenendo conto delle statuizioni del giudice. Premesso che, secondo le prospettazioni del Collegio, l'autorizzazione non ha immediata efficacia e, quindi, non è possibile edificare nei sessanta giorni utili per l'annullamento, la ricostruzione logica contenuta nella sentenza in commento conduce a ritenere che *«se l'atto statale è annullato in sede giurisdizionale per un vizio di motivazione o procedimentale (con esclusione del decorso del termine), il Ministero può pronunciarsi, re adhuc integra, tenendo contro delle statuizioni del giudice amministrativo»*.

Si comprende come quest'affermazione possa avere un effetto dirompente sul sistema: l'autorizzazione paesistica riformata non acquisirebbe efficacia per il solo fatto che l'annullamento sia stato «annullato» dal giudice ed il Ministero potrebbe adottare un nuovo provvedimento di riesame anche senza soggiacere a termini di decadenza. Tale considerazione deriva dalla necessità che, ai fini dell'integrazione dell'efficacia dell'autorizzazione, concorrano da un lato l'atto regionale e, dall'altro lato, quello statale.

In quest'ottica anche l'eventuale istanza di sospensiva proposta dal privato avverso l'annullamento ministeriale muterebbe radicalmente funzione: non più richiesta di avviare i lavori previsti nell'autorizzazione annullata in sede amministrativa, ma come richiesta del privato che l'autorità statale si pronunci nuovamente, entro termini compatibili con l'esigenza di realizzare gli interventi programmati nell'autorizzazione regionale.

ha sottolineato come da tali principi e dall'espressione «*in ogni caso*» (contenuta nel nono comma dell'art. 82) possono trarsi argomenti per affermare che al Ministero sono consentite «valutazioni di merito in ordine alle scelte ambientaliste» effettuate in sede di rilascio dell'autorizzazione paesistica;

ha sollecitato una complessiva rimediazione sulla rilevanza dei principi di rango costituzionale ed ordinario nella materia paesistica, per determinare l'ambito dei reciproci rapporti tra i poteri dello Stato e quelli della Regione in sede di rilascio della autorizzazione.

2. La questione di massima sollevata dalla Sesta Sezione riguarda dunque il quarto periodo del nono comma dell'art. 82 del decreto legislativo n. 616 del 1977 (come modificato dalla legge 8 agosto 1985, n. 431, e trasfuso, senza modificazioni, nell'art. 151, comma 4, secondo periodo, del testo unico n. 490 del 1999), per il quale «*il Ministero può in ogni caso annullare, con provvedimento motivato, l'autorizzazione regionale entro i sessanta giorni successivi alla ricezione della relativa documentazione*».

Ritiene l'Adunanza Plenaria che vada ribadita la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio sulla sussistenza del potere del Ministero di annullare l'autorizzazione regionale affetta da qualsiasi vizio di legittimità (e non anche «per ragioni di merito»), sulla base delle seguenti considerazioni concernenti:

a) l'evoluzione della normativa paesistica sui poteri dello Stato e delle Regioni;

b) l'esame dei lavori parlamentari che hanno condotto all'approvazione della legge n. 431 del 1985, di conversione, con modificazioni, del decreto legge n. 312 del 1985;

c) la natura del potere esercitabile dal Ministero, l'ambito dei vizi per i quali può essere annullata l'autorizzazione e i dati testuali dell'art. 82.

3. La legge 29 giugno 1939, n. 1497, ha attribuito ampi poteri per la «*protezione delle bellezze naturali*» al Ministero dell'educazione nazionale (cui sono succeduti nel corso del tempo il Ministero della pubblica istruzione, il Ministero per i beni culturali ed ambientali e il Ministero per i beni e le attività culturali).

Perfezionando la originaria normativa posta a tutela di «*ville, parchi e giardini di interesse storico e artistico*» e delle «*bellezze artistiche e panoramiche*» (v. le leggi 23 giugno 1912, n. 688, e 11 giugno 1922, n. 778), la legge n. 1497 del 1939:

a) ha tutelato, all'art. 1, quattro tipologie di bellezze naturali (riconducibili alle «bellezze di insieme» e alle «bellezze individue», in relazione al procedimento per l'imposizione del vincolo paesistico);

b) ha qualificato tali beni di «*notevole interesse pubblico*», nel senso che si tratta di beni di «uso controllato» in ragione della loro protezione e della titolarità di interessi della collettività nazionale;

c) ha attribuito al Ministero i poteri di determinare in concreto i beni da sottoporre al vincolo (artt. 2 e ss.), di approvare i piani paesistici per evitare che le «bellezze di insieme» siano «utilizzate in modo pregiudizievole alla bellezza panoramica» (art. 5), di autorizzare o meno la realizzazione di opere tali da distruggere o modificare l'aspetto dell'area vincolata (art. 7), di reprimere i relativi abusi (artt. 14 e 15).

Per la salvaguardia dei valori paesistici e per consentire alle successive generazioni la loro fruibilità, la legge fondamentale ha attribuito all'amministrazione statale il potere di sottoporre determinati beni ad un peculiare regime giuridico, di controllare il rispetto del vincolo e di gestire uno specifico *ius in rem* in sede di esame della domanda di autorizzazione prevista dall'art. 7 (definita anche come «nulla osta» o «parere» o «favorevole avviso»: art. 25 del r.d. n. 1357 del 1940), avente natura concessoria (art. 82, secondo comma, del decreto legislativo n. 616 del 1977) e di licenza (come già disposto dalla legge n. 788 del 1922), in considerazione dei «poteri di ingerenza» basati su giudizi di valore e valutazioni tecnico-discrezionali, in quanto tali insindacabili nella sede giurisdizionale di legittimità.

4. Sotto il profilo dei valori coinvolti, l'art. 9 della Costituzione ha disposto che la tutela del paesaggio rientra nell'ambito dei principi fondamentali della Repubblica.

Come si evince anche dai lavori dell'Assemblea Costituente, si è così ampliato il novero delle aree sottoponibili alla protezione ambientale, non limitate alle sole bellezze naturali, ma estese al paesaggio nel suo complesso, e cioè alla parte del territorio che il legislatore (con norme impositive del vincolo o per il tramite di atti amministrativi) ritenga meritevole di particolare protezione per ragioni di ordine ambientale, ecologico o culturale.

Mentre la prima sottocommissione ancora si riferiva alla «protezione dello Stato» per «i monumenti artistici, storici e naturali, in qualsiasi parte del territorio della Repubblica e a chiunque appartengano» (con ciò riferendosi ai caratteri naturali di rilievo monumentale), già il comitato di redazione aveva poi proposto il testo dell'art. 27 (composto da un primo simile periodo, riguardante «i monumenti artistici e storici», e da un secondo periodo, per il quale «compete allo Stato anche la tutela del paesaggio») con l'abbandono del criterio monumentale.

Nel corso dei lavori della seduta plenaria del 30 aprile 1947, riguardanti l'art. 29, allo scopo (segnalato dai vari oratori) di evidenziare come il paesaggio fosse «d'importanza non solamente nazionale, ma mondiale», è stato infine accolto l'emendamento per il quale «il patrimonio artistico e storico della Nazione è sotto la tutela della Repubblica» e «compete allo Stato anche la tutela del paesaggio».

In sede di coordinamento finale, l'art. 9 della Costituzione (il cui primo comma ha disposto che «la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica») al secondo comma è stato formulato nel senso che la Repubblica «tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione».

La Costituzione in tal modo ha consentito la protezione non solo dei beni rientranti nel novero delle bellezze naturali e determinati in concreto in sede amministrativa nell'ambito delle categorie indicate dalla legge e originariamente di interesse pubblico (Corte Cost., 29 maggio 1968, n. 56), ma anche delle aree del territorio nazionale determinate dalla legge 'per categoria' (Corte Cost., 8 maggio 1998, ord. n. 158; 23 luglio 1997, n. 262; 3 ottobre 1990, n. 430; 20 luglio 1990, n. 344; 27 giugno 1986, n. 151) e ritenute meritevoli di particolare protezione dal legislatore, a seconda dei casi, col divieto assoluto di interventi modificativi ovvero con la subordinazione di ogni modifica alla prescritta autorizzazione.

Anche al fine di determinare l'ambito della tutela disposta con la legge n. 431 del 1985 (di seguito trattata), rilevano in materia i principi più volte enunciati dalla Corte Costituzionale, per la quale:

«la tutela del paesaggio è compito della Repubblica e quindi in primo luogo dello Stato» (Corte Cost., 27 luglio 2000, n. 378), che ben può delegare le relative funzioni amministrative alle Regioni (Corte Cost., 29 dicembre 1982, n. 239);

le esigenze di tutela del paesaggio si pongono quale «valore di straordinario rilievo» (Corte Cost., 1° aprile 1985, n. 94), primario ed insuscettibile di essere subordinato a qualsiasi altro (Corte Cost., 23 luglio 1997, n. 262; 18 ottobre 1996, n. 341; 28 luglio 1995, n. 417; 20 febbraio 1995, n. 46; 24 febbraio 1992, n. 67; 9 dicembre 1991, n. 437; 11 luglio 1989, n. 391; 27 giugno 1986, n. 151; 21 dicembre 1985, n. 359);

la tutela del paesaggio «va intesa nel senso lato della tutela ecologica» (Corte Cost., 3 ottobre 1990, n. 430) e della «conservazione dell'ambiente» (Corte Cost., 11 luglio 1989, n. 391), ha «una strettissima contiguità con la protezione della natura, in quanto contrassegnata da interessi estetico-culturali», ed è «basata primariamente sugli interessi ecologici e quindi sulla difesa dell'ambiente come bene unitario, pur se composto da molteplici aspetti rilevanti per la vita naturale e umana» (Corte Cost., 15 novembre 1988, n. 1029) e per la salute (Corte Cost., 3 giugno 1989, n. 391);

l'imposizione in concreto del vincolo paesistico «contribuisce alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio» (Corte Cost., 21 novembre 1997, n. 345) e ne evita le alterazioni (Corte Cost., 22 ottobre 1996, n. 355);

in sintesi, l'art. 9 della Costituzione «tutela il paesaggio-ambiente, come espressione di principio fondamentale dell'ambito territoriale in cui si svolge la vita dell'uomo e si sviluppa la persona umana» (Corte Cost., 27 luglio 2000, n. 378; 1 aprile 1998, n. 85).

Sotto tale profilo, va rimarcato che, sia pure in un quadro normativo mutevole, il legislatore ordinario ha attuato i principi costituzionali con regole univoche e consolidate per la determinazione dei concetti di ambiente e di paesaggio:

a) la legge 8 luglio 1986, n. 349, ha considerato l'ambiente «un bene immateriale unitario sebbene a varie componenti, ciascuna delle quali può anche costituire, isolatamente e separatamente, oggetto di cura e di tutela ma tutte, nell'insieme, sono riconducibili ad unità» (Corte Cost. 30 dicembre 1987, n. 641; 28 maggio 1987, n. 210), sicché vi rientrano tutti gli aspetti,

anche non strettamente naturalistici, concernenti le «*condizioni ambientali*» e la «*qualità della vita*» anche in ambito locale e in particolare la tutela del paesaggio, del suolo, delle acque e dell'aria e la gestione o la materiale modificazione del territorio (il che determina l'ambito di applicazione dei commi 1 e 5 dell'art. 18 della legge n. 349 del 1986);

b) la tutela del paesaggio (quale parte del territorio meritevole di particolare protezione, secondo le valutazioni del legislatore o, in concreto, dell'autorità amministrativa, in ragione dei valori naturali, culturali e archeologici) ai sensi dell'art. 9 Cost. comporta la titolarità delle funzioni statali e di interessi localmente non frazionabili, nei loro rapporti con le autonomie, cui possono essere attribuite competenze in ordine alla gestione del vincolo, in coerenza col principio di sussidiarietà.

La stretta connessione tra la tutela dell'ambiente e quella del paesaggio è stata ulteriormente rafforzata:

– dal Trattato istitutivo della Comunità europea (come modificato col Trattato di Amsterdam del 1999), che al titolo XVI e all'art. 130 R (sull'«*ambiente*») si riferisce alla «*politica della Comunità in materia ambientale*» (tendente agli obiettivi della «*salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente*», della «*utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali*», della prevenzione dei danni all'ambiente, in cooperazione con gli Stati membri) e all'art. 130 S prevede la competenza del Consiglio sulle «*misure concernenti l'assetto territoriale*» e la «*destinazione dei suoli*»;

– dal vigente art. 117, secondo comma, lettera *s*), della Costituzione (come modificata dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3), che, in stretta connessione con l'art. 9, ha attribuito alla legislazione esclusiva dello Stato «*la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali*» (con la possibilità di attribuire alle Regioni condizioni particolari di autonomia, come previsto dal novellato art. 116, terzo comma).

Dai principi suesposti emerge, dunque, che mediante la tutela del paesaggio e l'imposizione dei vincoli paesistici si salvaguarda l'ambiente (nel suo complesso tutelato dalle normative di settore concernenti l'uso globale del territorio), tanto che la legislazione ordinaria è oramai da tempo univocamente orientata nel senso di qualificare i beni sottoposti a vincolo paesistico come aree «*di particolare interesse ambientale*» (v. la stessa intitolazione del decreto legge n. 312 del 1985, convertito nella legge n. 431 del 1985, e dell'art. 82 del decreto legislativo n. 616 del 1977).

5. Sotto il profilo delle competenze, a parte le specifiche previsioni degli statuti delle Regioni a statuto speciale, anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione i poteri previsti dalla legge fondamentale n. 1497 del 1939 sono stati esercitati dalle autorità statali e non sono stati decentrati agli enti locali.

Con l'istituzione delle Regioni a statuto ordinario e l'entrata in vigore dell'art. 1, ultimo comma, del decreto legislativo 15 gennaio 1972, n. 8, lo Stato ha trasferito alle Regioni il solo potere di approvazione dei piani paesistici (in considerazione della stretta connessione con i poteri di pianificazione urbanistica - contestualmente trasferiti -, per consentire una razionale programmazione ed evitare di far sorgere aspettative di modifica di aree meritevoli di protezione sotto il profilo paesistico).

Tutti gli altri poteri previsti dalla legge n. 1497 del 1939 (riguardanti la imposizione del vincolo paesistico, l'autorizzazione di opere sull'area vincolata, il controllo sulle attività, la vigilanza e la repressione degli abusi) sono rimasti nella titolarità dello Stato, con una scelta che la Corte Costituzionale (sent. 24 luglio 1972, n. 141) ha ritenuto consentita dalla netta distinzione sancita nella Costituzione in ordine alla tutela del paesaggio e alla materia dell'urbanistica (Corte Cost., 23 luglio 1997, n. 262; 28 luglio 1995, n. 417; 22 luglio 1987, n. 183; 27 giugno 1986, n. 152; 29 dicembre 1982, n. 239).

In base al sistema non modificato nel 1972, salve le autonomie speciali soltanto lo Stato era titolare del potere, tra gli altri, di accogliere o di respingere la domanda di autorizzazione paesistica, senza alcun margine di diverse valutazioni regionali o di enti locali territoriali.

6. In un'ottica di particolare valorizzazione e di responsabilizzazione delle Regioni a statuto ordinario, il primo comma dell'art. 82 del citato decreto legislativo n. 616 del 1977 ha delegato alle Regioni «*le funzioni amministrative esercitate dagli organi centrali e periferici dello Stato per la protezione delle bellezze naturali per quanto attiene alla loro individuazione, alla loro tutela e alle relative sanzioni*».

Il secondo comma ha in particolare delegato il potere di «*individuazione delle bellezze naturali*» (lett. a) e quello concernente «*la concessione delle autorizzazioni o nulla osta per le loro modificazioni*» (lett. b).

Lo Stato (oltre ai poteri di direttiva e di coordinamento previsti in generale dalla legge delega 22 luglio 1975, n. 382) ha mantenuto i poteri:

a) «*di integrare gli elenchi delle bellezze naturali approvate dalla Regione*» (secondo comma, lett. a);

b) di esprimere parere contrario alla revoca e alla modifica del vincolo disposto con «*le notifiche di notevole interesse pubblico delle bellezze naturali e panoramiche*» (terzo comma);

c) di «*inibire lavori*» o di «*disporre la sospensione, quando essi rechino pregiudizio a beni qualificabili come bellezze naturali anche indipendentemente dalla loro inclusione negli elenchi*» (quarto comma).

In base alle riportate disposizioni dell'art. 82, la materia del paesaggio è stata delegata alle Regioni, alcune delle quali (per quanto rileva il presente giudizio, v. anche l'art. 4 della legge della Regione Lombardia 9 giugno 1997, n. 18) hanno per lo più subdelegato ai Comuni il potere di rilasciare l'autorizzazione paesistica.

Pertanto, a seguito della riforma del 1977, in base ad una regola opposta a quella precedente:

nel proprio territorio soltanto la Regione (ovvero l'ente subdelegato) poteva esercitare il potere di rilasciare l'autorizzazione paesistica, senza alcuna possibilità dello Stato di consentire la realizzazione delle opere;

il Ministro, però, era titolare dell'incisivo potere interdittivo previsto in via generale dal quarto comma, e cioè del potere di «*inibire lavori*» e di «*disporre la sospensione*», quando, secondo la sua discrezionale valutazione, essi avessero recato «*pregiudizio a beni qualificabili come bellezze naturali anche indipendentemente dalla loro inclusione negli elenchi*».

In altri termini, nel sistema disegnato dal decreto legislativo n. 616 del 1977, lo Stato:

a) non poteva fare prevalere le sue valutazioni eventualmente favorevoli alla modifica dei luoghi, se la domanda di autorizzazione paesistica era respinta dall'autorità delegata o da quella subdelegata;

b) sulla base di proprie valutazioni tecnico-discrezionali, opposte a quelle dell'autorità delegata o subdelegata, poteva però impedire (in assenza di un limite temporale) la modifica dei luoghi anche nel caso di rilascio della autorizzazione, ad estrema difesa del vincolo per impedire ogni «pregiudizio» su aree già vincolate o ancora non vincolate, ma qualificabili come bellezze naturali.

Nella prassi, tale potere interdittivo riguardava anche lavori su aree già soggette al vincolo paesistico (v. anche Corte Cost., 21 dicembre 1985, n. 359, che si è pronunciata su un ricorso proposto contro un atto statale di data 20 giugno 1984) e comportava che, anche dopo la conclusione del procedimento col rilascio dell'autorizzazione paesistica, il Ministero poteva operare un giudizio «di merito», contrario alla realizzazione di quanto autorizzato, per esigenze di salvaguardia dell'area protetta.

7. È poi stato emanato il decreto legge n. 312 del 1985, convertito con modificazioni nella legge n. 431 del 1985, che ha profondamente innovato la normativa sostanziale a tutela dell'ambiente e del paesaggio e quella concernente la determinazione dei poteri statali e di quelli regionali.

7.1. Come è stato più volte sottolineato nel corso dei lavori parlamentari della legge n. 431 del 1985, il decreto legge n. 312 del 1985 ha inteso introdurre una «normativa ponte» e «non definitiva» (Corte Cost., 27 giugno 1986, n. 151) per due ragioni ben determinate, che hanno ispirato i redattori sia del decreto legge, sia dell'articolato finale della legge di conversione.

In primo luogo, nel corso dei lavori che hanno condotto alla approvazione della legge 28 febbraio 1985, n. 47, riguardante il condono degli abusi edilizi commessi entro il 1° ottobre 1983, il Governo e pressoché tutte le forze politiche avevano segnalato la necessità di introdurre rapidamente norme più efficaci sulla tutela dell'ambiente e del paesaggio.

In sede politica era infatti emersa la necessità di evitare il ripetersi delle «deturpazioni», che avevano notevolmente peggiorato la situazione già lucidamente rappresentata nei lavori finali della commissione istituita ai sensi della legge 26 aprile 1964, n. 310 [cfr. anche i riferimenti del relatore per l'VIII Commissione (Istruzione) all'emersione «dei dissesti determinati a danno del patrimonio naturale del nostro Paese»: p. 30045 del resoconto delle discussioni nella seduta del 24 luglio 1985 dell'Assemblea della Camera dei Deputati].

Come ha osservato al riguardo la Corte Costituzionale (31 marzo 1988, n. 369), «il legislatore, con la legge citata, ha inteso chiudere un passato d'illegalità di massa, alla quale aveva anche contribuito la non sempre perfetta efficienza delle competenti autorità amministrative ed ha mirato a porre

“sicure” basi normative per la repressione futura di fatti che violavano fondamentali esigenze sottese al governo del territorio, come la funzione sociale della proprietà (art. 42, secondo comma, Cost.) la tutela del paesaggio e del patrimonio storico ed artistico (art. 9, secondo comma, Cost.)».

In secondo luogo, il T.A.R. per il Lazio, con la sentenza 31 maggio 1985, n. 1548, aveva annullato l'art. 1 del decreto di data 21 settembre 1984 del sottosegretario di Stato del Ministero per i beni culturali ed ambientali (per la parte in cui esso aveva sottoposto al vincolo paesistico una serie di zone e di località individuate ed elencate per categorie, riconducibili all'intero territorio nazionale), in ragione del suo contrasto col principio di legalità.

7.2. Al dichiarato scopo di introdurre con una norma di rango legislativo i vincoli di salvaguardia imposti con l'art. 1 del decreto annullato in sede giurisdizionale, l'art. 1, comma 1, del decreto legge n. 312 del 1985 sotto il profilo sostanziale ha sottoposto al vincolo paesistico (non assoluto) i «beni e luoghi» elencati dalla lettera *a*) alla lettera *l*).

Rispetto alla tutela dei singoli beni vincolati con gli atti previsti dalla legge n. 1497 del 1939, la legge di conversione n. 431 del 1985 ha introdotto «una tutela del paesaggio improntata a integralità e globalità» ed ha spostato «l'accento dalle bellezze naturali, intese come dimensione (solo) estetica del territorio, al bene ambientale come bene culturale, con ciò riconoscendo valore estetico-culturale a vaste porzioni del territorio nazionale» (Corte Cost., 8 maggio 1998, ord. n. 158; 28 luglio 1995, n. 417; 24 luglio 1986, n. 151).

La legge ha sottoposto al vincolo paesistico le categorie di beni ambientali e culturali ivi determinate (ed elencate dal quinto comma del novellato art. 82 del decreto legislativo n. 616 del 1977) ed ha significativamente ampliato l'ambito delle aree sottoposte al vincolo, prevedendo una normativa non modificabile dalle Regioni (Corte Cost. 22 luglio 1996, n. 270) e una «protezione minimale, che non esclude né preclude normative regionali di maggiore o pari efficienza» (Corte Cost., 7 novembre 1994, n. 379; 13 luglio 1990, n. 327; 27 giugno 1986, n. 151), che contengano «imposizioni anche immediatamente vincolanti a difesa dei valori paesistici ed ambientali» (Corte Cost. 27 luglio 2000, n. 378), del resto anche tutelabili con leggi regionali di carattere urbanistico (Corte Cost., 29 dicembre 1982, n. 239).

Per rafforzare la tutela delle aree vincolate dalla legge n. 431 del 1985, l'art. 1-*sexies* (trasfuso nell'art. 163, comma 1, del testo unico n. 490 del 1999) ha disciplinato una specifica figura di reato, per i casi di esecuzione di «*lavori di qualsiasi genere*» «*senza la prescritta autorizzazione o in difformità da essa*» (tranne quelli previsti dal dodicesimo comma del novellato art. 82), così prevedendo, anche ai fini dell'applicabilità dell'art. 5 del codice penale, un sistema nel quale sussistono particolari doveri di diligenza e di informazione per l'interessato, in relazione alle condotte vietate ed al momento della produzione degli effetti del titolo abilitativo (Cass. pen., Sez. III, 7 marzo 1997, A.).

7.3. Quanto alle competenze, al comma 2, l'art. 1 del decreto legge n. 312 del 1985 aveva previsto che:

«le funzioni di vigilanza e tutela sull'osservanza del vincolo di cui al comma 1 sono esercitate anche dagli organi del Ministero per i beni culturali e ambientali», e cioè in concorrenza con i poteri dell'autorità delegata (o sub-delegata);

solo gli organi del Ministero *«provvedono altresì al rilascio del parere di cui all'articolo 7 della legge 29 giugno 1939, n. 1497»*.

Il decreto legge aveva dunque previsto la sostanziale abrogazione della lettera *b*) del secondo comma dell'art. 82 del decreto legislativo n. 616 del 1977, riattribuendo allo Stato il potere esclusivo di provvedere sulle domande volte ad ottenere l'autorizzazione paesistica.

7.4. A seguito dell'ampio dibattito svolto alla Camera dei Deputati nel corso dei lavori per la conversione del decreto legge, già nella seduta del 10 luglio 1985 il relatore della IX Commissione (lavori pubblici) aveva formulato osservazioni sull'opportunità di non fare esercitare soltanto dallo Stato il potere di esaminare le istanze di autorizzazione.

Al termine dei lavori della seduta, le Commissioni riunite VIII e IX hanno disposto la nomina di un comitato ristretto, che ha poi redatto il nuovo testo dell'art. 1, prevedendo l'aggiunta di otto commi agli originari quattro commi dell'art. 82 del decreto legislativo n. 616 del 1977: il nono comma del novellato art. 82 (non modificato nel corso dei successivi lavori parlamentari) ha ridisciplinato i rapporti tra i poteri statali e quelli regionali.

Nel suo testo finale, la legge n. 431 del 1985, da un lato, non ha modificato il quarto comma dell'art. 82 (specificamente riguardante le *«bellezze naturali»*) e attributivo di un potere di veto, basato anche su considerazioni di merito: v. il precedente punto 6), e, dall'altro, ha inserito quattro periodi nel nono comma (ora trasfuso nei distinti commi 3, 4 e 5 dell'art. 151 del testo unico n. 490 del 1999):

il primo ha attribuito alle Regioni il potere di esaminare la domanda di autorizzazione paesistica, entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla richiesta dell'interessato;

– il secondo ha fissato l'obbligo delle Regioni di trasmettere immediatamente allo Stato la comunicazione del rilascio della autorizzazione e la relativa documentazione;

– il terzo ha attribuito allo Stato il potere di emanare l'autorizzazione paesistica, nel caso di inerzia della Regione;

– il quarto, già sopra riportato, ha disposto che lo Stato *«può in ogni caso annullare, con provvedimento motivato, l'autorizzazione regionale entro i sessanta giorni successivi alla relativa comunicazione»*.

7.5. Contrariamente a quanto ha osservato il punto 3.4 della decisione di rimessione, il sistema della delega delle funzioni statali alle Regioni (introdotto col decreto legislativo n. 616 del 1977 e modificato con la legge n. 431 del 1985) è ancora attuale, poiché gli articoli 56 e 57 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, hanno riguardato il territorio e l'urbanistica e non hanno trasferito i compiti di tutela del paesaggio e dell'ambiente.

In primo luogo, la titolarità da parte dello Stato dei valori del paesaggio (più volte rimarcata anche dalla Corte Costituzionale in base all'art. 9 Cost.) comporta che la materia, pur se evolvesse nel senso della riduzione dei poteri statali, non potrebbe caratterizzarsi per il loro trasferimento (v. anche il vigente art. 117 Cost.).

In secondo luogo, i richiamati articoli 56 e 57 vanno interpretati tenendo conto delle complessive disposizioni del capo I della legge delega 15 marzo 1997, n. 59, che non ha riguardato la materia del paesaggio e, alla lettera c) del comma 4 dell'art. 1, ha escluso dalla delega «*i compiti di rilievo nazionale per la tutela dell'ambiente*».

Come già si è evidenziato nel precedente punto 4, nell'ambito della «*tutela dell'ambiente*» (di cui all'art. 1, comma 4, della legge n. 59 del 1997) rientra anche quella del paesaggio:

nell'ordinamento interno, ciò si evince sia dai principi costituzionali (dal novellato art. 117 e dall'art. 9 Cost., che «*tutela il paesaggio-ambiente*»: Corte Cost., 27 luglio 2000, n. 378; 1 aprile 1998, n. 85), sia dalla legislazione ordinaria (v. la legge n. 431 del 1985, che si è riferita alla «*tutela delle zone di particolare interesse ambientale*»);

nell'ordinamento comunitario, il trattato dell'Unione Europea ha previsto che la politica della Comunità riguardi, sotto tutti gli aspetti, la salvaguardia, la tutela e il miglioramento della qualità dell'ambiente (in una prospettiva per cui le istituzioni della Repubblica rispondono anche in sede comunitaria delle loro scelte).

In coerenza con il richiamato art. 1, comma 4, della legge n. 59 del 1997, il comma 3 dell'art. 57 del decreto legislativo n. 112 del 1998 pertanto ha tenuto «*fermo quanto disposto dall'articolo 149, comma 6*», e cioè ha disposto che «*restano riservate allo Stato le funzioni e i compiti statali in materia di beni ambientali*», previsti dall'art. 82 del decreto legislativo del 1977, come modificato nel 1985.

Le complessive disposizioni degli artt. 149 ss. del testo unico n. 490 del 1999 hanno poi riportato le disposizioni della legge n. 431 del 1985, in quanto non incise dal decreto legislativo n. 112 del 1998 circa l'ambito dei poteri del Ministero e delle Regioni.

Correttamente, pertanto, il sistema della delega è stato richiamato nelle premesse e nel testo dell'accordo concluso il 19 aprile 2001 tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome (pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* del 18 maggio 2001, n. 114, e avente per oggetto il coordinamento dei loro poteri in materia di tutela del paesaggio).

8. Quanto precede comporta che, nel sistema vigente alla data di emanazione dell'atto impugnato in primo grado e ancora attuale, salve le autonomie speciali il potere di rilasciare l'autorizzazione paesistica spetta:

– alla Regione (quale autorità delegata) ovvero all'ente subdelegato (con legge regionale, ai sensi del previgente art. 118, terzo comma, della Costituzione e del vigente art. 118, secondo comma), ai sensi del primo periodo del nono comma dell'art. 82 (e dell'art. 151, comma 2, del testo unico n. 490 del 1999);

– al Ministero, solo nel caso di inerzia della Regione (o dell'ente subdelegato), ai sensi del terzo periodo del nono comma dell'art. 82 (e dell'art. 151, comma 5, del testo unico), e previa comunicazione dell'istanza all'amministrazione inerte (salvi i casi previsti dai commi decimo e undicesimo dell'art. 82, di seguito esaminati).

8.1. In ragione di tale «concorrenza di poteri» (Corte Cost., 27 giugno 1986, n. 151), nel caso di inerzia (dell'autorità delegata e dello Stato) l'interessato può adire il giudice amministrativo ai sensi dell'art. 21-*bis* della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (nel testo introdotto dall'art. 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205), notificando il ricorso ad entrambe le autorità inerti (Sez. VI, 13 febbraio 2001, n. 685).

8.2. Qualora l'autorità delegata (o subdelegata) respinga la domanda di autorizzazione paesistica, il relativo diniego comporta la conclusione del procedimento, è immediatamente impugnabile e non comporta l'esercizio di poteri statali.

In tal caso, come nel sistema in vigore dal 1977, lo Stato non può sovrapporre la propria valutazione a quella dell'autorità delegata, anche se, in ipotesi, il diniego di autorizzazione sia viziato: salva la tutela giurisdizionale dell'interessato, il legislatore non ha previsto alcun potere statale di sindacare il diniego, perché questo, per definizione, non consente alcun mutamento dello stato dei luoghi e non richiede una ulteriore difesa del vincolo.

8.3. Qualora la Regione (o l'autorità subdelegata) accolga la domanda di autorizzazione paesistica, l'art. 82, nono comma, ha determinato i limiti, anche temporali, entro i quali può essere esercitato il potere statale «ad estrema difesa del vincolo» (Corte Cost., 27 giugno 1986, n. 151)

In tal caso, la legge dispone la prosecuzione del procedimento: va attivata una sua ulteriore fase necessaria e non autonoma (Sez. VI, 12 maggio 1994, n. 771; Sez. VI, 22 febbraio 1995, n. 963), nella quale il Ministero può annullare l'autorizzazione paesistica entro il prescritto termine di sessanta giorni.

Nell'ambito dell'unitario procedimento complesso (Sez. II, 31 marzo 1999, n. 268), volto al riscontro della possibilità giuridica di mutare lo stato dei luoghi, l'atto regionale (o dell'autorità individuata con la legge regionale o provinciale) conclude dunque il procedimento se respinge l'istanza, ma se l'accoglie diventa il presupposto formale (voluta dall'interessato, che «ne è già edotto in virtù di legge»: Sez. VI, 12 maggio 1994, n. 771) la cui comunicazione al Ministero attiva il necessario riesame del contenuto della autorizzazione (che, nell'inerzia della autorità emanante, lo stesso richiedente può sollecitare: Corte Cost., 4 giugno 1997, n. 170).

Entro il termine perentorio sancito dalla legge, il Ministero può pronunciarsi *re adhuc integra* quando ancora non è consentita la mutazione dello stato dei luoghi (Sez. VI, 3 novembre 1999, n. 1693; Sez. VI, 20 novembre 1998, n. 1581; Sez. VI, 6 ottobre 1998, n. 1348), perché non avrebbe avuto senso attribuirgli il potere di annullare l'autorizzazione, quando già i luoghi fossero stati modificati (Sez. VI, 13 febbraio 2001, n. 685).

Infatti, salva la necessità degli ulteriori prescritti titoli abilitativi, l'ordinamento consente la modifica dei luoghi quando le determinazioni del Ministero siano divenute inoppugnabili, e in particolare quando il Ministero con un atto espresso ritenga di non annullare l'autorizzazione paesistica, ovvero lasci decorrere il termine di sessanta giorni senza disporre l'annullamento (cfr. Cass. pen., Sez. VI, 26 maggio - 7 luglio 1999, n. 8631; Cass. pen., sez. III, 9 febbraio 1998, S.; Cons. Stato, Sez. VI, 13 febbraio 2001, n. 685; Sez. VI, 20 ottobre 2000, n. 5651; Sez. V, 15 settembre 1997, n. 963).

L'autorità che ha emesso l'autorizzazione deve in tal caso prendere atto del perfezionamento della fattispecie legale costitutiva dei suoi effetti e deve comunicare la circostanza all'originario richiedente, affinché possano cominciare i lavori (ove non siano richiesti altri titoli abilitativi) e siano svolte le dovute attività di vigilanza.

9. Al fine di determinare l'ambito delle valutazioni che il Ministero può porre a base dell'annullamento della autorizzazione, vanno ora precisati la natura e gli effetti (sostanziali e processuali) dell'atto di annullamento e va verificato come tali effetti incidano sull'equilibrio dei poteri statali e regionali.

9.1. Al riguardo, vanno ancora richiamati i lavori preparatori della legge n. 431 del 1985.

Nel corso delle sedute del 24 e del 25 luglio 1985 (come si evince da pp. 30054 ss. e 30245 ss. del resoconto delle discussioni delle Commissioni riunite VIII e XI), un componente del comitato ristretto (che ha contribuito alla stesura dell'articolo, confluito nell'emendamento poi accolto) ha evidenziato:

come (rispetto al sistema del 1977) sia stato modificato il procedimento di rilascio della autorizzazione, «al fine di attuare anche qui il principio della concorrenza nel procedimento tra Regioni e Stato», in quanto «consente sia alle Regioni che al Ministero di svolgere un proprio ruolo (consente al Ministero di far valere esigenze nazionali di tutela, di salvaguardia anche nei confronti di Regioni che non se ne facciano carico e, nel contempo, responsabilizza anche queste ultime)»;

come l'art. 82 abbia così previsto «una nuova strumentazione di quella concorrenza di competenze e di poteri tra Regione e Stato che già era stabilita dall'art. 82 del decreto n. 616, con una soluzione peculiare e adatta alle particolari caratteristiche degli interventi, nei quali si sommano interessi e competenze di cui sono portatrici le collettività locali e regionali, quelli alla pianificazione ed alla gestione del territorio, e interessi e competenze di cui sono portatori la collettività nazionale e lo Stato, quelli alla difesa dei valori paesistici e ambientali» (v. p. 30246).

Tenuto conto di tali lavori (che hanno richiamato un potere di riesame e non di controllo sulla autorizzazione) e valutati i principi costituzionali sopra richiamati sulla titolarità dello Stato dei poteri riguardanti la tutela del paesaggio (più volte rimarcati dalla Corte Costituzionale), deve ritenersi che, anche in relazione al procedimento in esame, la «concorrenza di poteri» tra

lo Stato e la Regione (o l'ente subdelegato) si fonda sulla cogestione dei valori paesistici e si manifesta mediante provvedimenti di amministrazione attiva: l'annullamento della autorizzazione costituisce espressione del potere di cogestione del vincolo, ad estrema sua difesa (Corte Cost., 18 ottobre 1996, n. 341; 27 giugno 1986, n. 151).

9.2. La sussistenza di un potere di cogestione dei valori paesistici emerge anche dalle disposizioni degli statuti delle Regioni a statuto speciale e dai principi costituzionali riguardanti i rapporti tra lo Stato e le altre Regioni.

Per quanto riguarda le Regioni a statuto speciale, poiché le disposizioni dell'art. 1 della legge n. 431 del 1985 (cioè quelle del novellato art. 82) per il successivo art. 2 «*costituiscono norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica*» e applicabili per tutte le Regioni (v. Corte Cost., 25 ottobre 2000, n. 437; 18 ottobre 1996, n. 341; 22 luglio 1996, n. 270; 9 dicembre 1991, n. 437; 27 giugno 1986, n. 151), il novellato nono comma è stato impugnato in via diretta innanzi alla Corte Costituzionale, per il dedotto suo contrasto con gli statuti speciali, che non ammettono alcun controllo statale sugli atti regionali (e prevedono in alcuni casi soltanto il controllo della Corte dei Conti, mentre per la Valle d'Aosta è previsto il controllo di una commissione di coordinamento: v. il decreto legislativo n. 44 del 1998).

Tali impugnazioni sono state respinte dalla Corte Costituzionale (con la sentenza 27 giugno 1986, n. 151, punti 5, 6 e 7 della motivazione), che ha complessivamente ricostruito i poteri statali, rilevando «che la visuale della concorrenza di poteri tra Stato e Regione secondo un modello ispirato al principio di cooperazione rende non utile il richiamo alla tematica dei controlli».

Per quanto riguarda le altre Regioni, ugualmente va esclusa la sussistenza di un potere statale di controllo, poiché:

a) il potere statale ha la medesima natura in relazione a tutte le autorizzazioni paesistiche (escluso che vi sia un controllo per le autorizzazioni emesse dalle Regioni a statuto speciale, deve escludersi che esso sussista per le autorizzazioni emesse dalle Regioni a statuto ordinario o dagli enti subdelegati);

b) l'originario art. 125 della Costituzione, al primo comma, disponeva che «*il controllo di legittimità sugli atti amministrativi della Regione è esercitato, in forma decentrata, da un organo dello Stato*», sicché, ove il potere di annullamento del Ministro fosse riferibile ad una funzione di controllo «in sede centrale» (e pure a seguito del decreto ministeriale del 18 dicembre 1996, che ha in parte delegato i poteri ai Sopsintendenti), non potrebbe che affermarsi l'incostituzionalità parziale del medesimo art. 82, nono comma (ciò che la Corte Costituzionale ha decisamente escluso, proprio per l'assenza di un potere statale di controllo);

c) il medesimo art. 125, primo comma, aveva delimitato tassativamente l'ambito dei poteri di annullamento in sede di controllo degli atti regionali, che non possono essere previsti dalla legislazione ordinaria [Corte Cost., 21 aprile 1989, n. 229, sulla parziale incostituzionalità dell'art. 2, terzo comma, lett. p), della legge 23 agosto 1988, n. 400, in tema di annullamento straordinario governativo degli atti regionali].

Per la verifica dei fondamenti costituzionali del nono comma dell'art. 82, risulta pertanto ininfluente l'abrogazione del primo comma dell'art. 125 Cost., disposta con l'art. 9, comma 2, della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

9.3. Del resto, mentre secondo i principi generali alla decisione di annullamento di un atto controllato va riconosciuta natura vincolata e di atto dovuto (Sez. V, 25 maggio 1998, 681; Sez. V, 5 giugno 1997, n. 598; Sez. IV, 7 luglio 1993, n. 672; Sez. IV, 14 maggio 1993, n. 536), è pacifico che il Ministero (salva la tutela giurisdizionale di chi impugni l'autorizzazione) può anche ritenere pienamente giustificato l'accoglimento dell'istanza e non annullare l'autorizzazione paesistica, qualora essa non risulti adeguatamente motivata (Sez. VI, 13 febbraio 2001, n. 685).

Pertanto, anche la natura discrezionale e non vincolata del potere statale di annullamento dell'autorizzazione (Corte Cost., 25 ottobre 2000, n. 437) esclude la configurabilità di un potere di controllo.

9.4. Il Ministero, come la Regione, esercita dunque il potere previsto dal richiamato nono comma dell'art. 82 (e dall'art. 151, comma 4, del testo unico) quale titolare degli interessi primari protetti, in funzione di gestione e di salvaguardia dei valori paesistici coinvolti (Sez. VI, 13 febbraio 2001, n. 685; Sez. VI, 20 ottobre 2000, n. 5651).

Così come in sede di approvazione di uno strumento urbanistico la Regione gestisce gli interessi urbanistici di cui è titolare nell'ambito di una fattispecie a formazione progressiva (Corte Cost., 15 novembre 1985, n. 286), così lo Stato gestisce gli interessi di cui è titolare quando riesamina la legittimità delle autorizzazioni paesistiche e con le proprie determinazioni incide sul momento costitutivo dei loro effetti e sulla modificabilità delle aree sottoposte a salvaguardia.

Vi sono tuttavia rilevanti differenze tra il potere della Regione di approvare il piano urbanistico (quale titolare delle funzioni previste dall'art. 117 Cost, nel suo testo originario ed in quello sostituito con la legge costituzionale n. 3 del 2001) e quello dello Stato di annullare le illegittime autorizzazioni paesistiche:

– nell'attuale sistema, l'approvazione regionale del piano urbanistico è indefettibile (Corte Cost., 26 giugno 2001, n. 206), non può avere luogo per silenzio-assenso a seguito della mera inerzia e, inoltre, può apportare modifiche al piano adottato dal Comune (v. l'art. 10 della legge 17 agosto 1942, n. 1150), sicché esso può essere qualificato come atto complesso (sia pure a complessità diseguale o non paritaria);

– invece, una volta rilasciata l'autorizzazione paesistica, da un lato il mancato esercizio del potere di annullamento nel termine di sessanta giorni, come constatato dall'autorità emanante, comporta un sostanziale silenzio-consenso e la produzione degli effetti della autorizzazione (sicché la fattispecie abilitativa si perfeziona anche in assenza di un espresso atto statale di consenso), e dall'altro la legge non consente che il tempestivo provvedimento statale modifichi l'autorizzazione e influisca su cosa possa essere realizzato.

Se le caratteristiche progettuali autorizzate risultano manifestamente irragionevoli o si fondano su una inidonea istruttoria o valutazione (anche degli interessi nazionali), il Ministero non può imporre modifiche o subordinare il conseguimento dell'efficacia della autorizzazione all'adeguamento del progetto alle sue diverse valutazioni, perché in tal modo i luoghi sarebbero modificati in difformità delle valutazioni della Regione (o dell'ente subdelegato), ciò che il legislatore radicalmente non ha ritenuto di consentire.

In altri termini, in sede di riesame della legittimità della autorizzazione, il Ministero o ritiene di prestarvi il proprio consenso (manifestato con un atto espresso o col silenzio-consenso per il decorso del termine legale per l'annullamento) oppure manifesta il proprio dissenso e ne dispone l'annullamento: *tertium non datur*.

Pertanto, quando il Ministero annulla legittimamente l'autorizzazione paesistica, l'autorità delegata può riesaminare l'originaria istanza tenendo conto delle valutazioni del Ministero sui vizi della autorizzazione annullata.

Similmente, qualora il suo provvedimento (impeditivo del silenzio-consenso) sia annullato per un vizio attinente alla motivazione o di natura procedimentale (diverso dal superamento del termine), *re adhuc integra* il Ministero può emanare l'ulteriore atto tenendo conto delle statuizioni del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 26 della legge n. 1934 del 1971, sull'esercizio del potere amministrativo nel caso di annullamento di un atto illegittimo, ma rispettoso del termine (Sez. VI, 13 febbraio 2001, n. 685; Sez. V, 8 luglio 1995, n. 1034).

10. Quanto alle valutazioni che il Ministero può formulare in sede di esercizio di gestione dei valori paesistici e ambientali «ad estrema difesa del vincolo», e al fine di definire cosa debba intendersi per «vizio di legittimità» e per «vizio di merito», va richiamata la incontestata giurisprudenza per la quale l'autorizzazione paesistica può essere annullata per qualsiasi vizio di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere.

Al riguardo, vanno sottolineate alcune regole essenziali riguardanti l'esame della domanda di autorizzazione paesistica, sia per determinare quale sia «il controllo di merito» che per la decisione di rimessione potrebbe effettuare il Ministero, sia per esaminare la questione di costituzionalità da questo proposta, per il caso in cui il nono comma dell'art. 82 non consenta tale «controllo di merito».

10.1. Per la pacifica giurisprudenza, il Ministero può annullare l'autorizzazione paesistica anche quando risulti un suo profilo di eccesso di potere (per sviamento, insufficiente motivazione, difetto di istruttoria, illogicità manifesta).

In particolare, in considerazione della tendenziale irreversibilità dell'alterazione dello stato dei luoghi, l'atto che esamina la domanda di autorizzazione deve essere coerente col piano paesistico (ove emanato), si deve basare su una idonea istruttoria e su una adeguata motivazione (da cui devono risultare le ragioni poste a base della affermata prevalenza di un interesse diverso da quello tutelato in via primaria) e deve tenere conto del principio di leale cooperazione che in materia domina i rapporti tra il Ministero e le Regioni (Corte Cost., 25 ottobre 2000, n. 437; 4 giugno 1997, n. 170; 18 ottobre 1996, n. 341; 7 novembre 1994, n. 379; 10 marzo 1988, n. 302; 27 giugno 1986, n. 151 e 153; 21 dicembre 1985, n. 359; 1 aprile 1985, n. 94).

10.2. Per quanto riguarda la coerenza col piano paesistico, va rimarcato che l'art. 1-*bis* della legge n. 431 del 1985 ha sancito l'obbligo per le Regioni:

– di sottoporre «*a specifica normativa d'uso e di valorizzazione ambientale*» le aree previste dal quinto comma del novellato art. 82 del decreto legislativo n. 616 del 1977;

– conseguentemente, di redigere il piano paesistico, ovvero quello urbanistico-territoriale con «*specifica considerazione dei valori paesistici ed ambientali*».

Il legislatore ha ritenuto che tali piani siano essenziali per la programmata e razionale gestione del vincolo, anche per evitare che in sede di rilascio delle singole autorizzazioni vi siano valutazioni episodiche o non consapevoli, avulse da una considerazione più ampia del contesto ambientale su cui incidano i lavori autorizzati e influite «dalla pressione condizionante del singolo progetto» (Sez. II, 20 maggio 1998, n. 549): «da un controllo estemporaneo, frammentario e caso per caso, nel quale il piano è meramente eventuale (e perciò raro), si passa, con i piani previsti dalla legge n. 431 del 1985, ad un controllo razionale, programmato e necessario» (Corte Cost., 28 luglio 1995, n. 417).

I piani paesistici risultano tanto essenziali per la razionale gestione e conservazione del vincolo, da avere indotto il legislatore (oltre a imporre vincoli assoluti, in loro attesa) ad incidere sul trasferimento del potere di approvazione, già disposto con l'art. 1 del decreto legislativo n. 8 del 1972: per il caso di persistente inattività della Regione, l'art. 1-*bis* della legge n. 431 del 1985 (trasfuso nell'art. 149, comma 3, del testo unico) ha previsto il potere sostitutivo statale (nel rispetto della leale cooperazione: Corte Cost., 13 febbraio 1995, n. 36).

Al riguardo, la Corte Costituzionale ha ritenuto che l'art. 1 bis sia conforme ai principi costituzionali, in considerazione dell'esigenza di tutelare il paesaggio non solo sotto il profilo «conservativo e statico», ma anche per quello «gestionale e dinamico» (sent. 27 giugno 1986, n. 151).

In tal modo, il piano paesistico determina l'ambito delle consentite modifiche delle aree protette, fissa predeterminati e trasparenti criteri di esame delle domande ed evita che le scelte tecnico-discrezionali di gestione del vincolo siano effettuate (per la prima volta ed episodicamente) dopo il sorgere di aspettative di edificazione e a seguito della conclusione dei procedimenti urbanistici o edilizi, che rendono più frequenti e marcati i conflitti in ordine agli interessi che debbano prevalere.

È altamente significativo, al riguardo, constatare come nella sede amministrativa (e, conseguentemente, in quella giurisdizionale) le divergenze tra il Ministero e le Regioni (e le autorità da queste rese competenti) sorgano maggiormente in assenza delle previsioni del piano paesistico, e cioè in fattispecie caratterizzate dal mancato rispetto dell'obbligo di approvazione del medesimo piano.

Proprio per prevenire conflitti, per concertare le soluzioni e per evitare previsioni urbanistiche incompatibili con le esigenze di salvaguardia per ragioni ambientali, nella sede della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome, in data 19 aprile 2001 è stato

concluso l'accordo richiamato al precedente punto 7.6., concernente i criteri fondamentali per l'elaborazione dei piani paesistici, nei loro rapporti con i piani urbanistici, e per il rilascio delle autorizzazioni.

L'accordo:

- ha rimarcato la rilevanza della Convenzione europea del paesaggio, firmata a Firenze il 20 ottobre 2000, ed ha impegnato tutte le Autorità a redigere i piani paesistici di salvaguardia nel rispetto del principio di leale collaborazione e di altri principi ivi indicati;

- ha individuato alcuni criteri, cui comunque si deve attenere l'autorità competente ad esaminare la domanda di autorizzazione (tanto che l'accordo ha previsto che sia revocata la subdelega, nel caso di loro inosservanza da parte dell'ente subdelegato).

10.3. Ciò comporta che la domanda di autorizzazione va esaminata tenendo conto delle previsioni del piano paesistico e dei principi correlativi alla regola-cardine della leale cooperazione (anche esplicitati formalmente nel citato accordo): se l'autorizzazione contrasta con le previsioni del piano, dà una ingiustificata preferenza ai soli interessi della collettività locale e comunque si pone in contrasto col principio di leale cooperazione, è configurabile un vizio di legittimità, che può essere posto a base dell'atto ministeriale di annullamento.

Ove ancora non sia stato adempiuto l'obbligo di redazione del piano paesistico, l'esame della domanda di autorizzazione va effettuato ugualmente nel rispetto dei principi correlativi alla regola della leale cooperazione, con motivate valutazioni sull'incidenza complessiva e della visibilità dell'intervento progettato nel più vasto contesto ambientale.

In particolare, l'autorità che esamina la domanda:

- deve manifestare la piena consapevolezza delle conseguenze derivanti dalla realizzazione delle opere e non può fondarsi «su un modulo-tipo», da cui non si evincano le specifiche caratteristiche dei luoghi e del progetto (Sez. VI, 25 luglio 1994, n. 1267);

- deve verificare se la realizzazione del progetto contrasti con le direttive e gli atti di coordinamento (previsti dall'art. 4 del decreto legislativo n. 616 del 1977), incida sul razionale esercizio del potere di pianificazione paesistica o comporti una progressiva o ulteriore compromissione dell'area protetta (Sez. II, 17 giugno 1998, n. 853; Sez. VI, 22 dicembre 1995, n. 1402; Sez. VI, 28 agosto 1995, n. 820);

- deve valutare gli interessi nazionali (riferibili al particolare pregio dell'area nota a livello internazionale, al suo carattere monumentale o di bellezza naturale, all'esigenza di evitare l'antropizzazione o sconvolgimenti per la fauna o la flora) e rispettare gli obblighi assunti in sede comunitaria (v. artt. 130 R ss. del Trattato) o con convenzioni internazionali (v. Corte Cost., 12 dicembre 1991, n. 464; 25 luglio 1984, n. 223; 23 luglio 1980, n. 123, sul rilievo degli interessi statali, «anche nelle materie trasferite o delegate alle Regioni, attinenti ai rapporti internazionali»), ai sensi dell'art. 4, primo comma, del decreto legislativo n. 616 del 1977).

Se la salvaguardia riguarda un'area vincolata con uno specifico atto amministrativo (che ne abbia constatato il particolare pregio), la domanda di autorizzazione va altresì esaminata tenendo conto delle specifiche valutazioni effettuate nel decreto di vincolo, sul cui oggetto si intende incidere (Sez. VI, 11 giugno 1990, n. 600).

In ogni caso, la domanda di autorizzazione va valutata tenendo conto della funzione di tale atto, che non è quella di rimuovere il vincolo, ma «di accertare in concreto la compatibilità dell'intervento col mantenimento e l'integrità dei valori dei luoghi» (Sez. VI, 14 novembre 1991, n. 828, che ha formulato il principio, unanimemente richiamato dalla successiva giurisprudenza, per cui l'annullamento statale può essere disposto anche quando, per la mancata considerazione di un rilevante elemento di fatto, «la valutazione di compatibilità, che si traduca in una oggettiva deroga, si risolve in una autorizzazione illegittima per sviamento o travisamento»: Sez. VI, 13 febbraio 2001, n. 685; Sez. II, 10 gennaio 2001, n. 1614; Sez. VI, 8 agosto 2000, n. 4345; Sez. VI, 6 luglio 2000, n. 3793; Sez. II, 31 marzo 1999, n. 268; Sez. IV, 4 dicembre 1998, n. 1734; Sez. VI, 9 aprile 1998, n. 460; Sez. VI, 17 aprile 1997, n. 609; Sez. VI, 19 luglio 1996, n. 968).

Ovviamente, tali principi si applicano anche nei casi in cui la legge regionale o provinciale abbia attribuito ad un'altra amministrazione il potere di esaminare la domanda: l'autorità che esercita la funzione in luogo della Regione è tenuta a rispettare le regole di buona amministrazione ed il principio di leale cooperazione, che ispira l'esercizio della funzione devoluta.

Concludendo sul punto, si deve affermare che anche la mancata valutazione degli interessi nazionali o di rilevanti circostanze di fatto e l'inadeguatezza della motivazione comportano l'illegittimità dell'autorizzazione paesistica per eccesso di potere, che può dare luogo all'annullamento.

11. Anche se l'atto statale di annullamento è espressione di un potere di amministrazione attiva «ad estrema difesa del vincolo» (Corte Cost., 18 ottobre 1996, n. 341; 27 giugno 1986, n. 151), contrariamente a quanto prospettato nella decisione di rimessione, va invece escluso che il Ministero possa annullare l'autorizzazione paesistica sulla base di proprie considerazioni tecnico-discrezionali, contrarie a quelle effettuate dalla Regione o dall'ente subdelegato, rispettose dei principi sopra esposti.

La soluzione «estensiva» va esclusa sulla base di alcuni argomenti testuali e sistematici.

11.1 In primo luogo, l'art. 82 ha espressamente previsto i casi in cui il Ministero possa gestire l'area vincolata con scelte tecnico-discrezionali prevalenti su quelle assunte dalla Regione:

- in base al terzo periodo del nono comma (v. art. 151, comma 5, del testo unico), il Ministero può effettuare le proprie scelte tecnico-discrezionali sulla accoglibilità della domanda, quando la Regione non l'abbia tempestivamente esaminata;

- in base al decimo e all'undicesimo comma (v. l'art. 156 del testo unico), in relazione alle «opere da eseguirsi da parte di amministrazioni statali» il Ministero può anche provvedere «in difformità della decisione regionale».

Sotto tale aspetto, va rimarcato che il decimo comma dispone che il Ministero «in ogni caso» può effettuare le proprie valutazioni «*anche in difformità della decisione regionale*», proprio per evidenziare che, solo per tali opere, la scelta finale spetta al Ministero, che può effettuare valutazioni (sugli interessi coinvolti) diverse ed opposte a quelle già formulate dalla Regione.

Pertanto, l'espressione del nono comma su cui si è incentrata la Sesta Sezione nella decisione di rimessione (in base alla quale il Ministro può annullare «*in ogni caso*» l'autorizzazione regionale) non può essere intesa nel senso che da sola (e in assenza di ogni elemento testuale simile a quello previsto dal decimo comma) costituisca il fondamento del potere ministeriale di riesame «di merito»:

il decimo comma ha attribuito un potere decisorio discrezionale (con l'espressione «può in ogni caso»), in base al quale la scelta finale spetta al Ministero («*anche in difformità della decisione regionale*»);

il nono comma ha attribuito un simile potere tecnico-discrezionale (con l'identica espressione «*può in ogni caso*»), soltanto in relazione alla scelta di annullare o di non annullare l'autorizzazione illegittima (qualora l'originaria domanda si manifesti in sé accoglibile), ma ha precluso che la scelta finale sia effettuata dal Ministero, perché non ha ripetuto l'ulteriore espressione «*in difformità della decisione regionale*».

11.2. In secondo luogo, il novellato nono comma dell'art. 82 non ha attribuito al Ministero un potere corrispondente a quello previsto dal suo originario quarto comma, riguardante il potere di evitare «*pregiudizio a beni qualificabili come bellezze naturali*».

Come si è osservato nel precedente punto 6, prima della riforma del 1985 il quarto comma dell'art. 82 ha previsto il potere del Ministero di formulare valutazioni di merito e contrarie alla modifica dei luoghi (anche se era stata rilasciata l'autorizzazione), mediante un atto successivo alla conclusione del procedimento.

Mediando il riparto dei poteri tra lo Stato e le Regioni, il novellato nono comma dell'art. 82:

ha fissato il principio per cui il Ministero può impedire la realizzazione delle opere autorizzate, mediante l'esercizio del potere di annullamento (sicché il quarto comma è divenuto inapplicabile per i casi in cui la Regione abbia emesso una autorizzazione divenuta efficace, perché essa è annullabile entro il prescritto termine di sessanta giorni);

ha disciplinato il potere di annullamento con una espressione ben diversa da quella contenuta nel quarto comma (che espressamente ha attribuito il potere di impedire che sia arrecato «*pregiudizio*» all'area tutelata), con ciò disponendo univocamente che il Ministero non può effettuare una scelta finale difforme da quella legittimamente effettuata dalla Regione.

11.3. In terzo luogo, la legge non ha consentito al Ministero di modificare il contenuto dell'autorizzazione e di imporre modifiche progettuali, poiché in base al nono comma (come a suo tempo aveva osservato la circolare

ministeriale 31 agosto 1985, n. 8, al punto b) solo la Regione (o l'ente individuato dalla legge) può autorizzare la modifica dei luoghi, senza spazio per le determinazioni modificative unilaterali del Ministero, che può solo opporre il proprio veto alla modifica dei luoghi.

Poiché il legislatore ha valorizzato fino a tale punto le valutazioni regionali sulle modalità progettuali, non sarebbe coerente ammettere che il Ministero annulli la legittima autorizzazione quando non condivida tali modalità ovvero contesti radicalmente la realizzabilità delle opere.

11.4. Infine, non può sottacersi che, come ha dato atto la decisione di rimessione, la giurisprudenza di questo Consiglio (sin dalla richiamata decisione della Sez. VI, 14 novembre 1991, n. 828) si è costantemente orientata nel senso che il Ministero possa annullare l'autorizzazione solo quando essa risulti illegittima (sia pure sotto ogni profilo di eccesso di potere), e non anche per «ragioni di merito» (Sez. VI, 8 agosto 2000, n. 4345; Sez. VI, 20 ottobre 1999, n. 1480; Sez. VI, 20 novembre 1998, n. 1249; Sez. IV, 4 dicembre 1998, n. 1734; Sez. VI, 9 aprile 1998, n. 460; Sez. VI, 22 giugno 1997, n. 952; Sez. VI, 30 dicembre 1995, n. 1415; Sez. VI, 12 maggio 1994, n. 771; Sez. VI, 29 gennaio 1994, n. 75; Sez. VI, 12 novembre 1993, n. 849).

Appare dunque significativo che nessuna norma interpretativa sia stata emanata nel frattempo, per superare tale «diritto vivente», più volte ribadito e contro il quale neppure sono state formulate particolari osservazioni in sede dottrina.

12. Il Ministero ha ritenuto che tale interpretazione «riduttiva» dell'art. 82, nono comma, si porrebbe in contrasto con gli articoli 3, primo comma, 9, secondo comma, 97 e 118 della Costituzione, perché vi sarebbe un sistema irrazionale, caratterizzato dalla insufficiente salvaguardia dei beni ambientali e dalla sostanziale prevalenza delle valutazioni dell'autorità delegata (o subdelegata).

12.1. Ritiene l'Adunanza Plenaria che le sollevate questioni vadano dichiarate manifestamente infondate.

Il legislatore ha previsto una concorrenza di poteri dello Stato e della Regione in relazione al procedimento di esame della domanda di autorizzazione paesistica, sulla base di scelte discrezionali non manifestamente irragionevoli, che hanno tenuto conto dei valori in conflitto ed hanno comunque ribadito in materia la rilevanza dei principi di legalità e del buon andamento dell'azione amministrativa (per i quali qualsiasi modifica del territorio nazionale deve basarsi su un atto amministrativo legittimo: Sez. V, 1° dicembre 1999, n. 2030).

In base ad un sistema peculiare (che ha evitato le ipotesi estreme, verificatesi prima del 1985, dell'esercizio unilaterale del potere autorizzativo da parte dello Stato, sino al 1977, o della Regione, dal 1977 al 1985), il nono comma dell'art. 82 (come modificato con la legge n. 431 del 1985) ha attribuito ampi poteri al Ministero, che, pur non potendo sovrapporre le proprie determinazioni a quelle della Regione o dell'ente da questa individuato, può salvaguardare l'ambiente ed il paesaggio (senza bisogno di ricorrere in sede giurisdizionale), mediante il motivato annullamento della autorizzazione che

risulti illegittima, anche per eccesso di potere e pure per gli specifici profili di inadeguata valutazione delle circostanze o per insufficiente motivazione, illogicità manifesta e violazione del principio di leale cooperazione per mancata considerazione degli interessi nazionali.

Considerata la latitudine dei poteri di annullamento ministeriale, va considerata non insufficiente la tutela del paesaggio e dell'ambiente, disposta dalla normativa in esame.

Va pertanto pienamente condiviso l'orientamento della Corte Costituzionale, per il quale le riforme avutesi nel 1977 e nel 1985 hanno ripartito i relativi poteri allo Stato e alle Regioni, con uno «spessore dei poteri statali», e correlativamente dei poteri delle Regioni, che trova il suo fondamento nell'art. 9 della Costituzione (Corte Cost., 13 febbraio 1995, n. 36; Corte Cost., 27 giugno 1986, n. 153).

12.2. L'equilibrio dei poteri disposto dal nono comma dell'art. 82 non appare irrazionale, anche se confrontato con le diverse e sopravvenute soluzioni istituzionali, previste dalle leggi quando le valutazioni vanno effettuate in sede di conferenza di servizi.

Ai sensi del comma 3 dell'art. 14-*quater* della legge 7 agosto 1990, n. 241 (nel testo modificato dalla legge 24 novembre 2000, n. 340), nel caso di «*motivato dissenso*» «*espresso da un'amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute, la decisione è rimessa al Consiglio dei Ministri, ove l'amministrazione dissenziente o quella procedente sia un'amministrazione statale*».

In relazione al «*procedimento di rilascio del permesso di costruire*», identici principi sono stati disposti dal comma 6, primo periodo, dell'art. 20 del testo unico in materia edilizia 6 giugno 2001, n. 380, che ha richiamato l'art. 14-*quater* della legge n. 241 del 1990.

Tale normativa:

mirando a semplificare l'azione amministrativa, ha previsto un istituto (volto alla contestuale valutazione di un progetto o di una domanda di permesso di costruire, da parte di più amministrazioni) che può concludersi con un «*provvedimento finale conforme alla determinazione conclusiva favorevole*», che «*sostituisce, a tutti gli effetti, ogni autorizzazione, concessione, nulla osta o atto di assenso comunque denominato delle amministrazioni partecipanti, o comunque invitate a partecipare alla conferenza*»;

col richiamo a ogni «*atto di assenso comunque denominato*» si riferisce anche ai casi di modifica di un bene sottoposto al vincolo paesistico e al potere autorizzativo regionale ed a quello statale di riesame dell'autorizzazione, che possono manifestarsi col consenso o col dissenso, con le conseguenze previste dall'art. 14-*quater*, commi 3 e 4, della legge n. 241 del 1990.

Rispetto al potere esercitabile prima della conclusione del procedimento ai sensi del nono comma dell'art. 82 del decreto legislativo n. 616 del 1977 (e dell'art. 151, comma 4, del testo unico n. 490 del 1999), nell'ambito del proce-

dimento riguardante la conferenza di servizi il Ministero è titolare del più ampio potere di veto, che può basarsi su valutazioni di salvaguardia diverse e opposte da quelle formulate dalla Regione o dall'ente titolare del potere di rilasciare l'autorizzazione.

Tuttavia, la notevole diversità dei moduli procedurali in comparazione (e della distinta *ratio* posta a loro base) fa escludere la manifesta irrazionalità della regola dell'annullabilità dell'autorizzazione paesistica per i soli suoi vizi di legittimità:

– la conferenza di servizi si caratterizza per l'esame contestuale degli interessi pubblici coinvolti e per la semplificata possibile acquisizione del consenso delle Amministrazioni, con una propria disciplina sulla relativa conclusione, anche in ordine alle varie scansioni temporali del procedimento;

– il procedimento previsto dal richiamato nono comma dell'art. 82 si concentra sulla sola valutazione degli interessi paesistici e ambientali e comporta un diverso *spatium deliberandi* per il Ministero, che prima della conclusione del procedimento, entro sessanta giorni, a difesa del vincolo può impedire la produzione degli effetti dell'autorizzazione che risulti illegittima;

– il dissenso manifestato in sede di conferenza dal Ministero non si sovrappone *ex se* e definitivamente alle valutazioni eventualmente difformi dell'autorità competente al rilascio dell'autorizzazione paesistica, poiché (similmente a quanto avviene nell'ipotesi inversa, di consenso statale ad un progetto non condiviso da tale autorità) attiva l'ulteriore competenza del Consiglio dei Ministri, la cui motivata determinazione finale comporta la conclusione del procedimento, in sede di alta amministrazione.

13. Sulla questione di massima sollevata dalla Sesta Sezione, ritiene dunque l'Adunanza Plenaria che:

a) in sede di esame dell'istanza di autorizzazione paesistica, ai sensi dell'art. 82, nono comma, del decreto legislativo n. 616 del 1977 (come trasfuso nell'art. 151 del testo unico n. 490 del 1999), la Regione (o l'autorità designata dalla legge regionale) deve rispettare il principio-cardine della leale collaborazione con gli organi del Ministero e gli altri consueti principi sulla legittimità dell'azione amministrativa, sicché dalla motivazione della autorizzazione si deve potere evincere che essa è immune da profili di eccesso di potere, anche per quanto riguarda l'idoneità dell'istruttoria, l'apprezzamento di tutte le rilevanti circostanze di fatto e la non manifesta irragionevolezza della scelta effettuata sulla prevalenza di un valore in conflitto diverso da quello tutelato in via primaria;

b) in sede di esame del contenuto della autorizzazione paesistica e prima della conclusione del procedimento, il Ministero può motivatamente valutare se la gestione del vincolo avviene con un atto legittimo, rispettoso di tutti tali principi, e annullare l'autorizzazione che risulti illegittima sotto qualsiasi profilo di eccesso di potere (senza il bisogno di ricorrere in sede giu-

risdizionale e ancor prima della modifica dei luoghi), ma non può sovrapporre le proprie eventuali difformi valutazioni sulla modifica dell'area, se l'autorizzazione non risulti viziata.

In sostanza, i poteri del Ministero si caratterizzano per le seguenti peculiari soluzioni procedimentali:

- il Ministero può esercitare un potere tecnico discrezionale sul «se» annullare l'autorizzazione, nel senso che può gestire il vincolo prestando il proprio consenso (anche quando l'autorizzazione non risulti adeguatamente motivata), qualora l'originaria domanda risulti di per sé accoglibile e non lesiva per i valori salvaguardati (salva la tutela giurisdizionale di chi sia legittimato ad impugnare l'autorizzazione illegittima);

- qualora ritenga di non prestare il proprio consenso e di avvalersi del potere di annullamento (a salvaguardia del principio di legalità ovvero per evitare il pregiudizio all'area tutelata), il Ministero può svolgere l'ampio sindacato di legittimità consentito dall'ordinamento (corrispondente a quello che potrebbe esercitare il giudice amministrativo nel caso di impugnazione dell'autorizzazione non annullata in sede amministrativa);

- in questo secondo caso, il Ministero (a differenza di quanto avviene in sede giurisdizionale, in cui la legittimità della autorizzazione divenuta efficace va esaminata nei limiti dei motivi dell'impugnazione) può esaminare d'ufficio tutte le questioni e porre a base dell'annullamento ogni riscontrato vizio (con una motivazione che non può dunque ridursi ad una mera clausola di stile sul pregiudizio ai valori ambientali).

13. Sulla base di tali considerazioni, si può passare all'esame delle censure assorbite dal TAR e riproposte con l'appello incidentale.

13.1 Con l'impugnato decreto di data 11 ottobre 1999, la Soprintendenza ha ritenuto che l'autorizzazione comunale sarebbe illegittima per eccesso di potere sotto il profilo della «incongruità della motivazione», poiché:

«pur individuando correttamente fra gli elementi di rischio l'alterazione della orografia originaria, approva notevoli movimenti di terra e sbancamenti»;

«non individua fra gli elementi di rischio la alterazione del quadro naturale di non comune bellezza», indicato nel decreto di vincolo del 6 febbraio 1959;

«non esplicita nessuna valutazione sulla percepibilità dell'intervento dal lago»;

l'intervento, «per le sue dimensioni, appare significativamente incidente sul quadro paesaggistico», «con sostanziale alterazione dell'area soggetta a vincolo».

13.2 Col secondo, terzo e quarto motivo del ricorso di primo grado, gli appellati hanno lamentato che in tal modo la Soprintendenza ha annullato l'autorizzazione paesistica sostituendo il proprio apprezzamento discrezionale a quello espresso dal Comune di Gardone Riviera, e dunque sulla base di un non consentito «sindacato di merito».

In particolare, essi:

- hanno dedotto che l'autorizzazione è stata emanata sulla base di una istruttoria e di una motivazione che hanno tenuto conto di un precedente atto statale, che aveva annullato l'autorizzazione già rilasciata il 6 maggio 1999;

- hanno evidenziato che rispetto all'originario progetto è stata prevista la riduzione degli sbancamenti;

- hanno osservato che l'originario decreto impositivo del vincolo era volto a salvaguardare la visibilità del lago dall'area vincolata (e non la visibilità dal lago delle aree vincolate, come erroneamente ritenuto dalla Soprintendenza);

- hanno lamentato che, con una motivazione generica, la Soprintendenza non ha posto a base dell'annullamento un vero e proprio vizio di legittimità dell'autorizzazione.

13.3 Le censure così riassunte risultano fondate e vanno accolte.

Il provvedimento statale di annullamento della autorizzazione paesistica non può basarsi su una propria valutazione tecnico-discrezionale sugli interessi in conflitto e sul valore che in concreto deve prevalere, né può apoditticamente affermare che la realizzazione del progetto pregiudica i valori ambientali e paesaggistici, ma deve basarsi sulla esistenza di circostanze di fatto o di elementi specifici (da esporre nella motivazione), che non siano stati esaminati dall'autorità che ha emanato l'autorizzazione ovvero che siano stati da essa irrazionalmente valutati, in contrasto con la regola-cardine della leale cooperazione o con gli altri principi sulla legittimità dell'azione amministrativa.

Nel caso di specie, la Soprintendenza ha formulato un proprio giudizio sulla non compatibilità dell'intervento con le esigenze di salvaguardia dell'area vincolata, con alcune osservazioni sul pregiudizio ambientale, le quali (per non inficiando di per sé l'atto di annullamento, poiché miranti a fare emergere la rilevanza dei valori tutelati) non hanno evidenziato uno specifico vizio della autorizzazione comunale, ove si consideri che:

- la *ratio decidendi* basata sul progettato sbancamento risulta apodittica e non si è fondata su una specifica motivazione, in concreto necessaria perché il parere posto a base della autorizzazione (di data 30 luglio 1999) aveva già rilevato come «una riduzione della terra di scavo comporterebbe un incremento dei riporti ed il sopralzo del piano d'imposta dei fabbricati, con conseguente peggioramento delle visuali panoramiche» (è decisivo considerare che il decreto dell'11 ottobre 1999 non ha preso in esame tali considerazioni tecniche e, meramente richiamando una circostanza già emersa nel corso del procedimento, neppure si è pronunciato sulle specifiche caratteristiche del terreno, sotto il profilo geologico);

- il richiamo alla incidenza delle opere (anche per le loro dimensioni) sul «quadro naturale di non comune bellezza» è stato anch'esso effettuato

apoditticamente e con una clausola di stile, senza indicare in concreto uno o più elementi in base ai quali la valutazione comunale sulla modificabilità dei luoghi si sarebbe potuta considerare pregiudizievole per il razionale esercizio del potere di pianificazione paesistica, ovvero manifestamente illogica, in ragione dei valori tutelati, o invasiva delle competenze statali (art. 82, terzo comma) in ordine alla revoca del vincolo.

Sotto tale aspetto, va rimarcato che il decreto di annullamento non ha specificamente ravvisato la mancata considerazione degli interessi nazionali, né ha individuato uno specifico profilo di anomalia della scelta comunale anche in relazione alla regola della leale cooperazione.

L'unico specifico profilo, posto dalla Soprintendenza a base del suo atto di annullamento, è ravvisabile nella assenza di valutazioni comunali «sulla percepibilità dell'intervento dal lago» (nella specie non contestata).

Al riguardo, ritiene l'Adunanza Plenaria che, in linea di principio, la maggiore o minore visibilità delle opere progettate debba essere oggetto di una specifica valutazione in sede di esame della domanda di autorizzazione, poiché per la tutela dell'ambiente e del paesaggio è essenziale che le valutazioni amministrative risultino consapevoli della concreta incidenza delle opere sul contesto ambientale e della irreversibile riduzione dei tratti naturali esistenti e di quelli percepibili, anche in relazione alle previsioni dei piani paesistici.

In concreto, tuttavia, la Soprintendenza non ha tenuto conto delle indicazioni contenute nella parte finale del già citato parere (posto a base della autorizzazione), il quale ha specificamente indicato i luoghi dai quali le opere sarebbero risultate visibili.

Per tal parte, il decreto di annullamento ha incongruamente ravvisato un eccesso di potere della autorizzazione, poiché ha *sic et simpliciter* richiamato una circostanza di fatto sì rilevante, ma già evidenziata e considerata nel corso del procedimento, e non ha esposto alcuna motivazione su elementi fondanti una manifesta irragionevolezza della valutazione comunale o sulla obiettiva sussistenza di altre prospettive di visibilità, non segnalate dal Comune.

14. Per le ragioni che precedono, il decreto della Soprintendenza impugnato in primo grado risulta illegittimo e va annullato, poiché ha dato prevalenza alle proprie valutazioni sulla esigenza di salvaguardare il bene ambientale, rispetto a quelle formulate dal Comune, senza esporre una adeguata motivazione sulla sussistenza di uno specifico profilo di illegittimità dell'autorizzazione paesistica.

Pertanto, in accoglimento dell'appello incidentale, va confermato il dispositivo della sentenza impugnata, con cui è stato già disposto l'annullamento del decreto dell'11 ottobre 1999.

(*omissis*)

CONSIGLIO DI STATO, sez. IV, 3 aprile 2001 n. 1949 – Pres. Venturini – Est. Saltelli – M.A. (avv. Bernardi) c. Ministero della Difesa.

Giudizio di ottemperanza – Decisione della Corte dei conti – Competenza.

Per effetto della norma introdotta dal secondo comma dell'art. 10 della legge 21 luglio 2000, n. 205 il giudizio di ottemperanza per le decisioni della Corte dei Conti deve essere proposto innanzi allo stesso giudice contabile che ha emesso la sentenza della cui ottemperanza si discute (1).

(omissis)

1. Il ricorso è inammissibile.

1.1. Deve preliminarmente osservarsi che il giudizio di ottemperanza è praticabile per l'attuazione di qualsiasi giudicato, da qualsiasi giudice, anche speciale, esso provenga; per quanto riguarda l'ottemperanza al giudicato delle sentenze dei giudici contabili, ai sensi del secondo comma dell'art. 37 della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, esso rientra nella competenza del Consiglio di Stato o del tribunale amministrativo regionale competente secondo l'organo che ha emesso la decisione.

La legge 21 luglio 2000 n. 205 ha tuttavia introdotto nuove norme in materia di giustizia amministrativa ed in particolare all'art. 10, rubricato «Esecuzione di sentenze non sospese dal Consiglio di Stato e dalla Corte dei Conti, dopo aver disposto (aggiungendo un ulteriore comma all'art. 33 della legge 6 dicembre 1971 n. 1034) che «per l'esecuzione delle sentenze non sospese dal Consiglio di Stato il tribunale amministrativo regionale esercita i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza al giudicato di cui all'art. 27, primo comma, numero 4), del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, e successive modificazioni», ha aggiunto al secondo comma che «La disposizione di cui al comma 1 si applica anche nel giudizio innanzi alle sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti per l'esecuzione delle sentenze emesse dalle sezioni medesime

(1) Prima della novella legislativa, competente a conoscere dell'ottemperanza di sentenze della Corte dei Conti era il Consiglio di Stato o il Tribunale Amministrativo Regionale competente secondo l'organo che ha emesso la decisione.

La sentenza n. 1949 del 2001 trova puntuale riscontro anche in alcune pronunce della Corte dei Conti nelle quali espressamente si riconosce la competenza delle stesse per il giudizio di ottemperanza sulle proprie decisioni (Corte Conti, sez. app. II, ordinanza n. 27 del 21 giugno 2001).

È evidente che tale previsione è del tutto in sintonia con lo spirito della riforma di garantire una maggiore efficienza e snellezza del processo al fine di offrire una maggiore tutela ai cittadini. Si attribuisce l'esecuzione della sentenza allo stesso giudice che ha deciso la fase cognitiva, evitando in tal modo che un altro organo giurisdizionale possa adottare pronunce difformi rispetto alle statuizioni contenute in sede di cognizione. In altri termini i giudizi di ottemperanza tendono sempre più a configurarsi come naturale prosecuzione del giudizio di merito.

Si segnala anche un'altra sentenza del Consiglio di Stato – la n. 2193 del 2001 – nella quale viene espresso lo stesso principio pur non ritenendolo applicabile al caso di cui si trattava in quanto il giudizio di ottemperanza era stato instaurato prima della legge n. 205.

e non sospese dalle sezioni giurisdizionali centrali d'appello della Corte dei conti; per l'esecuzione delle sentenze emesse da queste ultime provvedono le stesse sezioni giurisdizionali centrali d'appello della Corte dei Conti».

Ciò posto, ad avviso del Collegio, deve verificarsi se per l'ottemperanza al giudicato delle sentenze della Corte dei conti trovi ancora applicazione l'art. 37, 3° comma, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 ovvero se ad essa debbano provvedere direttamente gli stessi giudici contabili.

Ritiene il Collegio che, per effetto della disposizione introdotta dal richiamato art. 10, secondo comma, della legge 21 luglio 2000 n. 205, il giudizio di ottemperanza per le decisioni della Corte dei Conti deve essere ormai proposto innanzi allo stesso giudice contabile che ha emesso la sentenza della cui ottemperanza si discute.

Giova rilevare che, al di là della non esemplare formulazione letterale, dall'articolo in esame si ricava il principio secondo cui l'esecuzione delle sentenze di primo grado, non sospese dal giudice d'appello, spetta allo stesso giudice di primo grado (sezioni giurisdizionali della Corte dei conti), mentre l'esecuzione delle sentenze emesse in grado di appello rientra nella competenza delle sezioni centrali d'appello della Corte dei Conti.

Si tratta sicuramente di una previsione del tutto coerente rispetto alla *ratio* ispiratrice della legge n. 205 del 2000, di rendere più efficiente, efficace e maggiormente rispondente alle esigenze dei cittadini l'esercizio della funzione giurisdizionale amministrativa, in quanto attribuisce espressamente l'esecuzione della sentenza allo stesso giudice contabile che ha deciso la fase cognitiva, facilitando e rendendo omogenea l'attività di interpretazione del giudicato che logicamente precede ogni attività di esecuzione, evitando che di essa debba occuparsi il tribunale amministrativo regionale o il Consiglio di Stato, con il rischio di pronunce difformi o contraddittorie rispetto ai principi di diritto affermati dalla giurisdizione amministrativa contabile in sede di cognizione.

È pur vero che la norma in argomento sembra riferirsi esclusivamente all'esecuzione di sentenze non sospese e non già al giudizio di ottemperanza, cioè a quella esecuzione che presuppone il massimo grado di certezza della decisione e cioè il suo passaggio in giudicato; tuttavia non sembra possa dubitarsi che il principio che può ricavarsi dalla *ratio* ispiratrice dell'art. 10, secondo comma, della legge n. 205 del 2000, cioè il principio dell'unità e dell'esclusività della giurisdizione amministrativa contabile nelle materie ad essa attribuite, non può trovare alcuna eccezione, in mancanza di un'espressa norma di legge, rispetto al giudizio di ottemperanza.

Sarebbe irragionevolmente violato il principio di non contraddizione, che deve guidare l'interprete nella ricerca della giustificazione delle norme giuridiche anche al fine di colmare le eventuali lacune, laddove dovesse ammettersi che, per effetto della nuova normativa contenuta nella legge n. 205 del 2000, l'esecuzione delle sentenze non sospese dei giudici contabili spetterebbe a questi ultimi, mentre il giudizio di ottemperanza sulle stesse apparterebbe al complesso tribunali amministrativi regionali – Consiglio di Stato, secondo la disposizione di cui al terzo comma dell'art. 37 della legge 6 dicembre 1971 n. 1034.

D'altra parte il Collegio non può non rilevare che la finalità che si intende raggiungere sia attraverso l'esecuzione delle sentenze non sospese,

sia attraverso il giudizio di ottemperanza, è quella di attribuire all'interessato il bene della vita di cui è stato accertato il diritto in sede cognitiva, con la sola differenza che il mezzo della (semplice) esecuzione, rispetto al giudizio di ottemperanza, risponde ad un'esigenza meramente acceleratoria, che non incide sulla natura e sulla consistenza del diritto stesso.

Per completezza deve osservarsi che un analogo principio secondo cui il giudice della cognizione è anche il giudice dell'ottemperanza si trova ora statuito anche con riferimento al contenzioso tributario, così come disposto dall'art. 70 del D. Lgs. 31 dicembre 1992 n. 546.

2. In conclusione il ricorso proposto da A.M. per l'esecuzione del giudicato di cui alla sentenza della Corte dei Conti, sezione giurisdizionale per il Lazio, n. 868/1998, depositata il 4 febbraio 1888 deve essere dichiarato inammissibile, dovendo esso essere proposto innanzi allo stesso giudice contabile, secondo le disposizioni di cui al richiamato art. 10, comma 2, della legge 21 luglio 2000 n. 205.

(*omissis*).

CONSIGLIO DI STATO, sez. IV, 19 aprile 2001 n. 2366 – Pres. Venturini – Est. Poli – Ministero dell'Interno (avv. Stato Barbieri) c. M.A. e M. V. (avv. Predieri)

Impiego pubblico – Indennizzo per infermità derivanti da cause di servizio – Divieto di cumulo con assicurazione a carico dello Stato – Inapplicabilità del divieto agli eredi.

Il divieto di cumulo delle provvidenze indennitarie per infermità derivanti da causa di servizio, disposto dall'art. 50 d.P.R. 3 maggio 1957 n. 686, non è applicabile agli eredi del dipendente deceduto poiché in capo ad essi il diritto all'indennità assicurativa sorge ex novo e iure proprio per finalità essenzialmente previdenziali, mentre il diritto all'equo indennizzo, in quanto già presente nel patrimonio dell'impiegato dante causa, si trasmette loro iure successionis (1).

(*omissis*)

(1) Aveva affermato il TAR Toscana conformandosi alla consolidata giurisprudenza dell'adito Consiglio (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 1 marzo 1984 n. 4, in *Cons. Stato*, 1984, I, 229; Cons. Stato, sez. IV, 5 dicembre 1989 n. 870, in *Cons. Stato*, 1989, I, 1484) l'art. 50 del d.P.R. 686/1957 «introduce il divieto di cumulo in ordine a trattamenti economici aventi una funzione risarcitoria sostanzialmente convergente qualora degli stessi risulti beneficiario – in quanto avente diritto – direttamente lo stesso soggetto, ossia il pubblico impiegato al quale i trattamenti suddetti sono riconosciuti. Ora, mentre il diritto all'equo indennizzo sorge comunque a titolo originario a favore del dipendente anche quando è riconosciuto – come nella specie successivamente alla morte che vi ha dato causa, proprio perché è l'evento del decesso verificatosi in servizio e per ragioni di servizio a radicare *ipso facto et iure* il presupposto che lo determina, di modo che gli eventuali eredi possono far valere solo un diritto successorio (sul punto l'assunto trae argomento dall'art. 51 del d.P.R. cit.): il diritto all'indennità assicurativa, maturata in conseguenza dell'evento stesso, sorge invece in modo originario in capo agli eredi stessi quali diretti beneficiari, per effetto esclusivo del fatto giuridico del rischio assicurato cui è connessa la funzione risarcitoria (per la perdita del congiunto) dell'indennizzo liquidato».

1. – L'appello è infondato e deve essere respinto.

2. – L'unica questione di diritto sottesa al gravame in trattazione consiste nello stabilire se il divieto di cumulo totale o parziale – sancito dall'art. 50 d.P.R. 3 maggio 1957, n. 686 – delle provvidenze indennitarie connesse ad infermità contratte per causa di servizio, si estenda anche all'ipotesi del decesso del pubblico dipendente, allorchando a beneficiarne siano gli eredi di quest'ultimo.

Nel caso di specie, il decreto ministeriale 18 giugno 1988 – impugnato ed annullato in primo grado – aveva negato, *ex art. 50, comma 2, cit.*, la concessione dell'equo indennizzo agli eredi del prefetto – G. V. deceduto in occasione di un incidente stradale nel quale era rimasta coinvolta l'autovettura di servizio sulla quale viaggiava – nel presupposto che gli eredi avessero percepito un indennizzo assicurativo grazie ad una polizza di R.C. auto, il cui premio aveva gravato sul bilancio del Ministero dell'interno.

3. – L'art. 50 testé richiamato, così recita: «*L'equo indennizzo, determinato a norma del precedente articolo, è ridotto della metà se l'impiegato consegna anche la pensione privilegiata. Va inoltre dedotto dall'equo indennizzo quanto eventualmente percepito dall'impiegato in virtù di assicurazione a carico dello Stato o di altra pubblica Amministrazione*».

3.1. – In primo luogo deve osservarsi che, sul piano meramente letterale, il divieto di cumulo – parziale in base al disposto del primo comma, e totale in forza del secondo comma dell'articolo in commento – non coinvolge gli eredi del dipendente deceduto a causa di servizio (cfr. Cons. St., sez. V, 29 gennaio 1999, n. 86, fattispecie relativa all'applicazione del primo comma del più volte menzionato art. 50; sez. IV, 14 febbraio 1984, n. 685, in una fattispecie, viceversa, relativa proprio all'applicazione del secondo comma dell'art. 50).

Sotto tale angolazione si è affermato che: «... *l'inapplicabilità del principio indennitario.. risulta evidente per la stessa testuale formulazione dell'art. 50 più volte citato: questo, nell'escludere o limitare il cumulo fra equo indennizzo ed ulteriori prestazioni derivanti da assicurazioni o da altri benefici, circoscrive espressamente l'esclusione o la limitazione alla assicurazione e agli altri benefici assunti dall'amministrazione a proprio carico a favore dei propri dipendenti*» (cfr. Cons. St., ad. plen., 16 luglio 1993, n. 9).

A fronte delle considerazioni del Giudice di primo grado, nel ricorso in appello l'Amministrazione insiste per l'applicazione al caso di specie dell'art. 50 *cit.* sostenendo che «all'astratta possibilità di cumulo dell'equo indennizzo e del risarcimento del danno riesce d'ostacolo, in pratica, la sostanziale identità del bene giuridico protetto in ambedue le ipotesi di erogazione delle somme (l'integrità fisica del dipendente) e la concreta possibilità che una delle due azioni relative sia in grado, da sola, di ristorare integralmente il danno, eliminando quindi dal mondo giuridico e facendo venir meno, dall'origine, lo stesso oggetto della tutela concorrente».

Tale impostazione non è stata condivisa dal Consiglio di Stato.

3.2. – Ma anche sul piano logico sistematico, si è affermato che il predetto divieto non è applicabile nei confronti degli eredi, giacché in capo a questi il diritto all'indennità assicurativa sorge *ex novo ac iure proprio*, mentre il credito per l'equo indennizzo si trasmette *iure successionis* in quanto già presente nel patrimonio dell'impiegato dante causa (cfr. Cons. St., ad. plen., 1° marzo 1984, n. 4, fattispecie relativa alla corresponsione di pensione privilegiata ed equo indennizzo). In tal caso infatti, non concorrerebbero due crediti traenti titolo da un solo fatto causativo di danno, poiché il credito dell'erede sorgerebbe *ex novo* per finalità essenzialmente previdenziali, collegate anche ad esigenze di tutela dell'istituto familiare, al contrario di quanto accade per il credito all'equo indennizzo che si trasmetterebbe *iure successionis* (cfr. Cons. St., sez. V, n. 86 del 1999 *cit.*; sez. IV, n. 685 del 1984 *cit.*).

Anche la Corte costituzionale ha mostrato di condividere siffatta opzione esegetica, allorché ha superato la questione della cumulabilità integrale dell'equo indennizzo dovuto per l'infermità contratta dal dipendente pubblico, poi deceduto, con il trattamento pensionistico privilegiato spettante ai superstiti per il medesimo evento, non consentita per i lavoratori del settore privato, con il richiamo al diverso titolo in forza del quale gli eredi o superstiti del dipendente ricevono quel beneficio, *iure proprio* per la pensione privilegiata e *iure successionis* per l'equo indennizzo che già apparteneva al patrimonio del *de cuius* (cfr. Corte cost., 30 ottobre 1997, n. 321).

4. – In conclusione l'appello deve essere respinto e le spese del grado, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, liquidate come da dispositivo.

(*omissis*)

CONSIGLIO DI STATO, sezione VI, ordinanza 20 aprile 2001 n. 2389 – Pres. Giovannini – Est. Millemaggi Cogliani – Azienda Policlinico «Umberto I» di Roma (avv. F. G. Scoca) c. A. A. ed altri (avv. G. Di Gioia); Università degli Studi di Roma e Ministero della Salute (avv. Stato Tortora); C.M. ed altri (avv. L. Modugno).

Università – Docenti universitari – Incarichi ad ultra settantenni – Art. 15-*nonies* del d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502 (1)

(*omissis*)

Ritenuti sussistenti i presupposti di ammissibilità dell'azione;

(1) L'ordinanza riguarda la problematica di cui all'art. 15 *nonies* del d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502 (aggiunto dall'art. 13 del d.lgs. 19 giugno 1999 n. 229). Tale norma, che si inserisce del più vasto quadro della cd. «riforma Bindi», ha previsto l'immediata cessazione dalle funzioni assistenziali e dagli incarichi direttivi dei medici — docenti universitari ultrasettantenni, che hanno beneficiato della possibilità di restare in servizio per un ulteriore biennio dopo il compimento del 70° anno di età per effetto dell'art. 16 del d.lgs. 503/1992. Parallelamente la norma prevedeva il conferimento a tali medici-docenti delle funzioni assistenziali strettamente correlate all'attività didattica e di ricerca, in modo da non pregiudicare l'esercizio della funzione docente. Tale norma ha ingenerato un cospicuo contenzioso ed il T.A.R. del Lazio, che ha sistematicamente accolto tutte le istanze cautelari, ha dubitato, sotto vari

Considerato che la declaratoria di incostituzionalità *in parte qua* dell'art. 15-*nonies*, comma 2 d.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 aggiunto dall'art. 13 del decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229, di cui alla citata sentenza n. 71/2001 della Corte costituzionale costituisce elemento di novità rilevante e non disattendibile, in termini di «*fumus*» con riferimento agli appelli principali di cui si tratta;

Ritenuto altresì che ragioni ulteriori di cessazione e/o sospensione dall'attività assistenziale di taluno degli istanti devono costituire oggetto di autonoma determinazione dell'Amministrazione competente;

Considerato che la revisione normativa impone una differente considerazione del danno, in rapporto al venir meno del più consistente elemento di «*fumus*» dell'appello;

Ritenuto, pertanto, che non sussistono i presupposti per la sospensione – nei riguardi degli attuali istanti – della sentenza appellata;

Ritenuta l'opportunità di disporre, anche in questa fase, la riunione dei procedimenti;

P. Q. M.

Riunisce gli appelli in epigrafe;

Accoglie l'istanza di revoca e, per l'effetto revoca le ordinanze nn.4549/2000 della Sezione e respinge, limitatamente ai richiedenti, le istanze di sospensiva (Ricorsi numero 7392/2000 e 7756/2000).

(omissis)

CONSIGLIO DI STATO, Sezione IV, ordinanza del 27 aprile 2001 n. 2551 – *Pres. Trotta – Rel. Rulli – Ministero della Difesa (avv. Stato Scino) c/ F.Y. (non costituita)*

Leva militare – D.leg. n. 504/1997 e decreto del Presidente della Repubblica 25/1998 – Ritardo per motivi di studio – Studenti Università straniere in Italia – Non spetta.

Con l'ordinanza n. 2551/01 del 27 aprile 2001 il Consiglio di Stato ha confermato l'indirizzo della IV Sezione relativo alla legittima del diniego opposto dall'Amministrazione della Difesa al ritardo dal servizio alla leva militare per l'iscrizione del ricorrente Università straniera con sede in Italia, la University of Nottingham Trent (Gran Bretagna) ai sensi dell'art. 3 d.lvo 504/1997.

profili, della sua legittimità costituzionale, rimettendo la questione alla Corte Costituzionale. La Corte si è pronunciata con la sentenza n. 71/2001, che ha dichiarato la norma incostituzionale nella parte in cui non prevede che la cessazione dalle funzioni assistenziali e dirigenziali debba avvenire dopo la stipulazione dei protocolli d'intesa con le Regioni che definiscano le attività assistenziali che, essendo strettamente correlate con le attività didattiche e di ricerca, debbano restare attribuite a tali docenti. A seguito di tale pronuncia il Consiglio di Stato, che precedentemente aveva sempre accolto i nostri appelli nella fase cautelare, ha accolto le istanze di revoca proposte dalle controparti.

L'Avvocatura dello Stato sostiene in questi giudizi (numerosi) la tesi dell'Amministrazione che ritiene non concedibile il ritardo alla leva per l'iscrizione a Università straniere operanti in Italia tutte le volte in cui i titoli di studio rilasciati dalle filiazioni in esame non possano essere considerati titoli di studio legalmente riconosciuti, sicché non può dirsi integrata la condizione prevista dall'art. 3 d.lvo n. 304/1997.

In tale senso è anche il Consiglio di Stato in sede consultiva, che ha reso conforme parere (CdS, 3^a sez. consultiva, 1307/2000 dall'11 luglio 2000).

Si riscontra però un'unica sentenza di merito sul punto, T.A.R. Lazio sentenza n. 10366/01 del 28 novembre 2001, avverso cui l'Amministrazione proporrà appello al Consiglio di Stato.

La *querelle*, dunque, non può dirsi conclusa, anche se il Garante per la Concorrenza ha di recente (delibera 14 dicembre 2000) giudicato ingannevole la pubblicità delle filiazioni sopra indicate che provvedevano al rilascio di titoli aventi automaticamente valore legale in Italia e la decisione del Garante è stata confermata dal T.A.R. Lazio, che ha rigettato ricorso della University Nottingham of Trent.

AVV. MARIO ANTONIO SCINO

N.B.: si riporta di seguito il parere 1307/2000 della III Sezione del Consiglio di Stato dell'11 luglio 2000.

Riferisce l'amministrazione che il direttore accademico della Link Campus University of Malta ha interessato il Ministro della difesa perché fossero informati tutti i distretti militari che gli studenti iscritti ad una filiazione dell'Università, recentemente autorizzata in Italia, avrebbero diritto al ritardo dal servizio militare per motivi di studio.

L'Amministrazione coglie l'occasione per chiedere di conoscere quale sia la corretta interpretazione delle norme in relazione al detto rinvio da concedersi ai cittadini italiani iscritti alle filiali d'università straniere autorizzate ad operare in Italia.

L'Amministrazione fa presente di avere richiesto ed ottenuto un parere in merito dal Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica, il quale ribadisce che le filiali autorizzate ad operare in Italia non possono, comunque, rilasciare titoli di studio legalmente validi.

Per tale motivo l'Amministrazione della Difesa ritiene che, mancando tale requisito richiesto dall'art. 3 comma 1 del decreto legislativo 30 dicembre 1997, n. 504, non possa essere concesso il ritardo del servizio militare a tali soggetti.

Considerato

L'art. 3, comma 1 del decreto legislativo 30 dicembre 1997, n. 504 (e per la verità anche l'art. 2, comma 1 dello stesso decreto in relazione agli istituti d'istruzione secondaria superiore, cui si devono applicare gli stessi principi

qui affermati), dispone che possono usufruire del beneficio del ritardo del servizio militare i cittadini che frequentino corsi d'istruzione universitaria di diploma o di laurea, presso «Università statali o legalmente riconosciute».

L'interpretazione di quest'ultima espressione costituisce l'oggetto dell'esame della sezione.

L'espressione «legalmente riconosciute» significa che l'Università non statale è stata oggetto del procedimento già disciplinato dall'art. 6 della legge 7 agosto 1990, n. 245, oggi sostituito dall'art. 2, comma 5, lettera c) del d.P.R. 27 gennaio 1998, n. 25.

Esso consiste nell'approvazione dello statuto e del regolamento didattico d'ateneo, alla quale consegue l'autorizzazione al rilascio di titoli aventi valore legale.

Il riconoscimento legale, dunque, attribuisce all'Università non statale una serie di prerogative, tra cui quelle previste dalla legge 29 luglio 1991, n. 243 che qui specificatamente non interessano, e soprattutto quella di rilasciare titoli di studio aventi valore legale, vale a dire diplomi e lauree riconosciuti nell'ordinamento giuridico nazionale.

Si deve quindi interpretare il citato art. 3 del decreto n. 504 del 1997, nel senso che il ritardo del servizio militare può esser concesso solo a quei cittadini che siano iscritti, e che frequentino in Italia, Università (statali o) non statali abilitate a rilasciare un titolo di studio avente valore legale.

La *ratio* della norma è agevolmente comprensibile.

Il ritardo del servizio militare è finalizzato a permettere al giovane che risiede in Italia (vedi innanzi per i residenti all'estero) di completare i suoi studi ed acquisire il titolo legale di completamento necessario alla sua futura vita lavorativa. La semplice frequenza di corsi d'istruzione, sia pure superiore, che non determini un esito ufficiale di tale genere, di per sé non costituisce obiettivo privilegiato del legislatore, il quale ritiene che essi possano essere frequentati vuoi contemporaneamente, se possibile, vuoi in un secondo tempo, una volta adempiuti gli obblighi militari.

Per altro sussistono anche motivi d'opportunità legislativa. Infatti, svincolare il rinvio del servizio militare dalla condizione del rilascio del titolo di studio, vorrebbe dire aprire la stura ad una molteplicità di rinvii di comodo che inciderebbero negativamente sull'organizzazione del servizio di leva.

Orbene, l'equivoco in cui cadono gli organismi direttivi delle filiali italiane d'università straniere, è costituito dal fatto che l'espressione «legalmente riconosciute» è confusa con l'autorizzazione che a tali filiali è concessa per operare in Italia.

In effetti, tale autorizzazione è oggetto di un procedimento del tutto distinto da quello sopra citato di cui all'art. 2 del d.P.R. n. 25 del 1998, e precisamente quello di cui all'art. 2 della legge 14 gennaio 1999, n. 4. La norma si occupa specificatamente delle filiazioni in Italia d'Università straniere le quali abbiano la sede legale nel Paese estero e li siano riconosciute come enti senza scopo di lucro. A tali filiazioni si applicano le norme previste dalla

legge citata, a condizione che abbiano per scopo attività didattica relativa a programmi delle rispettive Università o istituti superiori, e che impartiscano gli insegnamenti solo a studenti iscritti appunto alle Università o istituti superiori cui esse filiazioni appartengono.

L'autorizzazione all'attività determina l'applicazione di esenzioni fiscali, nonché la possibilità di stipulare, con gli insegnanti, contratti di diritto privato in conformità alle norme previste per le Università statali italiane. Essa, tuttavia, non determina altresì l'approvazione dello statuto e del regolamento di ateneo, e dunque il riconoscimento legale del titolo di studio.

Poiché, a norma dell'art. 1 della legge 13 marzo 1958, n. 262 e dell'art. 1 della legge 19 novembre 1990, n. 341 i titoli di studio e le qualifiche accademiche sono soltanto quelli previsti dalla legge e possono essere conferiti esclusivamente dalle Università statali e da quelle non statali legalmente riconosciute, è evidente che nessun titolo finale rilasciato dalle filiazioni in esame può essere considerato titolo di studio legalmente riconosciuto, e dunque non può ritenersi integrata la condizione prevista dall'art. 3 del decreto legislativo n. 504 del 1997. (*Omissis*)

CONSIGLIO DI STATO, sezione VI, 16 novembre 2000 n. 6133 - *Pres.*
De Roberto – *Rel.* Marilena – Istituto Tecnico Commerciale e Geometri
(avv. Stato Rago) c. D.M.D. (non costituita)

Giustizia amministrativa – Istruzione e scuole – Insegnante di religione – Nulla osta vescovile – Sindacabilità – Sussiste.

«L'esercizio del potere di emettere il giudizio di idoneità da parte dell'Autorità ecclesiastica e del correlativo potere di revoca non può essere sottratto, affinché possa costituire valido presupposto per la legittimità dell'atto di nomina e per la sua revoca, ad un riscontro del corretto esercizio del potere secondo criteri di ragionevolezza e di non arbitrarietà».

(*omissis*)

Giova ricordare che la questione sottoposta all'esame del Collegio si inserisce, in via generale e salve le specificità della fattispecie, nel contesto della normativa che disciplina la nomina annuale degli insegnanti di Religione nelle scuole pubbliche (essenzialmente artt. 5, comma 1 e 6 legge 5 giugno 1930 n. 824 e art. 309 comma 2 decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297).

Nel suo insieme, il sistema normativo richiamato è stato oggetto di esame da parte della Corte costituzionale (sent. 22 ottobre 1999, n. 390) che ne ha escluso il contrasto con il principio di uguaglianza, con il principio di ragionevolezza, con gli artt. 4 e 35 Cost., nonché con l'art. 97 Cost.

Significativamente, peraltro, il Giudice costituzionale, nel tracciare le linee del sistema che prevede la nomina degli insegnanti di Religione, su pro-

posta dell'Ordinario diocesano, con efficacia annuale, «senza alcuna possibilità di revoca *ad libitum* dell'incarico in presenza della revoca disposta dal medesimo ordinario diocesano» perviene al giudizio di legittimità costituzionale attraverso passaggi logico-interpretativi che riconducono il sistema, per quanto particolarmente concerne il dedotto contrasto con l'art. 97 Cost., a criteri di ragionevolezza e non arbitrarietà.

Per quanto specificamente riguarda il caso di specie, la Corte ricorda che «in ragione della peculiarità di tale insegnamento che, nel rispetto della libertà di coscienza, è impartito in conformità alla dottrina della Chiesa, l'idoneità degli insegnanti deve essere riconosciuta dall'Autorità ecclesiastica e la loro nomina disposta dall'autorità scolastica d'intesa con essa (art. 9 n. 2 dell'Accordo di revisione del Concordato e punto 5 del protocollo addizionale). Il riconoscimento dell'idoneità presuppone una particolare qualificazione professionale degli insegnanti, i quali devono possedere uno dei titoli considerati adeguati per il livello scolastico nel quale l'insegnamento deve essere impartito; titoli che, in attuazione della previsione concordataria (punto 5, lett. *a*) e lett. *b*), n. 4, del protocollo di revisione del Concordato), sono stabiliti con la prevista intesa tra l'autorità scolastica e la Conferenza episcopale italiana (sottoscritta il 14 dicembre 1985 ed eseguita con il d.P.R. 16 dicembre 1985, n. 751).

Con il medesimo strumento della intesa (alla quale è stata data esecuzione con il d.P.R. 23 giugno 1990, n. 202) si è stabilito che il riconoscimento della idoneità all'insegnamento della religione ha effetto permanente, salvo revoca da parte dell'ordinario diocesano.

Appare evidente che il giudizio positivo di costituzionalità della normativa in riferimento passa, nella lettura offerta dalla Corte costituzionale, attraverso una interpretazione conforme ai fondamentali principi della nostra Costituzione.

Ne consegue che l'aver le norme concordatarie affidato in via esclusiva al giudizio dei competenti organi ecclesiastici la dichiarazione di idoneità all'insegnamento della religione comporta bensì l'impossibilità per il giudice italiano, di censurare *ex se* l'atto dichiarativo in parola, ma ciò non significa che esso non possa qualificarsi come atto endoprocedimentale finalizzato all'emissione dell'atto di nomina che resta di competenza dell'Autorità scolastica italiana.

Ma se così è, l'esercizio del potere di emettere il giudizio di idoneità da parte della Autorità ecclesiastica e del correlativo potere di revoca non può essere sottratto, affinché possa costituire valido presupposto per la legittimità dell'atto di nomina e per la sua revoca, ad un riscontro del corretto esercizio del potere secondo criteri di «ragionevolezza e di non arbitrarietà».

Se così non fosse, una interpretazione della normativa in riferimento che consentisse l'acritico recepimento di atti autorizzatori dell'Autorità ecclesia-

stica palesemente abusivi e privi delle fondamentali caratteristiche che l'Ordinamento riconduce all'atto amministrativo, comporterebbe un giudizio di non conformità della normativa medesima ai principi costituzionali.

Nella specie, appare pertanto ultronea la doglianza del ricorrente Istituto secondo cui il giudice di primo grado avrebbe erroneamente censurato il comportamento dell'ordinario diocesano, eccedendo i propri limiti giurisdizionali.

Vero è, invece, che, per le particolarità della fattispecie, la palese contraddittorietà con cui l'Ordinario medesimo ha dapprima revocato la dichiarazione di idoneità nei confronti dell'appellata relativamente alla scuola per cui l'aveva già concessa e nello stesso giorno ha rilasciato, nei confronti della stessa persona, altra dichiarazione di idoneità per scuola dello stesso ordine diversamente ubicata, senza fornire un minimo di motivazione, ha determinato il convincimento del giudice che il potere così esercitato configurasse una forma di «straripamento di potere» che poneva l'atto autorizzatorio al di fuori di ogni regola fondamentale dal nostro Ordinamento in ordine ai requisiti capaci di conferire agli atti l'efficacia loro propria secondo lo schema normativo che li concerne.

In tali condizioni la pronuncia del giudice ha correttamente riguardato l'atto di revoca della nomina, atto proprio della autorità scolastica in quanto fondato su atto inidoneo a supportarlo.

Con ciò la sentenza impugnata non ha inciso sulle «opzioni discrezionali» che restano, in materia, riservate alla Autorità ecclesiastica (cfr. C.d.S. sez. VI – n. 365 del 16 settembre 1991), né ha inteso configurare un sindacato nel contenuto discrezionale dell'atto di designazione, bensì giudicare in ordine alla mancanza di valido supporto legittimamente per l'emissione dell'atto di revoca della nomina, impugnata in primo grado, atteso l'esercizio del potere privo di condizioni di ragionevolezza e di non arbitrarietà. (*omissis*).

L'impugnazione per motivi di giurisdizione

La questione che viene sottoposta all'attenzione della Suprema Corte di Cassazione con il ricorso di seguito riportato, riguarda la possibilità per il giudice amministrativo di sindacare il provvedimento dell'Ordinario diocesano di revoca dell'idoneità all'insegnamento della religione cattolica, che rientra nella sua esclusiva competenza.

La rilevanza del problema è collegata al particolare sistema dei rapporti tra Stato e Chiesa Cattolica, così come viene delineato dall'art. 7 della Costituzione, caratterizzato dalla reciproca autonomia, tale da escludere qualsiasi possibilità del giudice italiano di entrare nel merito delle scelte operate dall'ordinario diocesano:

«(*omissis*) Difetto di giurisdizione per violazione dei principi in materia di Concordato tra lo Stato italiano e la Chiesa Cattolica ex art. 7 Cost. di

cui agli artt. 5 comma 1 e 6 legge 5 giugno 1930, n. 824. nonché di cui agli artt. 309 comma 2 d.lvo 16 aprile 1994 n. 297 e art. 9 n. 2 dell'Accordo di revisione del Concordato e punto 5 del protocollo addizionale. del d.P.R. 16 dicembre 1985, n. 751 e del d.P.R. 23 giugno 1990. n. 202 in relazione all'art. 360 cpc n. 1, 3 e 5. Difetto di motivazione.

Come già osservato, il TAR aveva accolto il ricorso perché ha sindacato nel merito il comportamento tenuto dalla Curia Vescovile, giudicandolo contraddittorio e, comunque, immotivato.

Più in particolare, il TAR aveva ritenuto che, in relazione alla «funzione che l'ordinamento assegna alla Curia nella formazione dell'atto di nomina per l'insegnamento della religione non potrebbe disconoscersi una vera e propria partecipazione della stessa, insieme al Preside, nella formazione del provvedimento».

Nella sostanza, il TAR ha considerato il provvedimento della Curia alla stessa stregua di un atto presupposto del decreto di attribuzione dell'incarico di insegnamento. Avendo giudicato illegittimo l'atto presupposto, ha fatto derivare la illegittimità dell'atto finale di nomina della controinteressata.

Il ragionamento seguito dal TAR e le conclusioni cui è pervenuto sono state, nella sostanza, ritenute esatte dal Consiglio di Stato che pur avendo salvaguardato, in linea di principio, quanto stabilito dall'art. 7 Cost. – che appunto prevede che i rapporti tra Stato italiano e Chiesa cattolica, che sono «ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani» ha poi completamente disatteso questo principio, consentendo un sindacato sul provvedimento del Vescovo, ritenendolo contraddittorio.

A ben vedere, il ragionamento del Consiglio di Stato, in sintesi, ha ritenuto possibile il sindacato, perché ha considerato che la dichiarazione di idoneità del Vescovo diventa un atto endoprocedimentale, nel procedimento di nomina di un insegnante di religione da parte dell'Amministrazione della Pubblica Istruzione.

Sotto questo profilo, il vizio della decisione del Consiglio di Stato per difetto di giurisdizione è evidente.

Contrariamente a quanto ritenuto, infatti, e sulla base delle disposizioni disciplinanti l'insegnamento della religione cattolica (art. 5 legge 5 giugno 1930, n. 824, art. 9 legge 25 marzo 1985, n. 121 e d.P.R. 16 dicembre 1985, n. 751), nonché del principio della autonomia della Chiesa rispetto allo Stato italiano di cui all'art. 7 della Costituzione, il provvedimento della Curia non poteva essere considerato un atto presupposto del successivo atto di nomina assunto dalla Autorità italiana, bensì è semplicemente un *presupposto di mero fatto*, del tutto insindacabile dal giudice italiano. In proposito, è pacifico in giurisprudenza che l'Autorità scolastica (Preside) aveva soltanto il potere di stabilire l'attivazione o meno dell'insegnamento, «richiedendo la necessaria designazione dell'ordinario diocesano (l'unica autorità legittimata ad attestare l'idoneità del docente all'insegnamento) e controllando il possesso dei requisiti generali per la nomina a pubblico dipendente, ma non poteva adottare opzioni discrezionali ed era

tenuta a procedere alla nomina dopo l'effettuazione dei controlli su menzionati» (cfr. CdS sezione VI n. 365 del 16 settembre 1991; per quanto concerne la sottoposizione al controllo dell'Autorità ecclesiastica della materia degli incarichi agli insegnanti di religione, cfr. TAR Lazio, sez. III, n. 1858 del 15 dicembre 1988 su *Riv. TAR* 1989, I, 101).

Tale impostazione è confermata non solo dalle decisioni richiamate, ma anche dalla sentenza del TAR Piemonte – Torino sez I n. 598 del 28 dicembre 1993 (su *Foro Amministrativo* 1994, I, 852) che ha precisato che l'affidamento dell'incarico per l'insegnamento della religione cattolica deve basarsi sia sul giudizio di idoneità del professore designando da parte dell'Autorità ecclesiastica (ordinario diocesano), sia sulla designazione da parte della medesima autorità, che prescinde da detta idoneità e permane sino alla revoca.

Il Consiglio di Stato, pur citando il precedente costituito dalla sentenza n. 365/1991 sopra indicata, non ha tratto le necessarie conseguenze e, nella sostanza, ha consentito il sindacato giurisdizionale, incidendo erroneamente nella discrezionalità e nella autonomia della Chiesa cattolica.

Una corretta applicazione dei principi pacifici di cui all'art. 7 Cost. e di tutta la normativa che regola i rapporti tra Stato e Chiesa avrebbe comportato la impossibilità di sindacare la discrezionalità dell'Ordinario diocesano circa i motivi che lo inducevano a concedere o meno l'idoneità alla ricorrente, ben potendo la idoneità essere concessa in una scuola e negata in un'altra proprio in relazione ai rapporti tra le persone.

In ogni caso, quello che è certo era (ed è) l'impossibilità di qualsiasi giudice italiano di entrare nel merito delle scelte operate dall'ordinario diocesano.

La sentenza impugnata è erronea perché non ha rilevato una gravissima lesione dell'autonomia della Chiesa cattolica rispetto allo Stato italiano, principio che è posto alla base delle norme concordatarie: se fosse consentito al giudice italiano giudicare su un atto dell'Ordinario Diocesano, si violerebbe il principio di cui all'art. 7 Cost., compromettendo la reciproca autonomia dello Stato e della Chiesa cattolica.

Si insiste dunque perché la decisione del Consiglio di Stato sia cassata per il rilevato difetto di giurisdizione del giudice amministrativo (cfr. sul punto il precedente specifico TAR Sicilia – Palermo, sez. I, n. 133 del 14 febbraio 1989 su *TAR*, 1989, I, 1459).

Con la decisione da ultimo richiamata, il giudice amministrativo ha anche riconosciuto la legittimità costituzionale della normativa sopra richiamata, dichiarando la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale espressamente sollevata dalla parte privata. (*omissis*)»

CONSIGLIO DI STATO, sez. VI, 8 maggio 2001 n. 2568 – Pres. Giovannini – Est. Garofoli – Ministero della Pubblica Istruzione (avv. Stato Tortora) c. S.G. (avv.ti Mancino e Romolo).

Impiego pubblico – Trattamento pensionistico – Accertamento diritto del dipendente a maggior trattamento retributivo – Nesso di intima connessione tra pretesa e rapporto d’impiego – Giurisdizione giudice amministrativo.

Impiego pubblico – Sospensione cautelare dal servizio – Sentenza penale di condanna – Attivazione procedimento disciplinare – Domanda del dipendente di *restitutio in integrum* – Infondatezza.

Impiego pubblico – Sospensione cautelare dal servizio – Sentenza penale di condanna – Mancata attivazione procedimento disciplinare – Domanda del dipendente di *restitutio in integrum* – Rimessione questione all’Adunanza Plenaria.

La giurisdizione del giudice amministrativo va riconosciuta allorché sussista un nesso di intima connessione tra la pretesa del pubblico dipendente azionata e il rapporto di impiego. Pertanto la controversia insorta per l’accertamento del diritto del pubblico impiegato ad un maggior trattamento retributivo, anche se funzionale alla modifica della base di calcolo del trattamento pensionistico, rientra nell’ambito della sua giurisdizione esclusiva.

In caso di sospensione di pubblico impiegato correlata alla pendenza di procedimento penale conclusosi con sentenza di condanna, deve ritenersi che l’interruzione del sinallagma tra prestazione lavorativa e quella retributiva, per tutta la durata della misura sospensiva, sia interamente attribuibile all’impiegato sicché va escluso, alla stregua dei generali principi in tema di adempimento dell’obbligazione lavorativa (art. 1218 c.c.) il diritto del funzionario al ripristino dello status quo ante e alla conseguente ricostruzione della carriera sotto il profilo giuridico, economico e previdenziale con riferimento a periodi durante i quali la prestazione lavorativa non è stata eseguita, ferme le autonome ed ulteriori determinazioni assunte in sede disciplinare.

In caso di sospensione di pubblico impiegato correlata alla pendenza di procedimento penale conclusosi con sentenza di condanna, nel caso in cui l’Amministrazione abbia omesso di avviare il procedimento disciplinare a carico del dipendente, la questione relativa alla sussistenza o meno del diritto dell’impiegato stesso all’integrale restituito in integrum è controversa e pertanto si rimette la risoluzione del contrasto giurisprudenziale all’Adunanza Plenaria (1).

(1) Il caso sottoposto all’esame del Consiglio di Stato riguardava un pubblico dipendente che, dopo essere stato sospeso cautelatamente dal servizio per la pendenza di un procedimento penale e successivamente condannato, chiedeva l’integrale *restitutio in integrum*, avendo l’Amministrazione omesso di avviare il procedimento disciplinare a suo carico. In proposito abbiamo sostenuto che il T.U. n. 3/1957 prevede due diverse forme di sospensione cautelare dal servizio: quella obbligatoria, disciplinata dall’art. 91, e quella facoltativa, disciplinata dall’art. 92. La prima è disposta a seguito della pendenza di un procedimento penale, la seconda in relazione all’avvio di un procedimento disciplinare. L’eventuale *restitutio in integrum* è regolata in modo diverso dall’art. 96, che si riferisce alla sospensione facoltativa, e dall’art. 97, che si riferisce alla sospensione obbligatoria. Considerato che nel caso in esame si trattava di una sospensione obbligatoria, occorre fare riferimento alla disciplina di cui all’art. 97, il quale non prevede la possibilità di una *restitutio in integrum* nell’ipotesi di procedimento penale conclusosi con sentenza di condanna.

(*omissis*)

Va preliminarmente disattesa l'eccezione di tardività del presente gravame, formulata dalla difesa dell'appellato.

Ed invero, la sentenza del TAR Veneto, notificata al Provveditorato agli Studi di Venezia in data 4 giugno 1999, risulta appellata con ricorso notificato il 20 settembre 1999, ossia l'ultimo giorno utile per proporre il gravame, considerato il periodo di sospensione feriale dei termini processuali.

2. Va respinta, inoltre, l'eccezione di difetto di giurisdizione, già scrutinata e superata dal Giudice di prime cure, ma riproposta dall'odierno appellante.

Nel ribadire le argomentazioni al riguardo sviluppate nella sentenza appellata, giova rilevare che va ricondotta nell'alveo della precedente giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo la controversia insorta per l'accertamento del diritto del pubblico impiegato ad un maggiore trattamento retributivo, anche quando siffatta verifica sia funzionale alla modifica della base di calcolo del trattamento pensionistico.

La giurisdizione del Giudice amministrativo va riconosciuta, allorché sussista un nesso d'intima connessione tra la pretesa azionata e il rapporto d'impiego, nesso in presenza del quale le invocate implicazioni afferenti al trattamento pensionistico costituiscono una mera conseguenza della cognizione avente ad oggetto principale lo stesso rapporto.

È quanto può sostenersi con riferimento alla vicenda processuale in esame nella quale il ricorrente in primo grado ha chiesto l'annullamento del decreto del Provveditore agli Studi di Venezia di ricostruzione della posizione giuridica ed economica ai fini del trattamento di quiescenza, nonché l'accertamento del diritto alla *restitutio in integrum*, anche ai fini previdenziali, per il periodo di sospensione cautelare dal servizio.

La controversia trae spunto, quindi, da una pretesa che, pur riguardando il trattamento pensionistico richiede, per la sua soluzione, la diretta cognizione da parte del Giudice adito di profili afferenti al rapporto d'impiego e alla sussistenza e consistenza delle reciproche obbligazioni delle parti contrattuali durante un determinato periodo di svolgimento dello stesso: come tale, la vertenza rientra nei confini della pregressa giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo.

Il Consiglio di Stato ha effettuato un ampio ed approfondito *excursus* sui precedenti giurisprudenziali, enucleando tre diversi indirizzi giurisprudenziali: il primo ritiene irrilevante l'esito del processo penale, dovendosi fare riferimento esclusivamente all'esito del procedimento disciplinare, atteso che non vi sarebbe alcuna differenza tra i titoli della sospensione cautelare; il secondo indirizzo, che parte dalle medesime premesse del primo, ne attenua tuttavia le conseguenze, escludendo la *restitutio in integrum* per il periodo corrispondente alla pena detentiva inflitta, anche se non concretamente scontata; il terzo indirizzo sostiene che la condanna a pena detentiva del pubblico impiegato determina l'interruzione del sinallagma tra prestazione e retribuzione, con conseguente impossibilità di ripristinare retroattivamente lo *status* del dipendente a suo tempo sospeso.

La Sezione, pur esprimendo una preferenza per quest'ultimo indirizzo, ha ritenuto tuttavia opportuno rimettere la questione all'Adunanza Plenaria per la risoluzione del contrasto giurisprudenziale.

3. Quanto al merito, l'oggetto centrale della presente controversia è costituito dalla verifica del regime giuridico applicabile all'ipotesi, di non rara evenienza, nel caso di sospensione di pubblico impiegato correlata alla pendenza di procedimento penale conclusosi con sentenza di condanna, cui non faccia seguito l'attivazione del procedimento disciplinare: la soluzione di tale profilo risulta determinante in sede di definizione della vicenda, posto che, proprio sulla base della ritenuta non computabilità del periodo trascorso in sospensione cautelare dal servizio, l'Amministrazione ha proceduto alla contestata ricostruzione del trattamento giuridico ed economico dell'odierno appellato ai fini del trattamento di quiescenza.

L'Amministrazione ha ritenuto, quindi, di non poter tener conto – nel verificare la sussistenza del diritto del prof. S. al trattamento pensionistico – dell'intero periodo durante il quale lo stesso è stato sottoposto a sospensione cautelare: ciò evidentemente sul presupposto, peraltro corretto, secondo cui gli assegni dovuti al dipendente sospeso cautelatamente, aventi natura non già retributiva, ma assistenziale, e dunque non possono essere assoggettati a contribuzione previdenziale.

3.1. Con la sentenza impugnata, il Giudice di primo grado – per vero non prendendo in considerazione i più recenti orientamenti del Consiglio di Stato (cfr., in particolare, Ad. Plen., 16 giugno 1999, n. 15), nonché quelli, ancor più recenti, seguiti da altri Giudici amministrativi periferici (da ultimo, TAR Puglia, sez. I, 31 marzo 2000, n. 1268) – ha affermato che il dipendente sospeso per effetto della pendenza di procedimento penale, nei cui confronti, dopo la definitiva condanna, non sia stato tempestivamente attivato il procedimento disciplinare, deve essere considerato in servizio nel periodo di sospensione e rimesso *in integrum* nello stato giuridico ed economico; ciò sul rilievo per cui «la sentenza penale in sé non estingue il sinallagma lavorativo, salvo il periodo di restrizione della libertà personale dovuto a misure di custodia cautelare durante la sospensione obbligatoria».

Sulla base di siffatte premesse ricostruttive, il TAR Veneto, preso atto della mancata instaurazione nel caso di specie del procedimento disciplinare a carico del prof. S., ha concluso affermando il diritto di quest'ultimo alla ricostruzione della posizione giuridica ed economica, anche agli effetti pensionistici e del trattamento di fine rapporto, per l'intero periodo di sospensione cautelare (dal 12 maggio 1986 al 27 gennaio 1992), eccettuato quello (dal 12 maggio 1986 al 16 luglio 1986) durante il quale il ricorrente è stato sottoposto a misura custodiale carceraria disposta in seno al procedimento penale e, conseguentemente, a sospensione cautelare obbligatoria dal servizio ex art. 91, decreto del Presidente della Repubblica n. 3/57.

Secondo l'avviso del Giudice di prima istanza, quindi, il dipendente pubblico, condannato con sentenza passata in giudicato, ma mai sottoposto a procedimento disciplinare, ha diritto alla ricostruzione della posizione giuridica ed economica per l'intero periodo di sospensione cautelare – come noto avente una durata massima di cinque anni (art. 9, co. 2, l. n. 19/1990) – escluso il periodo corrispondente alla sospensione cui l'Amministrazione è tenuta per effetto della sottoposizione del dipendente stesso a misura restrit-

tiva della libertà personale: la ricostruzione spetterebbe, quindi, ad onta dell'intervenuta condanna penale e, per quel che attiene al *quantum*, anche per il periodo corrispondente alla pena inflitta con la stessa.

Si tratta di assunto, ad avviso del Collegio, inaccettabile, non solo alla stregua delle più recenti opzioni ermeneutiche sul punto abbracciate dal Consiglio di Stato (cfr. Ad. Plen, 16 giugno 1999, n. 15), ma anche e soprattutto sulla base di un più complessivo ripensamento dei profili giuridici coinvolti nella presente vicenda: rivisitazione che consiglia, come si dirà, una nuova rimessione della questione all'Adunanza plenaria.

4. È opportuno prendere le mosse dalla ricostruzione del quadro normativo di riferimento, costituito, *ratione temporis acti*, dagli artt. 91 - 92 e 96 - 97 del testo unico degli impiegati civili dello Stato: giova solo osservare che, con riferimento alla specifica problematica portata all'attenzione del Collegio, il panorama normativo, ora innovato per effetto della sopravvenuta contrattualizzazione della complessiva materia (art. 27, C.C.N.L. Ministeri del 16 maggio 1995), non sembra offrire soluzioni differenti da quelle prospettate dalle citate disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica n. 3/57 (nel senso della riscontrabilità di un parallelismo normativo, oltre che interpretativo, tra le due discipline cfr., del resto, il parere della Commissione speciale per il pubblico impiego del 13 luglio 1998, n. 402).

5. Come è noto, il decreto del Presidente della Repubblica n. 3/57 prevede due ipotesi di sospensione cautelare dal servizio dell'impiegato pubblico: quella dipendente dalla sottoposizione a procedimento penale e quella connessa all'attivazione, ancorché non ancora disposta, di procedimento disciplinare.

La prima delle due fattispecie è contemplata dall'art. 91 che ha riguardo, a sua volta, a due distinte ipotesi.

Da un lato, la sospensione dal servizio è prevista come obbligatoria allorché il pubblico impiegato sia colpito, nell'ambito del procedimento penale intrapreso nei suoi confronti, da misura cautelare restrittiva della libertà personale; al di fuori di questo caso, la sospensione *può*, e *non deve*, essere disposta dall'Amministrazione quando «la natura del reato sia particolarmente grave».

Senza anticipare le conclusioni cui il Collegio ritiene di pervenire all'esito dell'interpretazione sistematica della complessiva disciplina, può sin d'ora sostenersi che il citato art. 91 configura una tipica misura cautelare, *collegata alla pendenza di un'accusa penale nei confronti del pubblico dipendente*: misura in un caso doverosa, nell'altro rimessa alla discrezionale e sindacabile valutazione dell'Amministrazione, cui spetta verificare, non certo la probabile addebitabilità del fatto al dipendente, bensì soltanto la particolare gravità dello stesso e, pertanto, la potenzialità lesiva che la permanenza nell'ufficio dell'impiegato presenta in termini di credibilità dello stesso apparato amministrativo presso il pubblico.

È appena il caso di sottolineare, a tale ultimo riguardo, che la disposizione in esame – nell'indicare il parametro alla stregua del quale l'Amministrazione deve determinarsi in merito alla sospensione cautelare del dipendente sottoposto in stato di libertà a procedimento penale – fa riferimento

alla particolare gravità della «natura del reato», non già degli indizi da cui lo stesso è raggiunto: l'Amministrazione è chiamata, quindi, a verificare la sussistenza o meno del *periculum in mora* derivante dalla permanenza nell'ufficio dell'impiegato sottoposto a procedimento penale per fattispecie particolarmente grave, non anche ad effettuare una penetrante prognosi di probabile colpevolezza dello stesso, cui è invece subordinata l'applicazione delle misure cautelari demandate al giudice penale (art. 273 c.p.p.).

Diversa è l'ipotesi contemplata dal successivo art. 92, decreto del Presidente della Repubblica n. 3/57, che, sotto la rubrica «Sospensione cautelare facoltativa», fa riferimento alla sospensione disposta, per gravi motivi, indipendentemente dalla pendenza del procedimento penale, *nella prospettiva quindi del procedimento disciplinare*: il rapporto di intima connessione, se non di vera e propria propedeuticità, tra la misura sospensiva in questione e il procedimento disciplinare traspare dalla disposizione del secondo comma del citato art. 92, a tenore della quale «la sospensione disposta prima dell'inizio del procedimento disciplinare è revocata e l'impiegato ha diritto alla riammissione in servizio ed alla corresponsione degli assegni non percepiti, escluse le indennità o compensi per servizi e funzioni di carattere speciale o per prestazioni di carattere straordinario, se la contestazione degli addebiti, ai sensi del secondo comma dell'art. 103, non ha luogo entro quaranta giorni dalla data in cui è stato comunicato all'impiegato, nelle forme dell'art. 104, il provvedimento di sospensione».

Il quadro normativo è completato dagli artt. 96 e 97 dello stesso Testo unico degli impiegati civili.

Il primo prevede lo scomputo della sospensione sanzionatoria disposta a conclusione del procedimento disciplinare dalla sospensione cautelare sofferta in precedenza dal dipendente e la ricostituzione, dedotto l'assegno alimentare, della posizione economica relativa al periodo eccedente la misura sanzionatoria ovvero all'intero periodo di sospensione cautelare allorché vi sia stato proscioglimento disciplinare o irrogazione di sanzione meno grave.

Il successivo art. 97, invece, si occupa dell'ipotesi in cui la sospensione cautelare sia stata disposta *per effetto della pendenza di procedimento penale*, alla stregua, dunque, dell'illustrato art. 91: nel modulare gli effetti di siffatta tipologia di sospensione cautelare in considerazione degli esiti del processo penale, l'art. 97 prende in considerazione la sola ipotesi in cui quest'ultimo si sia concluso con pronuncia assolutoria.

Nel dettaglio, la disposizione distingue a seconda della formula di assoluzione pronunciata in sede penale.

Ed invero, nel caso di formula assolutoria piena, implicante l'accertamento dell'insussistenza del fatto originariamente contestato al pubblico dipendente ovvero della non attribuibilità allo stesso, il primo comma dell'art. 97 riconosce il diritto dell'impiegato alla revoca della sospensione cautelare e alla conseguente corresponsione degli assegni non percepiti, escluse le indennità per servizi e funzioni di carattere speciale o per prestazioni di lavoro straordinario e salva deduzione dell'assegno alimentare eventualmente corrisposto.

Nella diversa ipotesi in cui il procedimento penale si conclude con sentenza, pur sempre di proscioglimento o di assoluzione, ma recante formula meno favorevole per il dipendente, il secondo comma dello stesso art. 97 dispone, invece, che la sospensione cautelare può essere mantenuta purché sia ritualmente e tempestivamente iniziato a carico dell'impiegato procedimento disciplinare.

Resta sguarnita di esplicita previsione normativa l'ipotesi, dedotta nella presente vicenda processuale, in cui il procedimento penale in relazione al quale è stata disposta, ai sensi dell'art. 91, T.U. imp. civ., la sospensione cautelare, si concluda con sentenza di condanna, anziché di proscioglimento o assoluzione.

Orbene, siffatto *deficit* di esplicita disciplina normativa ha dato adito ad un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale che è opportuno ricostruire nelle sue tappe salienti, non trascurando di cogliere le coordinate teoriche di fondo sottese a ciascuno dei differenti indirizzi ermeneutici: coordinate afferenti alla natura e alla funzione della sospensione cautelare dal servizio, oltre che alle peculiarità destinate a connotare il nesso intercorrente tra le succitate previsioni di cui al testo unico sugli impiegati civili dello Stato.

6. In via di estrema sintesi, è possibile distinguere tre orientamenti maturati in ambito giurisprudenziale.

6.1. Alla stregua di una prima opzione ricostruttiva, per vero ormai superata dalla citata Ad. Plen. 16 giugno 1999, n. 15, la pendenza del procedimento penale e, per quel che più conta, l'esito dello stesso sono da considerare del tutto irrilevanti in sede di soluzione del problema afferente al regime cui sottoporre la posizione giuridica ed economica del dipendente cautelatamente sospeso *ex art. 97*, decreto del Presidente della Repubblica n. 3/57.

Nel dettaglio, la pronuncia penale di condanna è del tutto inidonea a dispiegare effetti sul provvedimento amministrativo di sospensione cautelare, dovendo attendersi in ogni caso le successive determinazioni assunte nella distinta sede disciplinare: con l'ulteriore conseguenza per cui il mancato inizio ovvero l'estinzione del procedimento disciplinare implica la decadenza con efficacia retroattiva della disposta sospensione cautelare ed il conseguenziale diritto del dipendente alla piena *restitutio in integrum*.

Sullo sfondo di siffatto indirizzo interpretativo vi è una peculiare ricostruzione teorica dei rapporti intercorrenti tra gli artt. 96 e 97 del Testo unico degli impiegati civili dello Stato e, conseguentemente, della natura e della funzione ascrivibili alla misura della sospensione cautelare dal servizio, ancorché disposta per effetto della pendenza di procedimento penale ai sensi dell'art. 91, d.P.R. n. 3/57.

Nel dettaglio, l'assunto di fondo da cui muove l'indirizzo che si esamina è quello secondo cui non vi deve essere differenziazione alcuna tra i titoli della sospensione cautelare, agli effetti sia della compensazione dei tempi con la sanzione disciplinare successivamente irrogata all'esito del relativo procedimento, sia della necessità della *restitutio* economica per il periodo rimasto non coperto dalla sanzione sospensiva: soluzione, questa, che fa leva

sulla ritenuta portata generale della previsione di cui al citato art. 96, asseritamente inidoneo a giustificare in via interpretativa ricostruzioni differenziate delle singole tipologie di sospensione cautelare.

La centralità che tale premessa teorica assume nella ricostruzione dei profili giuridici della questione consiglia un maggiore impegno esplicativo.

Secondo i fautori di tale primo indirizzo interpretativo, la sospensione cautelare presenterebbe sempre la medesima natura giuridica e *un'identica connotazione funzionale* a prescindere dal fatto che per la relativa regolamentazione debba farsi riferimento all'art. 96 o al successivo art. 97.

Il rapporto tra le due citate disposizioni andrebbe ricostruito in termini di specialità, non già di alternatività: rispetto alla prima delle due disposizioni che, senza distinguere tra le varie tipologie di sospensione cautelare, assumerebbe portata generale, la seconda si connoterebbe per il solo fatto (ritenuto tuttavia ininfluenza ai fini della individuazione del regime giuridico applicabile) di avere riguardo all'ipotesi di sospensione disposta per effetto della pendenza di procedimento penale a carico del dipendente.

Siffatta peculiarità, tuttavia, non sarebbe di per sé sufficiente ad alterare la natura ontologicamente unitaria della misura in questione, destinata comunque a presentare identica struttura e unica funzione.

Ed invero, premessa teorica di fondo della tesi interpretativa che si analizza è quella secondo cui la sospensione cautelare sia in ogni caso, anche quando disposta per effetto della pendenza del procedimento penale, una misura provvedimento di tipo strumentale rispetto agli esiti del procedimento disciplinare, di cui anticipa, per così dire, sia pure con carattere di autentica provvisorietà, gli effetti punitivi: da siffatte coordinate sistematiche si trae la logica conclusione secondo cui la suddetta anticipazione di effetti punitivi, disposta in via cautelare con il provvedimento di sospensione, è destinata a venir meno retroattivamente allorché non sia instaurato il procedimento disciplinare, con conseguente pieno ripristino della posizione giuridica ed economica del dipendente sospeso.

In via di estrema sintesi, quindi, può dirsi che alla base di tale primo filone interpretativo vi è la qualificazione della sospensione cautelare come provvedimento funzionalmente unitario, *sempre adottato nella prospettiva del successivo svolgimento del procedimento disciplinare*, dei cui possibili risultati punitivi costituisce una mera anticipazione attuata in via provvisoria e con finalità preventive.

La natura sempre strumentale e propedeutica ascritta alla sospensione cautelare rispetto al procedimento disciplinare implica, quindi, quali logici corollari, da un lato, l'assoluta irrilevanza degli esiti del procedimento penale, dall'altro, la constatazione dell'intima connessione registrabile tra la sorte della disposta sospensione e i risultati della procedura amministrativa: i due provvedimenti, quindi, quello cautelare e quello adottato a conclusione del procedimento disciplinare, sarebbero sempre avvinti da un indissolubile rapporto di strumentalità, di guisa che gli stessi *simul stabunt simul cadent*.

Il dipendente pubblico, sospeso cautelatamente perché sottoposto a procedimento penale, avrebbe diritto, quindi, seguendo tale primo orientamento,

alla piena *restitutio*, per il solo fatto che l'Amministrazione, per qualsiasi ragione (non ultima una deplorabile inerzia), si sia determinata a non dar corso al procedimento disciplinare.

Tale circostanza, infatti, sarebbe di per se sola idonea a far sorgere in capo all'impiegato, pure condannato in sede penale, il diritto ad un'integrale ricostruzione della sua posizione giuridica ed economica per tutta la durata della sospensione cautelare, senza che debba essere detratto dal calcolo neanche il periodo corrispondente alla pena inflitta dal giudice penale.

Tale conclusione – almeno in parte seguita dal Giudice di prime cure nella presente vicenda processuale – pur paradossale nelle sue conseguenze pratiche ed applicative, pare tuttavia coerente con le premesse teoriche di Fondo sopra illustrate, dal Collegio, peraltro, non condivise.

Sul primo versante, non è chi non veda la singolarità ed inspiegabilità delle conseguenze applicative cui quell'indirizzo conduce: il dipendente, sospeso perché sottoposto a procedimento penale, e successivamente condannato con sentenza definitiva, ha diritto a vedersi riconosciuti gli assegni non percepiti, maggiorati di interessi e rivalutazione, in relazione all'intero periodo di sospensione, durante il quale non è stata eseguita alcuna prestazione lavorativa.

Senonché, sul piano squisitamente giuridico, quella conclusione risulta in perfetta sintonia con la rimarcata unitarietà funzionale delle varie forme di sospensione cautelare e con la riconosciuta natura sempre strumentale della misura sospensiva rispetto al procedimento disciplinare, di cui quella anticiperebbe, in via cautelare e provvisoria, gli effetti punitivi: effetti destinati quindi a venir meno retroattivamente allorché faccia difetto, per l'appunto, quel procedimento disciplinare cui la disposta sospensione è legata da un costante nesso di propedeuticità.

Con la suddetta impostazione teorica appare coerente, peraltro, l'affermata ininfluenza della condanna penale, ritenuta irrilevante sotto un duplice profilo.

Da un lato, infatti, la sentenza penale non spiega alcun effetto immediato sulla sorte della pronuncia cautelare, in via esclusiva legata alle conclusioni del successivo procedimento disciplinare; dall'altro, lo stesso periodo corrispondente alla pena inflitta non può essere detratto in sede di ricostruzione della posizione giuridica ed economica cui il dipendente ha diritto in assenza del procedimento disciplinare.

La ritenuta strumentalità della sospensione rispetto al solo procedimento disciplinare giustifica, infatti, sul piano della coerenza logico-giuridica, entrambi i risultati applicativi suillustrati.

6.2 Negli indirizzi dello stesso Consiglio di Stato è di recente emersa l'esigenza di stemperare e ridimensionare gli esiti applicativi che inevitabilmente derivano dalla ricostruzione teorica seguita nelle pronunce incasellabili nel suillustrato orientamento.

Già in sede consultiva, infatti, si è sostenuto che, intervenuta una sentenza definitiva di condanna, alla sospensione condizionale della pena inflitta in sede penale non può riconoscersi l'effetto dell'attribuzione di ulteriori

benefici al pubblico dipendente, sicché va in questi casi senz'altro esclusa l'applicazione del meccanismo della *restitutio in integrum* per il periodo di tempo relativo alla condanna concretamente non scontata (cfr. il citato parere della Commissione speciale del pubblico impiego n. 402 del 13 luglio 1998, nonché quello reso dalla stessa Commissione in data 5 febbraio 2001).

Sulla stessa linea si è mossa la Quinta Sezione del Consiglio di Stato affermando che, in caso di estinzione del pur intrapreso procedimento disciplinare, spetta al dipendente, già sospeso cautelamente, la *restitutio in integrum*, fatta eccezione del periodo corrispondente alla pena detentiva inflitta dal giudice penale, ancorché non debba essere scontata per effetto della concessa sospensione condizionale (17 dicembre 1998, n. 1808).

Ad analoga conclusione è quindi pervenuta l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, nella più volte citata pronuncia n. 15/1999, ha sostanzialmente condiviso la sopra esposta limitazione all'operatività del meccanismo ripristinatorio: ed invero, l'Adunanza ha sostenuto che il dipendente, condannato dopo essere stato sospeso cautelamente per pendenza del processo penale, ha diritto alla ricostruzione della posizione giuridica ed economica per il periodo di sospensione cautelare, previa deduzione del periodo corrispondente non solo alla sospensione dalla qualifica irrogata all'esito del procedimento disciplinare (nel caso di specie regolarmente azionato), ma anche alla pena detentiva inflitta dal giudice penale, ancorché non scontata.

Senonché, a tale risultato, certo innovativo rispetto alla precedente impostazione, il Consiglio perviene senza rinnegare le premesse ricostruttive sottese all'orientamento precedentemente seguito, volto, come noto, a riconoscere qualsiasi rilievo alla intervenuta condanna penale.

La stessa Adunanza plenaria, infatti, ribadisce a chiare lettere che gli artt. 96 e 97 del Testo unico degli impiegati civili dello Stato, lungi dal dettare discipline tra loro in rapporto di regola ad eccezione, si riferiscono a distinti momenti del procedimento disciplinare: entrambe le disposizioni, quindi, avrebbero riguardo ad una misura provvedimento funzionale unitaria, *disposta nella esclusiva prospettiva del procedimento disciplinare*, rispetto al quale la sospensione avrebbe in ogni caso natura strumentale e propedeutica.

Ricostruzione, questa, del panorama normativo e dei profili strutturali e funzionali della sospensione cautelare di cui all'art. 97, decreto del Presidente della Repubblica n. 3/57 difficilmente coniugabile, ad avviso del Collegio, con le conseguenze, invece, desunte in punto di doverosa detraibilità dal meccanismo della *restitutio in integrum* del periodo corrispondente alla pena detentiva inflitta con la sentenza definitiva, ancorché sospesa: in altri termini, *il Collegio esprime perplessità in ordine alla armonizzabilità con l'assunto teorico secondo cui la sospensione cautelare è sempre disposta nell'esclusiva prospettiva dello svolgimento del procedimento disciplinare, cui risulta avvinta da un nesso di intima strumentalità, l'affermata scomputabilità, in sede di ricostruzione della posizione del dipendente sospeso, del periodo corrispondente alla pena inflitta con sentenza, ossia in una sede del tutto distinta e separata rispetto all'eventuale iter amministrativo diretto allo scrutinio della responsabilità disciplinare dell'impiegato.*

Siffatte perplessità non risultano, del resto, fugate dalle osservazioni svolte nel citato parere della Commissione speciale per il pubblico impiego del 5 febbraio 2001.

Con tale parere la Sezione mostra di aderire alla tesi che considera la sospensione cautelare quale provvedimento funzionalmente collegato sempre e solo al successivo procedimento disciplinare, in tal modo negando qualsiasi rilievo, in sede di ricostruzione della posizione giuridica ed economica del dipendente, alla sentenza penale di condanna: la stessa, infatti, è espressamente ritenuta inidonea a «costituire il titolo giuridico per stabilizzare, ai fini patrimoniali, il provvedimento cautelare», da «riportare nell'ambito del procedimento disciplinare».

Senonché, pur muovendo da tale assunto di assoluta separatezza tra gli esiti del processo penale e la regolamentazione della posizione del dipendente durante il periodo di sospensione cautelare, la stessa Sezione consultiva afferma che «la sentenza penale, oltre il caso positivamente disciplinato di assoluzione con formula piena, assume rilevanza autonoma e diretta, al fine degli effetti della sospensione, solo ove l'amministrazione, per scelta consapevole o comportamento negligente, non dia seguito al procedimento disciplinare. Soltanto in tal caso, infatti, il periodo detentivo comminato dal giudice penale costituisce ostacolo per una piena reintegrazione anche se non concretamente scontato, *essendo evidente che il giudizio di qualificazione della sospensione e di imputabilità al dipendente della rottura del rapporto sinallagmatico tra le rispettive prestazioni per la parte di tempo coperta dalla condanna è stato fatto dal giudice penale e non può essere sostituito da un apprezzamento dell'amministrazione*».

Orbene, l'attribuzione di un sia pur parziale rilievo alla sentenza penale di condanna in sede di verifica del diritto alla *restitutio in integrum* (come si dirà condiviso dal Collegio, sia pure sulla scorta di un diverso percorso ricostruttivo, anche attento alle recentissime novità di fonte legislativa) non pare del tutto in sintonia con quanto sostenuto dalla stessa Sezione consultiva in merito alla qualificazione giuridica della sospensione cautelare, intesa come provvedimento adottato nella esclusiva prospettiva del procedimento disciplinare, oltre che con la conseguente affermazione di inidoneità della statuizione giurisdizionale «a costituire il titolo giuridico per stabilizzare, ai fini patrimoniali, il provvedimento cautelare».

6.3 Prima di passare ad una più analitica disamina del percorso logico seguito dal Consiglio nel sostenere il suillustrato secondo indirizzo ermeneutico, si da porre in risalto le ragioni che inducono questo Collegio a deferire nuovamente la questione all'Adunanza plenaria, giova completare l'illustrazione delle opzioni interpretative affermatesi nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Alla stregua di una terza posizione, seguita dal Giudice contabile (cfr., *ex multis*, Corte conti 3 marzo 1988, n. 1907 e 27 novembre 1992, n. 69), oltre che da diversi Giudici amministrativi periferici (v. TAR. Campania, sez. Napoli, 5 gennaio 1999, n. 39, T.A.R. Marche, 14 maggio 1999, n. 635, T.A.R.

Puglia, Bari, sez. I, 31 marzo 2000, n. 1268), il descritto quadro normativo si presta ad una lettura radicalmente differente, non solo per quel che attiene alle conseguenze applicative, ma anche, e prima ancora, con riguardo agli assunti ricostruttivi di fondo.

In sintesi, le pronunce riconducibili a tale terzo orientamento sostengono:

che, avuto riguardo al tenore dell'art. 97 del testo unico, in caso di adozione della sospensione cautelare collegata alla pendenza di procedimento penale, la misura sospensiva resta ferma quanto agli effetti prodotti anche nella eventualità che la pubblica Amministrazione non dia corso al procedimento disciplinare (semprechè, ovviamente, vi sia stata sentenza penale di condanna);

che, conseguentemente, soltanto nelle ipotesi, da ritenere tipiche e tassative, individuate dalla citata disposizione del decreto del Presidente della Repubblica n. 3/57 (*id est*, proscioglimento o assoluzione passata in giudicato perché il fatto non sussiste o perché l'imputato non lo ha commesso) deve farsi luogo al meccanismo della *restitutio in integrum*;

che, quindi, la condanna a pena detentiva del pubblico impiegato, anche quando non scontata, determina l'interruzione, per fatto e colpa dello stesso impiegato, del sinallagma tra prestazione e retribuzione, sicché devono considerarsi insussistenti i presupposti idonei a giustificare il ripristino retroattivo dello *status* del dipendente a suo tempo cautelatamente sospeso.

7. Orbene, quest'ultimo orientamento merita, ad avviso del Collegio, una rinnovata attenzione, imposta, non solo dalla consistenza persuasiva della complessiva ricostruzione teorica del quadro normativo allo stesso sottesa, ma anche da importanti e recentissime novità legislative, nonché da taluni spunti interpretativi che, forniti dal Giudice costituzionale con riferimento alla compatibilità con la *Grundnorm* della disciplina riguardante altra tipologia di sospensione cautelare dal servizio (quella prevista dall'art. 15, comma 4-*septies*, legge n. 55/1990 e succ. mod.), sembrano assumere almeno indirettamente un rilievo non trascurabile nella soluzione della questione oggi esaminata.

È opportuno ribadire che l'ipotesi portata al vaglio del Collegio – quella cioè di dipendente cautelatamente sospeso perché sottoposto a procedimento penale, poi conclusosi con condanna, ma non assoggettato a procedimento disciplinare – *non riceve nel testo unico degli impiegati civili espressa previsione*.

L'art. 97, infatti, che pure si occupa dei rapporti tra sospensione disposta in dipendenza di procedimento penale e esiti di quest'ultimo, ha riguardo al solo caso in cui interviene sentenza di proscioglimento o comunque di assoluzione: solo in tal caso la *restitutio in integrum* può essere ancora esclusa (sempre che la formula assolutoria non sia piena), ma subordinatamente all'instaurazione ed alla sfavorevole conclusione del procedimento disciplinare.

Al contrario, l'art. 97 non prende in considerazione la diversa ipotesi in cui il procedimento penale, in dipendenza del quale la sospensione cautelare

è stata disposta, si concluda sfavorevolmente: orbene, questo silenzio legislativo appare ragionevolmente spiegabile se si valorizzano le peculiarità della sospensione cautelare disposta, ai sensi degli artt. 91 e 97, per effetto della pendenza di procedimento penale, al contempo sottoponendo a rivisitazione critica l'assunto della unitarietà funzionale delle differenti tipologie di misure sospensive contemplate dal decreto del Presidente della Repubblica n. 3/1957.

Ad avviso del Collegio, infatti, è opportuno riconsiderare i rapporti tra le illustrate disposizioni di cui agli artt. 91 e 97, da un lato, 92 e 96, dall'altro; è necessario, conseguentemente, tenere in debito conto le specifiche peculiarità che le diverse misure di sospensione cautelare presentano, tanto per quel che attiene ai presupposti di adozione, quanto per quel che riguarda i profili funzionali.

Analisi, questa, indispensabile per procedere ad una corretta soluzione della problematica portata all'attenzione del Collegio.

Da un lato, il Testo unico del 1957 ha riguardo all'ipotesi in cui l'Amministrazione, intendendo procedere alla contestazione di un fatto disciplinarmente rilevante nella prospettiva dell'instaurazione o prosecuzione del relativo procedimento, ritenga di adottare una misura squisitamente cautelare e strumentale, valutata opportuna al fine di garantire il buon andamento dell'azione amministrativa, oltre che il sereno dispiegarsi dello stesso giudizio disciplinare: in tale prima ipotesi, non può dubitarsi che la misura sospensiva, avente natura spiccatamente cautelare, sarà *ab initio* condizionata all'instaurazione ed alla successiva conclusione del procedimento disciplinare, dei cui potenziali esiti è istituzionalmente preordinata ad anticipare gli effetti, sia pure con finalità meramente preventive.

L'intimo nesso tra siffatta tipologia di sospensione e procedimento disciplinare traspare con evidenza dall'esame degli artt. 92 e 96 del testo unico, in forza dei quali, ove il procedimento stesso non sia iniziato o, se iniziato, si estingua ovvero si concluda con il proscioglimento degli addebiti, la misura sospensiva, *ex post* rivelatasi priva di giustificazione, va ritirata retroattivamente con conseguente ripristino *ex tunc* della posizione giuridica ed economica del dipendente.

La soluzione normativa fornita dai citati artt. 92 e 96 pare del tutto coerente con i profili funzionali della indicata tipologia di misura sospensiva: si tratta di provvedimento, di tipo strumentale, adottato dall'Amministrazione nella esclusiva prospettiva dello svolgimento del procedimento disciplinare di cui anticipa, con finalità preventive e per l'appunto cautelari, i possibili effetti punitivi: la sospensione è, in questo caso, meramente anticipatoria del possibile esito del procedimento disciplinare, con la conseguenza per cui la sorte della stessa è inevitabilmente connessa ai risultati di quello.

Ben diversa è, invece, la fattispecie contemplata dagli artt. 91 e 97 del Testo unico degli impiegati civili, come noto diretti a disciplinare l'ipotesi in cui la misura sospensiva sia collegata alla pendenza di procedimento penale.

Come è stato evidenziato nel dibattito sviluppatosi al riguardo, in questo caso, la sospensione può considerarsi coordinata al futuro procedimento

disciplinare in modo del tutto mediato ed indiretto, *posto che la stessa si correla, in via diretta ed immediata, alla pendenza di un'accusa penale nei confronti del pubblico dipendente*: la stessa misura rinviene il suo fondamento applicativo in valutazioni di opportunità che prescindono dalla penetrante verifica della probabile fondatezza degli addebiti, per concentrarsi, invece, sulla lesività che la permanenza nell'ufficio di un impiegato accusato di reati particolarmente gravi presenta per il prestigio e la credibilità dell'Amministrazione verso il pubblico.

Questa seconda tipologia di sospensione cautelare è, quindi, assimilabile a quella prevista e disciplinata dall'art. 15, comma 4-*septies*, legge 19 marzo 1990, n. 55, come modificato dalla legge 18 gennaio 1992, n. 16, che, nella formulazione precedente alla novella introdotta con legge n. 475/1999, disponeva l'immediata e doverosa sospensione dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, i quali avessero riportato condanna, anche non definitiva, per determinate fattispecie delittuose tassativamente indicate ovvero fossero stati rinviati a giudizio per taluni delitti ovvero assoggettati ad una misura di prevenzione, anche non definitiva, in quanto indiziati di appartenere ad associazione di tipo mafioso.

È agevole cogliere, infatti, l'unitarietà funzionale delle tipologie di sospensione previste e disciplinate rispettivamente dagli artt. 91, T.U. imp. civ., e 15, comma 4-*septies*, dalla legge 19 marzo 1990, n. 55, come modificato dalla legge 18 gennaio 1992, n. 16.

In entrambi i casi, infatti, si tratta di misura, di natura pur sempre cautelare, ma collegata alla sola pendenza di un'accusa penale nei confronti dell'impiegato pubblico: misura volta, quindi, a proteggere un fondamentale interesse pubblico – non privo come si dirà di copertura costituzionale – in attesa del successivo accertamento (*nella specie giudiziale*).

Il parallelismo tra le due indicate misure sospensive e la suddetta connotazione funzionale delle stesse sono stati, del resto, posti in evidenza in un'importante sentenza del Giudice delle leggi, quasi contestuale alla ricordata pronuncia n. 15/1999 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (Corte cost., 3 giugno 1999, n. 206).

Nella suddetta sentenza, infatti, il Giudice costituzionale – chiamato a pronunciarsi sulla compatibilità costituzionale dell'art. 15, comma 4-*septies*, legge 19 marzo 1990, n. 55, come modificato dalla legge 18 gennaio 1992, n. 16 (ma prima delle ulteriori ed incisive modifiche apportate dalla legge 13 dicembre 1999, n. 475), nella parte in cui prevede una sospensione automatica ed obbligatoria, dovuta per il solo fatto che nel procedimento penale afferente a gravi tipologie di reati siano intervenuti taluni provvedimenti (tra i quali, prima della modifica apportata con la citata legge n. 475/1999, il mero rinvio a giudizio) – ha rimarcato il parallelismo riscontrabile tra siffatta disposizione e quella di cui all'art. 91, decreto del Presidente della Repubblica n. 3/1957.

In entrambi i casi — sostiene, infatti, la Corte costituzionale — si è in presenza di una «misura cautelare, *collegata alla pendenza di un'accusa penale nei confronti del funzionario pubblico*»: con specifico riguardo alla misura

sospensiva di cui al citato art. 15, comma 4-*septies*, strutturalmente e funzionalmente assimilata dalla stessa Corte a quella di cui all'art. 91, decreto del Presidente della Repubblica n. 3/1957, la Consulta pone in risalto che trattasi di misura cautelare «tendente a proteggere un interesse nell'attesa di un successivo accertamento (*nella specie giudiziale*)».

Orbene, gli spunti ricostruttivi desumibili dalla citata sentenza della Corte costituzionale (ai cui pregevoli apporti motivazionali sarà necessario fare ulteriore riferimento nell'esaminare ulteriori profili della materia che ci occupa) paiono corroborare l'assunto di fondo da cui si sono prese le mosse, in forza del quale la sospensione cautelare prevista dagli artt. 91 e 97, decreto del Presidente della Repubblica n. 3/1957, presenta connotazioni funzionali idonee a distinguerla nettamente da quella di cui agli artt. 92 e 96 dello stesso articolato normativo: connotazioni consistenti, principalmente, nella immediata correlazione della misura in questione alla mera pendenza del procedimento penale, non anche, se non in via del tutto mediata, a quello disciplinare.

Questa differente ricostruzione – a favore della quale il Consiglio di Stato si è già sia pur dubitativamente espresso (cfr. Sez. IV, 22 dicembre 1998, 1854) – impone di rivedere i rapporti tra la disposta sospensione e gli esiti di quel procedimento penale al quale la stessa è correlata.

8. Il legislatore, come rilevato, prende espressamente in considerazione la sola ipotesi in cui il procedimento penale si concluda con esito favorevole: nel dettaglio prevede, come ormai noto, che in caso di assoluzione piena il dipendente abbia sempre ed automaticamente diritto alla integrale ricostruzione della posizione giuridica ed economica per l'intera durata della sospensione cautelare.

Siffatta previsione normativa assume significato per una fondamentale ragione che è utile esplicitare nella prospettiva di un più corretto approccio ermeneutico alla specifica questione portata al vaglio del Collegio, quella della disciplina applicabile all'ipotesi inversa, non contemplata dal legislatore, in cui il processo penale si sia definito con condanna del pubblico impiegato.

In primo luogo, il Collegio ritiene necessario identificare le esigenze che hanno indotto il legislatore ad introdurre siffatta disposizione: analisi opportuna tanto al fine di delineare i caratteri e la natura ascrivibili alla norma in questione quanto con l'intento di cogliere le ragioni della mancata disciplina della fattispecie contraria, caratterizzata dall'esito sfavorevole del processo penale.

L'esigenza avvertita dal legislatore del 1957 di far luogo all'espressa enunciazione di una regola solo apparentemente scontata – qual è quella in forza della quale il dipendente cautelatamente sospeso a causa della pendenza del procedimento penale ha diritto all'integrale *restitutio in integrum* allorché con sentenza passata in giudicato sia accertata la sua piena innocenza – va rinvenuta nel *carattere spiccatamente derogatorio* che quella stessa enunciazione assume rispetto al principio cardine volto a connotare il rapporto di

impiego e il suo concreto dispiegarsi alla cui regolamentazione è per l'apunto preordinato il decreto del Presidente della Repubblica n. 3/1957: il principio di necessaria corrispettività tra le due fondamentali prestazioni, quella retributiva posta a carico del datore e quella avente ad oggetto l'espletamento dell'attività lavorativa da parte del dipendente.

In altri termini, l'art. 97, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica n. 3/57 prende in considerazione in modo espresso l'ipotesi in cui l'impiegato sospeso sia assolto con formula piena nel procedimento penale proprio al fine di evitare che, ad onta di siffatto esito del processo in vista del quale è stato adottato il provvedimento cautelare, possa operare il principio generale che subordina l'obbligo retributivo sempre e comunque all'effettivo espletamento della prestazione lavorativa, nel caso di specie non consentito per effetto del provvedimento sospensivo.

Può sostenersi, quindi, che la previsione contenuta in apertura del citato art. 97 abbia natura eccezionale, in quanto volutamente derogatoria rispetto al principio fondamentale di tendenzialmente doverosa sinallagmaticità delle due prestazioni: principio connaturato alla stessa intrinseca essenza del rapporto di impiego.

Si tratta, peraltro, di eccezione con la quale, nel porre a carico dell'Amministrazione il «rischio dell'accusa infondata», il legislatore ha giustamente inteso salvaguardare il dipendente di cui sia stata accertata l'innocenza all'esito di quello stesso procedimento penale la cui pendenza ha determinato l'adozione del provvedimento di sospensione.

D'altra parte, il carattere del tutto eccezionale della disciplina in questione pare confermato dalla previsione di taluni limiti destinati a ridimensionare il pur riconosciuto diritto del dipendente sospeso e poi assolto alla piena *restitutio in integrum*: lo stesso art. 97, comma 1, decreto del Presidente della Repubblica n. 3/1957, infatti, esclude che l'impiegato abbia diritto alle indennità ed ai compensi «per servizi o funzioni di carattere speciale», oltre che «per prestazioni di lavoro straordinario».

Quanto al primo degli indicati limiti frapposti all'azionabilità del diritto alla *restitutio in integrum*, la giurisprudenza si è a più riprese espressa nel senso che lo stesso vada escluso con riferimento a quelle voci del trattamento economico legate ad esigenze contingenti e variabili e, per quel che più conta, «collegate da uno stretto rapporto di causalità con l'attività effettivamente svolta dal dipendente»: persino in caso di assoluzione, dunque, il principio di necessaria corrispettività conserva margini pur circoscritti di concreta operatività allorché il nesso di reciprocità tra le due prestazioni fondamentali del rapporto di impiego risulti particolarmente stretto.

Ciò chiarito in merito alla natura eccezionale e derogatoria della previsione di cui all'art. 97, comma 1, decreto del Presidente della Repubblica n. 3/1957, è agevole comprendere le ragioni sottese alla scelta del legislatore di non dettare alcuna regolamentazione con riguardo al diverso caso di condanna del dipendente cautelatamente sospeso: il silenzio del legislatore pare, infatti, del tutto ragionevole sulla scorta di quanto meno due ordini di ragioni.

Da un lato, infatti, mancano, con riguardo all'ipotesi in cui il processo penale si sia concluso con il riconoscimento della colpevolezza del dipendente cautelatamente sospeso, le esigenze che, in via del tutto eccezionale, hanno indotto il legislatore del 1957 ad introdurre, con il primo comma del citato art. 97, una disciplina destinata a costituire una profonda rottura del principio di necessaria corrispettività del rapporto di lavoro: sembra logico ritenere, allora, che il legislatore abbia volutamente obliterato siffatta ipotesi nella lucida consapevolezza del riespandersi applicativo, in caso di condanna, del principio di doverosa sinallagmaticità, implicante il venir meno dell'obbligo retributivo a fronte dell'inoperatività del rapporto di impiego *a latere subiecti*.

D'altra parte, siffatta ricostruzione di stampo teleologico è rafforzata se si muove dalla tesi volta a sostenere l'esigenza di un collegamento funzionale tra la sospensione cautelare e il procedimento penale.

Ed invero, essendo la prima disposta per effetto della sussistenza di un'accusa penale nei confronti del pubblico dipendente, la sua efficacia non può che essere convalidata allorché la fondatezza di quella stessa accusa risulti confermata dal giudicato penale di condanna.

Tale risultato interpretativo, lungi dal risultare in contrasto con il principio di autonomia del procedimento disciplinare rispetto a quello penale, costituisce, ad avviso del Collegio, logico corollario della suesposta ricostruzione funzionale dell'istituto in esame, oltre che ragionevole applicazione di fondamentali principi civilistici.

Da un lato, infatti, resta fermo che non possono irrogarsi autonome sanzioni disciplinari se non all'esito del successivo ed eventuale procedimento disciplinare.

Il principio di autonomia del procedimento disciplinare non può tuttavia essere invocato in sede di definizione del regime giuridico applicabile agli effetti di una misura sospensiva disposta quale mera, ancorché non necessaria, conseguenza della intrapresa indagine penale a carico di un funzionario pubblico, poi riconosciuto effettivamente colpevole.

Siffatta connotazione funzionale del provvedimento sospensivo induce a ritenere che – allorché il procedimento penale si concluda con il riconoscimento della fondatezza di quell'accusa che aveva indotto l'Amministrazione a dubitare della compatibilità con la tutela del proprio prestigio dell'ulteriore permanenza del dipendente nell'ufficio – debbano trovare necessaria applicazione i generali principi civilistici diretti a disciplinare il dispiegarsi dei rapporti contrattuali di tipo sinallagmatico, quale è quello di lavoro.

In definitiva, qualora il processo penale si concluda con la condanna dell'imputato, deve ragionevolmente ritenersi che l'interruzione del sinallagma tra prestazione lavorativa e quella retributiva, verificatasi per tutta la durata della misura sospensiva, sia interamente attribuibile all'impiegato, sicché va decisamente escluso, alla stregua dei generali principi in tema di inadempimento dell'obbligazione lavorativa (art. 1218 cc.), il diritto del funzionario al ripristino dello *status quo ante* e l'obbligo della P.A., quindi, di far luogo ad una spesso costosa ricostruzione sotto ogni profilo, giuridico, previ-

denziale, economico, con tutti gli accessori, con riferimento a periodi durante i quali la prestazione lavorativa non è stata eseguita: il dipendente, ferme le autonome ed ulteriori determinazioni assunte nella sede disciplinare, potenzialmente implicanti nei casi contemplati dalla legge la destituzione, ha solo diritto alla immediata riammissione in servizio, con conseguente revoca della misura cautelare adottata.

Il suesposto indirizzo pare ora ancor più corroborato, nelle sue premesse teoriche e ricostruttive, dalle recentissime novità introdotte dalla legge 8 marzo 2001, n. 97, recante «Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche».

Ed invero, tale intervento legislativo, pur riguardando questione diversa da quella portata all'attenzione del Collegio, introduce un principio, di sicura portata dirompente, idoneo ad ulteriormente irrobustire la trama argomentativa sottesa all'indirizzo accolto dal Collegio in punto di regime giuridico cui assoggettare gli effetti della sospensione cautelare disposta nei confronti del dipendente pubblico sottoposto a procedimento penale conclusosi con condanna definitiva cui non faccia seguito l'attivazione del procedimento disciplinare.

La novità cui si fa riferimento è quella contenuta nel nuovo comma *l-bis* dell'art. 653 c.p.p. a tenore del quale «la sentenza penale irrevocabile di condanna ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso».

Orbene, tale disposizione – pur afferente ai rapporti tra procedimento penale e quello disciplinare, sulla cui autonomia finisce per incidere in senso almeno in parte limitativo – assume un sia pure indiretto rilievo nella soluzione della questione che si esamina.

Ed invero, per effetto di tale novità legislativa, la condanna penale in giudicato, riconoscendo con effetto vincolante anche nella distinta sede amministrativa l'attribuibilità al dipendente del fatto oggetto di quell'accusa in funzione della quale la sospensione cautelare è stata disposta, è idonea a costituire il titolo giuridico cui agganciare il giudizio di addebitabilità all'impiegato del mancato funzionamento del rapporto sinallagmatico.

Ne consegue, quindi, che deve trovare applicazione, per il periodo di sospensione, il principio di necessaria corrispettività implicante il venir meno dell'obbligo retributivo allorché sia rimasto interrotto il rapporto di impiego per colpa del lavoratore.

Orbene, tale approccio interpretativo pare al Collegio non scalfito, nella sua validità teorica e ragionevolezza applicativa, dai rilievi di armonizzabilità

con fondamentali principi costituzionali, formulati anche in sede particolarmente autorevole (cfr. il citato parere n. 402/1998 della Commissione speciale pubblico impiego del Consiglio di Stato).

È stato chiamato in causa, in particolare, il principio di presunzione di non colpevolezza dell'imputato fino a condanna penale (art. 27 Cost.) per inferirne che «la sola sottoposizione di un pubblico dipendente all'azione penale non può essere considerata, di per sé, come elemento idoneo a giustificare misure di tipo sanzionatorio che, ad una successiva sede disciplinare, risultino in qualche modo eccessive o sproporzionate»: è stato anche notato che «il prolungarsi del procedimento penale non può evidentemente ritorcersi a danno dell'incolpato».

Il Collegio ritiene le suindicate perplessità non coniugabili con il quadro normativo, come sopra ricostruito, oltre che superabili alla stregua di una più complessiva considerazione dei diversi principi costituzionali coinvolti e della relativa composizione effettuata dal legislatore ordinario.

In via preliminare, infatti, va ribadito che, alla stregua del suesposto indirizzo interpretativo, dal Collegio considerato meritevole di una rinnovata attenzione, la sospensione disposta per effetto della pendenza del procedimento penale conserva certo natura cautelare, non assumendo di per sé carattere sanzionatorio.

L'esclusione del diritto alla *restitutio* del dipendente cautelatamente sospeso e poi in sede penale condannato poggia, non già certo sul riconoscimento del carattere sanzionatorio del provvedimento sospensivo, bensì su una ben diversa e composita base giuridica: da un lato, la constatazione della indicata connotazione funzionale di quella misura, in via immediata correlata al procedimento penale, anziché a quello disciplinare, dall'altro, la consequenziale applicazione di fondamentali e generali principi civilistici afferenti alla distribuzione tra le parti contrattuali delle conseguenze derivanti dalla mancata esecuzione delle corrispettive prestazioni, ora ancor più destinati ad assumere rilievo in considerazione del carattere vincolante ascrivito alla sentenza penale di condanna per quel che attiene all'accertamento dell'addebitabilità del fatto al dipendente.

Sempre in via preliminare, preme osservare che, diversamente dalla misura sospensiva contemplata dal richiamato art. 15, comma 4-*septies*, legge n. 55/1990, di cui, peraltro, ad onta della sua natura obbligatoria, è stata riconosciuta l'armonizzabilità con i principi costituzionali (Corte cost. n. 206/1999), quella prevista dall'art. 91, decreto del Presidente della Repubblica n. 3/1957, con riguardo al dipendente sottoposto in stato di libertà a procedimento penale presenta carattere facoltativo: la stessa, infatti, può essere adottata dall'Amministrazione a condizione che la natura del reato contestato sia particolarmente grave, dovendo emergere, quindi, il nesso tra la specifica tipologia di illecito penale addebitato al pubblico impiegato e le

funzioni pubbliche dallo stesso svolte, con la conseguente valutazione afferente alla possibile compromissione della credibilità dell'Amministrazione derivante dalla sua permanenza nell'ufficio.

Ciò posto, giova osservare che la rispondenza del singolo provvedimento sospensivo ai suindicati presupposti legalmente stabiliti ben si presta al controllo giurisdizionale, sicché già sotto questo primo aspetto la posizione del dipendente non può dirsi del tutto priva di tutela: ben può verificarsi, infatti, che quel sindacato sortisca effetti favorevoli per il dipendente il quale conseguentemente avrà diritto alla ricostruzione, ad onta della eventuale condanna penale.

Ed invero, il controllo demandato al Giudice adito mediante impugnazione del provvedimento sospensivo verte su oggetto radicalmente differente rispetto a quello sottoposto al vaglio del Giudice penale: il primo, infatti, lungi dal dover scandagliare la reale addebitabilità del fatto al dipendente, dovrà verificare se l'Amministrazione abbia fatto legittimo uso del potere discrezionale rimessole dall'art. 91, TU. n. 3/1957, concernente la compatibilità con la salvaguardia del prestigio dell'apparato amministrativo verso il pubblico della permanenza in servizio di un impiegato sottoposto a procedimento penale per una grave e specifica tipologia di reato.

Al fine di armonizzare per quanto possibile il rispetto del principio di corrispettività con le ragioni del dipendente, può anche ipotizzarsi che l'Amministrazione, sollecitata dallo stesso impiegato, rivaluti, sia pure *ex post*, la sussistenza dei presupposti di adottabilità della misura sospensiva allorché l'impiegato sia stato condannato in sede penale, ma per fattispecie del tutto diversa da quella che ha costituito oggetto dell'originaria accusa penale dalla stessa Amministrazione presa in considerazione nel porre in essere il provvedimento cautelare: non può escludersi, cioè, che in caso di radicale derubricazione della fattispecie penale, l'Amministrazione, su istanza del privato, cui non spetta in linea di principio il diritto alla *restitutio*, debba verificare che effettivamente sussistessero, alla luce della nuova ipotesi di reato in relazione alla quale è intervenuta condanna, i presupposti richiesti dall'art. 91, comma 1, decreto del Presidente della Repubblica n. 3/1957, per far luogo alla sospensione cautelare.

Ciò premesso, sembrano superabili gli illustrati rilievi di costituzionalità.

Ed invero, la ribadita natura cautelare del provvedimento sospensivo esclude che possa essere invocato il parametro costituito dal principio di presunzione di non colpevolezza: le misure cautelari, infatti, operano per definizione prima dell'accertamento definitivo della colpevolezza in ordine a reati ai quali pure si collegano.

Quel principio potrebbe essere chiamato ragionevolmente in causa allorché la misura, presentando un carattere obiettivamente eccessivo rispetto alla sua funzione cautelare, dovesse apparire del tutto sproporzionata ed incongrua.

A tale riguardo, peraltro, è opportuno tener conto che siffatta esigenza di proporzionalità va rapportata, non già al fatto costituente reato, quanto

piuttosto al pregiudizio derivante all'interesse pubblico dalla permanenza in servizio dell'impiegato sottoposto a procedimento penale: non si prospetta, dunque, un'esigenza di graduazione della misura in relazione al fatto, ma di adeguatezza della stessa in relazione all'esigenza cautelare.

Ciò chiarito e ribadito che si tratta di misura sospensiva immediatamente correlata al procedimento penale, è necessario porre in risalto la contrapposizione tra due esigenze, entrambe munite di copertura costituzionale: da un lato, quella del dipendente a non subire un'irragionevole compressione dei propri diritti, dall'altro, quella dell'Amministrazione a che non sia incrinato il fondamentale rapporto di fiducia dei cittadini verso l'istituzione.

Esigenza, questa, riconducibile al principio di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.) e al corretto dispiegarsi del rapporto «politico» intercorrente tra gli utenti dell'attività amministrativa e coloro i quali, occupando uffici pubblici, sono tenuti ad assolvere i loro compiti «con disciplina ed onore» (art. 54, comma 2, Cost.), «al servizio esclusivo della Nazione» (art. 98, comma 1, Cost.).

Tenendo conto della consistenza delle due indicate esigenze occorre considerare il tema della congruenza della misura sospensiva, allorché correlata alla pendenza di procedimento penale ai sensi degli artt. 91 e 97, T.U. n. 3/1957.

Orbene, il ragionevole bilanciamento tra l'esigenza cautelare, che pure potrebbe protrarsi anche oltre tale limite, e quella di non comprimere eccessivamente l'interesse del dipendente, allorché l'accertamento della responsabilità penale si protragga nel tempo, è stato operato dallo stesso legislatore con disposizione di carattere generale, la cui efficacia va estesa a tutte le misure di sospensione disposte «per effetto del procedimento penale» (cfr. Corte Cost. n. 206/1999): ai sensi dell'art. 9, comma 2, legge n. 17/1990, infatti, il provvedimento di sospensione cautelare dal servizio, adottato a causa del procedimento penale, «conserva efficacia, se non revocato, per un periodo di tempo comunque non superiore a cinque anni», sicché, decorso tale termine, va revocato di diritto.

9. La persistente adesione di alcuni Giudici amministrativi periferici a siffatto indirizzo interpretativo, nonché la necessità, meditatamente avvertita dal Collegio, di riconsiderare l'intera problematica, nei suoi profili ricostruttivi e nei suoi risvolti applicativi, anche alla luce delle indicate novità di fonte giurisprudenziale e legislativa, induce a far luogo ad una nuova rimessione del problema all'Adunanza plenaria, utile al fine di evitare il formarsi di inopportuni contrasti giurisprudenziali.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, rimette la decisione all'Adunanza Plenaria.

(omissis)

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO, sezione II, 13 maggio 2000 n. 3949 – *Pres.* Elefante – *Rel.* Calveri – Società I.R.T. (avv. Gustavo Romanelli) e M.V. (avv. Luigi Medugno) c. Ministero per i beni e le attività culturali (avv. Stato Sabelli).

Beni culturali – Ritrovamento non fortuito – Premio – Artt. 1 e 49 legge n. 1089/39 – Spettanza.

(*omissis*)

Con il secondo motivo di ricorso, deducendosi violazione dell'art. 49, secondo comma, della legge n. 1089/1939, nonché eccesso di potere sotto distinti profili, si censura la determinazione impugnata per avere escluso i presupposti del ritrovamento fortuito in relazione ai ritrovamenti di cui ai punti 1 e 2, indicati nella determinazione medesima.

Con argomentata prospettazione si afferma l'erroneità di un tale assunto basandosi sul fatto che i predetti ritrovamenti «sono emersi a seguito dello scavo estensivo effettuato sotto il diretto controllo della Soprintendenza archeologica di Roma e tenuto altresì conto delle peculiari caratteristiche del sottosuolo nell'ambito del centro storico di Roma».

Sostiene, infatti, il ricorrente che è soltanto a lui che va attribuito il merito del rinvenimento *de quo* dal momento che il reperimento dei beni è stato il risultato di studi e ricerche condotte di propria iniziativa, in assenza di un programma di scavi concordato con la Soprintendenza ed in occasione di lavori non finalizzati alla ricerca di reperti archeologici. Non si comprenderebbe, pertanto, come l'Amministrazione abbia potuto negargli la *qualitas* di rinventore dell'intero complesso archeologico e affatto contraddittoriamente liquidargli un premio (peraltro inadeguato e contestato in sede arbitrale) per il ritrovamento delle sole tre statue di marmo localizzate nello stesso strato di sottosuolo.

5.2.1. – Ancorché svolta con apprezzabile sviluppo logico sulla base di elementi fattuali puntualmente riferiti, la tesi difensiva non può trovare accoglimento.

Invero, il motivo qui dedotto – che sostanzialmente riecheggia il secondo motivo del ricorso proposto dalla Società I.R.T. avverso il medesimo provvedimento – va esaminato in stretta connessione con il primo motivo contenuto in detto ricorso.

Con tale motivo si censura il fatto che il decreto impugnato abbia riconosciuto alla Società, in ordine all'attribuzione del premio richiesto per tutti i beni del compendio archeologico, la sola qualità di proprietario negandole la qualità di scopritore in quanto asseritamente attribuibile esclusivamente ad una persona fisica.

Tale motivo è fondato.

Invero, come condivisibilmente fatto presente dalla Società ricorrente, l'affermazione, peraltro resa in modo apodittico, secondo cui la qualità di scopritore potrebbe essere attribuita ad una sola persona fisica non trova giuridico fondamento né nei principi generali che regolano la capacità delle

persone giuridiche, né nello specifico contesto normativo della legge n. 1089/1939, il cui art. 45, nel prevedere l'assenso ministeriale per far eseguire ricerche archeologiche, individua tra i destinatari del possibile provvedimento concessorio sia «enti che privati».

In effetti, l'Amministrazione ha accolto una nozione non rispondente di «scopritore», identificandola con il soggetto (*rectius*: persona fisica) che si imbatte materialmente nella cosa rinvenuta. In realtà, la predetta qualità va attribuita al soggetto che svolge l'attività nel corso della quale si rinvergono i reperti, soggetto al quale l'art. 48 della legge n. 1089 pone l'obbligo di fare immediata denuncia delle cose ritrovate e di provvederne alla custodia e alla conservazione.

Orbene, nel caso di specie, la qualità di «scopritore», e quindi di soggetto destinatario del riferito obbligo di comportamento a seguito del ritrovamento dei reperti archeologici, non poteva non attribuirsi all'I.R.T. atteso che la scoperta del complesso è avvenuta in occasione di lavori edilizi realizzati dalla Società, con proprio personale, su un immobile di sua proprietà.

Peraltro, come efficacemente osservato dalla deducente, ove si dovesse considerare come «scopritore» la persona fisica coinvolta nel ritrovamento, risulterebbe di difficile individuazione il soggetto cui attribuire la titolarità del premio, specie nelle ipotesi in cui l'attività di ritrovamento sia stata operata da un rilevante numero di persone fisiche (operai, caposquadra, capocantiere, tecnici e collaboratori dell'impresa, etc.).

Su tale considerazione non appare rispondente limitare la qualità di «scopritore» alla sola persona fisica dell'arch. V., atteso che questi, in virtù della sua qualifica di direttore dei lavori nominato dall'I.R.T. nell'ambito dei lavori edilizi che hanno occasionato i ritrovamenti, era pur sempre un collaboratore dell'impresa, sicché non par dubbio che la scoperta del complesso archeologico andava riconosciuta al soggetto (nella specie: persona giuridica) che svolgeva l'attività nel corso della quale sono stati rinvenuti i beni in questione.

Le considerazioni che precedono portano quindi a dover disattendere il secondo (ed ultimo) motivo del ricorso proposto dall'arch. V., di conseguenza smentendo la tesi che egli possa vedersi riconosciuta la qualità di «scopritore» non solo dei ritrovamenti di cui ai punti 1) e 2) dell'impugnata determinazione dirigenziale, ma anche, a rigore, di quelli indicati al punto 3) e consistenti nelle «tre sculture in marmo trasportate presso il Museo Nazionale Romano». Peraltro, tale ultimo riconoscimento va tenuto fermo, e non può essere oggetto di disamina da parte della Sezione (a tale riguardo va ritenuto inammissibile in *parte qua* il profilo di censura dedotto con il primo motivo n. 1696/1997 dall'I.R.T.), atteso che ad esso, ed alla conseguente determinazione del premio di rinvenimento, si è dato corso con apposita determinazione ministeriale n. 5138 del 22 maggio 1986, che non essendo stata oggetto di alcuna impugnativa deve ritenersi ormai consolidata.

6. – Rigettato per infondatezza il ricorso n. 1450/1997 può ora passarsi all'esame del secondo dei ricorsi proposti dalla Società Immobiliare R.T.

6.1. – Si è già in proposito esaminato ed accolto il primo motivo con il quale si è contestata come erronea l'attribuzione della qualità di «scopritore» in favore delle sole persone fisiche e, nella specie, del controinteressato arch. V.

Consequentemente va ammesso, in consonanza con la tesi prospettata dall'I.R.T. che a questi spetta il premio di ritrovamento non soltanto nella qualità di proprietario dell'immobile sul quale è stato rinvenuto il complesso archeologico in questione, ma anche nell'ulteriore qualità di «scopritore». Va però escluso, per la motivazione di cui in precedenza, che la Società possa rivendicare a tale ultimo titolo il premio per il rinvenimento delle tre statue in marmo, in quanto, come in precedenza puntualizzato, detto premio già stato accordato, con provvedimento ormai inoppugnabile, all'arch. V..

6.2. – Con il secondo motivo di ricorso è dedotta l'illegittimità del decreto dirigenziale nella parte in cui ha ritenuto che, in ordine ai ritrovamenti di cui ai punti 1) e 2), non sussistono i presupposti della scoperta fortuita a motivo del fatto che i medesimi sarebbero emersi a seguito dello scavo estensivo effettuato sotto il diretto controllo della Sovrintendenza Archeologica di Roma e «tenuto altresì conto delle peculiari caratteristiche del sottosuolo nell'ambito del centro storico di Roma».

Si sostiene, in particolare, che la scoperta è stata effettuata dall'I.R.T. nel corso di scavi eseguiti per il compimento di opere edilizie senza alcun intervento della Sovrintendenza e che la circostanza che quest'ultima sia intervenuta dopo il ritrovamento dei reperti non ha fatto venire meno il carattere fortuito dei medesimi.

Anche l'evidenziata circostanza secondo cui il sottosuolo del centro storico di Roma presenta «peculiari caratteristiche», che rendono probabile il ritrovamento di reperti archeologici, sarebbe inidoneo ad escludere la spettanza allo scopritore del premio di ritrovamento, dal momento che non è stata mai avanzata la tesi dell'impossibilità di corrispondere il premio per il ritrovamento eseguito in sottosuolo ricco di reperti archeologici; tale tesi risulterebbe, peraltro, contrastata dalla previsione dell'art. 46 della legge n. 1089/1939 che accorda il premio in questione anche al concessionario di ricerche archeologiche.

6.2.1. – Anche tale motivo è fondato.

Osserva in proposito la Sezione, sulla base di autorevole e condivisibile giurisprudenza (Cass. Pen., sez. III, 5 ottobre 1994, n. 10401), che possono considerarsi rinvenimenti per ricerca solo quelli eseguiti su concessione espressamente finalizzata al ritrovamento di cose di interesse archeologico, mentre vanno ritenuti fortuiti tutti quelli che avvengono al di fuori di un programma di scavi archeologici eseguiti direttamente a cura del Ministro competente o dal privato in regime di concessione.

Orbene, nel caso all'esame, è da escludersi che i rinvenimenti archeologici siano stati individuati sulla base di un provvedimento concessorio rilasciato con la finalità di eseguire le ricerche dei beni in questione, ai sensi dell'art. 45 della legge n. 1089. Poiché è, peraltro, da escludersi che l'attività di

ricerca sia stata autonomamente e direttamente curata dalla Soprintendenza archeologica, ai sensi dell'art. 43 della medesima legge, non resta che predicare il carattere fortuito del rinvenimento dei reperti archeologici.

Quanto precede non può essere denegato dal fatto che dopo l'iniziale scoperta dei beni in questione gli scavi siano proseguiti «sotto il diretto controllo della Soprintendenza archeologica», atteso che l'attività di quest'ultima si configura comunque come un *posterius* rispetto all'originario rinvenimento dei beni. Va, poi, soggiunto, come ben rileva la Società deducente, che, a seguito dell'obbligo di «immediata denuncia all'autorità competente» delle cose scoperte fortuitamente (art. 48 legge n. 1089), compete all'Amministrazione il potere-dovere di intervenire e di fornire le più opportune istruzioni per l'esecuzione e la prosecuzione di lavori di scavo; sicché la circostanza che il complesso dei ritrovamenti sia venuto ad emersione «a seguito dello scavo estensivo» effettuato sotto il controllo dell'Amministrazione non smentisce ma inverte il carattere fortuito della scoperta.

Quanto, poi, alla circostanza secondo cui la fortuità della scoperta non potrebbe ammettersi in ragione delle «peculiari caratteristiche» del centro storico romano, trattasi evidentemente di asserzione priva di una qualche consistenza atteso che il carattere della fortuità implica una modalità (*id est*: accidentalità) del rinvenimento e non può essere posta in correlazione con la maggiore o minore «densità archeologica» dell'area di scavo.

(*omissis*)

Si riporta l'atto di appello proposto dall'Avvocatura.

«In relazione a tali doglianze sostanzialmente recepite nella sentenza occorre ribadire le seguenti osservazioni di carattere generale.

L'attribuzione del premio per il ritrovamento di cose che abbiano i requisiti di cui all'art. 1 della legge n. 1089/1939 presuppone l'accertamento della qualità di proprietario o di scopritore.

Per quanto riguarda il secondo titolo, occorre che vi sia scoperta, ossia ritrovamento assolutamente fortuito. Tale non è il ritrovamento che avvenga dopo che sia stata constatata la ricchezza archeologica di una porzione di suolo il cui scavo, per motivi privati, procede con l'autorizzazione e sotto il controllo della Soprintendenza.

Vi è poi da considerare il profilo della imputazione soggettiva della scoperta per la individuazione dello scopritore e quindi del titolare del premio.

Così come la scoperta deve essere un evento inatteso e casuale, lo scopritore è colui che entra accidentalmente in contatto con il reperto archeologico. Si ribadisce dunque che, ad avviso di questa difesa la qualità di scopritore non può che coincidere con la persona che casualmente si imbatte nella cosa rinvenuta.

È quindi tassativamente da escludere che la qualifica di scopritore possa essere attribuita in base a criteri astratti e presuntivi, identificandola in modo automatico con quella del progettista, del direttore dei lavori dell'impresa che li esegue o del proprietario (al quale è riconosciuto altro autonomo titolo al premio).

La legge premia lo scopritore perché, essendo colui che avverte fisicamente la presenza del reperto archeologico, è a lui che fanno capo i doveri di diligenza e di rispetto del diritto di proprietà dello Stato; doveri che si adempiono osservando l'obbligo di denuncia e di temporanea conservazione del bene (art. 48 legge n. 1089/39).

La Suprema Corte (13 luglio 1979, n. 4081, *Giust. civ.* 1979, I, 2043) ha ritenuto che la spettanza del premio presuppone l'osservanza dell'obbligo di denuncia. Quindi, se non vi è la denuncia, non può esservi diritto al premio. D'altronde, se nel caso di specie la denuncia non fosse necessaria per realizzare la tutela dell'interesse dello Stato, vorrebbe dire che il movimento è avvenuto sotto il controllo dell'Autorità; ma in tal caso non si configura la scoperta fortuita.

Da quanto puntualizzato emerge l'infondatezza degli assunti della parte ricorrente, condivisi dal Giudice di I° grado.

1. Il premio dovuto allo scopritore a norma dell'art. 49 della legge n. 1089 del 1939 non può dunque non ricollegarsi alla natura del tutto fortuita del ritrovamento. Peraltro, una scoperta fortuita può verificarsi anche nel corso di un'attività di ricerca archeologica intrapresa direttamente dallo Stato o con il consenso e sotto il controllo dello Stato, oppure come risultato accidentale di un'attività di scavo per fini diversi da quelli di ricerca archeologica, posta in essere dal proprietario dell'immobile nell'esercizio di una facoltà legittima. In ogni caso, come si è già osservato, requisiti della scoperta fortuita sono l'accidentalità e la non intenzionalità del ritrovamento (infatti è proprio la non intenzionalità che separa la fattispecie della scoperta fortuita da quella della scoperta in seguito a ricerca clandestina, che costituisce fatto illecito in quanto commesso in violazione di una prerogativa esclusiva dello Stato). E proprio perché la scoperta è un fatto giuridico nel quale non rileva la volontà e anzi se ne presuppone l'assenza, essa è riferibile soltanto a colui che materialmente e inconsapevolmente ha determinato l'evento, cioè l'inatteso incontro con la cosa; alla vicenda della scoperta regolata dalla legge n. 1089 del 1939 resta totalmente estranea ed indifferente l'esistenza di un rapporto dell'autore materiale con altro soggetto, al quale sia riconducibile l'attività nel corso della quale la scoperta è avvenuta (così *Alibrandi-Ferri, I Beni Culturali ed Ambientali*, Milano, 1995, 555-556).

Nella specie, l'Amministrazione dei Beni Culturali legittimamente ha riconosciuto la qualità di scopritore al professionista autore materiale del ritrovamento dei tre gruppi scultorei, avvenuto nell'ambito di un'attività di scavo autorizzata, escludendo dal premio previsto dall'art. 49 della legge citata il proprietario del suolo in cui l'evento si è verificato; e, del resto, una volta operata – legittimamente – tale scelta, non si sarebbe potuta riconoscere in capo ad altro soggetto la titolarità del diritto al premio.

A proposito di quest'ultima osservazione va posto in evidenza che il tribunale amministrativo ha correttamente precisato (pag. 15 della motivazione) che il riconoscimento operato dall'Amministrazione in favore dell'arch. V., «va tenuto fermo, e non può essere oggetto di disamina da parte di questa Sezione (a tale riguardo va ritenuto inammissibile *in parte qua* il

profilo di censure dedotto con il primo motivo del ricorso n. 1696/1997 dall'IRT), atteso che ad esso, ed alla conseguente determinazione del premio di rinvenimento, si è dato corso con apposita determinazione ministeriale n. 5138 del 25 maggio 1986, che non essendo stata oggetto di alcuna impugnativa deve ritenersi ormai consolidata».

Essendo dunque inoppugnabile la determinazione amministrativa con la quale era stata attribuita all'arch. V. la titolarità del diritto al premio, era da ritenersi preclusa qualsiasi altra scelta di identificazione del soggetto titolare dello stesso diritto; e per effetto di tale preclusione è da ritenere illegittimo il riconoscimento operato dal Giudice amministrativo in capo ad altro soggetto (nella specie la società ricorrente).

In secondo luogo, se anche dovesse accettarsi la tesi che ricollega comunque la paternità della scoperta alla società proprietaria dell'immobile attraverso l'attività materiale di coloro che agiscono alle dipendenze della medesima (nel caso di specie il progettista) è soltanto nei confronti di questi ultimi (essendo ormai inoppugnabile il riconoscimento operato dall'Amministrazione) che andrebbe semmai rivolta ogni rivendicazione concernente la spettanza del diritto al premio

AVV. SERGIO SABELLI

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO, sezione III-bis, 19 luglio 2001 n. 6691 – Pres. Scognamiglio – Rel. Riccio – Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica (avv. Stato Scino) c. D. C.A. (avv. G. Di Muro).

Medici iscritti alle scuole di specializzazione – Borse di studio – Direttiva 82/76/CEE – D.lgs n. 257/1991 – Prescrizione quinquennale dei crediti – Sussiste (1).

(*omissis*)

Con il ricorso, notificato il 22 maggio 2001 e depositato il successivo 5 giugno, l'interessato ha impugnato il comportamento omissivo della P.A. perché lesivo del proprio interesse connesso alla corresponsione in qualità di medico chirurgo della borsa di studio per la frequenza di corsi di specializzazione negli anni accademici successivi al 1991/92, prospettando come motivi di impugnazione la violazione di legge e l'eccesso di potere sotto svariati aspetti sintomatici.

(1) Il T.A.R. Lazio, con sentenza n. 6691/2001 resa il 19 luglio 2001 (ma appellata al Consiglio di Stato, che non ha ancora fissato la discussione), ha deciso il ricorso proposto, per l'annullamento del silenzio – rifiuto ex art. 21-bis legge n. 1034/1971 (introdotto dall'art. 21 n. 205/2000) opposto dalle autorità intime e affidate alla corresponsione delle borse di studio relative ai medici ammessi alla frequenza delle scuole di specializzazione per il periodo anteriore alla vigenza del d.lgs. n. 257/1991 che ha recepito la direttiva comunitaria n. 82/76/CEE.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata, la quale ha eccepito, in rito, l'inammissibilità della procedura speciale di cui all'art. 21-*bis* sopra citato, nonché la prescrizione delle somme poste a base dell'atto di diffida, e, nel merito, l'infondatezza della pretesa azionata.

Il Collegio non ritiene sussistente, nel caso in esame, l'obbligo della P.A. alla determinazione in merito all'istanza diretta al riconoscimento della corresponsione delle borse di studio a favore dei medici ammessi alle scuole di specializzazione negli anni accademici dal 1991/92 al 1994/95, dato che, come eccepito dall'Avvocatura dello Stato, i crediti vantati ed azionati con l'atto di diffida notificato l'8 marzo

2001 sarebbero già soggetti alla prescrizione breve quinquennale, non essendo allo scopo provato alcun altro atto idoneo ad interrompere il predetto termine prescrizione.

Per tutte le ragioni sopra esposte, il Collegio respinge il ricorso perché infondato.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per compensare fa le parti le spese di giudizio.

Il T.A.R. Lazio ha, con la pronuncia in oggetto, accolto (tra le altre sollevate) l'eccezione di prescrizione quinquennale dei crediti vantati ed azionati per gli anni accademici dal 1991/92 al 1994/95 in assenza di validi atti interruttivi ai sensi dell'art. 2984 n. 4) codice civile.

Viene così confermata la tesi dell'Avvocatura dello Stato in ordine all'applicazione della prescrizione breve ai crediti in questione contro la tesi dei ricorrenti (numerosi) che, lamentando il tardivo recepimento della citata Direttiva comunitaria che ha introdotto una borsa di studio per i medici iscritti alla scuola di specializzazione in medicina e chirurgia, ritengono soggetti al termine decennale di prescrizione o ad alcun termine (ove si ritenga vertere in materia di interessi legittimi) i crediti in questione.

La tesi dell'Amministrazione ha altresì trovato accoglimento dal Tribunale Civile di Roma (tra le altre le sentenze n. 21211/99, 6721/00, 3457/00). (*omissis*)

M.A.S.

SEZIONE QUINTA

GIURISPRUDENZA TRIBUTARIA

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 1 agosto 2000 n. 10047 –
*Pres. Cantillo – Rel. Marziale – P.G. (conf.) Buonajuto – Ministero
delle Finanze (avv. Stato Braguglia) c. G.B. + 1.*

Tributi doganali – IVA all'importazione – Riscossione – Solidarietà – Spedizioniere: responsabilità sussidiaria – Incompatibilità con il diritto comunitario.
(art. 41 T.U. doganale – d.P.R. 23 gennaio 1973 n. 43; art. 2.1 Reg. CEE n. 1031/88).

Non è compatibile con il diritto comunitario, e va disapplicata dal giudice, la norma che prevede la responsabilità solidale e sussidiaria dello spedizioniere doganale per i tributi doganali dovuti in base alla dichiarazione (1).

(omissis)

3. – Deve essere preliminarmente disposta la riunione dei due ricorsi, ai sensi dell'art. 335 c.p.c.

4. – Con il ricorso principale l'Amministrazione finanziaria – denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 2, d.l. 29 dicembre 1983, n. 746, convertito con modificazioni nella legge 27 febbraio 1984, n. 17; nonché dell'art. 41, secondo comma, t.u. delle disposizioni in materia doganale, approvato con d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 – censura la sentenza impugnata per aver escluso che gli intimati potessero essere ritenuti responsabili in via sussidiaria, ai sensi dell'art. 41, secondo comma, del citato d.P.R. 43/73, del mancato pagamento dell'IVA dovuta per le importazioni doganali da essi effettuate, quali spedizionieri doganali, in nome e per conto della società «V. S.r.l.», senza considerare:

che la revoca della sospensione della esigibilità del tributo, conseguente all'accertamento della falsità della dichiarazione d'intenti rilasciata ai sensi degli artt. 8 e 68, d.P.R. 633/72, implica una revisione della liquidazione del tributo ed integra, pertanto, i presupposti per l'affermazione della responsabilità sussidiaria degli spedizionieri doganali, a norma dell'art. 41, secondo comma, del citato d.P.R. 43/73;

(1) In verità, l'art. 2.1 si limita a disporre (con dizione poi recepita nell'art. 201.3 del Codice Doganale comunitario) che risponde dell'obbligazione colui «in nome del quale» è stata resa al dichiaratore doganale.

Non sembra che tale norma osti a un rafforzamento della garanzia erariale mediante l'aggiunta di un coobbligato sussidiario (con beneficio di escussione).

che lo spedizioniere doganale ha il dovere professionale di verificare la regolarità della dichiarazione d'intenti sottoscritta dall'importatore e degli altri documenti che presenta alle autorità doganali;

che l'art. 2, primo comma, d.l. 746/83, se esclude la responsabilità *principale* dello spedizioniere doganale (che, in difetto di tale previsione, dovrebbe essere affermata in forza di quanto stabilito dagli artt. 56 e 38, d.P.R. 43/73) lascia ferma quella *sussidiaria* sancita dall'art. 41, secondo comma, d.P.R. 43/73.

5. – La sentenza impugnata resiste a tali censure per il motivo, di carattere assorbente, che il citato art. 41, nel momento in cui le operazioni di importazione furono compiute, non poteva essere ulteriormente applicato, essendo divenuto incompatibile con norme di diritto comunitario «direttamente» applicabili «in ciascuno degli Stati membri».

Ciò, per la verità, era stato fatto presente dai resistenti nella precedente fase di giudizio, ma la deduzione non è stata presa in considerazione dalla Corte di merito che, avendo ritenuto la pretesa dall'Amministrazione finanziaria infondata sotto altro profilo, l'ha evidentemente considerata assorbita. La questione è stata da essi riproposta con il ricorso incidentale, ma sarebbe comunque rilevabile d'ufficio, essendo inerente all'operatività della norma (l'art. 41, secondo comma, d.P.R. 43/73) posta a fondamento della pretesa avanzata dall'Amministrazione finanziaria.

5.1 – Con i regolamenti 3632/85; 2144/87; 1031/88 (le cui disposizioni sono state poi trasfuse nel regolamento 2913/92, che ha istituito il c.d. «codice doganale comunitario»), la C.E. ha delineato la disciplina della rappresentanza in dogana, stabilendo – tra l'altro – che «la persona tenuta all'adempimento dell'obbligazione doganale è quella in *nome della quale* è stata effettuata la dichiarazione o qualsiasi altro atto avente gli stessi effetti giuridici» (art. 2.1, Reg. 1031/88).

Tale previsione, riprodotta nell'art. 201.3 del «Codice» (emanato – come si precisa nel secondo «Considerando» – al fine di «recepire» la normativa preesistente in materia doganale, con le modifiche e le integrazioni necessarie al fine di renderla più completa e, al tempo stesso, più chiara e coerente) esclude che possa essere chiamato a rispondere dell'adempimento dell'obbligazione doganale chi, come lo spedizioniere, abbia agito in nome e per conto del proprietario delle merci transitate in dogana.

Ne deriva che il principio posto dall'art. 41, secondo comma, d.P.R. 43/73 – secondo cui lo spedizioniere è tenuto – sia pure in via sussidiaria – «al pagamento dei maggiori diritti doganali dovuti a seguito di rettifica dell'accertamento o di revisione della liquidazione» è incompatibile con le norme regolamentari sopra ricordate e deve conseguentemente essere disapplicato, dal momento che esse, al pari di ogni altra disposizione di diritto comunitario «direttamente applicabile», prevale su quella di diritto interno incompatibile, anche se successiva, ed impedisce che possa ricevere applicazione (C. Cost. 8 giugno 1984, n. 170; 26 marzo 1993, n. 115).

Ciò, del resto, è stato esplicitamente riconosciuto dalla stessa Amministrazione finanziaria con la circolare ministeriale 8 luglio 1997, n. 194/D, nella quale si afferma che la disposizione citata «va disapplicata» e deve ritenersi come «non operante».

5.1.1 – L'Amministrazione finanziaria oppone:

che la circolare ha specifico riferimento all'art. 201.3 del c.d. «codice doganale», le cui disposizioni sono divenute applicabili solo a partire dal 10 gennaio 1994;

che la «disapplicazione» del citato art. 41, secondo comma, d.P.R. 43/73, disposta con detta circolare, è divenuta quindi operante solo a partire da tale data;

che, comunque, l'art. 201.3 del c.d. «codice doganale» concerne l'adempimento della «obbligazione doganale» ed è quindi estraneo alla disciplina dell'IVA all'importazione, che non rientra nella categoria dei dazi o dei prelievi, essendo il suo ambito di operatività limitato alla «fiscalità interna».

5.1.2 – È però agevole replicare:

che il Regolamento CEE 2913/91, istitutivo del «codice doganale comunitario», è stato emanato proprio al fine di raccogliere in unico testo la normativa comunitaria previgente in materia doganale e che, comunque, il principio sancito dall'art. 201.3 era stato già formulato con l'art. 2.1. del regolamento 1031/88, entrato in vigore fin dal 1 gennaio 1989 e, quindi, in epoca ben anteriore al compimento delle operazioni doganali che vengono in considerazione nel presente giudizio (retro, § 1);

che l'inapplicabilità delle disposizioni di diritto interno incompatibili con norme di diritto comunitario «direttamente applicabili» (e tali certamente sono quelle regolamentari: art. 249 [già 189] Trattato C.E.) si determina per il solo fatto e nel momento in cui detta situazione di incompatibilità si manifesta, senza necessità di alcuna declaratoria formale (C. Cost. 8 giugno 1984, n. 170; 26 marzo 1993, n. 115);

che, pertanto, il secondo comma del citato art. 41 d.P.R. 43/73, è divenuto inapplicabile fin dalla data di entrata in vigore del regolamento CEE 1031/88, vale a dire dal 1 gennaio 1989;

che l'incidenza di tale mutamento normativo anche sulla disciplina dell'IVA all'importazione discende dal preciso disposto dell'art. 70, d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, che richiama, in materia, «le disposizioni delle leggi doganali relative ai diritti di confine»;

che, conseguentemente, la sopravvenuta impossibilità (per le ragioni già indicate) di applicare ulteriormente l'art. 41, secondo comma, d.P.R. 43/73 – al pari di ogni altro mutamento delle disposizioni doganali riguardanti la violazione dei diritti di confine – non può non riflettersi (anche) in tema di IVA all'importazione, il cui regime, per gli aspetti che vengono in considerazione nel presente giudizio, è stato assimilato, dal citato art. 70, d.P.R. 633/72, a quello dei diritti di confine.

6. – Deve quindi escludersi che, in relazione ad operazioni effettuate in epoca successiva al 1 gennaio 1989, possa esser fatta valere, ai sensi dell'art. 41, secondo comma, d.P.R. 43/73, la responsabilità *sussidiaria* dello spedizioniere doganale per il pagamento dell'IVA all'importazione. Nè, per altro verso, la responsabilità (questa volta diretta) dello spedizioniere potrebbe essere argomentata dagli artt. 38 e 56, posto che, per quanto si è detto, egli agisce in nome e per conto altrui e, quindi, non potrebbe mai, alla stregua delle disposizioni ricordate nel precedente paragrafo, essere considerato «proprietario» della merce presentata in dogana e, come tale, tenuto al pagamento dell'obbligazione doganale e degli altri diritti ad essa assimilati: proprio in considerazione di ciò, con la citata circolare 194/D dell'8 luglio 1997 si è dichiarato che anche l'art. 56, d.P.R. 43/73, doveva essere (non diversamente dall'art. 41, secondo comma, dello stesso decreto) disapplicato *in parte qua*.

7. – Il ricorso incidentale resta conseguentemente assorbito.

Ricorrono, a giudizio della Corte, giusti motivi di compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

La Corte di cassazione rigetta il ricorso principale, dichiara assorbito l'incidentale e compensa le spese.

(omissis)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 9 ottobre 2000 n. 13412 - *Pres. Carbone – Rel. Paolini – P.G. (conf.) Cafiero – S.r.l. M. c. Ministero delle Finanze (avv. Stato G. Arena) (rigetta il ricorso).*

Tributi in generale – Contenzioso – Annullamento in autotutela da parte della Amministrazione finanziaria – Sindacabilità – Esclusione.

(art. 68 d.P.R. 27 marzo 1992 n. 287; art. 2 *quater* D.L. 30 settembre 1994 n. 564; D.M. 11 febbraio 1997 n. 37).

Il potere di autotutela tributaria è assolutamente discrezionale e il suo mancato esercizio è insindacabile (1).

(1) Vanno, a mio avviso, distinte due ipotesi di autotutela. Nella prima, l'atto è stato ritualmente impugnato per i motivi per cui dovrebbe essere revocato. L'omesso o denegato esercizio del potere non può, allora, avere rilevanza al di fuori del contenzioso in atto, sotto forma di valutazione del comportamento debitorio della P.A. ai fini delle spese. Un ulteriore ricorso tributario non potrebbe che illegittimamente duplicare, con rischio di conflitto di giudicato, la tutela già in atto.

Se, invece, il ricorso non è rituale o non contiene il motivo di illegittimità che giustificerebbe il ritiro, l'autotutela, che non è per ciò solo esclusa (l'art. 2 *quater* d.lgs. 564/94 si riferisce ai casi di non «impugnabilità») dovrebbe, se richiesto dall'interessato, essere esercitato, come di regola in ogni atto amministrativo, con provvedimento motivato e impugnabile. Ciò evidentemente rimette in termini il contribuente negligente, con buona pace delle esigenze di certezza. Ma qual è lo scopo della norma?

(*omissis*)

1) La M. s.r.l., con il primo mezzo di ricorso, deduce evidenziarsi nella decisione nei sensi illustrati resa dalla Commissione tributaria centrale «violazione e falsa applicazione dell'art. 16 del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 636», segnatamente prospettando che a torto la commissione anzidetta «ha ritenuto che al caso di specie si applichi la disciplina generale in tema di contenzioso tributario ... con la conseguenza che il contribuente che abbia lasciato decorrere il termine perentorio per l'impugnazione dell'avviso di liquidazione dinanzi alla Commissione tributaria non può più contestare il *quantum* del credito erariale ...», quando, invece, nella situazione controversa «bisogna applicare la disciplina specifica dell'imposta INVIM prevista dal d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 643», il quale, all'art. 29, recita «che le somme indebitamente percepite sono rimborsate al contribuente dall'amministrazione finanziaria», e, all'art. 31, stabilisce che nei casi di applicazione dell'imposta per decorso decennio si applicano le disposizioni relative all'imposta di successione» e comporta, perciò, che le vertenze del genere di quella in esame debbano essere definite facendo «riferimento, per la disciplina del rimborso dell'INVIM decennale pagata in eccedenza ... al combinato disposto degli artt. 31 del d.P.R. 643/1972 e 47 del d.P.R. 637/1972 (...)».

La società summenzionata, ancora, con il secondo motivo di ricorso, censura la decisione impugnata, assumendola inficiata da «violazione e falsa applicazione del combinato disposto degli artt. 31 del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 643 e 47 del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 637», sul rilievo che erroneamente la Commissione tributaria centrale avrebbe escluso la riducibilità del caso esaminato nella sfera di operatività della seconda delle disposizioni legislative come sopra accampate violate, la quale, viceversa, avrebbe dovuto, e dovrebbe, essere ravvisata applicabile nella fattispecie in virtù del rinvio alle norme in materia di imposte di successione contenuto nella disciplina dell'INVIM per decorso decennio; adducendo, quindi, che il ridetto art. 47 d.P.R. n. 637 del 1972 prevede «che il rimborso dell'imposta deve essere richiesto, a pena di decadenza, entro tre anni dal giorno del pagamento», e che «la domanda di rimborso deve essere presentata all'ufficio del registro ... e trascorsi novanta giorni dalla data di presentazione ... si considera respinta» per effetto di silenzio-rifiuto impugnabile dinanzi agli organi del contenzioso tributario, sostiene di aver coltivato la sua considerata pretesa restitutoria attenendosi alle prescrizioni della norma in argomento, e che, perciò, tale pretesa avrebbe dovuto, e dovrebbe, essere non già disattesa ma dichiarata meritevole di ingresso.

Se si tratta di sfoltire il contenzioso (interesse dello Stato) la conclusione della assoluta discrezionalità va adottata. Se si tratta di rendere giustizia, no. Ma l'art. 2 *quater* è inserito in una serie di misure (adesione, definizione della lite pendente) che fanno propendere per la prima conclusione, avendo natura *deflattiva*; gli stessi criteri dettati con il D.M. di attuazione fanno riferimento ai «filoni» di cause di probabile soccombenza e al costo della difesa erariale. Quindi la massima merita, allo stato, adesione.

R.d.F.

Le doglianze, che, in quanto manifestamene connesse ed intese a prospettare una questione sostanzialmente unica, devono essere deliberate congiuntamente, non meritano di essere accolte.

In proposito, soccorrono le seguenti osservazioni.

A) – L'avviso di liquidazione con il quale i competenti uffici dell'amministrazione finanziaria, provvedendo a mente dell'art. 19, comma 1, d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 643 sulla dichiarazione presentata dal contribuente ai sensi dell'art. 26, comma 4, del d.l. n. 55 del 1983, convertito nella legge n. 131 del 1983, abbiano fatto luogo alla determinazione dell'INVIM per decorso del tempo istituita dal primo comma della disposizione legislativa testè menzionata è da ritenere integrante atto impositivo suscettibile, al pari di ogni altro ricadente nella categoria cui esso appartiene, di diventare definitivo ed irretrattabile nel caso di mancata tempestiva e rituale impugnazione in sede giurisdizionale secondo la disciplina del contenzioso tributario e di rendere, quindi, incontestabile il credito erariale da esso risultante nella realizzata relativa definitività ed irretrattabilità.

Alla stregua del dato considerato, la pronuncia del giudice del merito recante reiezione della pretesa recuperatoria coltivata nel presente giudizio dalla società attuale ricorrente sul riscontrato presupposto, pacifico, della mancata contestazione e, pertanto, dell'intervenuta definitività del titolo fiscale del corrispettivo credito dell'amministrazione finanziaria va ravvisata corretta ed idonea a resistere alle critiche mosse con le esaminate censure.

B) – In ogni caso, deve evidenziarsi che l'art. 47 d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 637, del quale la società ricorrente deduce l'applicabilità alla fattispecie in virtù del rinvio alla disciplina dell'imposta di successione contenuto nell'art. 31 d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 643, istitutivo dell'INVIM, per come reso palese dal suo inequivocabile tenore letterale, non contempla un'ipotesi di rimborso di imposta, ritualmente percetta, assunta, indebita per effetto di accertamento successivo alla dichiarazione ed alla liquidazione, della spettanza di riduzioni.

Si appalesa, consequenzialmente, esatta anche la declaratoria con cui la Commissione tributaria centrale ha negato l'oggettiva riducibilità della fattispecie nella sfera di operatività della ridetta disposizione del d.P.R. n. 637 del 1972.

C) – Risulta inconferente il richiamo fatto dalla ricorrenze alle enunciazioni di cui a Cass. Sez I civ., sent. n. 6113 del 18 giugno 1999, concernendo dette enunciazioni l'ammissibilità, ritenuta entro certi limiti, di dichiarazioni integrative intese a rettificare i valori tassabili in precedenza dichiarati e, pertanto, problematica del tutto diversa da quella qui in discussione.

D) – La questione di costituzionalità di assolutamente non specificate norme, asserite, confliggenti con l'art. 53 della Costituzione, sollevata dalla ricorrente con le osservazioni scritte presentate a' termini dell'art. 379, comma 4, del codice di rito va tenuta in non cale per la sua manifesta genericità.

2) – La M. S.r.l., con il terzo, ed ultimo, motivo di ricorso, denuncia essere la decisione impugnata frutto di «violazione e falsa applicazione dell'art. 2 d.m. 11 febbraio 1997 n. 37»: nella sostanza, premesso che la norma allegata

violata «consente all'amministrazione finanziaria di procedere all'annullamento dell'imposizione, anche senza istanza di parte, in pendenza di giudizio o in caso di non impugnabilità, in tutti i casi di illegittimità dell'imposizione, quali tra l'altro la sussistenza dei requisiti per fruire di deduzioni, detrazioni o regimi agevolativi, precedentemente negati» con l'unico limite dell'esistenza di sentenza passata in giudicato», deduce che, in base alla disposizione cennata, accampata senz'altro applicabile alla fattispecie, «non sussistendo dubbi sui fatti dedotti (natura dell'immobile cui l'imposta considerata si riferisce)», la pronuncia censurata dovrebbe essere inevitabilmente cassata.

L'assunto è inconsistente.

Il mancato esercizio del potere di autotutela, assolutamente discrezionale, attribuito all'amministrazione finanziaria dall'art. 68 d.P.R. 27 marzo 1992 n. 287, rispetto al quale il diano richiamato d.m. 11 febbraio 1997 n. 37 si configura come atto di normazione secondaria, non è passibile di sindacato in sede di contenzioso tributario, e, quindi, la deduzione della relativa riscontrabilità nel caso esaminato resta del tutto irrilevante ai fini della decisione della vertenza.

3) – L'acclarata inaccogliabilità di tutte le ragioni articolate per suffragarlo comporta il rigetto del ricorso. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sezioni Unite Civili, 21 novembre 2000 n. 1196 – Pres. Vela – Rel. Graziadei – P.G. (conf.) Iannelli – R. c. Ministero delle Finanze.

Tributi erariali indiretti – Imposta di registro – Agevolazioni – Legge 168/1982 – Revoca – Termini – Decadenza – Triennale – Decorrenza – Fattispecie. (art. 1, 6 co., legge 22 aprile 1982 n. 168; art. 74, 2 co., d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 634 e art. 76, 2 co., TUR).

La revoca delle agevolazioni per l'imposta di registro concessa per l'acquisto di immobili da adibire a propria abitazione è soggetta al termine di decadenza triennale, decorrente dalla data dell'atto, a meno che il proposito di utilizzare l'immobile quale propria abitazione, non smentito da circostanze in atto a quella data, sia rimasto ineseguito o ineseguibile per un evento necessario, a partire dal quale il termine andrà computato (1).

(*omissis*)

(1) Una dubbia decisione in tema di applicazione analogica di termini decadenziali.

L'agevolazione applicata è prevista dall'art. 1, co. 6, della legge 168/1982, e abbatte al 2% l'aliquota proporzionale di registro per gli alienanti e acquirenti di fabbricati non di lusso (ex L. 408/49 art. 13) che, non agendo nell'esercizio di imprese, arti e professioni, dichiarino nell'atto:

a) di non possedere altri fabbricati o porzioni di fabbricati destinati ad abitazione – 1. nel Comune di residenza – 2. in quello dove svolge la propria attività;

b) di volerla adibire ad abitazione privata;

c) di non avere usufruito altre volte delle agevolazioni dello stesso art. 1, 6 co., legge 168/1982.

Svolgimento del processo

L'ufficio del registro di Roma, con avviso di liquidazione notificato il 19 febbraio 1992, ha dichiarato G. R. decaduto dai benefici, che aveva ottenuto, ai sensi dell'art. 1 sesto comma della legge 22 aprile 1982 n. 168, in sede di registrazione il 23 settembre 1982 dell'atto di acquisto di una porzione immobiliare a destinazione abitativa; ha dedotto, a sostegno di quella declaratoria, che il compratore non aveva attuato il proposito, enunciato nel contratto, di utilizzare il bene come propria abitazione; ha conseguenzialmente liquidato e richiesto la somma di lire 23.720.840, per differenza d'imposta, soprattassa ed interessi.

L'avviso è stato impugnato davanti alla Commissione tributaria di primo grado di Roma dal R. il quale ha sostenuto la tardività della pretesa impositiva, per effetto del decorso di oltre tre anni dal giorno della registrazione della compravendita, e comunque l'infondatezza della medesima, sotto il profilo che il requisito del trattamento agevolato, consistente nell'effettivo impiego abitativo dell'appartamento, è ravvisabile anche quando il bene sia goduto dal coniuge e dai figli dell'acquirente. Ha precisato il R. che tale situazione si era nella specie verificata fin dal 1976 (quando conduceva in locazione l'immobile poi comprato), in adempimento di specifiche clausole della separazione personale intervenuta con la moglie (successivamente confermate nel giudizio di divorzio).

L'impugnazione è stata respinta dalla Commissione di primo grado.

La Commissione tributaria regionale del Lazio, con sentenza del 27 maggio - 16 luglio 1997, ha rigettato l'appello proposto dal contribuente, osservando che l'avviso riguardava imposta di tipo principale, era stato tempestivamente notificato nel rispetto del termine decennale di prescrizione posto dall'art. 78 del d.P.R. 26 aprile 1986 n. 131, ed era inoltre legittimo, in quanto i predetti benefici non potevano prescindere dalla personale utilizzazione dell'immobile da parte del compratore.

Come si vede, quattro dei cinque requisiti (impossidenza, agire non quale soggetto IVA, caratteristiche non di lusso del bene, precedente godimento delle stesse agevolazioni) esistono al momento del registro, il quinto (intento abitativo) è futura e incerta.

L'agevolazione si applica provvisoriamente, e all'atto della registrazione dell'atto, munito dell'apposita dichiarazione.

L'Ufficio del registro verifica la sussistenza di tali condizioni e, ove esse difettino, esige la differenza d'imposta oltre gli interessi di mora (*ex* L. 29/61) e una soprattassa del trenta per cento. Tale provvedimento ha natura mista, di accertamento (delle condizioni di legge) e liquidazione; invero, nel sistema del d.P.R. 634/1972 e del primitivo impianto del TUR l'avviso di accertamento aveva un'autonomia necessaria limitata alla rettifica del valore del bene, il che giustificava un apposito contenzioso; pertanto sia l'A.F. che la giurisprudenza di legittimità hanno ritenuto, in questi casi, la sufficienza dell'avviso di liquidazione, sindacabile, è chiaro, anche per circostanze assolutamente di fatto relative alla mancanza dell'intento abitativo o della natura non di lusso del bene. Nulla vietava, ovviamente, che si procedesse anche (o solo) all'accertamento di valore; in tal caso doveva essere emesso a parte l'avviso di liquidazione per il recupero d'imposta sul valore originario, e volta per volta quelli di liquidazione (con la maggiore) aliquota del maggior valore che si andava definendo in lite.

Il maggior problema applicativo insorto concerneva il termine per provvedere.

Il R., con ricorso notificato il 13 gennaio 1998 ed articolato in tre motivi, ha chiesto la cassazione della pronuncia della Commissione regionale.

Il ricorrente, con il primo ed il secondo motivo d'impugnazione, ha riproposto l'assunto secondo cui il suddetto requisito della tassazione agevolata, anche alla luce dei principi fissati in tema di diritto d'abitazione dall'art. 1022 cod. civ., sussiste pure quando si fruisca dell'appartamento per soddisfare le esigenze abitative di componenti del nucleo familiare, incluso il coniuge in regime di separazione.

Con il terzo motivo del ricorso, ha rinnovato la tesi della decadenza dell'Ufficio, per aver esercitato la pretesa creditoria dopo il termine di decadenza di tre anni dal giorno della registrazione del contratto, a suo avviso operante per la natura suppletiva dell'imposta richiesta.

Nel sistema del d.P.R. 634/1972, infatti, premessa la nota distinzione tra imposta principale, suppletiva e complementare, urgevano termini decadenziali distinti. Dovendosi escludere che la liquidazione generasse da onere dell'Ufficio, e quindi che si trattasse di aliquota suppletiva, alcuni Uffici sostenevano trattarsi di imposta principale, riscossa all'esito della verifica delle condizioni di legge. Ma tale interpretazione urtava contro il disposto dell'art. 40 d.P.R. 634/1972, che qualificava «complementare» l'imposta liquidata «in ogni altro caso» diverso dall'onere dell'Ufficio e da quella (principale) liquidata all'atto della registrazione. Dunque, la maggior imposta da recuperare per revoca dei benefici in esame è complementare. Al proposito, l'art. 49, 2 co., poneva un termine di decadenza biennale (dal pagamento dell'imposta principale) per l'accertamento di valore. Ma tale non è, all'evidenza, il caso della liquidazione della differenza d'imposta, ove il valore è il medesimo. L'art. 74 poneva cinque ipotesi: a) omessa registrazione dell'atto (5 anni); b) imposta principale (tre anni); c) imposta suppletiva (tre anni); d) omessa denuncia di avveramento di condizioni sospensiva (art. 18) e simili (5 anni); e) imposta complementare (tre anni). Per le pene e soprattasse valeva lo stesso termine, se era dovuta imposta.

I contribuenti hanno quindi tentato, con successo, di includere nell'ipotesi e) il caso in esame. L'Amministrazione, replicava, in generale, che l'art. 74, 2 co., n. 2, si riferiva E1) all'accertamento di valore; E2) all'occultazione di corrispettivo; E3) alla denuncia di eventi ex art. 18 non seguita da pagamento, casi tutti estranei alla specie; concludeva per l'applicazione del solo termine prescrizione decennale. La tesi della P.A. era seguita da Cass., Sez. I, 4944/1999, quella avversa da Sez. I, 7947/1999 e Sez. V, 9149/00, di qui la rimessione alle Sezioni Unite.

* * *

Il Collegio si è espresso nel senso che i fatti di accertamento e liquidazione dei tributi, sono, per ragioni di speditezza e certezza del rapporto d'imposta, normalmente sottoposti a termini decadenziali; da tale esatta premessa conclude anche il caso di specie, in cui il diritto soggettivo dell'A.F. è soggetto a contestazione, deve ritenersi soggetto allo stesso termine.

La decisione lascia perplessi sia perché il caso di specie (ove si vogliono applicare decadenze per analogia) assomiglia, semmai, maggiormente a quello previsto dall'art. 49 d.P.R. 634 (accertamento di maggior valore) con cui ha in comune accertamento di mero fatto che non è tipico degli atti di liquidazione di cui all'art. 74. La via maestra era, semmai, quella della rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, 6 co., legge 168/1982 nella parte in cui non prevede che il potere di revoca delle agevolazioni sia sottoposto a un termine di decadenza ex art. 3 Cost.; ma si può dubitare della effettiva natura del *tertium comparationis* dell'art. 74, 2 co., n. 2, d.P.R. 634/1972. L'avviso ex art. 1, 6 co., è atto del tutto atipico (cumula le funzioni di accertamento e liquidazione) e quindi non si adatta allo schema del d.P.R. 634 e alle sue decadenze.

L'Amministrazione delle finanze ha presentato controricorso, esprimendo adesione alla sentenza della Commissione regionale anche in ordine alla ritenuta applicabilità della prescrizione decennale.

Il ricorso, già assegnato alla Sezione prima civile, è stato rimesso a queste Sezioni unite, a seguito di ordinanza di detta Sezione prima del 18 agosto 1999, per la presenza di divergenti orientamenti nella giurisprudenza di casazione sulla questione preliminare sollevata con il terzo motivo del ricorso.

Il R. ha depositato memoria.

Motivi della decisione

La legge 22 aprile 1982 n. 168, recante misure fiscali per lo sviluppo dell'edilizia abitativa, favorisce, con l'art. 1 sesto comma, fino al 31 dicembre 1983, l'acquisto della cosiddetta prima casa, sottoponendolo all'imposta proporzionale di registro con aliquota inferiore (due per cento a quella in via generale stabilita per i trasferimenti immobiliari a titolo oneroso, nonché alle imposte ipotecarie e catastali in misura fissa; subordina il trattamento agevo-

* * *

Infatti, la decisione del Collegio si affanna più a porre riparo a una «nuova» decadenza, di cui s'ignora il termine iniziale, che a motivare quanto sopra. Nella specie, applica l'art. 2935 c.c., sicché, per le situazioni ostative contestuali (assenza dei primi 4 requisiti di cui sopra, assenza originaria dell'intento abitativo) essa decorre dalla registrazione; nel caso in cui l'intento abitativo venga meno dopo, invece, decorre da tale evento (es. locazione a terzi del bene), prima non potendosi esercitare il relativo potere. Trattasi, è ovvio, di una impossibilità *de jure*, non *de facto*. Il beneficio, invero, è goduto subito e provvisoriamente, l'intento abitativo deve, invece, essere realizzato in futuro, ma la legge non prevede un termine, e sul punto le SS.UU., con molto rigore, hanno «aperto» a una possibilità di realizzazione dello stesso anche in un lasso di oltre tre anni. Solo da quando l'intento è irrealizzato o irrealizzabile l'Ufficio può e deve agire ed è da allora che scatta il termine.

Esercitando i poteri previsti, l'Ufficio allega (e deve motivare) il fatto della non realizzazione dell'intento; chi eccepisce la decadenza deve provare (come è ovvio) che il fatto sia anteriore. In questi termini va interpretato il passaggio in cui la Corte sostiene che l'Ufficio «deve dedurre, a corredo della tempestività (ove contestata) della propria iniziativa, un fatto determinativo» infradecennale; è chi eccepisce la decadenza, in realtà, che deve provarlo, mentre l'Ufficio deve provare lo stesso fatto perché è il fatto costitutivo dell'obbligazione.

Le difficoltà residue sono immaginabili, ove si pensi che la «mera inerzia» dell'acquirente mal si presta a essere censurata anche se la S.C. ha affermato che l'inutile decorso (da quando l'abitazione è pronta e libera) di un lasso di tempo che faccia presumere che l'intento non sarà realizzato (e questo è un accertamento di puro fatto e insindacabile) legittima il recupero. Così argomentando, si ha quasi nostalgia di quel termine prescrizione, lungo ma certo, che la P.A. propugnava.

Il difetto è però nel manico, è nella L. 268 (e, poi, nella L. 118/1985, prorogata dall'art. 37, L. 41/1986, dall'art. 5 bis, D.Lgs. 708/1986, a sua volta prorogata dall'art. 5 L. 67/1988 e dall'art. 2 L. 541/1988 sino al 31 dicembre 1991; l'art. 2 L. 118 è stato poi esteso al 1992 dall'art. 3, 2 co., L. 412/1991; al 1993 dall'art. 1, 2 co., D.Lgs. 16/1993) che non prevedeva un termine di adempimento.

Così veggasi invece l'attuale disciplina, finalmente a regime, dell'art. 1 nota II bis Tariffa Parte I allegata al TUR che pone, per adempiere, il termine di un anno.

lato alla destinazione ad abitazione non di lusso del fabbricato o della porzione del fabbricato oggetto del trasferimento, alla qualità del venditore di persona fisica che non agisca nell'esercizio d'impresa, arte o professione, ed inoltre a specifica dichiarazione che il compratore, sempre persona fisica, deve inserire nell'atto, circa la mancanza di possesso di altro immobile ad uso abitativo nel comune di residenza od in quello (se diverso) di svolgimento della propria attività prevalente, il mancato godimento in altra occasione dello stesso beneficio, l'intento di adibire il bene acquistato a personale abitazione; in caso di dichiarazione «mendace», prevede la debenza delle imposte nella misura ordinaria ed una soprattassa del trenta per cento.

(omissis)

La applicazione del termine di decadenza per il recupero dei benefici illegittimamente goduti è stata ritenuta dalla Sezione prima con la sentenza 17 settembre 1998 n. 9280, nella quale si è considerato che l'art. 78 del d.P.R. n. 131 del 1986, riguardando la prescrizione di crediti in precedenza definitivamente accertati, non è riferibile all'avviso di liquidazione emesso proprio al fine di accertare la perdita del beneficio ed il maggior credito d'imposta; su tale premessa, si è affermato che detto avviso rientra nelle disposizioni dell'art. 76 secondo comma della stesso d.P.R. n. 131 del 1986, con la conseguenza che «l'imposta deve essere richiesta, a pena di decadenza, entro il termine di tre anni, decorrente, per gli atti presentati per la registrazione, dalla richiesta di essa».

Nel senso dell'operatività della decadenza triennale si sono espresse anche le successive sentenze 23 luglio 1999 n. 7947 della stessa Sezione prima e 7 luglio 2000 n. 9149 della Sezione quinta, le quali hanno fissato il decorso del termine, rispettivamente, dal giorno dell'istanza di registrazione e dal giorno della registrazione medesima.

Per l'altra soluzione, cioè per la prescrizione decennale, ha optato la Sezione prima con la sentenza 21 maggio 1999 n. 4944.

L'applicazione dell'art. 78 del d.P.R. n. 131 del 1986, si è osservato nella pronuncia da ultimo menzionata, discende dalla non inquadrabilità, nei tassativi casi contemplati dal precedente art. 76 secondo comma, dell'avviso di liquidazione emesso per far valere la perdita dell'agevolazione inerente all'acquisto della prima casa; l'imposta richiesta con tale avviso non è infatti principale, perché non viene liquidata al momento della registrazione, non è suppletiva, perché non si correla ad errori od omissioni dell'ufficio, e non è nemmeno complementare, nella limitata accezione adottata dalla lett. b) di detto art. 76 con esclusivo riferimento all'accertamento di maggior valore del bene trasferito.

* * *

La decisione, per quanto non soddisfacente, merita adesione per i principi stabiliti in tema di decorrenza dei termini di decadenza spesso incerti (nel procedere art. 12 D.Lgs. 70/1988: i 10 mesi concessi all'UTE si contano nel termine decadenziale?) e credo che possa avere applicazioni ulteriori e inaspettate di principi ivi espressi.

Il contrasto deve trovare composizione con l'avallo del primo dei riportati indirizzi, circa l'affermazione dell'operatività della decadenza triennale, ma con l'individuazione di regole in parte divergenti per quanto attiene al decorso del termine.

L'art. 74 della normativa del 1972, al pari dell'art. 76 della normativa del 1986, si occupa della «decadenza dell'azione della finanza» diretta a reclamare l'imposta di registro, e, con i primi due commi, nell'ordine riguardanti la richiesta dell'imposta medesima per gli atti soggetti a registrazione in termine fisso e non presentati e per gli atti presentati per la registrazione, stabilisce termini di decadenza di cinque e di tre anni.

Queste previsioni di decadenza, rispetto agli atti da presentarsi o presentati per la registrazione, includono ogni ipotesi d'iniziativa del soggetto impositore, in quanto sono dettate per la «richiesta» dell'ufficio, senza delimitazioni od eccezioni in relazione all'oggetto della richiesta stessa, mentre, come appresso si dirà, conferiscono rilevanza a tale oggetto al diverso fine del decorso dei termini, e così abbracciano l'intera area dei provvedimenti, che esprimano, per gli atti considerati, esercizio del potere impositivo, a fronte del verificarsi dei presupposti del credito tributario, e che siano rivolti alla formazione del titolo per l'esazione del credito stesso, ove il contribuente non li impugni in giudizio o li impugni con esito sfavorevole.

L'ampiezza di dette previsioni decadenziali, del resto caratterizzante le similari norme che stabiliscono termini per il provvedimento impositivo nell'ambito di ciascuna disciplina di tassazione diretta od indiretta, risponde all'irrinunciabile esigenza di porre scadenze perentorie per l'atto dell'ufficio, allo scopo di assicurare certezza al rapporto ed insieme tutelare il contribuente con la predeterminazione del tempo massimo del suo assoggettamento all'atto stesso.

L'indicata portata generale delle norme sulla decadenza, la loro funzione ed il loro riferimento in generale alla richiesta dell'ufficio, unitamente alla radicale diversità dell'istituto della decadenza rispetto a quello della prescrizione (l'uno correlato alla necessità obiettiva di non consentire il compimento dell'atto oltre una certa scadenza, l'altro ad un presuntivo abbandono del diritto per il protrarsi dell'inerzia del titolare, non consentono di far riferimento, per il tempo dell'emanazione del provvedimento integrante esercizio di potere impositivo, alle disposizioni dettate al diverso scopo di fissare la prescrizione del credito d'imposta, una volta che sia incontestabilmente insorto in dipendenza dell'esercizio del potere stesso.

Il tempo per l'avviso di liquidazione in esame, pertanto, trattandosi di richiesta dell'ufficio inerente ad atto sottoposto alla registrazione, è il triennio di decadenza, contemplato dall'art. 74 secondo comma del d.P.R. n. 634 del 1972, e poi dall'art. 76 secondo comma del d.P.R. n. 131 del 1986, non il decennio di prescrizione, che gli artt. 76 e 78 delle rispettive normative esplicitamente stabiliscono al distinto fine di riscuotere l'imposta definitivamente accertata, cioè di esigere il soddisfacimento del credito portato da un precedente atto d'imposizione, non contestato giudizialmente dal contribuente, o contestato con insuccesso (in tutto od in parte), e come tale divenuto titolo esecutivo.

Per quanto concerne il decorso del termine di decadenza di tre anni, va premesso che l'art. 40 del d.P.R. n. 634 del 1972, al pari dell'art. 42 del d.P.R. n. 131 del 1986, definisce come principale l'imposta liquidata al momento della registrazione, come suppletiva l'imposta applicata successivamente per correggere errori od omissioni dell'ufficio, e come complementare l'imposta applicata in ogni altro caso.

Il predetto art. 74 secondo comma come l'art. 76 secondo comma della legislazione posteriore, dopo aver stabilito la decadenza triennale per la richiesta d'imposta relativa ad atti prodotti per la registrazione, contiene tre ulteriori disposizioni inerenti al *dies a qua* del triennio, che viene fissato nel giorno della domanda di registrazione, per l'imposta principale, nel giorno in cui è divenuto definitivo l'accertamento di maggior valore od è stata presentata la denuncia di cui all'art. 18 (poi art. 19), per l'imposta complementare, e, infine, nel giorno della registrazione ovvero della presentazione della citata denuncia, per l'imposta suppletiva.

Questa dettagliata disciplina del termine iniziale del triennio di decadenza non comprende tutte le richieste che possono essere formulate dall'ufficio, lasciando fuori quelle di tipo complementare (secondo la riportata definizione di carattere residuale dell'imposta complementare), ove non derivino da accertamento di maggiore valore del bene alienato o da denuncia da parte del contribuente di eventi implicanti ulteriore liquidazione.

Configura richiesta d'imposta complementare, distinta da quelle specificamente considerate dall'art. 74 secondo comma (o dall'art. 76 secondo comma), l'avviso di liquidazione, con cui l'ufficio del registro, adducendo la decadenza del contribuente dal beneficio della tassazione con aliquota ridotta, determini l'imposta con aliquota ordinaria, ed i relativi accessori, reclamandone il pagamento.

Detta pretesa, infatti, non è principale, in quanto non è avanzata al momento della registrazione, o comunque trova sostegno in fatti o riscontri successivi; non è suppletiva, dato che, basandosi su circostanze nuove, o comunque rivedendo a posteriori il criterio di liquidazione in precedenza legittimamente seguito, non è rivolta ad emendare sviste od omissioni commesse in sede di registrazione; non è complementare, nel circoscritto significato sopra indicato, non ricollegandosi a rettifiche del valore od a notizie fornite dal contribuente circa il sopraggiungere dopo il contratto di altri presupposti impositivi.

La richiesta in discorso, quindi, rientra nella previsione della decadenza triennale, ma non trova specifiche regole inerenti alla decorrenza iniziale del termine.

La carenza di peculiari disposizioni sul decorso della decadenza, non potendosi tradurre in esclusione della decadenza medesima, in ragione di quanto dinanzi evidenziato sulla valenza generale della relativa previsione, comporta, per tale decorso, l'operatività delle comuni norme dell'ordinamento (artt. 2964 e segg. cod. civ., in forza delle quali il termine di decadenza, inderogabilmente assegnata per porre in essere un determinato atto od un determinato comportamento, è computabile a partire dal momento in cui sussista il potere di compiere o tenere l'atto od il comportamento stesso.

Facendosi applicazione di dette norme generali, e così fissandosi la decorrenza del triennio di decadenza dalla data in cui l'ufficio del registro abbia facoltà di contestare al contribuente la perdita del trattamento agevolato in dipendenza di mendacio, si deve distinguere a seconda che tale mendacio riguardi la condizione della «impossidenza» o del mancato godimento in altra occasione della stessa agevolazione, oppure attenga al proposito abitativo.

Nelle prime due ipotesi, l'acquirente enuncia nel contratto come inesistenti fatti in realtà esistenti.

L'inerenza della falsità della dichiarazione a situazioni in corso al momento della registrazione, se non tocca la liquidazione dell'imposta a tariffa ridotta, per quanto sopra detto circa l'automaticità dei benefici, implica l'insorgere, a partire dallo stesso momento, della facoltà dell'ufficio di accertare la verità, contestando la «possidenza» od il precorso godimento dell'agevolazione.

La data della registrazione della compravendita segna dunque la nascita della possibilità (e del dovere) dell'ufficio di acclarare la non spettanza del beneficio, richiedendo il versamento della maggiore somma dovuta in applicazione dell'aliquota ordinaria (e della soprattassa); quella data è il giorno iniziale dei tre anni di decadenza.

Nella terza ipotesi, quella del mendacio relativo alla dichiarazione con cui l'acquirente si impegna ad utilizzare il bene come propria abitazione, detto giorno iniziale può trovare una collocazione diversa.

La norma agevolatrice, attribuendo rilevanza in sede di registrazione alla semplice allegazione del progetto abitativo ed alla sua potenziale attuabilità, non pone scadenze predeterminate per l'attuazione di esso, non trascurando che la concreta utilizzazione dell'immobile ad abitazione dell'acquirente può essere immediatamente successiva al contratto, ma può anche implicare un certo lasso di tempo, da quello minimo occorrente per il trasloco, a quello maggiore che sia richiesto da lavori di restauro o ristrutturazione a quello ancora più lungo che sia imposto dalla momentanea indisponibilità del bene per effetto di temporanei diritti di godimento ad altri spettanti o di altre analoghe cause.

La carenza di scadenze prefissate non comporta però l'indefinita opponibilità del proposito abitativo, che tradirebbe la lettera e la *ratio* della norma di agevolazione, ed esige il riferimento a parametri di ragionevolezza e buona fede, correlati alle circostanze delle vicende di specie.

Ne deriva che la dichiarazione del compratore sul proprio intento di abitare la casa può essere *ab origine* mendace, in presenza di fatti coevi che mostrino l'insussistenza del progetto abitativo o la sua inattuabilità fin dal momento in cui viene enunciato, come quando sia già in atto una diversa scelta sulla destinazione del bene, ma può essere inizialmente veritiera, per divenire poi mendace a seguito del sopraggiungere di fatti (prevedibili o meno all'epoca del contratto) che evidenzino l'abbandono dell'iniziale proposito, quale lo stabile trasferimento dell'abitazione in un altro immobile o la mancata acquisizione del godimento diretto del bene comprato dopo averlo

liberato da persone e cose e dopo aver completato gli opportuni lavori, ovvero che evidenzino l'impossibilità di dare esecuzione al proposito medesimo, per evenienze che definitivamente ne elidano i presupposti ad esempio, la distruzione dell'immobile o la sua inutilizzabilità a fini abitativi, o che ne dilazionino l'attuabilità oltre l'indicato limite di ragionevolezza (ad esempio, la presenza di diritti di godimento di terzi con scadenza non determinata o comunque eccedente da una logica aspettativa di prossimità).

Il mendacio originario sul progetto abitativo è equiparabile alle altre ipotesi dinanzi considerate, implicando l'immediata insorgenza del potere dell'ufficio di disconoscere i benefici e richiedere l'ulteriore imposta dovuta (con gli accessori).

Tale potere, invece, nel caso di mendacio per evento sopraggiunto, nasce e può essere esercitato solo dall'evento stesso, il cui verificarsi viene così a coincidere con il giorno iniziale della decadenza.

L'individuazione nella singola controversia di detto giorno iniziale resta disciplinata, in assenza di previsioni derogative, dalla comuni norme sull'onere di allegazione e prova (art. 2697 cod. civ.).

L'ufficio, potendo emettere l'avviso di liquidazione entro tre anni dall'inesecuzione o dall'ineseguibilità del progetto abitativo, deve dedurre, a corredo della tempestività della propria iniziativa ove contestata), un fatto determinativo di quelle situazioni accaduto non oltre tre anni prima dell'avviso stesso.

Il contribuente, il quale replichi assumendo l'estinzione della facoltà dell'ufficio di negargli i benefici per il pregresso maturare della decadenza, deve dimostrare l'anteriorità, rispetto al triennio che precede l'atto, dell'evento che adduca come in effetti influente per il relativo decorso.

Le difficoltà connesse all'accertamento in concreto della tempestività o meno dell'azione dell'ufficio non autorizzano una diversa soluzione.

L'anticipazione del decorso della decadenza dell'ufficio ad un momento anteriore, rispetto al fatto che segna la perdita dei benefici fiscali, violerebbe la citata regola generale, secondo cui non è configurabile inattività del titolare di un potere fino a quando il potere stesso non possa essere esercitato.

Se la decadenza fosse computabile dalla data della registrazione, o dalla data della richiesta della registrazione, anche nei casi di perdita del trattamento agevolato per eventi successivi, quale la dismissione o l'impossibilità sopravvenuta del progetto abitativo, il termine triennale risulterebbe decurtato, od addirittura azzerato, quando il progetto del compratore legittimamente persista per tre anni.

L'anticipazione del decorso stesso, oltre la data del fatto implicante il venir meno dell'agevolazione, non può essere giustificata da considerazioni inerenti alla complessità di riscontri su aspetti della vita privata del contribuente, ostandovi la scelta del legislatore di fissare un termine ultimo per l'esercizio nel singolo rapporto del potere impositivo, sulla scorta di ragioni superiori e comunque prevalenti sull'eventuale onerosità delle indagini all'uopo necessarie.

In conclusione, si deve affermare che l'avviso di liquidazione dell'imposta di registro con aliquota ordinaria e connessa soprattassa, a carico del compratore di un immobile ad uso abitativo che abbia indebitamente goduto in sede di registrazione del trattamento agevolato di cui all'art. 1 sesto comma della legge 22 aprile 1982 n. 168, è soggetto a termine triennale di decadenza, ai sensi e nel vigore dell'art. 74 secondo comma del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 634 (corrispondente all'art. 76 secondo comma del successivo d.P.R. 26 aprile 1986 n. 131, a partire dalla data in cui l'avviso stesso può essere emesso, e cioè dal giorno della registrazione, quando i benefici non spettino per la falsa dichiarazione nel contratto dell'indisponibilità di altro alloggio o della mancata fruizione in altra occasione dell'agevolazione, o per l'enunciazione nel contratto stesso di un proposito di utilizzare direttamente il bene a fini abitativi già smentito da circostanze in atto, oppure, quando detto enunciato proposito, inizialmente attuabile, sia successivamente rimasto ineseguito od ineseguibile, dal giorno nel quale si sia verificata quest'ultima situazione.

Il principio comporta l'accoglimento del terzo motivo del ricorso del Rinonapoli, con l'assorbimento delle altre censure (logicamente subordinate, atteso che l'avviso in contestazione, secondo il contenuto acclarato in sede di merito (in linea del resto con le deduzioni svolte dall'Amministrazione finanziaria in replica alle tesi del contribuente), risulta emesso sulla base della non spettanza del trattamento agevolato per effetto d'inesecuzione ed ineseguibilità del progetto abitativo fin dal tempo dell'acquisto, essendo l'appartamento già durevolmente destinato al soddisfacimento di bisogni altrui, e, quindi, su un fatto che l'ufficio del registro di Roma poteva dedurre a far tempo dalla registrazione e non ha dedotto nei tre anni seguenti.

Il fondamento del ricorso sulla questione della decadenza esige, con la cassazione della sentenza della Commissione regionale, una conforme pronuncia di accoglimento della domanda del contribuente ed annullamento dell'atto impositivo con essa impugnato (art. 384 primo comma cod. proc. civ.).

La presenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti e la complessità della problematica affrontata rendono equa l'integrale compensazione delle spese processuali.

P. Q. M.

La Corte, a sezioni unite, accoglie il terzo motivo del ricorso, dichiara assorbiti i primi due motivi, cassa la sentenza impugnata, e, pronunciando nel merito, annulla l'avviso di liquidazione.

(omissis)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 23 dicembre 2000 n. 16176 – Pres. Carbone – Rel. Altieri – P.G. (diff.) Palmieri – Q. c. Ministero delle Finanze.

Tributi erariali diretti – IRPEF – Imponibile – Proventi da illeciti (percezione di “tangenti”) – Inclusione – Eccezioni – Sequestro o confisca penale – Sequestro del magistrato contabile: irrilevanza.

Ai fini della esclusione della tassabilità dei proventi da illecito non è rilevante il sequestro dei beni del reo compiuto dalla Corte dei Conti, ma solo il sequestro penale la prova della esecuzione del quale incombe al medesimo (1).

(omissis)

1. – *Svolgimento del processo.*

L'ufficio distrettuale delle imposte dirette di Roma notificava a Q. N. avviso di accertamento in relazione all'anno 1989, determinando il reddito imponibile, dichiarato in L. 145.722.000, in L. 4.163.072.000, con aumento dell'imposta da L. 45.326.000 a L. 117.895.000 e con l'irrogazione di pene pecuniarie per L. 4.144.466.000.

L'ufficio teneva conto, tra l'altro, di percezioni illecite di denaro, risultanti da segnalazione del Nucleo Centrale di polizia tributaria della Guardia di Finanza. Come risulta dal presente ricorso, il Q. era stato rinviato al giudizio del tribunale di Roma per rispondere del reato di concussione aggravata continua in concorso, ai sensi degli articoli 317, 110, 81 e 61 n. 7 cod. pen. per aver percepito da diversi imprenditori (...), nel periodo compreso tra il 1987 e il 1992, somme di denaro per un totale complessivo di oltre 17 miliardi di lire.

Il ricorso del Q. alla commissione tributaria provinciale di Roma veniva da questa rigettato, sulla considerazione che la confisca e il risarcimento del danno per percezioni illecite di denaro non influiscono sul reddito imponibile finchè non si siano concretizzati; l'art. 14, quarto comma, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, nel ricomprendere tra le categorie di reddito proventi derivanti da fatti, atti, attività qualificabili come illecito civile, penale o amministrativo, ne esclude, infatti, la tassabilità quando gli stessi siano stati sottoposti a confisca o a sequestro penale. Poiché nella specie la confisca – pur obbligatoria – non era stata pronunciata, i proventi in questione dovevano ritenersi soggetti ad I.R.P.E.F. e ad I.L.O.R.

(1) La sentenza applica principi pacifici, tra i quali la retroattività e la natura interpretativa dell'art. 14, 4° co., legge n. 537/93.

Peraltro, a parte il rilievo che il sequestro “contabile” non è divenuto definitivo nei non pochi anni di durata del contenzioso tributario, desta perplessità l'affermazione della Corte sul punto che il sequestro non priva il reo dell'illecito profitto, che resta quindi imponibile, adombrando quasi che – ove vi fosse stata un'effettiva restituzione – esso non sarebbe stato più tale: *contra*, va chiarito che la restituzione non cancella il fatto-presupposto della percezione, in sé imponibile, e che, *nisi lex caveat*, la restituzione non è deducibile.

Infine, secondo la sentenza della Corte di Cassazione 8 febbraio 1995, n. 4381, al citato art. 14, quarto comma, doveva riconoscersi natura di norma interpretativa degli articoli 1 e 6 del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917.

Con sentenza 22 marzo – 24 maggio 1999 la commissione tributaria regionale del Lazio rigettava l'appello del Q.

La sentenza, per quanto interessa l'oggetto del presente giudizio di cassazione, è così motivata:

— la censura relativa all'affermata inutilizzazione, ai fini dell'accertamento tributario, delle conoscenze acquisite in sede penale era infondata. Previo richiamo al testo dell'art. 33, terzo comma, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, era da ritenersi che la necessaria autorizzazione, in data 19 novembre 1993, del giudice per le indagini preliminari ad utilizzare ai fini fiscali i dati acquisiti nel procedimento relativo all'INADEL fosse stata tempestivamente rilasciata e che, quindi, l'accertamento tributario fondato su tali elementi fosse valido.

Nel senso di una tempestiva autorizzazione doveva essere, infatti, inteso il documento, sul quale risultava apposta l'autorizzazione del giudice. Nè contraddiceva con tale ricostruzione la presenza di una seconda autorizzazione del 6 dicembre 1993, in quanto quest'ultima appariva come manifestazione di zelo da parte degli investigatori.

Per quanto riguardava, infine, la nota con la quale, il 23 giugno 1994, la Guardia di Finanza aveva segnalato all'ufficio finanziario che le notizie non erano più coperte da segreto, documento che la difesa del contribuente sosteneva costituire prova della mancata autorizzazione *ex art. 33 del d.P.R. n. 600 del 1973*, veniva osservato che tale nota conteneva una semplice opinione, e non poteva influire sulla validità di precedenti atti.

La questione sul punto dedotta era, comunque, inammissibile perché svolta per la prima volta in appello;

parimenti infondata era la tesi dell'invalidità della prima autorizzazione in quanto rilasciata dal giudice per le indagini preliminari, e non dal pubblico ministero, e in data in cui non era stato ancor pronunciato il rinvio a giudizio (disposto il 2 dicembre 1993) e perdurava, pertanto, il segreto sull'attività di indagine. Infatti, essendo gli atti già depositati presso l'ufficio del giudice, e considerando che il rinvio a giudizio sarebbe stato pronunciato pochi giorni dopo, era da ritenere che al 19 novembre 1993 il p.m. avesse concluso le indagini, né risultava che gli atti fossero stati trasmessi al giudice per incombenti, diversi da quelli relativi all'udienza preliminarie. Per altro verso, essendo conclusa la fase delle indagini preliminari, secondo l'art. 329 cod. proc. pen. non era più necessaria l'autorizzazione del giudice;

— l'eccezione di legittimità costituzionale del citato art.33, terzo comma, perché emanato in contrasto con la legge delega (9 ottobre 1971, n. 825) che non conteneva alcuna norma volta a consentire al legislatore delegato di derogare al segreto era manifestamente infondata. Infatti, l'art. 10 della legge delega fissa, in materia di accertamento tributario, una serie di criteri generali (quattro), e una serie più numerosa di criteri specifici.

I criteri generali erano: l'adeguamento della disciplina vigente alle riforme previste dalla stessa legge delega; la facilitazione dell'individuazione dei contribuenti e la rilevazione della materia imponibile; l'assicurazione della prevenzione e della repressione dell'evasione e della tutela dei contribuenti; la semplificazione dei rapporti tributari nelle varie fasi. L'art. 3, terzo comma, appariva emanato in armonia col secondo e terzo criterio generale;

– nel merito, l'appellante aveva sostenuto che il primo giudice aveva recepito acriticamente le conclusioni della sentenza della Cassazione 19 aprile 1995, n. 4381. Infatti, a prescindere dalla rilevanza della illiceità della nuova ricchezza, essa sarebbe sottoponibile ad imposizione solo se avesse caratteristiche tali da essere ricondotta ad una delle categorie di cui all'art. 6 del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, che avrebbe innovato rispetto agli artt. 1 e 80 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597, nel senso che, mentre nella precedente disciplina sarebbero stati imponibili i redditi da qualsiasi fonte e l'art. 80 prevedeva i redditi diversi come categoria residuale, successivamente il legislatore si sarebbe ispirato al principio della certezza del diritto, adottando un metodo tassativamente casistico, eliminando all'art. 1 del nuovo t.u. il riferimento alla provenienza del reddito da qualsiasi fonte e valorizzando all'art. 81 il principio di tassatività. Inoltre, l'art. 14 della legge 24 dicembre 1993, n. 537, avrebbe carattere innovativo, e non interpretativo.

Tale tesi, secondo i giudici d'appello, era infondata.

Pur essendo in linea con una rigorosa interpretazione del principio di stretta legalità tributaria, essa non si dava carico del problema della sussunzione in uno dei generi intermedi, elencati come specie del genere *redditi residui* dall'art. 81 del t.u. 917/1986. L'ufficio aveva inserito il reddito nella figura prevista dalla lettera 1 dell'art. 81 (*«redditi derivanti ... dall'assunzione di obblighi di fare»*), integrando le norma con l'art. 14 della legge 24 dicembre 1993, n. 537, individuando in tal modo l'ipotesi normativa alla quale ricondurre il reddito prodotto nel 1989.

Secondo la commissione regionale l'accertamento, pur esatto, partiva da una errata ricostruzione della norma. Doveva, infatti, ritenersi applicabile solo la lettera l) dell'art. 81 t.u.i.r. e considerare il reddito come proveniente dall'assunzione di obblighi di fare poiché, come emergeva dai documenti, tali obblighi erano collegati a contratti aventi ad oggetto beni immobili di enti pubblici e le obbligazioni conseguenti non rilevando il fatto che fossero o meno di provenienza illecita;

– per risolvere il problema dell'applicabilità di detta fattispecie quando la fonte del reddito sia illecita occorre integrare la disciplina del t.u.i.r. 917/1986 con la disposizione contenuta nell'art. 14, quarto comma, della legge n. 537/1993.

Tale norma ha un tenore chiaramente interpretativo, e in tal senso si è espressa la costante giurisprudenza di legittimità.

Nella specie non vi era dubbio che i redditi nascessero da illecito e che non fossero stati sottoposti a confisca o a sequestro penale. Quanto al sequestro disposto dalla Corte dei Conti, esso non impediva la qualificazione dei proventi come reddito, avendo per oggetto, non le somme, ma il generico patrimonio del Q.;

– quanto al requisito del possesso del danaro, posto dall'art. 1 del d.P.R. 917/1986, tale possesso non veniva meno per il fatto che, come affermato dal Q., egli aveva agito come mandatario di un partito politico. Ciò equivaleva ad ammettere il possesso, non rilevando una sostituzione tra soggetti, in forza di un mandato sicuramente illecito;

— sul dedotto difetto di motivazione dell'accertamento per il criterio usato dall'ufficio per imputare al 1989 una quota dei proventi complessivi, la commissione regionale osservava che la divisione di tale ammontare per ciascuno degli anni coincidenti con la loro acquisizione era, infatti, il sistema più equo, rispettoso degli interessi del contribuente e del principio del buon andamento dell'amministrazione.

Avverso tale sentenza N. Q. ha proposto ricorso per cassazione, sulla base di sei mezzi d'annullamento.

L'Amministrazione Finanziaria ha resistito con controricorso.

2. – *I motivi di ricorso.*

2.1. – Col primo motivo il ricorrente denuncia violazione degli artt. 2697 e 2729 cod. civ.; 7 d.l.vo 31 dicembre 1992, n. 546; 38 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600; omessa e insufficiente motivazione; in relazione all'art. 360, n. 3, 4 e 5 cod. proc. civ.

Lamenta che, mentre la commissione provinciale non ha esaminato il motivo riguardante il difetto di prova della percezione del reddito, quella regionale avrebbe esaminato tale censura solo indirettamente, affermando che la prova dei fatti emergerebbe dalle indagini penali e dalle ammissioni di esso contribuente.

Quanto al primo elemento, esso si riduce ad un'informativa della polizia tributaria che egli era stato rinviato a giudizio per il reato di cui agli artt. 317, 81 e 61 n. 7 cod. pen.

Quanto al secondo, nessuna ammissione confessoria risultava resa, avendo egli sempre sostenuto che tutte le somme che alcuni imprenditori avrebbero sborsato erano state direttamente versate al Partito Socialista.

L'art. 38 del d.P.R. n. 600/1973 stabilisce che la rettifica della dichiarazione deve essere giustificata in base a prove certe derivanti dalle indagini di cui agli artt. 32 e seguenti, o anche da presunzioni, purché gravi, precise e concordanti.

Lamenta, inoltre, che l'ufficio non abbia acquisito la copia degli atti istruttori del pubblico ministero.

Dagli stessi sarebbe, infatti, emerso che l'accusa era basata soltanto sulle dichiarazioni degli imprenditori presunti concussi.

Inoltre, la sentenza emessa dal tribunale di Roma aveva ritenuto il reato di corruzione, e non di concussione, ed aveva escluso che le c.d. tangenti fossero state a lui consegnate, laddove tutti gl'imprenditori avevano versato le somme direttamente al Partito Socialista, tramite il segretario amministrativo on. B.

2.2. – Col secondo motivo il ricorrente denuncia violazione degli artt. 112, 152, 153 e 154 cod. proc. civ.; 1, comma 2, d.l.vo 31 dicembre 1992, n. 546, in relazione all'art. 360, n. 4, cod. proc. civ.

Deduce che i documenti relativi all'autorizzazione da parte dell'A.G. di utilizzare il materiale probatorio raccolto in sede penale a fini fiscali sia stato consegnato dall'ufficio quando erano scaduti i termini assegnati nell'ordinanza della commissione regionale, e anche dopo la scadenza del termine di cui all'art. 32 del d.l.vo n. 546/1992, cui deve essere riconosciuta natura perentoria, in forza dell'art. 154 cod. proc. civ., applicabile al processo tributario.

La commissione ha preso in esame la documentazione senza tener conto dell'eccezione di tardività opposta dalla difesa del contribuente, violando, così, l'art. 112 cod. proc. civ.

2.3. – Col terzo motivo il ricorrente, denunciando violazione dell'art. 33 del d.P.R. n. 600 del 1973; dei principi sull'interpretazione contenuti negli artt. 1362 e seguenti cod. civ.; omessa, insufficiente motivazione, in relazione all'art. 360, n. 3 e n. 5, cod. proc. civ., censura l'interpretazione data dalla sentenza ai documenti che, secondo i giudici d'appello, conterrebbero l'autorizzazione del giudice per le indagini preliminari, rilevando che l'autorizzazione non risulterebbe apposta con la grafia del giudice; che, inoltre, la comunicazione della Guardia di Finanza relativa alla chiusura delle indagini dimostrava che nessuna autorizzazione era stata ottenuta in precedenza.

2.4. – Col quarto motivo, denunciando violazione degli artt. 112 cod. proc. civ.; 1, 6, 81 d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, e 14, comma 4, legge 24 dicembre 1993, n. 357; in relazione all'art. 360, n. 3 e 4, cod. proc. civ., il contribuente, pur ribadendo di non aver percepito alcun illecito provento, ripropone la tesi della non riconducibilità dei redditi da fonte illecita alle ipotesi previste dal t.u. del 1986.

Mentre ciò sarebbe stato possibile nella vigenza del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597, applicando il combinato disposto degli artt. 1 e 80, col nuovo regime tale possibilità sarebbe esclusa, non essendo possibile ricondurre tali proventi ad una delle ipotesi regolate dall'art. 81 del t.u. 917/1986.

Secondo il ricorrente tale possibilità sarebbe stata reintrodotta dall'art. 14, comma 4, della legge n.537/1993, la quale, come riconosciuto dalla sentenza impugnata, ha natura innovativa e non interpretativa. La soluzione adottata dai giudici d'appello, però, si fonda su una errata ricostruzione dell'avviso di accertamento e delle difese dell'amministrazione. Infatti, l'ufficio

non aveva mai sostenuto che i proventi illeciti rientrassero nelle ipotesi di cui all'art. 81, ma che vi rientravano in forza del citato art. 14. La decisione incorrerebbe, pertanto, in ultrapetizione.

La tesi seguita nella sentenza sarebbe, comunque, infondata. La lettera l) dell'art. 81 dispone, infatti, che rientrano tra i redditi diversi previsti dall'art. 6 «redditi derivanti da attività di lavoro autonomo non esercitate abitualmente o dall'assunzione di obbligazioni di fare, non fare o permettere». Perché possa configurarsi tale obbligazione, è necessario che la stessa sia valida, e tale non può essere un comportamento illecito.

2.5. – Col quinto motivo il ricorrente, denunciando violazione degli artt. 81 t.u. n. 917/1986 e 14, comma 4, legge n. 537/1993, nonché vizi di motivazione, in relazione all'art. 360, comma 3 e 5, cod. proc. civ., premesso che il citato art. 14 esclude che i proventi derivanti da illecito sono esclusi dall'imponibile se sottoposti a sequestro o confisca penale, e che, stante la funzione disgiuntiva della locuzione «o», il sequestro è quello disposto in sede civile, penale o amministrativa, censura la decisione impugnata, là dove ha ritenuto irrilevante il sequestro disposto dalla Corte dei Conti.

Secondo il ricorrente, l'irrilevanza del detto sequestro non sarebbe da condividere. La *ratio* della disposizione sarebbe, infatti, quella d'impedire che l'autore dell'illecito possa profittare dell'effetto positivo dell'azione. Pertanto, essendo stato sottoposto a sequestro il patrimonio dell'autore dell'illecito al fine di recuperare le somme illecitamente riscosse, l'imposizione non ha luogo.

Nel caso di specie, inoltre, il valore dei beni sequestrati è assai maggiore dell'importo dei proventi illeciti che si assumono acquisiti.

2.6. – Col sesto motivo, denunciando violazione degli artt. 2698 cod. civ.; 1, 7 e 81 del t.u. n.917/1986; 32 e seguenti, 38 del d.P.R. n. 600/1973; omessa e insufficiente motivazione in relazione all'art. 360, n. 3 e 5, cod. proc. civ., il ricorrente censura la correttezza del criterio di imputazione di quota dei proventi che complessivamente si affermano percepiti al 1989.

In tal modo sarebbe stato violato il principio dell'onere della prova, incombando soltanto all'ufficio la dimostrazione dell'effettiva afferenza a tale anno.

Non essendo in grado di dare tale dimostrazione, l'ufficio non poteva fare ricorso ad un criterio arbitrario.

3. – *Motivi della decisione*

3.1. – Il primo motivo è inammissibile, in quanto, con lo stesso, si tende ad ottenere un diretto sindacato sull'apprezzamento dei fatti e delle prove, non consentito in sede di legittimità.

La commissione regionale, infatti, ha ritenuto che il Q. avesse avuto la disponibilità dei proventi, non considerando rilevante, ai fini di escludere tale disponibilità, il suo asserito ruolo di mandatario del Partito Socialista, che sarebbe stato il reale destinatario delle somme pagate dagli imprenditori. Tale

accertamento non può essere oggetto di diretto riesame in sede di legittimità, non contenendo la sentenza alcun accenno al fatto, affermato dal ricorrente, che i proventi sarebbero stati direttamente percepiti da altra persona.

Sul diverso regime di valutazione delle prove nel processo penale e in quello tributario la Corte richiama il principio affermato da una recente sentenza di questa Sezione (4 ottobre 2000, n. 9665), secondo cui la tassazione dei proventi da attività illecite può avvenire anche quando dalla sentenza penale di condanna non è emerso in modo certo che le somme siano entrate nella disponibilità dell'interessato. Il giudice tributario, quindi, può accertare tale disponibilità anche su elementi presuntivi.

Sulla base dell'accertamento compiuto deve, pertanto, ritenersi immune da rilievi la statuizione della percezione di un maggior reddito da parte del Q.

3.2. – Il secondo e il terzo motivo, da esaminarsi congiuntamente, non possono trovare accoglimento.

Deve, innanzitutto, ritenersi inammissibile la censura contenuta nel terzo motivo, essendo la stessa diretta ad ottenere un riesame – non consentito in sede di legittimità – sull'interpretazione dei documenti contenenti l'autorizzazione del giudice dell'udienza preliminare ad utilizzare documentazione acquisita nel procedimento penale.

Il secondo motivo è, invece, infondato.

Nel processo tributario non vige un rigoroso principio dispositivo in materia di prova, a differenza di quanto avviene per l'onere di affermazione. L'art. 7, primo comma, del d.l.vo 31 dicembre 1992, n. 546, prevede che le commissioni tributarie «*ai fini istruttori nei limiti dei fatti dedotti dalle parti, esercitano tutte le facoltà di accesso, di richiesta di dati, di informazioni e chiarimenti conferite agli uffici tributari o all'ente locale da ciascuna legge d'imposta*».

Il terzo comma dello stesso articolo prevede che le commissioni tributarie hanno sempre «*facoltà di ordinare alle parti il deposito di documenti ritenuti necessari per la decisione della controversia*».

L'iniziativa di parte non è, pertanto, in un processo retto, almeno per quanto concerne la prova, dalla «*Officialmaxime*, un veicolo necessario per l'acquisizione di documenti, per cui dalla scadenza del termine assegnato alla parte per la produzione non deriva alcuna conseguenza in relazione all'utilizzabilità dei documenti, una volta che gli stessi siano stati, comunque, acquisiti.

3.4. – Anche il quarto motivo è infondato.

Pur avendo la commissione tributaria regionale statuito che la qualificazione dei proventi in questione come reddito non derivava dall'applicazione (retroattiva) dell'art. 14, quarto comma, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, ma dall'art. 81, lett. 1), del d.P.R. n. 917/1986, la Corte, nell'esercizio del potere correttivo della motivazione in diritto attribuitole dall'art. 384, comma secondo, cod. proc. civ., ritiene che, invece, sia tale applicabilità a fondare la pretesa fiscale.

Sulla natura interpretativa – e conseguente applicabilità retroattiva – del citato art. 14, quarto comma, esiste una costante giurisprudenza della Corte (sentenze 19 aprile 1995, n. 4381; 13 dicembre 1995 n. 12782; 13 dicembre 1996, n. 11148; 5 giugno 2000, n. 7511; 9 agosto 2000, n. 10480), e il Collegio non ritiene, in mancanza di nuove e decisive ragioni, di discostarsi da tale indirizzo.

3.5. – Il quinto motivo è del pari infondato.

Il quarto comma dell'art. 14 della legge 24 dicembre 1993, n. 537, prevede che nelle categorie di reddito contemplate nell'art. 6 del t.u. n. 917/1986 devono intendersi ricompresi anche i proventi da fatti illeciti «*se non già sottoposti a sequestro o confisca penale*».

L'inesistenza di un provvedimento di confisca o di sequestro costituisce, quindi, una condizione negativa per l'applicabilità del citato art. 14, quarto comma, giustificata dal fatto che il provvedimento ha sottratto al percettore di somme di illecita provenienza il godimento o la disponibilità delle stesse.

Presupposto perché si verifichi tale fatto impeditivo (o se si preferisce, estintivo) della pretesa tributaria è, quindi, la privazione della disponibilità del bene da parte del percettore. Pertanto, l'aver il sequestro ordinato dalla Corte dei Conti non significa che le somme illecitamente percepite non costituiscano reddito, in quanto un bene, soprattutto quando è fungibile come il danaro, può essere oggetto di godimento anche quando chi lo abbia percepito abbia subito, come nel caso concreto, un provvedimento di sequestro dell'intero patrimonio.

A nulla rileva, quindi, il fatto che il sequestro abbia colpito beni immobili per un valore maggiore di quello delle illecite percezioni. Altro, infatti, è la garanzia dell'adempimento dell'obbligazione risarcitoria per il danno all'erario (che, comunque, non si estenderebbe automaticamente all'obbligazione tributaria, anche perché il giudice contabile potrebbe non pronunciare condanna al risarcimento dell'intero danno) altro è la natura reddituale dei proventi da illecito, la quale non viene esclusa in conseguenza di un sequestro su immobili.

Quanto all'onere della prova dell'avvenuta apprensione delle somme, sul quale si discute se esso incomba all'amministrazione finanziaria o al contribuente, la ricordata qualificazione del sequestro e della confisca penale come fatti *impeditivi o estintivi* della pretesa fiscale e, quindi, del potere di accertamento dell'ufficio comporta, in applicazione dell'art. 2697, secondo comma, cod. civ. e tenuto conto delle speciali regole sulla prova del processo tributario, l'onere del contribuente di affermare l'esistenza di tali fatti, mentre, per quanto attiene alla prova degli stessi, l'iniziativa della parte può essere sostituita o integrata da quella del giudice, ai sensi del già citato art. 7 del d.l.vo n. 546/1992. Orbene, nella specie il Q. non ha mai affermato che le somme di danaro fossero state oggetto di materiale apprensione, in esecuzione del provvedimento di sequestro.

(*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 17 gennaio 2001, n. 630 – Pres. Carbone – Rel. Altieri – P.G. (conf.) Palmieri – Ministero delle Finanze e Ufficio Imposte Dirette di Macerata (avv. Stato Lancia) c. P.R.

Proventi di attività illecita – Imponibilità – Giudizio tributario – Sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti – Elemento di prova.

(D. Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, art. 36 ; artt. 6, 75, 81 TUIR; artt. 2727 -2729 c.c.; art. 444 – 448 c.p.p.).

La sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, con riferimento a fatti-reato costituenti anche presupposto d'imposta, è elemento di prova degli stessi anche nel processo tributario, dove, se contestata in questa sua funzione, deve esserlo fornendo e spiegando le ragioni per cui l'imputato abbia ammesso una responsabilità penale e il giudice non l'abbia assolto (1).

(1) **La sentenza di patteggiamento costituisce un rilevante elemento di prova ai fini dell'accertamento del reddito imponibile (nella specie di illeciti proventi): la Cassazione conferma il proprio orientamento** (cfr. sent. n. 11301 del 1998).

1. *La controversia*

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di Cassazione conferma posizioni già precedentemente assunte (1) (e che ormai possono dirsi consolidate) circa l'efficacia probatoria nel giudizio tributario della sentenza ex art. 444 ss. c.p.p. e circa l'efficacia intertemporale dell'art. 14, comma 4, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, sulla tassazione dei proventi derivanti da attività illecita. Viceversa, lascia ancora aperto il problema della classificazione di tali proventi all'interno delle categorie reddituali di cui all'art. 6, comma 1, del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (in prosieguo TUIR), almeno quando non ricorra il presupposto dell'effettiva percezione.

La controversia portata all'attenzione dei giudici ha ad oggetto il ricorso proposto dal contribuente avverso l'avviso di accertamento emesso nei suoi confronti, in rettifica della dichiarazione dei redditi per l'anno 1984, con il quale gli si contestava l'omessa dichiarazione di proventi (classificati come redditi diversi ex art. 81 TUIR) derivanti da attività illecite da lui poste in essere in concorso con altre persone, nell'ambito della sua attività lavorativa. Per tali attività era stato sottoposto a procedimento penale per appropriazione indebita, conclusosi con una sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti (tra l'altro prodotta in giudizio dallo stesso ricorrente).

In primo grado la Commissione tributaria provinciale accoglieva il ricorso sulla base della tesi dell'intassabilità dei proventi da attività illecita. In secondo grado la Commissione regionale, pur non condividendo la tesi dell'assoluta mancanza di materia imponibile, rilevava che «l'Ufficio (delle imposte dirette) non aveva dato dimostrazione della sussistenza del presupposto oggettivo dell'imposta, fondando l'accertamento su presunzioni non gravi, non precise e non concordanti». È proprio questa l'affermazione che offre lo spunto alla Corte per una serie di riflessioni sul duplice piano della tassabilità dei proventi da attività illecita e sul valore probatorio della c.d. sentenza di patteggiamento.

(1) Cfr. Cass. 10 novembre 1998, n. 11301, (citata anche in sentenza) in *Fisco* 1999, 126; in *Corr. trib.* 1999, 813 ss., con nota di P. MONARCA; in *Giur. imp.* 1999, 24.

(*omissis*)

L'appello dell'ufficio alla commissione tributaria regionale delle Marche veniva da questa rigettato con sentenza del 20 maggio - 4 giugno 1997. Nella stessa, pur non condividendosi la tesi della non tassabilità dei proventi da illecito, veniva osservato che l'ufficio non aveva dato dimostrazione della sussistenza del presupposto oggettivo dell'imposta, fondando l'accertamento su presunzioni non gravi, non precise e non concordanti. Particolarmente significativa, secondo la sentenza, era la differenza tra l'ammanto imputato al P. e quello accertato dall'ufficio.

2. *L'efficacia intertemporale dell'art. 14, comma 4, della legge 24 dicembre 1993, n. 537*

Il Supremo Collegio segue ormai da tempo (2) la tesi dell'imponibilità dei proventi da attività illecita ex art. 14, comma 4, della legge 537/1993 (3). Trattasi d'interpretazione dominante, ma non pacifica (disattesa dalla stessa Commissione tributaria che ha statuito in primo grado), del tutto minoritaria prima dell'emanazione di tale disposizione di legge (4).

In particolare, trattandosi di redditi relativi ad una dichiarazione del 1984, i giudici di legittimità ricollegano un'efficacia retroattiva alla norma in esame. La Corte (almeno in questa sua pronunzia) propende dunque per attribuire alla disposizione *de qua* natura meramente interpretativa, e non certo innovativa, dovendosi altrimenti riconnettere la sua efficacia esclusivamente a fatti accaduti successivamente alla sua entrata in vigore. Trattatasi, ad ogni modo, di questione ancora aperta e controversa, sulla quale si danno statuizioni di segno inverso (5). Quanto alla dottrina (6), si è rilevato come lo stesso legislatore, nella relazione di accompagnamento alla legge 537/1993, affermi che l'art. 14, comma 4, abbia la sola funzione di esplicitare un'imponibilità già sussistente a priori. E che, d'altro canto, il Ministero delle finanze riconosce valore di interpretazione autentica alla norma, attribuendole efficacia retroattiva.

3. *L'efficacia probatoria della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti nell'ambito del giudizio tributario*

La controversia in esame offre, inoltre, l'occasione alla Corte di ribadire il suo orientamento circa il valore probatorio della c.d. sentenza di patteggiamento nell'ambito del giudizio tributario (7). In particolare, il Collegio ha affermato che la sentenza ex art. 444 c.p.p. costituisce un «importante elemento di prova circa la percezione di illeciti proventi e, quindi, della produzione di reddito imponibile» ex art. 14, comma 4, della legge 537/1993. Tale elemento di prova circa l'effettivo compimento dei fatti costituenti reato potrà essere disatteso dal giudice di merito solo nel caso in cui il contribuente spieghi le ragioni per cui ha ammesso una responsabilità penale e il giudice non l'abbia assolto.

(2) Cfr., in particolare, Cass. 10 dicembre 1998, n. 11301, *cit.*

(3) Che così dispone: «nelle categorie di reddito di cui all'art. 6, comma 1, del TUIR, devono intendersi ricompresi, se in esse classificabili, i proventi derivanti da fatti, atti o attività qualificabili come illecito civile, penale o amministrativo, se non già sottoposti a sequestro o confisca penale. I relativi redditi sono determinati secondo le disposizioni riguardanti ciascuna categoria».

(4) Cfr. Cass. pen. 9 gennaio 1991; Cass. pen. 20 novembre 1991; Cass. pen. 24 giugno 1992; Cass. 30 luglio 1992, n. 2402; Cass. 29 maggio 1992, n. 6520, in *Corr. trib.* 1992, 2225; Cass. 13 marzo 1993, n. 3028. Accoglie, per la prima volta, la tesi dell'imponibilità dei proventi da attività illecita (alla luce del disposto di cui all'art. 14, comma 4, della legge 537/1993) Cass. 19 aprile 1995, n. 4381, in *Corr. trib.* 1995, 1765 e in *Riv. giur. trib.*, 871, con nota di C. GLENDI, *Sulla tassazione dei proventi illeciti*.

(5) In senso conforme alla decisione *de quo*, cfr. Cass. pen. 3 marzo 1997, n. 220; Cass. 2 maggio 1996, n. 408, in *Corr. trib.* 1996, 2381. In senso contrario cfr. Commissione Tributaria Provinciale di Milano 22 maggio 1997, n. 124.

(6) Cfr. P. MONARCA, *Commento a Cass. 10 dicembre 1998, n. 11301*, in *Corr. trib.* 1999, 815.

(7) Cfr. Cass. 10 novembre 1998, n. 11301, *cit.*, così massimata al primo punto: «La richiesta di applicazione di pena patteggiata non comporta un accertamento invincibile di responsabilità, tuttavia, il giudice di merito, che disattenda un simile e corposo elemento, deve spiegare perché ritiene che l'imputato abbia ammesso una responsabilità insussistente e perché il giudice penale abbia errato prestando fede a simile "confessione"».

Avverso tale sentenza l'Amministrazione Finanziaria dello Stato ha proposto ricorso per cassazione, sulla base di un mezzo d'annullamento e di memoria.

R. P. resiste con controricorso.

2. – *Il motivo di ricorso.*

Con l'unico mezzo l'Amministrazione ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione degli articoli 36 del d.lgs n. 546/1992; 2727 - 2729 cod. civ. e dei principi generali in materia di sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen.; motivazione omessa, insufficiente, contraddittoria su punto decisivo della controversia, posti dall'art. 36 d.lgs. n. 546/1992.

Lamenta che la sentenza impugnata non contenga alcuna motivazione sull'esame dell'allegazione delle parti e del *thema decidendum* nella sua concretezza. Gli unici riferimenti contengono, inoltre, travisamenti di fatto.

Quanto alla natura della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, è opportuna qualche breve precisazione. Sia la dottrina sia la giurisprudenza si presentano divise circa la natura da attribuire a tale sentenza. Da una parte, coloro che le riconnettono natura di sentenza di condanna (8). Si assume, infatti, che, diversamente, si giungerebbe all'assurdo di una rinuncia all'esercizio dell'azione penale e al diritto alla difesa, inconciliabile con il disposto di cui agli artt. 112 e 24 della Costituzione. Tale effetto non può certo costituire un corollario del principio di disponibilità della prova fatto proprio dall'art. 190 c.p.p., anche perché (in una simile evenienza) il giudice sarebbe chiamato a sopperire *ex art. 507* dello stesso codice.

Altri (9), invece, ritengono che non si possa attribuirle natura di sentenza di condanna, sul presupposto dell'assenza dell'affermazione di colpevolezza. Si potrebbero ravvisare esclusivamente delle similitudini, essendo in realtà più vicina (in quanto a valore delle statuizioni) ad una sentenza di proscioglimento (10).

Il legislatore, dal canto suo, specie con gli interventi di «ortopedia giuridica» di cui alla legge 27 marzo 2001, n. 97 (che ha, tra l'altro, modificato alcune disposizioni del c.p.p.), sembra avallare la prima tesi (11). Difatti, all'interno del *corpus* normativo disciplinante il procedimento di applicazione della pena su richiesta delle parti, l'art. 445 c.p.p., già nella sua versione originaria (prima delle recenti modifiche introdotte dalla legge 97/2001), richiamava l'art. 653 c.p.p., che disponeva l'efficacia di giudicato, nel giudizio disciplinare, della sentenza penale di assoluzione. A seguito delle innovazioni legislative (peraltro applicabili, *ex art. 10*, comma 1, della legge stessa, ai procedimenti penali, ai giudizi civili e amministrativi e ai procedimenti disciplinari in corso alla data in vigore della legge stessa) l'art. 653 (pur sempre richiamato dal novellato art. 445, che fa salvo il suo disposto) dispone l'efficacia di giudicato non solo della sentenza di assoluzione, ma anche di quella di condanna, confermando *a fortiori* l'equiparazione prospettata dalla dottrina e dalla giurisprudenza in esame.

Ad ogni modo, non si può dubitare della parificazione operata sul piano del valore probatorio.

(8) Cfr., per la giurisprudenza, C. Cost. 2 luglio 1990, n. 313, in *Giur. it.* 1990, I, 1, 1872 ss.; Cass. 29 ottobre 1993, in *Cass. pen.* 1995, 1942 ss.; Cass. 10 marzo 1999, n. 2065; Cass. 12 aprile 1996, n. 3490. Per la dottrina, cfr. MARINI, *La natura della sentenza di patteggiamento*, in *Giur. it.* 1998, II, 547 ss. Propende in questa direzione A. GAITO (a cura di), *Codice di procedura penale ipertestuale. Commentato con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, Torino, 2001, 1617; E. ZAPPALÀ, *I procedimenti speciali*, in D. SIRACUSANO - A. GALATI - G. TRANCHINA - E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, vol. II, 4^a ed., Milano, 2001, 244 ss.

(9) Cfr., per la giurisprudenza, C. Cost. 6 giugno 1991, n. 251, in *Giur. cost.* 1991, 2056 ss.; Cass. (sez. V) 20 marzo 1998; Cass., S.U., 26 febbraio 1997, in *Giust. pen.* 1998, III, 556, con nota di F. CECANESE, *Natura giuridica ed effetti della sentenza di «patteggiamento»*; Cass. (sez. I) 14 marzo 1997, in *Cass. pen.* 1998, 2677 ss.

(10) Cfr., in tal senso, F. CORDERO, voce *Giudizio*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. V, Torino, 1994, p. 510.

(11) Per un primo commento della normativa *de qua* cfr. F. OBERDAN, *Dopo otto anni il legislatore ci ripensa: stop alla deroga dei contratti collettivi*, in *Guida al diritto* 2001, n. 16, 77 ss.

Dalla sentenza penale di applicazione della pena su accordo delle parti, depositata unitamente al ricorso dello stesso P., risulta che la somma di L. 1.992.662.028, oggetto dell'accertamento, rappresentava solo una parte dell'ammontare complessivo dei fatti di peculato contestati, e precisamente le appropriazioni commesse nell'agenzia di P. T., di cui egli era direttore.

Nel processo penale i fatti contestati erano stati accertati mediante perizia contabile ed il P. aveva ammesso gli addebiti. La tesi difensiva, secondo cui egli non aveva percepito alcuna delle somme sottratte, intasate soltanto dai concorrenti, era rimasta priva di qualsiasi riscontro ed è assolutamente inverosimile.

Pertanto, dal fatto certo e riconosciuto della percezione illecita di danaro da parte di clienti col concorso del P., una corretta applicazione delle regole sulla prova indiziaria conduceva alla conclusione che lo stesso aveva percepito una parte di tali somme.

4. *La classificazione dei proventi illeciti nelle categorie di cui all'art. 6 TUIR: un'occasione mancata*

La Corte, con la presente pronuncia, appare glissare (come già in altre occasioni) sul problema della classificazione dei proventi da attività illecita all'interno delle categorie di cui all'art. 6 TUIR (12), problema da non sottovalutare poiché ne va dell'imponibilità dei medesimi.

Il caso di specie, certo, non appare presentare problematiche rilevanti al riguardo. L'Ufficio delle imposte dirette competente ha classificato i proventi di attività illecita come redditi diversi ex art. 6, comma 1, lett. f), TUIR e ne ha quindi affermato l'imponibilità sulla base del presupposto della diretta percezione da parte del contribuente ex artt. 81 ss. TUIR (richiamati dall'art. 14, comma 4, della legge 537/1993, che fa salva la determinazione dei redditi «secondo le disposizioni riguardanti ciascuna categoria») (13).

Ora, se tale classificazione non pone problemi nel caso di specie (ricorrendone tutti i presupposti), al contrario si sono presentate all'attenzione della Corte situazioni nelle quali non si era verificato il presupposto della concreta percezione dei proventi. Pur non ricorrendo tale circostanza, la Cassazione ha ritenuto che detti proventi debbano essere ugualmente tassati. Così ha stabilito che sono imponibili anche le somme di provenienza illecita impiegate per tacitare i complici di un reato (14). Oppure (con proposizione di valenza più generale) che lo spossamento di tali somme per evento diverso dal sequestro o dalla confisca penale non costituisce elemento sufficiente a determinarne la non imponibilità (15).

(12) Che, al comma 1, così dispone: «I singoli redditi sono classificati nelle seguenti categorie: a) redditi fondiari; b) redditi di capitale; c) redditi di lavoro dipendente; d) redditi di lavoro autonomo; e) redditi di impresa; f) redditi diversi».

(13) Si tratta di una scelta piuttosto comprensibile, dato che in tale categoria «il legislatore ha raggruppato una serie di ipotesi reddituali eterogenee, non riconducibili alle categorie "tipiche"... che sono caratterizzate dal fatto che i redditi compresi in ciascuna di esse derivano da una particolare fonte produttiva. La categoria in esame presenta, quindi, carattere di "residualità", in quanto comprende una serie di ipotesi alle quali manca qualche tratto caratteristico dei redditi delle categorie tipiche». Cfr. F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Vol. 2. Parte speciale*, 5^a ed., Torino, 2000, 127. Sul tema cfr. anche A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, 2^a ed., Torino, 1998, 686 ss.

(14) Cfr. Cass. 10 novembre 1998, n. 11301, *cit.*, al secondo punto così massimata: «Le somme sottratte da un dipendente infedele al proprio datore di lavoro, che siano state impiegate per tacitare complici in comportamenti illeciti o ritardare una denuncia, sono pur sempre state utilizzate a profitto del dipendente stesso e costituiscono per lui reddito tassabile. Una somma, infatti, ben può rientrare tra i redditi di un soggetto senza che questi l'abbia realmente "intascata"».

(15) Cfr. Cass. 16 aprile 1997, n. 3259, in *Corr. trib.* 1997, 2217 ss.

Rileva, infine, l'Avvocatura che, pur non svolgendo la sentenza di patteggiamento efficace di giudicato, essa ha pur sempre valore di prova della sussistenza dei fatti contestati.

3. *Motivi della decisione.*

Il ricorso merita accoglimento.

La sentenza impugnata, infatti, non contiene l'esposizione analitica delle ragioni del decidere, né si dà alcun carico delle tesi dell'ufficio, limitandosi ad osservare, in via generica, che la pretesa tributaria non era fondata su preclusioni gravi, precise concordanti e che vi era una differenza tra la somma complessiva, oggetto della contestazione penale, e il reddito indicato nell'accertamento tributario.

Sorge allora il problema della categoria alla quale ricondurre i proventi illeciti (quando ovviamente non ricorra il presupposto della diretta percezione) per renderne concretamente possibile l'imponibilità, aspetto che dunque diventa preliminare rispetto a qualunque altra valutazione (16).

La Corte ha sempre demandato la questione ai giudici di merito, limitandosi all'enunciazione del principio. La strada all'uopo percorsa (prospettata anche dalla dottrina) è stata quella di ricondurli ai «redditi d'impresa», vale a dire a quei redditi che non assumono rilevanza solo al momento dell'incasso (come i redditi diversi), ma che «sono tassati su un valore netto, dato dalla differenza tra ricavi conseguiti e costi inerenti sostenuti per la loro produzione» (17). Su questa via si può quindi opinare che i proventi illeciti non percepiti (ma utilizzati per fini inerenti il reato) costituiscano dei costi inerenti (come tali deducibili) (18), facendo emergere il presupposto d'imponibilità (pur sempre derivante da fatto illecito) in capo al reale percettore (in genere un complice).

Sarebbe tuttavia auspicabile un intervento della Suprema Corte per chiarire il punto e dare una sistematizzazione definitiva alla materia (dei limiti) dell'imponibilità dei redditi d'illecita provenienza. Visto l'ambito dei motivi del ricorso *de quo*, la Cassazione non ha potuto affrontare la questione. Un'occasione mancata? Speriamo non se ne manchino altre. Ma, forse, chi veramente ha mancato l'occasione è stato il legislatore (19) (20).

DOTT.SSA CRISTINA GIORGIANTONIO

(16) Com'è stato giustamente osservato (cfr. P. MONARCA, *Commento a Cass. 10 dicembre 1998, n. 11301, cit.*, 815), il fatto di non poter ricondurre l'attività illecita ad una categoria reddituale propria e tipica di attività lecite «rende di fatto concretamente inapplicabile l'articolo 14 della legge n. 537/1993».

(17) Cfr. P. MONARCA, *Commento a Cass. 10 dicembre 1998, n. 11301, cit.*, 816.

(18) Ai sensi dell'art. 75, comma 4, TUIR, «le spese e gli oneri specificatamente afferenti i ricavi e altri proventi che, pur non risultando imputati al conto dei profitti e delle perdite, concorrono a formare il reddito sono ammessi in deduzione se e nella misura in cui risultano da elementi certi e precisi».

(19) Con il TUIR il legislatore ha, infatti, optato per un metodo casistico nella determinazione dei redditi imponibili (al contrario di quanto avveniva con il decreto istitutivo dell'IRPEF, d.P.R. 597/1973). Tale metodo implica che siano tassabili solo quei redditi espressamente considerati dalla legge. Pertanto, nel momento in cui si presentano fenomeni reddituali non ricompresi nelle previsioni legislative, diviene necessario un intervento *ad hoc*. Probabilmente, la disposizione di cui all'art. 14, comma 4, della L. 537/1993, rinviando semplicemente alle categorie reddituali previste per le attività lecite, non ha tenuto nel debito conto che si potessero dare fenomeni cui tali categorie non si attagliano e che quindi rischiano di sfuggire alla tassazione, benché ciò possa risultare decisamente iniquo.

(20) V., in questo stesso numero, nota di R. DE FELICE, che osserva come l'effetto paradossale della citata omissione sia quello di non consentire, al reo-contribuente che sia soggetto anche all'azione restitutoria e risarcitoria, di pretendere il rimborso dell'IRPEF pagata sul provento del reato, in ipotesi non confiscato.

Orbene, tali frasi generiche, prive di qualunque riferimento ai fatti e alle ragioni sostenute dalle parti non consentono alla Corte di esercitare il controllo di legittimità sulla decisione. In particolare, non viene affatto presa in considerazione la sentenza penale emessa a seguito di patteggiamento, la cui copia era stata prodotta dallo stesso P. e che costituiva, secondo la giurisprudenza della Corte (sentenza 10 novembre 1998, n. 11301), un importante elemento di prova circa la percezione degli illeciti proventi e, quindi, della produzione di reddito imponibile, ai sensi dell'art. 14, quarto comma, della legge 24 dicembre 1993, n. 537.

Nella citata sentenza viene posto a carico del giudice di merito, il quale ha disatteso l'efficacia probatoria della sentenza emessa ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen., il dovere di spiegare le ragioni per cui l'imputato abbia ammesso una sua responsabilità insussistente e il giudice penale abbia prestato fede a tale ammissione.

La sentenza deve essere, pertanto, cassata, con rinvio ad altra sezione della commissione tributaria regionale delle Marche.

I giudici di rinvio dovranno esaminare analiticamente le ragioni esposte dalle parti e, in particolare, darsi carico dell'efficacia probatoria della sentenza penale emessa a seguito di patteggiamento, adeguandosi al principio di diritto enunciato dalla sentenza di questa Suprema Corte n. 110301/98. *(omissis)*

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 27 gennaio 2001 n. 1186 – Pres. Carbone – Rel. Merone – P.G. (conf.) Apice - Ministero delle Finanze (avv. Stato Criscuoli) c. Fallimento Soc. M.

Reddito d'impresa – Plusvalenze iscritte – Costruzione di immobile iscritto al conto patrimoniale da parte di società di costruzioni edili – Iscrizione al costo comprendente costi non documentati o non inerenti – Natura di questi valori: plusvalenze iscritte.

(d.P.R. 29 settembre 1973 n. 598, art. 12).

La società di costruzioni edili che iscrive nel conto patrimoniale l'immobile costruito, al costo, ma comprendendo costi non documentati o non inerenti, realizza una plusvalenza iscritta tassabile (1) (2).

(1) Conf. SS.UU. n. 5290/97, nonché Sez. I n. 10806/99.

(2) **L'immobile nel reddito d'impresa (e di lavoro autonomo).**

Un immobile può essere considerato, nel bilancio sociale, come mero investimento patrimoniale, come bene-merce oggetto di futuro scambio, come bene strumentale. Il regime contabile e fiscale è, nelle tre ipotesi, diverso.

Nella prima, e più semplice ipotesi, l'immobile è una mera riserva di valore, va iscritto al conto patrimoniale tra le immobilizzazioni materiali, posta attiva che bilancia esattamente le minori esistenze del conto cassa; l'operazione, in sé, non genera, quindi, reddito d'impresa.

Prescindendo dalle diverse imposte sulla ricchezza immobiliare (INVIM decennale, ICI) detto bene, ai fini del TUIR, è, se meramente posseduto, produttivo di reddito nella misura dei redditi fondiari, quindi le relative spese non sono deducibili per la natura forfetaria o onnicomprensiva dell'accertamento catastale (art. 57 TUIR). Nel caso di concessione a terzi del godimento, quindi, dovrà discernersi se nell'oggetto sociale rientri, o meno, tale attività: nel primo caso riprenderanno vita le ordinarie regole sul reddito d'impresa e proventi (canoni) e costi saranno integralmente imputabili.

(*omissis*)

1.2. – In fatto, l'ufficio finanziario, sulla base di un processo verbale di constatazione redatto dalla guardia di finanza in data 6 marzo 1979, ha notificato alla M.U. S.r.l., avviso di accertamento, con il quale ha recuperato a tassazione, per l'anno 1977, plusvalenze iscritte al conto costruzioni per costi non documentati (L. 8.961.577.400) e per interessi passivi non inerenti (L. 2.005.065.627), oltre ad interessi attivi non contabilizzati. Su ricorso del fallimento, la Commissione Tributaria di primo grado di Roma ha accolto in parte le doglianze della ricorrente. La Commissione Regionale, su appello di entrambe le parti, con la sentenza oggetto dell'odierno ricorso, ha ritenuto illegittimo l'intero accertamento.

1.3. – A sostegno del ricorso vengono prospettati tre motivi di censura.

Con il primo motivo, il Ministero ricorrente deduce la violazione dell'art. 12 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 598, in quanto erroneamente la sentenza impugnata ha escluso che gli oneri finanziari portati ad incremento dei costi di costruzione, costituiscano plusvalenze tassabili ai sensi dell'art. 12 citato.

Con la seconda censura viene dedotta la carenza di motivazione in ordine alla inerenza degli interessi passivi portati in deduzione.

Con il terzo motivo viene eccepito il vizio di motivazione in ordine alla omessa contabilizzazione di interessi attivi.

1.4. – Nessuna attività processuale ha svolto la parte intimata.

2. – *Diritto e motivi della decisione*

2.1. – Il ricorso è fondato e merita accoglimento.

Nel reddito di lavoro autonomo, invece, tale possesso, non essendo mai inerente all'attività, è rilevante solo ai fini dei redditi fondiari.

* * *

Se il bene è strumentale, premessa la irrilevanza dell'operazione di acquisto, potranno essere dedotte (dal solo affittuario nel caso di locazione di azienda) le quote di ammortamento. Nel caso di bene in locazione finanziaria sono deducibili nella misura risultante dal piano di ammortamento, perché (ad evitare investimenti «rimborsati») il contratto dura almeno otto anni. Tale previsione sembra riferirsi alla previsione contrattuale e non alla effettiva durata del contratto, che può essere quindi liberamente riscattato in anticipo sulla scadenza. Ulteriore regola è quella della pratica indeducibilità dell'ammortamento del bene a uso promiscuo (50% della rendita catastale) salvo il caso di locazione finanziaria (i cui canoni si deducono al 50%) e purché non vi sia altro immobile adibito esclusivamente all'esercizio dell'impresa. Invece, nel reddito di lavoro autonomo non è deducibile che la rendita catastale (o il 50% della stessa se ad uso promiscuo) salvo il consueto *favor* per il *leasing* i cui canoni sono deducibili; le spese inerenti ai relativi manutenzione ordinaria, ammodernamento o «servizi» sono pure deducibili.

Le quote di ammortamento creano un fondo (o riserva) destinata al rimpiazzo del bene e che quindi è tassabile se «prelevati dall'imprenditore o distribuiti ai soci o imputati a capitale in eccedenza alle quote non dedotte»; ogni diverso utilizzo (interno all'impresa) mantiene alle somme la loro natura intassabile. Se le stesse sono utilizzate per l'acquisto di un nuovo bene (operazione in sé non reddituale) vanno semplicemente espunte dal bilancio.

* * *

I beni merce, invece, generano costi e ricavi, secondo le regole generali.

2.2. – Sul primo punto, i giudici di merito affermano: «perché si possa ritenere prodotta ricchezza nuova é necessario che sia possibile porre a raffronto costi e ricavi. Non può pertanto essere considerato reddito e costituire plusvalenza l'imputazione di costi al conto immobili». Tale assunto urta contro il disposto dell'art. 12 d.P.R. 598/1973, secondo il quale nella determinazione del reddito imponibile delle società, bisognava tenere conto delle plusvalenze iscritte, indipendentemente dalla loro monetizzazione. Nella specie, è pacifico che a fronte della plusvalenza iscritta al conto costruzioni (già per ciò solo tassabile) non sono stati esibiti documenti relativi ai costi eventualmente deducibili. La fattispecie è stata già esaminata da questa Corte Suprema che ha stabilito il principio secondo il quale «quando una società di capitali esercente una impresa di costruzioni edili, redigendo il bilancio di esercizio allegato alla dichiarazione, indichi nella situazione patrimoniale (e non nel conto economico) il valore delle costruzioni, con ciò dimostrando di aver inteso patrimonializzarlo, in esso comprendendo anche costi indeducibili perché non documentati o non inerenti, la patrimonializzazione di tali costi, essendo in contrasto con il principio per cui il valore degli immobili deve essere iscritto in bilancio per un valore non superiore al prezzo di costo (legittimamente determinato), si traduce nella iscrizione nel bilancio stesso di un incremento patrimoniale e, quindi, nella emersione di una «plusvalenza iscritta», come tale tassabile ai sensi dell'art. 12 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 598, indipendentemente dalla cessione del bene (SS.UU. 12 giugno 1997, n. 5290, conf. sez. I, 29 settembre 1999, n. 10806).

(omissis)

* * *

Venendo alla causa in oggetto, si rileva come l'impresa aveva iscritto in patrimonio e non nel conto economico tali beni (che andavano in un conto «merci» e poi in «rimanenze»). Analizziamo le differenze. Nel primo caso, analogamente a un acquisto, l'operazione non avrebbe generato reddito. Nel secondo, invece, le rimanenze, nel primo esercizio, vanno iscritte al costo (con conseguente neutralità) ma possono essere rivalutate (con conseguente plusvalenza).

Ora, assunta come incontestabile l'ineducibilità di alcuni costi, l'Ufficio li avrebbe direttamente stralciati dal conto economico nel secondo caso, recuperandoli.

Nel primo, trattandosi di immobilizzazione materiale sopravvalutata dall'impresa, ha tassato la plusvalenza degli stessi come «iscritta» ex art. 12 d.P.R. n. 598/1973. È noto che tale norma faceva mero riferimento alla «iscrizione nello stato patrimoniale». La Commissione Regionale aveva colto uno dei portati principali delle obiezioni della resistente, già appellante, affermando che la plusvalenza è una nuova ricchezza, mentre un costo è il suo contrario. Va invece affermato, con maggiore precisione, che l'iscrizione del bene «al costo» (gonfiato o non riconoscibile) nello stato patrimoniale è una operazione di valutazione, che quindi determina il maggior valore dell'impresa (il bene acquisito) in una parte attiva, che deve comprendere il costo. Perciò, l'iscrizione di un maggior valore del bene (che può anche avvenire per una ragione diversa, quale il suo reale aumento di valore) lo rende tassabile. Abolito, dal 1 gennaio 1997 (art. 21, 3 co., legge n. 449/1997) tale istituto, ci si chiede se, attualmente, tali costi «patrimonializzati» siano o meno recuperabili e la risposta deve essere positiva. Infatti, escluso ogni rilievo al (maggiore) valore di libro del bene, posto che esso bilancia (nel sistema) i costi sostenuti, basta escludere dal conto economico gli stessi per recuperare un pari imponibile. La modifica, quindi, esenta le rivalutazioni spontanee dei beni, non vale a coprire le abusive «patrimonializzazioni» dei costi.

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 9 febbraio 2001 n. 1821 – Pres. Carbone – Rel. Merone – P.G. (diff.) Cafiero – Ministero delle Finanze c. GG.

Tributi in generale – Accertamento – Presunzioni – Comportamenti irrazionali e antieconomici – Accertamento extracontabile – Ammissibilità.

Tributi in generale – Accertamento – Presunzioni – Trasporto di poche paia di scarpe in consegne frazionate e località distanti – Indizio grave di in veridicità delle bolle.

Tributi in generale – Accertamento – Prova – Alterazione di bolla accompagnatoria – Trasformazione dell'ultimo numero della «P» di paio – Esame del documento in originale – Necessità.

Il contribuente, che ponga in essere comportamenti imprenditoriali irrazionali e antieconomici, deve giustificarli; in difetto è legittimo il ricorso all'accertamento extracontabile (1).

Il trasporto, frazionato, di poche paia di scarpe, dal produttore o varicessionari, con più viaggi, è indizio di evasione e di non rispondenza al vero delle relative bolle accompagnatorie (2).

L'alterazione, consistente nella trasformazione dell'ultimo numero della quantità di scarpe trasportate, in una bolla di accompagnamento, in una P (paio) va accertato sull'originale della bolla, non rilevando in contrario, la coincidenza, in bolla, tra «colli» e apparente «numero» di scatole di scarpe, essendo la dizione «collo» generica e atta ad indicare qualsiasi pacco in qualsivoglia numero di scatole, e non può essere esclusa sol perché la cifra trasportata si trovi staccata dalle altre (3).

(omissis)

1.2. – In fatto, l'ufficio menzionato ha contestato al resistente, titolare di un laboratorio artigianale per la produzione di calzature, la infedele dichiarazione dei redditi di competenza dell'anno 1983, quantificato in L. 57.250.000 (a fronte della dichiarazione di L. 8.200.000). Il recupero è stato effettuato sulla base di un p.v.c. redatto dalla Guardia di Finanze, con il quale si era stato contestato all'odierno resistente la alterazione di bolle di accompagnamento dei beni viaggianti nella parte relativa alla indicazione della quantità e la conseguente vendita di calzature senza fattura.

(1-3) Per massima di esperienza, i comportamenti imprenditoriali sono soggetti a principi di economicità. Se li violano grossolamente, possono costituire indizio della non veridicità della loro rappresentazione contabile (nella specie, in bolle di accompagnamento) che, però, deve essere riscontrata (si tratta di pretesa in aumento dei ricavi, e la prova spetta all'Erario), per esempio esaminando le bolle. La Corte ritiene superficiale e vacuo l'esame di bolle, presuntamente alterate, opeato dalla C.T.R. sulle fotocopie, ed esprime altre regole di tale procedimento cognitivo, che si condividono appieno.

Il G. ha impugnato l'avviso di accertamento, deducendo il difetto di motivazione e la inesistenza della pretesa alterazione. L'Ufficio, invece, ha difeso il proprio operato invocando la evidenza della alterazione delle bolle di accompagnamento, anche sulla base della inattendibilità economica dell'assunto difensivo, secondo il quale venivano preferiti trasporti e consegne frequenti e per poche paia di scarpe, anziché trasporti e consegne unificati. La Commissione Tributaria di primo grado di Macerata ha accolto il ricorso e la Commissione Regionale ha confermato la decisione di primo grado.

1.3. – A sostegno del ricorso, il Ministero deduce:

a) la violazione dell'art. 39, comma 1, lettera d), d.P.R. 600/1973, in quanto gli elementi acquisiti dall'Ufficio erano tali da legittimare il tipo di accertamento utilizzato;

b) vizio di motivazione della sentenza impugnata, anche con riferimento alla errata affermazione dell'effetto vincolante del giudicato penale.

1.4. – Il G. resiste con controricorso, con il quale ribadisce che non sussiste alcun elemento che possa far ritenere che le bolle siano state alterate e che la sentenza impugnata non presenta alcun vizio di motivazione.

2 Diritto e motivi della decisione

2.1. – Il ricorso è fondato e merita accoglimento per quanto di ragione.

2.2. – L'accertamento impugnato si regge sulla base della percezione di un fatto attestato dalla Guardia di finanza, costituito dalla alterazione delle bolle di accompagnamento dei beni viaggianti (nella specie scarpe) e sulla base di una considerazione di ordine logico-economica (antieconomia del frazionamento dei trasporti).

Su entrambi i punti la motivazione della sentenza impugnata non appare del tutto tranquillizzante.

Sul primo punto, il giudice *a quo* afferma «Dall'esame delle copie fotografiche delle bolle agli atti non emerge, a parere di codesta (*sic*) Commissione, alcun elemento concreto e decisivo per poter affermare che le bolle sono state alterate correggendo il n. 1 nella lettera P; tale supposizione del resto appare infondata in quanto la lettera P si trova talmente distaccata dalla cifra che segue da costituire entità autonoma e quindi non facente parte del numero stesso. Inoltre il numero delle calzature coincide con quello dei colli indicati in calce alla bolla stessa e non presenta correzioni né aggiunte di qualsiasi genere».

La tesi dell'Ufficio è che, a trasporto avvenuto, le bolle venivano alterate in maniera che il numero di scarpe trasportate risultasse minore di quello reale, con conseguente fatturazione ridotta.

La Commissione respinge la tesi dell'Ufficio, sostanzialmente, sulla base della non evidenza della alterazione della bolla. Infatti, argomenta che la P risulta talmente distaccata dal numero che segue da far pensare a due entità autonome. Ma l'argomento di per sé non prova nulla, se non evidenza della alterazione. Ma non si può pretendere che, per facilitare l'accertamento, i contribuenti abbiano l'«obbligo» di lasciare tracce evidenti delle loro malefatte. Anzi, la regola è che proprio chi altera la documentazione cerca di farlo nel migliore dei modi. Se non ci riesce il compito di chi deve ricostruire i fatti è soltanto facilitato.

Quindi, la non evidenza della prova non va confusa con la prova negativa di un fatto. La non evidenza della prova nel «fatto documentale» è un dato di fatto ricorrente, che il giudice deve dare per scontato. Tanto è che il falso evidente o grossolano, non può nemmeno qualificarsi un falso.

Conseguentemente, il fatto che non sia stata trovata la prova evidente della alterazione è del tutto irrilevante, ai fini che qui interessano.

Il fatto che, sulla bolle, tra la lettera P e il numero ci sia uno spazio non adeguato, non significa necessariamente che non ci sia stata alterazione. Può significare anche che la compilazione del documento (attività preparatoria) sia stata realizzata in maniera da lasciare tra la prima cifra e le altre uno spazio tale da consentire poi una correzione che non saltasse subito all'occhio. Tanto che la Commissione afferma di avere esaminato soltanto le fotocopie e non gli originali dei documenti.

Quanto alla circostanza della coincidenza del numero dei colli, valorizzata dai giudici di merito, non prova assolutamente nulla, atteso che ogni collo poteva contenere qualsiasi numero di paia di scarpe.

2.3. – Sulla antieconomicità del frazionamento dei trasporti, non c'è assolutamente una adeguata risposta nella sentenza impugnata. Infatti, i giudici di merito scrivono: «La stessa argomentazione dell'Ufficio, a riprova delle ipotizzate alterazioni, sulla consegna di calzature in modesta quantità a distanza di pochissimi giorni, è – a parere di codesta (*sic*) Commissione – irrilevante considerata la distanza tra la sede della ditta acquirente (Porto Potenza Picena) e quella della ditta venditrice (Porto S. Giorgio).

Quale che fosse la distanza da coprire per effettuare le consegne, resta sa anomalia della scelta antieconomica del frazionamento delle consegne, che moltiplicava inutilmente i costi (di carburante, di personale impegnato, ecc.).

La regola alla quale si ispira chiunque svolga una attività economica è quella di ridurre i costi, a parità di tutte le altre condizioni. Pertanto, in presenza di un comportamento che sfugga a questo parametro di buon senso e in assenza di una sua diversa giustificazione razionale, è legittimo il fondato sospetto che la incongruenza sia soltanto apparente e che dietro di essa si celi una diversa realtà. Il principio secondo il quale colui che ha posto in essere un comportamento antieconomico abbia l'onere di fornire una giustificazione razionale della propria scelta, ha trovato, poi, conferma, con specifico riferimento alla materia delle II.DD. nella disposizione secondo la quale «Sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario» (art. 37-*bis* d.P.R. 600/1973).

D'altra parte, l'onere del contribuente di motivare le scelte che non sono in linea con i criteri di gestione economica della propria attività (scelte che, quindi, appaiono incomprensibili in base ai normali criteri di valutazione) è il simmetrico e/o il reciproco all'obbligo di motivazione degli atti che grava sulla Amministrazione Finanziaria (ora sancito come principio generale dall'art. 7 della legge 212/2000, c.d. statuto del contribuente)

Per il futuro, addirittura è stato sancito il principio della collaborazione e della buona fede nei rapporti tra contribuente ed amministrazione (art. 10 legge 212/2000), per cui, ancora di più, le eventuali reticenze potranno assumere valore indiziante.

In definitiva, in presenza di un comportamento assolutamente contrario ai canoni dell'economia che il contribuente non spieghi in alcun modo, o che giustifichi in maniera non convincente, è legittimo l'accertamento ai sensi dell'art. 39, comma 1, lettera *d*) del d.P.R. 600/1973. E, comunque, i giudici di merito, per annullare l'accertamento, devono specificare, con argomenti validi, le ragioni per le quali ritengono che l'antieconomicità del comportamento del contribuente non sia sintomatico di possibili violazioni di disposizioni tributarie. Né è di ostacolo il fatto che non sia stata acquisita la prova evidente della alterazione delle bolle di accompagnamento.

2.4. – Il secondo motivo è assorbito. E, comunque, i giudici di merito hanno motivato la sentenza a prescindere dall'eventuale effetto vincolante del giudicato penale.

2.5. – Conseguentemente la sentenza impugnata va cassata.
(*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 9 febbraio 2001 n. 1823 – Pres. Cantillo – Rel. Papa – P.G. (diff.) Cafiero – Ministero delle Finanze c. Soc. T.

IVA – Detrazione – Decadenza – Esercizio in sede di liquidazione periodica ma non in dichiarazione annuale – Sussiste – Conseguenze – Diritto al rimborso.

(d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633, artt. 28, 19, 30).

L'omesso computo dell'IVA detraibile in sede di dichiarazione annuale comporta, anche se la stessa sia stata computata nelle liquidazioni periodiche, la sua perdita, e l'impossibilità di computarla in un anno d'imposta successivo, fermo restando il diritto al rimborso, nei termini e forme di legge, della stessa (1).

(*omissis*)

(1) La detrazione IVA tra decadenza e rimborso.

In esecuzione degli artt. 99 e 100 del Trattato CEE relativi alla istituzione di una imposta sulla relativa di affari, l'11 aprile 1967 il Consiglio emanava la direttiva (I direttiva IVA) 67/227/CEE, che, ai suoi quarto e ottavo *considerando* si proponeva di sostituire le vigenti imposte «a cascata» con l'IVA che doveva gravare allo stesso modo le merci colpite «qualunque [fosse] la lunghezza del circuito di produzione e distribuzione. A tal fine, l'art. 2 prevedeva che l'IVA «a ciascuna transazione» era esigibile «previa deduzione» della stessa imposta che aveva gravato sul costo dei diversi elementi costitutivi del prezzo. La direttiva III (69/463/CEE) prorogava dal 1 gennaio 1970 al 1 gennaio 1972 la scadenza della prima; la direttiva IV (71/401/CEE) derogava, solo per l'Italia, tale termine prorogandolo al 1 luglio 1972; la IV (72/250/CEE) la prorogava ulteriormente al 1 gennaio 1973, sempre e solo per l'Italia.

Il «codice» comunitario IVA è rappresentato dalla VI direttiva (77/388/CEE) più volte modificata e aggiornata.

Denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 25 e 30 del d.P.R. 633/1972 e dell'art. 2697 cc. e correlato vizio di motivazione, l'Amministrazione finanziaria ribadisce che, essendo il contribuente tenuto a chiedere di computare il credito d'imposta nella dichiarazione dell'anno successivo, in presenza di un termine fissato per la dichiarazione, «forme e termini di decadenza sono sicuramente posti dal sistema». Richiamata l'irretrattabilità della dichiarazione 1988 – dalla quale risulta l'assenza di crediti maturati nel periodo precedente – aggiunge che il contribuente non ha nemmeno assolto l'onere di dimostrare l'annotazione, prevista dal comma 2 dell'art. 30 *cit.*, nel registro degli acquisti. Conclude osservando che, anche a voler ipotizzare un diritto al rimborso nel caso in esame, si sarebbe verificata la decadenza per mancata produzione della relativa istanza nel termine stabilito dall'art. 16 del d.P.R. 636/1972.

Il ricorso è fondato nei termini che seguono.

L'art. 17 della stessa prevede che: 1) «il diritto alla deduzione nasce quando l'imposta diviene esigibile. Il successivo art. 18, sulle modalità del relativo esercizio, ritiene necessario essere in possesso delle fatture «passive» o avere assolto le altre formalità (per le merci importate, l'autoconsumo, l'autoprestazione di servizi) nonché sottrarre dall'IVA dovuta l'IVA a monte; gli Stati membri, in caso di eccedenza, potevano procedere al rimborso o al riporto all'anno seguente della stessa.

Sul tema, la Corte di Giustizia (C 50/1987) ha ritenuto che il sistema della VI direttiva mira a sollevare interamente l'imprenditore dall'IVA dovuta e pagata nel quadro della sua attività e che ogni limitazione a questo diritto deve essere applicata in modo simile in tutti gli Stati, sulla base di una disposizione che lo autorizzi.

Ma la stessa Corte ha ritenuto non incompatibili disposizioni di «fermo amministrativo» del rimborso in caso di sospetto di frode, nel rispetto (pur sempre) del principio di proporzionalità (C-286/1994, C-340/1995, C-401/1995, C-47/1996). Ciò autorizza l'interprete, anche alla luce di giurisprudenza su altre fattispecie fiscali oggetto di regolamentazione comunitaria, ad ammettere un potere degli Stati membri di regolamentare, anche con decadenze (che non rendano eccessivamente difficile l'esercizio del diritto) l'esercizio del diritto al rimborso di tasse (anche illegalmente) indebitamente percepite.

L'art. 28 del d.P.R. 633/1972 ha, dalla primitiva formulazione, disposto che il contribuente perde il diritto alla detrazione se questa non è computata nelle liquidazioni periodiche (mensili, bimestrali) dell'IVA né nella dichiarazione annuale. Il carattere decadenziale della prescrizione è legato alla esplicita espressione sulla «perdita del diritto», subordinata dunque a tale adempimento contabile.

Che la norma operi in presenza di tutti e due gli inadempimenti non è lecito dubitare; così come è indubitabile che non operi se la detrazione, non operata in corso d'anno, lo sia nella dichiarazione annuale. La sentenza in commento si occupa, invece, della fattispecie (in verità poco comune) di omesso computo solo nella dichiarazione finale, concludendo per la inapplicabilità della detrazione.

Va osservato, preliminarmente, che siffatta decadenza non rende (alla luce della normativa comunitaria) eccessivamente difficile l'esercizio del diritto; il contribuente è e deve essere sempre in possesso delle fatture «a monte» che deve annotare; il meccanismo dell'imposta è, ordinariamente, di compensazione, quindi gli adempimenti richiesti (che sono quelli ordinari) non comportano alcuna particolare difficoltà.

La decisione della Suprema Corte è sostanzialmente motivata sui principi generali della dichiarazione d'imposta, che genera un procedimento che deve svolgersi in modo razionale e ordinato, con i quali obiettivi è in contrasto l'incertezza che creerebbe lo «stralcio» dell'IVA già dedotta nelle liquidazioni periodiche. L'argomento è razionale, ma la decisione non convince nella parte in cui, esponendo il principio di diritto, richiama ulteriormente l'art. 28, 4 comma.

Non ritiene, il collegio, di dare continuità all'orientamento, anche di recente affermato da Cass. 1204/2000 – ed, a quanto risulta dalla decisione impugnata, posto dalla contribuente a base della propria posizione difensiva – secondo cui l'art. 28 comma 4 cit. collega la perdita del diritto alla detrazione solo all'omesso computo di essa sia nel mese di competenza che in sede di dichiarazione annuale, con la precisazione che, a tali effetti, per «anno successivo» (stabilito per la presentazione della dichiarazione e richiamato nell'art. 30) deve intendersi il primo nel quale siano state effettuate operazioni imponibili. E parimenti non può aderire agli spunti che traggono, dal successivo art. 30. Cass. 2083/1998 – menzionata nelle conclusioni del P.M. – e Cass. 544/1997, la quale richiama altresì l'art. 65, per giungere ad analogo risultato.

A nostro avviso, quella norma richiede due concorrenti inadempimenti, sia nella liquidazione periodica che in quella finale. Pertanto, occorre rifarsi ad altri principi, quelli relativi alla dichiarazione. Se una posta non è inclusa in dichiarazione, fermo restando il diritto (entro il termine di presentazione della stessa) di correggere l'errore materiale con una dichiarazione integrativa, non può essere recuperata l'anno successivo.

Infatti, argomentando dall'art. 30 d.P.R. 633/1972, è solo l'eccedenza detraibile che risulti dalla dichiarazione che può essere rimborsata o riportata all'anno seguente (mediante «annotazione» nel registro degli acquisti).

In difetto, quindi, tale «credito» non è rimborsabile né riportabile.

La Suprema Corte ritiene però che per lo stesso il contribuente possa chiedere, a parte, il rimborso (con azione ordinaria di rimborso). Questa sembra contrastare con i principi che vogliono che i crediti d'imposta sono fatti valere in dichiarazione (cfr. artt. 11, 3 co., 14, 5 co., 15, 3 co., TUIR; 3, 3 co. legge n. 18/1983) a pena di decadenza, secondo il principio di competenza. Si potrebbe obiettare che né l'art. 19, né l'art. 28 (per come qui interpretati) né l'art. 30, a differenza delle altre norme sui crediti d'imposta, impongono una particolare sanzione di decadenza.

Ma tale decadenza, a nostro sommo avviso, emerge (oltre che dai principi suddetti) dal sistema IVA, nel caso di specie non ricostruito con esattezza. Si è notato come, per la direttiva I, l'IVA si applichi con un sistema di compensazione tra l'imposta dovuta e quella «a monte». La detrazione altro non è che l'esercizio di tale compensazione, che è un diritto del contribuente, permanentemente disponibile. Senza l'esercizio della detrazione non è possibile «liquidare» l'imposta dovuta alle scadenze periodiche ed annuali. Il risultato di tale liquidazione, se a credito, può essere o riportato a nuovo, come già visto, o richiesto a rimborso nella dichiarazione. Dunque, il presupposto del «rimborso» è l'esercizio della detrazione nel rispetto dell'art. 28, 4 co., o dei principi generali nelle dichiarazioni d'imposta, persa la seconda si perde il primo. È, quindi, inesatto sostenere che il sistema si fonda sull'alternativa rimborso-detrazione: in primo luogo, il «riporto a nuovo» non è una detrazione ma è il risultato di un'opzione sull'eccedenza a credito, che può essere oggetto di rimborso annuale. Non va confuso il rimborso annuale con il rimborso-ripetizione di indebito, che prescinde da tali meccanismi.

Esso spetta, come per tutte le imposte, nel caso di errore di calcolo o duplicazione di versamento, e in tutte le fattispecie di indebito versamento d'imposta e prescinde dalla richiesta formale in dichiarazione.

All'uopo si ritiene applicabile, in mancanza di diverse disposizioni, l'azione generale ex art. 21, 2 co., d.lgs. 546/1992 e il termine di prescrizione biennale ivi previsto.

Nel caso di «detrazione» non computata, si ricorda che si tratta dell'IVA sugli acquisti, cioè di una componente del prezzo che non è il contribuente-acquirente, ma il cedente, ad avere versato. Quindi, non avendo il cessionario mai versato (se non di fatto ed economicamente) tale imposta all'Erario, non può chiederne il rimborso con l'azione generale: può solo computarla in detrazione alle condizioni di legge. Chiarito l'equivoco, si aggiunge, per completezza, che l'art. 28 è stato necessariamente modificato nel senso di comminare la decadenza per le detrazioni non esercitate entro il termine stabilito dall'art. 19, che è la dichiarazione relativa «al secondo anno successivo»: la successiva abrogazione dell'art. 28 e sua sostituzione con l'art. 8 d.P.R. 322/1998 non ha mutato il regime così modificato.

Premesso che la regola secondo cui «il contribuente perde il diritto alle detrazioni non computate per i mesi di competenza né in sede di dichiarazione annuale» esprime in maniera palese l'effetto della perdita del diritto, e, quindi, della decadenza (arg. art. 12 comma 1 disp. legge in gen. in relaz. al 2964 c.c.), questo effetto non può essere riferito al mancato computo in entrambi i momenti considerati, risultando, l'interpretazione proposta, in contrasto con lo stesso sistema dell'imposta sul valore aggiunto. Invero, ferma la necessità del computo nei mesi di competenza, l'onere di quello conclusivo in sede di dichiarazione annuale non può essere superato in alcun modo, poiché l'esigenza del rispetto delle modalità e dei termini al riguardo fissati è intesa ad evitare il rischio di indebiti rimborsi (v., per tutte, Cass. 9240/1990), costituendo la dichiarazione, in generale, «il momento di avvio di un procedimento di diritto pubblico, come tale caratterizzato da esigenze di razionale svolgimento e dalla aspirazione al conseguimento della stabilità» (Cass. 9554/1992, in motivazione). Non appare per questo possibile argomentare in senso contrario – come è avvenuto nella decisione impugnata, in conformità del segnalato indirizzo – dalla disciplina dettata nell'art. 30 comma 2, per il caso di eccedenza dell'ammontare detraibile rispetto ai versamenti periodici già eseguiti: la norma non contiene alcuna ulteriore comminatoria di decadenza, per l'assorbente ragione che pone, in alternativa al diritto di computare nell'anno successivo l'importo dell'eccedenza in detrazione – con annotazione nel registro indicato nell'art. 25 – quello di chiedere in tutto o in parte il rimborso».

Il sistema, dunque, riposa sull'alternativa diritto alla detrazione – diritto al rimborso: onde, mentre non è astrattamente configurabile il pericolo d'indebito incameramento di un credito di parte dell'erario (come si paventa in Cass. 2063/1998), così non è dato svincolare la perdita del diritto alla detrazione dalla mancata inclusione nella dichiarazione annuale, ed intendersi per «anno successivo» il primo nel quale siano state effettuate operazioni imponibili. L'argomento ulteriore, più di recente tratto in via interpretativa dall'art. 11 comma 4 dalla legge 413/1991 – che ha eliminato l'obbligo della dichiarazione annuale per i contribuenti i quali abbiano effettuato solo operazioni esenti – (Cass. 1204/2000), mal si concilia invero con la regola opposta, fissata nell'ultimo comma dell'art. 25 cit. applicabile «*ratione temporis*, secondo cui all'obbligo suddetto sono tenuti anche i contribuenti che non hanno effettuato operazioni imponibili. Nè, infine, apporta un contributo alla tesi non condivisa il rilievo tratto dall'art. 55 comma 1 *cit.* (richiamato da Cass. 544/1997): l'Ufficio I.V.A., in caso di accertamento induttivo, è tenuto a computare in detrazione – soltanto – i versamenti eseguiti od i crediti d'imposta risultanti dalle liquidazioni prescritte dagli artt. 27 e 33, trattandosi di operazioni relative al medesimo anno oggetto dell'accertamento, in rigorosa applicazione del criterio di competenza.

Di conseguenza, la nuova decadenza è legata all'esercizio in tale dichiarazione annuale (la seconda successiva e quella di competenza) con conseguente deroga ai principi generali sulle dichiarazioni d'imposta. Per quanto sopra io dubito che l'esercizio dei relativi diritti possa essere esercitato con l'azione generale di rimborso in luogo dell'ordinaria liquidazione d'imposta.

Lo sbarramento d'ordine temporale, implicante la perdita del diritto alla detrazione, non appare pertanto superabile, ferma restando l'alternativa del diritto al rimborso, in un contesto normativo volto ed escludere il rischio di indebiti rimborsi, senza incorrere nel pericolo d'incameramento di imposte non dovute. Proprio per la mancata considerazione della ripetuta alternativa, non appare casuale che il giudice «*a quo*», invece di limitarsi a dichiarare illegittima la rettifica – formulata sulla base del diniego del diritto alle detrazioni – abbia nella parte dispositiva affermato «il diritto al rimborso del credito d'imposta acceso nel 1987 nella dichiarazione del 1989», giustapponendo le facoltà riservate al contribuente. Il diritto al rimborso – come sottolinea l'Amministrazione ricorrente, richiamando l'art. 16 del d.P.R. – 636/1972 – richiede a sua volta il rispetto di forme e termini, e deve essere, in concreto, ragguagliato al tenore del ricorso introduttivo del giudizio, non potendosi ignorare che (come si legge a p. 2 del ricorso) la contribuente avrebbe esposto, nella dichiarazione per il 1989, «un credito derivante dalla revoca del rimborso accelerato richiesto con la dichiarazione del 1988 pari L. 2.357.000».

Alla stregua dei precedenti rilievi, la decisione va cassata, con rinvio ad altra Sezione della stessa Commissione Tributaria Regionale, che, nel procedere al nuovo esame, si atterrà al seguente principio di diritto: nel vigore del d.P.R. 633/1972 sull'istituzione e la disciplina dell'imposta sul valore aggiunto, il contribuente che, pur avendo computato le detrazioni per i mesi di competenza, abbia ommesso di computarle nella dichiarazione annuale, perde il diritto alle detrazioni, ai sensi dell'art. 28 comma 4, fermo il diritto al rimborso di quanto versato in eccedenza, in applicazione dell'art. 30 comma 2.

(omissis)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 16 febbraio 2001 n. 2315 – Pres. Carbone – Rel. Merone – P.G. (conf.) Cafiero – Ministero delle Finanze (avv. Stato Di Carlo) c. E.

Tributi erariali diretti – Reddito d'impresa – Costi – Annotazione irregolare – Preclude deduzione se irregolarità sostanziale – Nozione: impedimenti all'accertamento.

(art. 75, comma 6, TUIR).

Le violazioni sostanziali degli obblighi di contabilità, che, a differenza di quelle formali, precludono le deduzioni dei costi irregolarmente annotati, sono quelle volte a ostacolare l'attività di accertamento (nella specie, tale non è la individuazione I.N.P.S. e I.N.A.I.L. dei libri matricola e paga) (1).

(1) I libri in oggetto, a norma dell'art. 21 d.P.R. n. 600/1973, facevano parte delle scritture contabili obbligatorie anche ai fini fiscali, e dovevano essere tenuti dai sostituti d'imposta (salvo se in contabilità semplificata) con indicazione cronologica dei corrispettivi versati e delle ritenute operate. Tale norma, per la parte che qui interessa, è rimasta invariata anche a seguito della novellazione ex art. 6, comma 2, d.l. 10 giugno 1994 n. 357 e dell'art. 7 c) d.lgs. 2 settembre 1997 n. 314. In tutte le formulazioni è prescritto che tali corrispettivi (costi, per l'impresa) devono risultare da detti libri «tenuti ai sensi della vigente legislazione sul lavoro», ex art. 134, comma 2, R.D. 28 agosto 1924 n. 1422 dev'essere vidimato, e la vidimazione consiste nella indicazione del numero dei fogli.

(*omissis*)

1. *Fatto. Motivi del ricorso e del controricorso.*

1.1 – Il Ministero delle Finanze, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentano e difeso *ex lege* della Avvocatura generale dello Stato, ricorre contro l'Ente Comunale di Consumo di Roma per la cassazione della decisione specificata in epigrafe, nella parte in cui la Commissione Tributaria Centrale ha negato il recupero a tassazione (ai fini delle II.DD. per l'esercizio 1982) dei costi per la retribuzione del personale, annotati in libri matricola e paga privi della vidimazione dell'I.N.P.S. ed I.N.A.I.L.

1.2. – In fatto, l'Ente Comunale ammette che i libri non erano vidimati, ma assume (stando alla narrativa non contestata della sentenza impugnata) che gli istituti competenti si erano rifiutati di procedere alla vidimazione, «essendovi tra i dipendenti dell'ente stesso soggetti non assistiti da assicurazione obbligatoria», e che, comunque, la violazione aveva carattere meramente formale e, quindi, doveva considerarsi santa avendo beneficiato, l'Ente stesso, della procedura di cui all'art. 21, d.l. n. 69/1989.

1.3. – A sostegno del ricorso, il Ministero deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 74 decreto del Presidente della Repubblica n. 597/1973 e 21, d.l. n. 69/89, in quanto, premesso che l'infrazione contestata non ha carattere di mera irregolarità formale, erroneamente la Commissione Centrale ha ritenuto:

a) che fossero deducibili i costi in questione, benché registrati in maniera irregolare;

b) che la sanatoria di cui all'art. 21 d.l. n. 69/1989, preclude la applicazione delle sanzioni ma non il recupero a tassazione dei costi registrati in maniera irregolare.

1.4. – Il Comune di Roma, nella qualità di proprietario del soppresso Ente Comunale di Consumo, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso come in atti, resiste con controricorso con il quale chiede la conferma della decisione impugnata. Ha presentato memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c.

Alla udienza di discussione è stata depositata la deliberazione della giunta del Comune di Roma, n. 4902 del 29 dicembre 1998, recante la decisione di resistere al ricorso in esame e di autorizzare il Sindaco di Roma, *pro tempore*, a costituirsi nell'odierno giudizio.

Con la quale è stato deliberato di resistere al ricorso in esame e di autorizzare.

Tale formalità sembra, quindi, essenziale a evitare *alterazioni* del libro contabile (aggiungendo o sottaendo pagine al controllo. Cioè è una violazione che può *ostacolare* l'attività di accertamento, e, nei termini della massima in commento, la si ritiene *sostanziale*.

2. Diritto e motivi della decisione.

2.1. – Il ricorso appare privo di fondamento.

2.2. – In un punto di fatto è pacifico, come si legge nella motivazione della sentenza impugnata, che gli importi corrisposti ai dipendenti dell'Ente, oltre a risultare registrati nel libro matricola e paga (benché non vidimati), risultavano confermati dai «cedolini» rilasciati agli stessi dipendenti e delle annotazioni apposte sul libro giornale e ne conto economico. Conseguentemente, come concludono i giudici di appello, «l'omessa vidimazione veniva a concretare una mera irregolarità formale che non aveva compromesso i poteri accertativi dell'Ufficio II.DD.».

2.3. – Il Ministero ricorrente osserva che «la sopraggiunta sanatoria non permette all'ufficio di irrogare le sanzioni direttamente applicabili in materia di irregolare tenuta della contabilità, ma non certo esclude le ripercussioni che l'infrazione ha nella determinazione delle imposte dovuto» (p. 3 del ricorso). L'affermazione non sembra condivisibile: se si ammette che la infrazione in esame poteva essere sanata ai sensi dell'art. 21 del d.l. n. 69/1989, si ammette anche che si tratta di una mera irregolarità formale, atteso che la sanatoria era consentita soltanto per «le irregolarità, le infrazioni e le inosservanze di obblighi che non rilevano ai fini della determinazione dell'imposta» (art. 21, comma 1, *cit.*).

A meno che non si ritiene – come si intende dimostrare – che il recupero di imposta costituisca un effetto sanzionatorio, aggiuntivo rispetto alla sanzione «tipica» che non incide sulla qualificazione del tipo di infrazione (almeno nel caso in cui sia pacifico, come nella specie, che i costi sono stati realmente sostenuti).

L'art. 74, decreto del Presidente della Repubblica n. 597/1973, vigente all'epoca, disponeva testualmente: «Non sono ammessi in deduzione i costi e gli oneri di cui è prescritta la registrazione in apposite scritture ai fini dell'imposta sul reddito, se la registrazione è stata omessa o è stata eseguita irregolarmente, salvo che si tratti di irregolarità meramente formale».

La norma non detta criteri relativi alle modalità di determinazione del reddito (intesi come criteri di disciplina dei componenti negativi e/o positivi del reddito). Non indica cioè una specifica categoria di componenti negativi indeducibili in linea di principio. Stabilisce soltanto che i costi, normalmente deducibili, non sono ammessi in deduzione se non sono regolarmente registrati. Quindi, non è la natura che lo rende indeducibile, ma il fatto che sia stata violato il regime formale delle registrazioni. Pertanto, sembra proprio che sia da condividere la tesi secondo la quale il recupero a tassazione costituisce un mero effetto sanzionatorio, aggiuntivo (rispetto alla sanzione primaria o tipica), connesso ad una violazione, le cui caratteristiche strutturali restano quelle descritte dalla norma «incriminatrice» primaria, nella specie (all'epoca) dell'art. 51 d.P.R. n. 600/1973.

Il citato art. 74, comma 4, d.P.R. n. 597/1973, ha la tipica struttura della norma a contenuto sanzionatorio, in quanto «punisce» con la indeducibilità dei costi, la omessa o irregolare registrazione degli stessi. Tuttavia, la stessa norma contiene una «causa di non punibilità», che si verifica quando la irregolarità ha natura meramente formale, nel senso che non impedisce l'accertamento.

Tale causa di non «punibilità» riguardava soltanto la «sanzione aggiunta», non anche la sanzione «primaria». Infatti, lo stesso legislatore, ben consapevole che le violazioni degli obblighi relativi alla contabilità possono essere di tipo sostanziale (in quanto impediscono l'azione di accertamento) o semplicemente formale (che non ostacolano l'accertamento), aveva avuto modo di precisare che le pene specificamente previste dalle disposizioni sanzionatorie «primarie» andavano irrogate anche se le violazioni non avevano ostacolato l'accertamento (art. 51, comma 4, d.P.R. n. 600/1973, ora abrogato).

In linea di principio, dunque, accanto alle violazioni sostanziali, che incidono direttamente sulla ricostruzione del reddito (es. occultamento di componenti positivi, deduzione di costi inesistenti e tutte le forme di frode), e alle violazioni formali, o prodromiche, che possono ostacolare l'accertamento ma non necessariamente sono sintomatiche di evasione (anche se, in genere, servono a prepararla), esistono violazioni formali con effetti (sanzionatori) sostanziali.

Le violazioni degli obblighi relativi alla contabilità, alla stregua delle considerazioni svolte, possono essere distinte in infrazioni di carattere sostanziale, che impediscono l'attività di accertamento e precludono la deducibilità di costi che non siano regolarmente, registrati, e violazioni di carattere meramente formale, che non ostacolano l'accertamento, e, quindi, non precludono la deducibilità di costi anche se non sono stati registrati regolarmente. Nella specie, in punto di fatto, la violazione contestata all'ente resistente non ha ostacolato l'accertamento e, quindi, bene ha deciso la commissione centrale, ritenendo deducibile il costo delle retribuzioni dei dipendenti.

(omissis)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 8 marzo 2001 n. 3415 – Pres. Delli Priscoli – Rel. Merone – P.G. (conf.) Sepe – Ministero delle Finanze (avv. Stato De Stefano) C. S. S.p.a.

Tributi erariali indiretti – INVIM – Momento applicativo – Atto dell'alienazione – Produzione dell'effetto traslativo – Coincidenza – Compravendita immobiliare – Reg. Trentino Alto Adige – Produzione dell'effetto traslativo – Intavolazione – Necessità.

(R.D. 28 marzo 1929, n. 499, art. 2; d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 643, artt. 1, 2 e 3; c.c., art. 1376).

Il momento applicativo dell'INVIM (il cui presupposto d'imponibilità è costituito dall'incremento di valore dell'immobile oggetto del trasferimento) coincide con «l'atto dell'alienazione», inteso non come atto-documento, ma come produzione dell'effetto reale (1).

Presupposto necessario e indefettibile ai fini del prodursi dell'effetto traslativo nei contratti di alienazione aventi ad oggetto beni immobili siti nella regione Trentino Alto Adige (oltre all'accordo intercorso fra i contraenti) è la c.d. iscrizione tavolare (2).

(omissis)

1.1. Il Ministero delle Finanze, in persona del Ministro *pro-tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dalla Avvocatura Generale dello Stato, ricorre contro la E. S.p.a., con sede in Trento, per la cassazione della sentenza specificata in epigrafe, con la quale la Commissione Tributaria di secondo grado di Trento ha dichiarato non dovuta l'INVIM relativa all'atto di compravendita appresso specificato.

(1-2) Principio consensualistico ed imposizione fiscale: note a margine di una sentenza.

1. – *La fattispecie.*

Ecco un'interessante pronuncia della Corte di Cassazione che dimostra, tra l'altro, anche ai più scettici, come imposizione fiscale, diritto civile e comparazione giuridica possano (e in certi casi debbano) «sposarsi» tra loro al fine di garantire l'armonia del sistema e (soprattutto) l'applicazione della corretta *regula iuris*. La fattispecie portata all'attenzione della Corte ha ad oggetto l'imponibilità INVIM dell'atto di compravendita di un immobile sito in Trento, in assenza dell'iscrizione dell'atto medesimo nel libro fondiario prevista dall'art. 2 del R.D. 28 marzo 1929, n. 499. Il contratto, (sottoposto a due condizioni, l'una sospensiva e l'altra risolutiva) era stato assoggettato ad INVIM. Verificatasi la condizione risolutiva, la società alienante aveva chiesto il rimborso dell'imposta assolta, sulla base del presupposto che, in relazione al particolare regime della circolazione degli immobili (basato sulla c.d. iscrizione tavolare) vigente nel Trentino Alto Adige (*ex art. 2 del citato R.D. 499/1929*), non si fosse mai verificato il presupposto impositivo dell'alienazione. Tale tesi (accolta in entrambi i gradi di merito) ha superato anche il vaglio della Corte di Cassazione. Il Supremo Collegio ha, infatti, ritenuto di non dover accogliere i motivi di ricorso proposti dal Ministero delle Finanze, basati (riassuntivamente) sul rilievo che «il presupposto impositivo si verifica, in ogni caso, con la stipula dell'atto, cui sono connessi gli effetti traslativi» e che l'atto soggetto ad intavolazione «si inquadra nella categoria degli atti traslativi non immediatamente produttivi di effetti reali». La Cassazione ha invece ritenuto che (*ex art. 2, comma 1, decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 643*) l'INVIM sia imponible all'atto dell'alienazione, inteso non come atto giuridico, ma come momento in cui effettivamente si verifica l'effetto traslativo. Coerentemente con tale interpretazione ha, quindi, ritenuto che, nel caso di specie, tale presupposto non si fosse verificato per un duplice ordine di considerazioni. Innanzi tutto, in base al rilievo che, essendosi verificata la condizione risolutiva prima ancora che si verificasse quella sospensiva, il contratto si era risolto prima ancora che producesse i suoi effetti. In secondo luogo, rilevando che, vigendo nel Trentino Alto Adige il sistema tavolare, l'iscrizione, quale *modus acquirendi*, assume valore costitutivo, vale a dire che, in mancanza di tale adempimento, il consenso manifestato dalle parti nella stipulazione di un contratto avente ad oggetto il trasferimento o la costituzione di un diritto reale su beni immobili non è di per sé sufficiente alla produzione dell'effetto traslativo. La Suprema Corte ha, dunque, respinto il ricorso e confermato la precedente decisione.

2. – *Alcune precisazioni in tema di diritto tributario: l'imponibilità dell'INVIM.*

Le statuizioni del Supremo Collegio sono articolate (con un ragionamento a cascata) su tre distinti livelli: uno propriamente tributaristico, volto a determinare il momento in cui l'imposta è applicabile; gli altri due più propriamente civilistici, volti a stabilire il momento in cui concretamente si produce l'effetto traslativo e come debba essere qualificato il contratto di compravendita concluso. I risultati cui i giudici pervengono appaiono condivisibili per

1.2. In fatto, la società resistente, con scrittura privata autenticata in data 27 luglio 1992, registrata a Trento il 31 luglio 1992, trasferiva alla E. S.r.l., con sede in Bolzano, un immobile sito in Trento, assoggettato a vincolo di interesse storico-artistico, ai sensi della legge n. 1039/1939. L'atto di compravendita veniva sottoposto a due condizioni, l'una sospensiva, connessa all'eventuale esercizio del diritto di prelazione da parte della Provincia Autonoma di Trento, in forza del citato vincolo, e l'altra risolutiva, connessa alla evenienza che la società acquirente non avesse ottenuto «idonea garanzia dai competenti uffici per attuare un restauro edilizio con totale destinazione direzionale», entro il 31 ottobre 1992. La Provincia, in data 13 novembre 1992, ha comunicato di non voler esercitare il diritto di prelazione, ma, nel frattempo, l'accordo era stato risolto perché, non essendosi verificato l'evento convenuto, la società acquirente, in data 27 ottobre 1992, aveva chiesto ed ottenuto la risoluzione del contratto.

diversi ordini di motivi e (soprattutto) offrono lo spunto (come già rilevato nell'*incipit* del presente commento) per alcune considerazioni in tema di imposizione fiscale, comparazione giuridica e accordi traslativi. L'*iter* argomentativo seguito dalla Corte è molto chiaro. *In primis*, la ricerca del presupposto impositivo per l'applicazione dell'INVIM (1). Il Supremo Collegio muove dall'esegesi del d.P.R. 643/1972, artt. 1, 2 e 3. L'art. 2 così dispone: «L'imposta si applica all'atto dell'alienazione a titolo oneroso e dell'acquisto a titolo gratuito del diritto di proprietà o di un diritto reale di godimento sull'immobile». L'attenzione della Corte si sofferma allora sulla locuzione «atto dell'alienazione». La ricorrente vorrebbe intenderla nel senso di titolo di trasferimento e non momento dello stesso. Al contrario, il Collegio si muove nell'ottica di un'interpretazione della norma che non sia meramente formalistica e, in virtù di tale *ratio*, ravvisa la *voluntas legis* nell'uso di tale espressione come sinonimo di momento del prodursi dell'effetto traslativo, non in luogo di stipulazione dell'accordo in cui è manifestata la volontà dei contraenti. Depongono a favore di tale interpretazione il tenore letterale della locuzione (si dice «atto dell'alienazione» e non «atto di alienazione») e l'impianto sistematico del decreto *de quo*. In particolare, *ex* art. 1 del decreto del Presidente della Repubblica 643/1972, il presupposto dell'imposta è costituito «dall'incremento di valore degli immobili siti nel territorio dello stato». I successivi artt. 2 e 3 individuano il momento in cui tale imposta diviene applicabile, cioè quello in cui il contribuente è obbligato a rilevare e a dichiarare al fisco la misura dell'incremento di valore degli immobili: vale a dire il verificarsi dell'effetto traslativo (2) e il decorso del termine decennale dalla prima imposizione. «In definitiva, dalla lettura delle norme esaminate, si evince che il presupposto dell'imposta è costituito dall'incremento di valore degli immobili, che è una sorta di «presupposto» permanente, in relazione al quale il legislatore ha scandito i momenti in cui il contribuente deve effettuare la «misurazione» dell'incremento, con l'insorgere degli obblighi conseguenti, di dichiarazione e di pagamento dell'imposta».

(1) «L'INVIM (regolata dal d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 643) è nata come imposta locale ed, infatti, originariamente, il gettito era destinato al comune nel cui territorio è situato l'immobile colpito dal tributo. Essa è stata però sempre amministrata dagli uffici del registro e, a partire dal 1° gennaio 1993, il gettito è stato definitivamente attribuito allo Stato (mentre i comuni fruiscono, da tale data, del gettito dell'ICI). Poi, nel contesto di un intervento legislativo volto a potenziare l'autonomia impositiva degli enti locali, è stata istituita l'imposta comunale sugli immobili (ICI) ed è stata soppressa l'INVIM (*ex* art. 17 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 504). La soppressione dell'INVIM coincide dunque temporalmente con l'introduzione dell'ICI perché, dal 1° gennaio 1993, applicandosi l'ICI, gli incrementi di valore degli immobili non rilevano più agli effetti dell'INVIM. L'INVIM continua perciò ad essere applicata fino al 1° gennaio dell'anno 2003, ma solo sugli incrementi di valore verificatisi fino al 1° gennaio 1993. La cessazione dell'INVIM, insomma, opera da tale data solo per quel che riguarda la base imponibile, mentre l'imposta continua ad essere applicata fino al 2003 se se ne verificano i relativi presupposti». Cfr. F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Vol. 2. Parte speciale*, 5ª ed., Torino, 2000, 275 e 276.

(2) Cfr., da ultimo, Cass. 29 maggio 2000, n. 7069 (citata anche in sentenza).

– L'atto è stato assoggettato ad INVIM, ma, poi, la società venditrice, verificatasi la condizione risolutiva, aveva chiesto il rimborso dell'imposta, in quanto, tenuto conto del particolare regime tavolare degli immobili, vigente nel Trentino Alto Adige (art. 2, R.D. 28 marzo 1929, n. 499), non si era mai verificato il presupposto impositivo della alienazione.

– Il contenzioso che ne è conseguito, ha ad oggetto la imponibilità INVIM dell'atto di compravendita in assenza della iscrizione del diritto nel libro fondiario, ai sensi dell'art. 2 del citato R.D. n. 499/1929. In entrambi i gradi di merito è stata accolta la tesi della non imponibilità dell'atto, mancando il presupposto della effettiva alienazione.

3. – Spunti in tema di comparazione giuridica: trasferimento e costituzione dei diritti reali.

Prescindendo dalla considerazione (peraltro incidentale) circa la mancata produzione di un qualunque effetto contrattuale in virtù del mancato avveramento della condizione sospensiva, il secondo ordine di considerazioni affrontato dalla Corte concerne il momento di produzione dell'effetto traslativo (vale a dire il momento in cui l'imposta diviene applicabile), che viene individuato nell'iscrizione del contratto di alienazione nei libri fondiari (c.d. intavolazione). Ma in che cosa consiste questo procedimento? E in che rapporto si pone rispetto al contratto di compravendita?

A questo proposito, è opportuna una preliminare digressione circa le modalità di trasferimento e costituzione di un diritto reale, che offre il fianco ad alcune considerazioni di carattere comparatistico. Il nostro ordinamento accoglie il principio del consenso traslativo (recepto per la prima volta in Francia, nel *Code Napoléon* del 1806), vale a dire il principio in base al quale l'accordo tra le parti è idoneo e sufficiente per il perfezionarsi dell'acquisto del diritto (3). In Italia, quindi, il trasferimento o la costituzione del diritto rappresentano effetti immediati del contratto causale, che si realizzano senza la mediazione di un rapporto obbligatorio e di un negozio reale che lo attui.

Questo modello, tuttavia, non è accolto universalmente. In Austria (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, ABGB* del 1811) o in Germania (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB* del 1900), per conseguire l'effetto traslativo, non si ritiene sufficiente il raggiungimento dell'accordo tra le parti, ma si prevede la necessità di un ulteriore atto che perfezioni il trasferimento o la costituzione del diritto. In pratica, con l'accordo, che costituisce il *titulus acquirendi*, i contraenti si obbligano a trasferire o costituire il diritto (c.d. obbligazione di dare); tale trasferimento o costituzione viene poi operato con un successivo negozio traslativo, che costituisce il *modus acquirendi* (la consegna, nel caso di beni mobili, e l'iscrizione nei libri fondiari, nel caso di beni immobili). Il negozio traslativo non è portatore di una causa propria, ma attua quella del rapporto causale obbligatorio.

Tuttavia, nel sistema austriaco e in quello tedesco, le modalità di attuazione del trasferimento non sono perfettamente coincidenti, ma variano in relazione al grado di astrattezza del successivo trasferimento.

Il sistema delineato dall'*ABGB* austriaco accoglie il c.d. *Traditionsprinzip*: benché l'atto traslativo rinvii ad una causa ad esso esterna, eventuali vizi del rapporto causale o sue vicende risolutive si ripercuotono sulla validità dell'attribuzione, determinando la caducazione dei suoi effetti. Nell'ordinamento austriaco si accoglie, infatti, il principio secondo cui *nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet*.

(3) Cfr. art. 1376 c.c., in base al quale "Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato".

1.3. A sostegno del ricorso, il Ministero deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 2 d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 643, e successive modifiche ed integrazioni, in quanto il presupposto impositivo si verifica, in ogni caso, con la stipula dell'atto, cui sono connessi gli effetti traslativi. «Nel sistema tavolare stabilito dal R.D. n. 499/1929, perfezionato il contratto di vendita,

Al contrario, nel sistema delineato dal *BGB* tedesco (che trova i suoi antesignani negli atti traslativi solenni del diritto romano come la *mancipatio* o l'*in iure cessio*) il c.d. *Abstraktionsprinzip*, nella sistematizzazione effettuata da Savigny (*System des heutigen Römischen Rechts*), trova piena realizzazione. Vale a dire che non solo il successivo negozio traslativo è attuativo di un rapporto causale esterno contenuto nel *titulus acquirendi*, ma che eventuali vizi o vicende risolutive di quest'ultimo non inficiano la validità del trasferimento ormai posto in essere, che rimane pienamente efficace (4).

L'opzione, per il sistema consensualistico o per quelli che conoscono la distinzione tra *titulus acquirendi* e *modus acquirendi*, implica ovviamente scelte di politica legislativa completamente diverse. In un caso si favorisce la tutela del primo acquirente che, applicando rigorosamente il principio del consenso traslativo, nel conflitto fra più aventi-causa dallo stesso autore dovrebbe comunque prevalere (*prior in tempore, potior in iure*). Nel secondo caso, e in particolare nel sistema delineato dal *BGB* tedesco, si favorisce la considerazione della maggiore sicurezza dei traffici e quindi la tutela dei terzi acquirenti. Il fatto che in Germania il trasferimento o la costituzione del diritto siano subordinati al compimento del successivo atto traslativo astratto, significa che eventuali vizi della compravendita obbligatoria non potranno ripercuotersi sui successivi trasferimenti, legittimando l'alienante esclusivamente all'azione personale di ripetizione nei confronti del primo acquirente.

4. – *Segue: il procedimento di intavolazione.*

Il sistema tavolare austriaco vige anche in Italia, nelle aree rimaste sotto la dominazione asburgica fino al 1918 (e precisamente nella regione Trentino Alto Adige, nelle province di Trieste e di Gorizia, e nel comune di Cortina d'Ampezzo). Infatti, l'art. 2 del R.D. 28 marzo 1928, n. 499 dispone che «a modificazione di quanto è disposto dal codice civile italiano, il diritto di proprietà e gli altri diritti reali su beni immobili non si acquistano per atto tra vivi se non con l'iscrizione nel libro fondiario (5).

(4) V. F. FERRARI, *Principio consensualistico e Abstraktionsprinzip: un'indagine comparatistica*, in *Contr. impr.*, 1992, 887 ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Artt. 2643-2645bis, Milano, 2^a ed., 1998, 21 ss.; A. GUARNERI, *Diritti reali e diritti di credito: valore attuale di una distinzione*, Padova, 1979, 23 ss.; E. MOSCATI, *Pagamento dell'indebitto*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, libro IV, *Delle obbligazioni*, Artt. 2028-2042, Bologna-Roma, 1981, 205 ss.; R. SACCO, voce *Negozio astratto*, in *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*, vol. XII, Torino, 1995, 49; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, vol. VIII, t. 2, Milano, 1995, 683 e 684; P. M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999, 9 ss.; F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno. Con particolare riguardo alla Germania*, trad. it. a cura di U. Santarelli e S. A. Fusco, vol. II, Milano, 1980, 197; G. WESEMBERG - G. WESENER, *Storia del diritto privato in Europa*, a cura di P. Cappellini e M. C. Dalbosco, Padova, 1999, 169; G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistica*, vol. I-Lineamenti generali, Milano, 1954, 310. In particolare cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato* diretto da R. Sacco, Torino, 1992, 109, dove si rileva che "il *Code Civil* si ispira all'idea del *titulus*, il *BGB* all'idea del *modus*, l'*ABGB* al sistema del cumulo (*titulus* più *modus*)". Cfr., inoltre, R. SACCO, *Le transfert de la propriété des choses mobilières déterminées par acte entre vifs en droit comparé*, in *Riv. dir. civ.* 1979, I, 449 e 450.

(5) Le successive modifiche di dettaglio (legge 4 dicembre 1956, n. 1376; legge 29 ottobre 1974, n. 594; legge 8 agosto 1977, n. 574) hanno rispettato le linee essenziali dell'istituto.

il trasferimento della proprietà non dipende più dalla volontà dell'acquirente, che può domandare l'iscrizione del suo acquisto senza alcuna ulteriore dichiarazione di assenso dell'alienante» (p. 9 del ricorso). Pertanto, l'atto soggetto ad intavolazione «si inquadra nella categoria degli atti traslativi non immediatamente produttivi di effetti reali, atteso che l'effetto reale è determi-

Con il termine «intavolazione» si designa l'iscrizione nei libri fondiari (6) del contratto stipulato fra le parti e costituente il *titulus* dell'acquisto o della costituzione del diritto. La parte interessata deve presentare alla cancelleria della Pretura «l'istanza per l'intavolazione corredata dal titolo, che deve avere la forma notarile, della scrittura autenticata o della sentenza e deve contenere, se convenzionale e manifestato con atto a parte, il consenso dell'alienante all'intavolazione (c.d. clausola tavolare) (7).

È compito del giudice verificare la sussistenza di una serie di requisiti: l'idoneità del titolo sul piano formale e sostanziale; la capacità delle parti; l'effettiva risultanza, nei libri fondiari, della proprietà del bene immobile in capo all'alienante. Qualora la verifica in ordine a tali requisiti risulti positiva, ordina l'intavolazione all'ufficio del libro fondiario, che la esegue (8).

Il provvedimento d'intavolazione è notificato a tutti i controinteressati. È, infatti, disposta a loro favore la facoltà di impugnare il provvedimento *de quo* entro sessanta giorni, previa annotazione della relativa domanda. Ovviamente, qualora venga accolta l'opposizione, verranno meno i diritti dei terzi acquisiti dopo l'annotazione. In difetto di notificazione, il termine per l'impugnazione è di tre anni dalla data dell'avvenuta intavolazione.

Nelle more della scadenza dei termini per l'impugnazione sussiste un periodo d'incertezza circa le risultanze dei libri fondiari. Inoltre, come si è già sottolineato in precedenza, nel sistema delineato dall'*ABGB* l'astrattezza causale non è, per così dire, «piena». Eventuali vizi genetici del *titulus* si ripercuotono sul *modus acquirendi*, legittimando la cancellazione dell'iscrizione nei libri fondiari, qualora si provveda ad un accertamento giudiziale di tali invalidità. Le risultanze dei libri fondiari non hanno, dunque, valore di piena prova circa la titolarità del diritto, ma sono assistiti solamente da una presunzione di legittimità (9).

(6) Una precisazione: al contrario dei nostri registri immobiliari, i libri fondiari, sia in Austria sia in Germania, sono organizzati su base reale, e non su base personale. In tal modo, risulta molto più agevole la verifica della continuità delle iscrizioni, essendo all'uopo necessaria la consultazione della sola pagina dedicata al singolo bene. Sono ovvi i benefici che ne derivano per la celerità e sicurezza dei traffici. (Sul punto v. F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 24 e 25).

(7) Cfr. F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 27 e 28.

(8) Nel modello delineato dal *BGB* tedesco, le parti addivengono, innanzi tutto, alla stipulazione del contratto, avente efficacia meramente obbligatoria (il cd. *Grundgeschäft*). Successivamente concludono il contratto di trasferimento, denominato *Auflassung*, che è a carattere reale, vale a dire inerente la vera e propria fase traslativa del diritto (*dinglicher Vertrag*). L'alienazione è compiuta mediante l'iscrizione nei libri fondiari della *Auflassung*, avente natura di *actus legitimus*. L'alienante deve prestare il proprio consenso all'iscrizione nei libri stessi, ponendo così in essere un atto unilaterale di disposizione (*Eintragungsbewilligung*). Tale atto attesta l'effettiva volontà di trasferire la proprietà, volontà già presente nel contratto reale. Come si vede, in Germania ciò che si iscrive non è il contratto causale titolo dell'acquisto, ma il successivo contratto reale. Eventuali vizi afferenti il *titulus* non si ripercuotono sull'iscrizione, che permane pienamente efficace. La parte che vanti l'inesistenza o l'invalidità del titolo di acquisto è legittimata esclusivamente alla *condictio indebiti*, vale a dire ad un'azione di natura personale e quindi non esperibile contro i terzi. L'esigenza di tutela della certezza dei traffici e della buona fede dei terzi è, dunque, pienamente garantita. La dottrina (v. F. FERRARI, *Principio consensualistico e Abstraktionsprinzip: un'indagine comparativa*, cit., 895; G. DORIA, *Doppia alienazione immobiliare e teoria dell'effetto reale*, cit., 56 ss.) ha sottolineato come l'esistenza di questa sequenza (*Grundgeschäft-Übergabe*-consegna del bene e *Grundgeschäft-Auflassung*-iscrizione dell'*Auflassung*) scandisca il perfezionamento della fattispecie acquisitiva in tre, e non più solo in due, fasi differenti.

(9) Al contrario, in Germania, in base al c.d. principio di pubblica fede, colui che risulta iscritto nei libri fondiari come proprietario dell'immobile, è considerato titolare a tutti gli effetti del diritto, sia sul piano sostanziale sia su quello processuale della legittimazione attiva e passiva (trattasi di presunzione assoluta). V. F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, cit., 24 ss. Cfr., inoltre, P. STEIN, *I fondamenti del diritto europeo*, cit., 188.

nato da un successivo atto negoziale unilaterale potestativo dell'acquirente e dal conseguente atto amministrativo di iscrizione nei registri tavolari. In tal modo, tale atto ricade pienamente nell'ambito della applicazione dell'imposta di registro (510) che ... riguarda l'intera categoria degli atti traslativi, a prescindere dalla circostanza che l'effetto traslativo della proprietà si produca immediatamente» (p. 10 ricorso).

Il sistema e (soprattutto) il valore dell'intavolazione sono ben diversi rispetto alla trascrizione nei registri immobiliari degli atti di trasferimento o di costituzione di diritti reali aventi ad oggetto beni immobili, conosciuta dal nostro ordinamento e disciplinata dagli artt. 2643 ss. c.c. Mentre l'iscrizione tavolare ha valore costitutivo (ed è quindi necessaria per il prodursi dell'effetto reale), la trascrizione ha una funzione «pubblicitaria» dell'acquisto: l'effetto traslativo si è già determinato in base al consenso legittimamente manifestato dai contraenti. La trascrizione, come specifica l'art. 2644, deve essere curata ai meri fini dell'opponibilità dell'acquisto ai terzi (che vantino titoli contrattuali incompatibili). Con ciò intendendosi che la prioritaria trascrizione vale essenzialmente a dirimere conflitti fra titoli incompatibili (10), attenendo l'opponibilità al solo profilo circolatorio del diritto (11).

(10) Cfr. P. M. VECCHI, *Il principio consensualistico*, cit., 138 e 139; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 922 ss.; A. DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Europa e dir. priv.* 2000, 4; G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, Milano, 1995, 154 e 155; C. M. BIANCA, *Il principio del consenso traslativo*, in AA.VV., *Il trasferimento in proprietà*, I, 22; G. FURGIUELE, *Il contratto con effetti reali fra procedimento e fattispecie complessa: prime osservazioni*, in *Diritto privato*, Padova, 1995, 104; P. CECCHI, *I conflitti fra più aventi causa*, in *I contributi in generale* a cura di P. CECCHI, Torino, 2000, 604; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, vol. I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, in *Il codice civile*, Commentario diretto da P. Schlesinger, artt. 1372-1373, Milano, 183, che afferma: "Il consenso permette la circolazione; l'opponibilità governa i conflitti che ne derivano".

(11) La dottrina più attenta non ha mancato di notare come l'introduzione di meccanismi quali quelli della trascrizione finiscano per limitare grandemente l'operatività del principio del consenso traslativo all'interno del nostro ordinamento. Tuttavia, esigenze prioritarie quali la tutela della certezza dei traffici si ripropongono in tutti gli ordinamenti e il legislatore non può non farvi fronte. Se si applicasse rigorosamente il principio del consenso traslativo, l'acquirente, per essere certo dell'efficacia *erga omnes* del proprio acquisto, dovrebbe conoscere la sorte di tutte le precedenti vicende del diritto (*resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis*). Il pregiudizio per la sicurezza e celerità dei traffici è evidente. "Correttivi" quali quello della trascrizione finiscono, perciò, col riproporre meccanismi operativi sempre più simili a quelli previsti dal modello basato sul trasferimento astratto del diritto (V. al riguardo A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, (in part. 327 ss.), che sostiene l'equivalenza pratica dei meccanismi operazionali adottati in concreto nei vari ordinamenti giuridici, essendo le medesime le esigenze da tutelare Cfr., inoltre, P.G. MONATERI, *La sineddoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984, 409 ss., 449 ss.; R. SACCO, *Conclusioni*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, Milano, 1991, 893 ss.; P. STEIN, *I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici*, a cura di A. De Vita, M. D. Panforti e V. Varano, Milano, 1987, 208; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, vol. II-Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Artt. 1374-1381, Milano, 1999, 328 e 329, nota 46). Così alcuni sostengono che l'attuale ambito di operatività del principio consensualistico sarebbe limitato esclusivamente agli effetti *inter partes* del contratto (V. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 303, 846 e 847; F. GAZZONI, *Circolazione inter vivos di diritti immobiliari e trascrizione*, in *Il contratto. Silloge in onore di G. Oppo*, Padova, 1992, 395). Per quel che concerne gli effetti nei confronti dei terzi, invece, bisognerebbe far ricorso al concetto di "opponibilità" dell'acquisto, di cui l'accordo tra le parti contraenti permarrrebbe elemento necessario, ma non più sufficiente. Tali fenomeni danno atto dell'esigenza avvertita dal legislatore di perseguire una nozione ideale di proprietà, vale a dire un diritto che consenta di riunire in capo all'acquirente, da un lato, l'interesse all'integrità del bene e il potere giuridico d'intervenire in sua difesa, e, dall'altro, un potere di fatto sulla *res*, che gli consenta di essere edotto sui pericoli che la sovrastano. Ma l'obiettivo ancora non è stato raggiunto. A grandi linee si può affermare che il modello consensualistico, almeno in linea di principio, tutela massimamente le prime due esigenze, mentre quello delineato da codificazioni quali l'*ABGB* o il *BGB* l'ultima. La necessità, imposta dalla pratica dei traffici commerciali, di tener conto anche dell'altro risvolto della medaglia (vale a dire delle situazioni di apparenza, e quindi del potere di fatto sulla *res*, nel modello consensualistico, e dell'esigenza dell'acquirente di poter intervenire a tutela della *res* anche prima dell'adempimento delle formalità connesse al trasferimento, nell'altro) ha determinato le reciproche convergenze dei due sistemi, e, quindi, anche le aporie e incoerenze interne ai medesimi.

1.4. La società E. resiste con controricorso, con il quale assume che il presupposto impositivo è costituito dalla reale alienazione, che nella specie non si è verificata.

Sulla base di tali considerazioni, la Cassazione giustamente conclude nel senso che, nel sistema tavolare, l'effetto traslativo sia subordinato all'adempimento della formalità pubblicitaria e che, pertanto, nel caso di specie, tale effetto non si fosse verificato (non consentendo il perfezionarsi del momento applicativo dell'INVIM). La ricorrente si oppone a questa constatazione, suffragata dai dati normativi e sistematici dianzi citati, obiettando che ciascuna delle due parti può curare singolarmente l'iscrizione tavolare, quasi beneficiasse di un diritto potestativo. Questo aspetto, peraltro, (già posto in luce da autorevole dottrina (12) è sintomatico esclusivamente di una tutela ulteriore predisposta a vantaggio dell'acquirente e di un argine a comportamenti fraudolenti dell'alienante, non certo di un effetto reale prodottosi in base al solo contratto di alienazione. Al contrario, pone una sorta di onere a carico dell'acquirente, che, qualora non lo assolva, non acquista il diritto (al contrario di quanto avviene ove non sia curata la trascrizione, che ha valore meramente dichiarativo e deve quindi essere adempiuta ai soli fini dell'opponibilità dell'acquisto).

5. – *Titulus e modus adquirendi: spunti in tema di obbligo di dare.*

Un ultimo punto resta da affrontare, vale a dire la qualificazione giuridica del contratto da iscrivere. La ricorrente sostiene che esso si inquadri fra «gli atti traslativi non immediatamente produttivi di effetti reali» (definizione alquanto incerta, che potrebbe attagliarsi tanto alla c.d. compravendita ad effetti reali differiti quanto alla c.d. compravendita obbligatoria). La Corte respinge tale inquadramento, ma dal canto suo non sembra proporre un'alternativa. Tuttavia, qualificando l'iscrizione tavolare quale *modus* dell'acquisto, implicitamente ravvisa nel contratto da iscrivere il *titulus* del trasferimento, inteso come assunzione di un obbligo di dare (nel caso di specie, compravendita obbligatoria).

Questa qualificazione presta il fianco ad alcune considerazioni circa la compatibilità di una tale figura contrattuale con un ordinamento come il nostro, improntato ad una logica consensualista. Preliminarmente, è opportuno operare dei distinguo. Compravendita obbligatoria e compravendita ad effetti reali differiti non coincidono. Nella compravendita ad effetti reali differiti (nel cui ambito rientra l'alienazione di cosa futura, di cosa altrui e di cosa generica) non vi è una distinzione fra *titulus* e *modus* dell'acquisto (e quindi non vi è una deroga al principio consensualistico, che li presuppone fusi in un unico atto). In questi casi, nel momento in cui si verifica il fatto che inibisce l'effetto reale (acquisto del bene da parte dell'alienante, venire ad esistenza della cosa o specificazione della stessa), il trasferimento del diritto in capo all'acquirente si verifica sulla base del contratto precedentemente posto in essere (13). Al contrario, la distinzione fra titolo e modo dell'acquisto è elemento essenziale affinché possa configurarsi una compravendita ad effetti obbligatori, vale a dire un contratto in base al quale l'alienante assume l'obbligo di trasferire il diritto (c.d. *titulus*), obbligo che sarà poi adempiuto con un atto successivo ad efficacia reale (il *modus*).

(12) V.R. SACCO, *La consegna e altri atti di esecuzione* in R. SACCO-G. DENOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 1993, II, 736, nota 3: «Questa situazione è più che un semplice "credito". È un diritto potestativo».

(13) Parte della dottrina aveva ravvisato in tali fattispecie delle eccezioni all'operare della regola consensualistica: cfr., ad esempio, F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, vol. III, t. I, Milano, 1988, 10 ss.; F. FERRARI, *Principio consensualistico e Abstraktionsprinzip*, cit., 893 ss. Dottrina più attenta ha però rilevato come in tal caso l'eccezione sia solo apparente (e non si possa parlare di compravendita ad effetti obbligatori), «in quanto nel momento in cui verranno meno quegli elementi che impediscono l'attuale trasferimento del diritto (titolarità di altri, inesistenza o non specificità della cosa venduta), l'effetto traslativo si produrrà senza bisogno di ulteriori attività giuridiche delle parti, già in forza del regolamento contrattuale di cui pertanto rappresenta un effetto». Cfr. P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico*, cit., 56.

2. Diritto e motivi della decisione

2.1. Il ricorso, non può trovare accoglimento.

2.2. Come è noto, l'art. 2, comma 1, d.P.R. n. 643/1972, dispone che «L'imposta si applica all'atto dell'alienazione a titolo oneroso e dell'acquisto a titolo gratuito ... del diritto di proprietà o di un diritto reale di godimento sull'immobile». Quindi, se non c'è alienazione non ci può essere prelievo INVIM, salvo le eccezioni espressamente previste (es. vendita con riserva di proprietà o locazione con clausola di trasferimento della proprietà, imponibili all'atto della stipula del contratto). Non ve dubbio che con l'espressione «l'imposta si applica all'atto della alienazione», il legislatore ha inteso fare riferimento al «momento» della alienazione, per stabilire quando il presupposto impositivo si deve considerare verificato.

Con la promulgazione del codice civile del 1942 si era ritenuta definitivamente espunta dal nostro ordinamento l'obbligazione di dare, salvo rare ipotesi costituite in particolare dal disposto di cui all'art. 2 del decreto del Presidente della Repubblica 499/1929 circa l'iscrizione tavolare e dai diritti reali di garanzia (pegno e ipoteca (14), considerate alla stregua di eccezioni che non facevano altro che confermare la regola. La scissione tra *titulus* e *modus acquirendi* era stata ricomposta in un unico atto (dotato di una propria causa) ad efficacia immediatamente traslativa.

Salvo voci isolate (15), si è, dunque, da sempre attribuito valore di norma inderogabile all'art. 1376, giungendo a sollevare dubbi circa la sua costituzionalità per i limiti che pone all'autonomia delle parti in campo procedimentale. Si argomenta che ogni eccezione al principio del consenso traslativo debba condurre necessariamente alla creazione di un negozio traslativo astratto, come tale inammissibile nel nostro ordinamento. La volontà delle parti può produrre l'effetto reale solo tramite negozi dispositivi giustificati da una propria causa, che operino direttamente il trasferimento, e che non obblighino a trasferire (16)

(14) La totalità degli interpreti è concorde nel ravvisare nella costituzione dei diritti reali a garanzia un'eccezione all'operare del principio del consenso traslativo. Si tratta probabilmente dell'unica eccezione unanimemente accolta. Cfr. P. M. VECCHI, *Il principio consensualistico*, cit., 59 ss. dove l'Autore, per quanto concluda per l'apparenza di tutte le altre c.d. "eccezioni" al consensualismo, afferma: "La regola del consenso traslativo non trova invece sicuramente applicazione con riguardo ai contratti costitutivi di garanzie reali, nei quali si prevede già nel testo della legge l'articolazione tra una convenzione con efficacia meramente obbligatoria e successivamente la costituzione del diritto di garanzia attraverso lo spossamento del debitore pignoratorio o l'iscrizione del vincolo ipotecario negli appositi registri (artt. 2786, 2800 s. del c.c.; artt. 2821, 2808, II comma, del c.c.)"; C.M. BIANCA, *Il principio del consenso traslativo*, cit., 25; G. STOLFI, *Appunti sul c.d. principio consensualistico*, in *Riv. civ. comm.* 1979, II, 8; R. SACCO, voce *Circolazione giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, 10; R. SACCO, *Causa e consegna nella conclusione del mutuo, del deposito e del comodato*, in *Banca, borsa e tit. cred.* 1971, I, 526; R. SACCO, *La consegna e gli altri atti di esecuzione*, cit., 721; P. G. MONATERI, *La sineddoche*, cit., 349; A. GUARNERI, *Diritti reali e diritti di credito*, cit., 50 ss.; G. PALERMO, *Contratto preliminare, in Saggi e documenti di diritto civile*, collana diretta da A. Cataudella e G.B. Ferri, Padova, 1991, 45 e 46; G. DORIA, *Doppia alienazione immobiliare e teoria dell'effetto reale*, cit., 62; C. CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contr. impr.* 1998, 575, nota 6; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., 149; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 645 ss.; V. ROPPO, *Il contratto, in Trattato di diritto privato a cura di G. Iudica e P. Zatti*, Milano, 2001, 135 e 136 e 521 e 522; G. MARINI, *Il principio consensualistico*, in *I contratti in generale* a cura di P. Cendon, Torino, 2000, 382; U. CARNEVALI, *Gli effetti del contratto*, in AA. VV., *La disciplina generale dei contratti*, dalle Istituzioni di diritto privato a cura di M. Bessone, 6ª ed., Torino, 1999, 683; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., vol. II, 324 e 331, 365 ss.; S. CICCARELLI, voce *Pegno*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, 1982, 690 e 691; E. GABRIELLI, voce *Pegno*, in *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*, vol. XIII, Torino, 1995, 334. Per la giurisprudenza cfr., da ultimo, Cass. 7 giugno 1999, n. 5562, in *For. it.*, Rep. 1999, voce *Pegno*, n. 12.

(15) Cfr., ad esempio, G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. VASSALLI, vol. VII, t. 1, Torino 1937, 3 ss.; G. GORLA, *Il contratto*, cit., 322 ss.

(16) V.C. ARGIROFFI, *Ripetizione di cosa determinata e acquisto a domino della proprietà*, 1980, 56; C. ARGIROFFI, *Del possesso di buona fede di beni mobili, in Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Artt. 1153-1157, Milano, 1988, 198; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, 96 ss., secondo cui «è ammissibile il differimento temporale dell'effetto reale ed opera dell'autonomia privata, ma non è ammesso che le parti neghino la sufficienza dell'accordo causale»; G. GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano 1957, 26 ss.; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 309.

Quindi, atto sta per «momento» e non per «atto giuridico», come vorrebbe l'amministrazione ricorrente. Questa, a sostegno della propria tesi, invoca l'evoluzione storica della norma. Osserva che secondo l'originaria formulazione del primo comma dell'art. 2 d.P.R. n. 643/1972 (sostituito, prima, dall'art. 1 del d.P.R. 23 dicembre 1974, n. 688, e poi dall'art. 24, comma 1, lett. a), d.l. 2 marzo 1989, n. 69), l'imposta si applicava «all'incremento di valore degli immobili» relativamente ai quali si verificava il trasferimento, mentre il testo vigente all'epoca dei fatti aveva abbandonato il riferimento alla concreta realizzazione dell'incremento di valore, individuando nell'«atto dell'alienazione» il presupposto impositivo. Intendendo per «atto dell'alienazione» il titolo del trasferimento e non il momento dello stesso. Tale interpretazione però urta contro elementi letterali e sistematici. Sul piano letterale, va rilevato se il legislatore avesse inteso individuare nella stipula dell'atto non soltanto il momento in cui sorge il debito d'imposta, ma addirittura lo stesso presupposto impositivo, avrebbe dovuto formulare la norma stabilendo che l'imposta si applicava «all'atto di alienazione», «all'atto di acquisto a titolo gratuito», e non «all'atto dell'alienazione», «all'atto dell'acquisto». Senza contare che, per espressa disposizione dell'art. 1 del medesimo d.P.R.,

Quest'interpretazione si basa sul disposto dell'art. 1325, n. 2, che annovera la causa tra i requisiti del contratto previsti a pena di nullità (ex art. 1418), sancendo la vigenza del principio causalista all'interno del nostro ordinamento. Se si derogasse alla regola consensualista, tale principio non potrebbe più trovare applicazione, poiché si priverebbe di efficacia traslativa il contratto causale e la si attribuirebbe ad un atto dispositivo autonomo, non dotato di causa propria.

Altra dottrina (17) ha, tuttavia, posto in luce come si possa parlare di negozio traslativo astratto solo nel caso in cui un atto produca effetti reali esclusivamente sulla base del compimento di certe formalità (come per la *mancipatio* del diritto romano). Così non può definirsi, invece, quel negozio in cui venga indicato il sistema di interessi sotteso al trasferimento e che, in concreto, l'attribuzione patrimoniale con esso prodotta è destinata a realizzare.

Sulla scorta di questi rilievi si è precisato che, al fine di non contravvenire al disposto di cui all'art. 1325, n. 2, è necessario e sufficiente indicare, nell'atto dispositivo, lo scopo per il quale si procede a quella determinata attribuzione patrimoniale. Tale tesi ha trovato ulteriore conferma nel mutato orientamento giurisprudenziale che ha ammesso la possibilità di dar vita, tramite l'art. 1333, a contratti atipici ad effetti reali *solvendi causa* (18).

(17) Cfr., M. GIORGIANNI, voce *Causa*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano, 1964, 564 ss.; M. GIORGIANNI, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. civ.* 1961, I, 64 ss.; R. NICOLÒ, *Aspetti pratici del concetto di causa* in *Riv. dir. com.* 1939, II, 13; G. B. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento dei beni in proprietà*, in *Riv. soc.* 1970, 934 ss.; L. MENGONI, *Il trasferimento dei titoli di credito nella teoria dei negozi traslativi con «causa esterna»*, in *Banca, borsa e tit. cred.* 1975, I, 385 ss.; E. MOSCATI, *Pagamento dell'indebitto*, cit., 188 e 189, 1196; A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e atti solvendi causa*, in *Riv. dir. civ.* 1989, I, 239 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Riv. Dir. Civ.* 1989, II, 525 ss.; A. DI MAJO, *Causa e imputazione negli atti solutori*, in *Riv. dir. civ.* 1994, P. I, 782 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 806 e 807, dove si sottolinea come, in tali ipotesi sia più corretto parlare di «neutralità causale», e non di astrattezza; F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., 12 e 13; G. MACCARONE, *Considerazioni di ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contr. impr.* 1998, 636 ss.; G. MARINI, *Il principio consensualistico*, cit., 391.

(18) Cfr. App. Torino 9 maggio 1980, in *Giur. it.* 1981, I, 2, 19 ss.; Cass. 12 giugno 1987, n. 5147, in *Giust. civ.* 1988, I, 756; Cass. 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Giust. civ.* 1988, I, 1237, con nota di M. COSTANZA, *Art. 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari solutionis causa*, e in *Corr. giur.* 1988, 144, con nota di V. MARICONDA, *Art. 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari*; Cass. 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Giust. civ.* 1991, I, 2895, con nota di F. GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*.

il presupposto dell'imposta è costituito dall'«incremento di valore degli immobili siti nel territorio dello Stato». I successivi articoli, 2 e 3, hanno la funzione dichiarata di individuare il momento in cui l'imposta diventa applicabile e non quella, già esaurita dall'art. 1, di definire il presupposto della imposta. L'art. 2 (intitolato appunto *Applicazione dell'imposta*) individua nell'atto in cui si verifica il trasferimento, il momento in cui l'imposta diviene applicabile. L'art. 3 (intitolato *Applicazione dell'imposta per decorso del decennio*) individua nel compimento del decennio l'ulteriore momento applicativo dell'imposta (sussistendo gli altri presupposti di legge). In definitiva, il presupposto dell'imposta è stato stabilito e definito dall'art. 1 e, quindi, l'eventuale lettura dell'art. 2 suggerita dalla ricorrente lo svuoterebbe di significato, senza alcuna valida ragione. Gli articoli successivi fissano i momenti in cui il contribuente è obbligato a rilevare e a dichiarare al fisco la misura dell'incremento di valore degli immobili. Tale momento, per quanto qui interessa è quello della «alienazione». Infatti, a differenza dell'imposta di registro, prima di tale evento «non si richiedono dichiarazioni o adempimenti dei contraenti, determinandosi il presupposto dell'IN-VIM medesima, cioè il godimento da parte del venditore di un incremento di valore, soltanto con la effettiva traslazione del bene» (Cass. Sez. 5 civ. 2 maggio 2000, n. 7069).

Una volta ammessa la possibilità di concludere accordi la cui efficacia traslativa fosse subordinata al compimento di un successivo *modus*, la *querelle* dottrinarie si è appuntata sulla natura di un tale atto solutorio. Alcuni hanno cercato di conciliare il negozio solutorio con causa esterna con il principio del consenso traslativo. L'atto *causa solvendi* (che deve fungere da strumento del trasferimento) si conformerebbe esso stesso alla regola consensualista, pur potendosi ammettere che la causa dell'attribuzione patrimoniale sia da esso materialmente distaccata (19). Si fa ricorso così alla figura del c.d. pagamento traslativo, inteso come atto di natura negoziale. Esso sarebbe un valido «modo di acquisto» alla stessa stregua di un contratto traslativo, nel pieno rispetto della sufficienza del binomio *consensus cum causa*.

Altri hanno assunto posizioni più critiche nei confronti del principio del consenso traslativo, almeno riguardato secondo l'ottica tradizionale. Sulla base di indagini volte a ridimensionare ulteriormente la portata della regola consensualista, si è cercato di individuare forme alternative di circolazione dei beni, positivamente (e non solo pattizamente) regolamentate.

(19) V. L. MENGONI-F. REALMONTE, voce *Disposizione (atto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1964, 190; L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, 3^a ed. Milano, 1994, 205 e nota 62 secondo cui «a differenza del diritto romano, nel diritto moderno anche la struttura delle prestazioni negoziali-traslative fondate su di un rapporto preesistente è determinata dal principio consensualistico». È dello stesso ordine di idee anche V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contr. impr.* 1988, 750, che afferma la perfetta compatibilità del pagamento traslativo sia con il principio consensualistico sia con quello causale. Egli ribadisce la tesi della natura negoziale dell'atto solutorio, poiché l'effetto traslativo si produrrebbe solo in quanto voluto dall'obbligato. Nello stesso senso cfr. G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 251 ss. e 370 ss.; C. M. BIANCA, *Il principio del consenso traslativo*, cit., 26 ss., secondo cui «le parti potranno rimettere ad un ulteriore atto ... la produzione dell'effetto traslativo, ma tale atto sarà comunque causale e produttivo del trasferimento in conformità del principio consensualistico»; G. MACCARONE, *Considerazioni di ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, cit., 651 ss. e 675 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto cit.*, vol. II, 372 ss.; T. V. RUSSO, *Accordi di separazione e consenso traslativo: sul presunto conflitto di competenza tra notariato e magistratura*, in *Notariato* 2001, 296 ss., che afferma che «... il trasferimento della proprietà deve essere necessariamente ancorato al consenso, anche ove questo costituisca l'adempimento di un obbligo assunto in un precedente negozio».

In definitiva, dalla lettura delle norme esaminate, si evince che il presupposto dell'imposta è costituito dall'incremento di valore degli immobili, che è una sorta di «presupposto permanente», in relazione al quale il legislatore ha scandito i momenti in cui il contribuente deve effettuare la «misurazione» dell'incremento, con l'insorgere degli obblighi conseguenti, di dichiarazione e di pagamento dell'imposta. Tali momenti, sono stati individuati, come già detto, nella alienazione e nella periodicità decennale.

Il ragionamento del Ministero, invece, appare erroneamente ancorato al criterio dalla tassazione dell'atto, tant'è vero che è incorso in un evidente *lapsus* (p. 10 del ricorso) affermando che la compravendita in esame rientra pienamente nell'ambito di applicazione dell'imposta di *registro*, circostanza che non è in contestazione.

Si è posto in luce come, in realtà, vi siano categorie di diritti e di beni, determinati contratti e determinati effetti contrattuali non sottoposti alla regola consensualistica, almeno non esclusivamente (20).

Si è, dunque, parlato, anche alla luce dei rilievi precedentemente esposti circa l'atto solutorio con causa esterna, di valore non imperativo, ma dispositivo dell'art. 1376, vale a dire che l'effetto immediatamente traslativo si produrrebbe solo in quanto voluto dalle parti (21). Si possono, quindi, ammettere atti sorretti da una *causa solvendi* cui non debba necessariamente applicarsi tale regola (22).

Inoltre si legittima non solo l'obbligazione di dare, ma anche la conclusione di contratti tipicamente ad effetti reali, quali la compravendita, secondo le modalità proprie della scissione tra *titulus* e *modus acquirendi* (23).

(20) V. R. SACCO, *La consegna e gli atti di esecuzione*, in R. SACCO-C. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 1993, 719, ss., dove si sottolinea come si sia in presenza di una dialettica regola ed eccezioni, o, meglio, di una dialettica di regole in concorrenza, ispirate a criteri opposti. Cfr., inoltre, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 303 e 846, dove si parla di validità *iter partes*, e non *erga omnes* del principio consensualista; A. GUARNIERI, *Diritti reali e diritti di credito*, cit., 54 ss. e 63 ss.; R. SACCO, voce *Circolazione giuridica*, cit., 8 ss.; R. SACCO, *Introduzione al diritto privato comparato*, cit., 111 ss.; G. DORIA, *Doppia alienazione immobiliare dell'effetto reale*, cit., 61 e 62 e nota 112; A. DI MAJO, *Causa e imputazione negli atti solutori*, cit., 786 ss.

(21) Sul tema della derogabilità della regola consensualistica cfr. A. CHIANALE, *Obbligazioni di dare e trasferimento della proprietà*, cit., 48; G. B. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento dei beni in proprietà*, cit., 48; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 936 ss.; A. GAMBANO, *Il diritto di proprietà*, cit., 687; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 515; P. M. VECCHI, *Il principio consensualistico*, cit., 41; G. MARINI, *Il principio consensualistico*, cit., 390; D. CENNI, *Consensualità e realtà nella formazione dei contratti*, in *Contr. impr.* 1997, 988 ss.; U. CARNEVALI, *Gli effetti del contratto*, in AA.VV., *La disciplina generale dei contratti*, dalle *Istituzioni di diritto privato* a cura di M. Bessone, 6^a ed., Torino, 1999, 683. Sul punto cfr., inoltre, A. MACCARONE, *Considerazioni di ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, cit., 675 ss. e M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., vol. II, 330 ss., che pure affermano la negoziabilità del pagamento traslativo e la sua compatibilità con il principio consensualistico. In senso analogo si sostiene, in dottrina e in giurisprudenza, la derogabilità in diritto tedesco dell'*Abstraktionsprinzip* da parte delle parti contraenti. Esse possono infatti, condizionare la validità del negozio dispositivo a quella del negozio obbligatorio. V. F. FERRARI, *Principio consensualistico e Abstraktionsprinzip: un'indagine comparativa*, cit., 896; A. GAMBANO, *Il diritto di proprietà*, cit., 685 e 686; E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., 90 ss.

(22) Il principio del consenso traslativo sarebbe allora una semplice tendenza del sistema, all'interno del quale possono coesistere principi regolatori differenti. Vale a dire che l'accoglimento della regola di cui all'art. 1376 non impone un'alternativa rigida tra consensualismo e realtà, poiché non esclude l'esistenza di zone governative da una regola diversa.

(23) Cfr. F. GAZZONI *Tascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. not.* 1997, 19 ss.; F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., 12 ss., dove si ricostruisce il preliminare di vendita come ipotesi di vendita obbligatoria, in deroga al disposto di cui all'art. 1376. Nello stesso senso cfr. R. SACCO, *L'autonomia contrattuale*, in R. SACCO- G. DE NOVA, *Il contratto di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino 1993, 54 e 55; A. GAMBANO, *La proprietà*, cit., 70 ss.; A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e atti traslativi solvendi causa*, cit., 240.

2.3. Stabilito che senza alienazione non c'è prelievo INVIM, occorre verificare se, nella specie, il presupposto della alienazione si è verificato o meno.

Come è noto, gli effetti reali della compravendita si perfezionano con la realizzazione del consenso. Nella specie, però, il contratto era sottoposto ad una condizione risolutiva e ad una condizione sospensiva e la condizione risolutiva si è verificata prima ancora che si fosse verificata la condizione sospensiva. Per cui, in punto di fatto il contratto è stato risolto prima ancora che producesse i suoi effetti. Basterebbe questa circostanza per escludere che l'atto in questione possa essere preso come momento di riferimento per l'applicazione dell'INVIM. Infatti, «la vendita condizionale – che ai fini della imposta di registro implica l'obbligo di presentare l'atto per la registrazione, pagando l'imposta di registro in misura fissa, e poi, verificarsi della condizione, di denunciare il relativo evento e di pagare la differenza (a titolo di imposta complementare) fra quanto in precedenza versato e quanto risulti dovuto sulla scorta della normativa vigente al tempo del contratto – è invece ininfluenza ai fini dell'INVIM cosiddetta ordinaria, di cui all'art. 2 del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 643, fino a quando non si verifichi la condizione» (Cass. 7096/2000 *cit.*)

Nella specie, trattandosi di immobile sito in Trento, deve trovare applicazione il disposto dell'art. 2 del R.D. 28 marzo 1929, n. 499, in forza del quale «A modificazione di quanto è disposto dal codice civile italiano, il diritto di proprietà e gli altri diritti reali sui beni immobili non si acquistano per atto tra vivi se non con l'iscrizione del diritto nel libro fondiario». In punto di fatto, è pacifico che l'iscrizione non è avvenuta (anche perché gli effetti reali del contratto sono rimasti sospesi, per effetto della condizione sospensiva fino a quando non è intervenuta la condizione risolutiva del contratto). Orbene, questa Corte, con specifico riferimento alla imposta di registro ha avuto modo di affermare:

a) «che l'iscrizione tavolare, quale *modus acquirendi*, ha valore costitutivo, per il quale il consenso manifestato dalle parti nella stipulazione di un atto traslativo di un diritto reale su immobili cui non abbia fatto seguito l'iscrizione tavolare non è di per sé sufficiente a produrre quel trasferimento, ponendo in essere soltanto un diritto ed un corrispondente obbligo di natura personale e non reale, anche se esercitabile nei confronti del trasferente, indipendentemente dalla iscrizione» (Cass. 23 gennaio 1971 n. 151; 22 maggio 1973 n. 2939; 10 aprile 1974 n. 601; 29 marzo 1976 n. 1131); (Cass. 2839/1980);

Per quel che concerne la fattispecie in commento, appare alquanto arduo sostenere la negozialità del *modus*, attesa la possibilità di ottenere unilateralmente l'iscrizione tavolare, come se fossimo in presenza di un diritto potestativo. In ogni caso, qualunque delle due tesi si voglia seguire, appare fuori questione che l'effetto traslativo si verifichi solo con la conclusione del contratto, essendo all'uopo necessario curare anche l'adempimento pubblicitario.

b) tenuto conto della «natura dell'imposta di registro di imposta di atto secondo l'intrinseca natura e gli effetti degli atti e dei trasferimenti, la tassazione stabilita per un atto traslativo della proprietà non può trovare applicazione per un trasferimento dedotto a titolo presuntivo in contrasto con una espressa statuizione di legge che esclude l'efficacia di altro atto indicato ed interpretato come suo presupposto» (Cass. 2839/1980).

La giurisprudenza di questa Corte va confermata, non essendo stati prospettati argomenti che possano giustificare un diverso orientamento. Lo stesso Ministero ricorrente riconosce che nella specie ricorre una «complessa fattispecie traslativa» (p. 7 del ricorso), una sorta di fattispecie a formazione progressiva nella quale l'effetto traslativo si verifica soltanto all'esito della stessa. D'altra parte, appare privo di fondamento l'argomento secondo il quale la tesi accolta dai giudici di merito si presterebbe a censure di incostituzionalità, per violazione del principio di uguaglianza, «perché un identico atto di compravendita sarebbe assoggettato ad un diverso regime fiscale, a seconda che sia soggetto all'ordinaria disciplina civilistica ... o alla speciale disciplina della intavolazione di cui al R.D. n. 499 del 1929» (p. 11 del ricorso). Infatti, posto che, nei territori in cui vige il regime tavolare, l'effetto traslativo si verifica soltanto con la intavolazione, il regime impositivo resta ancorato al presupposto della effettiva alienazione. Sarebbe, invece, una palese violazione del principio di uguaglianza assoggettare ad INVIM un atto privo di effetto traslativo, soltanto perché soggetto allo speciale regime tavolare.

2.4. Conseguentemente, il ricorso deve essere respinto.

(omissis)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 26 aprile 2001 n. 6084 – Pres. Finocchiaro A. – Rel. Amari – P.G. (conf.) Sepe – Ministero delle Finanze (avv. Stato Lettera) c. Società I.

Tributi erariali diretti – IRPEG – Reddito d'impresa – Ricavi – Opere con esecuzione ultrannuale – Computo – Riserve dell'appaltatore – Esclusione. (d.P.R. 29 settembre 1973 n. 597, art. 63).

Le riserve di revisione prezzi formulate dall'appaltatore di opera pubblica non sono variazioni di corrispettivo previste dalla legge o da contratto e quindi non devono essere computate, al 50 per cento del loro ammontare, sino a definitivo accertamento. (1)

(1) **IRPEG e revisione prezzi.**

1. – La normativa fiscale è consapevole della difficoltà di valutare ai fini delle imposte sul reddito i corrispettivi di appalti pubblici, che, in primo luogo, sono frutto dello sviluppo di un programma contrattuale complesso, della durata spesso eccedente quella del periodo d'imposta: in tal quadro, o si realizza una tassazione «per cassa» (che avrebbe il vantaggio di avvicinare il prelievo all'effettiva percezione, frequentemente avvenuta con ritardo) oppure è arduo, nel caso di tassazione «per competenza», individuare il momento in cui il credito sorge. Soprattutto ove si tenga conto che negli appalti pubblici o privati il corrispettivo è spesso corrisposto a stadi di avanzamento dei lavori, cioè in anticipo rispetto al collaudo finale, e che numerosi eventi (dalla «variante» alla «sorpresa geologica») possono determinare una variazione del corrispettivo.

(omissis)

Motivi della decisione

Preliminarmente vanno riuniti i due ricorsi.

Precede in ordine logico-giuridico l'esame del ricorso incidentale con cui si deduce la violazione da parte dell'Amministrazione dell'art. 53 d.lgs. 546/1992 per l'erronea indicazione nell'atto di appello degli estremi della decisione della Commissione tributaria di 1° grado.

Tale ricorso è infondato. L'erronea indicazione nel ricorso in appello degli estremi della sentenza impugnata, che deve essere indicata ai termini dell'art. 53 d.lgs. 31 dicembre 1992 n. 546, non comporta l'inammissibilità della impugnazione allorché sia possibile, attraverso l'esame del contenuto del ricorso, individuare con certezza il provvedimento oggetto dell'impugnazione.

Nel caso di specie la Commissione regionale, con apprezzamento di fatto privo di errori logico-giuridici e quindi incensurabile in sede di legittimità, ha ritenuto che l'errore in questione non ha comportato per la contribuente, costituitasi regolarmente nel giudizio di appello, alcuna incertezza sull'identità della decisione di 1° grado.

È invece fondato il 1° motivo del ricorso principale.

2. – Il metodo generale di imposizione dei corrispettivi di appalto è basato sulla stima, discrezionale e progressiva, del valore della parte di opera eseguita anno per anno. Tale stima, compiuta non in ragione del costo sostenuto annualmente, ma del prezzo contrattuale (cioè della frazione di corrispettivo corrispondente alle opere eseguite) riducibile del 2 o del 4 per cento a titolo di rischio, va iscritta nelle rimanenze. Così, è la differenza annuale delle rimanenze finali a costituire il reddito imponibile.

2.1. – La discrezionalità scompare nel caso che siano previsti stati di avanzamento: in tal caso è il corrispettivo liquidato in occasione del SAL (che tale è ancora a titolo previsioni, salvo successiva rettifica) a dovere essere iscritto.

Si precisa che si tratta di un prezzo «liquidato» e non «corrisposto» sicché non si è in deroga al principio di competenza.

2.2. – Solo in caso di liquidazione definitiva (anche se parziale) in occasione del SAL o del saldo tale valore è imputato direttamente a ricavi, e a rimanenze la parte residua, sia se illiquida sia se liquidata in acconto.

2.3. – Ovviamente, in occasione del successivo pagamento l'incremento del conto cassa bilancerà la corrispondente riduzione del conto rimanenze, con esclusione di ogni doppia imposizione. Al saldo finale potranno ovviamente verificarsi sopravvenienze attive o passive, che saranno imputate e tassate (o defalcate dall'imponibile) come tali. Le variazioni dei corrispettivi assumono rilevanza reddituale solo nel momento in cui sono «definitivamente stabilite» ossia liquidate.

2.4. – La norma si occupa anche delle variazioni del corrispettivo, dando rilevanza a quelle legislativamente o contrattualmente previste, che sono imputate (e rinnovate) al 50% sino alla liquidazione definitiva.

3. – Il secondo motivo, più razionale ma di più difficile realizzazione, è opzionale e consiste nella contabilizzazione delle rimanenze al costo, anno per anno, mentre i corrispettivi sono imputati (a stralcio del conto rimanenze) al periodo di consegna dell'opera; tale complessa operazione contabile assume rilevanza reddituale e sostituisce il metodo generale previa autorizzazione dell'Ufficio. Tale atto ha effetto dall'esercizio in cui è emesso. Non sembra che l'Ufficio possa negare tale provvedimento se non in presenza di una acclarata e non corretta impostazione contabile ma esso non è autonomamente impugnabile (art. 19 d.lgs. n. 546/1992) non trattandosi di agevolazione fiscale e non essendo ivi prevista la sua impugnabilità. Peraltro, esso sarà sindacabile incidentalmente in sede di ricorso avverso l'avviso di accertamento.

In tema di imposte sui redditi l'art. 63 del d.P.R. 597/1973 prevede che le opere pattuite come oggetto unitario e con tempo di esecuzione ultrannuale in contratti di appalto devono essere comprese tra le rimanenze di ciascun periodo d'imposta al termine del quale sono in corso di esecuzione e tra le giacenze iniziali del periodo successivo per il valore complessivo della parte eseguita, da determinarsi sulla base dei corrispettivi eseguiti. Si precisa poi nella norma citata che delle maggiorazioni di prezzo richieste in applicazione di disposizioni di legge o di clausole contrattuali si tiene conto, finché non siano state definitivamente stabilite, in misura non inferiore al 50 per cento.

Risulta quindi evidente che le maggiorazioni di prezzo che si devono considerare ai fini della valutazione delle rimanenze finali sono solo quelle previste dalla legge o da clausole contrattuali, con esclusione delle pretese dell'appaltatore di maggiorazioni non previste normativamente o contrattualmente.

Le "riserve" di revisione prezzi formulate dall'appaltatore nel corso dei lavori non comportano quindi alcuna maggiorazione del valore delle rimanenze se risultano prive, come è pacifico nel caso di specie, di fondamento giuridico. Le perdite che si verificano nel corso dell'esecuzione delle opere devono gravare nei periodi di imposta in cui si sono verificate, e non è consentito, sopravvalutando le rimanenze, trasferire le perdite negli esercizi successivi, con conseguente alterazione del reddito conseguito nei vari periodi di imposta.

Non è poi esatto, perché in contrasto con il tenore letterale della norma, che il citato art. 63 disciplina, per i lavori di durata pluriennale, la valutazione minima delle rimanenze, senza vietare la loro sopravvalutazione; al contrario detta norma stabilisce, come si è visto, che ai fini della valutazione delle rimanenze finali di ciascun periodo d'imposta e delle corrispondenti giacenze iniziali di quello successivo si può tenere conto delle pretese di maggiorazione di prezzi solo se giuridicamente fondate.

Né vale rilevare, come fa la contribuente, che l'Ufficio non aveva proceduto ad alcuna contestazione del valore delle rimanenze finali dell'esercizio 1986 (stimate in lire 32.727.000.000), sicché gli era preclusa la possibilità di contestare le giacenze iniziali dell'esercizio successivo. Invero, ogni periodo

La previsione pare quindi inutilmente gravatizia del procedimento e si auspica che, come per ben più rilevanti opzioni, si preveda la applicabilità del metodo «al costo» su semplice formale richiesta dell'interessato.

4. — Nella decisione in commento la S.C. esclude alle riserve dell'appaltatore di opere pubbliche natura reddituale (anche se solo al 50%) esigendo la definitiva liquidazione: esse non sono variazioni di corrispettivo legislativamente o contrattualmente previste.

Le riserve (artt. 36, 54 e ss. R.D. n. 350/1895) sono richieste, da iscriversi nel giornale di compatibilità, o su altri documenti contabili dell'opera dell'appaltatore. Il concetto di «riserva» è invero generico, essendo atto ad indicare qualsiasi preventiva contestazione dell'appaltatore in merito a circostanze inerenti l'opera che potrebbero influire sui suoi diritti e obblighi. Non è quindi automatico che una riserva si trasformi in una domanda di maggiore corrispettivo. Però esse debbono essere iscritte entro 15 giorni, con motivazione, a pena di decadenza.

In genere la riserva ha carattere risarcitorio e censura un comportamento inadempiente del committente: tipicamente, la tardiva consegna dell'opera. Può indicare maggiori oneri, come nel caso di sospensione dei lavori, o difficoltà dovute al progetto, non conforme allo stato dei luoghi. Trattasi di compensi aggiuntivi e non contrattuali, sicché la tesi della S.C. è da condividere.

4.1. — Peraltro, in caso di revisione prezzi, non è prevista una «riserva» ma una istanza (art. 2 d.lgs. C.P.d.S. n. 1501/47) anche non in contabilità né motivata, prima della firma del certificato di collaudo.

d'imposta ha una propria autonomia, sicché le determinazioni dell'amministrazione tributaria con riferimento ad uno specifico periodo d'imposta non possono avere alcun riflesso sulle sue determinazioni rispetto ad altri periodi. La circostanza che l'Ufficio non abbia rettificato la dichiarazione relativa ad un determinato esercizio non preclude, cioè, l'autonoma valutazione della denuncia relativa all'esercizio successivo (Cass. 1347/1995; Cass. 1583/1989).

Neppure giova osservare che "il fisco non ha ricevuto danni ma tratto beneficio dal comportamento del contribuente, essendosi prodotta un'anticipazione degli utili rispetto alla loro potenziale realizzazione" (cfr. punto 1 della memoria).

Al riguardo si osserva che accanto alle norme impositrici esistono una serie di norme formali o procedurali, dirette a disciplinare obblighi strumentali, che, al pari delle prime, devono essere osservate.

D'altra parte, non è affatto irrilevante ai fini impositivi trasferire arbitrariamente le perdite dagli esercizi in cui si sono verificate ad un altro (nel caso di specie dagli anni 1983-1986 al 1987). L'affermazione della contribuente secondo cui, ai sensi dell'art. 17 del d.P.R. 598/1973, le perdite avvenute nei periodi d'imposta 1983-1986 "erano certamente riportabili oltre il periodo 1987 e quindi certamente fino al 1987" (cfr. p. 15 del controricorso della ICEL), trascura di considerare che con l'espedito del trasferimento delle perdite all'esercizio 1987, realizzato con la sopravvalutazione delle rimanenze finali, essa aveva la possibilità, a norma dell'invocato art. 17 dell'art. 102 del d.P.R. 917/1986, di riportare le perdite fino al 1992, con evidente alterazione delle imposte dovute per i singoli esercizi.

Non può, al contrario, essere accolto il 2° motivo del ricorso principale.

È orientamento giurisprudenziale consolidato che gli interessi maturati sui crediti di imposta nei confronti dell'amministrazione finanziaria da una

Pertanto, va esaminato il caso alla luce della natura della revisione prezzi, che, come noto, compensava le variazioni dei costi dovute all'andamento del mercato e (salvo il periodo di vigenza della legge n. 700/1974 e sino alla legge n. 741/1981) era concessa dalla P.A. previo discrezionale accertamento dei requisiti. È quindi escluso che l'istituto abbia natura contrattuale; l'istituto, abrogato dall'art. 3 del decreto legge 333/1992 è, in realtà, di fonte esclusivamente normativa.

Poiché l'art. 60, 2 co., TUIR, rende imponibili al 50% le «maggiorazioni di prezzo» (e tale è il compenso revisionale) «richieste in applicazione di disposizioni di legge» al 50% e la revisione aveva fonte legale, non rilevando l'accertamento discrezionale (la norma si riferisce alle «richieste») a impedire tale conclusione (peraltro, *sub* L. n. 700/1974 la revisione era un diritto soggettivo perfetto) la conclusione, per la revisione prezzi, dovrebbe essere diversa. Del resto, le norme si fanno per essere applicate quindi, essendo fenomeno teorico quello della variazione legislativa di un corrispettivo (che peraltro, se tale, sarebbe una clausola *ex* 1339 c.c., automatica, senza necessità di istanze) il legislatore del TUIR non poteva che riferirsi all'istituto in esame.

L'affermazione della S.C. va quindi corretta, almeno per questo tipo di corrispettivo.

5. – Nella causa decisa l'appaltatore aveva «gonfiato» le rimanenze inserendovi pretese per revisione prezzi rilevatesi infondate. Ora, è nostro avviso che la domanda di revisione generi imponibile, e questa esegesi, non abrogante, della norma si presta a evidenti abusi per «scaglionare» nel tempo le perdite. Ma si deve rimarcare il dato, testuale, che le «richieste» imponibili al 50% sono quelle fatte «in applicazione» della legge. Esse non devono, quindi, essere arbitrarie o palesemente infondate, ma ragionevolmente accoglibili. Tale esame è facilitato, all'Ufficio, dalla lettura della motivazione del decreto ministeriale in tema di revisione che, si aggiunge, deve essere definitivo quando l'impresa «scarica» le rimanenze delle riserve iscritte «in disapplicazione» delle norme sulla revisione.

società di capitali nel vigore del d.P.R. 597/1973 non vanno inclusi nell'imponibile perché hanno natura compensativa e, quindi, non sono classificabili né come reddito di capitale né come reddito d'impresa. Né è applicabile lo *ius superveniens* di cui all'art. 56 del d.P.R. 917/1986, che sottopone a tassazione tutti gli interessi comunque conseguiti da soggetto che produce reddito d'impresa, in quanto la retroattività di tale norma opera, a norma dell'art. 36 del d.P.R. 42/1988, solo in caso di presentazione da parte del contribuente di dichiarazione conforme alla disciplina di cui al citato art. 56.

In conclusione, riuniti i due ricorsi, va rigettato il ricorso incidentale, accolto il 1° motivo del ricorso principale e rigettato il 2° motivo. Conseguono la cassazione della sentenza impugnata in relazione al motivo accolto, con rinvio, anche per le spese, ad altra sezione della Commissione Tributaria Regionale del Lazio.

P. Q. M.

Riunisce i ricorsi, rigetta il ricorso incidentale, accoglie il 1° motivo del ricorso principale e rigetta il 2° (*omissis*).

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 15 giugno 2001 n. 8119 – *Pres. Olla – Rel. Oddo – P.G. (conf.) Nardi – Ministero delle Finanze (avv. Stato De Stefano) C.S. S.p.a.*

Tributi erariali diretti – IRPEG – Maggiorazione di conguaglio – Computo – Determinazione reddito imponibile del periodo – Sopravvenienze passive (da imposte accertate) relative a periodi d'imposta anteriori al 1983 – Esclusione.

(Legge 16 dicembre 1977, n. 604, art. 1; Legge 25 novembre 1983, n. 649, art. 2; TUIR, artt. 11, 14, 105, 105-bis, 106; Legge 23 dicembre 1996, n. 662, art. 3, comma 162, lett. e) ed i); D.lgs. 18 dicembre 1997, n. 467, artt. 1 e 2).

A i soli fini del computo della maggiorazione di conguaglio, che ha per presupposto che gli utili distribuiti da una società di capitali ai soci siano superiori al reddito imponibile, per rendere eguali l'ammontare del credito d'imposta attribuito (anteriormente alle modifiche disposte con d.lgs. n. 467/1997) ai medesimi e e l'IRPEG scontata dalla società, le perdite e le sopravvenienze passive relative ad anni precedenti al 1983 non sono comprese nel reddito imponibile (fattispecie riferita a maggiori imposte accertate, relative a periodi anteriori, con provvedimento divenuto definitivo in anni successivi) (1)

(1) Credito d'imposta e maggiorazione di conguaglio.

1. – *Introduzione del meccanismo del credito d'imposta.*

Il meccanismo del credito d'imposta è stato adottato dal legislatore al fine di evitare la doppia imposizione (in senso economico e fattuale, ma non giuridico, attesa la diversità dei tributi (1)) degli utili societari.

(1) Infatti, come osservato dalla dottrina (cfr. L. CARPENTIERI – S.M. CECCACCI, *Dall'abrogazione della maggiorazione di conguaglio al nuovo credito d'imposta sugli utili di partecipazione (Decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 467)*, in *Riv. dir. trib.* 1999, I, 310, nota 4), «l'imposizione colpisce due presupposti giuridici distinti: quello della produzione del reddito, in capo alla società, ed il presupposto della percezione del reddito prodotto, in capo al socio percettore».

(*omissis*)

La S. S.p.A. ricorreva il 6 ottobre 1993 con separati atti avverso gli avvisi notificatili il 9 agosto 1993, con i quali l'Ufficio II.DD. di Torino aveva rettificato i redditi dichiarati dalla società per gli esercizi 1987, 1988, 1989 e 1990, comminando le relative pene pecuniarie, ed aveva accertato l'omesso assoggettamento

L'attuale impianto legislativo è il frutto di una successione di interventi normativi di cui è bene ripercorrere le tappe principali. Nel sistema scaturito dalla riforma del 1973 gli utili distribuiti (2) da società di capitali ed enti commerciali soggetti ad IRPEG (imposta sul reddito delle persone giuridiche), già assoggettati a detto tributo in capo al soggetto erogante al momento della produzione, erano poi nuovamente sottoposti ad IRPEF (imposta sul reddito delle persone fisiche) in capo al percettore, ovviamente con l'aliquota progressiva, al momento della loro distribuzione (detti utili erano, di già, esenti da ILOR in capo ai soci (3)). Per eliminare tale effetto distorsivo (4) con l'art. 1, della legge 16 dicembre 1977, n. 904, venne introdotto il c.d. «credito d'imposta sui dividendi». Tale meccanismo si basava sul riconoscimento al percettore di utili distribuiti da società di capitali (e non anche da enti commerciali) di un credito d'imposta pari a un terzo degli utili che avevano concorso a formare l'imponibile IRPEG (la cui aliquota era, all'epoca, del 25%). Date tali proporzioni, gli utili netti erano il 75% di quelli lordi, sicché un terzo degli stessi corrispondeva alla IRPEG assolta dalla società. Il meccanismo consentiva, in pratica, di «ripristinare, in capo al socio, quella che era l'originaria situazione verificatasi in capo alla società prima che questa determinasse l'IRPEG dovuta; si otteneva cioè che il dividendo imponibile in capo al socio venisse a coincidere con il dividendo distribuito dalla società al lordo dell'IRPEG su di esso pagata dalla società medesima e che, in sostanza, tale tributo si configurasse, di fatto, come un mero acconto dell'imposta dovuta dal socio medesimo al momento della percezione del dividendo» (5). A questo punto

(2) Vale a dire i dividendi, intesi come la quota di utili distribuiti ai soci sulla base di una delibera assembleare conforme, contrapponesi agli utili *tout court*, intesi come l'intera eccedenza di segno positivo conseguita dalla società al termine dell'esercizio.

(3) Cfr. art. 1, comma 2, lett. b) del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 599, successivamente ripreso dall'art. 115, comma 2, lett. a) del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917.

(4) Tale effetto non si produceva in capo agli utili prodotti da società di persone, che, attraverso il sistema della trasparenza, erano esentati dall'IRPEG, a fronte dell'automatica imputazione dei redditi societari ai soci, in proporzione delle quote di partecipazione. Risulta palese, quindi, come si finisse con l'espore detti utili ad un trattamento fiscale più favorevole rispetto a quelli prodotti da società soggette ad IRPEG.

(5) Cfr. A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, 2ª ed., Torino, 1998, 707. V., anche, R. LUPI, *Diritto tributario. Parte speciale. I sistemi dei singoli tributi*, 6ª ed., Milano, 2000, 249 ss.; F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Vol. 2. Parte speciale*, 5ª ed., Torino, 2000, 153 ss. (in particolare, nota 33); L. CARPENTIERI - S.M. CEC-CACCI, *Dall'abrogazione della maggiorazione di conguaglio al nuovo credito d'imposta sugli utili di partecipazione*, cit., 312 ss., che così precisa: il socio, «quando percepisce utili da società ... soggette ad IRPEG, acquisisce infatti, nei confronti del fisco, un credito d'imposta idealmente corrispondente alla quota d'imposta che ha già colpito quegli utili in capo alla società. Al momento di autoliquidare la propria imposta personale, il socio deve computare l'importo del credito d'imposta in aggiunta a quello degli utili, nella determinazione del proprio reddito imponibile complessivo relativo al periodo d'imposta in cui sono stati percepiti i dividendi societari (ricostruendo così presso di sé l'utile che avrebbe percepito se la società non fosse stata tenuta al pagamento dell'IRPEG); lo stesso importo del credito d'imposta viene quindi ammesso in detrazione dall'imposta dovuta dal socio, con diritto al rimborso dell'eventuale eccedenza. In tal modo l'imposta teorica gravante sugli utili societari percepiti dal socio viene ad essere annullata, per compensazione, dal credito d'imposta a questi riconosciuto dalla legge; viene così evitata la doppia imposizione economica degli utili societari, pur mantenendosi in vita la natura autonoma dell'imposizione con IRPEG sull'utile societario e pur tenendo conto della progressività dell'imposta personale gravante sul socio. Al tempo stesso, dato che il credito d'imposta risponde, altresì, al fine di assicurare la piena trasparenza delle società di capitali nei confronti dei soci, a questi ultimi possono anche venir trasferiti gli eventuali benefici già accordati alla società, rendendo così indifferente il rapporto tra spettanza del credito d'imposta e trattamento impositivo degli utili presso la società».

degli utili distribuiti alla maggiorazione a titolo di conguaglio I.r.p.e.g., istituita dall'art. 2, legge 25 novembre 1983, n. 649, e, quanto agli accertamenti, eccettuava una duplicazione dell'imposta, giacché dagli incrementi dei redditi imponibili sarebbero stati esclusi dei costi che avevano scontato le imposte anteriori all'entrata in vigore della istituzione della maggiorazione stessa per effetto di rettifiche in aumento ed erano divenuti fiscalmente deducibili in epoca successiva.

Con decisioni numeri 213, 214, 215 e 216 del 24 marzo 1994 la Commissione Tributaria di 1° grado di Torino accoglieva i ricorsi contro gli accertamenti, dichiarando, invece, estinti i processi relativamente alle contestazioni delle rettifiche per intervenuta presentazione di dichiarazione integrativa, e le pronunce, appellate dall'Amministrazione Finanziaria, venivano confermate il 18 marzo/15 aprile 1997 dalla Commissione Tributaria Regionale del Piemonte, previa riunione dei distinti procedimenti.

si potevano verificare tre eventualità. Qualora l'aliquota marginale del singolo socio fosse stata inferiore all'aliquota IRPEG, a seguito dello scomputo del credito d'imposta dall'imposta da questi dovuta, poteva emergere un credito a favore del contribuente. Qualora, invece, l'aliquota marginale del socio fosse stata superiore a quella IRPEG, questi era tenuto a versare al fisco la differenza. Infine, nel caso in cui il valore delle due aliquote fosse coinciso, si sarebbe verificata una perfetta compensazione tra l'IRPEG assolta dalla società e l'imposta gravante sul socio per i propri dividendi, realizzandosi una perfetta neutralità nel meccanismo di distribuzione degli utili.

2. – *Suoi effetti distorsivi: la maggiorazione di conguaglio.*

Fin dall'inizio, i primi commentatori dell'innovazione legislativa rilevarono come, ai fini del funzionamento di un tale meccanismo senza l'operare di effetti economici distorsivi, fosse necessario realizzare una perfetta coincidenza tra il credito d'imposta accordato al socio e l'IRPEG assolta dalla società (l'attribuzione del credito d'imposta, infatti, era del tutto automatica, dovendosi riconnettere alla distribuzione di un utile societario e prescindendo dall'effettivo pagamento delle imposte da parte della società erogante). Ora, il credito d'imposta riconosciuto al socio è calcolato in base all'ammontare dell'utile a lui distribuito (il quale, a sua volta, è dalla società calcolato sull'utile netto d'esercizio), mentre l'IRPEG è determinata sul reddito imponibile (che non è detto coincida con l'utile di esercizio). I problemi, in particolare, si ponevano nel caso in cui il reddito imponibile fosse stato inferiore all'utile lordo di esercizio (6). In tal caso, il credito d'imposta riconosciuto *automaticamente* al socio (in quanto tale riconoscimento avveniva a prescindere dall'effettivo onere tributario assolto dalla società) era maggiore dell'IRPEG pagata da quest'ultima sull'utile distribuito (7). Nel frattempo, inoltre, le proporzioni del meccanismo della legge 904 erano state alterate dalla elevazione al

(6) Ciò che può accadere in presenza di redditi esenti o soggetti a ritenuta a titolo d'imposta o ad imposta sostitutiva ovvero di proventi, come i redditi fondiari, assoggettati a tassazione su base catastale, quando, ovviamente, il reddito effettivo sia superiore a quello determinato ai fini fiscali.

(7) «Nell'ipotesi in cui i dividendi derivassero da utili non (o non integralmente) assoggettati ad IRPEG in capo alla società, perché esclusi, esenti ovvero assistiti da qualche agevolazione, l'incondizionata e illimitata attribuzione al socio del credito d'imposta sui dividendi distribuiti, pur potendo rispondere in linea generale alla scelta normativa di trasferire in capo al socio lo stesso trattamento di non tassazione che a tali utili era stato riconosciuto in capo alla società, finiva per tradursi in una distorsione ogni qual volta, in relazione alla particolare situazione del singolo socio percettore, l'attribuzione del credito d'imposta non si limitava a mantenere ai dividendi il trattamento agevolativo ad essi già riconosciuto in capo alla società, ma originava – ad esempio quando il percettore finale del dividendo fosse in perdita o avesse un'aliquota marginale inferiore a quella IRPEG – l'emersione di un diritto al rimborso in capo al socio per importi di IRPEG mai pagati dalla società distributrice del dividendo». Cfr. L. CARPENTIERI – S.M. CECCACCI, *Dall'abrogazione della maggiorazione di conguaglio al nuovo credito d'imposta sugli utili di partecipazione*, cit., 315 e 316.

I giudici, dopo avere premesso che funzione della maggiorazione di conguaglio è quella di assicurare la corrispondenza tra credito d'imposta spettante ai soci sugli utili percepiti ed onere tributario a carico dell'ente erogante, hanno osservato che il diniego di porne in compensazione la differenza negativa – cd. franchigia – verificatasi in epoca anteriore all'entrata in vigore della legge con maggiorazioni future violerebbe il divieto della doppia imposizione e che l'interpretazione ostativa alla retroattività della disciplina, contenuta nella circolare ministeriale 16 marzo 1984, n. 8, sarebbe contraria alla costituzione ed ai principi generali dell'ordinamento tributario.

Avverso la sentenza formulava ricorso per cassazione il 27 maggio 1998 l'Amministrazione Finanziaria dello Stato con un articolato motivo e la S. S.p.a. resisteva con controricorso notificato il 3 luglio 1998.

30% della aliquota dell'IRPEG, avvenuta con decreto legge 486 e 688/1982. In virtù di queste considerazioni, il legislatore ritenne opportuno intervenire con la legge 25 novembre 1983 n. 649, prevedendo, nei confronti delle medesime società, l'applicazione al momento della distribuzione di quella parte di utili che non avevano scontato l'IRPEG, pur dando luogo al sorgere del correlativo credito d'imposta, di una maggiorazione dell'IRPEG a titolo di conguaglio (che doveva essere uguale alla differenza tra credito d'imposta fruito ed IRPEG pagata). La maggiorazione di conguaglio realizzava, così, il c.d. «principio di copertura», in base al quale, al credito d'imposta spettante per gli utili distribuiti ai soci, deve corrispondere un pari onere tributario sostenuto dalla società.

3. – *Segue: la disciplina di cui all'art. 2 della legge n. 649/1983.*

La disciplina disegnata dalla legge (e poi integralmente recepita nell'art. 105 del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, in prosieguo TUIR) era la seguente. All'art. 2 si prevedeva, innanzi tutto, che con decorrenza dal periodo d'imposta in corso all'entrata in vigore della legge (1° dicembre 1983), l'aliquota dell'IRPEG fosse elevata al 36%. Quanto al credito d'imposta, la legge riconosceva, a ciascun socio percettore di dividendi, un credito d'imposta nella misura dei 9/16 degli stessi. Tale determinazione era stata effettuata sulla base dell'incidenza percentuale dell'IRPEG (la cui aliquota era pari, come detto, al 36%) sull'utile distribuibile (pari a 64, ipotizzando il reddito imponibile pari a 100). «In quella situazione, il credito d'imposta spettante al socio percettore dei dividendi veniva normativamente riconosciuto nella misura dei 9/16 dell'ammontare dei dividendi percepiti, proprio perché – rappresentando 9/16 il rapporto tra l'IRPEG dovuta dalla società (pari a 36) e l'utile ordinariamente distribuibile (pari a 64) a fronte di un reddito imponibile pari a 100 – tale importo rappresentava la quota d'imposta che la società aveva idealmente già pagato» (8). La legge prevedeva altresì (proprio per ovviare agli effetti distorsivi precedentemente esposti) che, qualora la società procedesse alla distribuzione di una quota di utili superiore al 64% dell'imponibile dichiarato (vale a dire di una quota di utili eccedente quella che residua dopo il pagamento dell'imposta ordinaria (9)), questa dovesse versare un prelievo compensativo (pari ovviamente al credito d'imposta) che andasse a controbilanciare il maggior credito automaticamente attribuito ai soci sui dividendi ad essi distribuiti: c.d. maggiorazione di conguaglio. Riassuntivamente (e in termini pratici) tutto il congegno (credito d'imposta e correlativa maggiorazione di conguaglio) verteva sulla scomposizione dell'utile di esercizio in due quote: una prima quota, che non poteva eccedere il 64% dell'imponibile dichiarato, poteva essere distribuita ordinariamente, senza l'applicazione di alcun prelievo compensativo; una seconda, ovviamente eccedente l'ammontare precedentemente indicato, era al contrario distribuibile solo con l'applicazione dell'apposito prelievo compensativo a carico della società.

(8) Cfr. L. CARPENTIERI – S.M. CECCACCI, *Dall'abrogazione della maggiorazione di conguaglio al nuovo credito d'imposta sugli utili di partecipazione*, cit., 313.

(9) Detto altrimenti, si trattava di utili che in tutto o in parte non avevano scontato l'IRPEG in capo alla società.

Motivi della decisione

La ricorrente ha denunciato la nullità della sentenza impugnata per violazione dell'art. 2, legge n. 649/1983, falsa applicazione dell'art. 67, d.P.R. 29 settembre 1993, n. 600, ed omessa motivazione su un punto decisivo della controversia.

Quanto alle riserve o fondi sospesi, erano distinti vari casi. I primi due non davano adito a particolari difficoltà, per ragioni opposte, e trattavano della distribuzione di riserve di carattere patrimoniale (formate con interessi di conguaglio, sovrapprezzi, e altre simili poste previste dall'art. 44, comma I, TUIR) non imponibili in capo ai soci, e quindi nemmeno danti causa di apposito credito d'imposta, e a maggior ragione della maggiorazione: quelle «sospese» e tassate nell'esercizio, per esempio proprio per il fatto di essere state distribuite, al contrario, incrementavano il reddito imponibile e quindi essendo imponibili in capo ai soci e alla società generavano il credito d'imposta, ma non la maggiorazione di conguaglio, avendo scontato l'imposta, integralmente, a monte.

Le riserve distribuite, formate con utili già tassati – si pensi allo storno di una riserva facoltativa – non tassabili ulteriormente in capo alla società generavano un credito d'imposta perché erano imponibili in capo ai soci. Però, il loro risparmio aveva, a suo tempo, evitato sia l'applicazione del credito d'imposta che della maggiorazione; per questa ragione esse, all'epoca della distribuzione, non davano luogo alla maggiorazione in predicato. Le riserve formate con utili non tassati, invece, non avendo mai concorso alla formazione dell'imponibile sociale, se distribuite, oltre a generare il credito d'imposta, generavano anche la maggiorazione di conguaglio (al 15%, aliquota forfettaria, se costituite prima del 1983, ai 9/16 se del 1983 o successive). Ciò a prescindere del rapporto tra utili e imponibile (10).

(10) Più in dettaglio, la disciplina era la seguente. Il legislatore, all'art. 2, comma 6, della citata legge n. 649/1983, aveva disposto che nella relazione degli amministratori delle società soggette ad IRPEG e in allegato alla dichiarazione dei redditi delle società stesse dovevano essere distintamente indicati:

a) l'ammontare complessivo delle riserve e degli altri fondi formati a decorrere dall'esercizio in corso alla data del 1° dicembre 1983 con utili o proventi assoggettati ad IRPEG;

b) l'ammontare complessivo delle riserve e degli altri fondi formati con utili o proventi non assoggettati ad IRPEG a decorrere dall'esercizio in corso alla data del 1° dicembre 1983 (richiamando il comma III, prima parte, del suddetto art. 2);

c) l'ammontare complessivo delle riserve e degli altri fondi già esistenti alla fine dell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla data del 1° dicembre 1983, o formati con utili o proventi di tale ultimo esercizio (richiamando il comma IV);

d) l'ammontare complessivo delle riserve e degli altri fondi che in caso di distribuzione concorrono a formare il reddito imponibile della società o dell'ente (richiamando il comma III, lett. a) dell'art. 2);

e) l'ammontare complessivo delle riserve e degli altri fondi che, in quanto di origine patrimoniale e non reddituale, in caso di distribuzione non concorrono a formare il reddito imponibile dei soci o dei partecipanti (richiamando il comma III, lett. b) dell'art. 2). Le riserve ed i fondi di cui ai precedenti punti a), d) ed e) non rientrano nel campo di applicazione della maggiorazione di conguaglio e ciò in quanto sono irrilevanti ai fini della stessa visto che riguardano somme non sottratte all'imposizione (quelle delle riserve di cui alla lettera d) sono, infatti, imponibili in capo alla società o all'ente al momento della distribuzione) ovvero concernono somme la cui percezione non dà luogo a tassazione e, ovviamente, neanche a credito d'imposta. L'obbligo di versare l'imposta di conguaglio sorgeva al momento della distribuzione di somme prelevate dalle riserve di cui alle lettere b) e c); peraltro, mentre il legislatore aveva stabilito che la distribuzione di utili con somme prelevate dalle riserve di cui alla lettera c) determinasse l'applicazione dell'imposta di conguaglio nell'ordinaria misura dei 9/16, il prelevamento di somme dalle riserve di cui alla lettera b) faceva sorgere l'obbligo di versamento della maggiorazione di conguaglio nella minore misura del 15%. Qualora non si ottemperasse all'obbligo di «specificazione» delle riserve in sede di relazione degli amministratori o di dichiarazione dei redditi, e si distribuissero utili mediante prelievo di somme da riserve o fondi, l'imposta era in ogni caso aumentata di un importo pari ai 9/16 delle somme distribuite mediante tale prelievo. Se, invece, il predetto obbligo era stato correttamente adempiuto ma nella delibera di distribuzione degli utili non era stato specificato da quali riserve erano prelevate le somme distribuite, queste si consideravano prelevate dalle riserve (o dagli altri fondi) nell'ordine in cui erano state sopra elencate (art. 2, comma VII).

Infine, ai fini della determinazione della «soglia» del 64% del reddito imponibile, non si doveva tener conto degli utili assegnati alle azioni di risparmio al portatore (che, essendo soggetti alla ritenuta a titolo d'imposta del 15%, non danno luogo al sorgere del credito d'imposta).

In particolare ha dedotto, da un lato, che, essendo la franchigia prodotta dall'imposizione con l'aliquota del 36% del risultato finale del conto dei profitti e delle perdite, non potrebbe dare luogo a credito d'imposta una componente del bilancio che non costituisca reddito e, dall'altro, che la disciplina invocata, disponendo il calcolo del reddito imponibile al lordo delle perdite riportate da esercizi precedenti, escluderebbe la possibilità di apprezzare in quelli successivi singole poste negative dei conti economici, e che gli utili corrisposti ai soci in misura superiore al 64% al reddito imponibile della società potrebbero essere esclusi dalla maggiorazione a titolo di conguaglio dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche unicamente se prelevati da riserve o fondi assoggettati in passato ad imposta.

Ha soggiunto che neppure le norme introdotte dal d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, giustificerebbero una diversa conclusione, giacché l'art. 105, comma 3, farebbe riferimento alla futura utilizzabilità dell'eccedenza di franchigia calcolata con riferimento a redditi societari assoggettati ad imposta e l'art. 107, comma 1, all'esclusione della maggiorazione a titolo di conguaglio nel caso di rettifica in aumento del reddito imponibile.

Nessuna violazione del divieto di doppia imposizione, infine, sarebbe ravvisabile nella specie, in quanto l'imposta sul reddito delle società ed a quella sui dividendi percepiti dai soci avrebbero presupposti diversi e si distinguerebbero per i soggetti ed il momento di percezione dei redditi.

Il motivo è fondato.

In sostanza, mentre per gli utili di esercizio valeva il principio generale del rapporto utili/imponibile, le riserve distribuite, invece, purché tassate, nell'esercizio corrente o in quelli precedenti, non generavano mai tale maggiorazione perché il relativo credito spettante ai soci era coperto dall'IRPEG su esse gravante: la *ratio legis* era evitare che al credito non corrispondesse, a monte, un cespite distribuito tassabile. Per la ragione opposta si spiega invece la regola relativa alle riserve e fondi non tassati.

4. – *La fattispecie decisa dalla Suprema Corte.*

È in questo contesto normativo che si colloca la presente pronunzia della Cassazione. È opportuno premettere alcuni brevi cenni circa la fattispecie posta all'attenzione dei giudici. Nel 1993 una S.p.a. ricorreva, di fronte alla commissione tributaria di Torino, avverso alcuni avvisi con i quali erano stati rettificati i redditi dichiarati dalla società (per gli esercizi dal 1987 al 1990), comminando le relative pene pecuniarie, e che avevano accertato l'omesso assoggettamento degli utili distribuiti alla maggiorazione di conguaglio IRPEG. La ricorrente «eccepiva una duplicazione dell'imposta, giacché dagli incrementi dei redditi imponibili sarebbero stati esclusi dei costi che avevano scontato le imposte in esercizi anteriori all'entrata in vigore dell'istituzione della maggiorazione stessa per effetto delle rettifiche in aumento ed erano divenuti fiscalmente deducibili in epoca successiva». Le doglianze venivano accolte in primo grado e, in seguito ad impugnazione dell'Amministrazione Finanziaria, le statuizioni erano confermate in appello. Il Supremo Collegio ha accolto le doglianze svolte dalla P.A., affermando che «nel computo del reddito imponibile, oltre a quella parte del reddito che è stata legittimamente utilizzata per ripianare le perdite di precedenti esercizi, non possono, dunque, essere incluse componenti negative verificatesi in esercizi anteriori l'entrata in vigore la legge n. 649/1983..., non solo per la ragione testuale del richiamo della norma alle sole perdite riportate dagli anni precedenti e per l'assenza di omogeneità contabile e di bilancio tra le stesse ed i costi non deducibili, ma soprattutto perché la diversità dei regimi impositivi e delle aliquote succedutisi nel tempo non consentirebbe con il computo dell'imponibile al lordo di tali componenti, come anche delle perdite anteriori, alcuna compensazione, ma realizzerebbe,

L'addizionale di conguaglio, introdotta dalla legge n. 649/1983 contestualmente all'elevazione al 36% dell'aliquota dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche ed alla fissazione nei 9/16 del credito d'imposta dei soci sugli utili che concorrono a formare il loro reddito imponibile, ha come presupposto un'eccedenza dei dividendi distribuiti sull'utile di esercizio rispetto al 64% del reddito imponibile, al lordo delle perdite riportate da precedenti esercizi, dichiarato dalla società ai fini dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche dovuta per l'esercizio medesimo.

al contrario, uno squilibrio tra l'ammontare delle imposte sul reddito corrisposte in passato dalla società ed i crediti di imposta che risulterebbero in favore dei soci». Quanto deciso appare (pienamente) condivisibile. Infatti l'art. 105 del TUIR, nel testo allora vigente, limita alle sole perdite riportate a nuovo la possibilità del successivo computo (ai soli fini, beninteso, dell'istituto in esame).

5. – *Gli effetti distorsivi scaturenti dalla maggiorazione di conguaglio.*

L'impianto legislativo dianzi descritto (al rispetto del quale è ascrivibile la pronunzia della Cassazione) era stato sostanzialmente confermato con il TUIR, che, con l'art. 14, aveva esteso la disciplina del credito d'imposta e della maggiorazione di conguaglio anche agli utili distribuiti dagli enti commerciali, che ne erano precedentemente esclusi. Inoltre, il TUIR aveva anche disciplinato (art. 105, comma 3) il caso in cui l'utile risultante dal bilancio fosse inferiore al 64% del reddito dichiarato, prevedendo che il contribuente non perdesse questa differenza negativa (cosiddetta «franchigia») ma la utilizzasse per compensare una possibile maggiorazione futura (11).

Tuttavia, ben presto ci si rese conto che l'applicazione della maggiorazione di conguaglio come correttivo al meccanismo del credito d'imposta non costituiva la «panacea di tutti i mali», ma anzi dava luogo ad effetti economici distorsivi altrettanto rilevanti. Ad esempio, l'art. 16, comma 1, TUIR, aveva espressamente affrancato dalla maggiorazione di conguaglio gli utili intassabili prodotti dalle società operanti nel Mezzogiorno, trasferendo in capo al socio la stessa agevolazione che era stata riconosciuta alla società, con l'evidente fine di evitare che il prelievo compensativo operasse in modo da riassorbire le agevolazioni riconosciute in capo alla medesima. Un correttivo *ad hoc* di questo tipo presentava, tuttavia, l'inconveniente di creare vere e proprie rendite di posizione per quei soci che, in ragione di un'aliquota media inferiore al 36%, conseguivano, con il credito d'imposta, il diritto al rimborso per un'imposta mai pagata dalla società e che non veniva compensata con la maggiorazione di conguaglio. Un'altra significativa distorsione veniva a prodursi in relazione ai dividendi corrisposti ai soci non residenti, come noto assoggettati ad una ritenuta alla fonte a titolo d'imposta. Risulta palese che in tal caso, non godendo i soci di alcun credito d'imposta, non poteva verificarsi (sia sul piano pratico sia su quello teorico) alcun effetto distorsivo (vale a dire l'attribuzione del credito d'imposta relativamente ad utili non assoggettati ad IRPEG) alla cui prevenzione era deputata la maggiorazione di conguaglio. In virtù di tali considerazioni, fu rilevata da più parti (tra le quali lo stesso Ministero delle finanze) l'incongruenza dell'automatica applicazione della maggiorazione di conguaglio in capo alla società erogante,

(11) In particolare poteva verificarsi che: la società già possedesse riserve formate da utili o proventi non assoggettati ad imposte; in tal caso la «franchigia» era portata in diminuzione di tali riserve e l'importo così affrancato veniva trasferito alle riserve di cui alla precedente lettera a); la società non possedesse tali riserve, ovvero queste fossero di ammontare inferiore alla «franchigia»; in tal caso la quota esuberante di «franchigia» sarebbe stata calcolata in aumento degli utili che, nei successivi esercizi, potevano essere distribuiti senza maggiorazione. Si ricorda, inoltre, che solo con il TUIR le disposizioni sul credito d'imposta vennero recepite, anche formalmente, nel sistema delle imposte sui redditi, cosa che in precedenza (vale a dire nel vigore del d.P.R. n. 597/1973: quindi fino al 31 dicembre 1987) non si era ancora verificata. Altre novità erano rappresentate dalla determinazione del credito d'imposta sulla base del valore normale nel caso di distribuzione di utili in natura e dalla computazione del credito d'imposta in aumento del reddito complessivo (e non degli utili da partecipazione) del socio percettore.

Tale imposizione ha la funzione compensativa di rendere il credito d'imposta, riconosciuto ai soci in ragione della percezione dei dividendi, esattamente pari all'imposta complessiva versata dalla società a titolo di I.r.p.e.g. e l'operatività della relativa disciplina trova conseguentemente i suoi limiti nella possibilità di rimuovere attraverso l'applicazione della stessa l'effetto distorsivo del meccanismo del credito d'imposta integrale introdotto dalla legge 16 dicembre 1977, n. 904, connesso alla possibilità di eccedenza dello stesso rispetto all'imposta assolta dalla società.

auspicando sul punto un intervento legislativo. È noto, infatti, che nel corso degli anni '90 alcuni paesi europei (Francia, Germania, Gran Bretagna e Paesi Bassi) ottennero dall'Italia la rinegoziazione dei rispettivi trattati contro le doppie imposizioni. Sulla base della nuova disciplina la maggiorazione di conguaglio fu ricompresa fra le imposte soggette all'applicazione di una speciale disciplina pattizia, che include una sorta di rimborso al socio del prelievo compensativo corrisposto sui propri dividendi (12). Senza contare che a queste distorsioni andava ad aggiungersi quella del mancato adeguamento della misura del credito d'imposta alla nuova aliquota IRPEG, che era ormai pari al 37%.

Tutto ciò ha indotto il legislatore ad abrogare la maggiorazione di conguaglio, nel quadro di un più vasto riordino del sistema tributario che ha visto la sostanziale modifica subita dall'imposizione sugli utili societari per effetto dell'introduzione della *Dual Income Tax*, l'abrogazione dell'ILOR (per effetto della sua sostituzione con l'IRAP) e la c.d. riorganizzazione d'impresa (di cui al d.lgs. 8 ottobre 1997, n. 357), in base alla quale le operazioni societarie straordinarie ora tassate con imposta sostitutiva del 27% (in luogo di quella ordinaria del 37%).

6. – *La nuova disciplina dell'imposizione degli utili societari.*

Nel quadro della più ampia riforma del sistema tributario, disposta con le deleghe della legge 23 dicembre 1996, n. 662 (13), il legislatore aveva previsto, con l'art. 3, comma 162, lettere e) ed ò), l'abrogazione dell'istituto della maggiorazione di conguaglio e l'affrancamento obbligatorio delle riserve assoggettabili alla suddetta maggiorazione attraverso il pagamento di un'imposta sostitutiva, indeducibile dal reddito d'impresa e non superiore al 6%. Aveva, inoltre, disposto la revisione della disciplina del credito d'imposta, sia al fine di un coordinamento con l'intervenuta abrogazione della maggiorazione di conguaglio, sia al fine di assicurare la corrispondenza tra ammontare del credito d'imposta riconosciuto ai soci ed effettivo ammontare dell'imposta pagata dalla società alla cui distribuzione di utili il credito d'imposta è riferito. Con l'attuazione della suddetta delega ad opera del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 467, da un'imposizione compensativa (volta a bilanciare gli effetti di un'automatica attribuzione al socio del credito d'imposta) a carico della società erogante i dividendi si è passati ad un regime in cui l'importo del credito d'imposta attribuito ai soci in occasione della distribuzione di dividendi appare strettamente commisurato all'effettivo ammontare dell'imposta assolta dalla società partecipata alla cui distribuzione di utili il credito si riferisce. In quest'ottica, la società che distribuisca dividendi che non hanno scontato imposta, in tutto o in parte, non è dunque più tenuta ad effettuare alcun versamento a titolo di conguaglio all'atto della distribuzione dei dividendi; corrispondentemente, però, il credito d'imposta spetterà ai soci solo se

(12) Sulla questione dell'applicabilità della maggiorazione di conguaglio ai dividendi erogati ai soci non residenti era stata chiamata a pronunciarsi anche la Corte costituzionale (si tratta della sentenza 5 febbraio 1992, n. 44, in *Giur. cost.* 1992, 258 ss.), che tuttavia aveva rimesso la questione alla discrezionalità del legislatore. Per una più ampia casistica di effetti economici distorsivi scaturenti dall'applicazione della maggiorazione di conguaglio si rinvia a L. CARPENTIERI. – S.M. CECCACCI, *Dall'abrogazione della maggiorazione di conguaglio al nuovo credito d'imposta sugli utili di partecipazione*, cit., 318 ss. Sul tema cfr., inoltre, R. LUPI, *Diritto tributario. Parte speciale*, cit., 250 ss.; E. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Parte speciale*, cit., 154 (in particolare, nota 34).

(13) Tra le quali spicca la novella dell'art. 27 del d.P.R. n. 600/1973 (operata con l'art. 12, comma 8, del d.lgs. 21 novembre 1997, n. 461), con cui è stato radicalmente modificato il principio di tassazione degli utili societari in capo alle persone fisiche residenti diversi dagli imprenditori.

Nel computo del reddito imponibile, oltre a quella parte del reddito che è stata legittimamente utilizzata per ripianare le perdite di precedenti esercizi, non possono, dunque, essere incluse componenti negative verificatesi in esercizi anteriori l'entrata in vigore la legge n. 649/1983 (cfr.: Cass. civ., sez. I, sent. 26 giugno 1999, n. 6631), non solo per la ragione testuale del richiamo della norma alle sole perdite riportate dagli anni precedenti e per l'assenza di omogeneità contabile e di bilancio tra le stesse ed i costi non deducibili, ma soprattutto perché la diversità dei regimi impositivi e delle aliquote succedutisi nel tempo non consentirebbe con il computo dell'imponibile al lordo di tali componenti, come anche delle perdite anteriori, alcuna compensazione, ma realizzerebbe, al contrario, uno squilibrio tra l'ammontare delle imposte sul reddito corrisposte in passato dalla società ed i crediti di imposta che risulterebbero in favore dei soci.

e nella misura in cui la società abbia pagato l'imposta. «Nell'attuale disciplina dell'imposizione sugli utili societari, il credito d'imposta sopravvive dunque solo quale strumento normativo volto ad evitare che un reddito prodotto in forma associata, e già preso in considerazione ai fini fiscali in capo alla società erogante i dividendi, possa venire nuovamente tassato in capo al socio all'atto della distribuzione: il credito d'imposta è dunque riconosciuto al socio solo nei limiti delle imposte pagate dalla società partecipante; coerentemente, quest'ultima non sarà più tenuta ad attuare quella «copertura» del credito d'imposta a prescindere da qualsiasi verifica di capienza dello stesso in imposte precedentemente versate dalla società» (14).

Il nuovo regime di tassazione dei dividendi societari verte sulla distinzione, in capo alla società erogante i dividendi, tra imposte effettivamente assolte, anche in via sostitutiva, a titolo di IRPEG, a fronte delle quali potrà essere attribuito al socio un credito d'imposta ordinario e quindi «pieno», ed imposte da considerarsi «virtuali», perché mai versate, a frontedelle quali verrà attribuito al socio un credito «limitato», in quanto esclusivamente volto a mantenere, in capo al socio stesso, il beneficio della non imponibilità di eventuali proventi agevolati. In tal modo, l'esenzione o agevolazione prevista per gli utili della società opera anche presso il socio, a cui quegli utili sono distribuiti. Si parla di credito «limitato» perché la sua funzione è unicamente quella di annullare l'imposta che sarebbe dovuta dal socio su quei dividendi: esso non attribuisce al socio né il diritto al rimborso, né il diritto al riporto a nuovo del credito stesso (art. 11, comma 3-bis, TUIR) (15).

(14) Cfr. Cfr. L. CARPENTIERI – S.M. CECCACCI, *Dall'abrogazione della maggiorazione di conguaglio al nuovo credito d'imposta sugli utili di partecipazione*, cit., 325.

(15) «In tal modo nella nuova disciplina non sarà più configurabile, in capo ai soci, un diritto al rimborso dei crediti d'imposta non generato da un effettivo pagamento di imposta da parte della società erogante i dividendi (si pensi, ad esempio, al caso degli utili distribuiti da società con sede nel Mezzogiorno, le quali producono redditi non tassabili). Come evidenziato nella relazione ministeriale allo schema di d.lgs. n. 467 «si tratta, in definitiva, di estendere a tutti i contribuenti il sistema attualmente in vigore nei rapporti fra società madri italiane e figlie domiciliate nella UE (art. 96-bis TUIR; cioè di accogliere la soluzione già adottata dall'art. 96-bis TUIR per i dividendi intracomunitari, limitando il diritto al rimborso del credito d'imposta non utilizzato a fronte delle imposte dovute dal percettore per il (solo) periodo d'imposta in corso al momento della percezione». Cfr. L. CARPENTIERI – S.M. CECCACCI, *Dall'abrogazione della maggiorazione di conguaglio al nuovo credito d'imposta sugli utili di partecipazione*, cit., 325 e 326.

Infine, il comma 3-ter, dell'art. 11, riconosce al contribuente la facoltà di non avvalersi del credito d'imposta «limitato», facoltà di cui il contribuente potrà avvantaggiarsi nel caso in cui dal pieno utilizzo del credito d'imposta possa derivargli un danno (ad esempio in termini di riduzione della perdita fiscale riportabile in compensazione dei redditi di successivi periodi potrà evitare di computare il credito d'imposta «limitato» in aumento del reddito complessivo e in detrazione dall'imposta).

L'eterogeneità dei presupposti dell'imposizione sui redditi delle persone giuridiche e delle persone fisiche esclude, infine, qualsiasi rilevanza nella controversia del principio invocato del divieto di doppia imposizione stabilito dall'art. 127, d.P.R. 22 dicembre 1996, n. 917.

Si opera quindi un passaggio da un regime nel quale l'attribuzione del credito d'imposta, senza l'applicazione della maggiorazione di conguaglio, dipendeva sostanzialmente da una preventiva distinzione tra riserve ed utili soggetti o meno al prelievo compensativo (effettuata nella relazione degli amministratori allegata al bilancio e nella dichiarazione dei redditi: art. 105 TUIR, versione *ante* riforma) ad uno nel quale si distingue tra imposte effettivamente assolte dalla società o meno (c.d. «memorizzazione»). Infatti, *ex* art. 105 del TUIR (versione *post* riforma), la società, ai fini dell'attribuzione del credito d'imposta, è tenuta a «memorizzare» le imposte assolte sui redditi, e quelle non assolte per effetto di esenzione o agevolazione, così da correlare a tali importi il credito d'imposta. La società deve dunque calcolare due importi (c.d. canestri). Un primo ammontare comprende le imposte che effettivamente sono state corrisposte (art. 105, commi 2 e 3), tra le quali sono comprese l'IRPEG annuale, o le imposte sostitutive, nonché l'imposta sostitutiva di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 467 e perfino le imposte di precedenti periodi accertate in via definitiva: ad esso corrisponde il credito d'imposta c.d. «pieno» (16). Un secondo ammontare è formato dalle imposte «virtuali» (art. 105, comma 4), vale a dire quelle imposte figurative calcolate (e non assolte) su redditi che appunto non hanno scontato, in tutto o in parte, imposta in virtù dell'agevolazione di cui hanno goduto certi proventi societari, oppure, per simmetria, le imposte non assolte dalla società su utili a loro volta distribuiti in agevolazione alla stessa per cui spetti il credito d'imposta limitato. A dette imposte corrisponde, presso il socio, il credito d'imposta «limitato» (17). Il credito d'imposta è pari al 58,73% del dividendo percepito (art. 14, comma 1, TUIR), vale a dire al rapporto tra 37 e 63, ossia tra l'imposta (ora all'aliquota del 37%) dovuta su un imponibile di 100, e l'importo residuo, distribuibile ai soci, adeguando finalmente il valore del credito d'imposta all'aumento dell'aliquota IRPEG.

Sono state dettate opportune disposizioni transitorie per il computo dei canestri nei primi anni di vigenza del nuovo regime dall'art. 3 del decreto.

(16) In base all'art. 105, comma 2, nel primo canestro confluiscono generalmente (attribuendo ai soci il credito d'imposta «pieno») le imposte effettivamente pagate dalla società o già liquidate o, infine, definitivamente accertate al momento della delibera di distribuzione dei dividendi, salve alcune eccezioni stabilite dal comma 3 del medesimo articolo. Per una puntuale disamina delle stesse e dell'intera disciplina si rinvia a L. CARPENTIERI – S.M. CECCACCI, *Dall'abrogazione della maggiorazione di conguaglio al nuovo credito d'imposta sugli utili di partecipazione*, cit., 328 ss.

(17) «Evidentemente, nel caso in cui il reddito non sia stato integralmente esonerato da imposte in capo alla società, ma semplicemente tassato con un'aliquota ridotta o con un'imposta sostitutiva, anche al socio sarà trasferito tale beneficio parziale; in particolare, per quel che riguarda gli utili soggetti ad aliquota ridotta ai sensi dell'art. 105 del d.P.R. n. 218/1978 e dell'art. 2 della legge n. 26/1986, l'art. 106 TUIR prevede che gli utili assoggettati a tassazione con aliquota ridotta alla metà si considerano come utili che non concorrono a formare il reddito per il 50% del loro ammontare; pertanto le imposte virtuali riferibili a tali utili saranno pari al 58,73% del 50% dell'ammontare degli utili stessi. Si deve infine ricordare che, secondo la lettera dell'art. 105, comma 4, TUIR, le agevolazioni riconosciute alla società possono essere trasferite ai soci mediante il riconoscimento di un credito di imposta limitato solo a fronte di una norma che espressamente lo preveda: si tratta, nell'attuale ordinamento, degli artt. 96, 96-bis e 106 del TUIR». Sul tema cfr. L. CARPENTIERI – S.M. CECCACCI, *Dall'abrogazione della maggiorazione di conguaglio al nuovo credito d'imposta sugli utili di partecipazione*, cit., 334 ss.

Alla fondatezza di uno degli argomenti del motivo di ricorso segue la cassazione della sentenza impugnata con rinvio, anche per le spese, ad altra sezione della Commissione Tributaria Regionale del Piemonte.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese del procedimento di cassazione, ad altra sezione della Commissione Tributaria Regionale del Piemonte.

(omissis)

Infine, l'art. 105, comma 5, TUIR prevede che, indipendentemente dall'utilizzabilità del credito d'imposta da parte dei soci o partecipanti, l'ammontare delle imposte memorizzate nei due canestri deve obbligatoriamente subire una riduzione all'atto della distribuzione dei dividendi. La *ratio legis* è quella di evitare che, nelle situazioni in cui i soci non utilizzano il credito d'imposta, la società non operi il discarico delle imposte collegate alla distribuzione (18). La società può comunque aumentare l'importo del primo canestro a condizione di versare l'imposta corrispondente (art. 105-*bis*)

Conclusivamente, preme fare una precisazione. Come si è visto il legislatore del 1996-97 ha provveduto ad un integrale riordino della materia, cercando di sopperire agli effetti economici distorsivi frutto della pregressa disciplina. Tuttavia non possono venire obliterati gli elementi di continuità che legano il vecchio al nuovo. *In primis*, ovviamente, il fine di impedire la doppia imposizione fiscale dei dividendi di società di capitali e il potenziale trattamento fiscale più oneroso rispetto a quello riservato alle società di persone. In secondo luogo (ma non per questo meno importante) il tentativo di incentivare il più possibile la distribuzione di utili. Il credito d'imposta viene, infatti, corrisposto solo per gli utili distribuiti. Ora, poiché la tassazione con IRPEG dei redditi distribuiti ai soci è annullata economicamente dal credito d'imposta del socio, «si può dire che l'IRPEG colpisce economicamente le società solo per i redditi non distribuiti» (19).

DOTT.SSA CRISTINA GIORGIANTONIO

(18) «La situazione si potrebbe verificare sia nelle ipotesi in cui la ritenuta venga applicata a titolo d'imposta o quando i soci non ne hanno diritto, come nel caso di soci non residenti, sia quando i singoli soci abbiano rinunciato al credito d'imposta limitato; v. art. 11, comma 3-*ter* e 94, comma 1-*ter*, TUIR».

«Ai sensi dell'art. 105-*bis*, se la società erogante intende distribuire dividendi con credito d'imposta «pieno» nonostante l'ammontare delle imposte memorizzato nei due canestri non sia sufficiente a coprire i crediti che si vogliono attribuire, essa potrà incrementare l'ammontare delle imposte comprese nel primo canestro – quello che attribuisce il credito d'imposta pieno – attraverso un versamento integrativo, sostanzialmente riproduttivo della vecchia maggiorazione di conguaglio (anche se, a differenza di quella, spontaneo) che dovrà essere indicato in dichiarazione dei redditi tra gli incrementi delle imposte di cui alla stessa lett. *a*) del comma 1 dell'art. 105 TUIR» (vale a dire di quelle imposte che danno diritto al credito d'imposta «pieno»).

(19) Cfr. F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Parte speciale, cit.*, 148, che prosegue affermando: «Per i redditi distribuiti, il prelievo tributario presso la società opera, dal punto di vista economico, come un'anticipazione dell'imposta che sarà poi dovuta in via definitiva dal socio. Si dice, perciò, che, per tali enti, l'IRPEG ha una funzione strumentale rispetto all'imposta che grava sui redditi dei soci persone fisiche».

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 19 giugno 2001 n. 8344 – *Pres. Carbone – Rel. Merone – P.G. (conf.) Sepe – Soc. C. contro Ministero delle Finanze (avv. Stato De Stefano).*

IVA – Rettifica – Prove – Documenti acquisiti nel corso di perquisizione disposta dal P.M. – Utilizzabilità.

(artt. 52, 54 e 63 d.P.R. 633/1972).

Legittimamente l'Ufficio utilizza nel procedimento di rettifica e nel successivo processo, acquisiti da militari della Guardia di Finanza in occasione di una perquisizione disposta dal P.M. (1).

(1) Procedimento penale ed accertamento tributario: inutilizzabilità o utilizzabilità di atti viziati.

Le medesime circostanze di fatto possono essere rilevanti sia ai fini della prova di un illecito penale che di un'obbligazione tributaria.

Ambo i rapporti sono soggetti a una complessa, e distinta, metodologia di accertamento di diritto pubblico, che prevede, quindi, regole diverse. Il problema del coordinamento delle discipline è allora notevole, sol che si consideri che l'una o l'altra delle vie di acquisizione della verità fattuale potrebbe essere affetta da vizi, e che tali vizi, in ipotesi non sanabili nell'un campo (penale, o tributario) potrebbero, o meno, avere automatica rilevanza nell'atto.

2. – I principi

In linea generale, il legislatore ha previsto che «la Guardia di Finanza, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria procedente in relazione alle norme sul segreto... utilizza e trasmette agli Uffici... documenti dati e notizie acquisiti direttamente o riferiti da altre Forze di Polizia».

Dunque, destinatario delle norme è solo il Corpo della Guardia di Finanza, non anche gli altri organi di P.G. e, tantomeno, il PM, titolare delle indagini preliminari. Se altre Forze di Polizia, però riferiscono alla Guardia di Finanza atti o notizie rilevanti, questa può utilizzarli.

Si deve ritenere che la norma regoli i soli casi di acquisizione di atti in occasione dell'esercizio delle funzioni di PG., non anche, quindi, in quelle di polizia di sicurezza (ad esempio, in occasione di una perquisizione alla ricerca di armi ex art. 48 TULPS).

In tale ultimo caso, ove la Finanza ravvisi l'esistenza di indizi o prove idonee a riferiti tini tributari, dovrà avviare autonomamente un accertamento omessa, però, nel caso di perquisizione autorizzata *ex lege*, la necessità di richiedere un'autorizzazione al PM per accedere al luogo, mentre, una volta esclusa la presenza di armi o stupefacenti e ravvisati gli estremi dell'illecito fiscale, dovrà chiedersi la stessa, a norma dell'art. 52, 2 co., d.P.R. 633/1972 per l'apertura di pieghi, borse e plichi.

I dati e documenti raccolti, non solo in sede di accesso, ma durante le indagini preliminari (si pensi al verbale di interrogatorio dell'indagato o alle sommarie informazioni di persone informate sui fatti) possono, quindi, essere «utilizzati» a fini di ulteriori indagini meramente tributarie ovvero direttamente «trasmessi», omesso ogni altro adempimento, all'Ufficio, su autorizzazione della A.G. penale e nell'osservanza delle norme relative al segreto d'indagine.

Tale segreto sussiste sinché l'indiziato non abbia legale conoscibilità degli atti, ma il P.M. può desegretare atti di indagine, sicché un'eventuale autorizzazione che violi l'art. 329 c.p.p. come si atteggia rispetto ai due procedimenti?

La Cassazione è ferma, in primo luogo, nell'affermare che le eventuali nullità o violazioni del c.p.p. non hanno effetto sull'accertamento, essendo, semmai, sanzionabili in seno al processo penale.

1.1. La C. snc, rappresentata e difesa come in atti, ricorre contro il Ministero delle Finanze, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex Iege* dalla Avvocatura Generale dello Stato, per la cassazione della sentenza specificata in epigrafe, con la quale la Commissione Tributaria Regionale di Venezia ha confermato la sentenza di primo grado di rigetto del ricorso della società.

1.2. In fatto, la controversia ha ad oggetto due avvisi di rettifica delle dichiarazioni IVA relative agli anni 1991 e 1992, notificati alla società a seguito di controlli fiscali disposti nell'ambito di indagini di polizia giudiziaria a carico del dr. A. B. legale rappresentante della società ricorrente. In particolare, a seguito di accesso domiciliare, regolarmente autorizzato, militari della guardia di finanza hanno acquisito copiosa documentazione extracontabile, relativa alla società, sulla base della quale iniziavano una verifica fiscale nei confronti della stessa, conclusasi con processo verbale di constatazione del 24 luglio 1992.

Alla società sono state contestate le seguenti violazioni:

a) per l'anno 1991, omesso versamento I.V.A. per errata applicazione di aliquota su due fatture, per dichiarazione infedele e per indebita detrazione di imposta, e presentazione della dichiarazione con dati inesatti;

b) per l'anno 1992, omessa autofatturazione, dichiarazione infedele e contenente dati inesatti.

Tale conclusione deve essere condivisa. Il P.M. autorizzante (si ricordi che l'autorizzazione è necessaria anche dopo la caduta del segreto d'indagine: altrimenti la G.d.F. dovrebbe..., chiedere rituale copia degli atti, già in suo possesso nel primo originale, per inviarli all'ufficio) non è organo del procedimento tributario né la G.d.F. operante può essere posta in condizione di conoscere se il segreto d'indagine sia o meno ancora in atti. Quindi, la autorizzazione «precoce» non vizia la successiva trasmissione degli atti.

Essa peraltro, non mi pare equivalga a una desegretazione, questa (ad. 329, 2 co.) essendo finalizzata alla «pubblicazione» a fini di indagine.

La giurisprudenza è costante nell'affermare che la trasmissione degli atti è valida anche in carenza di autorizzazione, salva la responsabilità penale di chi vi prevede.

In sostanza, si tenta di privilegiare la permanenza del patrimonio cognitivo, soggetto a diverse regole di utilizzabilità, già comunque acquisite.

Il problema è, a mio avviso, più grave allorché, sempre partendo da atti di indagine preliminare, questi siano viziati.

Talvolta il vizio attiene solo alle «regole del gioco» del giusto processo. Penso ai casi di scorretta verbalizzazione degli atti, o agli atti compiuti scaduto il termine di durata delle indagini preliminari o di omissione di avvisi ai difensori. In tal caso l'atto, se non fa prova ai fini del processo penale, è comunque la rappresentazione di fatti rilevanti ai fini tributari, sicché la violazione di tali regole non può avervi effetto, per la ragione che esse sono interne al procedimento penale. Ma alcune di queste regole sono poste a presidio di diritti costituzionalmente riconosciuti e garantiti, in ogni settore della vita civile. Violare la libertà morale e di autodeterminazione è riprovato dall'ordinamento in generale (art. 188 c.p.p.) così non credo possa esservi dubbio che le prove così formate non valgono nemmeno ai fini tributari.

Analogamente, le sommarie informazioni sul luogo e nell'immediatezza del fatto, senza il difensore (art. 360, 6 co., c.p.p.) sono inutilizzabili in qualsiasi modo (ne è «vietata... ogni documentazione o utilizzazione»).

La odierna ricorrente ha impugnato entrambi gli avvisi di accertamento eccependo:

a) la illegittima utilizzazione degli elementi acquisiti in sede penale, sotto vari profili;

b) il difetto di motivazione degli avvisi di rettifica e violazione delle regole sull'onere della prova;

c) la violazione dell'art. 52, commi 3 e 6, decreto del Presidente della Repubblica 633/1972, riferita alla redazione del p.v.c. e alla apertura di due borse contenenti la documentazione sequestrata, senza preventiva autorizzazione;

d) la infondatezza, nel merito, dei rilievi contestati;

e) la indebita applicazione delle sanzioni a carico dell'amministratore della società.

Riuniti i ricorsi, entrambi le commissioni di merito li hanno respinti.

1.3. A sostegno del ricorso, la società deduce sette mezzi, variamente articolati.

1.4. Il Ministero resiste con controricorso. La società ha depositato memoria difensiva ai sensi dell'art. 378 c.p.c.

2. Diritto e motivi della decisione

2.1. Il ricorso appare privo di fondamento.

2.2. La società ricorrente lamenta la illegittimità della attività istruttoria svolta dalla guardia di finanza, sia rispetto alle norme del codice di procedura penale che rispetto alle regole dell'accertamento; conseguentemente lamenta la illegittima utilizzazione fiscale degli elementi acquisiti irritualmente. La censura è prospettata anche sotto il profilo del vizio di motivazione.

Quanto alla libertà di domicilio, sancita anche nell'accesso tributario, credo che la perquisizione illegittima (e non solo quella non convalidata per scadenza dei termini) perché fuori dei casi dell'art. 352 c.p.p. non possa essere recuperata ai fini tributari.

Quanto al diritto di proprietà, un sequestro non convalidato (e non sanato da autonomo e successivo decreto di sequestro del P.M.) comporta l'obbligo (esattamente contrario) di restituzione delle cose sequestrate.

Analogamente di casi per le intercettazioni illegittime perché non autorizzate dal GIP.

Insomma, ogni volta che viene violato un precetto costituzionale di rango superiore a quello del dovere di contribuire alle spese pubbliche (art. 53 Cost.) perché diritto fondamentale della persona, la prova illegittima è tale in ogni processo.

In questo quadro, la massima in commento merita adesione, ma talune affermazioni della Corte («l'acquisizione irrituale di elementi rilevanti ai fini dell'accertamento fiscale non comporta l'inutilizzabilità degli stessi») meritano una attenuazione alla luce della necessaria considerazione che la violazione di precetti fondamentali, non settoriali e validi per tutto l'ordinamento influisce anche al di fuori del processo penale.

Sul punto vi è congrua motivazione dei giudici di appello, i quali ricordano il principio di autonomia delle regole dell'accertamento tributario rispetto alle regole che disciplinano le indagini ed il giudizio di responsabilità penale. Come è noto, «gli elementi di conoscenza raccolti secondo le regole che vincolano l'esercizio dei poteri di polizia giudiziaria ben possono essere impiegati ai fini dell'accertamento tributario se non ne derivi pregiudizio alle esigenze interne al processo penale (onde la necessità della previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria che di quegli elementi di prova abbia la disponibilità funzionale, senza alcuna limitazione che derivi dalla mancata coincidenza tra la persona indagata («l'imputato») e contribuente o dalla natura non tributaria dell'illecito perseguito. Le garanzie intrinseche alle regole della attività di polizia giudiziaria e del processo penale non consentono cioè alcuna limitazione di questo tipo e non c'è ragione di negare ad una qualificata fonte di conoscenza la idoneità a fondare l'accertamento tributario» (Cass. Sez. I civ. 27 dicembre-28 aprile 1999, n. 14585). Pertanto, correttamente i giudici di appello hanno rilevato che se, come nella specie, la «G. di F. nel corso di una perquisizione di carattere penale rinviene documentazione utilizzabile nel procedimento tributario, la validità della acquisizione di tale documentazione, in quanto utilizzata nell'accertamento tributario, va giudicata sulla base della norme disciplinanti i modi di tale accertamento e non di quelle che disciplinano il procedimento penale. Non può, dunque, trarsi argomento dal mancato rispetto delle norme di procedura penale riguardanti l'intervento del difensore nel corso della perquisizione per sostenere la nullità dell'accertamento tributario perché tale intervento non è previsto dagli artt. 52 e ss. del d.P.R. 633/1972, che disciplinano le modalità dell'accesso nei luoghi di abitazione da parte della Polizia Tributaria: l'autonomia dei due procedimenti consente l'esistenza di una situazione per cui una nullità afferente un atto del procedimento penale non ha rilievo nel procedimento tributario» (p. 3 della sentenza impugnata)

2.2. La ricorrente insiste nel riproporre le eccezioni e deduce:

a) che la documentazione trovata in possesso dell'amministratore della società è stata comunque acquisita senza la preventiva autorizzazione prevista dall'art. 52, comma 2, d.P.R. 633/1972, che, tra l'altro, richiede la sussistenza di gravi indizi di violazione della normativa fiscale;

b) che la documentazione è stata rinvenuta in armadi e borse chiusi, senza che venisse prodotta la specifica autorizzazione alla apertura degli stessi, prevista dal comma 3 del medesimo art. 52.

Entrambi i rilievi appaiono non condivisibili. In linea di principio, dalla lettura degli artt. 54, commi 2 e 3, e 63, comma 1, d.P.R. 633/1972, si ricavano le seguenti regole di carattere generale:

a) il controllo della completezza, esattezza e veridicità delle registrazioni può e deve essere effettuato sulla scorta di qualsiasi documento e scrittura rilevante ai fini della contabilità (art. 54, comma 2);

b) l'ufficio può comunque utilizzare, ai fini dell'accertamento, gli «atti e documenti in suo possesso» (art. 54, comma 4);

c) la guardia di finanza, fatta salva l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente «utilizza e trasmette agli uffici documenti, dati e notizie acquisiti, direttamente ed ottenuti dalle altre Forze di polizia, nell'esercizio dei poteri di polizia giudiziaria, (art. 63, comma 1).

Gli organi di controllo, dunque, possono utilizzare tutti i documenti dei quali siano venuti in possesso, salvo la verifica della attendibilità, in considerazione dalla natura e del contenuto dei documenti stessi, e dei limiti di utilizzabilità derivanti da eventuali preclusioni di carattere specifico. La violazione delle regole dell'accertamento tributario, non comporta come conseguenza necessaria la inutilizzabilità degli elementi acquisiti. Si pensi al caso in cui, nel corso di una verifica fiscale, vengano acquisiti elementi determinanti ai fini dell'accertamento, soltanto il 31° (o 61°) giorno lavorativo dall'inizio della verifica stessa, in violazione del precetto di cui all'art. 12, comma 5, legge 27 luglio 2000, n. 212. Non esiste, cioè, nell'ordinamento tributario un principio generale di inutilizzabilità delle prove illegittimamente acquisite. Tale principio è stato introdotto nel «nuovo» codice di procedura penale, e vale, ovviamente, soltanto all'interno di tale specifico sistema procedurale (v. art. 191 c.p.p.). L'acquisizione irrituale di elementi rilevanti ai fini dell'accertamento fiscale non comporta la inutilizzabilità degli stessi, in mancanza di una specifica previsione in tal senso.

Il fatto che talune violazioni non comportano la sanzione specifica della inutilizzabilità degli elementi irritalmente acquisiti, non significa che la violazione sia priva di conseguenze e che, quindi, la norma sia *tamquam non esset*. In casi del genere, infatti, le conseguenze sanzionatorie ricadono direttamente sull'autore dell'illecito, sul piano disciplinare e, se del caso, sul piano della responsabilità civile e penale. Non sarebbe giusto che una prova oggettivamente ammissibile, non possa essere utilizzata a causa della negligenza di chi l'ha acquisita. Questo ne dovrà rispondere nelle sedi competenti, mentre la prova non subisce gli effetti della illegittimità, come conseguenza necessaria della eventuale illiceità della acquisizione. Si tratta di due diversi profili uno soggettivo e l'altro oggettivo) che non vanno confusi.

In punto di fatto, i giudici di appello hanno precisato che «gli atti processuali attestano che la Procura della Repubblica concesse l'autorizzazione di cui all'art. 63 del d.P.R. 633/1972 per l'utilizzo in sede di accertamento tributario della documentazione acquisita in sede di Polizia giudiziaria. È vero che la G. di F. effettuò l'accesso presso la sede della società prima di avere ottenuto l'autorizzazione, ma tale accesso rientrava nei poteri dell'organo che l'ha effettuato indipendentemente dal fatto che fosse stata rilasciata la suddetta autorizzazione» (p. 3 della sentenza impugnata).

Sulla base di tali considerazioni restano assorbiti tutti gli altri rilievi intesi a dimostrare la inutilizzabilità della documentazione acquisita in sede penale. Anche con riferimento alla pretesa violazione dell'art. 52, comma 3, d.P.R. 633/1972, relativamente alla apertura di armadi e borse contenenti la documentazione acquisita. Infatti, le prescrizioni del citato art. 52, operano nell'ambito degli accessi fiscali e non riguardano le indagini penali che si sviluppano a seguito di una *notitia criminis*. D'altra parte, una volta che la documentazione sia stata acquisita, la stessa, in forza dell'art. 63, comma 1, può essere utilizzata a prescindere dal rispetto delle disposizioni dell'art. 52.

Infatti, l'art. 63, comma 1, d.P.R. 633/1972, prevede due distinte ipotesi di collaborazione della guardia di finanza con gli uffici tributari.

La prima parte della norma attribuisce alla guardia di finanza gli stessi poteri istruttori degli uffici, da esercitare nel rispetto delle stesse regole («La Guardia di finanza coopera con gli uffici dell'imposta sul valore aggiunto per l'acquisizione e il reperimento degli elementi utili ai fini dell'accertamento dell'imposta e per la repressione delle violazioni del presente decreto, procedendo di propria iniziativa o su richiesta degli uffici, secondo le norme e con le facoltà di cui agli artt. 51 e 52, alle operazioni ivi indicate e trasmettendo agli uffici stessi i relativi verbali e rapporti») La seconda parte, invece, prevede una sorta di collaborazione «esterna», «aggiuntiva», della guardia di finanza, la quale può «riciclare» in sede fiscale, incondizionatamente, gli elementi acquisiti con procedure estranee a quelle dell'accertamento tributario («Essa [Guardia di finanza] inoltre previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria... utilizza e trasmette agli uffici documenti, dati e notizie acquisiti, direttamente o riferiti ed ottenuti da altre Forze di polizia, nell'esercizio dei poteri di polizia giudiziaria»)

2.5. Anche la censura relativa alla pretesa nullità dell'avviso di accertamento come conseguenza della illegittimità delle acquisizioni effettuate dalla Guardia di finanza (2° motivo di censura), è superato dalle considerazioni già svolte.

(*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 22 ottobre 2001 n. 12871 – Pres. Cantillo – Rel. Paolini – P.G. (conf.) Velardi – A. c. Ministero delle Finanze.

Tributi erariali diretti – IRPEG e ILOR – Soggetti passivi – Associazione di carattere religioso – Scientology – Accertamento – Criteri.

Tributi erariali diretti – IRPEG e ILOR – Soggetti passivi – Associazione di carattere religioso – Svolgimento intensa attività di cessione di beni e prestazione di servizi agli associati – Rilevanza – Giudizio di fatto.

(d.P.R. 29 settembre 1973 n. 598 art. 20 e 2 c).

Ai fini dell'accertamento del carattere religioso di una associazione, mentre resta irrilevante la autoqualificazione statutaria, devono essere presi in considerazione indici esterni quali pubblici riconoscimenti nazionali e di altri Stati (quali la iscrizione in un registro di confessioni religiose ovvero sentenze, anche penali, che escludano il carattere criminale della stessa) e la circostanza che i membri della confessione vivano tale esperienza come religiosa (1).

Ai fini dell'accertamento del carattere religioso di una associazione, la dedotta circostanza ostativa dello svolgimento di una intensa attività commerciale deve essere esaminata alla luce del carattere religioso, o meno, dei prodotti, al fine di qualificarli, eventualmente cessioni di beni agli associati in conformità delle finalità istituzionali (2).

(omissis)

(1-2) Trattamento tributario delle attività delle associazioni autoqualificantesi come religiose: spunti ricostruttivi.

La controversia

La vicenda oggetto della sentenza della Cassazione, sezione tributaria, n. 12871/2001 prende l'avvio dalla notificazione, nel 1988, all'associazione Chiesa di Scientology di Milano di due avvisi di accertamento di maggior valore, con i quali l'Ufficio Distrettuale delle imposte Dirette di Milano aveva rideterminato, maggiorandoli rispetto a quanto dichiarato, i redditi dell'associazione da assoggettare ad IRPEG e ad ILOR relativi agli anni 1982 e 1983.

Tali provvedimento si fondavano sul presupposto dell'inapplicabilità dell'art. 20 del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 598 a prestazioni di servizi (sedute di *auditing* e di *purification*) rese dall'associazione nei confronti di suoi associati.

I suddetti atti furono impugnati dall'associazione dinanzi alla C.T.P. di Milano, dando così inizio ad una lunga vicenda processuale che, approdata in Cassazione, ha portato alla sentenza oggetto di queste note.

Trattamento fiscale delle prestazioni di servizi rese da associazioni religiose nei confronti di loro associati.

Le norme di riferimento sono quelle contenute nell'art. 20 del d.P.R. n. 598/1973, ora pressoché integralmente riprodotte nell'art. 111 co.3 del d.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917 (TUIR).

Queste disposizioni stabiliscono che non si considerano fatte nell'esercizio di attività commerciale le cessioni di beni e le prestazioni di servizi rese dalle associazioni politiche, sindacali e di categoria, religiose, assistenziali, culturali e sportive, in conformità alle finalità istituzionali, nei confronti di associati e di partecipanti, di altre associazioni collegate e dei partecipanti di queste, verso pagamento di corrispettivi specifici o di contributi supplementari determinati in funzione delle maggiori o diverse prestazioni alle quali danno diritto.

Svolgimento del processo

La S. C. di S. di Milano, con atti prodotti a' termini degli artt. 15 e ss. d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 636 il 20 gennaio 1989, impugnò dinanzi alla Commissione tributaria di primo grado di Milano, all'epoca operante, due avvisi di accertamento, notificatili il 22 novembre 1988, con i quali l'Ufficio distrettuale II.DD. del capoluogo regionale lombardo, sulla base di un processo – verbale di constatazione redatto dalla guardia di finanza all'esito di una verifica fiscale di carattere generale e di indagini disposte dall'autorità giudiziaria nel quadro di un processo penale, aveva rideterminato, maggiorandoli rispetto a quelli dichiarati, i suoi redditi da assoggettare ad Irpeg e ad Ilor relativi agli anni 1982 e 1983, liquidando i tributi su tali redditi applicabili ed irrogando le sanzioni correlate.

La commissione adita, con decisione n. 367/01/1990, del 2 ottobre 1990, in parziale accoglimento delle impugnative, previamente riunite, ridimensionò gli accertati redditi assoggettandi ad Irpeg in L. 4.082.582.460 per il 1982 ed in L. 6.646.916.501 per il 1983 (Ilor e relative addizionali di conseguenza), e dichiarò legittima la contestata applicazione di sanzioni.

Alla stregua di queste disposizioni, si evince che per godere dell'esclusione dall'assoggettamento ad IRPEG delle cessioni di beni e prestazioni di servizi rese dalle associazioni, è necessario il concorso di tre requisiti:

la qualificazione soggettiva dell'ente come associazione politica, sindacale o di categoria, religiosa, culturale, assistenziale o sportiva;

la conformità delle attività di cessione di beni o prestazione di servizi alle finalità istituzionali dell'ente medesimo;

la destinazione delle medesime attività nei confronti di associati, partecipanti all'associazione, di associazioni che svolgono la medesima attività e che per legge, regolamento o statuto fanno parte di un'unica organizzazione a livello nazionale o locale o dei relativi associati o partecipanti (per completezza si sottolinea che, a mente dell'art. 111 co. 3 TUIR, si escludono dal campo di applicazione dell'IRPEG anche le cessioni a terzi di pubblicazioni proprie delle associazioni di cui al punto 1 vendute prevalentemente agli associati)(1).

Ai fini dell'individuazione del trattamento tributario da riservarsi alle prestazioni rese da Scientology, occorre, pertanto, verificare la sussistenza dei tre requisiti suddetti.

Si comincerà dall'analisi del secondo e del terzo per poi passare al primo che, essendo il più complesso da accertare sarà trattato diffusamente nel prosieguo di questo lavoro.

Problema della conformità o meno delle prestazioni di servizi rese da Scientology alle sue finalità istituzionali e della qualificazione soggettiva dei destinatari.

La sentenza in commento non affronta la questione della conformità delle prestazioni alle finalità istituzionali dell'ente, dando per scontata una risposta positiva al problema. Si ritiene, tuttavia, opportuno considerare che, nel caso di specie, le prestazioni di servizi rese da Scientology verso corrispettivi molto alti non integrano «un'attività diversa da quella religiosa ad essa strumentale – come richiesto per le attività commerciali o a scopo di lucro degli enti ecclesiastici ai fini dell'applicazione delle fattispecie agevolative – ma l'essenza della stessa attività religiosa, l'attività principale» (2). L'attività in questione è infatti incentrata su tali sedute e corsi, a pagamento attraverso i quali il fedele dovrebbe purificarsi per raggiungere una più profonda consapevolezza e spiritualità.

(1) SCALERA L., *La cessione di pubblicazioni delle associazioni religiose*, in *Diritto Ecclesiastico*, 1997, II, 306 e segg.

(2) COLAIANNI N., *Caso Scientology: associazione religiosa o criminale?*, in *F. it.* 1995, II, 695.

Sull'appello della A. C. di S. di Milano, la Commissione tributaria regionale della Lombardia, cui la controversia era stata attribuita a mente dell'art. 72 d.lgs. 31 dicembre 1992 n. 546, con sentenza resa, nel contraddittorio delle parti, il 17 giugno 1997, disatteso il gravame, confermò la pronuncia del primo giudice.

La commissione tributaria regionale motivò l'adottata decisione, innanzi tutto, evidenziando dover essere ravvisata infondata un'eccezione con la quale l'appellante aveva dedotto una nullità degli avvisi di accertamento in discussione, assunta, raccordabile al fatto che la guardia di finanza aveva trasmesso le risultanze delle proprie indagini all'amministrazione finanziaria, bensì «su disposizione del giudice penale, ma prima che quest'ultimo facesse venir meno il segreto istruttorio mediante ordinanza di deposito degli atti»: osservò, al riguardo, da un lato, che «ai sensi dell'art. 39, comma 2, d.P.R. 29 settembre 1993 n. 600, l'Ufficio può procedere all'attività di accertamento sulla base dei dati e delle notizie comunque raccolti o venuti a sua conoscenza», e, quindi, «anche (di) quelle informazioni che pervengono dalla Guardia di Finanza a diverso titolo»; dall'altro, che «l'utilizzo di tali (contestate) informazioni, da parte dell'ufficio, non ha in alcun modo pregiudicato una puntuale e completa difesa da parte» dell'appellante.

È evidente, quindi, che il problema che esse pongono non è tanto quello della loro conformità alle finalità istituzionali, quanto, piuttosto, quello circa la compatibilità fra carattere religioso dell'attività e forte onerosità economica della stessa per i destinatari. In altri termini, si tratta di verificare se la percezione di corrispettivi molto alti possa costituire sintomo di una sostanziale finalità di lucro dell'ente, con la conseguenza dell'inqualificabilità dello stesso come associazione religiosa.

L'eventuale esito positivo di tale verifica farebbe venir meno non il requisito della conformità alle finalità istituzionali, quanto, piuttosto, ai soli fini fiscali, quello della qualificazione dell'ente come associazione religiosa (su cui vedi infra).

Sulla sussistenza del requisito della qualificazione dei destinatari delle prestazioni come associati o partecipanti all'associazione, non ci sono dubbi. È circostanza, peraltro, non contestata nel corso del procedimento.

L'attività di Scientology

Ai fini dell'individuazione della natura giuridica di Scientology, è indispensabile premettere alcune informazioni sulla medesima.

Essa si inquadra fra i nuovi movimenti sorti nel secolo scorso sul suolo americano, che si collocano al confine fra psicologia e religione e che sono stati definiti come «movimenti dello sviluppo del potenziale umano» (3) o come «religioni del sé o della cura mentale» (4) o, addirittura, come «psico-sette» (5). Di Scientology è stato detto che essa presenta «un intreccio fra psicologia e religione, tra forme psicologiche quasi religiose ... e forme religiose impregnate di contenuti psicologici» (6).

La Chiesa di Scientology è stata fondata nel 1955 da L. Ron Hubbard, il quale, all'inizio degli anni '50 pubblicò dei libri nei quali propugnò una forma di terapia della mente, la Dianetica, che aveva come scopo l'integrazione del corpo con la mente per far emergere poteri ed energie latenti. «Si trattava di una sorta di terapia mentale priva di un esplicito risvolto religioso» (7).

(3) GUIZZARDI, *I nuovi movimenti religiosi. Prospettive sociologiche*, 1990, 60.

(4) FILORAMO, *I movimenti religiosi. Metamorfosi del sacro*, 1986, 104.

(5) ANTONELLO, *Le psico-sette. Sette e religioni*, 1992, 368.

(6) FILORAMO, *op. cit.*, 105.

(7) *Ibidem*, 99.

La commissione anzidetta, in secondo luogo, con riferimento al merito della vertenza, considerò che, in contrasto con quanto sostenuto dall'ente appellante, e sulla scorta delle declaratorie risultanti da una sentenza della terza Sezione penale della Corte d'appello di Milano, era da ritenere che alla C. di S. non potesse competere la qualifica di associazione religiosa e, correlativamente, l'assoggettabilità al trattamento tributario speciale riservato alle associazioni di tal fatta dall'art. 20 d.P.R. n. 600, in ragione, non soltanto di «quell'intenso interesse di natura strettamente commerciale» riscontrato «colto con assai evidenza» nel suo *modus operandi* ma, «anche perché, mentre per aversi associazione religiosa occorre quel *quid pluris* che qualifichi e giustifichi le operazioni economiche poste in essere e che deve essere ricercato proprio nella finalità di crescita spirituale degli associati» e nella subordinazione a tale finalità, anche sul piano del metodo, di ogni azione di tipo economico, «tutto ciò non si ritrova nel caso di specie», in cui l'intento speculativo risulta dominante (...) e la finalità di lucro è prioritaria al punto tale che la consistenza e la quantità delle operazioni economiche poste in essere hanno sicuramente travalicato ogni altra supposta finalità, così acquisendo una tale rilevanza, preminenza ed autonomia tali da far ritenere anteposta ad ogni altro possibile progetto anche spirituale o religioso) la finalità di lucro».

La fondazione della Chiesa di Scientology è avvenuta successivamente ed è stata da molti considerata come un espediente per usufruire delle numerose agevolazioni concesse alle attività religiose (8).

Il fulcro del pensiero di Scientology, nella sua formulazione attuale dopo la svolta in senso «religioso», può ravvisarsi nella concezione secondo la quale in ogni uomo è presente un frammento della forza e dell'energia immanenti nel cosmo (il *thetan*: l'essenza spirituale dell'essere umano), che, tuttavia, non può esprimersi e manifestarsi, in quanto influenzato negativamente dagli engrammi, registrazioni nella mente di esperienze negative di questa vita o di precedenti reincarnazioni del *thetan*.

Attraverso la metodologia terapeutica propugnata da Hubbard (che si avvale di defatiganti e costosissime pratiche di *auditing* e di *purification*), il soggetto dovrebbe conseguire livelli crescenti di autocoscienza, trasformarsi da *dirty* in *clear* purificandosi dagli engrammi e liberare il *thetan*, che potrà, così, liberamente manifestarsi (9).

Assenza, nel nostro ordinamento, di una definizione di confessione religiosa.

Per verificare la natura giuridica di Scientology, occorrerebbe, a questo punto, individuare dei parametri alla stregua dei quali stabilire quando un'associazione ha carattere religioso e quando no. Ciò ripropone la complessa questione della definizione di confessione religiosa (10).

(8) Vedi GATTO TROCCHI, *Le sette in Italia*, 1994, 68, che afferma che Hubbard «con un colpo di genio fondò una religione, la Chiesa di Scientology, per usufruire della libertà di culto che è il fiore all'occhiello della democrazia USA».

(9) FILORAMO, *op. cit.*, 103; INTROVIGNE M., *I nuovi culti: dagli Hare Krishna alla Scientology*, 1990, 150 e sgg.; SAUCHELLI F., *La qualificazione giuridica di Scientology*, in *Diritto Ecclesiastico*, 1999, 244-245.

(10) Sul rapporto fra confessione ed associazione religiosa, accanto a che ha sostenuto che, in mancanza di qualsiasi sicuro criterio per distinguere le due nozioni entrambe dovrebbero farsi rientrare nella «generale categoria delle formazioni sociali con finalità religiosa»: S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, 1986, 108; vi è chi, al contrario, vede nelle associazioni religiose delle emanazioni delle confessioni religiose, legate alle stesse da un rapporto organico: DI COSIMO G., *Privilegi per le confessioni religiose: chi certifica l'autenticità dei motivi di coscienza?*, in *Giur. Cost.*, 1992, 4224. Resta fermo, in ogni caso, che i criteri per individuare le confessioni religiose saranno utilizzabili anche per disrtinguere le associazioni religiose dalle altre associazioni

Il giudice dell'appello, da ultimo, ribadì la correttezza del calcolo del *quantum* dei redditi in controversia operato dalla commissione tributaria di primo grado nella pronuncia impugnata.

L'A. C. di S. di Milano, ricorre, con tre motivi, per la cassazione della surrichiamata sentenza di secondo grado, non notificata.

Il Ministero delle finanze, nella ricevuta notificazione del ricorso, risalente al 14 settembre 1998, dopo essersi astenuto dal notificare e dal depositare controricorso, ha versato nell'incarto processuale un «atto di costituzione» datato 11 marzo 1999, chiedendo di partecipare alla discussione.

La ricorrente ha depositato memoria.

In via preliminare si sottolinea che, nel nostro ordinamento, nonostante la presenza di numerose disposizioni normative che fanno riferimento ad associazioni e confessioni religiose, manca una definizione normativa di tali concetti.

Tale mancanza è, sicuramente, frutto di una precisa scelta del legislatore resa opportuna dal rispetto di valori fondamentali della nostra Costituzione, quali i principi di laicità dello Stato, di uguaglianza, di libertà di coscienza, di pluralismo sociale. È stato, infatti, sostenuto che «lo Stato non ha alcuno strumento legittimo e nessun potere in merito alla definizione di ciò che è e ciò che non è religione: ogni tentativo in questa direzione non può che urtare contro l'intero elenco dei principi costituzionali, a partire da quello della laicità e del pluralismo, per arrivare a quello della tutela delle minoranze (11). Tale affermazione è obiettivamente eccessiva e paradossale. La sentenza in commento riguarda un caso, molto banale e quotidiano (il pagamento delle imposte) in cui lo Stato deve decidere se il contribuente è o meno una confessione religiosa o una sua articolazione. Ogni volta che l'ordinamento si occupa di un fenomeno ad esso estraneo, o lo definisce, o ricorre a una *generalklausel*, come si è scelto di fare nel caso di specie. Lo Stato non può certo definire quale sia LA religione da seguire o LE religioni ammesse, ma resta indubbio che può e DEVE, a garanzia della stessa libertà religiosa, che sarebbe offesa dalla estensione delle sue *guarentigie* a chiunque sol si definisca una confessione e altro faccia poi nella vita, ricorrere a una definizione della stessa anche in via «sintetica» e affidata all'interprete. Il *self restraint* che pervade la giurisprudenza appresso esaminata non convince.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 467/1992.

Su tale complessa e delicata questione è intervenuta la Corte Costituzionale con due sentenze. La prima di esse, la n. 467/199 (12), concerneva proprio la materia delle agevolazioni ed esenzioni tributarie per le associazioni religiose (la questione di legittimità costituzionale era stata sollevata proprio in un procedimento penale nei confronti di Scientolog (13) e affronta il problema della sufficienza o meno del mero dato dell'autoqualificazione di un gruppo come associazione religiosa ai fini dell'accesso al regime speciale previsto per questa categoria di enti (assieme alle associazioni politiche, culturali, sportive etc.). Sul punto, la Corte afferma che «la qualificazione dell'ente non è sottratta alla valutazione della sua reale natura, secondo i criteri desumibili dall'insieme delle norme dell'ordinamento. Le associazioni a carattere religioso che non siano già state civilmente riconosciute devono comprovare la natura e la caratteristica religiosa dell'organizzazione, secondo i criteri che qualificano nell'ordinamento dello Stato i fini di religione o di culto. Ciò dovrà essere fatto alla stregua della reale natura dell'ente e dell'attività in concreto esercitata, non potendosi ritenere che un'associazione sia arbitra delle proprie tassabilità».

(11) R. BIN, *Libertà dalla religione*, in *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. BIN e C. PINELLI, 1996, 43. Vedi anche: DI COSIMO G., *Alla ricerca delle confessioni religiose*, in *Diritto ecclesiastico*, 1998, I, 426 e sgg.

(12) In *Giur. Cost.*, 1992, 4199 e sgg.

(13) Per individuare gli esatti termini della questione di legittimità costituzionale posta dal giudice remittente, si veda MARINI L., *Enti religiosi e privilegi fiscali, un problema di legittimità costituzionale*, in *Il Fisco*, 1992, 6118 e sgg.

Motivi della decisione

1) – La A. C. di S. di Milano, con il primo mezzo di ricorso, accampa che la sentenza nei sensi illustrati resa sulla fattispecie dalla Commissione tributaria regionale della Lombardia dovrebbe essere ravvisata passibile di cassazione siccome inficiata da «violazione e falsa applicazione degli artt. 33, 35 e 39 d.P.R. 29 settembre 1973 n. 600, (da) violazione dei principi relativi al segreto istruttorio e al segreto bancario, (nonché da) assoluta carenza di motivazione»: premesso di aver sempre fatto presente che, «ai sensi dell'art. 33 del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 600, nel testo vigente nel 1988, la Guardia di Finanza non poteva trasmettere agli uffici delle imposte documenti, atti e notizie acquisiti nell'esercizio di poteri di polizia giudiziaria, in violazione del segreto istruttorio e quindi sino a quando non fosse definita la fase delle indagini preliminari», e che, inoltre, «il successivo art. 35 del medesimo d.P.R. n. 600/1973 concede una deroga al segreto bancario solo previa autorizzazione del Presidente della Commissione Tributaria di primo grado territorialmente competente», denuncia che, nel caso in esame, «risultavano palesemente violate entrambe le citate disposizioni», e che, «quindi, l'accertamento, basato esclusivamente su elementi illegalmente acquisiti, era viziato da assoluta nullità»; lamenta, altresì, che «la Commissione ha del tutto ignorato le eccezioni mosse, limitandosi ad osservare che ai sensi dell'art. 39; comma 2, del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 600/73 concede una deroga al segreto bancario solo previa autorizzazione del Presidente della Commissione Tributaria di primo grado territorialmente competente», denuncia che, nel caso in esame «risultavano palesemente violate entrambe le citate disposizioni», e che, «quindi, l'accertamento, basato esclusivamente su elementi illegalmente acquisiti, era viziato da assoluta nullità»; lamenta, altresì che «la Commissione ha del tutto ignorato le eccezioni mosse, limitandosi ad osservare che ai sensi dell'art. 39, comma 2, del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 600, l'Ufficio può procedere all'attività di accertamento sulla base dei dati e delle notizie comunque raccolti o venuti a sua conoscenza», senza considerare che «l'illegittimità di un atto emesso in violazione del segreto istruttorio ovvero del segreto bancario non viene meno ... sol perché l'ufficio ne è venuto indebitamente a conoscenza ovvero perché il contribuente ha potuto svolgere le sue difese avverso l'accertamento».

Con tale sentenza, quindi, la Corte esclude la sufficienza del criterio dell'autoqualificazione ai fini dell'individuazione del carattere religioso di un'associazione, ai sensi dell'art. 87 comma IV TUIR, che sembra riferirsi alla sola previsione statutaria ma non offre, poi, alcun criterio certo per lo svolgimento di questa operazione. La Corte, infatti, si richiama ai «criteri desumibili dall'insieme delle norme dell'ordinamento», ma abbiamo visto che l'ordinamento assume una posizione agnostica sulla definizione dei caratteri di religiosità. Si richiama, poi, all'analisi della reale natura dell'ente e all'attività in concreto esercitata, ma come si può dire se un ente o l'attività da esso esercitata abbiano carattere di religiosità, se non si sa, né si può sapere, cosa è religioso e cosa non lo è?

Sembra, quindi, corretta l'impressione di chi afferma che la Corte «non ha voluto farsi carico dell'individuazione dei profili distintivi delle formazioni sociali a carattere fideistico denominate confessioni religiose» (14).

(14) DI COSIMO G., *Privilegi per le confessioni religiose: chi certifica l'autenticità dei motivi di coscienza*, in *Giur. Cost.*, 1992, 4225.

La censura non merita ingresso perché gli assunti ai quali l'associazione ricorrente l'ha correlata sono destituiti di fondamento.

A) – I documenti e le altre informative acquisiti dalla guardia di finanza nell'esercizio, di attività di polizia giudiziaria, a mente dell'art. 33, conuna 3, d.P.R. 29 ottobre 1973 n. 600, nel testo stato in vigore nel 1988, operante nella fattispecie *ratione temporis* – per il quale «la Guardia di finanza, ..., previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria in relazione alle norme che disciplinano il segreto istruttorio ... trasmette agli uffici delle imposte documenti, atti e notizie acquisti ... nell'esercizio dei poteri di polizia giudiziaria ...» – ben possono essere utilizzati ai fini dell'accertamento tributario in presenza di autorizzazione al riguardo dell'autorità giudiziaria che di quegli elementi di prova abbia la disponibilità funzionale cfr., *in terminis*, Cass. Sez. I civ., sent. n. 14585 del 27 dicembre 1999).

La sentenza della Corte Costituzionale n. 195/1993 (15).

Con tale sentenza la Corte affronta una questione di legittimità costituzionale relativa ad una disposizione di legge regionale dell'Abruzzo, che prevedeva delle sovvenzioni per l'edilizia di culto, a favore delle sole confessioni religiose che avessero stipulato un'intesa con lo Stato. La Corte, dopo aver dichiarato l'illegittimità costituzionale della suddetta norma, per violazione dell'art. 8, comma I della Costituzione, nella parte in cui escludeva dall'accesso alle sovvenzioni le confessioni religiose prive di intesa, ha stabilito che «per l'ammissione ai benefici non può bastare che il richiedente si autoqualifichi come associazione religiosa. Nulla *quaestio* quando sussista un'intesa con lo Stato. In mancanza di questa la natura di confessione religiosa potrà risultare anche da precedenti riconoscimenti pubblici, dallo Statuto che ne esprima chiaramente i caratteri o, comunque, dalla comune considerazione».

Questa volta la Corte sembra voler individuare dei criteri oggettivi per distinguere le confessioni religiose prive di intesa (e le relative associazioni) da altre entità, ma sull'utilità degli stessi possono formularsi giustificate riserve.

In ordine al primo requisito, quello dei precedenti riconoscimenti pubblici, si rileva, in primo luogo, che è stato inteso diversamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza. In dottrina (16), infatti, si è sostenuto doversi ravvisare pubblico riconoscimento soltanto nel provvedimento di riconoscimento della personalità giuridica della confessione religiosa; la giurisprudenza (17), invece, ha dato a questo criterio un'interpretazione estensiva, ricomprendendovi anche le eventuali pronunce di giudici di merito circa la religiosità di una determinata associazione. A nostro parere, almeno a giudicare dai riconoscimenti pubblici che non ebbe il Cristianesimo al suo sorgere, tale parametro è quanto meno insufficiente; peraltro ricondurre alla mera concessione della personalità giuridica, fatto del tutto neutro, un indice essenziale, è arbitrario. Così come è assolutamente inaccettabile l'esaltazione dei riconoscimenti giurisdizionali: una valutazione tanto delicata non può demandarsi ai singoli giudici, che sarebbero chiamati ad effettuare una scelta squisitamente politica. Non solo, ma ragionando nei termini prospettati dalla Suprema Corte si finirebbe, per assurdo, per far acquisire valore vincolante, nei successivi giudizi, alle pronunce circa la religiosità di un ente, effettuate in precedenza, in contrasto con i principi cardine di un sistema di *civil law* quale è il nostro. Inoltre i giudici, anche supremi, non rappresentano l'ordinamento generale, ma la loro visione di tale ordinamento, e mancando di ogni rappresentatività del corpo sociale non possono, in un assurdo sistema autoreferenziale, affermare, con una catena di sentenze, l'una rinviante alle precedenti, che la associazione X è religiosa, come insegna altra decisione.

(15) In *Giur. Cost.*, 1993, 1324 e sgg.

(16) Si veda: COLAIANNI N., *La vita giudiziaria alla religiosità: la vicenda di Scientology*, in *F. it.*, 1998, II, 399; anche OLIVIERI L., *Nuove religioni, principio di autoreferenziazione e Corte Costituzionale*, in *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. BIN e C. PINELLI, 1996, 201; ancora, SASSI P., *Quid est (vera) religio?*, in *Corriere giuridico*, 1997 1217, n. 43.

(17) Si veda, oltre alla sentenza che qui si annota, anche Cass. Pen., 8 ottobre 1997, in *F. it.*, 1998, II, 395.

Nella situazione in controversia, in cui, giusta quanto evidenziato in narrativa, sulla base di deduzioni prospettate dalla stessa ricorrente in sede di merito, è stato sempre pacifico che l'utilizzazione delle discusse emergenze, acquisite nel corso di indagini di polizia giudiziaria, ai fini dei contestati accertamenti è avvenuta previa rituale autorizzazione dei competenti organi giurisdizionali penali, è da escludere che la ricorrente medesima abbia titolo a dolersi giustificatamente di detta utilizzazione.

B) – In tema di imposte sui redditi, l'art. 35 d.P.R. n. 600 del 1973, *cit.*, abrogato, e, però, applicabile nella fattispecie *ratione temporis*, il quale, in deroga alla riservatezza prescritta agli istituti di credito sui rapporti con i clienti, conferiva agli uffici finanziari il potere di chiedere, e di ottenere, copia di conti correnti e relative notizie solo previa autorizzazione del presidente della commissione tributaria di primo grado, regolava l'accesso al c.d. segreto bancario, ma non incideva sull'utilizzabilità da parte degli uffici suddetti dei dati già acquisiti, con superamento del segreto cennato, in esito a indagini di polizia giudiziaria: l'utilizzazione dei dati considerati, pertanto, doveva essere ravvisata senz'altro legittima tutte le volte che, come nel caso esaminato, fosse risultata correlata ad autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente a norma del dianzi ricordato art. 33 d.P.R. 29 novembre n. 600 (cfr., in tal senso, Cass. Sez. I civ., sent. n. 2668 del 26 marzo 1996).

Non può, quindi, che intendersi il suddetto criterio nell'accezione ancor più ristretta, che riferisce il pubblico riconoscimento esclusivamente all'Intesa prevista dalla Costituzione, parametro sufficiente in sé (e che implica la responsabilità politica del Governo e del Parlamento, a tacere della sua possibile revoca) ma non necessario e inservibile in assenza di quest'ultima, come è il caso di Scientology e, in generale, di tutti i nuovi movimenti religiosi per i quali si pone un problema circa la loro effettiva religiosità.

In ordine al secondo criterio, quello del riferimento allo Statuto, si è giustamente osservato (18) che potrebbe essere inteso in due modi: o come un rimando al criterio dell'autoqualificazione, nel senso che richiede che l'ente si qualifichi espressamente come religioso nel suo Statuto (19) oppure come un riferimento all'esigenza di una comparazione fra i caratteri indicati nello statuto e quelli previsti dalla definizione di confessione religiosa presa come parametro rigido e non come dato sociale e culturale in continua evoluzione, determinando, però, così inteso, un contrasto con il principio di laicità dello Stato e una violazione della libertà religiosa (20). Ma la autoqualificazione, appare criterio insufficiente anche per la ovvia possibilità di abusi, come rilevato dalla Consulta.

In ordine, infine, al criterio della comune considerazione, si rileva che la sua mancanza di oggettività è dimostrata dal fatto che la stessa Suprema Corte lo interpreta in maniera differente in diverse pronunce. Nella sentenza della Cassazione penale 8 ottobre 1997 (21), si esclude recisamente che la comune considerazione possa essere intesa come pubblica opinione e si fa riferimento alla considerazione «nella cerchia dei dotti o comunque degli interessati al problema»; nella sentenza che qui si annota, invece, la comune considerazione viene intesa come l'opinione dei membri dell'associazione, della generalità della gente e dei cultori del diritto ecclesiastico.

(18) DI COSIMO G., *Alla ricerca delle confessioni religiose*, *cit.*, 430 e sgg.

(19) In questo senso intende il criterio suddetto: COLAIANNI N., *Sul concetto di confessione religiosa*, in *F. it.*, 1994, I, 2986; nonché la stessa S.C. in *Cass. Pen.*, 8/19/1997, in 1998, II, 395.

(20) In questo senso: OLIVIERI L., *Nuove religioni, principio di autoreferenziazione e Corte Costituzionale*, *cit.*, 201.

(21) In *F. it.*, 1998, II, 395.

Anche la mancata osservanza del dettato dell'art. 35 di tale ultimo testo normativa, perciò, si rivela insussistente.

C) – Corollario delle osservazioni fin qui svolte è che il delibato motivo di gravame deve essere disatteso.

2) – L' A. C. di S. di Milano, con il secondo mezzo di ricorso, denuncia evidenziarsi nella contestata sentenza della Commissione tributaria regionale della Lombardia «violazione e falsa applicazione degli artt. 2, lett. c), e 20 secondo comma, del d.P.R. d. n. 598 e degli artt. 36, 34 segg. del Codice Civile anche in relazione agli artt. 9, 19 e 20 della Carta Costituzionale», ed inoltre «omessa o insufficiente motivazione su un punto decisivo della lite prospettato dalla parte art. 360 nn. 3 e 5 c.p.c.)».

Comunque lo si intenda, il suddetto criterio è totalmente privo di qualsiasi utilità, in quanto assolutamente inidoneo, per la sua genericità ed evanescenza, ad orientare l'interprete e perché, come giustamente è stato osservato, tale criterio «produce i brividi in chiunque abbia un minimo di sensibilità per la tutela delle minoranze, lasciate, in questo caso, in balia delle opinioni che su di esse si è compiaciuta di formarsi la maggioranza (22) di non meglio qualificati dotti. Sul che siamo assolutamente d'accordo.

Non può, quindi, che condividersi la sconsolante conclusione di chi (23) ha affermato che «i test indicati dalla Corte sono del tutto inservibili».

Prospettive metodologiche.

In questo panorama è grande lo sconcerto dell'interprete, considerato che, da un lato, sono numerose le disposizioni normative che prevedono agevolazioni e sostegni di natura finanziaria o fiscale a favore di associazioni religiose e, dall'altro, mancano totalmente parametri certi per identificare il carattere religioso o meno di un ente, ogniqualevolta ci si trovi in presenza di movimenti religiosi privi di intesa con lo Stato o, comunque, di un provvedimento di riconoscimento della loro personalità giuridica, che ne accerti la natura.

Di fronte a queste difficoltà è stato sostenuto che l'unico criterio valido e costituzionalmente legittimo per la valutazione del carattere religioso di un ente sia quello dell'autoqualificazione: «sotto il profilo ideale sono confessioni religiose quelle che come tali si autoreferenziano e si autolegittimano nella prassi sociale: lo Stato non dovrebbe che prendere atto della loro esistenza.

Non rileva, cioè, la convinzione più o meno corrente all'esterno della confessione, nella società, che si tratti di una confessione, ma è necessario e sufficiente che gli stessi soci considerino la loro associazione o almeno vogliano vederla considerata come confessione» (24).

Si ritiene che anche questa conclusione sia inaccettabile, in quanto se, da un lato, viene incontro all'esigenza di garantire un pieno rispetto della libertà di coscienza e di religione, dall'altro, è in netto contrasto con l'esigenza di evitare autoqualificazioni pretestuose, al fine di accedere alle agevolazioni, da parte di enti in realtà riconducibili ad altre tipologie associative. Si sottolinea, inoltre, che la stessa Corte Costituzionale, come già visto, nelle due sentenze n. 467/1992 e 195/1993, ha espressamente escluso la sufficienza dell'autoqualificazione come ente religioso, ai fini dell'accesso alle agevolazioni.

(22) BIN R., *Libertà dalla religione*, cit. 41.

(23) *Ibidem*.

(24) COLAIANNI N., *Confessioni religiose e intese. Contributo all'interpretazione dell'art. 8 della Costituzione*, 1990, 82.

L'associazione summenzionata, sulla premessa che la commissione anzidetta non ha «mai sostenuto che la C. di S. svolgesse una attività commerciale diversa dalla cessione di libri e pubblicazioni ai propri associati o partecipanti», e, però, «afferma che la C. di S. deve ritenersi una associazione commerciale e non a carattere religioso», rilevando, al riguardo, *a)* – «che l'esistenza di uno statuto che prevede lo svolgimento di un'attività (non) commerciale non è sufficiente per poter concludere che l'attività svolta non rientra nell'ambito di applicazione dell'imposizione, dovendosi tener conto della attività effettivamente svolta», *b)* – «che le indagini condotte dalla Corte d'Appello di Milano (sezione III penale) in occasione della sentenza del 5 novembre 1993 hanno dimostrato che la caratteristica della C. di S. è quella di una vera e propria impresa commerciale, che si adegua perfettamente alle regole del mercato cercando di vendere ad un pubblico sempre più ampio, per conseguire un profitto sempre più elevato, un determinato prodotto costituito da servizi (corsi in genere e sedute di *auditing* o di *purification*,) nonché da pubblicazioni», e *c)* – doversi opinare che «la Chiesa di Scientology non passa ritenersi un'associazione religiosa, non soltanto per quell'intenso interesse di natura strettamente commerciale che nella ricostruzione dei giudici della Corte d'Appello di Milano si coglie con assai evidenza, ma anche perché, per aversi associazione religiosa, occorre quel *quid pluris* che qualifichi e giustifichi le operazioni economiche poste in essere e che deve essere ricercato proprio nella finalità di crescita spirituale degli associati», deduce essere confliggente con la normativa come sopra accampata violata ed inadeguatamente motivata la declaratoria in tal guisa resa dal giudice del merito.

A questo punto, preso atto dell'incompetenza dello Stato a tracciare nei suoi precisi confini l'area della religiosità, ma anche dell'esigenza di porre un freno al rischio di autoqualificazioni pretestuose, appare metodo utile e fecondo ricorrere ad una «definizione in negativo» di ciò che compete all'ambito religioso, in altri termini, può costituire un buon punto di partenza la constatazione che certamente non è ente religioso quello che è inquadrabile in altre categorie di enti (es. associazioni politiche, culturali o enti a fini di lucro), i cui confini sono più precisamente delineati all'interno del nostro ordinamento. È stato, infatti, giustamente osservato che «l'incompetenza degli organi statali, se vale ad escludere una definizione per *via legislativa* di religione (che sarebbe comunque inopportuna), non elimina il potere di valutare se finalità ed attività qualificate come religiose da un gruppo di soggetti corrispondano a finalità ed attività, a cui l'ordinamento giuridico ha attribuito un differente *nomen iuris*, inquadrando in un diverso schema giuridico» (25). In questo quadro, punto di partenza per la verifica della religiosità di un ente potrà essere certamente la sua autoqualificazione come tale, ma quest'ultima rileverà esclusivamente come presunzione relativa di religiosità che dovrà, poi, essere vagliata alla stregua di una serie di riscontri oggettivi o indici presuntivi, volti a verificare che l'ente non sia riconducibile ad altra categoria associativa. Tali indici sono stati individuati nell'analisi del libro fondamentale dell'associazione (se c'è), nel giudizio che i singoli componenti danno del gruppo e delle sue finalità, nella presenza o meno di riti o cerimonie e, soprattutto, nel volume di attività commerciali realizzate dal gruppo e nel rapporto di queste con le altre attività disimpegnate (26).

(25) FERRARI S., *La nozione giuridica di confessione religiosa (come sopravvivere senza conoscerla)*, in *Principio pattizio e realtà religiose minoritarie*, a cura di PARLATO E VERNIER, 1995, 27.

(26) DI COSIMO G., *Privilegi per le confessioni religiose: chi certifica l'autenticità dei motivi di coscienza?*, in *Giur. Cost.*, 1992, 4224 e 4225.

La ricorrente, per suffragare il casi prospettato assunto, sostiene, innanzi tutto, che «non pare condivisibile l'affermazione di partenza dell'impugnata sentenza, seconda cui non sarebbe sufficiente la previsione statutaria che l'attività principale dell'Associazione non ha natura commerciale, per escludere che l'A. possa costituire un ente (non) commerciale, in quanto si dovrebbe tener conto dell'attività effettivamente svolta»: a suo dire, infatti, «lo statuto, nel caso anche atto costitutivo, disegna completamente la natura giuridica dell'ente collettivo, che con quell'atto viene ad esistenza e che da quel momento in poi si pone come centro di riferimento di situazione giuridiche attive e passive, ne detta lo scopo e ne indica i mezzi», atteggiandosi come l'Associazione dal punto di vista negoziale» e come fonte di «vera e propria obbligazione reciproca» fra i partecipanti, impegnando questi a «non esercitare una volontà difforme» dalla previsioni statutarie, che quando pure esercitata, resterebbe, comunque, insuscettibile «di modificare la natura giuridica dell'Associazione, la sua identità» ed i suoi scopi, con la conseguenza che «se la statuto qualifica un'associazione come ente non commerciale con fine di religione, l'associazione resterà ente non commerciale quale che sia l'attività di fatto svolta da taluno degli associati».

Operando in questo modo sarebbe possibile sganciarsi da una definizione preconstituita di confessione religiosa e, nello stesso tempo, salvaguardare l'esigenza di evitare abusi dell'autoqualificazione in termini religiosi degli enti, attraverso «una procedura che permetta di conciliare le aspettative delle parti interessate alla definizione del concetto» (27).

La decisione

La decisione è criticabile per numerosi profili. Vi sono cinque ordini di censure motivazionali alla sentenza cassata, insufficientemente motivata.

Il primo, che si riferisce alle precedenti sentenze penali della Suprema Corte, è da respingere per le ragioni sopra menzionate, che escludono al potere giudiziario la competenza di definire in dettaglio l'ambito della religiosità. Peraltro non tutte le associazioni non criminali sono religiose, verrebbe da obiettare; infine, le stesse sentenze citate lo sono in via superficiale e sommaria, un mero cenno all'esistenza.

Il secondo ordine di censure richiama dei riconoscimenti esteri; al che non si potrebbe che obiettare che negli Stati Uniti e in Australia chiunque può iscriversi all'elenco delle religioni, tanto che su Internet circolano sette di celebratori della automutilazione. Evidentemente, la setta *de qua*, in Italia, sarebbe vietata perché contrasta con l'ordine pubblico internazionale la celebrazione del proprio autosacrificio, con lesioni permanenti della integrità fisica. Quanto al provvedimento del Tribunale di Amburgo, la Corte non specifica di cosa si tratti.

Il terzo ordine di censure riguarda il necessario esame delle convinzioni personali degli aderenti, se vivano il loro stato in modo religioso, il che mi pare errato sotto tre ordini di motivi. Il primo è analogo alle critiche al principio di autoqualificazione. Jack the Ripper forse viveva in modo mistico la sua esperienza di *serial killer*, però è generalmente intesa una certa contraddizione tra il «religioso» e il diritto a sopprimere la vita altrui, almeno nella coscienza civile di oggi. Il secondo alla circolarità del ragionamento è religiosa la associazione i cui fedeli vivano la loro esperienza in modo religioso.

(27) DI COSIMO G., *Sostegni pubblici alle confessioni religiose tra libertà di coscienza ed eguaglianza*, in *Giur cost.*, 1993, 2175.

L'ente ridetto puntualizza, sul tema, che gli effetti fiscali, il carattere prevalente delle norme statutarie trova espressa conferma nel citato art. 2 del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 598, di poi trasfuso e confermato dall'art. 87 del d.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917, alla stregua del quale, per ciò che concerne gli enti pubblici e privati diversi dalle società, «l'oggetto esclusivo o principale dell'ente è determinato in base all'atto costitutivo, se esistente in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata, e in mancanza in base all'attività effettivamente esercitata», e deve ritenersi, perciò, che «l'attività effettivamente svolta può essere rilevante per qualificare un ente solo in mancanza di uno statuto redatto per atto pubblico», mentre, «in presenza di un formale atto costitutivo regolarmente approvato, e qualificante l'Ente come non commerciale, tale qualifica non può (in nessun caso) venir meno, ferma ovviamente restando la possibilità per un ente non commerciale di svolgere attività di impresa o comunque commerciale, come del resto espressamente previsto dall'art. 20 del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 598 o dall'art. 111 del d.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917»; soggiunge, quindi, che le disposizioni da ultima citate prevedono entrambe che «si considerano fatte nell'esercizio di attività commerciali anche le prestazioni di servizi e le cessioni di beni ai soci, associati o partecipanti verso pagamento di corrispettivi specifici o di contributi supplementari determinati in funzione delle maggiori e diverse prestazioni alle quali danno diritto», e che, però, restano sottratte a tale disciplina le prestazioni «effettuate in conformità alle finalità istituzionali da associazioni ... religiose ... anche se rese nei confronti di associazioni che svolgono la medesima attività e che per legge, regolamento o statuto, fanno parte di un' unica organizzazione locale o nazionale, nonché dei rispettivi soci, associati o partecipanti e dei tesserati alle rispettive organizzazioni nazionali».

Il quarto ordine di censure motivazionale rinvia alla *opinio doctorum*, il che è quanto abbiamo ampiamente criticato in precedenza.

Il quinto ordine di censure, alla osservazione che la pratica della religione scientista comporta l'oneroso acquisto di corsi, meglio descritti sopra, obietta che si deve avere riguardo al loro eventuale carattere religioso e finalizzato alla propaganda e al proselitismo. L'argomento è complesso e sarà affrontato *infra*.

La religione

Le dottrine scientologiche hanno natura spirituale. Non possiamo nel nostro ordinamento sindacarne i contenuti nei limiti della liceità. Indubbiamente si tratta di una associazione. Sussistono tre pre-requisiti per qualificare, ai fini fiscali, Scientology una associazione religiosa: dottrina spirituale, autoqualificazione, a carattere associativo.

Religio licita

Non appare dalla sentenza, e non è il caso di Scientology, che deve essere affermata tale distinzione, cara ai Romani.

Il diritto di praticare un culto è un diritto inviolabile dell'uomo. Ora, tale diritto coesiste e deve convivere con gli altri diritti inviolabili dell'uomo.

Pertanto, a prescindere dalla sua qualifica religiosa, una confessione che si proponesse il genocidio, la totale soppressione della libertà di pensiero, e simili soppressioni di altri diritti fondamentali non può in alcun caso essere considerata lecita in queste sue attività e deve, non solo non avere alcun beneficio, ma essere repressa.

Dunque, e per ritornare al discorso, si deve esaminare se gli atti dispositivi patrimoniali di Scientology fossero stati estorti sopprimendo la libertà di autodeterminazione. Il che è stato escluso dalla Cassazione Penale. Riportiamo il dato esclusivamente per completezza di discorso.

La di A. C. di S. di Milano, con un secondo ordine di asserzioni, adduce che, «quand'anche potesse convalidarsi l'affermazione della Commissione tributaria regionale secondo cui, pur in presenza di uno statuto regolarmente redatto per atto pubblico, assume rilevanza l'attività in concreto svolta, nella specie le conclusioni non muterebbero, posto che l'attività svolta» da essa deducibile «è stata sempre effettuata in conformità alle finalità istituzionali proprie di una associazione religiosa»: premesso che la commissione suddetta non ha contestata «in alcun modo che la pretesa attività commerciale sia costituita da cessione di beni o prestazioni di servizi a favore di associati o partecipanti in conformità alle finalità religiose dell'ente», limitandosi ad affermare che, tuttavia, «la consistenza e la quantità delle operazioni economiche poste in essere avrebbero assolutamente travalicato ogni altra supposta finalità», e dopo aver denunciato l'apoditticità della declaratoria resa in proposito dal giudice del merito, fa presente che Cass Sez. II pen., sent. n. 5838 del 9 novembre 1995 e *id.*, sent. n. 1329 del 22 ottobre 1997, pronunciando su situazioni di fatto omologhe a quelle qui in discussione (e sanzionando l'annullamento della pronuncia della corte distrettuale richiamata nella decisione impugnata), hanno enunciato principi alla stregua dei quali dovrebbe tenersi per indubitabile la riducibilità della C. di S. nel novero degli organismi «non commerciali con finalità di religione le cui entrate sono costituite da proventi o contributi corrisposti da associati o partecipanti a fronte di cessione di beni o prestazioni di servizi rese in conformità ai fini istituzionali e che quindi non sono imponibili agli effetti ed ai sensi del già citato art. 20 del d.P.R. n. 598/1973».

L'associazione ricorrente, concludendo, evidenzia che «la giustificazione delle operazioni economiche poste in essere da Scientology», ossia la compatibilità di tali operazioni con la natura di ente religioso di essa deducibile, «è stata, ..., posta in rilievo "dai da ultimo citati arresti di questa Corte Suprema, ove si sottolinea come il reperimento di mezzi economici era indispensabile per il funzionamento dell'Associazione, e di fatto gli utili da questa conseguiti restavano a disposizione dell'Organizzazione e non venivano, né erano destinati, ad essere distribuiti fra gli associati"».

La, complessa, doglianza così prospettata, ad onta della non condivisibilità di taluno degli assunti nei quali si articola, è sostanzialmente meritevole di accoglimento nei termini di seguito precisati.

Benefici fiscali.

A questo punto, e ritornando alla legge fiscale, ciò che rileva, è verificare se la attività fondamentale (lecita) posta in essere dalla Associazione connoti di per sé l'Ente come avente finalità diverse da quella religiosa, considerando non tanto il contenuto, non sindacabile, delle credenze di Scientology, quanto l'attività in concreto esercitata. In altri termini, l'attività di cessione di beni e prestazioni di servizi, svolta a prezzi non caratterizzati dalla «libera offerta» o «donazione» o non determinati dalla copertura dei costi e dalla giusta remunerazione degli operatori, senza la possibilità anche per i non abbienti di accedere al messaggio di salvezza della confessione religiosa, qualora si connoti come la attività principale, effettivamente svolta, comporta inevitabilmente l'inquadramento dell'Ente nell'ambito dei soggetti di cui all'art. 87 C TUIR, cioè tra quelli aventi finalità di lucro diversi dalle società. Non perché le credenze sostenute non rientrino in una nozione di religiosità (su cui ci asteniamo), quanto perché l'attività rientra in quella propria di un soggetto che tende a procurarsi un utile, con una finalità egoistica, e quindi, qualificando in negativo il religioso, non rientra in questo ambito, ma appartiene a un altro.

In proposito, soccorrono le seguenti osservazioni.

A) – Si rileva inaccettabile la deduzione della ricorrente intesa a sostenere che la sua qualità di ente religioso e, derivatamente, di organismo legittimato ad avvalersi del regime fiscale di favore di cui al ripetuto art. 20 d.P.R. 29 novembre 1973 n. 598 dovrebbe essere ravvisata *iuris et de iure* susistente e dichiarata, sulla base del solo dato che per tale essa si è autoqualificata nel proprio statuto consacrato in atto pubblico.

Al riguardo, ed a prescindere da qualsiasi altro, pur fattibile, rilievo, è sufficiente richiamare le enunciazioni di cui a Corte cost., sent. n. 467 del 19 novembre 1992, alla stregua. delle quali vanno esclusi «gli esiti irragionevoli di una incontrollabile autoqualificazione, meramente potestativa, delle associazioni» che finirebbero per rendere queste «arbitre della propria tassabilità».

B) – Tanto premesso, peraltro, nel solco di Corte cost., sent. n. 195 del 27 aprile 1993, è da dire che la riducibilità di una data organizzazione nel novero delle confessioni religiose, nella carenza fra la organizzazione stessa e lo Stato di un'intesa a mente dell'art. 8, comma 3, della Costituzione (intesa che renderebbe giuridicamente incontestabile il carattere della religiosità) deve essere riscontrata, ed accertata, sulla base degli elementi ritraibili, oltre che dalla valutazione dello statuto da avere per indiscutibilmente suscettibile di fornire emergenze presuntive al riguardo), dall'esistenza di precedenti riconoscimenti pubblici, e, infine, dalla comune considerazione.

Orbene, nel caso in esame, la commissione tributaria regionale risulta aver ancorato la declaratoria recante accertamento negativo della qualità di ente religioso dell'associazione ricorrente esclusivamente a rilievi (fra l'altro, come si dirà nella lettera seguente, neppure sufficientemente motivati) circa, asserite, caratteristiche fattuali dell'attività dall'associazione stessa concretamente svolta, trascurando completamente di verificare se detta qualità dovesse, o non, essere desunta dagli elementi cennati.

a) – Il giudice del merito, di vero, ha innanzi tutto, completamente omesso di verificare se, ai fini della soluzione da dare al problema postagli, potesse, o dovesse, rilevare, a non, la circostanza, non contestata, che l'ente considerato risulta definita nel suo statuto «Chiesa», termine solitamente usato per definirsi dagli enti sedicenti religiosi, nonché il dato che l'ente stessa abbia, indiscussamente, le sue radici nelle dottrine predicate negli anni cinquanta del secolo ventesimo da L. Ron Hubbard e si correli a quella Church of S. fondata dal menzionato Hubbard ed alla quale nel paese d'origine (S.U. d'A.) ne pacificamente riconosciuta la veste di movimento religioso.

La questione dirimente del caso di specie, dove la autoqualificazione e la obiettiva spiritualità delle dottrine scientologiche facevano presumere la sua appartenenza ai soggetti *ex art 87 C TUIR*, era dimostrare la finalità di lucro con una puntuale analisi dei costi, dei ricavi e della destinazione di questi ultimi. Tale accertamento non sembra precluso, ai sensi del quinto ordine di censure sopra esaminato, in sede di rinvio, salve i limiti probatori di tale fase processuale.

b) – La commissione tributaria regionale, per altro verso, ha trascurato di considerare la rilevanza processuale della riscontrabilità di un nutrito, ed ormai prevalente, orientamento giurisprudenziale, risultante non solo da numerose decisioni di giudici di merito (penali, civili e tributari), ma anche da pronunzie di sezioni penali di questa Corte Suprema (cfr., in proposito, Cass. Sez. II pen., sent. 9 novembre 1995, ric. A., *id.*, sent. 8 ottobre 1997, ric. B.), che afferma, o dà per presupposta, la natura di organismi di carattere religioso delle associazioni, del genere di quella ricorrente, che si ispirano alle dottrine hubbardiane, le professano e le propagandano: ha omesso di valutare se da detto orientamento della giurisprudenza emerga un pubblico riconoscimento della religiosità del movimento di scientology e degli organismi associativi ad esso correlati.

c) – Il giudice del merito, ancora, non ha tenuto conto del dato che il movimento di cui trattasi e le comunità in cui esso si struttura, oltre ad essere considerati da decenni religiosi nel paese d'origine ed in altre nazioni di lingua inglese, sono stati per tali riconosciuti in altri paesi della Comunità europea (cfr., Ladesgericht Amburgo, provv. del 5 gennaio 1998).

Lo stesso giudice ha omesso, inoltre, di verificare se i membri della associazione ricorrente vivano come esperienza religiosa la loro partecipazione alla comunità, e se esista, o non, fra la generalità della gente e fra i cultori del diritto ecclesiastico una diffusa opinione circa la natura religiosa del movimento ridetto.

d) – Nel contesto illustrato, la censurata declaratoria della inesistenza dei connotati della religiosità nella corporazione ricorrente si appalesa resa nella mancata verifica della sussistenza delle condizioni dall'ordinamento considerate suscettibili di legittimarla, e si rivela, per ciò solo, senz'altro, meritevole di cassazione.

C) – Sotto un ulteriore aspetto, va evidenziato come l'affermazione del carattere esclusivamente speculativo e commerciale dell'attività in concreto svolta dall'ente ricorrente contenuta nella sentenza impugnata appare sostanzialmente apodittica, e, in ogni caso, non adeguatamente motivata, non avendo il giudice che quella sentenza ha reso chiarito le ragioni per le quali ha ritenuto di dover escludere che l'attività cennata, avuto riguardo al carattere religioso eventualmente attribuibile al suo autore, possa essere ravvisata integrante cessione di beni e prestazione di servizi agli associati – fedeli – eseguite in conformità alle finalità istituzionali – di proselitismo e di pratica confessionale – dell'autore medesimo.

D) – Corollario del complesso di considerazioni che precede è che, in accoglimento del delibato motivo di ricorso, la sentenza impugnata deve essere cassata, e che la causa, per un rinnovato esame, da condursi nel rispetto delle surriportate enunciazioni, va rinviata dinanzi ad una sezione della Commissione tributaria regionale della Lombardia diversa da quella che ha reso la pronuncia annullata, demandando al così designato giudice di rinvio il regolamento delle spese, anche, della presente fase processuale di legittimità (che dovrà essere correlato a quello che sarà l'esito finale complessivo della vertenza).

3) – L'accoglimento del mezzo di gravame di cui al paragrafo precedente e la come sopra sancita cassazione della declaratoria della sentenza impugnata dallo stesso investita, a mente dell'art. 336, comma 1, cod. proc. civ., travolgono le, dipendenti, statuizioni della sentenza anzidetta concernenti la determinazione dei redditi tassabili: resta assorbito, consequenzialmente, l'esame del terzo, subordinato, motivo di ricorso, con il quale la A. C. di S. di Milano censura le statuizioni in argomento, denunciandole inficiate da «violazione dell'art. 7, primo comma, del decreto legislativo n. 546 e del combinato disposto degli artt. 1 del medesimo d.l.vo n. 546/1992 e 112 c.p.c., (da) pronuncia *ultra petita* e in base ad elementi non dedotti dalle parti.

(omissis)

TRIBUNALE DI LATINA, sez. 2^a, 3 luglio 2000 n. 812 – G.U. Scarafone – D.C.G. & C. S.a.s. c. Ministero delle finanze.

Ingiunzione fiscale – Opposizione – Mancata notificazione presso l'Avvocatura dello Stato – Costituzione del Ministero delle finanze – Sanatoria – Sussiste.

La nullità della notificazione non effettuata direttamente all'Avvocatura dello Stato è rilevabile, anche d'ufficio in qualunque stato e grado del giudizio (art. 11 ultimo comma R.D. n. 1611/1933), ma è sanata ex tunc dalla costituzione in giudizio dell'Amministrazione delle finanze attraverso il legale rappresentante processuale (nella specie l'Avvocatura generale dello Stato) (1).

(omissis)

Motivi della decisione

In ordine logico deve essere delibata per prima la questione pregiudiziale della competenza territoriale del giudice adito.

In proposito si deve rilevare che l'art. 3 legge 14 aprile 1910, n. 639, riguardante la riscossione coattiva delle entrate dello Stato mediante ingiunzione fiscale, prevede che il debitore possa proporre opposizione all'ingiunzione fiscale dinanzi al tribunale del luogo in cui ha sede l'ufficio che ha emesso l'ingiunzione.

(1) La controversia sorge dall'opposizione proposta avverso un'ordinanza ingiunzione relativa all'imposta erariale di consumo ENEL. Abbiamo sostenuto che la competenza territoriale resta assoggettata alle regole del foro erariale, in quanto nel caso in esame l'ordinanza-ingiunzione non è titolo esecutivo e dunque il giudizio di opposizione non ha natura di opposizione all'esecuzione. Infatti il procedimento ai sensi del R.D. n. 639/1019, se può essere idoneo a costituire un titolo esecutivo, tuttavia non ha sempre e solo natura esecutiva, atteso che talvolta, come nel caso in esame, l'opposizione all'ingiunzione fiscale ha proprio lo scopo di impedire la formazione di un titolo esecutivo. La tesi è suffragata da alcuni precedenti giurisprudenziali (Cass., Sez. I, 11 marzo 1997 n. 2200, Cass., Sez. I, 12 febbraio 1993 n. 1777, Cass., Sez. I, 16 febbraio 1963 n. 355).

Quest'ultima è stata qualificata dalla giurisprudenza come titolo esecutivo stragiudiziale di formazione amministrativa (Cass. 19 gennaio 1979, n. 390, Cass. 7 maggio 1981, n. 2965) e, di conseguenza, l'opposizione ha natura d'opposizione all'esecuzione.

Pertanto rimane ferma la competenza territoriale fissata dall'art. 3 R.D. n. 639/1910, atteso che l'articolo 7 del r.d. 30 ottobre 1933 n. 1611 – testo unico sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato – prevede che rimangano ferme le norme ordinarie di competenza per i giudizi relativi ai procedimenti esecutivi.

Le disposizioni del predetto testo unico sono state fatte proprie dell'art. 25 c.p.c. e, di conseguenza, anche a seguito dell'emanazione del codice di rito è stata confermata la competenza territoriale dell'art. 3 del R.D. n. 639/1910.

Pertanto deve essere respinta l'eccezione d'incompetenza territoriale.

L'Avvocatura dello Stato ha, poi, eccepito la nullità della citazione perché effettuata direttamente all'Amministrazione che ha emesso l'ingiunzione anziché presso il competente ufficio dell'Avvocatura ai sensi dell'art. 11 r.d. n. 1611/1933.

La nullità della notificazione non effettuata direttamente all'Avvocatura dello Stato è rilevabile, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del giudizio (art. 11, ultimo comma r.d. n. 1611/1933), ma è, comunque, sanata dalla costituzione del convenuto con effetto *ex tunc* (Corte costituzionale 8 luglio 1967 n. 97, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma appena richiamata nella parte in cui esclude la sanatoria della nullità della notificazione in relazione al raggiungimento dello scopo cui l'atto è destinato e, per quanto riguarda la citazione, come effetto della costituzione del convenuto).

Nel caso in questione, poiché l'Amministrazione delle Finanze si è costituita in giudizio in persona del legale rappresentante processuale – il Ministro in carica –, contestando anche le merito le avverse pretese, la nullità derivante dall'erronea notificazione della citazione è stata sanata.

Parimenti la costituzione in giudizio del soggetto che ha la capacità processuale per l'Amministrazione convenuta ha sanato l'erronea *vocatio in ius*, non effettuata in persona del Ministro in carica, ai sensi dell'art. 164 c.p.c.

Da ultimo si deve esaminare l'eccezione di difetto di legittimazione passiva dell'ufficio convenuto avanzata dall'Avvocatura dello Stato.

Atteso il carattere unitario dell'Amministrazione Finanziaria dello Stato, l'evocazione in giudizio di suoi organi periferici non lascia adito a dubbi sul soggetto effettivamente destinatario dell'opposizione proposta dalla Di Cesare Gino S.a.s.: il problema, pertanto, non attiene alla legittimazione processuale, ma solo alla citazione dell'organo che ha la capacità processuale per l'Amministrazione ed alla notificazione della citazione predetta che sono già state oggetto d'esame.

Pertanto il processo deve essere proseguito per l'espletamento dell'istruttoria come da separata ordinanza.

P. Q. M.

Il tribunale non definitivamente pronunciando, così decide:

1. respinge le eccezioni pregiudiziali avanzate dal Ministero delle Finanze;

2. provvede per la prosecuzione del processo come da separata ordinanza.

(*omissis*)

CORTE D'APPELLO DI ROMA, atto di citazione in appello – Ministero dell'Economia e delle Finanze (avv. Stato Tortora) c. D.C.G. & C. S.a.s. (avv. De Litta).

Con atto in data 18 novembre 1996, notificato il 24 gennaio 1997, reso esecutivo dal Pretore di Gaeta, l'Amministrazione Finanziaria (Ministero delle Finanze – Dipartimento delle Dogane e delle Imposte Indirette - Dogana Principale di Formia) ingungeva alla Soc. D.C. di pagare la somma di L. 178.842.000, entro trenta giorni, come da situazione debitoria da UTIF di Roma conto n. 2000, così suddivisa: L. 1.153.150 per imposta erariale di consumo ENEL + L. 420.375 per indennità di mora ed interessi moratori a tutto il 31 ottobre 1996; L. 107.112.120 per addizionale ENEL + L. 70.066.415 per indennità di mora ed interessi moratori maturati a tutto il 31 ottobre 1996; L. 90.000 per diritti di licenza non versati.

Avverso tale ingiunzione il D.C., nella qualità, ha proposto opposizione dinanzi al Tribunale di Latina, con atto notificato direttamente presso la Dogana Principale di Formia, con il quale veniva convenuto in giudizio il Dipartimento delle Dogane e delle Imposte Indirette – Dogana Principale di Formia.

Con tale opposizione il D.C. eccepiva che l'impianto «*de quo*» sarebbe rimasto inattivo fin dal 1988 (data di un'ordinanza sindacale che impediva la prosecuzione della produzione).

Si costituiva il Ministero delle Finanze, sollevando eccezione di nullità della citazione, di incompetenza territoriale e di difetto di legittimazione passiva dell'Ufficio convenuto, nonché eccezioni di merito.

Con la sentenza parziale in epigrafe il Tribunale di Latina ha deciso le eccezioni preliminari sollevate dall'Amministrazione, respingendole.

Avverso tale sentenza si propone il presente appello, affidato ai seguenti

M o t i v i

Occorre qui riproporre tutte le eccezioni preliminari sollevate in primo grado e respinge dal Tribunale di Latina. Infatti, in primo luogo, il Tribunale ha ritenuto sanata la nullità della notificazione della citazione senza tener conto della circostanza che nel caso in esame è stato convenuto in giudizio il Dipartimento delle Dogane e delle Imposte Indirette – Dogana Principale di Formia, mentre si è costituito in giudizio il Ministro delle Finanze, dunque non sussiste una identità tra l'Ufficio convenuto e quello costituito ideonea a sanare la nullità.

In secondo luogo si rileva che il procedimento ai sensi del r.d. n. 639/1910, se può essere idoneo a costituire un titolo esecutivo, non ha sempre e solo natura esecutiva, atteso che l'opposizione all'ingiunzione fiscale, se talvolta ha lo scopo e la natura dell'opposizione all'esecuzione, altre volte può

avere proprio lo scopo di impedire la costituzione del titolo esecutivo: in tal caso il proprio lo scopo di impedire la costituzione del titolo esecutivo: in tal caso il relativo giudizio apre una fase di cognizione ordinaria, che non ha affatto natura esecutiva. Così è accaduto nel caso in esame, con la conseguenza che la competenza territoriale resta assoggettata alle regole sul foro erariale dettate dall'art. 25 c.p.c. 8 cfr. Cass. Sez. I, 11 marzo 1997, n. 2200, Cass. Sez. I, 12 febbraio 1993, n. 1777, Cass. Sez. I, 16 febbraio 1963 n. 355).

Si rileva, ancora che è stato convenuto in giudizio un ufficio non dotato di autonoma legittimazione processuale né di personalità giuridica, con conseguente difetto di legittimazione passiva dell'Ufficio convenuto.

Ciò premesso, il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

C i t a

La D.C. & C. S.a.s., in persona del legale rappresentante D.C. , a comparire dinanzi alla Corte d'Appello di Roma, sezione e giudice designandi, all'udienza del 15 dicembre 2001, ore di rito, con l'invito a costituirsi nelle forme di legge entro i precedenti venti giorni onde non incorrere nelle decadenze di cui all'art. 76 c.p.c., con l'invito a comparire e con l'avvertenza che, altrimenti, si procederà in sua contumacia per sentir accogliere le seguenti

C o n c l u s i o n i

Piaccia all'Ill.ma Corte d'Appello adita, *contrariis reiectis*, in accoglimento del presente appello, riformare la sentenza impugnata e, per l'effetto, respingere le domande formulate dall'attore in primo grado.

(omissis)

COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE DI FIRENZE, sez. 31, 30 maggio 2001 n. 79/31/00 – Pres. Pekelis – Rel. Sinatti – S.a.s. A., B.S. ed altri (rag. L. Bettini) c. Ufficio Imposte Dirette di Firenze (avv. - Stato Guida).

Tributi – Procedimento contenzioso – Art. 52, comma 2, d.lgs. n. 546/1992 – Autorizzazione all'appello da parte del capo dell'ufficio tributario – È atto interno, e comunque non costitutivo del potere di impugnazione.

L'autorizzazione prevista dall'art. 52 del d.lgs. n. 546/1992 costituisce elemento essenziale per il valido esercizio del potere di azione processuale da parte dell'Ufficio finanziario in sede di appello. In difetto di essa, il potere di impugnazione non può essere esercitato, con la conseguenza che un gravame così proposto sarebbe invalido (1).

(1) Si pubblicano i motivi di ricorso per Cassazione proposti dall'avvocato dello Stato MARIA LETIZIA GUIDA:

la decisione della Cassazione non è stata ancora pubblicata.

«La C.T.R. con la sentenza indicata in epigrafe ha dichiarato inammissibile l'appello dell'Ufficio per mancanza dell'autorizzazione prevista dall'art. 52, comma 2, del d.lgs. n. 546/1992.

(*omissis*)

D i r i t t o

Deve essere esaminata *ex officio* la questione reativa alla autorizzazione all'appello, di cui all'art. 52 del d.lgs. n. 546/1992.

L'autorizzazione costituisce un elemento essenziale per il valido esercizio del potere di azione processuale da parte dell'ufficio in sede di appello.

Avverso tale sentenza della C.T.R. si propone ricorso per cassazione per i seguenti motivi.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 10, 11, 62 decreto-legge n. 46/1992 in relazione all'art. 75 c.p.c. (360 numeri 3 e 4 c.p.c.).

La C.T.R. ha ritenuto che il mancato deposito dell'autorizzazione prevista dall'art. 52, 2° comma decreto-legge n. 546/1992 determina l'inammissibilità dell'appello proposto dall'ufficio impositore.

Tale tesi si fonda sul presupposto che detta autorizzazione attiene alla capacità dell'Ufficio di impugnare la decisione di 1° grado e che, pertanto, la sua mancanza comporta l'incapacità di impugnare da parte dell'ufficio stesso.

Questa tesi non può essere condivisa alla luce della ricostruzione logico-sistematica del sistema, dalla quale si evince che l'autorizzazione in questione costituisce atto interno dell'Amministrazione, previsto allo scopo di coordinare il contenzioso dell'Amministrazione nel distretto di competenza delle Commissioni tributarie regionali onde assicurare il rispetto di principi di uniformità, imparzialità ed efficienza.

Si osserva in proposito che l'autorizzazione prevista dall'art. 52 del decreto legge n. 546/1992 non può in nessun caso considerarsi un presupposto processuale, attinente alla cd. *legitimitatio ad processum*, al pari di quella espressamente richiesta per gli organi rappresentativi degli enti pubblici allo scopo di agire o di resistere in giudizio.

In tali casi, infatti, l'autorizzazione è elemento indispensabile per integrare la capacità del soggetto chiamato a rappresentare l'ente in giudizio e costituisce la manifestazione di volontà dell'ente stesso ad agire e/o a resistere, espressa dagli organi titolari dei poteri deliberatori (ad esempio la giunta comunale che deve autorizzare il Sindaco a rappresentare l'ente in giudizio).

L'ipotesi prevista dall'art. 52, comma 2 D.L. n. 546/1992 non attiene invece in alcun modo alla capacità rappresentativa dell'ufficio che sta in giudizio a mezzo del suo direttore o di un suo delegato senza bisogno di alcuna deliberazione da parte di altro organo.

Da tali considerazioni è agevole desumere che l'autorizzazione di cui trattasi dovrebbe investire la stessa capacità dell'ufficio che ha emesso l'atto impugnato e che è titolare della potestà impositiva ad agire in giudizio a tutela del proprio atto.

Si tratterebbe perciò, in ipotesi, di una autorizzazione attinente alla *legitimitatio ad causam*, rilasciata in base ai principi stabiliti dall'art. 75 c.p.c. secondo cui «le persone che non hanno il libero esercizio dei diritti non possono stare in giudizio se non ... autorizzate secondo le norme che regolano la loro capacità».

Ritenere, tuttavia, che l'autorizzazione in questione attiene alla capacità di agire in giudizio dell'ufficio che ha emanato l'atto impugnato significherebbe ipotizzare una illogica ed ingiustificata scissione tra la capacità sostanziale e quella processuale dell'Ufficio medesimo, impedendogli di tutelare in sede di giudizio il proprio operato.

La conferma dell'illogicità delle conclusioni cui è pervenuta la C.T.R. è fornita dalle disposizioni di carattere generale contenute negli artt. 10 e 11 del decreto-legge n. 546/1992 che disciplinano in generale la capacità di stare in giudizio degli Uffici Tributarie.

Meglio ancora, il diritto-potere di azione, in questa sede, è impedito fino a quando non intervenga l'autorizzazione, la quale funge quindi da rimozione di quell'impedimento.

Tali norme riconoscono espressamente allo stesso Ufficio impositore la capacità di stare in giudizio direttamente, così affermando il principio del necessario collegamento tra capacità sostanziale e capacità processuale (e cioè tra titolarità del diritto in contestazione e potestà di stare in giudizio a tutela di esso).

Le norme anzidette, nell'enunciare tale regola generale non prevedono eccezioni o limitazioni, in guisa che non sembra corretto ritenere – sotto un profilo sistematico – che eccezioni o limiti debbano essere desunte, per via interpretativa, dalla successiva disposizione dell'art. 52.

D'altra parte allorché il legislatore ha inteso condizionare la capacità di agire ad una espressa autorizzazione, ha espressamente ricollegato dette autorizzazioni (quale condizione dell'azione) ad una situazione di incapacità processuale della parte.

Così ad esempio l'art. 31, 20 comma della legge fallimentare espressamente prevede che il curatore fallimentare «non può stare in giudizio senza l'autorizzazione scritta, del giudice delegato».

La mancanza di una espressa disposizione in tal senso che disconosca in appello la capacità di agire ed il libero esercizio dei diritti da parte dell'ufficio induce a ritenere che l'autorizzazione all'appello non è presupposto dell'azione e che la sua mancanza non ne inficia la validità.

Ulteriore conferma di tale tesi si ricava dal raffronto tra la disposizione dell'art. 52, comma 2, decreto legge n. 546/1992 e la previgente disposizione dell'art. 22 del d.P.R. n. 636/1972 introdotto dall'art. 5, comma 1 del decreto legge 27 aprile 1990 n. 90, conv. nella legge 26 giugno 1990 n. 165, che espressamente prevedeva l'inammissibilità dell'appello proposto dall'ufficio tributario nelle cause di importo inferiore a 5.000.000 in mancanza di un apposito visto dell'Ispettorato Compartimentale territorialmente competente.

La mancanza di una espressa previsione di inammissibilità per l'ipotesi di mancata autorizzazione, nel nuovo testo dell'art. 52 induce ragionevolmente a ritenere che il legislatore non ha inteso limitare la generale capacità di agire dell'ufficio ma ha voluto soltanto assicurare l'opportuno coordinamento dell'azione dei vari Uffici. Ciò anche al fine di assicurare che le Direzioni regionali potessero indirizzare l'azione dei vari Uffici operanti nel Territorio di competenza delle nuove commissioni tributarie regionali, evitando peraltro di accentrare presso le stesse Direzioni regionali il contenzioso in grado di appello.

Non da ultimo è importante rilevare che considerare la mancanza di autorizzazione all'appello come causa di inammissibilità del gravame, significherebbe contraddire la regola secondo cui nel vigente ordinamento processuale le cause di inammissibilità dell'azione sono quelle espressamente previste dal legislatore, sicché non sembra corretto ipotizzare nuovi casi oltre quelli specificamente indicati.

D'altronde, un'ipotesi di inammissibilità di tal genere limiterebbe gravemente ed ingiustamente i diritti dell'Amministrazione e istituirebbe una irragionevole forma di disparità di trattamento a suo carico.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e 52 comma 2, d.lgs n. 546/1992, dell'art. 182 c.p.c. nonché dei principi generali in materia di ammissibilità dell'azione, art. 360 numeri 3 e 4 c.p.c.).

Nella denegata ipotesi in cui si ritenesse che l'autorizzazione prevista dall'art. 52 decreto legge n. 546/1992 integri la capacità di appellare dell'ufficio e sia richiesta pertanto, a pena di inammissibilità, si deduce che la C.T.R. ha ingiustamente dichiarato l'inammissibilità dell'azione senza preventivamente verificare, anche attraverso l'uso dei poteri istruttori conferiti dall'art. 7 del decreto legge n. 546/1992 se detta autorizzazione fosse stata in concreto rilasciata.

In difetto di essa, il potere di impugnare non può essere esercitato, con la conseguenza che un gravame così proposto sarebbe invalido.

Fissati tali principi, risulta evidente che l'autorizzazione, ovverosia la rimozione dell'impedimento ed il simultaneo insorgere dello *jus appellandi*, deve essere portata a conoscenza dei terzi: i contribuenti, che hanno il diritto, e la Commissione Tributaria, che ha l'obbligo, di controllarne la regolarità, giacché essa non rappresenta un *interna corporis*, bensì un atto integrativo, e quindi necessario, della impugnativa.

Tale autorizzazione deve essere quanto meno indicata nell'atto di appello e depositata al più tardi al momento della costituzione in giudizio, affinché l'appellato prima, ed il giudice poi, possano esercitare i necessari controlli.

Nel caso di specie, l'autorizzazione è stata indicata nell'atto di appello, ma non prodotta al momento della costituzione in giudizio, in una con l'atto di appello, di cui costituisce parte inscindibile, come visto sopra.

Ogni eventuale produzione successiva sarebbe pertanto tardiva, e come tale idonea a sanare il vizio processuale in oggetto, the comporta l'inammissibilità del gravame.

Per le suesposte considerazioni, deve il Collegio dichiarare l'inammissibilità dell'appello proposto dalla F.A., ciò che esime la Commissione da ogni esame e decisione sul merito della vertenza.

(*omissis*).

L'esercizio di tale potere invero non può considerarsi una semplice facoltà discrezionale del giudice Tributario, ove si consideri che l'inammissibilità dovrebbe ricollegarsi alla effettiva mancanza dell'autorizzazione e non al semplice fatto che l'ufficio abbia ommesso di produrla in giudizio contestualmente all'appello (Cfr. Cass. 1° giugno 1999 n. 6308 ove si afferma che il giudice in sede di istruzione probatoria, ben può invitare la parte a depositare l'autorizzazione non prodotta).

Tale omissione è ancor più grave ove si consideri che nel caso di specie, come la stessa C.T.R. ha rilevato, gli estremi dell'autorizzazione sono stati espressamente riportati nell'atto di appello.

Né ha pregio la tesi della C.T.R. secondo cui il deposito dell'atto in questione deve essere contestuale al deposito dell'atto di appello con conseguente inammissibilità della produzione successiva.

Si deve al contrario rilevare che la produzione degli atti attestanti le condizioni di ammissibilità dell'azione (che, come si è detto, deve essere disposta d'ufficio dal giudice) può avvenire sino all'udienza di discussione, non ostandovi il disposto dell'art. 32 del d.lgs. n. 546/1992 (Cass., V, 10 novembre 2000, n. 14624).

(*omissis*)

GIURISPRUDENZA PENALE

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I penale – Ud. 2 giugno 2000 – dep. 27 luglio 2000 – Pres. Chieffi – Rel. Delehayé – P.M. Fraticelli (concl. conf.) – P.G.

Falsità in atti – Falsità ideologica – Non configurabilità con riferimento ad una delibera del Consiglio di facoltà adottata in conformità ad una bozza predisposta in precedenza da uno dei suoi componenti.

(Cod. pen. art. 479).

Non integra il reato di falso ideologico ai sensi dell'art. 479 c.p. la condotta dei membri di un Consiglio di Facoltà che, nell'adottare una delibera di conferimento di cattedra universitaria, si basano, per la valutazione dei titoli dei concorrenti, su una «bozza» di delibera preparata precedentemente da uno solo di essi, attestando poi, nel verbale, che tale valutazione ha carattere collegiale. Una volta che la «bozza» viene letta, eventualmente emendata ed infine approvata diviene, infatti, vera e propria delibera la cui paternità appartiene all'intero collegio (1).

(1) La sentenza trova uno specifico precedente nella decisione Cassazione, Sez. V, 18 giugno 1999, n. 9135, L. ed altro (in *CED Cassazione*, 1999), pronunciata nell'ambito del medesimo procedimento conclusosi con la sentenza in epigrafe. In essa la I Sezione della Cassazione esclude il reato di falso ideologico con riferimento alla condotta di un Consiglio di facoltà che, nel procedere alla valutazione dei titoli di due candidati per una cattedra universitaria, a seguito di discussione e approvazione collegiale, aveva trasfuso nel verbale della seduta la «bozza» di valutazione precedentemente predisposta da un singolo componente.

Nulla questio sulla natura di «atto pubblico» del verbale del Consiglio di facoltà. In questo senso Sez. VI, 28 maggio 1997, Pin (in *Cass. pen. Mass. uff.*, 1997, 208.906), nella quale si afferma che alle università deve riconoscersi incontestabilmente natura di enti pubblici: le finalità di preminente e generale interesse perseguite dalle università sia nel campo didattico che in quello della ricerca scientifica e tecnologica; la natura dei servizi resi agli studenti e alla collettività in generale; le forme del loro finanziamento; i controlli sulla spendita delle somme finanziate affidati a organi dello Stato, comprovano chiaramente la natura pubblicistica delle medesime (conf. Cass. Civ., S.U., 28 giugno 1975, B. c. Istituto Universitario orientale di Napoli, in *Rassegna Cons. Stato*, 1975, II, 1159; Cass. Civ., S.U., 8 febbraio 1993, 1547, Università cattolica Sacro cuore c. M., in *Mass. Foro it.*, 1993). Per un espresso riconoscimento della qualifica di atto pubblico alla delibera con la quale s'instaura un rapporto professionale tra facoltà e terzi v. Sez. VI, 7 maggio 1991, P., in *Cass. pen. Mass. uff.*, 1992, 187.566; Sez. V, 12 ottobre 1989, B., *ivi*, 1990, 182.243.

Anche la dottrina è concorde nel senso di attribuire natura di ente pubblico alle università (e, conseguentemente, ad applicare la disciplina del falso in atto pubblico nei confronti del verbale del Consiglio di facoltà) cfr. per tutti SEPE, *Note sulla natura giuridica delle università statali*, in *Studi in onore di G. Zanobini*, II, 1964 e CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2000, 2 ed., 80.

(omissis)

Osserva la Corte che la prima doglianza del Procuratore Generale attiene il mancato adempimento, da parte del giudice di rinvio, del compito che gli era stato assegnato dalla sentenza di annullamento, sicché appare preliminare l'esame di questa pronuncia per stabilire se dovesse essere valutata solamente l'eventuale innocuità o meno del falso e se potesse considerarsi cristallizzata la sussistenza della condotta illecita, come indicata nel capo di imputazione.

Maggiori problemi solleva il quesito circa la compatibilità tra il falso ideologico e l'adozione di un atto a contenuto «dispositivo» quale il provvedimento di assegnazione di una cattedra universitaria. Si suole distinguere, infatti, all'interno del *genus* degli atti pubblici, tra dichiarativi e dispositivi. I primi implicherebbero la rappresentazione di un determinato fatto o situazione e sarebbero perciò sottoponibili ad un controllo di veridicità. I secondi, invece, non comporterebbero alcun tipo di rappresentazione della realtà, ma una manifestazione di volontà dell'amministrazione così da poter essere ritenuti «giusti» o «sbagliati», «opportuni» o «inopportuni», ma non «veri» o «falsi» (per un approfondimento della distinzione tra atti dichiarativi e dispositivi, e sui problemi sollevati da tale distinzione, si vedano: SPAGNOLO, *Sulla configurabilità del falso ideologico in sentenza e nei documenti dispositivi*, in *Archivio penale* 1969, I, 221; FUOCHI TINARELLI, *Atti dispositivi: ammissibilità del falso ideologico* in *Foro it.*, 1990, II, 389; MALINVERNI, *Teoria del falso documentale*, Giuffrè, 1958; NAPPI, *Falso e legge penale*, Giuffrè, 1999. Un'analisi a largo spettro sul rapporto tra diritto e linguaggio è invece rinvenibile in ROSS, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Zanichelli, 1978). Se si accettasse tale distinzione il reato di falso ideologico potrebbe certamente configurarsi con riferimento agli atti del primo tipo (dichiarativi) mentre sarebbe dubbia con riferimento agli atti del secondo tipo (dispositivi).

Un primo orientamento giurisprudenziale aveva, in effetti, escluso la compatibilità tra l'art. 479 c.p. e gli atti dispositivi: la Sez. I, 22 novembre 1979, Comerlati, in *Riv. pen.*, 1980, aveva precisato che l'atto pubblico costituente manifestazione di volontà non può mai essere ideologicamente falso poiché la documentazione apprestata dal manifestante, per quanto possa esserne viziata la volontà, è sempre sua propria e quindi naturalisticamente vera (conf. Cass., 21 febbraio 1972, Pellizzon in *Foro it.*, Rep. 1973 voce *Falsità in atti*, n 75; Sez. V, 20 ottobre 1967, Carraresi in *Cass. pen. Mass. Annot.*, 1968, 889, 1335; Sez. IV, 30 giugno 1978, Bisagna in *Riv. pen.*, 1978, 909).

La successiva evoluzione della giurisprudenza ha portato ad una maggiore articolazione delle posizioni. È stata così riconosciuta l'ammissibilità del falso ideologico anche con riferimento agli atti dispositivi, limitatamente alla loro parte descrittiva: Sez. V, 22 novembre 1988, Natale ed altri in *Foro it.*, 1990, II, 389 afferma che anche gli atti a contenuto dispositivo possono essere ideologicamente falsi se hanno come presupposto l'attestazione di una situazione fattuale non corrispondente a verità (e nello stesso senso Sez. VI, 17 ottobre 1988, Dincecco in *Cass. pen. Mass. uff.*, 1989, 179.429; Sez. VI, 29 settembre 1993, Dell'Aglio in *Giust. pen.*, 1994, II, 512; v. anche Sez. V, 10 novembre 1982, Borasio in *Cass. pen. Mass. uff.*, 1983, 157.651; Sez. V, 24 giugno 1983, Ferri in *Giust. pen.*, II, 219). Sul punto si sono pronunciate anche le Sez. un., 24 febbraio 1995, Proietti ed altri (in *Cass. pen.* 1995, 1816) che hanno puntualizzato come, anche nell'atto dispositivo, sia configurabile la falsità ideologica in relazione alla parte «descrittiva» in esso contenuta, e, più precisamente, in relazione all'attestazione, non conforme a verità, dell'esistenza di una data situazione di fatto costituente il presupposto indispensabile per il compimento dell'atto. Tale indirizzo sembra essersi consolidato v. Sez. IV, 12 gennaio 1996, Macri in *Giust. pen.*, 1997, II, 134; Sez. VI, 22 novembre 1996, Salvadori ed altri in *Rep. ann. giurispr.*, voce Reati contro la fede pubblica, 8, 1997; Sez. V, 5 marzo 1997, Bornigia ed altri in *Riv. pen.*, 1998, 94; Sez. V, 8 aprile 1999, Mazzieri, *ivi*, 1999, 448; Sez. V, 1 settembre 1999, D'Alessio, *ivi*, 2000, fasc. 3, 266; Sez. V, 18 giugno 1999, *cit.* (emessa, come già ricordato, nel corso dello stesso procedimento della sentenza in epigrafe) la quale ribadisce, però, che il reato di falso in atto pubblico non è configurabile con riferimento ad atti a contenuto «esclusivamente» sebbene la volontà del pubblico ufficiale si sia illecitamente determinata (in tal caso possono, semmai, ravvisarsi reati quali l'abuso d'ufficio o la corruzione).

La decisione di legittimità del 18 giugno 1999 appare in verità formulata con chiarezza estrema, poiché dispone un nuovo esame «*in ordine al reato di falso ideologico per gli aspetti che concernono la mancata apertura del titoli ed il mancato esame dei titoli, ferma restando la definitività della pronunzia di questa Corte in ordine alla insussistenza del reato di falso ideologico per gli aspetti che concernono l'assente fatto che la decisione fu effettuata in precedenza rispetto alla data della delibera*».

È, quindi, evidente come l'ambito del giudizio di rinvio sia stato inteso esattamente dalla Corte territoriale nel senso di dover accertare la sussistenza o meno del falso ideologico limitatamente alle circostanze di fatto, descritte nel verbale, essendo ormai sancita in maniera definitiva l'irrilevanza penale del fatto che l'attribuzione della cattedra di diritto internazionale privato al prof. P. fosse stata stabilita prima della effettiva delibera ed in base a criteri che nulla avevano in comune con quelli ufficiali.

Né avrebbe avuto alcun significato precludere questo specifico esame alla seconda Corte territoriale, lasciandole solo il compito di giudicare «se la condotta era da inquadrarsi giuridicamente come falso innocuo o meno» (come sostiene il P.G. nel suo ricorso) poiché si trattava di una valutazione che avrebbe ben potuto essere effettuata in sede di legittimità, senza dover rinviare il processo dinanzi ad un diverso giudice di merito, come è stato fatto.

L'innocuità del falso era un altro punto, in relazione al quale era stata ritenuta carente la motivazione della prima sentenza della Corte di Appello di Lecce, poiché era «*incentrata esclusivamente sugli aspetti che concernono la assoluta mancanza di valutazione dei candidati nel corso della riunione del consiglio di facoltà perché la decisione, a tale proposito, sarebbe avvenuta in precedenza*», ma si trattava di un accertamento eventuale, che presupponeva fosse stato risolto positivamente quello sulla sussistenza della condotta illecita.

Le altre censure attengono il vizio di motivazione, consistente nell'aver dato maggior credito alle dichiarazioni della teste C., impiegata presso l'università e già ritenuta in primo grado poco credibile e di parte, in contrasto con le deposizioni dei verbalizzanti e le ammissioni degli stessi imputati sul fatto se il prof. P. avesse presentato i suoi titoli e se il plico contenente quelli del prof. P.G. fosse stato portato in seduta ed aperto.

La configurabilità del falso ideologico con riferimento ad atti dispositivi è stata ampiamente discussa anche in dottrina. Tra gli autori che hanno escluso tale configurabilità si vedano: CARNELUTTI, *Teoria del falso*, Cedam, 1935, 157 ss.; SECCI, *Non configurabilità del falso ideologico nelle decisioni amministrative di un organo collegiale* in questa *Giur. it.*, 1980, II, 73; DE MARSICO, voce *Falsità in atti*, in *Enc. Dir.*, vol. XVI, Giuffrè, 1967, Marini, *Falsa attestazione in una deliberazione di assunzione di personale ad un pubblico ufficio di requisiti inesistenti e reato di cui all'art. 479c.p.* in *Giur. mer.*, 1981, II, 753. Più vicini all'orientamento delle Sez. un. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, Giuffrè, 1997, 12 ed.; NAPPI, *Falso e legge penale*, cit.; FUCCHI TINARELLI, *Atti dispositivi*, cit.; CACCIAVILLANI, *Sull'elemento materiale del delitto di falsità ideologica nel rilascio di licenza edilizia* in *Giur. it.*, 1975, II, 280.

Si tratta però di rilievi attinenti esclusivamente il merito, chiedendo un sostanziale riesame delle risultanze probatarie e dell'attendibilità dei testi, con un controllo su doglianze non desumibili solo dal testo della sentenza in questione, che esultino completamente dai compiti assegnati a questa Corte dal vigente codice di procedura penale, secondo cui i vizi della motivazione devono non solo risultare dal provvedimento impugnato, ma anche configurare una «manifesta illogicità».

Le Sezioni Unite hanno anche di recente confermato che *«l'indagine di legittimità sul discorso giustificativo della decisione ha un orizzonte circoscritto, dovendo il sindacato demandato alla Corte di Cassazione essere limitato – per espressa volontà del legislatore – a riscontrare l'esistenza di un logico apparato argomentativo sui vari punti della decisione impugnata, senza possibilità di verificare l'adeguatezza delle argomentazioni di cui il giudice di merito si è avvalso per sostanziare il suo convincimento, o la loro rispondenza alle acquisizioni processuali. L'illogicità della motivazione, come vizio denunciabile, deve essere evidente, cioè di spessore tale da risultare percepibile «ictu oculi», dovendo il sindacato di legittimità al riguardo essere limitato a rilievi di macroscopica evidenza, restando ininfluenti le minime incongruenze e considerandosi disattese le deduzioni difensive che, pur non espressamente confutate, siano incompatibili con la decisione adottata, purché siano adeguatamente spiegate le ragioni del convincimento».* (Sez. Unite, 24 novembre 1999, n. 24, Spina, 214.194).

La Corte di rinvio ha, peraltro, motivato il suo convincimento in maniera esauriente e logica, rilevando: «in occasione delle operazioni di sequestro, i militi non verbalizzarono alcuna notizia sulla condizione dei plichi – se aperti o chiusi – e la circostanza è singolare se si considera che l'apertura di essi – come riferito in dibattimento senza alcuna circostanza aggiuntiva (ancorché richiesta) di tipo spaziale – temporale – era funzionale a verificare la corrispondenza o meno – ovviamente non verbalizzata – del contenuto alle indicazioni presenti all'esterno dei plichi medesimi e nella domanda del prof. P.G.».

Ha poi sottolineato il contrasto tra le deposizioni estremamente incerte dei due carabinieri su altri aspetti delle operazioni compiute (tra cui quello se avessero richiesto o meno la documentazione presentata dal prof. P.) e la prontezza, inspiegabile in mancanza di una verbalizzazione sul punto, con cui hanno riferito che i plichi erano chiusi ed, in base anche a tali elementi, ha dato credito alla teste C., la quale ha affermato che erano stati aperti da tempo ed i lavori dei due concorrenti erano stati varie volte e visionati dal prof. L. e dal prof. D.C.

Tale deposizione secondo i giudici di rinvio trova conferma anche nella circostanza, già rilevata dal Tribunale, di una serie di dati «quali il riferimento all'introduzione di un libro, l'esatto titolo nella delibera di altri lavori, erroneamente (in parte) o incompletamente riportato nella domanda del prof. P.G., la descrizione dell'oggetto di alcuni capitoli – che insieme all'esame richiedevano la materiale apprensione dei testi dai plichi che li contenevano» e da questo trae la conclusione logica, e pertanto incensurabile in questa sede, che la valutazione dei titoli presentati sia stata effettuata.

Le considerazioni finora svolte conducono a dichiarare inammissibile il ricorso del Procuratore Generale e possono essere considerate valide anche per i motivi comuni, esposti nell'impugnazione della parte civile costituita, che ha prospettato però anche il diverso motivo della non rispondenza delle varie operazioni effettuate dal consiglio di facoltà (secondo quanto ricostruito dalla Corte territoriale) rispetto alla loro descrizione nel verbale della delibera.

Questa risulta, infatti, redatta in base ad una «bozza» predisposta dal prof. L. nella sua qualità di relatore della pratica di assegnazione della cattedra di diritto internazionale privato, mentre nel verbale è indicato espressamente che i titoli dei due concorrenti furono valutati in quella stessa sede da tutto il consiglio di facoltà: tale accertata discordanza, secondo la difesa della parte civile, sarebbe già sufficiente a configurare il reato di falso ideologico.

La sentenza impugnata spiega, però, in maniera logica ed esauriente le ragioni per cui non ha ravvisato, in questo modo di procedere, la condotta illecita, prevista dall'art. 479 c.p., rilevando che «rientra nel normale (e legittimo) modo di operare che nell'ambito del collegio il relatore (in questo caso il prof. L.) studi la pratica, predisponga in maniera più o meno completa quella che reputa sarà la determinazione dell'organo, informi gli altri componenti degli aspetti salienti e controversi del problema e risponda ad eventuali domande e/o richieste di chiarimenti o approfondimenti sicchè una volta letta, se del caso emandato ed infine approvata la «bozza» – comunque formata – diventa delibera, la cui delibera, la cui paternità appartiene all'intero collegio».

Anche questa specifica valutazione appare conforme a quella espressa nella pronuncia di annullamento della precedente sentenza di secondo grado, in quanto la Corte di Cassazione ritiene accertato che nel corso della riunione venne letta la bozza di delibera in questione, poi trasfusa nel verbale, e venne approvata la veste esteriore da dare all'atto, ed afferma che «*nel momento in cui si concorda sugli elementi formali di una delibera non si può non concordare facilmente anche sul suo contenuto*».

Appare quindi evidente che con la decisione di legittimità in questione, vincolante nel giudizio di rinvio, sia stata ritenuta prevalente l'espressione sostanziale di volontà rispetto ad una trascrizione stenografica delle varie parti, in cui essa si era formata, nella specie neppure richiesta: ne consegue che il ricorso della parte civile deve essere rigettato, ponendo a suo carico le spese processuali di questo grado del giudizio.

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il ricorso del Procuratore Generale. Rigetta il ricorso della parte civile.

(omissis)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Un., 7 novembre 2000 n. 27 – Pres. Vessia – Rel. Canzio – P.M. Leo – D.M.N. e R.G. c. sentenza Corte d'Appello di Torino del 22 gennaio 1999.

Reati tributari – Utilizzazione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti punite dall'art 4 lett. d) d.lgs. 10 luglio 1982 n. 429 convertito in legge 7 agosto 1982 n. 516 – Perdurante rilevanza penale a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74 – Esclusione.

Utilizzazione dei predetti documenti a supporto della dichiarazione annuale dei redditi – Continuità normativa fra ipotesi di frode di cui all'art. 4 lett. f) decreto legge 10 luglio 1982 n. 429 convertito in legge 7 agosto 1982 n. 516 e nuova ipotesi di dichiarazione fraudolenta di cui all'art. 2 d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74 – Sussistenza.

Le condotte di utilizzazione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, prodromiche o strumentali rispetto alla fraudolenta indicazione di elementi passivi fittizi in una delle dichiarazioni annuali relative alle imposte sui redditi o sul valore aggiunto supportata da tali fatture o documenti non sono più di per sé previste dalla legge come reato (1)

Per la frode fiscale ex art. 4 lett. f) legge n. 516 del 1982 può ravvisarsi, stante l'omologa strutturazione e la sovrapposizione delle due previsioni punitive (salvo per quanto attiene all'estensione dell'attuale incriminazione alla dichiarazione annuale IVA, rispetto alla quale non è configurabile un rapporto di successione modificativa tra leggi), una continuità normativa d'illecito con la nuova ipotesi dell'art. 2 comma 1 d.lgs. n. 74 del 2000, rispetto alla quale la prima si

(1) Effetti sostanziali e processuali del d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74 sui processi penali in corso.

La questione portata all'attenzione delle S.U. (1) riguarda la perdurante rilevanza penale della condotta di utilizzazione di fatture ed altri documenti per operazioni inesistenti – prevista dall'art. 4, comma 1 lett. d) della legge 516/1982 – dopo l'introduzione della nuova disciplina dei reati tributari contenuta nel d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74 con riferimento alle condotte realizzatesi prima del 15 aprile 2000.

In merito al rapporto tra l'art. 4 comma 1 lett. d) della legge n. 516/1982 e l'art. 2 del d.lgs. n. 74/2000 era sorto un contrasto interpretativo in seno alla III sezione penale circa la continuità normativa della fattispecie di utilizzazione di fatture ed altri documenti per operazioni inesistenti.

(1) Cass., Sez. Un., 7 novembre 2000 n. 27 (ud. 25 ottobre 2000), Pres. Vessia – Est. Canzio – P.M. Leo – Ric. Di Mauro in *Riv. pen.*, n. 1, 2001, 45, in *Giur. it.*, 2000, 556 con nota di SANTORIELLO CIRO, *La prima pronuncia delle Sezioni unite in tema di successione di leggi tributarie*, ed in *Foro it.*, II, 2001, 143 con nota di MELCHIONDA; in *Guida al diritto* n. 43, del 25 novembre 2000, 63 con nota di CARACCIOLI IVO, *Per il riscontro dei dati nei processi in corso il giudice penale non può restare solo*; in *il Fisco*, 2000, n. 43, 12853 con nota di IZZO GIOACCHINO, *Un vademecum per la definizione delle frodi con utilizzazione fatture per operazioni inesistenti*.

atteggia come lex mitior per i profili del trattamento sanzionatorio e dei termini prescrizione sempre che non ricorra l'ipotesi attenuata prevista dall'art. 2 comma 3 del medesimo decreto (2)

Nei processi penali in corso nei quali non risulti contestato anche il delitto di frode fiscale di cui alla lett. f), bensì solo quello di cui alla lett. d) dell'art. 4 legge n. 516 del 1982, mentre emerge ex actis il riflesso della condotta di utilizzazione in una fraudolenta dichiarazione dei redditi, resta riservato alla pubblica accusa la contestazione del fatto nuovo attinente al momento dichiarativo, con le relative conseguenze delineate sul terreno processuale dagli artt. 423 comma 2 e 518 segg. cod. proc. pen. (3)

(omissis)

Un primo orientamento affermava la continuità normativa allorché l'utilizzazione avesse costituito in concreto l'attività fraudolenta di supporto per l'indicazione di elementi passivi fittizi nella dichiarazione annuale che rappresenta un elemento specializzante della precedente condotta (2).

Il fondamento di tale tesi era che l'unico elemento di differenziazione tra le due ipotesi cioè l'indicazione di elementi passivi fittizi come desumibili dalle fatture false era già insito almeno a titolo di dolo eventuale nella condotta di utilizzazione di fatture relative ad operazioni inesistenti.

Contemporaneamente si affermava una diversa corrente di pensiero (3) che invece escludeva la continuità normativa tra l'art. 4 comma 1 lett. d) della legge n. 516/1982 e l'art. 2 del d.lgs. n. 74/2000 affermando che il reato di inserimento in contabilità di fatture per operazioni inesistenti dovesse ritenersi depenalizzato quando le fatture per operazioni inesistenti non fossero state utilizzate in dichiarazione.

A sostegno di tale impostazione si sottolineava la centralità del momento dichiarativo nel nuovo sistema penale tributario e l'incongruenza di attribuire all'agente un evento, l'indicazione nella dichiarazione annuale, che al momento della realizzazione non rientrava nel fatto tipico, con evidente violazione del principio di irretroattività del precetto penale.

Preso atto delle difformi opinioni circa la continuità normativa o la configurabilità di una nuova fattispecie penale per il delitto di frode fiscale mediante utilizzazione di f.o.i. contemplato dall'art. 4 comma 1 seconda ipotesi della lett. d) legge n. 516 del 1982 in relazione all'art. 2, d.lvo, la questione è rimessa alle S.U. della Cassazione con ordinanza del 14 giugno 2000 (4).

(2) Cass., sez. III penale, sent. 27 aprile-29 maggio 2000 n. 6228 (Pres. Avitabile; Rel. Novarese; P.m. Difforme Favalli – Ric. Bellavia) in *Guida al diritto* n. 22 del 17 giugno 2000, 80, con nota di BRICHETTI RENATO, *La mancata previsione di un illecito autonomo non sancisce l'abolizione della norma penale*; in *Cass. pen.*, gennaio 2001, vol. XLI, 1, 305; in *Riv. pen.* 2000, II, 1018; in *Giur. it.*, 2000, 342, con nota di SANTORIELLO CIRO, *Prime decisioni della corte di Cassazione in tema di successione delle leggi penali tributarie*. Critico CARACCIOLI, *Dalla ritenuta continuità di criminalizzazione delle fatture false all'attesa delle Sezioni Unite e del decreto correttivo*, in *il Fisco* 26/2000, 8738.

Cass., sez. III, sent. 10 luglio-12 settembre 2000 n. 9604 – Pres. Papadia, Rel. Filiale, P.m. Fraticelli, ric. Baietta, in *Guida al diritto* n. 40 del 4 novembre 2000, 74 ed in *Riv. pen.* 2001, n. 1, gennaio, 51.

(3) Cass. sez. III, sent. 10 luglio-12 settembre 2000 n. 9604 – Pres. Papadia, Rel. Fiale, P.m. Fraticelli, ric. Baietta in *Guida al diritto* n. 40 del 4 novembre 2000, 74 ed in *Riv. pen.*, 2001, n. 1, gennaio, 51; Cass. sez. III 31 maggio-3 luglio 2000 n. 7632, Bosco, in *Guida al diritto*, n. 33 del 9 settembre 2000, 56, con nota di CARACCIOLI IVO, *Sull'applicabilità retroattiva della nuova legge l'incognita della «continuità» delle fattispecie*; Cass. sez. III, 18 maggio 2000, Dall'Anese; Sez. III, 25 maggio 2000 n. 1808, Pres. Malinconico, Est. Rizzo, P.m. Ranieri, Rasi, in *Giur. it.* 2000, 342 con nota di SANTORIELLO CIRO, *Prime decisioni della corte di Cassazione in tema di successione delle leggi penali tributarie*; Trib. Prato, 27 aprile 2000 in *il Fisco* n. 35/2000, 10797; Trib. Pavia 23-26 maggio 2000 in *il Fisco* n. 35/2000, 3623.

(4) Cass. sez. III, ord. 14 giugno 2000 n. 7005 (ud. 5 maggio 2000), Pres. Papadia – Est. Novarese – P.M. Meloni – Ric. D.M. ed altro, in *Riv. pen.* 2000, II, 1016; in *Giur. It.* 2000, 342.

Svolgimento del processo

1. – Con sentenza del 22 gennaio 1999 la corte d'appello di Torino, in parziale riforma di quella 13 maggio 1997 del locale tribunale, nell'assolvere gli imputati dai delitti di emissione di fatture relative ad operazioni inesistenti, ribadiva l'affermazione di responsabilità e la condanna di D.M.N. per i delitti di frode fiscale di cui all'art. 4, comma 1 lett. *d*) e *f*) n. 516 del 1982 (mediante utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti e corrispondente indicazione nelle dichiarazioni dei redditi relative agli anni 1991 e 1992 di componenti negativi in misura diversa da quella effettiva ai capi 11 e 12) e per il reato di truffa comunitaria inerente alla commercializzazione di olio d'oliva ex art. 640-*bis* c.p. (capo 20), e di R.G., in concorso col D.M., per i medesimi delitti di frode fiscale (capi 11 e 12), unificati nel vincolo della continuazione: rideterminava altresì la pena principale complessiva, per il primo, in anni uno e mesi cinque di reclusione e, per il secondo, in mesi nove di reclusione e lire 8.000.000 di multa; confermava per entrambi le pene accessorie di legge applicate nel minimo.

La fattispecie oggetto di giudizio vede la contestazione sia della lett. *d*) che della lett. *f*) dell'art 4.

Le S.U. hanno disposto l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata «limitatamente al delitto di cui all'art. 4 comma 1 lett. *d*) della legge n. 516/1982 ... perché il fatto non è previsto dalla legge come reato».

Afferma la Suprema Corte che «le condotte di utilizzazione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, prodromiche o strumentali rispetto alla fraudolenta indicazione di elementi passivi fittizi in una dichiarazione annuale supportata da tali fatture o documenti non sono più previste dalla legge come reato». (5)

Il ragionamento della Corte muove dal presupposto che il legislatore ha operato una vera inversione di rotta rispetto al passato ancorando il disvalore della condotta al momento della dichiarazione e depenalizzando i reati prodromici a tale fase.

L'incompatibilità del nuovo sistema penal-tributario con il vecchio modello di tutela anticipata emerge a detta della Corte anche dalla esclusione del tentativo (art. 6) e del concorso dell'emittente nel reato dell'utilizzatore (art. 8).

La conclusione cui giunge la Corte è che l'indicazione in dichiarazione richiesta ai fini della configurabilità delle ipotesi di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 74/2000 non rappresenta elemento specializzante della vecchia fattispecie di frode fiscale, compreso dall'elemento soggettivo dell'agente a titolo di dolo eventuale, ma è elemento eterogeneo rispetto alla previgente fattispecie.

(5) Nello stesso senso Trib. Pisa 21 luglio 2000 n. 884, Est. Del Rosso, imp. B.D. e altri in *Riv. pen.*, 2000, II, 1023; sulla scia della sentenza in commento, Cass. Sez. Un. 13 dicembre 2000, dep. 15 gennaio 2001, sent. n. 35, Sagone (omissione della dichiarazione art. 1 legge n. 512/1982 e art. d.l. n. 74/2000) in *Giur. delle imposte*, 2, marzo-aprile 2001, 429; Cass. sez. III, ud. 21 novembre 2000 dep. 15 gennaio 2001, sent. n. 247, Lanzara (frode fiscale art. 2, 3 d.l. n. 74/2000 e art. 4 legge n. 512/1982) in *Giur. delle imposte*, 2, marzo-aprile 2001 n. 438; Cass. sez. III 17 novembre 2000 dep. 17 gennaio 2001 n. 307, Innocenti (mancata indicazione nei modelli 101 delle ritenute d'acconto operate d.l. n. 74/2000) in *Giur. delle imposte*, 2, marzo-aprile 2001, 441; Cass., sez. III, 11 dicembre 2000 sent. 5 febbraio 2001 dep. n. 4773, Bonelli (omessa annotazione di corrispettivi, art. 1 legge n. 512/1982, abrogato) in *Giur. delle imposte*, 2, marzo-aprile 2001, 442.

La corte territoriale riteneva provato che il R., quale legale rappresentante della S.r.l. C.D.R. e il D.M., quale promotore e intermediario della vasta e articolata attività di circolazione di fatture fittizie facente capo alle società del coimputato A.P. (giudicato separatamente), avevano dapprima «utilizzato» – capo 11) – n. 4 fatture emesse nel 1991 dalla S.a.s. f.lli D.S. per un imponibile di circa lire 238.000.000, n. 2 fatture emesse nel 1992 dalla S.a.s. Q. e n. 1 fattura emessa nel 1992 dalla S.a.s. f.lli D.S. per un imponibile complessivo di circa lire 158.000.000, tutte relative ad operazioni di vendita inesistenti, e poi «indicato» nelle dichiarazioni dei redditi per gli anni 1991 e 1992, presentate nel maggio 1992 e rispettivamente nel maggio 1993, le suddette fittizie passività come componenti negativi del reddito portandole fraudolentemente in detrazione – capo 12).

La Corte sottolinea inoltre la diversità del bene giuridico tutelato (la trasparenza fiscale nella vecchia disciplina, l'interesse erariale all'integrale riscossione delle imposte dovute nella nuova) nonché la natura istantanea del delitto di dichiarazione fraudolenta (che si perfeziona al momento della presentazione della dichiarazione) rispetto al carattere permanente del vecchio reato di utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti.

(2) (3) Effetti sui procedimenti in corso (6)

La decisione in commento solleva interessanti problematiche sotto il profilo processuale nell'ipotesi di originaria contestazione limitata all'art. 4 lett. *d*): in effetti nella maggior parte dei casi i p.m. si sono limitati a contestare all'imputato la sola lett. *d*) dell'art. 4 non tenendo in considerazione l'indirizzo giurisprudenziale sul concorso di questa norma con quella della lett. *f*).

L'esame delle singole fasi processuali alla luce delle direttive fornite dalla Suprema Corte nella sentenza che si commenta presenta una certa utilità pratica.

Sul procedimento penale pendente nella fase:

– delle indagini preliminari:

il p.m. dovrà limitarsi a chiedere l'archiviazione dei fatti di utilizzo di false fatture e il rinvio a giudizio per il delitto di frode fiscale previsto dall'art. 4, comma 1, lett. *f*) della legge n. 516/1982.

– dell'udienza preliminare:

se è stata contestata solo la lett. *d*) il giudice pronuncerà sentenza di non luogo a procedere perché il fatto contestato non è previsto dalla legge come reato.

Resta salva la potestà del p.m. di contestare il fatto nuovo attinente al momento dichiarativo «ove emerge *ex actis* il riflesso della condotta di utilizzazione in una fraudolenta dichiarazione dei redditi» con le conseguenze delineate dagli art. 423 comma 2 c.p.p.

Ciò significa che se il p.m. ne fa richiesta e vi è consenso dell'imputato la nuova contestazione potrà essere immediatamente formulata; altrimenti gli atti del procedimento regrediranno alla fase delle indagini preliminari e l'azione penale dovrà essere esercitata nelle forme ordinarie.

La decisione in commento sembra fornire l'occasione per un conflitto interpretativo di carattere processuale in ordine all'applicabilità del primo o secondo comma dell'art. 423 c.p.p.

(6) sul punto CHIEPPA G.P., *La pronuncia delle Sezioni Unite sull'utilizzo di fatture per operazioni inesistenti. Effetti sui procedimenti in corso*, in *il Fisco* n. 43/2001, 12849.

Il giudice di merito valorizzava, come elementi di prova, le precise e attendibili dichiarazioni confessorie ed etero-accusatorie rese dal P. riscontrate dalle risultanze investigative e dalla documentazione bancaria e fiscale acquisite dalla G.d.F., anche per quanto riguardava la partecipazione del D.M. agli ulteriori episodi di truffa relativa ai contributi comunitari indebitamente erogati per la commercializzazione di olio d'oliva ad opera delle medesime società del P.

La giurisprudenza di legittimità (7) formatasi sul punto era concorde nell'ammettere l'immediata contestazione del nuovo reato laddove questo risulti connesso a quello per cui si celebra l'udienza preliminare *ex art. 423 comma 1* ed anche se la nuova ipotesi di reato risultasse già acquisita agli atti del procedimento grazie all'attività investigativa compiuta nel corso delle indagini preliminari (8).

Del dibattimento

Se è contestata solo la lett. *d*) il giudice pronuncerà sentenza di assoluzione perché il fatto non è previsto dalla legge come reato.

Le S.U. precisano che nel caso di specie trova applicazione l'art. 518 c.p.p. con la conseguenza che il p.m. non potrà contestare immediatamente l'art. 4 comma 1 lett. *f*) ma deve richiedere la trasmissione degli atti al proprio ufficio ed esercitare l'azione nelle forme ordinarie fatto salvo il caso in cui vi sia il consenso dell'imputato e non ne derivi pregiudizio per la speditezza del procedimento.

Appello

Il giudice pronuncerà sentenza di assoluzione perché il fatto non è previsto dalla legge come reato in riforma della sentenza di condanna di primo grado.

La possibilità per la pubblica accusa di esercitare una nuova azione penale *ex art. 4, comma 1 lett. f*) suscita delle perplessità in quanto si andrebbe ad esercitare una nuova azione penale per uno stesso fatto di cui già sono stati acquisiti agli atti tutti gli elementi necessari ad integrare il nuovo titolo di reato con una possibile violazione del principio del *ne bis in idem*.

L'asserita autonomia dell'art. 4 comma 1 lett. *f*) rispetto all'originaria contestazione non può risolversi nel risultato pratico di far dipendere dal mancato utilizzo di certe parole l'esito della vicenda penale di un soggetto che è già stato assolto e nei confronti del quale la pubblica accusa non ha il potere di contestare il fatto nuovo ma può rimettere in moto l'intero procedimento.

La questione dell'impossibilità di contestare il «fatto» nuovo in sede di appello si risolve sotto il profilo dell'accusa in un'evidente spreco di risorse in termini di tempo nonché di incertezza nell'esito della vicenda processuale tenuto conto dei ridotti termini di prescrizione del reato per il quale si procede «di nuovo».

Si potrebbe ritenere che in realtà l'ipotesi di cui si discute riguarda una questione non di contestazione di un «fatto nuovo» quanto di corretta «qualificazione» data allo stesso fatto.

(7) Cass. 4 dicembre 1997, P., in *Cass. Pen.* 1999, 249, con nota critica di PARLATO L., *Modifica dell'imputazione e contestazione di fatti già conosciuti in sede di indagini preliminari*, Cass. 14 novembre 1995, D.M. in *Rep. foro it.*, 1996, voce *Udienza preliminare*, n. 27.

(8) Sulla possibilità di contestare anche fatti penalmente rilevanti che già risultavano dagli atti d'indagine cfr. Corte cost. 30 giugno 1994 n. 265 in *Foro it.* 1995, I, 2436.

2. – Avverso detta sentenza hanno proposto ricorso per cassazione gli imputati, i quali hanno denunciato:

a) il D.M. violazione degli artt. 63.2, 191 e 513 c.p.p., in quanto erano state utilizzate a suo carico le dichiarazioni rese dal coimputato P. in sede d'indagini preliminari, non confermate in dibattimento ove lo stesso s'era avvalso della facoltà di non rispondere; il difetto di dolo specifico per l'avvenuta utilizzazione delle fatture contestate nella contabilità e nelle dichiarazioni annuali della ditta facente capo al R.; la mancanza di una condotta artificiosa per il reato di truffa comunitaria e comunque il difetto di prova di una sua responsabilità concorsuale per questo delitto;

Lo spostamento di prospettiva troverebbe un appiglio in alcuni passi della sentenza in commento ed in particolar modo nel punto in cui si afferma che «i fatti integranti reato sotto il vigore della precedente previsione possono continuare ad esserlo alla stregua della nuova disciplina sempre che gli elementi costitutivi del nuovo reato siano stati chiaramente enunciati nell'imputazione contestata all'imputato eventualmente anche a seguito di rituale modificazione della contestazione» (9).

Ed ancora che «ove emerga *ex actis* il riflesso della condotta di utilizzazione in una fraudolenta dichiarazione dei redditi resta riservato alla pubblica accusa la potestà di contestazione del fatto nuovo attinente al momento dichiarativo».

È evidente che il ragionamento delle sezioni unite si fonda sul presupposto che si sia in presenza di uno stesso fatto materiale voluto e realizzato dall'autore della condotta, astrattamente riconducibile sia all'art. 4 comma 1 lett. d) che all'art. 4 comma 1 lett. f) tanto è vero che il p.m. può superare la mancata contestazione originaria della lett. f) provvedendo alla contestazione del «fatto» nuovo o meglio alla nuova contestazione dello stesso fatto.

Questa operazione, non rappresenta secondo le S.U. violazione del principio di correlazione tra accusa e decisione *ex art.* 521 c.p.p. perché non si tratta di «una trasformazione radicale del fatto nei suoi elementi essenziali in modo tale che il fatto ritenuto in sentenza si trovi rispetto a quello contestato in rapporto di ontologica eterogeneità o incompatibilità nel senso che viene ad attuarsi una vera e propria trasformazione, sostituzione o variazione degli elementi essenziali dell'addebito nei confronti dell'imputato posto in condizione di non potersi difendere.» (10).

Laddove lo stesso p.m. fosse nell'impossibilità di procedere secondo le modalità descritte dalla sentenza in commento a causa delle regole processuali che disciplinano l'appello sembra opportuno e conforme al ragionamento seguito dalle sezioni unite ritenere che lo stesso giudice d'appello possa qualificare il fatto oggetto del suo giudizio come riconducibile all'ipotesi *ex art.* 4 lett. f), qualora ne sussistano in concreto gli estremi per poi verificare l'ipotesi più favorevole rispetto alla nuova disciplina, con esclusione del caso di dichiarazione relativa a quella sull'IVA.

In pratica troverà applicazione la vecchia disciplina qualora l'imposta evasa sia inferiore ai 50 milioni o superiore ai 300 mentre risulterà più favorevole la disposizione contenuta nell'art. 2 del d.lgs n. 74/2000 se l'imposta evasa si trovi tra i 50 e i 300 milioni.

(9) Con richiamo di Cass., Sez. Un., 20 giugno 1990, Monaco.

(10) Cass. pen., sez. I, 14 gennaio 2000, Cameli, *Riv. penale* 2000, 527; Cass. pen., sez. I, 23 luglio 1999, Merlino, *ibidem*, 2000, 527; Cass. Pen., sez. V, 11 giugno 1999, Borrello, e Cass. pen., sez. V, 11 giugno 1999, Grossi, entrambe in *Riv. pen.* 1999, 1149. Inoltre, cfr. Cass. Pen., sez. II, 7 aprile 1999, Traversi, in *Arch. nuova proc. pen.* 1999, 390, con nota di G.L. FANULLI, *Stesso fatto – fatto diverso e prescrizione del reato*, Cass., sez. I, 5 novembre 1997 n. 9958, Carelli ed altri, rv. 208935, Cass., sez. III, 23 aprile 1994 n. 4723, Mangiapia, rv. 198731.

b) il R., l'inutilizzabilità della chiamata in correità del P. e il vizio di motivazione in relazione ai criteri di valutazione della prova per la ritenuta partecipazione alla frode fiscale per il profilo del dolo specifico di evasione rispetto al fine alternativo di ottenere indebiti contributi comunitari; nonché, per l'aspetto sanzionatorio, l'omessa applicazione nella continuazione con gli analoghi reati per i quali egli era già stato condannato con sentenza del tribunale di Brindisi e della corte d'appello di Bologna.

Non sembrano sussistere effettivi ostacoli di ordine giuridico a tale soluzione: infatti posto che non vi è una radicale trasformazione del fatto nei suoi elementi essenziali non sembra violato il principio di difesa dato che l'imputato è stato in grado di difendersi su tutti gli elementi del fatto in particolare sull'utilizzazione della contabilità fittizia in una dichiarazione che deve risultare dagli atti a conoscenza dell'imputato oppure appaia in maniera implicita contestata nell'imputazione ovvero abbia comunque formato oggetto della difesa per non violare l'art. 521 c.p.p).

Si deve aggiungere che rientra nel generale potere-dovere del giudice di *ius-dicere* cioè qualificare giuridicamente il fatto allegato e provato dalle parti.

L'opinione contraria condurrebbe a dei risvolti iniqui sul piano sostanziale ed incongrui sotto il profilo giuridico.

Il legislatore della riforma infatti ha inteso rinunciare soltanto a criminalizzare le violazioni formali o preparatorie non effettivamente lesive degli interessi dello Stato non consentendo alla giurisprudenza di escludere dal penalmente rilevante condotte che *in quanto correlate alla dichiarazione* mantengono il loro grado di disvalore del fatto anche alla luce della nuova disciplina.

Una conferma indiretta di quanto affermato è data dal fatto che l'identica condotta realizzatasi dopo l'entrata in vigore della riforma integra gli estremi del reato di cui all'art. 2 (il cui rigore sanzionatorio costituisce «un segnale forte nella repressione nei confronti degli evasori totali» (11)) per cui sarebbe quanto meno incoerente con la *voluntas legi* dare una lettura della sentenza in commento che finisca per depenalizzare in concreto comportamenti non propriamente innocui per l'Erario (12).

Né d'altra parte si tratta di un tentativo di restaurazione ai danni del contribuente che al contrario potrebbe paradossalmente conseguire dei vantaggi dalla soluzione indicata: infatti l'autore della violazione pur assolto perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato ex art. 4 lett. d) dovrebbe subire nuovamente l'azione penale esercitata questa volta ex art. 4 lett. f) in quanto ipotesi autonoma e distinta di reato.

È palese che pur non essendoci gli estremi di una violazione del principio del *ne bis in idem* (13) si tratterebbe di valutare lo stesso fatto del quale già si conoscono gli elementi essenziali e sul quale già si sono manifestate le posizioni dell'accusa e della difesa.

Sotto altro profilo vale la pena sottolineare che affidare al giudice di appello il potere di qualificare la fattispecie prospettatagli *sub* art. 4 lett. d) come reato ex art. 4 lett. f) del quale sussistano gli estremi consente di evitare che la punibilità dello stesso fatto dipenda dalla meticolosità del p.m. nell'utilizzare date parole nell'originaria contestazione (pur non necessarie ad integrare l'originaria fattispecie) con relativa lesione del principio di eguaglianza e di certezza della pena.

(11) TRAVERSI, *Osservazioni sul disegno di legge di riforma dei reati*, in *il Fisco* 1998, 8, 3004.

(12) sul punto critico CORSO P., *Depenalizzata l'omessa o infedele annotazione e/o fatturazione ai fini IVA e imposte dirette*, in *Corr. trib.* n. 18/2000, 1297.

(13) Sul punto v. IZZO, *cit.*, *Vademecum*.

3. – Il ricorso, assegnato alla terza Sezione penale della Corte di cassazione, è stato rimesso da quest'ultima alle Sezioni Unite con ordinanza del 5 maggio 2000 sul rilievo dell'esistenza di un contrasto interpretativo, essendosi affermato, da un lato, che la dichiarazione fraudolenta nella quale ci si avvalga di fatture per operazioni inesistenti, contemplata dall'art. 2 d.lgs. n. 74 del 2000, costituisce un «elemento specializzante» della pregressa frode fiscale mediante utilizzo di analoghe misure di cui all'art. 4 lett. *d*) legge n. 516 del 1982, con la conseguente riconducibilità del nuovo precetto alla precedente fattispecie (Cass., Sez. III, 27 aprile 2000, B.), e, dall'altro, che la condotta di detenzione o registrazione in contabilità di fatture per operazioni inesistenti non integra ormai, di per sé, gli estremi di reato, assumendo essa rilevanza penale nell'ambito della nuova fattispecie solo come mezzo del quale l'autore s'avvale per indicare nella dichiarazione annuale elementi passivi fittizi (Cass., Sez. III, 2 maggio 2000, R.).

Il Primo Presidente Aggiunto ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite penali fissando per la trattazione l'odierna udienza pubblica.

Motivi della decisione

1. – Nel corso dell'odierna udienza pubblica il Procuratore generale ha sostenuto che le Sezioni Unite – ai sensi dell'art. 142 disp. att. c.p.c., norma a suo avviso di portata generale, applicabile sia nel procedimento civile che in quello penale – dovrebbero limitarsi ad esaminare la sola questione di diritto oggetto di contrasto giurisprudenziale, disponendo poi la restituzione degli atti alla Sezione remittente per la decisione relativa agli altri motivi di gravame.

La richiesta non può trovare accoglimento per le ragioni già esplicitate da queste Sezioni Unite nella recente sentenza 21 giugno 2000, P., in cui si è sottolineato come, per la specifica autonomia della disciplina propria del rito civile, non sia consentito ipotizzare l'applicazione estensiva al rito penale della sequenza dicotomica – eccezionalmente – prevista dall'art. 142 disp. att. c.p.c.

Cassazione

In presenza di una formale contestazione *ex art. 4 lett. d*) si potrà riqualificare il fatto come previsto e punito dalla lett. *f*) quando nel capo di imputazione è stata esplicitamente contestata la presentazione della dichiarazione annuale con indicazione degli elementi fittizi ricollegati all'utilizzazione delle fatture false o dalla motivazione della decisione di merito risulti che detta indicazione vi è stata e abbia formato oggetto della difesa dell'imputato. (14)

Esecuzione

Il giudice dell'esecuzione dovrà *ex art. 673 c.p.p.* limitarsi a verificare se dalla contestazione dei fatti o dalla motivazione della sentenza di condanna risulti che il fatto sia inquadrabile *ex art. 4 lett. f*) cioè in un fatto penalmente rilevante. In caso contrario dovrà revocare la sentenza di condanna con cessazione della esecuzione della stessa e degli effetti penali da questa conseguenti.

DOTT.SSA PAOLA RAPARELLI

(14) Sul punto v. Cass., Baietta, Bosco, Dall'Anese, Monaco, *cit.*

Mette conto altresì di rilevare: – che, eliminate le previgenti ipotesi di attribuzione predeterminata del procedimento alle Sezioni Unite penali, il meccanismo di assegnazione immediata (da parte del Presidente della Corte, quando le questioni proposte sono di speciale importanza o quando occorre dirimere contrasti insorti tra le decisioni delle singole Sezioni: art. 610 comma 2 c.p.p.) o di rimessione (da parte della Sezione, quando la questione di diritto sottoposta al suo esame ha dato luogo o può dar luogo a un contrasto giurisprudenziale: art. 618 c.p.p.) alle Sezioni Unite è funzionale alla decisione del «ricorso», e non di una o più questioni tra quelle dedotte con i motivi di gravame; – che la restituzione alla Sezione del ricorso già rimesso alle Sezioni Unite è consentita solo quando siano stati assegnati alle Sezioni Unite altri ricorsi sulla medesima questione o il contrasto giurisprudenziale risulti superato (art. 172 comma 1 disp. att. c.p.p.); – che nella tipologia delle sentenze che la Corte di cassazione pronunzia ai sensi degli artt. 615 ss. c.p.p. non è contemplato uno specifico tipo di deliberazione, riservato alle Sezioni Unite, come quello prospettato dal Procuratore generale: – che, infine, quando il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite, la sentenza enuncia «sempre» il principio di diritto sul quale si basa la decisione, sia essa di rigetto del ricorso, di rettificazione, di annullamento con rinvio o di annullamento senza rinvio della sentenza impugnata (art. 173 comma 3 disp. att. c.p.p.).

La descritta trama normativa sembra pertanto confermare che – anche per evidenti esigenze di efficienza e funzionalità del sistema processuale penale –, le Sezioni Unite, una volta che il ricorso sia stato ad esse assegnato o rimesso, sono chiamate a pronunziarsi su tutte le questioni dedotte, non solo in merito alla specifica questione di speciale importanza ovvero oggetto di contrasto giurisprudenziale.

2. – La questione controversa sottoposta all'esame delle Sezioni Unite consiste nello stabilire se il delitto finanziario contestato agli imputati come violazione dell'art. 4, comma 1 lett. *d*), d.l. n. 429 del 1982 conv. in legge n. 516 del 1982 (utilizzo di fatture per operazioni inesistenti) conservi tuttora rilevanza penale, nonostante l'espressa abrogazione del titolo I di questa legge ad opera dell'art. 25, comma 1 lett. *d*), d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74, recante la nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto secondo l'art. 9 della legge delega 25 giugno 1999 n. 205.

Sul tema si contrappongono due indirizzi interpretativi nella giurisprudenza di legittimità.

Da un lato, si ravvisa una sorta di continuità normativa fra l'ipotesi sanzionata dall'art. 4 lett. *d*) legge n. 516 del 1982 e la nuova fattispecie di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti di cui all'art. 2 d.lgs. n. 74 del 2000 (Cass., Sez. III, 27 aprile 2000, B.), sull'assunto che la dichiarazione annuale fraudolenta contemplata da quest'ultima disposizione costituisce un «elemento specializzante» della pregressa ipotesi di frode la cui volizione e rappresentazione è già insita nella condotta utilizzatrice, almeno a titolo di «dolo eventuale».

Si afferma, in senso contrario, che l'originaria fattispecie prevista dall'art. 4 lett. *d*) legge n. 516 del 1982 di utilizzazione, consistita nella detenzione a fine di prova o nella registrazione nelle scritture contabili obbligato-

rie di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, che non abbiano però costituito il supporto documentale per l'indicazione di elementi passivi fittizi nella dichiarazione fraudolenta, resta priva, di per sé sola, di rilevanza penale e non è più configurabile come reato, poiché la sanzione, secondo la chiara formulazione dell'art. 2 d.lgs. n. 74 del 2000, risulta oggi ancorata esclusivamente al momento della dichiarazione annuale relativa alle imposte sui redditi o sul valore aggiunto, nel quale si realizza il presupposto obiettivo dell'evasione d'imposta e la concreta offesa degli interessi connessi al prelievo fiscale (Cass., Sez. III, 10 luglio 2000, B.; Sez. III, 31 maggio 2000, B.; Sez. III, 18 maggio 2000, D'A.; Sez. III 2 maggio 2000, R.).

Le Sezioni Unite, premesso che la prima tesi interpretativa collide sia con la formulazione letterale della disciplina positiva sia con la univoca volontà del legislatore, il quale disegna il fenomeno in termini di radicale alternatività rispetto al pregresso modello di legislazione penale tributaria, condividono l'opposto, più rigoroso, indirizzo giurisprudenziale per le seguenti ragioni di ordine logico-sistematico.

3. – Mette conto innanzi tutto di osservare che l'art. 24 comma 1 d.lgs. 30 dicembre 1999 n. 507, in attuazione del criterio direttivo fissato dall'art. 6 comma 1 lett. d) legge n. 205 del 1999 e al fine di adeguare l'ordinamento di settore a consolidati principi di civiltà giuridica, ha abolito il principio di ultrattività delle leggi penali tributarie già posto dall'art. 20 legge 7 gennaio 1929 n. 4, né d'altra parte il nuovo testo di riforma del sistema penale tributario contiene alcuna disposizione di diritto intertemporale quanto al regime transitorio per i processi in corso.

Di talché, il problema dell'individuazione della norma incriminatrice applicabile ai fatti anteriormente commessi dev'essere risolto alla stregua delle regole fondamentali del diritto intertemporale in materia penale dettate dall'art. 2 cod. pen., che, ispirandosi al superiore canone del *favor rei*, differenzia l'ipotesi della vera e propria *abolitio criminis* (comma 2) da quella della successione di leggi penali incriminatrici (comma 3); mentre l'art. 673 c.p.p., nel caso di «abolizione del reato», conseguente ad abrogazione o dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, attribuisce al giudice dell'esecuzione, con una disposizione fortemente innovativa, la potestà di revocare la sentenza irrevocabile di condanna, dichiarando che «il fatto non è previsto dalla legge come reato».

È assolutamente pacifico, in dottrina e in giurisprudenza, che per risolvere i complessi dubbi interpretativi circa la concreta configurabilità della prima o della seconda ipotesi non sia affatto la parte sufficiente l'uso da parte del legislatore di un'espressa formula abrogativa rispetto a preesistenti fattispecie incriminatrici, perché, in tanto può dirsi che si sia realizzata una vera e propria abolizione del reato, in quanto per l'oggettiva perdita di disvalore del fatto il legislatore sia pervenuto ad una valutazione di totale inoffensività e di piena liceità della condotta originariamente incriminata (cfr., per talune recenti, sia pure contraddittorie, applicazioni del principio. Cass., Sez. I, 11 aprile 2000, H. rv. 216020; Sez. VI, 28 gennaio 2000, M. rv. 215738; Sez. V, 14 ottobre 1999, G., rv. 215043; Sez. I, 12 gennaio 1999, G., rv. 212634).

Deve invece riconoscersi un fenomeno successorio, con conseguente applicazione dell'art. 2 comma 3 cod. pen., quando, all'esito della comparazione e del raffronto tra gli elementi strutturali del contenuto normativo delle fattispecie incriminatrici, persiste, anche se mutato, il giudizio di disvalore astratto per effetto di un nesso di continuità ed omogeneità delle rispettive previsioni, e il significato lesivo del fatto storico sia riconducibile nel suo nucleo essenziale, secondo le regole proprie del concorso apparente di norme, ad una diversa e più mite categoria d'illecito, tuttora penalmente rilevante, nonostante ed anzi proprio in conseguenza dell'intervento legislativo che, benché formalmente abrogativo, di fatto modifica l'ambito di applicabilità della previgente e diversa norma incriminatrice.

In tal caso, i fatti integranti reato sotto il vigore della precedente previsione possono continuare ad esserlo alla stregua del nuovo disposto normativo sempre che gli elementi costitutivi del nuovo reato siano stati chiaramente enunciati nell'imputazione contestata all'imputato. eventualmente anche a seguito di rituale modificazione della contestazione (Cass., Sez. Un., 20 giugno 1990, M.).

4. - Quanto alla struttura ed agli elementi costitutivi della frode fiscale mediante utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti, l'art. 4 lett. d) legge n. 516 del 1982 qualifica come delitti i fatti di utilizzazione di fatture o altri documenti contabili equipollenti, ideologicamente falsificati, «per operazioni in tutto o in parte inesistenti», connotati, da un lato, dal dolo di evasione fiscale secondo lo schema tipico del dolo specifico, e, dall'altro, dalla lesione dell'interesse al corretto esplicarsi della funzione di accertamento e dall'esposizione a pericolo dell'interesse finale dell'erario alla riscossione delle imposte effettivamente dovute dal contribuente, il quale, incrementando fittiziamente gli acquisti e le spese, riduce l'imponibile sul reddito e sull'IVA e conseguentemente gli importi da versare all'erario.

La giurisprudenza di questa Corte (Cass., Sez. Un., 3 febbraio 1995, A.; Sez. III, 14 ottobre 1992, F., rv. 192386; Sez. III, 19 febbraio 1988, C., rv., 179439), circa l'oggettività giuridica del reato, si è più volte pronunciata nel senso che la condotta illecita di «utilizzazione» può essere integrata da un qualsiasi impiego del documento giuridicamente rilevante e strumentale all'evasione fiscale: costituiscono modalità di utilizzazione del documento ideologicamente falso sia l'inserimento, l'annotazione e la conservazione di esso «in corso d'anno» nelle scritture contabili dell'impresa compromettendone la veridicità, sia la sua esibizione agli uffici finanziari o alla polizia tributaria per eludere i controlli sull'esatta ricostruzione dei risultati economici della gestione aziendale e sulla reale capacità contributiva, sia infine la sua allegazione (necessaria prima del recente esonero del contribuente dall'obbligo di allegare documenti alla dichiarazione, secondo la disciplina dettata dai d.m. 30 marzo 1998 e d.m. 25 marzo 1998) all'infedele dichiarazione annuale dei redditi o dell'imposta sul valore aggiunto per fornirne un riscontro di apparente verosimiglianza.

L'art. 4 lett. f) legge n. 516 del 1982 prevede, a sua volta, un'ipotesi complessa di frode fiscale costituita dall'«indicare» nella dichiarazione dei redditi (ma non anche in quella relativa all'imposta sul valore aggiunto) ricavi, proventi od altri componenti negativi di reddito in misura diversa da

quella effettiva, mediante l'utilizzazione di documenti, ideologicamente falsi, attestanti fatti materiali non corrispondenti al vero, o con altri comportamenti fraudolenti: la carica di disvalore del delitto è incentrata nella fraudolenta falsificazione ideologica della dichiarazione, ma il mendacio dev'essere supportato da una qualsiasi forma di uso (nel senso sopra indicato) del documento falso, strumentale e propedeutico al contenuto non veritiero della dichiarazione.

Le due ipotesi delittuose, previste rispettivamente dalla lett. *d*) e dalla lett. *f*) dell'art. 4 legge n. 516, sono caratterizzate dalla diversità della condotta («utilizza»; «indica nella dichiarazione dei redditi ... utilizzando»), dell'oggetto materiale («fatture o altri documenti»; «dichiarazione dei redditi») e della natura permanente o istantanea del reato: la frode fiscale di cui alla lett. *d*) integra, a differenza di quella di cui alla lett. *f*), un'ipotesi di reato permanente, posto che la consumazione di esso perdura per tutto il tempo in cui il falso documento resta acquisito nella contabilità con l'intento di compiere la futura evasione fiscale o di eludere i controlli degli uffici finanziari, e si protrae fino a quando possono esercitarsi detti controlli o fino all'accertamento dell'illecito (Cass., Sez. Un., 3 febbraio 1995, A., *cit.*; Sez. Un., 24 novembre 1999, S.).

E la giurisprudenza di legittimità, insieme con la prevalente dottrina, sul rilievo della disomogeneità strutturale delle due fattispecie, della non necessaria consequenzialità dei detti comportamenti, e inoltre del testuale riferimento dell'attenuante speciale del secondo comma dell'art. 4 ai plurimi «fatti» previsti nelle lettere *d*) e *f*) del primo comma, sostiene che le disposizioni normative ivi dettate descrivono due ipotesi delittuose di frode fiscale, autonome e distinte tra loro anche quando nella consumazione del delitto di cui alla lett. *f*) la condotta fraudolenta di supporto all'infedele dichiarazione sia esattamente conforme a quella descritta nella lett. *d*). Nel caso in cui l'utilizzazione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti si riverberi sul momento dichiarativo finale, mentre non può ravvisarsi un unico reato, quello di frode in dichiarazione, idoneo per il fenomeno della progressione criminosa ad assorbire in sé il disvalore dell'antecedente illecita condotta utilizzatoria, ben può invece configurarsi, sia sotto il profilo giuridico-formale che sotto quello fattuale attesa la natura della disposizione a più fattispecie, il concorso di reati (Cass., Sez. III, 15 dicembre 1998 n. 1234; Sez. III, 22 novembre 1995 n. 11307; Sez. III, 22 giugno 1990, C., rv. 185037), fatta salva l'ipotesi di illecita «utilizzazione» nella dichiarazione IVA, sanzionata solo per il segmento di condotta descritto nella lett. *d*).

5. – Conformemente alle direttive dell'art. 9 legge delega n. 205 del 1999, la nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto di cui al d.lgs. n. 74 del 2000 è informata al superamento della strategia privilegiata dalla previgente normativa, fondata sul modello delle violazioni «prodromiche» ad una falsa dichiarazione e all'evasione d'imposta con intenti anticipatori di tutela, e, nelle linee generali (sottolineate con inusuale chiarezza e vigore in molteplici passi della *Relazione governativa* che accompagna il decreto), segna una netta inversione di rotta, impernian-

dosi viceversa l'intervento repressivo su un più ristretto catalogo di fattispecie delittuose, connotate da rilevante offensività degli interessi connessi al prelievo fiscale e da dolo specifico di evasione d'imposta.

La scelta del modello normativo ha portato a concentrare l'attenzione sulla dichiarazione annuale prevista ai fini delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto, quale momento essenziale di disvalore del fatto, «... nel quale si realizza dal lato del contribuente il presupposto obiettivo e definitivo dell'evasione d'imposta ...». La violazione dell'obbligo di veritiera prospettazione della situazione reddituale e delle basi imponibili è al fondamento, segnatamente, della tipologia criminosa costituente «l'asse portante» del nuovo sistema punitivo: la dichiarazione annuale «fraudolenta» che, siccome non soltanto mendace ma caratterizzata altresì da un particolare «coefficiente di insidiosità» per essere supportata da un impianto contabile o documentale per operazioni inesistenti, costituisce dunque la fattispecie commissiva ontologicamente più grave, sanzionata con la sola pena detentiva, ma rafforzata rispetto al passato.

Quanto alla struttura e agli elementi costitutivi della nuova ipotesi criminosa di «dichiarazione fraudolenta», l'art. 2 d.lgs. n. 74 del 2000 punisce chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, «avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti» [secondo la definizione di essi data dall'art. 1 lett. a)], registrati nelle scritture contabili obbligatorie o detenuti a fini di prova nei confronti dell'amministrazione finanziaria in sede di successivo accertamento, «indica» in una delle dichiarazioni annuali relative a dette imposte elementi passivi fittizi [giusta la formula definitoria dell'art. 1 lett. b)]. Il terzo comma della medesima norma prevede un più mite trattamento sanzionatorio, adeguato alla minore gravità del danno erariale, nei casi in cui l'ammontare complessivo degli elementi passivi fittizi indicati nella dichiarazione annuale è inferiore a lire trecento milioni.

Il delitto, di tipo commissivo e di mera condotta, seppure teleologicamente diretta al risultato dell'evasione d'imposta [come precisato nella definizione del dolo specifico di evasione *sub* art. 1 lett. d)], ha natura istantanea e si consuma con la presentazione della dichiarazione annuale, non rilevando le dichiarazioni periodiche e quelle relative ad imposte diverse: con la conseguenza che il comportamento di utilizzazione, nel senso sopra specificato, si configura come *ante factum meramente* strumentale e prodromico per la realizzazione dell'illecito, e perciò non punibile. Si avverte in proposito nella *Relazione governativa* (par. 3.1.1) come «.. l'ampia elaborazione giurisprudenziale e dottrinale relativa al concetto di utilizzazione di fatture e altri documenti per operazioni inesistenti, rilevante nell'ottica applicativa del delitto di frode fiscale di cui all'art 4 d.l. n. 429/1982 non sia recuperabile *sic et simpliciter* in rapporto alla nuova figura di reato, la quale resta integrata non dalla mera condotta di utilizzazione, ma da un comportamento successivo e distinto, quale la presentazione della dichiarazione, alla quale in base alla disciplina in vigore non dev'essere allegata alcuna documentazione probatoria».

Particolare rilievo sistematico assumono altresì le disposizioni normative degli artt. 6 e 9 d.lgs. n. 74 del 2000 sul tentativo e, rispettivamente, sul concorso di persone.

In forza del disposto dell'art. 6, il delitto di dichiarazione fraudolenta previsto dall'art. 2 «non è comunque punibile a titolo di tentativo». La *ratio legis*, ovvia e trasparente, è quella di evitare la vanificazione della strategia abolitrice del modello di reato prodromico mediante la generalizzata applicazione dell'art. 56 cod. pen. (*Relazione governativa*, par. 3.1.5), potendosi altrimenti sostenere che la propedeutica registrazione in contabilità o la detenzione a fine di prova di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, accertate nel corso del periodo d'imposta, siano teleologicamente dirette in modo non equivoco alla successiva dichiarazione fraudolenta, come tali punibili *ex se* a titolo di delitto tentato: s'intende in tal modo favorire nell'interesse dell'erario la respiscenza, anche se non spontanea del contribuente, il quale di fronte a un accertamento compiuto nei suoi confronti nel corso del periodo d'imposta sarà portato a presentare una dichiarazione veridica e conforme alle risultanze della verifica fiscale per sottrarsi alla responsabilità penale.

Risulta poi autonomamente strutturata la fattispecie criminosa di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, attività illecita di spiccata pericolosità consistente nell'immissione sul mercato di documentazione idonea a supportare l'indicazione fraudolenta in dichiarazione di elementi passivi fittizi: l'ipotesi criminosa dell'emissione, regolata dall'art. 8, e dunque punita di per sé, mentre l'utilizzazione «solo in quanto trasfusa in una falsa dichiarazione».

Sotto diverso profilo, il successivo art. 9 esclude, in deroga all'art. 110 cod. pen., la configurabilità del concorso dell'emittente nel reato di dichiarazione fraudolenta commesso dall'utilizzatore e soprattutto, in forza della medesima logica sottesa alla non configurabilità del tentativo («quella cioè di ancorare comunque la punibilità al momento della dichiarazione fraudolenta evitando una indiretta resurrezione del reato prodromico»: *Relazione governativa*, par. 3.2.1.), del concorso dell'utilizzatore nel reato di emissione anche in caso di preventivo accordo. Di conseguenza, per l'emittente la successiva utilizzazione da parte di terzi configura un postfatto non punibile, mentre per l'utilizzatore, che se ne avvalga nella dichiarazione annuale, il previo rilascio costituisce un antefatto pure irrilevante penalmente; del pari, l'intermediario non potrà considerarsi concorrente in entrambi i reati ma, a seconda dei casi concreti, in una delle distinte ipotesi.

6. – Le linee ispiratrici della riforma, come si desume a chiare lettere sia dalla reale portata delle disposizioni incriminatrici che dall'esplicita *voluntas legis*, segnalano dunque l'incompatibilità del nuovo sistema penal-tributario con il vecchio modello di tutela anticipata caratterizzato dalla repressione di violazioni strumentali e prodromiche all'evasione.

Il legislatore individua nella presentazione della dichiarazione annuale la condotta tipica e il momento di rilevanza penale della fattispecie, e nella lesione dell'interesse erariale all'integrale riscossione delle imposte dovute, piuttosto che nella generica trasparenza fiscale, l'oggetto giuridico della tutela penale. Sono per contro private di significato penale tributario condotte che in passato costituivano la soglia avanzata della strategia sanzionatoria, come quelle di utilizzazione nel corso dell'anno di fatture per operazioni inesistenti, pure astrattamente configurabili come atti idonei diretti in

modo non equivoco alla commissione del delitto di dichiarazione fraudolenta, ma che non rivestono alcuna rilevanza se il contribuente presenta alla scadenza annuale una dichiarazione fedele e veritiera.

La nuova fattispecie di dichiarazione fraudolenta di cui all'art. 2 d.lgs. n. 74 del 2000 «assorbe» l'ipotesi prodromica di utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti, già sanzionata dall'art. 4 lett. *d*) legge n. 516 del 1982, perché, pur contenendo alcuni elementi descrittivi del fatto già previsti dalla norma preesistente, presenta tuttavia ulteriori elementi non riconducibili alla precedente figura, postulando in particolare l'«indicazione» in dichiarazione di elementi passivi fittizi, non richiesta invece dall'art. 4 lett. *d*) legge n. 516: non mero «elemento specializzante», quest'ultimo, virtualmente compreso nella condotta di «utilizzazione» sotto il profilo del «dolo eventuale» (come si sostiene impropriamente nella citata sentenza Cass., Sez. III, 27 aprile 2000, B.), ma eterogeneo rispetto alla previgente previsione incriminatce.

In considerazione della disomogeneità strutturale delle fattispecie tipiche, l'art. 25 d.lgs. n. 74 del 2000, nell'abrogare espressamente, tra l'altro, l'art. 4 lett. *d*) legge n. 516 del 1982, non ha dunque creato una sorta di continuità punitiva della disposizione abrogata con l'attuale art. 2 del medesimo legislativo in tema di dichiarazione fraudolenta: di guisa che, con riferimento alle condotte prodromiche di «utilizzazione» di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, un tempo integratrici del reato di cui all'art. 4 lett. *d*) legge n. 516, è intervenuta una vera e propria *abolitio criminis* mediante integrale depenalizzazione della fattispecie.

L'opposta tesi interpretativa, che ravvisa un fenomeno di mera successione di norme incriminatrici, non coglie il profilo fortemente innovativo dello *jus superveniens*, in ordine all'identificazione della condotta criminosa meritevole di sanzione penale, e appare perciò priva di fondamento giuridico, finendo essa in sostanza per perpetuare la vigenza di una figura di reato incompatibile col nuovo regime normativo e pervenendo al risultato paradossale di attribuire rilevanza penale a un comportamento che, se tenuto oggi, sarebbe privo di disvalore e non costituirebbe reato, in contrasto con i principi ispiratori delle regole stabilite in tema di successione delle leggi penali nel tempo e con il principio di tipicità della condotta incriminata.

Le Sezioni Unite ritengono in definitiva che il secondo degli indirizzi interpretativi delineati in premessa, condiviso da larga parte della dottrina, meriti di essere confermato in quanto la trama argomentativa da cui scaturisce l'opzione abolitrice trova solida base giustificativa nell'analisi ricostruttiva e nella comparazione organica degli elementi strutturali delle fattispecie tipiche.

Il procedimento ermeneutico, dopo avere correttamente individuato all'interno della peculiare oggettività giuridica del reato di cui all'art. 2 d.lgs. n. 74 del 2000 lo stretto collegamento della frode fiscale con il momento dichiarativo finale ed evidenziato che le condotte di utilizzazione, meramente strumentali e preparatorie, sono sprovviste di per sé di valenza penale – neppure a titolo di tentativo o di concorso dell'utilizzatore con l'emittente –, ha posto in luce la sostanziale eterogeneità dei fatti criminosi.

Di talché può enunciarsi il seguente principio di diritto: «*le condotte di utilizzazione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, prodromiche*

o strumentali rispetto alla fraudolenta indicazione di elementi passivi fittizi in una delle dichiarazioni annuali relative alle imposte sui redditi o sul valore aggiunto, supportata da tali fatture o documenti, non sono più, di per se, previste dalla legge come reato».

7. – Rispetto ai procedimenti penali in corso, come la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire in relazione ad altri casi di successione di norme incriminatrici, i fatti integranti reato sotto il vigore della precedente previsione possono continuare ad esserlo alla stregua di quella nuova qualora, in concreto, gli elementi costitutivi del nuovo reato siano stati chiaramente enunciati nell'imputazione contestata all'imputato anche a seguito di rituale modificazione della contestazione (Cass., Sez. Un., 20 giugno 1990, M.).

Nei procedimenti penali pendenti, aventi ad oggetto fatti di «utilizzazione» di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti già sanzionati dalla previgente disciplina, l'abrogazione dell'art. 4 lett. *d*) legge n. 516 del 1982 (diversamente da quanto è avvenuto per l'ipotesi speculare della «emissione» pure prevista dalla medesima disposizione incriminatrice) comporta pertanto, in forza della regola di diritto intertemporale fissata dal secondo comma dell'art. 2 cod. pen., la non punibilità di quei medesimi fatti che, perseguibili all'epoca della loro commissione come fede fiscale, non risultano astrattamente inquadrabili oggi nella nuova fattispecie criminosa di dichiarazione fraudolenta, disegnata dall'art. 2 d.lgs. n. 74 del 2000.

E però, qualora i dati delle fatture o degli altri documenti per operazioni inesistenti, utilizzati in corso d'anno, fossero stati recepiti dal contribuente nella successiva dichiarazione annuale dei redditi della quale avessero costituito il supporto fraudolento per la mendace indicazione di componenti negativi di reddito in misura diversa da quella effettiva, dottrina e giurisprudenza ritenevano integrato, nel vigore della precedente disciplina, in concorso con l'autonoma ipotesi di cui all'art. 4 lett. *d*), anche il diverso e autonomo delitto di frode fiscale *ex art.* 4 lett. *f*) n. 516 del 1982.

Orbene, per quest'ultima fattispecie ben può ravvisarsi, stante l'omologa strutturazione e la sovrapposizione delle due previsioni punitive (salvo per quanto attiene all'estensione della incriminazione alla dichiarazione annuale IVA, rispetto alla quale non è configurabile un rapporto di successione modificativa tra leggi), una continuità normativa d'illecito con la nuova ipotesi dell'art. 2 comma 1 d.lgs. n. 74 del 2000, rispetto alla quale la prima s'atteggia anzi come *lex mitior* per i profili del trattamento sanzionatorio e dei termini prescizionali, sempre che non ricorra l'ipotesi attenuata prevista dall'art. 2 comma 3 del medesimo decreto.

Un'indicazione in tal senso sembra potersi trarre dall'art. 25 dello Schema preliminare del d.lgs. n. 74 (recante le disposizioni transitorie per i fatti criminosi pregressi, non riprodotte nello Schema definitivo), secondo cui «continuano ad applicarsi le disposizioni del decreto legge n. 429 del 1982» per i fatti previsti dall'art. 4 lett. *d*), limitatamente all'ipotesi di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti – e non anche a quella di utilizzazione – [comma 4]: nonché per i fatti previsti dall'art. 4 lett. *f*) del medesimo decreto legge, a condizione che «il fatto è commesso utilizzando fatture o altri documenti per operazioni inesistenti» [comma 5 lett. *a*].

Di talché, per i processi penali in corso nei quali non risulti contestato anche il delitto di frode fiscale di cui alla lett. *f*), bensì solo quello di cui alla lett. *d*) dell'art. 4 legge n. 516 del 1982, mentre emerga *ex actis* il riflesso della condotta di utilizzazione in una fraudolenta dichiarazione dei redditi, resta riservato alla pubblica accusa la potestà di contestazione del fatto «nuovo» attinente al momento dichiarativo, con le relative conseguenze delineate sul terreno processuale dagli artt. 423 comma 2 e 518 segg. cod. proc. pen.: ovviamente, *sub specie* dell'ipotesi più favorevole al reo che potrà essere, di volta in volta, quella di cui all'art. 4 lett. *f*) legge n. 516 del 1982, ovvero quella dell'art. 2 comma 3 d.lgs. n. 74 del 2000.

8. – Nel caso di specie, le concorrenti violazioni tributarie contestate agli imputati nei capi 11) e 12), unificate nel vincolo della continuazione, sono caratterizzate dal duplice e autonomo contesto della «utilizzazione» – prima – di plurime fatture per operazioni inesistenti per gli anni 1991 e 1992, registrate in contabilità e detenute a fini di prova nei confronti dell'amministrazione finanziaria, e della mendace «indicazione» – poi – nelle dichiarazioni dei redditi presentate in riferimento agli stessi anni, nel maggio 1992 e rispettivamente nel maggio 1993, di fittizi componenti negativi del reddito ricollegati alla predetta utilizzazione, per l'ammontare inferiore a lire 300.000.000 in ciascuna delle due dichiarazioni.

Orbene, se, da un lato, si rileva in ordine all'imputazione di cui all'art. 4 lett. *d*) legge n. 516 del 1982 che il fatto non è più previsto dalla legge come reato, dall'altro, la concorrente imputazione di cui all'art. 4 lett. *f*) legge n. 516 del 1982 può essere ricondotta alla previsione attenuata dell'art. 2 comma 3 d.lgs. n. 74 del 2000.

All'esito del confronto fra le due leggi e tenuto essenzialmente conto dei riflessi sul bene primario della libertà personale, deve infatti riconoscersi che le previsioni sanzionatorie della disposizione posteriore sono certamente, nel complesso e in concreto, più favorevoli al reo a norma dell'art. 2 comma 3 cod. pen. (Cass., Sez. III, 31 maggio 2000, B., *cit.*): – per la misura edittale della pena principale (reclusione da sei mesi a due anni, a fronte della reclusione da sei mesi a cinque anni congiunta alla multa da 5 a 10 milioni di lire previste dall'art. 4 legge n. 516); – per l'esclusione della pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici ai sensi dell'art. 12 comma 2 d.lgs. n. 74, nonostante si rinvegnano nell'applicazione della nuova disciplina modesti elementi svantaggiosi quanto ad alcune delle pene accessorie temporanee elencate nel primo comma del medesimo art. 12; – per il più breve termine di prescrizione (anni cinque secondo le disposizioni generali di cui all'art. 157 comma 1 n. 4 cod. pen., a fronte del termine di anni sei previsto dall'abrogato regime speciale *ex art.* 9 legge n. 516).

Non è d'altra parte ipotizzabile, in relazione alla ritenuta continuità normativa, alcuna violazione del diritto di difesa, né tanto meno del principio di correlazione fra imputazione contestata e sentenza di cui all'art. 521 c.p.p., risultando specificata nella contestazione originaria la circostanza della «indicazione» di elementi passivi fittizi nelle dichiarazioni dei redditi per gli anni 1991 e 1992, supportata da documentazione ideologicamente falsa, costituita dalle fatture per operazioni inesistenti elencate nel precedente capo d'imputazione per il profilo della mera «utilizzazione»: il fatto ritenuto

in sentenza non si trova rispetto a quello contestato in rapporto di ontologica estraneità o incompatibilità, nel senso che si sia realizzata una sostanziale trasformazione o sostituzione degli elementi essenziali dell'addebito che abbia posto gli imputati in condizione di non potersi difendere.

9.1. – Quanto ai profili, invero generici e meramente fattuali, delle censure di manifesta illogicità della motivazione in ordine alla valutazione complessiva delle prove di responsabilità in ordine al delitto di dichiarazione fraudolenta, i ricorsi devono essere rigettati.

Il giudice di merito, con puntualità di riferimenti ancorati al nucleo fondamentale delle risultanze del complessivo quadro probatorio e con motivazione immune da vizi logico-giuridici, ha infatti efficacemente evidenziato: – la sussistenza di convergenti fonti probatorie (dichiarazioni accusatorie del coimputato P., documentazione fiscale e bancaria, investigazioni della G.d.F.), che smentiscono completamente le prospettazioni di buona fede o di estraneità e confermano invece la consapevole e concorrente partecipazione degli imputati alla vicenda criminosa *de qua*, nei ruoli per entrambi analiticamente descritti di utilizzatore-dichiarante per il R. e di intermediario per il D.M.); – la sussistenza del dolo specifico di evasione delle imposte sui redditi e sul valore aggiunto, che emerge con chiarezza dall'obiettiva utilizzazione, in sede di dichiarazioni annuali, delle fatture corrispondenti ad operazioni inesistenti per conseguire la detrazione di costi non deducibili, compatibile, per il D.M., con il concorrente dolo proprio della truffa comunitaria ascrittagli nel capo 20).

Occorre ribadire che esula dai poteri di questa Corte la rilettura della ricostruzione storica dei fatti posti a fondamento della decisione di merito, dovendo l'illogicità del discorso giustificativo, quale vizio di legittimità denunciabile mediante ricorso per cassazione, essere di macroscopica evidenza (Cass., Sez. Un., 30 aprile 1997, D.; Sez. Un., 24 dicembre 1999, S.; 21 giugno 2000, T.).

9.2. – Anche gli ulteriori motivi di gravame circa pretese violazioni di legge in cui sarebbe incorsa la sentenza impugnata risultano, oltre che sprovvisti del requisito di adeguata specificità delle ragioni di diritto, prive di pregio alcuno.

Circa la censurata utilizzazione come elemento di prova del verbale delle dichiarazioni eteroaccusatorie del P. (persona imputata in un procedimento connesso), assunte nelle indagini preliminari dalla polizia giudiziaria su delega del p.m. e lette all'udienza del 13 maggio 1997 nel corso del dibattimento di primo grado per essersi questi avvalso della facoltà di non rispondere, devesi rilevare, da un lato, che la lettura è stata disposta in ossequio alla norma dell'art. 513 comma 2 c.p.p., nel testo originario come inciso dal *dictum* della Corte costituzionale con sentenza n. 254 del 1992, e, dall'altro, che il difensore degli imputati non ha fatto alcuna richiesta, nel corso del giudizio d'appello celebrato il 22 gennaio 1999 (pur dopo l'entrata in vigore della novella legislativa di cui alla legge n. 267 del 1997 e delle prescrizioni transitorie dettate dall'art. 6 comma 3 di detta legge, e il radicale intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 61 del 1998), di parziale rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, al fine di ottenere il recupero del con-

traddittorio mediante la citazione del dichiarante sul fatto altrui, per l'ulteriore esame e per l'eventuale esercizio delle facoltà contestative ai sensi dell'art. 500, commi 2-*bis* e 4, c.p.p.

Di talché, giusta la norma transitoria di cui all'art. 1 comma 4 d.l. 7 gennaio 2000 n. 2 conv. in legge 25 febbraio 2000 n. 35, applicabile fino alla data di entrata in vigore della legge di attuazione del novellato art. 111 Cost., alle dichiarazioni acquisite al fascicolo per il dibattimento, e già valutate ai fini delle decisioni di merito, si applicano nel giudizio dinanzi alla Corte di cassazione le disposizioni processuali in materia di valutazione della prova «vigenti ... al momento delle decisioni stesse» (Cass., Sez. I, 10 luglio 2000, M.; Sez. VI, 17 aprile 2000, F.; Sez. VI, 28 gennaio 2000, I.).

Per questo profilo la decisione di merito risulta dunque ineccepibile e adeguatamente motivata.

Quanto alla doglianza del D.M. riguardante l'incompatibilità del dolo specifico di evasione fiscale rispetto all'assorbente finalità di trarre indebite sovvenzioni comunitarie per la commercializzazione di olio d'oliva, rileva il Collegio che, attesa l'evidente diversità del bene giuridico protetto (Cass., Sez. III, 7 novembre 1995, A., rv. 204228), il delitto di frode fiscale può concorrere con quello di truffa comunitaria quando lo specifico dolo di evasione della condotta tipica si coniuga con una distinta e autonoma finalità extratributaria, sempre che quest'ultima non sia perseguita dall'agente in via esclusiva. L'apprezzamento fattuale della valenza di tale relazione resta peraltro riservato al giudice di merito e, se adeguatamente e logicamente motivato (come nella specie), non è censurabile dal giudice di legittimità.

Va infine disattesa l'ulteriore doglianza del R. attinente al profilo sanzionatorio, in punto di denegata applicazione da parte della corte distrettuale della continuazione con gli analoghi reati per i quali egli era già stato condannato con sentenza del tribunale di Brindisi e della corte d'appello di Bologna, perché, avendone il difensore fatto richiesta solo nel corso della discussione finale, il giudice d'appello non aveva l'obbligo di pronunciarsi su un tema d'indagine rimesso al potere dispositivo della parte e però non devolutogli con uno specifico motivo di gravame (Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2000, T.).

Di talché tutte le, invero generiche, censure dei ricorrenti circa pretese violazioni di legge e carenze motivazionali della sentenza impugnata in ordine ai punti suindicati risultano manifestamente infondate.

10. – In conclusione, la sentenza impugnata dev'essere annullata senza rinvio nei confronti di entrambi gli imputati limitatamente al delitto di utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti di cui all'art. 4, comma 1 lett. *d*), legge n. 516 del 1982, contestato nel capo 11) della rubrica, perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, con la conseguente eliminazione delle relative pene.

L'ulteriore imputazione di cui all'art. 4, comma 1 lett. *f*) legge n. 516 del 1982, contestata nel successivo capo 12), dev'essere invece qualificata, in forza della sopravvenuta *lex mitior*, come violazione dell'art. 2 comma 3 d.lgs. n. 74 del 2000, in ordine alla quale, ferma restando l'affermazione di responsabilità degli imputati, occorre peraltro rinviare ad altra sezione della Corte d'appello di Torino per la rideterminazione delle pene principali ed accessorie.

I ricorsi degli imputati vanno rigettati nel resto.

P.Q.M.

La Corte Suprema di Cassazione, a Sezioni Unite, annulla senza rinvio la sentenza impugnata nei confronti di entrambi gli imputati limitatamente al delitto di cui all'art. 4, comma 1 lett. *d*), legge n. 516 del 1982 – capo 11) – perché il fatto non è previsto dalla legge come reato: qualificata l'imputazione di cui all'art. 4, comma 1 lett. *f*) legge n. 516 del 1982 – capo 12) – come violazione dell'art. 2 comma 3 d.lgs. n. 74 del 2000, rinvia ad altra sezione della Corte d'appello di Torino per la rideterminazione della pena; rigetta i ricorsi nel resto.

(omissis)

CORTE DI CASSAZIONE, Sezioni Unite, 14 giugno 2001 n. 24287 – *Pres. Vessia – Est. Rossi – P.M. (conf.) – Ministero del Tesoro c. C.G. (avv. Stato Ranucci)*.

Giudizio penale – Ingiusta detenzione cautelare – Equa riparazione – Entità dell'indennizzo – Criteri e parametri valutativi – Discrezionalità del giudice – Limite massimo di durata complessiva della custodia cautelare – Riferimento all'art. 303, quarto comma lettera *c*), c.p.p.
(artt. 303, 304, 314, 315, 643 c.p.p.).

Giudizio penale – Equa riparazione – Entità della liquidazione – Innalzamento da cento milioni a un miliardo *ex art. 15, comma 1, lettera a*), della legge 16 dicembre 1999 n. 479 – Applicabilità della nuova legge ai procedimenti di liquidazione pendenti alla data della sua entrata in vigore.
(art. 315 c.p.p.; art. 15, comma 1, lettera *a*) della legge 16 dicembre 1999 n. 479).

*In materia di equa riparazione per ingiusta detenzione cautelare sofferta, nel quantificare la somma dovuta, occorre tener conto del limite massimo di durata complessiva della custodia cautelare fissata dall'art. 303, comma 4, lett. *c*) c.p.p., indipendentemente dal titolo del reato in concreto contestato.*

La liquidazione dell'indennità deve avvenire in via equitativa, non essendo prescritta al giudice l'adozione di rigidi parametri valutativi, ma essendogli riconosciuta – entro i confini della ragionevolezza e coerenza – ampia libertà di apprezzamento delle circostanze del caso concreto.

*La norma di cui al comma 2 dell'art. 315 c.p.p., come modificata dall'art. 15, comma 1, lettera *d*) della legge n. 479/1999 – che ha innalzato ad un miliardo il limite massimo dell'entità della riparazione per l'ingiusta detenzione –, si applica anche ai procedimenti di liquidazione in corso alla data dell'entrata in vigore della Novella.*

*Il momento cui fare riferimento, ai fini della determinazione della normativa applicabile, coincide non con il fatto coercitivo, né con il provvedimento liberatorio emesso nel processo, ma con la pronuncia finale del giudice, avente natura «costitutiva», data la «necessarietà» del procedimento *ex art. 314 c.p.p.*, ai fini della nascita di un obbligo concreto e specifico di equa riparazione, a carico dello Stato e nei confronti del privato cittadino.*

L'accertamento del diritto all'equa riparazione è, quindi, la condizione cui la legge subordina il suddetto «mutamento giuridico», ovvero la nascita di un'obbligazione pecuniaria, la quale, per sua natura, deve essere determinata o determinabile nell'ammontare. Se tale determinatezza o determinabilità si dovesse verificare in un momento distinto dall'accertamento del diritto alla riparazione («an debeatur»), ciò inciderebbe sul tempo di riferimento normativo, giacché soltanto con la precisazione del «quantum debeatur» il rapporto tra le parti potrebbe considerarsi perfezionato, con la produzione dell'effetto giuridico tipico dell'azione proposta. (1).

(omissis)

(1) Ingiusta detenzione: natura giuridica e novità normative.

1. – La sentenza in commento affronta uno dei temi più «scottanti» in materia processual-penale, ossia l'indennizzo spettante alle vittime dell'ingiusta detenzione, con riguardo non solo agli aspetti strettamente materiali (ben compendiatosi nel vecchio adagio «chi sbaglia paga»), ma anche alle implicazioni di ordine morale e sociale che lo caratterizzano, in un'ottica essenzialmente equitativa.

L'istituto della «riparazione per ingiusta detenzione» viene alla ribalta anche a seguito dell'art. 15 della legge n. 479/1999 (cd. legge Carotti), che modifica l'art. 315 c.p.p., con due novità di rilievo:

1) aumenta il limite massimo dell'indennizzo riconosciuto al cittadino, privato, per errore, della sua libertà (da cento milioni a un miliardo di lire) e

2) viene allungato da 18 a 24 mesi il termine ultimo per proporre, a pena d'inammissibilità, la domanda di riparazione: due anni di tempo, quindi, dal giorno in cui la decisione di non luogo a procedere è divenuta inoppugnabile o è stato notificato (e non più dal giorno in cui è stato pronunciato) il provvedimento di archiviazione alla persona interessata o è divenuta irrevocabile la sentenza di proscioglimento o di condanna.

Occorre, innanzitutto, procedere ad un inquadramento logico-giuridico della fattispecie in esame, tenendo conto della relativa evoluzione giurisprudenziale e normativa, per poi esaminare i punti salienti affrontati e risolti in maniera pregevole dalla Suprema Corte.

Non si può negare che non è solo una questione di cifre, ma l'affermazione di basilari principi di civiltà giuridica, in base ai quali la libertà personale è un diritto primario e, come tale, implicante, nel caso di lesione o compressione, un congruo ristoro per i danni morali e materiali patiti: è questa la comune matrice che lega i due istituti della «riparazione per ingiusta detenzione» e della «riparazione dell'errore giudiziario» (integrato da una sentenza definitiva di condanna dimostratasi erronea, e corretta in sede di revisione del giudicato), alla cui disciplina il suddetto art. 315, comma terzo, c.p.p. fa rinvio.

In ambito internazionale sia il «Patto internazionale sui diritti civili e politici», sia la «Convenzione europea dei diritti dell'uomo» fondano il diritto alla riparazione dell'errore giudiziario sul presupposto dell'«annullamento di una precedente sentenza», impiegando, però, una differente terminologia: il Patto internazionale prevede la corresponsione di un «indennizzo», la Convenzione europea un «risarcimento» da liquidare alla vittima dell'errore.

Va rilevato, comunque, al di là delle differenze di espressione, di carattere più formale che sostanziale, come si vedrà, l'immediata efficacia applicativa di tali rimedi laddove gli ordinamenti interni non siano in grado di assicurare forme di ristoro, a fronte di una giustizia rivelatasi «ingiusta».

È opportuno soffermarsi, seppur sommariamente, sulle differenze concettuali tra l'equa riparazione per l'ingiusta custodia cautelare (il cui referente normativo è costituito dagli artt. 314 e 315 c.p.p.) e il risarcimento del danno per responsabilità civile del magistrato, introdotto dalla legge n. 117/1988.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione ha, in più occasioni, evidenziato il carattere «misto» del rimborso riconosciuto al cittadino che abbia patito un'ingiusta custodia cautelare, cui è equiparata – a seguito delle sentenze additive della Corte Costituzionale – la detenzione ingiustamente sofferta a causa di erroneo ordine di esecuzione o arresto in flagranza o fermo di indiziato di delitto.

Gli argomenti ora da trattare, comunque attinenti esclusivamente al «*quantum debeatur*», sono due: il primo, proposto dalla parte privata, riguarda l'assunzione, come termine del rapporto con l'entità dell'indennizzo, della durata massima della custodia cautelare considerata in astratto o in concreto; il secondo, proposto dalla parte pubblica, dell'applicabilità ai procedimenti di liquidazione, in corso alla data dell'entrata in vigore della novella, della modifica apportata al secondo comma dell'art. 315 c.p.p.

In particolare, ha statuito che «*Nella prospettiva costituzionale, la riparazione, quale diritto soggettivo, assume una dimensione che supera sia il concetto del «risarcimento dei danni per fatto illecito», sia il concetto del «mero indennizzo per atto illegittimo». Il suo contenuto non è solo la rifusione dei danni materiali ma anche la corresponsione di utilità che valgano in qualche modo a compensare la vittima della sofferenza prodotta dall'errore giudiziario, con la fondamentale finalità di consentire, per quanto possibile, un reinserimento normale nella vita sociale, in condizioni di tranquillità e di sufficienza per sé e per la sua famiglia, in rapporto alle condizioni morali, sociali ed ambientali della stessa*» (cfr. Cass., 22 febbraio 1978, Micolitti; Corte d'Appello di Perugia, 24 gennaio 1966, Nicolini, in *Giur. it.*, 1996, II, 366 e in *Rass. Giur. Umbra*, 1996, 174).

È di tutta evidenza, pertanto, la distinzione dalle ipotesi di fatto illecito, che presuppongono un coinvolgimento soggettivo – sotto il profilo del dolo o della colpa –, esulante dai presupposti del diritto alla riparazione di cui si discute: tale coinvolgimento potrebbe integrare la diversa fattispecie della responsabilità civile del magistrato, ai sensi e per gli effetti della sopra citata legge n. 117/1988 (che implica, però, a fondamento di un'azione diretta contro il magistrato – al solo fine della determinazione del danno patrimoniale e morale – un giudicato penale di condanna, che ne abbia accertato incontrovertibilmente la responsabilità).

Ai fini della fattispecie in esame rileva anche un altro aspetto: le ipotesi previste dalla legge n. 117/1988 sono integrate solo in presenza di un danno ingiusto, e quindi di un fatto illecito ex art. 2043 c.c. che determina la «regressione» dell'atto giudiziario, per sua natura conforme a legge, a «mero atto umano», caratterizzato da profili di illiceità.

Nel caso di atto illegittimo, da cui derivi la privazione della libertà personale, invece poiché l'attività dello Stato e di coloro che agiscono in virtù di un rapporto di «immedesimazione organica» si presume sempre «lecita», l'atto restrittivo rileva soltanto sotto il profilo della mera illiceità, con il conseguente diritto all'«equo indennizzo» e non «risarcimento» (che implica – lo si ribadisce – un atto illecito), alle condizioni e nei limiti ex artt. 314 e 315 c.p.p.

Al riguardo la Suprema Corte ha statuito che, «*poiché l'ingiusta detenzione prescinde del tutto dal dato dell'illiceità del danno, anche da quella illiceità che ha come fatto generatore un atto illecito non imputabile, non sono ravvisabili il diritto alla rivalutazione della somma liquidata e il diritto agli interessi; l'obbligo di corrispondere gli interessi potrà sorgere solo dopo che l'amministrazione richiesta del pagamento non vi provveda sollecitamente*» (cfr. Cass. pen., Sez. IV, 1° dicembre 1992, Tomei, in *Mass. Cass. pen.*, 1993, 62).

Alla luce di tali considerazioni e della normativa vigente, le due azioni appaiono cumulabili in quanto non ontologicamente incompatibili; tanto è vero che l'art. 14 della legge n. 117/1988 prevede testualmente che «le disposizioni della presente legge non pregiudicano il diritto alla riparazione alle vittime di errori giudiziari e di ingiusta detenzione», sebbene il nostro ordinamento patisca la mancanza di norme di coordinamento tra i due istituti.

Invero, il carattere «bivalente» (patrimoniale e morale) dell'indennizzo per l'ingiusta compressione della libertà personale – costantemente riconosciuto dalla giurisprudenza – unito ai criteri liquidativi del danno per fatto illecito potrebbe comportare una duplice valutazione dello stesso nocumento, tra l'altro sempre a carico dello Stato.

Come sottolineato da acuta dottrina, non sembra giuridicamente accettabile la soluzione «*de iure condendo*» di prevedere un tetto massimo nell'ipotesi di cumulo delle due domande, in quanto ciò colliderebbe con il carattere di «integrale ricostituzione» della posizione del danneggiato che distingue la pretesa risarcitoria, escludendone ogni sorta di limitazione diversa da quella derivante dall'onere della prova.

La risposta a tali quesiti è legata all'analisi della struttura e della funzione dell'istituto disciplinato dal capo VIII del titolo I del vigente codice di rito, sulle quali conviene, pertanto, brevemente soffermarsi.

Tutt'al più si potrebbe – come prospettato dal disegno di legge Vassalli – prevedere una sospensione del termine di proposizione dell'azione riparatoria (o del relativo procedimento, se già proposta), a seguito dell'incardinazione del giudizio risarcitorio, senza peraltro escluderne l'esperibilità per il residuo, nel caso di riconoscimento parziale del risarcimento.

2. – Sgombrato il campo da eventuali problemi di differenze ed implicazioni reciproche, concernenti istituti per certi versi simili, occorre adesso esaminare la sentenza in commento, cogliendone gli elementi di novità e gli spunti più interessanti, tenuto conto che la riconduzione del diritto alla riparazione nell'ambito dei diritti soggettivi non tanto di «terza generazione», quanto «primari» è sintomatico del grado di civiltà giuridica del nostro ordinamento, che non arretra di fronte agli errori e conseguenti danni causati dagli organi giurisdizionali ma, riconoscendoli, vi pone rimedio venendo in soccorso della vittima e dando luogo a quello che da taluni è definito un «rapporto obbligatorio di diritto pubblico».

In primo luogo la sentenza in esame individua i «criteri di quantificazione» cui l'organo giudicante deve attenersi nel determinare la somma dovuta, a titolo di riparazione per ingiusta detenzione.

Al riguardo la Suprema Corte stabilisce che, per l'esecuzione del calcolo aritmetico necessario alla quantificazione della somma su cui operare gli eventuali ulteriori aumenti in base agli altri fattori, occorre tener conto del «limite massimo di durata complessiva della custodia cautelare» fissato dall'art. 304, comma quarto, lett. c), c.p.p., indipendentemente dal titolo del reato in concreto contestato.

Il giudice di legittimità ribadisce, inoltre, il carattere tipicamente «equitativo» dell'indennità riparatoria, non essendo l'organo decidente imbrigliato da rigidi parametri valutativi, ma godendo di ampia libertà di apprezzamento delle circostanze del caso concreto, seppure secondo ragionevolezza e coerenza.

In altre occasioni anche la giurisprudenza di merito ha evidenziato che «*ai fini dell'entità della riparazione occorre compiere, a norma dell'art. 1226 c.c., una valutazione equitativa e globale, senza scendere ad una valutazione dei singoli elementi probatori, quest'ultima necessaria, invece, solo per il risarcimento vero e proprio dei danni materiali e morali*» (cfr. App. Perugia, 24 gennaio 1996, Nicolini, in *Giur. It.*, 1996, II, 366).

Ciò è ulteriormente confortato dal principio secondo cui «*il procedimento per la riparazione dell'ingiusta detenzione, pur essendo ispirato alle regole generali del processo civile, si riferisce ad un rapporto obbligatorio di diritto pubblico e postula quindi un rafforzamento dei poteri officiosi del giudice, il quale ben può fondare la sua decisione su atti diversi da quelli prodotti dalle parti, purché conosciuti o conoscibili; ne consegue che, se il richiedente si sia limitato a fornire la prova della detenzione ingiustificata (producendo il provvedimento restrittivo e la sentenza di assoluzione) il Giudice non può ritenere inadempito l'onere probatorio da parte dello stesso*» (cfr. Cass., sez. IV, 29 novembre 2000, n. 4549; contra Cass. 9 marzo 1994, Severini).

È arguibile che il giudice di prime cure, investito dell'istanza per l'attribuzione di una somma di denaro, a titolo di equa riparazione per l'ingiusta detenzione, sebbene abbia il dovere di verificare se la condotta tenuta dall'istante nel procedimento penale sia connotata da dolo o colpa e di valutarne la «gradazione», da lieve (purché apprezzabile) a grave, idonea ad escludere il diritto all'indennizzo, ai fini della «*taxatio*» sul «*quantum debeatur*» – in applicazione del principio generale di «autoresponsabilità», estraibile dalla lettera degli artt. 1227 e 2056 c.c. –, sia ampiamente libero di valutare il materiale acquisito nel processo penale.

D'altra parte, il rapporto tra giudizio penale e giudizio della riparazione si risolve soltanto nel condizionamento del primo rispetto al presupposto dell'altro, vale a dire all'accertamento della ingiustizia della detenzione, il che non conduce automaticamente all'indennizzo, spettando al giudice di quest'ultimo una serie di accertamenti e valutazioni da condurre in piena autonomia e con l'ausilio di criteri diversi da quelli dettati dalla legge al giudice penale (cfr. Cass. pen., sez. IV, 17 dicembre 1992, Malentacchi, in *Mass. Cass. pen.*, 1993, fasc. 9, 11).

La riparazione per l'ingiusta detenzione costituisce per il nostro ordinamento una novità introdotta dalla direttiva n. 100 della legge-delega 16 febbraio 1987 n. 81, sotto l'impulso della sentenza della Corte Costituzionale n. 1/1969, che aveva demandato al legislatore ordinario il compito di specificare se tra gli errori giudiziari, di cui all'art. 24, comma quarto, della Carta fondamentale che prevede «le condizioni e i modi per la riparazione», dovesse farsi rientrare anche l'ingiusta carcerazione preventiva, in sintonia con i principi affermati, in materia, dall'art. 5, comma quinto, della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo, sottoscritta in Roma il 4 novembre 1950 ed entrata in vigore in Italia il 26 ottobre 1955, e ribaditi dall'art. 9, comma quinto, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, fatto dall'assemblea delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore in Italia il 15 dicembre 1978.

Con riferimento a tali diversi criteri, la Suprema Corte, nella sentenza che si commenta, sottolinea, in primo luogo, la portata composita (sostanziale e processuale) dell'art. 315 c.p.p. e il richiamo delle disposizioni in materia di errore giudiziario (art. 643 e seguenti c.p.p.), ai fini di una corretta individuazione degli elementi incidenti sulla decisione; quindi pone un limite alla libertà di apprezzamento del giudice, ribadendo che essa non può condurre allo «sfondamento» del tetto, pure normativamente fissato, dell'entità massima della liquidazione, sebbene il conteggio conclusivo possa essere improntato alla «ideale divisione» del fondo disponibile in più parti, in guisa da soddisfare le diverse voci di danno elencate dall'art. 643 c.p.p., ove ciò possa produrre un effetto più favorevole e remunerativo specie sul piano morale per il richiedente.

A ragione, dunque, la Corte di Cassazione censura la prospettazione del ricorrente di assumere come parametro per la determinazione dell'indennizzo il limite massimo di durata della custodia cautelare fissato per il reato «effettivamente contestato».

Illuminante al riguardo è la pronuncia della Cass. penale, sez. IV, 30 aprile 1993, Cariddi (in *Mass. Cass. pen.* 1993, fasc. 9, 68), nella parte in cui afferma che «*l'equa riparazione per l'ingiusta detenzione, prevista dall'art. 314 c.p.p. è finalizzata al ristoro della custodia cautelare subita senza titolo, pur nella ineccepibilità formale della procedura, con esclusione di qualsiasi altro referente ancorché più o meno direttamente ad essa connesso. Il parametro essenziale da tenere in considerazione ai fini della quantificazione numeraria della riparazione per l'ingiusta detenzione è il rapporto tra il tempo di durata della privazione della libertà personale e la somma massima posta a disposizione dal legislatore; sussidiariamente, il giudice può in via equitativa adattare al caso concreto la quantificazione, nella sua essenziale base fissata con un criterio oggettivo, valorizzando specificità in relazione alla valutazione di circostanze, sia di carattere oggettivo (detenzione in carcere o a domicilio, autorizzazione al lavoro o meno) che soggettivo (incensuratezza, condizioni economiche, danni all'immagine e all'identità personale). Il giudice è tenuto a fornire adeguata e congrua motivazione, anche circa le regole di esperienza che hanno suggerito di considerare le altre circostanze di fatto.*»

Da ciò si evince che, ai fini della quantificazione, non è rilevante il rapporto tra durata effettiva e durata massima della custodia cautelare (in assoluto o con riferimento all'imputazione), ma il fatto in sé della custodia, valutata nella sua obiettiva entità e nei suoi effetti pregiudizievoli, nell'ambito di un potere discrezionale necessariamente assai ampio, che sfugge al sindacato di legittimità salvo che la relativa motivazione sia viziata.

E poiché il concetto di «pregiudizio indennizzabile» – lo si ribadisce – è più vasto di quello ricavabile dalla elaborazione giurisprudenziale in tema di «danno risarcibile», deve farsi riferimento, ai fini della quantificazione della riparazione, anche ad ipotesi concretizzanti danno emergente, lucro cessante e «*pretium doloris*».

Le disposizioni del codice di rito penale che vengono in considerazione sono gli artt. 314 e 315.

Il primo detta una norma che, in quanto ricognitiva di un diritto (di qual tipo si vedrà più avanti) ha natura sicuramente sostanziale.

Ne consegue, ulteriormente, che la durata «modesta» della custodia cautelare non è, di per sé, incompatibile con il riconoscimento del diritto alla riparazione nella misura massima, trattandosi di elemento che deve entrare nel novero di quelli a cui il giudice deve fare riferimento nella determinazione del «*quantum*», senza però che ad esso debba attribuirsi necessariamente un valore preponderante rispetto agli altri, che l'organo giudicante deve ugualmente tener presenti ed ai quali può anzi attribuire un peso maggiore, quando ciò appaia ragionevole (cfr. in tal senso Cass. pen., sez. I, 17 dicembre 1991, Calia, in *Mass. Cass. Pen.*, 1992, fasc. 1, 52).

Infine non si può non convenire con la Suprema Corte quando afferma che «*il richiamo operato dall'art. 315, comma 3, c.p.p. alle norme sulla riparazione dell'errore giudiziario è da intendersi esteso, con il solo limite della incompatibilità, non solo alle norme processuali, ma anche a quelle sostanziali che disciplinano il detto ultimo istituto, ivi comprese, quindi, quelle contenute nell'art. 643 c.p.p., nella parte in cui prevedono, tra l'altro, la commisurazione della riparazione alle «conseguenze personali e familiari derivanti dalla condanna», nulla rilevando che il presupposto per il riconoscimento del diritto di cui all'art. 314 c.p.p. sia costituito non da una condanna rivelatasi frutto di errore, ma dal solo fatto della detenzione risultata ingiusta*» (cfr. Cass. pen., sez. I, 19 novembre 1991, Di Cristina, in *Mass. Cass. Pen.*, 1992, fasc. 4, 1).

3. – La sentenza in esame offre, inoltre, spunti interessanti soprattutto sotto il profilo dell'applicabilità o meno dell'art. 315, comma 2, c.p.p., come modificato dalla legge n. 479/1999 (cd. legge Carotti), ai procedimenti in corso alla data dell'entrata in vigore della Novella.

La soluzione delle problematiche di diritto transitorio implica necessariamente l'esatta individuazione della portata sostanziale e processuale dell'istituto di cui si discute, individuazione cui le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno provveduto, preliminarmente, nel caso di specie.

La Corte d'Appello di Torino aveva, nella fattispecie in esame, tenuto conto dell'innalzamento da cento milioni a un miliardo di lire dell'entità massima della riparazione, in considerazione della natura «costitutiva» della pronuncia emessa in materia dal giudice.

Tale decisione veniva impugnata dal Ministero del Tesoro sull'assunto che, non contenendo la legge n. 479/1999 alcuna disposizione transitoria dalla quale possa desumersi in qualche modo la sua applicabilità alle situazioni processuali pendenti, in base al principio generale recepito dall'art. 11 delle Preleggi e tenuto conto della natura eminentemente sostanziale dell'istituto, debba escludersi l'estensibilità della nuova normativa ai casi di ingiusta detenzione sofferta prima della sua entrata in vigore, ancorché il procedimento riparatorio sia ancora in corso.

Ravvisata l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale tra le diverse sezioni della Suprema Corte, i ricorsi venivano rimessi alle Sezioni Unite penali per la decisione.

Occorre, a questo punto, fare un breve *excursus* giurisprudenziale e dottrinale sull'argomento in oggetto.

Innanzitutto il giudice di legittimità ha statuito, in relazione all'introduzione dell'istituto della riparazione per ingiusta detenzione – con l'entrata in vigore del codice Vassalli del 1988 –, che si applica retroattivamente (*ex art. 245, comma 2, lettera g*) del decreto legge 28 luglio 1989 n. 271) solo nei casi in cui la custodia cautelare sia stata sofferta nell'ambito di un procedimento penale pendente al momento dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale. Esso, viceversa, non trova applicazione qualora, in tale momento, il relativo procedimento risulti definito con sentenza irrevocabile e, di conseguenza, il relativo rapporto processuale risulti esaurito.

Il secondo contiene, invece, regole sia sostanziali che processuali, perché oltre a disciplinare l'esercizio dell'azione riparatoria, fissa l'entità massima della somma liquidabile e, inoltre, indica, attraverso il richiamo delle disposizioni in materia di errore giudiziario (art. 643 e segg. c.p.p.), gli elementi di cui il giudice deve tener conto ai fini della decisione.

Secondo tale giurisprudenza questa disciplina non è in contrasto con gli artt. 3 e 24 della Costituzione. Infatti, il diritto alla riparazione per l'ingiusta detenzione sofferta, anche se trae ispirazione dall'art. 24, comma 4 della Costituzione, non può ritenersi da questo costituzionalizzato, traendo la propria fonte normativa esclusivamente dagli artt. 314 e 315 c.p.p.; l'ineoperatività dell'istituto rispetto alle «situazioni processuali esaurite», a sua volta non difetta di ragionevolezza, poiché conforme alla finalità costituzionale di assicurare la stabilità dei rapporti giuridici e la certezza del diritto (cfr. Cass. SS.UU. penali, 6 marzo 1992, Giovannini).

In relazione al regime transitorio, a seguito della modifica introdotta dall'art. 15, comma 1, lett. a) della legge n. 479/1999 – che ha elevato a un miliardo di lire il limite massimo dell'entità della riparazione – due orientamenti si contendono il campo.

Il primo nega potersi riconoscere efficacia retroattiva alla norma in questione, sulla base della natura «sostanziale», ma non di «legge penale sostanziale» della normativa sull'ingiusta detenzione, per cui non potrebbe trovare applicazione la disciplina dettata dall'art. 2, comma 3, c.p., per il caso di sopravvenienza di legge penale più favorevole, ma dovrebbe invece applicarsi la regola generale dell'irretroattività stabilita dall'art. 11 delle Preleggi, facendo riferimento al momento genetico del diritto alla riparazione, da individuarsi esclusivamente in quello dell'indebita detenzione subita e non in quello della pronuncia di assoluzione o di archiviazione, cui dovrebbe attribuirsi natura meramente «dichiarativa» (cfr. Cass., sez. III, 27 settembre 2000, n. 1894, Riccobono; nella specie la carcerazione era stata scontata in precedenza, nell'ambito di un procedimento già definito alla data di entrata in vigore della legge n. 479/1999, data in cui la domanda di riparazione risultava già proposta, ma non ancora decisa).

Altro orientamento afferma, invece, che la norma dettata dall'art. 315, comma 2, c.p.p., come modificata dalla legge n. 479/1999, è applicabile anche nei procedimenti non ancora definiti con statuizione passata in giudicato, trattandosi di norma di natura «sostanziale» – nonostante la sua rubrica («procedimento per la riparazione») – per la quale non potrebbe valere il principio del «*tempus regit actum*» (cfr. Cass., sez. V, 26 settembre 2000, n. 2619; Cass., sez. IV, 22 giugno 2000, n. 3744, in questa *Rassegna*, 2000, 356, con nota critica di MASSIMO GIANNUZZI).

Tale ultimo orientamento si fonda sulle argomentazioni che seguono:

a) Il rapporto processuale relativo alla riparazione per l'ingiusta detenzione ha natura «civile», anche se inserito in una procedura che si svolge dinanzi al giudice penale, trattandosi di controversia concernente il regolamento di interessi patrimoniali (attribuzione di somma di denaro) tra il privato, titolare del diritto alla riparazione e lo Stato, con la conseguente regolamentazione del carico delle spese secondo il principio di cui all'art. 91 c.p.c. (cfr. in tal senso Cass. SS.UU., 10 giugno 1999, n. 8; Cass., sez. VI, 7 aprile 1999, n. 267).

b) Anche a prescindere dall'opzione in ordine alla natura civilistica o pubblicistica dell'azione indennitaria, i nuovi criteri di liquidazione dell'indennità di riparazione dell'ingiusta detenzione troverebbero applicazione nei procedimenti in corso, essendo lo «*ius superveniens*» applicabile anche d'ufficio in sede di legittimità quando la relativa questione sia ancora *sub iudice*.

c) Alla medesima conclusione si potrebbe coerentemente pervenire anche negando la natura «sostanziale» della disciplina di cui si discute.

Non sono mancate pronunce in cui la Suprema Corte ha riconosciuto che il procedimento per la riparazione dell'ingiusta detenzione riveste i caratteri di una «lite necessaria», poiché il bene richiesto non può essere ottenuto in altro modo che attraverso una decisione giurisdizionale ovvero un provvedimento non già «ricognitivo» di un diritto preesistente, ma «costitutivo» di una nuova situazione giuridica soggettiva (cfr. in tal senso Cass., sez. IV, 12 aprile 2000 n. 1740, che ne ha fatto discendere, nel caso in cui l'amministrazione del Tesoro non sia comparsa e non abbia in alcun modo contestato la pretesa risarcitoria del richiedente, la «non contenziosità» del procedimento, con la conseguenza che le relative spese restano a carico dell'istante).

L'avanzamento di una pretesa d'impronta essenzialmente civilistica dinanzi a un organo (la Corte d'Appello indicata dagli artt. 315, 645 c.p.p.) che esercita la giurisdizione penale conferisce, inoltre, all'istituto una particolare connotazione, giustificata, peraltro, come nel caso di promovimento dell'azione civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno nel processo penale (artt. 74, segg. c.p.p.) dalla contiguità del diritto vantato con il procedimento preordinato all'accertamento di un reato.

Né si può tacere un orientamento intermedio che subordina l'applicabilità dell'art. 315 c.p.p. – come modificato – ai procedimenti in corso, alla data di entrata in vigore della nuova normativa, alla condizione che l'istante con la domanda abbia inequivocamente richiesto la somma massima consentita.

Nel caso in cui l'istante abbia, invece, limitato la domanda ad una somma inferiore, il giudice di merito, al quale compete rideterminare l'indennizzo in sede di rinvio, non potrebbe superare la misura richiesta, in quanto ciò si risolverebbe in un pronuncia «*ultra petita*» (cfr. Cass., sez. IV, 23 gennaio 2001, n. 2740; Cass., sez. IV, novembre 2000, n. 4617).

In questo variegato panorama s'inserisce la pronuncia in commento, con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione prendono posizione sull'applicabilità ai procedimenti di liquidazione in corso, alla data di entrata in vigore della Novella, della modifica apportata al comma 2 dell'art. 315 c.p.p., dopo aver analizzato la struttura e la funzione dell'istituto di cui trattasi.

Le conclusioni a cui giungono sono del seguente tenore: la norma dell'art. 315, comma 1, c.p.p. si applica anche ai procedimenti in corso, in quanto il momento che fa da «*discrimen*», ai fini della determinazione della normativa applicabile, non è segnato dal fatto coercitivo o dal provvedimento liberatorio emesso nel processo, ma dalla pronuncia finale del giudice, avente natura «costitutiva», tenuto conto della «necessarietà» del procedimento *ex* art. 314 c.p.p., ai fini della nascita di un obbligo concreto e specifico di equa riparazione in capo allo Stato e nei confronti del privato cittadino.

Si evince, dunque, che l'accertamento del diritto al ristoro è la condizione cui la legge subordina il suddetto mutamento giuridico.

Ma esaminiamo i passaggi logico-giuridici compiuti dalle Sezioni Unite per giungere a tali conclusioni.

a) In primo luogo si ribadisce la natura «sostanziale» della norma dettata dall'art. 314 c.p.p. (in quanto «ricognitiva» di un diritto) a fronte di quella «composita» (sostanziale e processuale) dell'art. 315 c.p.p., che fissa l'entità massima della somma liquidabile e disciplina l'esercizio dell'azione riparatrice (sebbene anche attraverso il richiamo delle disposizioni in materia di errore giudiziario).

Apprendo una breve parentesi al riguardo, la Corte Suprema ha statuito che «*tale rinvio, ex art. 315, comma 3, c.p.p., non è limitato – ancorché la rubrica dell'articolo si riferisca al procedimento – alle sole norme procedurali, ma riguarda tutte le disposizioni in tema di errore giudiziario, con l'unico limite della compatibilità. In particolare sussiste piena compatibilità tra la disciplina che concerne la riparazione dell'errore giudiziario, in caso di morte del condannato (art. 644 c.p.p.), e la riparazione per l'ingiusta detenzione, atteso che gli effetti pregiudizievoli di entrambi sono naturalmente destinati a propagarsi nell'ambito familiare, legittimando, nel caso di morte della persona che ha subito l'ingiusto provvedimento, la pretesa riparatrice dei congiunti, pretesa che riveste carattere originario e non di «iure successionis»*» (cfr. Cass., sez. IV, 3 febbraio 2000, n. 2825).

b) In secondo luogo si conferisce una particolare connotazione all'istituto, legata all'impronta essenzialmente civilistica della suddetta pretesa avanzata dinanzi ad un organo (la Corte d'Appello individuata dagli artt. 315, 645 c.p.p.) che esercita giurisdizione penale; alla stessa stregua dell'azione civile per le restituzioni e il risarcimento del danno promossa nel processo penale (art. 74 e ss. c.p.p.), sebbene sia palmare la differenza tra le due fattispecie, *in primis* data la funzione non «risarcitoria», ma «indennitaria» dell'azione di riparazione.

La differenza tra le due fattispecie legali è data, sul piano sostanziale, soprattutto dalla circostanza che l'azione prevista dagli artt. 314 e 315 c.p.p. non ha funzione risarcitoria, in quanto diretta ad ottenere il ristoro delle sofferenze di ordine personale e familiare (moralì e patrimoniali) derivanti a un soggetto da un atto giudiziario pienamente legittimo.

c) In terzo luogo si individua il momento cui fare riferimento, ai fini della determinazione della normativa applicabile in caso di mutamento della legge – nella specie realizzatasi –, nel provvedimento riparatorio ovvero nell'ordinanza della competente Corte d'Appello che liquida l'indennizzo, cui segue il procedimento amministrativo di pagamento da effettuarsi nel rispetto delle norme di contabilità dello Stato.

Tali argomentazioni presuppongono la natura «costitutiva» della pronuncia del giudice e s'inseriscono nel solco di quell'orientamento sopra indicato che configura il procedimento per la riparazione dell'ingiusta detenzione come «lite necessaria» per il conseguimento del relativo bene della vita (cfr. Cass., sez. IV, 12 aprile 2000, n. 1740).

Le Sezioni Unite danno, comunque, atto del precedente indirizzo (cfr. Cass. SS.UU., 6 marzo 1992 numeri 1 e 2) pervenuto a conclusioni opposte in sede d'interpretazione dell'art. 245, comma 2, lett. g), delle Disp. Transitorie del nuovo codice di procedura penale, alla luce del richiamo alla regola dettata dall'art. 11 delle Preleggi – come sopra evidenziato –.

Tornando alla ritenuta coincidenza del tempo di riferimento normativo con la pronuncia finale del giudice, le Sezioni Unite fondano la «necessarietà» di tale provvedimento sulla posizione di «soggezione» in cui lo Stato si trova, a differenza del privato cittadino autore, per avventura, di un fatto causativo di danno, per farne discendere l'impossibilità della parte pubblica di provvedere spontaneamente e direttamente alla riparazione di cui trattasi, in assenza dell'intervento giurisdizionale che rappresenta l'atto generatore del credito.

Seguendo questa impostazione si configura una sorta di «fattispecie complessa a formazione progressiva», in cui il fatto coercitivo ovvero l'ingiusta compressione della libertà personale è soltanto un momento «prodromico» rispetto al sorgere del diritto al conseguente ristoro, mentre la domanda costituisce un «passaggio obbligato» per determinare o meglio far sorgere (con portata quindi «innovativa») l'effetto giuridico a vantaggio del privato cittadino ed a carico della pubblica amministrazione.

In questo schema logico-giuridico l'«accertamento del diritto» è il perno su cui si regge il mutamento giuridico; mutamento che consiste – come si è già sottolineato nella nascita di una obbligazione pecuniaria, la quale per sua natura deve essere determinata o determinabile nell'ammontare, per consentirne un esatto adempimento.

Conseguenza logica di tale affermazione è la seguente: poiché solo con la precisazione del «*quantum debeatur*» il rapporto tra le parti può considerarsi perfezionato, con la produzione dell'effetto giuridico tipico dell'azione proposta, tale nuova normativa si applica sia ai procedimenti in relazione ai quali, alla data della sua entrata in vigore, risulti da accertare l'«*an*» ed il «*quantum*», sia a quelli per i quali è stato già accertato il diritto all'equa riparazione («*an debeatur*») ma occorre determinare il «*quantum*».

Al lume di quanto esposto, anche a voler obiettare che la legge n. 479/1999 non contiene alcuna norma di diritto intertemporale e che non può configurarsi una «retroattività implicita» (che si verifica, per es., quando la nuova normativa ne sostituisce una di natura provvisoria: cfr. Cass. civile, sez. I, 18 febbraio 1994, n. 1586 in *Foro it.*, 1994, I, 1772), con conseguente applicabilità del criterio generale ed ordinario della non retroattività della legge, previsto dall'art. 11 delle Preleggi, si perverrebbe, comunque, alle medesime conclusioni, per ciò che di seguito si specifica.

Perché possa ritenersi inapplicabile la nuova più favorevole normativa occorre, infatti, verificare che la fattispecie, che costituisce il titolo per la richiesta riparazione, si sia esaurita, o completata, in epoca anteriore all'entrata in vigore della nuova disciplina; diversamente, non potrebbe trovare la sua regolamentazione nella normativa vigente nel periodo di tempo in cui il diritto all'indennizzo non era sorto.

Altro tratto caratteristico dell'istituto è che la liquidazione dell'indennità deve avvenire in via equitativa. La delicatezza della materia e le difficoltà per l'interessato di provare nel suo preciso ammontare la lesione patita ha indotto il legislatore a non prescrivere al giudice l'adozione di rigidi parametri valutativi, lasciandogli, al contrario – s'intende, entro i confini della ragionevolezza e della coerenza – ampia libertà di apprezzamento delle circostanze del caso concreto.

Pertanto, poiché – come già rilevato – i presupposti per ottenere la liquidazione di una somma di denaro, a tale titolo, non si esauriscono nella detenzione subita e nell'assoluzione dal reato che ha dato luogo alla detenzione (oltre che nell'assenza di dolo o colpa grave nell'averla determinata), ma necessitano di un provvedimento giurisdizionale avente natura «costitutiva», ne discende che ai rapporti in relazione ai quali tale provvedimento non è stato pronunciato, all'entrata in vigore della modifica legislativa, quest'ultima non può non applicarsi.

La Cass. penale, sez. IV, 5 febbraio 2001, n. 4994, ha, al riguardo, ulteriormente precisato che, prevedendo il codice di rito esclusivamente la via giudiziale – nelle forme previste dagli artt. 314 e 315 c.p.p. –, al fine di ottenere l'indennizzo in questione, non è consentito che l'Amministrazione possa autonomamente liquidare l'indennizzo, pur in presenza dei presupposti richiesti; e che, qualora la nuova normativa sia intervenuta prima della conclusione della fase di merito, nella quale era stata richiesta in ipotesi una somma precisa per la riparazione, dovrà in quel giudizio essere modificato il «*petitum*», con il richiamo alla nuova disciplina.

Secondo i principi generali è, infatti, al momento del completamento della fattispecie che, in assenza di una disciplina transitoria o intertemporale, occorre far riferimento per verificare quale sia la disciplina applicabile nel caso di «successione» nel tempo di disposizioni aventi diverso contenuto normativo; e sempre che si tratti di situazioni, fatti o atti che, sia pur inseriti in un unico rapporto, siano idonei ad esaurirlo, perché, se venisse in considerazione una situazione giuridica «durevole» nel tempo (per es. un contratto di durata al quale intervenisse una nuova normativa, disciplinante l'entità delle erogazioni di una delle due parti) il principio stabilito dall'art. 11 delle Preleggi imporrebbe, invece, l'applicazione di entrambe le discipline, per i periodi di rispettiva competenza.

Il caso in esame non rientra in quest'ultima categoria di rapporti né sembra, d'altra parte, equiparabile ai casi, in passato esaminati dal giudice di legittimità, nei quali il fatto generatore della responsabilità si era esaurito nel vigore di una legge – successivamente modificata, nella parte in cui riguardava i criteri per la determinazione del risarcimento – ma ne perduravano gli effetti.

È il caso dell'art. 1784 c.c., in tema di responsabilità dell'albergatore, modificato dalla legge 15 febbraio 1977 n. 35, su cui ebbe a pronunciarsi la Cassazione civile, sez. III, 3 aprile 1987, n. 3231 (in *Foro it.*, 1988, I, 1226) ritenendo che «*la legge sopravvenuta deve essere comunque applicata quando il rapporto giuridico disciplinato, sebbene sorto anteriormente, non abbia ancora esaurito i suoi effetti, e purché la norma innovatrice non sia diretta a regolare il fatto e l'atto generatore del rapporto, ma gli effetti di esso*».

Indipendentemente dalla condivisibilità di quest'ultima interpretazione (prevalente, ma non costante nella giurisprudenza di legittimità: si veda la difforme sentenza della medesima sezione III, 8 luglio 1981, n. 4468, in *Foro it.*, 1981, I, 295) va ribadito, per tornare al tema della riparazione per l'ingiusta detenzione, che ci troviamo di fronte ad uno di quei casi in cui l'ordinamento ritiene di dover sottrarre all'autonomia dei singoli la piena disponibilità di determinate situazioni giuridiche, stabilendo che gli effetti costitutivi in senso ampio delle medesime non possono avvenire che attraverso l'opera dell'organo giurisdizionale, trattandosi di situazioni che investono interessi non esclusivi del singolo, in quanto in qualche modo toccano la collettività.

Così non si può disporre negozialmente del rapporto coniugale o del rapporto di filiazione, né si può rinunciare alla propria capacità d'agire; si potrà solo, nel concorrere di determinate circostanze espressamente previste dalla legge, ottenere il disconoscimento di paternità, la separazione personale o l'interdizione: tutte modificazioni o effetti «costitutivi» che l'ordinamento contempla come realizzabili esclusivamente ad opera dell'organo giurisdizionale; al quale organo l'ordinamento affida il previo compito di riscontrare l'esistenza di quelle circostanze da cui dipende il realizzarsi di quegli effetti.

L'indagine non può, tuttavia, varcare certi limiti, che ne definiscono l'ambito attraverso la individuazione dei dati storici su cui, come s'è visto (artt. 315, 643 c.p.p.), deve cadere e non può, d'altro canto, condurre a risultati comportanti uno sfondamento del tetto, pure normativamente fissato, dell'entità massima della liquidazione. Nulla vieta, però, al giudice, nell'esplorazione del suo potere discrezionale, di gestire lo spazio riconosciutogli dalla legge come ritiene più consono alle particolari caratteristiche della vicenda, procedendo, ove gli sembri che ciò possa produrre un effetto più favorevole e remunerativo, specie sul piano morale, per il richiedente, alla ideale divisione del «fondo» disponibile in più parti, in guisa da soddisfare, nel contegno esclusivo, le diverse «voci di danno» elencate dall'art. 643 c.p.p.

L'esame delle problematiche connesse alla metodologia che il giudice di merito deve seguire nella formulazione del suo giudizio equitativo, senza cadere nell'arbitrio o nella scelta di criteri contrari alla logica comune, consente, ora, di sgombrare subito il campo dalle critiche mosse alla decisione impugnata ad opera del C.

Critiche chiaramente infondate, anzitutto per la ragione già correttamente segnalata dalla corte torinese, che ha rimarcato l'assurdità di una soluzione, la quale facendo riferimento al termine complessivo di custodia cautelare stabilito dalla legge per il reato in concreto addebitato all'imputato, finirebbe per premiare chi sia stato ingiustamente recluso per un fatto meno grave e abbia, correlativamente, dovuto sopportare conseguenze di portata minore rispetto a quelle subite da una persona accusata di un'azione criminosa particolarmente riprovevole e infamante con rilevanti danni alla vita privata e di relazione.

In secondo luogo, perché un corretto rapporto può stabilirsi soltanto tra termini omogenei, sicché se uno di questi è costituito dal limite massimo stabilito, in via generale ed astratta, dal legislatore per l'entità della liquidazione, l'altro non può che essere della stessa natura, svincolato anch'esso, quindi, dal caso concreto.

Chè anzi, in questa prospettiva, per cui ad un assoluto non può che corrispondere un altro assoluto, potrebbe persino sostenersi, con qualche fondamento, la correttezza dell'assunzione, come termine della correlazione, non del dato quantitativo fornito dall'art. 303, comma quarto, lett. c, c.p.p., bensì di quello, incrementato della metà, di cui all'art. 304, comma sesto, dello stesso codice, segnatamente ove voglia tenersi conto dell'ampia portata attribuita a tale disposizione dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 292 del 18 luglio 1998 e le successive ordinanze n. 429 del 19 novembre 1999 e n. 214 del 19 giugno 2000.

Questa giurisdizione costitutiva necessaria o «a necessario esercizio giudiziale» ricorre, *mutatis mutandis*, anche nell'ipotesi in esame, con le sopra indicate conseguenze in ordine al completamento della fattispecie integrante il diritto alla riparazione e all'individuazione della normativa applicabile, in ossequio ai principi di portata generale vigenti nel nostro ordinamento, sensibile alle situazioni giuridiche – quale quella di cui si discute – coinvolgenti profili di interesse collettivo, oltre che individuale.

Senonché, i fatti che giustificano il travalicamento dei termini ordinari di custodia cautelare, pur rientrando, come le proroghe previste dall'art. 305 c.p.p., nella fisiologia del processo, rivestono, però, carattere di eccezionalità e riguardano un ridotto numero di casi, ragion per cui estenderne indiscriminatamente la valenza risulterebbe, infine, in contrasto proprio con il principio equitativo che domina l'istituto in parola.

L'argomentazione appare comunque utile a confermare, ove ve ne fosse ancora bisogno, l'esattezza, sotto il profilo logico-giuridico, della conclusione cui è pervenuta la Corte d'appello di Torino e l'inconsistenza dei motivi addotti dal C., il cui ricorso va, dunque, respinto con le conseguenze di legge.

Solo apparentemente meno agevole è la soluzione del problema sollevato dall'Avvocatura dello Stato.

Si tratta, come si è visto, di rispondere al quesito riguardante l'individuazione, nel periodo compreso tra l'atto privativo della libertà e il provvedimento riparatore, del momento cui fare riferimento ai fini della determinazione della normativa applicabile nell'ipotesi, nella specie realizzatasi, di mutamento della legge.

Va subito detto che anche sul punto la tesi esposta nell'ordinanza gravata e sostanzialmente condivisa, almeno all'inizio della procedura, dalla stessa ricorrente, che nella già richiamata memoria del 29 gennaio 1999 si oppone alla corresponsione di interessi all'attore, perché «la liquidazione dell'indennizzo avviene soltanto mediante l'ordinanza della competente Corte d'appello, cui segue il procedimento amministrativo di pagamento da effettuarsi nel rispetto delle norme di contabilità di Stato», in quanto fa leva sulla natura «costitutiva» della pronuncia del giudice, coglie nel segno.

Nello stesso senso, del resto, appare orientata, in modo assolutamente prevalente, la più recente giurisprudenza di questa Corte (cfr. della stessa sezione IV penale, oltre a quelle già citate, le sentenze n. 5732, 5733 e 5749 del 18 dicembre 2000), che ha superato l'ambiguità del precedente indirizzo (S.U.P. numeri 1 e 2 del 6 marzo 1992), pervenuto a conclusioni opposte in sede d'interpretazione dell'art. 245, comma secondo, lett. g), delle disposizioni transitorie del nuovo codice di procedura penale per effetto di un'impostazione della questione viziata da un'improprio richiamo alla regola dettata dall'art. 11 delle Preleggi.

Sufficientemente chiara sul punto è la requisitoria del procuratore generale, secondo cui quando la novità normativa intervenga prima che il rapporto giuridico sorto anteriormente abbia esaurito i suoi effetti e non sia diretta proprio ad incidere sul fatto o atto genetico di quel rapporto, essa deve essere comunque applicata senza che ciò comporti alcuna violazione del principio della irretroattività della legge.

Questo rilievo, fondato su reiterate pronunce della Corte di Cassazione civile (tra le più recenti: sez. I civ., 28 aprile 1998, n. 4327), benché sfiori soltanto il nocciolo della questione, basterebbe comunque da solo a dimostrare l'erroneità della contraria opinione, la quale, oltretutto, identificando il momento genetico del diritto alla riparazione con il fatto coercitivo o, al più, con il provvedimento liberatorio emesso nel processo, sembra non tener conto del dato, assai significativo, rappresentato dal termine insolitamente lungo concesso dal legislatore per proporre la domanda, all'evidente scopo di consentire all'interessato di compiere una valutazione il più possibile realistica dei negativi cambiamenti prodotti sulla sua vita non solo dall'evento originario, ma anche da quelli successivi connessi al primo, ma dotati di autonoma valenza dannosa sul piano personale, familiare e sociale.

Neppure tale osservazione basterebbe però a legittimare l'idea della coincidenza del tempo di riferimento normativo con la pronuncia finale del giudice, giacché si potrebbe pur sempre affermare la necessità di ritenere la situazione cristallizzata nel momento dell'esercizio dell'azione di riparazione.

È d'uopo, allora, tener presente che quello in discussione è un tipo di procedimento caratterizzato dalla «necessarietà», nel senso che la parte pubblica, a differenza del privato cittadino autore, per avventura, di un fatto causativo di danno, non potrebbe mai, in difetto di una specifica norma autorizzativa, provvedere spontaneamente e direttamente alla riparazione, prescindendo, cioè, dall'intervento del giudice.

L'art. 314 c.p.p., riconoscendo il diritto all'equa riparazione, pone lo Stato in una condizione di soggezione che la pronuncia del giudice, sollecitata dalla parte privata, può trasformare in una situazione giuridica nuova, connotata dalla nascita di un obbligo concreto e specifico. Obbligo che non preesiste, quindi, alla richiesta di riparazione; esso è creato dal giudice previo accertamento dei presupposti – come recita il titolo dell'articolo citato – per una decisione favorevole.

In altri termini, il privato cittadino, che sia stato detenuto ingiustamente, diviene titolare del potere di determinare un effetto giuridico a proprio vantaggio e a carico della pubblica amministrazione, servendosi di un provvedimento giurisdizionale che rappresenta l'atto generatore del suo credito.

Ciò non significa che il provvedimento «*de quo*» sia sostanzialmente diverso dagli altri provvedimenti di accoglimento della domanda. Anch'esso attua, mediante l'accertamento, una preesistente volontà di legge, segnatamente quella che si produca un mutamento giuridico corrispondente al diritto in astratto riconosciuto all'agente. Ma è la speciale fisionomia di questo diritto, che si estrinseca nel potere di produrre un effetto giuridico positivo mediante il provvedimento del giudice, e solo in tal modo, che conferisce al provvedimento medesimo un'efficacia innovativa.

L'accertamento del diritto, quindi, è, in questo caso, la condizione cui la legge subordina il mutamento giuridico e costituisce esso stesso «il fatto giuridico» che di quell'effetto è causa e che prima non poteva prodursi, rappresentando la proposizione della domanda solo uno degli elementi concorrenti al raggiungimento del risultato finale.

Risultato che, come si è rimarcato, consiste nella nascita di un obbligo nuovo, più precisamente di un'obbligazione pecuniaria, la quale, per sua natura, deve essere determinata o determinabile nell'ammontare, in guisa da conferire alla prestazione della parte tenuta ad adempierla la necessaria concretezza. Condizione questa che, per particolari accidenti procedurali, può verificarsi anche in un momento cronologicamente distinto dall'accertamento del diritto alla riparazione in sé e per sé considerato («*an debeat*»), senza che ciò possa, tuttavia, spostare il tempo di riferimento normativo, giacché soltanto con la precisazione del «*quantum debeat*» il rapporto tra le parti può considerarsi perfezionato con la produzione dell'effetto giuridico tipico dell'azione proposta.

(omissis).