

ANNO XLIII N. 4

OTTOBRE - DICEMBRE 1991

RASSEGNA
AVVOCATURA
DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO

ROMA 1992

ABBONAMENTI ANNO 1992

ANNO **L. 45.000**
UN NUMERO SEPARATO **» 12.000**

Per abbonamenti e acquisti rivolgersi a:

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

Stampato in Italia - Printed in Italy

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

(4219059) Roma, 1992 - Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato - P.V.

INDICE

Parte prima: GIURISPRUDENZA

Sezione prima:	GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE (a cura dell'avv. Franco Favara)	pag. 393
Sezione seconda:	GIURISPRUDENZA COMUNITARIA E INTERNAZIONALE (a cura dell'avv. Oscar Fiumara) »	424
Sezione terza:	GIURISPRUDENZA CIVILE, GIURISDIZIONE E APPELLI (a cura degli avvocati Giuseppe Stipo e Antonio Cingolo) »	459
Sezione quarta:	GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA (a cura dell'avv. Raffaele Tamiozzo) »	541
Sezione quinta:	GIURISPRUDENZA TRIBUTARIA (a cura dell'avvocato Carlo Baffie) »	555

Parte seconda: QUESTIONI - RASSEGNA DI DOTTRINA RASSEGNA DI LEGISLAZIONE - INDICE BIBLIOGRAFICO CONSULTAZIONI

RASSEGNA DI LEGISLAZIONE	pag. 35
CONSULTAZIONI »	41

Comitato di redazione: Avv. D. Del Gaizo - Avv. G. Mangia -
Avv. M. Salvatorelli - Avv. F. Sciafani

La pubblicazione è diretta dall'avvocato:
UGO GARGIULO

ARTICOLI, NOTE, OSSERVAZIONI, QUESTIONI

- I. F. CARAMAZZA e G. M. DE SOCIO, *Concessione di committenza e giurisdizione* I, 459
- I. F. CARAMAZZA e G. PALMIERI, *L'attività della SIAE nella gestione economica dei diritti d'autore* I, 393
- G. D'AMATO, *Improponibilità del ricorso ex art. 28 legge 20 maggio 1970, n. 300 nei confronti del Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica* I, 515
- O. FIUMARA, *Amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi: mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda* I, 436
- O. FIUMARA, *Le sentenze della Corte di giustizia delle Comunità Europee nel corso dell'anno 1991 in cause alle quali ha partecipato l'Italia* I, 424
- G. PALMIERI, *Brevi considerazioni in tema di diniego di rinnovazione alla prima scadenza del contratto di locazione di immobili stipulato dallo Stato* I, 507
- U. PERRUCCI, *La competenza in materia di infrazioni valutarie pregresse ritorna al Tribunale* I, 503

PARTE PRIMA

INDICE ANALITICO - ALFABETICO DELLA GIURISPRUDENZA

ATTO AMMINISTRATIVO

- Procedimento - Legge 7 agosto 1990, n. 241 - Disciplina regolamentare - Assunzione di informazioni da parte dello Stato nei procedimenti di competenza regionale - Conflitto di attribuzioni - Potere dello Stato - Sussistenza, 419.

COMUNITA EUROPEE

- Ravvicinamento delle legislazioni - Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, con nota di O. FIUMARA, 435.
- Ravvicinamento delle legislazioni - Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese - Procedura di amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi - Continuazione dell'esercizio di impresa, con nota di O. FIUMARA, 435.
- Ravvicinamento delle legislazioni - Tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro - Mancata attuazione della direttiva - Diritti dei lavoratori - Non azionabilità davanti ai giudici nazionali - Risarcimento danni, 448.
- Transito comunitario - Garanzia - Liberazione del garante, con nota di I. M. BRAGUGLIA, 430.

CONTRATTI (IN GENERALE)

- Contratti della pubblica Amministrazione - Approvazione dell'organo di controllo - Mancanza - Annullabilità del contratto - Deducibilità da parte del privato, 490.

COSA GIUDICATA CIVILE

- Giurisdizione - Pronuncia resa da Giudice diverso dalla Corte di Cassazione - Non acquista autorità di giudicato, 527.

ENTI PUBBLICI

- S.I.A.E. - Posizione giuridica - Supremazia - Obbligo di contrattare - Divieto di discriminazione ai sensi dell'art. 2597 c.c. - Applicabilità, con nota di I. F. CARAMAZZA e G. PALMIERI, 393.

ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ

- Occupazione d'urgenza per esigenze militari - Irragionevole protrarsi dell'occupazione - Irreversibile trasformazione dell'area - Effetto acquisitivo in favore della p.a. - Ammissibilità, 482.

GIURISDIZIONE CIVILE

- Diritti sindacali - Diritti in senso stretto e diritti « correlati » - Cognizione del giudice ordinario e del giudice amministrativo - L. n. 146/90, 540.
- Impiego pubblico - Instaurazione del rapporto - Violazione del divieto di intermediazione di mano d'opera - Giurisdizione del Giudice amministrativo, 527.

IMPIEGO PUBBLICO

- Stato giuridico - Differenziazioni dall'impiego privato - Contrasto con artt. 3 e 24 Cost. - Infondatezza, 541.
- Stipendi e assegni - Indebito (ripetizione) - Presupposti - Contrasto di giurisprudenza - Rimessione all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 546.
- Trattamento economico - « Restituito in integrum » a seguito di annullamento giudiziale - Presupposti - Limiti, 541.

ISTRUZIONE E SCUOLE

- Istituti tecnici - Spese di gestione - Obbligo a carico delle Provincie - Limiti, 533.

LAVORO

- Dipendenti da imprese di pubblici trasporti - Turni domenicali programmati - Previsioni retributive della contrattazione collettiva - Interpretazione, 493.
- Prestazioni domenicali - Ristoro sotto forma monetaria o altra forma compensativa, 493.
- Sindacati - Condotta antisindacale del Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica - Ricorso ex art. 28 legge 20 maggio 1970, n. 300 - Improprietà, con nota di G. D'AMATO, 514.
- Trattamento economico-normativo concordato in sede collettiva - Contrarietà ai precetti dell'art. 36 Cost. - Criteri interpretativi, 493.

LOCAZIONE

- Immobili urbani adibiti ad attività ricreative, assistenziali, culturali e scolastiche nonché a sedi di partiti o sindacati e condotti in locazione dallo Stato - Diniego di rinnovazione del contratto alla prima scadenza, con nota di G. PALMIERI, 507.

OPERE PUBBLICHE

- Concessione - Bando di gara di appalto predisposto dal concessionario - Controversia - Giurisdizione amministrativa, con nota di I. F. CARAMAZZA e G. M. DE SOCIO, 459.

PENSIONI

- Credito soddisfatto in ritardo - Domanda di rivalutazione unica ai sensi degli artt. 429 c.p.c. e 1224 c.c. - Giurisdizione della Corte dei Conti, 537.

PROCEDIMENTO CIVILE

- Rito del lavoro - Domande non accolte o non esaminate - Onere per la parte vittoriosa di riproporle in appello, 487.

REGIONI

- Legge regionale - Efficacia retroattiva - Ammissibilità - Condizioni - Ragionevolezza, 416.

RESPONSABILITÀ CIVILE

- Pubblica Amministrazione - Comportamento del dipendente - Riferibilità alla p.A., 525.

TRASPORTI

- Ferrovie - Citazione dell'Ente Ferrovie dello Stato - Obbligo della notifica presso l'Avvocatura dello Stato, 487.
- Ferrovie - Concessione all'industria privata - Dichiarazione di decadenza e nomina di commissario governativo per la gestione - Passaggio automatico della ferrovia all'Ente Ferrovie dello Stato - Insussistenza, 531.

TRIBUTI ERARIALI DIRETTI

- Imposta sul reddito delle persone fisiche e imposta locale sui redditi - Reddito di impresa - Laboratorio di analisi cliniche - Può essere qualificato impresa, 605.
- Imposta sul reddito delle persone giuridiche - Enti non commerciali - Interessi passivi sui mutui fondiari - Deducibilità - Esclusione, 555.
- Soggetti passivi - Sostituto di imposta - Curatore del fallimento - Esclusione, 582.

TRIBUTI ERARIALI INDIRETTI

- Imposta di registro - Agevolazione per le case di abitazione non di lusso - Area scoperta accessoria al fabbricato - Limiti - Norme di piano regolatore o di programma di fabbricazione - Disposizioni di vincolo paesaggistico - Parificazione - Esclusione, 621.
- Imposta di registro - Imposta complementare - Imposta dovuta per effetto di decadenza da agevolazione - Solidarietà - Limitazione alla parte a cui è imputabile il fatto che ha prodotto la decadenza, 598.

- Imposta di registro - Trasferimento di azienda - Esclusione di taluni elementi - Possibilità, 573.
- Imposta di successione - Donazione - Coacervo di precedenti donazioni allo stesso donatario - Va eseguito ai fini della determinazione della aliquota, 595.
- Imposta di successione - Soggetti passivi - Curatore di eredità beneficiata - Impugnazione dell'accertamento - Difetto di legittimazione, 597.
- Imposta sul valore aggiunto - Accertamento - Presunzioni - Percentuale di ricarico - Ammissibilità - Attendibilità della percentuale - Questione di valutazione estimativa, 601.
- Imposta sul valore aggiunto - Rivalsa di imposta non dovuta - Azione di rimborso del cessionario verso l'Amministrazione Finanziaria - Inammissibilità, 613.
- Impugnazione - Difetto di legittimazione - Difetto di assegnazione - Impugnazione - Difetto - Definitività, 577.
- Contenzioso tributario - Competenza e giurisdizione - Provvedimento impugnabile - Imposta di registro prenotata a debito - Liquidazione ex art. 43 disp. att. cod. proc. civ. - Ricorso alla commissione tributaria - Ammissibilità, 619.
- Contenzioso tributario - Prova - Insufficiente documentazione - Dovere della commissione di acquisirla, 579.
- Dichiarazione - Effetti - Imposta comunale sull'incremento di valore degli immobili - Rettifica del valore finale - Modifica del valore iniziale da parte del contribuente - Possibilità - Domanda espressa in giudizio - Necessità, 586.
- Repressione delle violazioni - Iscrizione di ipoteca legale - Art. 26 legge 7 gennaio 1929, n. 4 - Giudizio d'opposizione - Natura - Giudizio di convalida - Esclusione, 607.
- Repressione delle violazioni - Sanzioni - Pena pecuniaria - Riduzione ex d.m. 1° settembre 1931 - Applicabilità alla soprattassa - Esclusione, 602.

TRIBUTI IN GENERE

- Accertamento - Motivazione - Funzione - Mutamento in giudizio dei presupposti di fatto - Inammissibilità, 560.
- Accertamento - Motivazione - Imposta di registro - Cessione di azienda - Sufficienza, 569.
- Accertamento - Motivazione - Imposta di registro - Criteri stabiliti nella legge - Tassatività - Esclusione, 570.
- Accertamento - Motivazione - Imposta di registro - Requisiti, 569.
- Accertamento - Motivazione - Imposta di registro - Sufficienza, 570.
- Accertamento - Qualificazione giuridica del soggetto passivo - Mutamento in sede contenziosa - Società di fatto e organizzazione di persone - Inammissibilità, 560.
- Accertamento tributario - Motivazione - Provvedimento sulla spettanza di esenzioni - Agevolazioni per le case di abitazione non di lusso - Difformità dalla normativa urbanistica - Richiamo alla norma violata - Sufficienza, 587.
- Contenzioso tributario - Accertamento - Nozione - Atto di diniego

TRIBUTI LOCALI

- Imposta comunale sull'incremento di valore degli immobili - Dichiarazione - Spedizione a mezzo del servizio postale - Rilevanza della data di consegna all'ufficio postale - Esclusione, 593.

URBANISTICA

- Costruzione abusiva - Gratuita acquisizione al patrimonio comunale dell'area di sedime - Non opera nei confronti del proprietario dell'area estraneo all'abusivismo, 412.

VALUTA

- Infrazioni valutarie - Decreti ministeriali emessi anteriormente all'entrata in vigore del D.P.R. 454/87 - Impugnativa giurisdizionale - Competenza funzionale del Pretore - Esclusione, con nota di U. PERRUCCI, 503.

INDICE CRONOLOGICO DELLA GIURISPRUDENZA

CORTE COSTITUZIONALE

15 maggio 1990, n. 241	Pag. 393
15 luglio 1991, n. 345	» 412
31 ottobre 1991, n. 389	» 416
13 dicembre 1991, n. 465	» 419

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITA EUROPEE

4 sez., 15 maggio 1991, nella causa C-328/89	Pag. 430
Sed. plen., 25 luglio 1991, nella causa C-362/89	» 435
Sed. plen., 19 novembre 1991, nella cause riunite C-6 e 9/90	» 448

GIURISDIZIONI CIVILI

CORTE DI CASSAZIONE

Sez. un., 29 dicembre 1990, n. 12221	Pag. 459
Sez. I, 7 marzo 1991, n. 2427	» 482
Sez. Un., 3 maggio 1991, n. 4874	» 487
Sez. III civ., 8 luglio 1991, n. 7529	» 490
Sez. I, 15 luglio 1991, n. 7842	» 560
Sez. I, 15 luglio 1991, n. 7844	» 555
Sez. I, 17 luglio 1991, n. 7959	» 560
Sez. I, 19 luglio 1991, n. 8033	» 569
Sez. I, 9 agosto 1991, n. 8678	» 573
Sez. I, 9 agosto 1991, n. 8692	» 569
Sez. I, 9 agosto 1991, n. 8696	» 570
Sez. I, 7 settembre 1991, n. 9429	» 577
Sez. I, 7 settembre 1991, n. 9443	» 579
Sez. I, 14 settembre 1991, n. 9606	» 582
Sez. I, 24 settembre 1991, n. 9965	» 586
Sez. Un., 8 ottobre 1991, n. 10513	» 493
Sez. Un., 14 ottobre 1991, n. 10769	» 587
Sez. I, 16 ottobre 1991, n. 10899	» 593
Sez. I, 28 ottobre 1991, n. 11459	» 503
Sez. III civ., 5 novembre 1991, n. 11756	» 507
Sez. I, 5 novembre 1991, n. 11789	» 595
Sez. I, 5 novembre 1991, n. 12027	» 597
Sez. I, 5 novembre 1991, n. 12127	» 598
Sez. I, 15 novembre 1991, n. 12220	» 601

Sez. I, 15 novembre 1991, n. 12222	Pag. 602
Sez. I, 20 novembre 1991, n. 12444	» 605
Sez. Un., 22 novembre 1991, n. 12589	» 607
Sez. Un., 22 novembre 1991, n. 12590	» 613
Sez. Un., 28 novembre 1991, n. 12770	» 619
Sez. III civ., 3 dicembre 1991, n. 12960	» 525
Sez. Un. Civ., 4 dicembre 1991, n. 13074	» 527
Sez. Un., 6 dicembre 1991, n. 13167	» 531
Sez. Un. Civ., 6 dicembre 1991, n. 13169	» 533
Sez. Un., 11 dicembre 1991, n. 13408	» 537
Sez. I, 14 dicembre 1991, n. 13502	» 621
Sez. Un. Civ., 20 dicembre 1991, n. 13754	» 540
Sez. I, 23 dicembre 1991, n. 13858	» 570

PRETURA DI ROMA

Sez. Lavoro, decreto 7 novembre 1991, n. 97890	Pag. 514
--	----------

GIURISDIZIONI AMMINISTRATIVE

CONSIGLIO DI STATO

Ad. Plen., 10 dicembre 1991, n. 10	Pag. 541
Sez. IV, ord. 18 novembre 1991, n. 941	» 546
Sez. IV, ord. 18 novembre 1991, n. 943	» 546
Sez. IV, ord. 17 dicembre 1991, n. 1121	» 546
Sez. VI, ord. 9 ottobre 1991, n. 628	» 546

PARTE SECONDA

RASSEGNA DI LEGISLAZIONE

«Questioni di legittimità costituzionale:

I - <i>Norme dichiarate incostituzionali</i>	Pag. 35
II - <i>Questioni dichiarate non fondate</i>	» 37
CONSULTAZIONI	» 41

PARTE PRIMA



GIURISPRUDENZA

SEZIONE PRIMA

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

CORTE COSTITUZIONALE, 15 maggio 1990 n. 241 - Pres. Saja - Red. Spagnoli - S.p.A. Telemilano ed altri (avv. Vassalli) c. Presidenza Consiglio Ministri (avv. Stato Caramazza).

Enti pubblici - S.I.A.E. - Posizione giuridica - Supremazia - Obbligo di contrattare - Divieto di discriminazione ai sensi dell'art. 2597 c.c. - Applicabilità.

Non è fondata, in riferimento agli artt. 3, 23 e 41 della Costituzione, la norma dell'art. 180 della legge 22 aprile 1941 n. 633, in quanto la posizione della Società Italiana degli Autori ed Editori, sulla questione esclusiva dei diritti di utilizzazione economica delle opere dell'ingegno, come individuata da detta norma, deve qualificarsi come supremazia, che è una reazione omogenea a quella di monopolio, ed è perciò sottoposta, nella contrattazione, al divieto di discriminazioni arbitrarie sancito dall'art. 2597 cod. civ. (1).

(in fatto) Con atto di citazione del 14 dicembre 1987 una serie di società (Telemilano s.p.a. ed altre 40) esercenti imprese televisive aderenti ai circuiti Canale Cinque, Italia Uno e Rete Quattro, facenti capo al gruppo Fininvest, convenivano innanzi al Tribunale di Roma la S.I.A.E. — Società Italiana degli Autori ed Editori — chiedendo che venisse accertata l'illegittimità della pretesa di quest'ultima di imporre, ai fini del rinnovo dei contratti di utilizzazione delle opere tutelate, condizioni

(1) Sulla normativa antimonopolistica nella disciplina dell'informazione cfr. sentenza n. 826 del 1988.

A commento della sentenza pubblichiamo il testo integrale dell'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei Ministri.

L'attività della S.I.A.E. nella gestione economica dei diritti d'autore.

1) Le società in epigrafe, aderenti ai tre noti circuiti televisivi « Italia 1 », « Rete 4 » e « Canale 5 », convenivano in giudizio la S.I.A.E. chiedendo che il Tribunale di Roma adito accertasse la illegittimità dei comportamenti tenuti dalla S.I.A.E. stessa nel richiedere il corrispettivo per l'utilizzazione del repertorio tutelato e, previa declaratoria di incostituzionalità dell'art. 180 della legge sul diritto di autore, stabilisse la prosecuzione del precedente rapporto contrat-

identiche a quelle praticate alla RAI e di determinare il compenso in base ad una percentuale degli introiti per pubblicità conseguiti dai tre circuiti e raccolti dalla Publitalia s.p.a. A tal fine, chiedevano in via pregiudiziale che venisse sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 180 della legge 22 aprile 1941, n. 633, per contrasto con gli artt. 23, 41, 53 e 97 Cost. (*omissis*).

Pervenute le cause al collegio, il Tribunale di Roma, con ordinanza del 24 gennaio 1989, ha sollevato in riferimento agli artt. 41, 3 e 23 Cost., una questione di legittimità costituzionale del citato art. 180 della legge 22 aprile 1941, n. 633 (Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio), nella parte in cui (primo e secondo comma) « attribuisce alla SIAE un'esclusiva, frangibile solo dagli autori o dai loro eredi, nella gestione dei diritti di utilizzazione economica delle opere tutelate ».

Il Tribunale, ricorda, innanzitutto, che nella sentenza n. 65 del 1972 questa Corte ha ritenuto che la posizione di preminenza con cui la S.I.A.E. opera sul mercato — giustificata dall'esigenza di interesse generale di adeguata protezione del diritto d'autore — non comporta l'esercizio di poteri arbitrari o comunque incontrollabili in materia di determinazione dei compensi: e ciò sia perché, quale ente pubblico, la S.I.A.E. è soggetta a vigilanza governativa — e quindi ai gravami previsti in via

tuale venuto a scadenza o comunque determinasse, in via costitutiva e sostitutiva, un « equo corrispettivo » integratore del nuovo contratto non concluso.

Il Tribunale di Roma — previa autorizzazione in via cautelare e provvisoria concessa dal G.I. alle attrici a continuare ad utilizzare il repertorio tutelato alle stesse condizioni convenute nei contratti scaduti con corrispettivi risultati secondo gli indici ISTAT — con l'ordinanza in epigrafe ha sollevato questione di legittimità della norma sopra richiamata, che ponendo in posizione di preminenza la S.I.A.E. quale intermediaria esclusiva nella gestione economica dei diritti di autore senza prevedere alcuna specifica forma di tutela per gli utilizzatori, contrasterebbe con i principi di coordinamento dell'attività pubblica economica a fini sociali, di uguaglianza, del diritto alla difesa e della legalità dell'imposizione.

Secondo il giudice a quo, infatti, lo « stato di necessità » in cui si troverebbe l'utilizzatore, il difetto in capo alla S.I.A.E. di un obbligo di contrattare, l'assoluta libertà di questa nella determinazione del prezzo preteso e la impossibilità per il giudice di pronunciare, in subiecta materia, sentenze costitutive, sostitutive o integrative di contratto non concluso, sono tutti elementi che lascerebbero senza difese l'aspirante utilizzatore qualora la S.I.A.E. esercitasse in modo arbitrario le proprie facoltà nel corso della contrattazione o addirittura rifiutasse di addivenirvi.

Il ripetuto art. 180 sarebbe quindi illegittimo « nella parte in cui attribuisce alla S.I.A.E. l'esclusiva senza prevedere alcun controllo per limitare una sua eventuale tendenza all'abuso; controllo da esercitarsi vuoi mediante imposizione in determinati casi di un obbligo a contrattare, vuoi mediante un'imposizione di parità di trattamento, vuoi mediante predisposizione di tariffe inderogabili ».

amministrativa — sia perché sono esperibili contro i suoi atti i ricorsi giurisdizionali ove l'utente si ritenga leso nei suoi diritti o interessi legittimi.

Il giudice *a quo* esclude, invece, che ove la potestà di determinare i compensi sia dalla S.I.A.E. esercitata in modo arbitrario, l'utente disponga di rimedi giuridici adeguati.

La possibilità di praticare condizioni contrattuali sperequate non sarebbe invero esclusa dalla sua natura di ente pubblico economico; né tale condotta potrebbe essere censurata mediante un'applicazione analogica delle norme (artt. 2597 e 1679 cod. civ.) che impongono al monopolista l'obbligo di contrattare con chiunque gliene faccia richiesta e di osservare la parità di trattamento. La S.I.A.E., infatti, non opera in condizioni di monopolio né legale né di fatto (sentenza n. 65 del 1972 cit.), ma opera « *iure privatorum* » ed in piena autonomia, sicché non sarebbe configurabile un controllo preventivo sulle condizioni di contratto da essa praticate ed anche un suo rifiuto di contrattare sarebbe lecito.

Inoltre, essendo tassative, nel nostro ordinamento, le ipotesi in cui sono ammesse pronunce determinative del contenuto di un obbligo, non sarebbe consentito al giudice, in mancanza di espressa previsione normativa, emettere sentenze costitutive che determinino o modifichino il contenuto del contratto che detto soggetto rifiuti di concludere o

2) Deve preliminarmente eccipirsi un duplice profilo di inammissibilità della questione.

2.1) Il primo attiene al contenuto della pronuncia domandata alla Corte, che si sostanzia in un intervento manipolativo per addizione: la norma denunciata dovrebbe essere, infatti, dichiarata incostituzionale nella parte in cui non prevede tutta una serie di prescrizioni (alcune delle quali alternative).

Questa difesa è ben conscia del fatto che la Corte Costituzionale italiana ha ben più ampi poteri di quelli spettanti al « legislatore negativo » di kelseniana memoria. Tali poteri, tuttavia, pur nella « manipolazione additiva », non possono superare — né mai hanno superato — la soglia critica della razionalità interna del sistema.

In altri termini, in tanto una norma può essere manipolata per addizione dal giudice delle leggi in quanto l'addizione stessa trovi la sua fonte nel sistema: nei principi generali o in specifiche norme di legge.

Nella fattispecie, invece, l'addizione invocata non trova la sua fonte nell'ordinamento e non può essere quindi che frutto di una *scelta politica*, come tale riservata al legislatore (tanto vero che alcune delle addizioni suggerite sono alternative fra loro).

2.2) Il secondo profilo di inammissibilità attiene alla omessa motivazione sulla rilevanza: l'esercizio arbitrario della facoltà demandata alla S.I.A.E. è infatti denunciato dal giudice *a quo* non come attualità ma come mera eventualità. Non risulta dunque motivato — e, per vero, nemmeno affermato — se e come rileverebbe nel giudizio di merito la denunciata incostituzionalità. Né vale a superare l'eccezione l'accento, contenuto nella parte finale dell'ordi-

pretenda di stipulare a condizioni esorbitanti. Nemmeno sarebbe possibile, poi, dichiarare l'illegittimità di condizioni contrattuali ritenute discriminatorie, non essendo individuabile un principio normativo che imponga alla S.I.A.E. di osservare la parità di trattamento tra gli utenti del repertorio. Quindi, pur essendo conferita alla S.I.A.E. una posizione di assoluta preminenza sul mercato, non vi sarebbero nell'ordinamento italiano — privo di una legislazione antitrust — strumenti di controllo preventivo o successivo (obbligo a contrattare, imposizione di parità di trattamento, predisposizione di tariffe inderogabili) idonei a contrastare eventuali tendenze all'abuso di tale posizione dominante. Nel caso di specie, uno strumento di intervento giurisdizionale non sarebbe ricavabile dagli artt. 52 e 56 legge n. 633 cit., che prevedono il diritto dell'ente statale esercente il servizio di radio-diffusione di utilizzare — entro certi limiti — le opere dell'ingegno dietro pagamento di un compenso che, in caso di disaccordo, è liquidato dall'autorità giudiziaria. Trattasi, infatti, di previsione non estensibile a favore di altri soggetti.

Né potrebbe, ritenersi adeguata la sola tutela amministrativa, in quanto in concreto utilizzabile più nella fase di concessione di licenze o autorizzazioni che nella vera e propria fase contrattuale.

In questa — osserva il giudice *a quo* in punto di rilevanza — dovrebbero valere criteri di ragionevolezza ed equità, specie in un mer-

nanza, alla irrazionalità della equiparazione della somma pretesa nei confronti dell'emittenza privata a quella pretesa nei confronti della RAI.

In materia di composizione di interessi attraverso il contratto, infatti, le proposte e le controproposte non sono mai né razionali né irrazionali ma sempre ed alternativamente economicamente accettabili o non accettabili alla luce del principio di convenienza.

Il riferimento alla razionalità è frutto di un mero paralogismo del giudice *a quo*, che prima definisce « prestazione patrimoniale con carattere pressoché impositivo » la somma richiesta dalla S.I.A.E. nella sua proposta contrattuale e applica, poi, la logica tributaristica sottesa dalla propria definizione alla fattispecie.

La verità, risultante dagli atti del giudizio pendente dinanzi al Tribunale di Roma, è che la S.I.A.E., lungi dal rifiutarsi alla contrattazione, invitò più volte e con congruo anticipo sulla scadenza del precedente contratto le emittenti delle tre reti private italiane a negoziare, formulando una proposta contrattuale. Comportamento per vero quanto mai lontano da quell'« esercizio arbitrario delle proprie facoltà » che, secondo il giudice *a quo*, sarebbe legittimato dalla normativa denunciata e che, nell'ordine naturale delle cose e tra contraenti di buona fede, avrebbe dovuto essere seguito da una controproposta e non da un atto di citazione in giudizio.

3) In subordine deve eccepirsi la manifesta infondatezza della questione, che ripropone sostanzialmente, senza prospettare nuovi argomenti, quelle già decise da codesta Corte con sentenze 17 aprile 1968 n. 25 e 13 aprile 1972 n. 65.

In particolare, nella sentenza da ultimo citata, codesta Corte ha precisato che alla S.I.A.E. non sono attribuiti « poteri arbitrari », e, comunque, incon-

cato in cui sia impossibile rifornirsi altrove dello stesso bene o servizio; criteri che non sarebbero stati nella specie osservati, non essendo a suo avviso giustificata né la pretesa della S.I.A.E. di equiparare RAI ed emittenti private, né quella di esigere quale compenso una percentuale parametrata non sui bilanci delle società attrici, bensì sugli introiti della società (Publitalia) che svolge per esse la raccolta della pubblicità.

In ragione, perciò, della mancanza di criteri generali ed uniformi di determinazione dei compensi e di specifiche ed adeguate forme di tutela giudiziaria, il giudice *a quo* ritiene che siano violati gli artt. 3 e 41 Cost., rispettivamente sotto il profilo della disparità di trattamento e del non coordinamento dell'attività economica pubblica ai fini sociali. Sarebbe altresì violato l'art. 23 Cost., in quanto la posizione di preminenza della S.I.A.E. e la necessità per le emittenti private di utilizzare le opere tutelate renderebbero il corrispettivo determinato dalla prima « molto simile ad una prestazione patrimoniale con carattere pressoché impositivo ».

Le società attrici nel giudizio *a quo*, aderiscono alla prospettazione del Tribunale. In punto di rilevanza osservano che, vertendo il giudizio *a quo* essenzialmente sulla facoltà della S.I.A.E. di determinare « secondo *merum arbitrium* » il compenso per l'utilizzazione da parte loro

trollabili, in quanto essa S.I.A.E. è soggetta a vigilanza governativa ed i suoi atti sono soggetti ai comuni gravami amministrativi e giurisdizionali. Ove il compenso richiesto dalla S.I.A.E. per l'esecuzione di musica leggera sia ritenuto eccessivo — ha precisato ancora codesta Corte — l'imprenditore ha i mezzi legali per far valere le proprie ragioni.

Orbene, il Tribunale di Roma ha frettolosamente superato tale pronunciato, « dubitando » che i rimedi offerti all'utente siano adeguati allorché le potestà della S.I.A.E. fossero esercitate in modo arbitrario, ed osservando in particolare come tali rimedi avrebbero dovuto essere ricondotti a rigorose limitazioni della libertà contrattuale.

Tali argomenti non possono evidentemente essere considerati « nuovi », a tacer d'altro per la considerazione che l'arbitrarietà è di per sé un parametro che esclude la sindacabilità della normativa sottostante. Diversamente opinando occorrerebbe dichiarare illegittime tutte le norme che fondano ragioni suscettibili di essere arbitrariamente esercitate senza prevedere specifici rimedi contro tale esercizio arbitrario. Che è quanto dire buona parte delle norme del nostro ordinamento, in quanto, come meglio sarà precisato in prosieguo, il rimedio contro gli abusi va generalmente trovato nella normativa generale sull'illecito (contrattuale o extracontrattuale).

La verità è che il Tribunale di Roma è incorso in equivoco, confondendo fra « potere arbitrario » (che renderebbe illegittima la norma che lo conferisce ma la cui sussistenza è stata esclusa da codesta Corte) ed esercizio arbitrario di un potere legittimo, che non crea problemi di costituzionalità della norma che lo conferisce ma solo di responsabilità da fatto illecito in capo a chi ne fa abuso.

del repertorio tutelato, l'esito di esso dipende dall'ampiezza delle facoltà che possono ritenersi insite nella posizione di detto ente, cui la norma impugnata conferisce una posizione di preminenza sul mercato, senza peraltro stabilire limiti procedurali o sostanziali per la determinazione dei corrispettivi.

Nel merito, la difesa osserva che il giudizio principale è stato promosso sulla scorta delle indicazioni contenute nella sentenza n. 65 del 1972, circa i mezzi di tutela giurisdizionale idonei a controllare l'esercizio dei poteri conferiti alla S.I.A.E. Avendo il Tribunale ritenuto di non disporre di strumenti giuridici per censurarne il comportamento, l'accoglimento della questione sarebbe necessario per consentire all'utilizzatore di far valere le proprie ragioni.

La S.I.A.E. contesta innanzitutto il presupposto di fatto su cui l'ordinanza di rimessione si fonda, che cioè sia stato nella specie arbitrario pretendere un compenso parametrato sugli introiti complessivi del gruppo Fininvest. Di fronte agli attuali modi di utilizzo di massa di talune categorie di opere da parte delle imprese radiotelevisive, è ormai da tempo invalsa la prassi — non solo in Italia — di stipulare contratti che conferiscono una autorizzazione generale allo sfruttamento del repertorio tutelato, verso un corrispettivo rapportato agli introiti complessivi ed aggirantesi, come nel caso della RAI, sul 4/5 %.

4) In ulteriore subordine e nel merito la questione appare comunque infondata.

La proprietà artistica è infatti un peculiarissimo bene della vita la cui libera contrattazione è, *de facto* e per la generalità delle situazioni, impossibile se non attraverso forme di tutela organizzata a carattere collettivistico (CIAMPI, *Diritto di autore, diritto naturale*, Milano, 1957, 82-83). Non a caso le società di autori esistono in tutti i Paesi, sia pure in diverse forme (società cooperative, società civili, società commerciali, enti pubblici, enti governativi, ecc.) in quanto un diretto contatto fra autori ed utilizzatori limiterebbe enormemente il mercato dei primi (eccezione fatta per i grandissimi) e renderebbe estremamente oneroso e difficile (oltre a limitare) quello dei secondi, costringendoli a ricerche spesso impossibili. In ogni caso con « inevitabili dispersioni o frammentazioni » e « nocumento all'incremento culturale ed artistico » (Cass. SS.UU. 27 giugno 1966, n. 1646).

Nell'ordinamento italiano, la formula prevista per la tutela collettivistica del diritto d'autore è, come è noto, quella che fa capo alla S.I.A.E. (Corte Cost. sent. 25/68 cit.), ente pubblico economico (Cass. SS.UU. 27 giugno 1966 n. 1646) soggetto a vigilanza governativa, avente per oggetto sociale la tutela giuridica ed economica delle opere dell'ingegno e dei diritti connessi in Italia e all'estero (art. 2 Statuto). Mezzo al fine è la riserva in via esclusiva dello svolgimento dell'attività di intermediazione nella gestione dei diritti per tutti gli autori iscritti o che conferiscano mandato. Il tutto per assolvere alla funzione della promozione, attraverso la tutela giuridica ed economica delle opere dell'ingegno, dello sviluppo e della diffusione del patrimonio letterario ed artistico italiano.

to agli introiti complessivi del gruppo, già praticato nel contratto, dipenderebbe dall'essere le società emittenti loattratrici del servizio di diffusione dei programmi, nei n figurano introiti per la raccolta di pubblicità, che per ivata costituisce la risorsa essenziale. La pretesa del sud di fruire di condizioni contrattuali più favorevoli di quelle a RAI sarebbe d'altra parte infondata, data la posizione - e di polo concorrenziale rispetto al servizio pubblico - uisita nell'ambito dell'emittenza privata (cfr. sentenza n. 826

emesso, la difesa della S.I.A.E. eccipisce l'inammissibilità tione. Ammesso infatti che la norma impugnata conferisca E. una posizione dominante sul mercato, non è da essa che automaticamente discendere l'abuso concretamente lameng giudice *a quo*: abuso che infatti è represso dall'art. 86 del C.E.E. nel presupposto della liceità della posizione dominante, può peraltro essere acquisita anche in assenza di un'esclusiva D'altra parte, sostiene la difesa, l'attribuzione *ex lege* di una e dominante non comporta sottrazione al regime ordinario dei li sugli atti di privata autonomia (artt. 1337, 1341, 1343 cod. civ., etc.) esuppone la necessaria introduzione di un regime di controlli le.

L'attività della S.I.A.E. presenta quindi una duplice valenza: quella econo- , che va ad esclusivo e diretto vantaggio degli autori che abbiano conferito andato alla S.I.A.E. (la quale per contro non ha scopo di lucro diretto: FRANCESCHELLI, *Trattato di diritto industriale*, Milano, 1960, II, 149) e quella stico-culturale, che si realizza attraverso la tutela e l'esercizio del diritto autore considerato nella sua funzione sociale (FABIANI, *Società Italiana degli tori e Editori (S.I.A.E.)*, in *Novissimo Digesto*, vol. XVII, UTET, 1970).

La S.I.A.E. persegue quindi nel campo della proprietà intellettuale finalità e assumono un profilo spiccatamente pubblicistico, sottolineato e garantito all'approvazione dello *Statuto con decreto Presidenziale*, dalla presenza di appresentanti governativi negli organi sociali e dalla vigilanza governativa (FABIANI, *op. cit.*, 773 e 778).

In altri termini e per concludere sul punto, la disciplina predisposta dall'ordinamento italiano fa ricorso al regime privatistico della libera contrattazione per quanto attiene all'interesse economico degli autori, a quello collettivistico della tutela associata per garantire, attesa la assoluta specialità della materia, il miglior possibile incontro della domanda e dell'offerta ed a quello pubblicistico dell'organizzazione per assicurare il perseguimento dei fini generali di interesse pubblico avuti di mira dal legislatore.

In tale quadro normativo ipotizzare da parte della S.I.A.E. un'abuso di situazione dominante appare un non-senso logico prima ancora che giuridico.

A parte, infatti, la considerazione di fondo sulla più che dubbia assimilabilità delle opere dell'ingegno a merci o servizi cui si applicano le leggi antimonopolistiche (DE SANCTIS, *Contratto di edizione, contratti di rappresentazione*

La questione sarebbe inoltre inammissibile per omessa motivazione sulla rilevanza, dato che l'arbitrarietà della condotta della S.I.A.E. è prospettata solo come mera eventualità e non viene chiarito in che modo la denunciata incostituzionalità rilevarebbe nel giudizio di merito. L'accenno alla pretesa irrazionalità dell'equiparazione RAI — emittente privata sarebbe d'altra parte incongruo rispetto alla fattispecie contrattuale esaminata ed al suo reale svolgimento.

La questione è poi manifestamente infondata — secondo l'Avvocatura — in quanto ripropone sostanzialmente quella già decisa con la sentenza n. 65 del 1972 senza prospettare argomenti nuovi. Tale non sarebbe, in particolare, quello relativo alla pretesa arbitrarietà del comportamento della S.I.A.E., che non è suscettibile di assurgere a motivo d'incostituzionalità in quanto con esso si confonde tra « potere arbitrario » — che renderebbe illegittima la norma che lo conferisce, ma la cui sussistenza è stata esclusa dalla Corte — ed esercizio arbitrario di un potere legittimo, che non crea problemi di costituzionalità della norma che lo conferisce ma solo di responsabilità da fatto illecito in capo a chi ne fa abuso.

D'altra parte — osserva l'Avvocatura — le finalità eminentemente pubblicistiche assegnate alla S.I.A.E. — di tutela giuridica ed economica delle opere dell'ingegno e di promozione dello sviluppo e diffusione del patrimonio letterario e artistico italiano — fanno escludere che sia nei suoi confronti configurabile un abuso di posizione domi-

il parametro di costituzionalità va ragguagliato alla fisiologia e non alla patologia delle norme e che il legislatore non è tenuto a prevedere specifici rimedi per ogni singola specifica patologia (incostituzionale è, infatti, la norma che conferisce poteri arbitrari, non anche quella che conferisce poteri che possano essere arbitrariamente usati).

È irrilevante, quindi, che la normativa de qua non preveda norme calmieratrici o contrattazioni coattive in quanto un comportamento arbitrario della S.I.A.E. nel senso temuto sarebbe sanzionato dalle clausole generali sull'illecito, e cioè dalle norme sulla responsabilità contrattuale, extracontrattuale (o precontrattuale) e penale.

Ove infatti la S.I.A.E., eludendo obblighi e controlli, si comportasse nel modo paventato, agendo non nell'interesse degli autori, della cultura e dello spettacolo, ma in odio ad una specifica controparte, o per altri fini non istituzionali, sicuramente violerebbe gli obblighi derivantile dal mandato conferitole dagli autori. Altrettanto sicuramente violerebbe i doveri pubblici che le incombono, esponendosi a subire tutte le possibili sanzioni irrogabili dal potere di vigilanza governativa. Altrettanto sicuramente, ancora, incorrerebbe in una responsabilità extracontrattuale (o precontrattuale) nei confronti del mancato contraente. I suoi funzionari, infine, ove avessero agito dolosamente si renderebbero responsabili penalmente quanto meno per abuso innominato di ufficio (art. 323 c.p.), pacifico essendo che la contrattazione (o la

te. La tutela associata dei diritti degli autori, infatti, non creerebbe un "potere contrattuale aggiuntivo" se non in termini di ampliamento del mercato e, quindi in termini soltanto favorevoli agli utilizzatori». Inoltre, poiché il concetto di posizione dominante dovrebbe essere considerato in riferimento alla controparte contrattuale, una situazione di soggezione di questa sarebbe nella specie da escludere, attendosi del «più forte gruppo che opera nel settore dell'emittenza rivista italiana in una posizione di oligopolio, con un indice di ascolto equivalente a quello della RAI e con un fatturato pubblicitario addirittura superiore».

Ma anche ad ammettere — conclude l'Avvocatura — che la S.I.A.E. tenga un comportamento «arbitrario», questo sarebbe sanzionato dalle clausole generali dell'illecito. Essa, infatti, violerebbe sia gli obblighi assunti nei confronti degli autori, sia i doveri pubblici che su di essa incombono, e che a suo avviso escludono che possa rifiutarsi di contrattare o di tentare di imporre prezzi fuori mercato: sicché si esporrebbe «a tutte le possibili sanzioni irrogabili dal potere di vigilanza governativa». Incorrerebbe, inoltre, in una responsabilità extracontrattuale (o precontrattuale) nei confronti del mancato contraente, ed i suoi funzionari risponderebbero penalmente ex art. 323 cod. pen. La questione sarebbe quindi infondata sotto tutti i profili; ivi compreso quello riferito all'art. 23 Cost., dato che la S.I.A.E. manca di poteri impositivi.

decisione di non contrattare) della S.I.A.F. con gli utilizzatori sarebbe «manifestazione di volontà dell'ente rivolta, sia pure strumentalmente, al raggiungimento di pubbliche finalità» (Cass. penale, Sez. VI, 10 maggio 1971, Cass. Pen. Mass. anno 1972, 881, m. 1179) e qualificerebbe dunque per l'effetto il funzionario S.I.A.E. come pubblico ufficiale (cfr. anche Cass. pen., Sez. III, 1° dicembre 1966 in *Giust. Pen.* 1967, II, 676, m. 835). Tanto a tacere poi della responsabilità contabile.

Contrariamente a quanto ritenuto dal giudice *a quo*, che ha limitato il proprio esame alla normativa settoriale, la difesa giurisdizionale contro eventuali comportamenti arbitrari della S.I.A.E. è più che ampiamente garantita dalla normativa generale come già d'altronde ebbe a precisare codesta Corte, sia pure con formula ellittica, nella più volte ricordata sentenza del 1972.

Da ultimo, quanto al richiamo all'art. 23 della Costituzione, sarà appena il caso di osservare, come già in precedenza accennato, che in assenza di qualunque potere impositivo in capo alla S.I.A.E., il qualificare un prezzo contrattato privatamente come prestazione imposta è frutto di un vero e proprio paralogismo. Tutto quanto sopra considerato, si chiede che la questione sia dichiarata inammissibile, o in via gradata, manifestamente infondata o infondata.

risoluzione del giudizio *a quo*. La tutela costitutiva dovrebbe essere riconosciuta in ragione del rilievo fondamentale che ha nel nostro ordinamento — pur se non è direttamente applicabile — l'art. 86 del Trattato C.E.E., che in sede comunitaria consente tale tipo di tutela. Forme di tutela costitutiva sono del resto previste dall'art. 56 e dalla sez. I. del capo III della legge sul diritto di autore; e la tutela meramente risarcitoria sarebbe inidonea a salvaguardare i diritti dell'utilizzatore.

D'altra parte, non dovrebbe neanche escludersi l'applicazione analogica all'impresa in posizione dominante dell'art. 2597 cod. civ.: nel qual caso la sentenza che stabilisse d'imperio il contenuto del contratto sarebbe non costitutiva, ma determinativa del regolamento d'interessi non attuato in via convenzionale, dato che integrerebbe un'applicazione del principio di parità di trattamento non comportante valutazioni discrezionali da parte del giudice. Né potrebbe dirsi che con ciò la Corte sarebbe chiamata — come sostiene l'Avvocatura — ad una scelta politica. Una sentenza che sancisce l'applicabilità dell'art. 2597 cod. civ. e della tutela determinativa non comporterebbe infatti la creazione di una norma bensì l'individuazione di quella — già implicata nel sistema — mediante la quale riempire immediatamente la lacuna che altrimenti resterebbe aperta nella disciplina della materia: sarebbe, cioè, una legislazione « a rime obbigate » che troverebbe fondamento, oltre che nell'art. 41, anche nell'art. 21 Cost.

A sostegno della fondatezza della questione la difesa assume ancora che l'utilizzatore del repertorio S.I.A.E. funge da veicolo di promozione culturale delle opere dell'ingegno e di diffusione della cultura (art. 21 e 23 Cost.). La sua posizione giuridica dovrebbe perciò qualificarsi come diritto soggettivo e non come interesse legittimo, non potendosi riconoscere alla S.I.A.E. la potestà discrezionale di incidere su interessi di livello costituzionale. Il diritto alla stipulazione del contratto andrebbe poi affermato in quanto nella specie si sarebbe in presenza di una potestà arbitraria e non dell'esercizio arbitrario di un potere legittimo; e la norma impugnata dovrebbe essere dichiarata incostituzionale perché conferisce alla S.I.A.E. la più ampia e incontrollata discrezionalità quanto alla scelta del contraente ed alle condizioni del contratto.

D'altra parte, in un ordinamento dominato dal principio di libertà contrattuale, sarebbe inconferente — a dimostrazione dell'esistenza di strumenti giuridici contro l'abuso — il richiamo tanto ai principi di buona fede e correttezza, dato che la loro operatività presuppone che il soggetto decida di contrattare; quanto all'art. 86 del Trattato C.E.E., che è applicabile solo laddove l'instaurando rapporto interessi il « commercio tra gli Stati membri ».

Inconferente sarebbe anche il richiamo al dovere di imparzialità di cui all'art. 97 Cost., almeno fino a che non si sancisca che da esso deriva il diritto soggettivo del privato a non subire un trattamento discriminatorio.

Non potrebbe avere ingresso, poi, neanche la tutela risarcitoria — non richiesta dalle attrici nel giudizio principale — dato che essa presuppone che si riconosca l'illiceità della condotta della S.I.A.E. e quindi il diritto soggettivo dell'utilizzatore. Non potendo aversi azione senza diritto, la norma quindi sarebbe censurabile anche in riferimento all'art. 24 Cost. Peraltro l'effettiva difesa degli interessi coinvolti potrebbe conseguirsi, secondo la difesa, solo con un'azione di tipo determinativo, e perciò quella meramente risarcitoria lascerebbe sussistere la denunciata incostituzionalità.

Sotto altro profilo, il compenso richiesto dalla S.I.A.E. andrebbe qualificato come « prestazione imposta » ex art. 23 Cost., in quanto tale carattere non è escluso per il solo fatto che la richiesta del servizio dipenda dalla volontà del privato, qualora esso sia riservato alla mano pubblica ed il suo uso sia da considerare essenziale ai bisogni della vita (sentenza n. 72 del 1969). Nel caso di specie, quest'ultimo requisito sussisterebbe perché le attività in questione sono destinate a soddisfare l'interesse della collettività alla diffusione della cultura e perché la mancata accettazione del compenso « imposto » dalla S.I.A.E. comporta il sacrificio delle libertà di cui agli artt. 21 e 41 Cost.

La carenza di tutela giuridica dell'utilizzatore emergerebbe anche, secondo la difesa, dalla mancanza di una norma di azione che disciplini l'attività della S.I.A.E. e consideri qualificato, e non di mero fatto, l'interesse di costui. Non potrebbe perciò riconoscersi in capo al medesimo una posizione di interesse legittimo; e d'altra parte una tutela di tipo pubblicistico sarebbe da escludere in quanto la S.I.A.E. opera con strumenti di diritto privato e non con provvedimenti amministrativi.

La difesa chiede infine, in via subordinata, l'emissione di una sentenza interpretativa di rigetto, che alla stregua della norma impugnata — correlata con altre disposizioni — individui e riconosca l'esistenza nell'ordinamento dell'obbligo della S.I.A.E. di contrarre e di osservare la parità di trattamento e dell'esperibilità da parte del privato di rimedi giurisdizionali costitutivi.

(*In diritto*) (*omissis*) Rispetto alla questione così prospettata l'Avvocatura dello Stato e la difesa della S.I.A.E. propongono varie eccezioni di inammissibilità: ma nessuna di esse può essere condivisa.

Non può accogliersi, in primo luogo, la tesi secondo cui l'impugnativa avrebbe dovuto essere rivolta nei confronti di norme diverse dall'art. 180 legge cit., in quanto dalla posizione conferita da tale disposizione non potrebbe farsi automaticamente discendere l'abuso concretamente ipotizzato dal giudice *a quo*. Questi, invero, presuppone l'inapplicabilità dei rimedi contro siffatti abusi previsti in altre norme; ed è logico perciò che la censura sia rivolta nei confronti di quella che tale posizione conferisce.

Non può poi essere dedotta come motivo di inammissibilità la circostanza che nell'ordinanza di rimessione non risulterebbe chiarita la rilevanza nel giudizio principale della pronuncia di incostituzionalità.

Nel valutare la rilevanza, invero, il giudice *a quo* non deve percorrere l'itinerario dell'esame del merito della causa principale — itinerario sul quale questa Corte non può entrare con le proprie valutazioni, a pena di trasfigurare il significato del proprio giudizio — essendo necessario e sufficiente che ricorra una situazione tale, valutata *a priori in limine litis*, per cui la disposizione contestata sia applicabile ai fini della decisione del giudizio *a quo* (cfr. da ultimo, in questi termini, la sentenza n. 1012 del 1988).

A maggior ragione non può valutarsi in questa sede l'ipotizzabilità o meno della discriminazione lamentata nel giudizio principale, che S.I.A.E. e Avvocatura contestano in ragione della posizione acquisita nell'emittenza televisiva privata dal gruppo cui fanno capo le società attrici, la quale a loro avviso giustifica un trattamento paritario rispetto alla RAI quanto al corrispettivo per l'utilizzazione del repertorio S.I.A.E. Tale questione infatti, pur se concretamente incidente nel giudizio di merito, esula non solo dal giudizio di costituzionalità, ma anche dalle valutazioni sulla rilevanza che il giudice *a quo* è chiamato ad esprimere.

Le anzidette precisazioni inducono altresì ad escludere che in senso contrario alla rilevanza della questione valga l'argomento — prospettato dalla S.I.A.E. — secondo cui, anche ove la Corte ritenesse, in via interpretativa, l'applicabilità, rispetto alla fattispecie di cui al citato art. 180, dell'obbligo di contrarre e di osservare la parità di trattamento sancito per il monopolista legale dall'art. 2597 cod. civ., ciò non comporterebbe la possibilità da parte del giudice *a quo* di emettere una sentenza determinativa del contenuto del contratto, che forma oggetto della domanda nel giudizio principale. Si tratta invero di un problema attinente al giudizio di merito e concernente l'individuazione degli effetti delle pronunzie della Corte: pertanto esso non incide sulla rilevanza della proposta questione.

L'ordinanza del Tribunale di Roma prende le mosse, nel merito, dalla sentenza di questa Corte n. 65 del 1972 ed assume: da un lato, che la

qualificazione, ivi riconosciuta, della posizione della S.I.A.E. come di supremazia e non di monopolio comporta l'inapplicabilità nei suoi confronti di disposizioni quali quelle di cui agli artt. 2597 e 1679 cod. civ., con la conseguenza che essa non può ritenersi legalmente tenuta né a contrarre e ad osservare la parità di trattamento fra gli utilizzatori del repertorio né a praticare condizioni contrattuali prestabilite; dall'altro, che l'affermazione secondo cui esistono rimedi giurisdizionali atti ad impedire l'esercizio, da parte dell'ente, di poteri arbitrari o comunque incontrollabili in sede di determinazione dei compensi, non troverebbe riscontro nel vigente ordinamento; sicché, data la carenza di una legislazione anti-*trust*, dovrebbero applicarsi i comuni principi dell'autonomia contrattuale.

La censura s'incentra quindi essenzialmente sulla dedotta carenza di rimedi specifici ed adeguati rispetto alla posizione di supremazia attribuita alla S.I.A.E. dalla norma impugnata. Di conseguenza, non può ritenersi risposta appropriata al quesito così posto quella — prospettata dell'Avvocatura dello Stato e dalla S.I.A.E. — consistente nell'evidenziare l'applicabilità dei comuni principi che regolano il corretto esercizio dell'autonomia privata.

I principi di correttezza e buona fede nelle trattative e nella formazione ed esecuzione del contratto (artt. 1175, 1337, 1366, 1375 cod. civ.), le regole della correttezza professionale (art. 2598, n. 3, cod. civ.) ed i doveri correlati alla responsabilità extracontrattuale (art. 2043 cod. civ.) non costituiscono un argine sufficiente alla libertà di scelta del contraente e di determinazione del contenuto del contratto che nel vigente ordinamento caratterizzano l'autonomia contrattuale, e non sono perciò idonei a sopperire all'alterazione dell'equilibrio tra le parti che consegue all'essere una di esse in posizione di supremazia. Né è al riguardo sufficiente antidoto la natura e le finalità di ente pubblico della S.I.A.E. e la conseguente soggezione alla vigilanza governativa, ai doveri di correttezza ed imparzialità amministrativa (art. 97 Cost.) ed ai comuni gravami in via amministrativa, giacché ciò può indurre a ritenere improbabile, ma non ad escludere che l'esercizio dei poteri di supremazia conferiti trasmodi in arbitrarità.

Neppure sufficiente appare il rilievo della difesa della S.I.A.E. circa la possibilità di applicare l'art. 86 del Trattato istitutivo della C.E.E., che — a tutela della concorrenza e dei consumatori — vieta lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante e, tra le altre, le pratiche consistenti (lettera c) « nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così

per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza». Anche ad ammettere che in singoli casi di negoziazione nell'ambito nazionale aventi tali caratteristiche (e magari nel caso oggetto del giudizio principale) possano ritenersi sussistenti quei requisiti — di sfruttamento abusivo di posizioni dominanti in una « parte sostanziale » del mercato comune, atto a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri — che circoscrivono l'applicabilità di tale disposizione, è evidente che ciò non potrebbe avvenire in tutte le ipotesi concretamente configurabili di abuso da parte della S.I.A.E. della propria posizione di supremazia sugli utilizzatori del repertorio. E poiché il giudizio di costituzionalità investe la norma in riferimento ai vari modi in cui essa opera nell'ordinamento, l'applicabilità solo sporadica di una disposizione di salvaguardia non può comportare un apprezzamento di validità generale.

Del resto, l'eventuale applicazione nei confronti della S.I.A.E. del citato art. 86 potrebbe subire dei limiti funzionali all'adempimento della « specifica missione » affidatale qualora la si inquadrasse tra le imprese incaricate di gestire servizi di interesse economico generale considerate nell'art. 90 dello stesso trattato C.E.E.

Salvo quanto si dirà in appresso, dalle suesposte considerazioni emerge che la questione sollevata dal Tribunale di Roma non può trovare adeguata soluzione con i comuni strumenti previsti dal vigente ordinamento civilistico: e ciò — dato l'indubbio rilievo costituzionale del quesito che con essa è stato posto — evidenzia la grave carenza del suddetto ordinamento rispetto alle esigenze di adeguamento ai valori costituzionali.

Questa Corte ha già più volte sottolineato la necessità di una efficace normativa anticoncentrazione nel complessivo settore dell'informazione (cfr., da ultimo, sent. 826 del 1988): ma essa non è meno necessaria — come si è avvertito nella sentenza n. 223 del 1982 — nel più vasto settore dell'attività economica, pur se in questo assume connotati in buona parte diversi, per la diversità dei valori tutelati. Il principio dell'autonomia contrattuale — che come si è detto comporta, tra l'altro, libertà di scelta del contraente e del contenuto del contratto — se ha rilievo assolutamente preminente nel sistema del codice civile del 1942, non lo ha negli stessi termini nel sistema delineato dalla Costituzione, che non solo lo tutela in via meramente indiretta, come strumento della libertà di iniziativa economica (sentenza n. 159 del 1988), ma pone limiti rilevanti a tale libertà. Questa, invero, non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, e deve soggiacere ai controlli necessari perché possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali (art. 41, secondo e terzo comma): e tali vincoli sono

fatalmente scavalcati o elusi in un ordinamento che consente l'acquisizione di posizioni di supremazia senza nel contempo prevedere strumenti atti ad evitare un loro esercizio abusivo. L'utilità ed i fini sociali sono in tal modo pretermessi, giacché non solo può essere vanificata o distorta la libertà di concorrenza — che pure è valore basilare della libertà di iniziativa economica, ed è funzionale alla protezione degli interessi della collettività dei consumatori (sentenza n. 223 del 1982 cit.) — ma rischiano di essere pregiudicate le esigenze di costoro e dei contraenti più deboli, che di quei fini sono parte essenziale. Ciò ostacola, inoltre, il programma di eliminazione delle diseguaglianze di fatto additato dall'art. 3, secondo comma, Cost., che va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l'altro controlli sull'autonomia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie.

Di tali pressanti esigenze, nonché della già rilevata insufficienza della sola normativa comunitaria, vi è una crescente presa di coscienza — pur se con ritardo rispetto agli altri Paesi economicamente avanzati — tanto che sono stati apprestati progetti contenenti norme per la tutela della concorrenza e del mercato (cfr., in particolare, il disegno di legge n. 3755-atti Camera, X Legislatura, già approvato dal Senato), dei quali è auspicabile la definitiva approvazione, in quanto necessaria ai fini del rispetto dei suddetti principi costituzionali.

Una moderna disciplina sull'abuso di posizione dominante sarebbe certamente la più idonea a risolvere la complessa problematica qui esaminata, anche perché comporterebbe la possibilità di interventi di una apposita Autorità pubblica non concepiti in chiave meramente risarcitoria ma idonei a soddisfare i bisogni della parte che subisce l'abuso.

Tuttavia, la questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Roma deve ritenersi infondata, non potendosi condividere le conclusioni che il giudice *a quo* formula a proposito della inapplicabilità alla fattispecie in esame della disposizione di cui all'art. 2597 cod. civ.

È vero infatti che la sentenza n. 65 del 1972, pur senza occuparsi di tale disposizione, esclude che la S.I.A.E. agisca come monopolista nel complesso della sua attività, in quanto ogni autore potrebbe provvedere in modo diretto all'esercizio dei propri diritti e quindi alla cessione degli stessi, senza ricorrere alla intermediazione. Tuttavia tale possibilità di esercizio diretto si è progressivamente ridotta sino a trasformarsi in mera ipotesi astratta.

Infatti l'enorme diffusione delle opere dell'ingegno rende in concreto quasi sempre indispensabile l'attività di intermediazione e di protezione da parte della S.I.A.E. Ciò vale in particolare anche per le opere straniere, rispetto alle quali l'accesso all'utilizzazione può avvenire in generale solo

attraverso il detto ente, legato alle società di autori estere da contratti di reciproca rappresentanza. La sostanziale insostituibilità dell'attività di intermediazione comporta che l'ente che è titolare in esclusiva di quest'ultima eserciti in condizioni di sostanziale monopolio la gestione dei diritti di utilizzazione economica delle opere tutelate, in quanto gli attribuisce il potere di condizionamento degli utenti e del mercato che è proprio del monopolista.

Questa qualificazione del fenomeno, del resto, è omogenea alla nozione di monopolio elaborata, proprio a proposito dell'art. 2597 cod. civ., dalla più moderna dottrina, che lo definisce secondo un'ottica funzionale, cioè come esclusiva nell'offerta di beni e servizi non facilmente sostituibili da parte dell'utente medio.

Pertanto, poiché, nel caso, si tratta di un'esclusiva legale, derivante dall'impugnato art. 180 della legge n. 633 del 1941, deve ritenersi applicabile nei confronti della S.I.A.E. l'obbligo di contrattare con il divieto di discriminazioni arbitrarie sancito dall'art. 2597 cod. civ., con le conseguenze previste dall'ordinamento.

Questa conclusione è coerente con l'interpretazione, alla luce dell'art. 41, secondo comma, Cost., di tale disposizione come intesa alla tutela dell'utente e del consumatore nei confronti dell'esercizio abusivo del proprio potere da parte del soggetto monopolista.

D'altra parte, poiché la *ratio* dell'esclusiva in favore della S.I.A.E. sta, oltre che nella protezione dei diritti dei loro autori, nella funzione di promozione della cultura e nella diffusione delle opere dell'ingegno di carattere creativo, non vi è dubbio che il pieno dispiegarsi di tale compito potrebbe risultare menomato se l'ente non fosse tenuto a contrattare con tutti gli utilizzatori e ad assicurare loro parità di trattamento a parità di condizioni oggettive, escludendo posizioni di privilegio o di svantaggio. In tali sensi la questione deve essere dichiarata non fondata.

CORTE COSTITUZIONALE, 15 luglio 1991 n. 345 - *Pres. Gallo - Red. Caianiello - Marocco Giuseppe (avv. Vitucci) - Presidente del Consiglio dei Ministri (avv. Stato Di Tarsia).*

Urbanistica - Costruzione abusiva - Gratuita acquisizione al patrimonio comunale dell'area di sedime - Non opera nei confronti del proprietario dell'area estraneo all'abusivismo.

(Cost., artt. 3 e 42; legge 28 febbraio 1985 n. 47, art. 7).

La gratuita acquisizione di diritto al patrimonio comunale dell'area di sedime in caso di inottemperanza all'ingiunzione di demolire una costruzione abusiva - costituendo una sanzione autonoma per l'inot-

temperanza all'ingiunzione - non opera nei confronti del proprietario dell'area che sia completamente estraneo al compimento dell'opera abusiva o che si sia adoperato per impedirlo (1).

È stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, terzo comma, della legge n. 47 del 1985, il quale prevede — in caso di inottemperanza, nel termine di 90 giorni, all'ingiunzione a demolire un manufatto abusivo ed a ripristinare lo stato dei luoghi — la gratuita acquisizione di diritto al patrimonio comunale dell'opera, dell'area di sedime e di quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive.

Ad avviso del giudice *a quo*, tale norma violerebbe l'art. 3 della Costituzione perché colpirebbe con la stessa sanzione comportamenti diversi, e cioè quello del proprietario del terreno responsabile dell'abuso edilizio e quello del proprietario incolpevole, nell'ipotesi che l'abuso edilizio sia stato compiuto da un terzo — come avvenuto nel caso oggetto del giudizio *a quo* da parte del conduttore del fondo — ed il proprietario non abbia la possibilità di ottemperare direttamente all'ordine di demolizione, per essere il bene nell'esclusiva disponibilità del conduttore autore dell'abuso.

Si sostiene, altresì, il contrasto della norma con l'art. 42 della Costituzione nell'assunto che la perdita del diritto di proprietà, ai danni di colui che non sia responsabile dell'abuso e non abbia comunque la possibilità di eliminarlo con la demolizione del manufatto, costituirebbe una sanzione eccedente rispetto al fine perseguito dalla legge.

La questione non è fondata, nei sensi che verranno precisati.

Il secondo comma dell'art. 7 della legge n. 47 del 1985 stabilisce che il sindaco, accertata l'esecuzione di opere abusive, ne ingiunge la demolizione. Il successivo terzo comma, cioè la norma denunciata, stabilisce poi, come si è rilevato in precedenza, che se il responsabile dell'abuso non provveda alla demolizione ed al ripristino dello stato dei luoghi nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione, il manufatto — unitamente all'area di sedime, nonché a quella necessaria ai sensi delle vigenti prescrizioni per la realizzazione di opere analoghe — sia acquisito di diritto a titolo di proprietà gratuitamente dal comune per essere demolito, come prescrive il quinto comma dello stesso articolo 7, a spese dei responsabili dell'abuso,

(1) La Corte riprende e sviluppa il principio affermato nell'ord. 15 febbraio 1991 n. 82 in *Giur. cost.* 1991, 571, nel senso che l'acquisizione gratuita dell'area su cui insiste la costruzione abusiva è una sanzione autonoma per l'inottemperanza all'ingiunzione di demolizione ma pur sempre collegata al « duplice » illecito di colui che, prima esegue un'opera abusiva e poi non adempie all'obbligo di demolirla. Pertanto, il proprietario dell'area del tutto estraneo alla costruzione abusiva non subisce la sanzione.

salvo che con deliberazione consiliare non si dichiari l'esistenza di prevalenti interessi pubblici e sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici o ambientali.

Ciò premesso va rilevato che questa Corte, con ordinanza n. 82 del 1991 — in relazione ad una analoga ipotesi sanzionatoria prevista dall'art. 15, terzo comma, della legge 28 gennaio 1977, n. 10 — ha affermato che la gratuita acquisizione al patrimonio indisponibile del comune dell'area sulla quale insiste la costruzione abusiva rappresenta la reazione dell'ordinamento al duplice illecito posto in essere da chi, dapprima esegue un'opera abusiva e, poi, non adempie all'obbligo di demolirla, in conformità della regola secondo cui « l'ordinamento reagisce, oltre che sulle cose costituenti il prodotto dell'illecito, anche su quelle strumentalmente utilizzate per commetterlo ».

Secondo il cennato indirizzo della Corte, che può essere seguito anche per la presente questione, l'acquisizione gratuita dell'area non è dunque una misura strumentale, per consentire al comune di eseguire la demolizione, nè una sanzione accessoria di questa, ma costituisce una sanzione autonoma che consegue all'inottemperanza all'ingiunzione, abilitando poi il sindaco ad una scelta fra la demolizione di ufficio e la conservazione del bene, definitivamente già acquisito, in presenza di « prevalenti interessi pubblici », il che significa per la destinazione a fini pubblici, sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici o ambientali.

Da quanto precede deve dedursi che, essendo l'acquisizione gratuita una sanzione prevista per il caso dell'inottemperanza all'ingiunzione di demolire, essa, come risulta dalla stessa formulazione del terzo comma dell'art. 7 della legge in questione, si riferisce esclusivamente al responsabile dell'abuso, non potendo di certo operare (come avviene talvolta per la confisca, quando questa costituisce misura accessoria di altra sanzione o misura strumentale diretta ad impedire l'ulteriore produzione dell'illecito o l'utilizzazione dei proventi di questo) nella sfera di altri soggetti e, in particolare, nei confronti del proprietario dell'area quando risulti, in modo inequivocabile, la sua completa estraneità al compimento dell'opera abusiva, o che, essendone egli venuto a conoscenza, si sia adoperato per impedirlo con gli strumenti offertigli dall'ordinamento.

L'essere la sanzione dell'acquisizione dell'area ispirata dall'intento di costringere il responsabile dell'abuso ad eseguire egli stesso la demolizione nel termine stabilito dall'ingiunzione, esclude, anche sotto altro profilo, che essa possa colpire il proprietario estraneo all'esecuzione dell'opera, perché se fosse vero il contrario si sarebbe in presenza di una sanzione inidonea ad assolvere alla funzione di prevenzione speciale in vista della quale è comminata, in quanto tale comminatoria non potrebbe esercitare alcuna coazione sul responsabile dell'abuso per costringerlo ad eseguire la demolizione.

Una volta escluso che il proprietario estraneo all'abuso — anche nel senso che non risulti che egli, essendone venuto a conoscenza, non si sia attivato con gli strumenti offerti dall'ordinamento per impedirlo — possa subire la perdita della proprietà dell'area, non per questo viene meno la possibilità del ripristino. L'art. 7 in questione, pur perdendo la maggior forza intimidatrice insita nell'ulteriore comminatoria della sanzione consistente nell'acquisizione gratuita dell'area, in caso di inottemperanza all'ingiunzione si riduce alla sola possibilità della demolizione del manufatto abusivo.

Non si ignora in proposito che della norma in questione è stata talvolta offerta un'interpretazione riduttiva nel senso, cioè, che la demolizione potrebbe essere eseguita d'ufficio dagli organi del comune solo dopo che il bene sia stato acquisito al patrimonio pubblico. Se così fosse verrebbe meno ogni possibilità di applicazione del regime sanzionatorio previsto da detta norma nell'ipotesi in cui l'area, per essere di proprietà del terzo estraneo all'abuso, non possa essere acquisita gratuitamente e rimarrebbero così frustate le finalità ripristinatorie insite in tale regime.

Ma la richiamata interpretazione non può essere condivisa perché essa, erroneamente attribuendo all'acquisizione gratuita del bene natura di misura strumentale (là dove, la richiamata giurisprudenza della Corte la considera sanzione autonoma), connette l'operatività dell'ingiunzione di ripristino esclusivamente al meccanismo previsto dall'art. 7 in parola il quale, come si arguisce da quanto si è detto in precedenza, tende ad ottenere la collaborazione del responsabile dell'abuso, onde eliminarne gli effetti, con il comminare l'ulteriore sanzione della perdita dell'area in caso di inottemperanza. Detta interpretazione tralascia invece di considerare che l'operatività dell'ingiunzione a demolire non presuppone sempre necessariamente la preventiva acquisizione dell'immobile al patrimonio comunale, perché l'ingiunzione è un provvedimento amministrativo di natura autoritativa che, in quanto tale, è assistito, in base ai principi generali che regolano l'azione amministrativa, dal carattere della esecutorietà insito nel potere di autotutela che, come è noto, consiste nel potere-dovere degli organi amministrativi di dare esecuzione ai provvedimenti da essi stessi emanati.

Di conseguenza appare evidente che, qualora non ricorrano i presupposti per l'acquisizione gratuita del bene, come nel caso in cui l'area sia di proprietà del terzo, la funzione ripristinatoria dell'interesse pubblico violato dall'abuso, sia pur ristretta alla sola possibilità della demolizione, rimane affidata al potere-dovere degli organi comunali di darvi esecuzione d'ufficio. E ciò senza che a tal fine necessiti la preventiva acquisizione dell'area che, se di proprietà del terzo estraneo all'abuso, deve rimanere nella titolarità di questi, anche dopo eseguita d'ufficio la demolizione.

CORTE COSTITUZIONALE, 31 ottobre 1991 n. 389 - Pres. Corasaniti - Red.
Caianiello - Regione Campania (avv. Cacciafesta).

Regioni - Legge regionale - Efficacia retroattiva - Ammissibilità - Condizioni - Ragionevolezza.

(Cost. art. 117; l. reg. Campania, 3 luglio 1973, n. 4, art. 7).

Anche per il legislatore regionale, e pure in caso di successione di legge regionale a legge statale, il divieto di retroattività assume dignità costituzionale solo in materia penale (peraltro estranea alla competenza normativa delle regioni); tuttavia esso rappresenta pur sempre una regola generale ed essenziale del sistema cui il legislatore deve ragionevolmente attenersi, salvo una effettiva causa giustificatrice, perché la certezza dei rapporti preferiti costituisce un cardine della civile convivenza e della tranquillità dei cittadini (pertanto è illegittimo l'art. 7 legge regione Campania 3 luglio 1973, n. 4 che, modificando i requisiti per la concessione di borse di studio, incide anche sui rapporti in corso sacrificando ingiustificatamente diritti già acquisiti in base alla legge statale) (1).

Con ordinanza pervenuta il 28 gennaio 1991, le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 7 della legge della Regione Campania 3 luglio 1973, n. 14, il quale dispone che ai concorsi annuali per il conferimento di nuove borse di studio

(1) Sentenza di notevole interesse in cui la Corte, nel ribadire che il divieto di retroattività delle leggi assume dignità costituzionale solo in materia penale, mette a fuoco il principio dell'unità dell'ordinamento come limite generale alla retroattività delle leggi statali e regionali attribuendogli « il significato di garantire la coerenza e ragionevolezza del sistema, più che la sua continuità temporale ». Da tale principio, quindi, discende non tanto un limite « ratione temporis » della competenza delle regioni a disciplinare situazioni già disciplinate con legge statale, bensì un'esigenza di coordinamento tra le due legislazioni che può anche comportare il sacrificio di diritti già acquisiti purché sorretto da ragionevole giustificazione.

Tra i numerosi precedenti citati dalla Corte si vedano: sent. 4 aprile 1990 n. 155, in *Foro it.* 1990, I, 3072; sent. 2 febbraio 1988 n. 123, *ivi.* 1989, I, 652; sent. 18 luglio 1986 n. 199, in *Giust. civ.* 1986, I, 2641; sent. 13 febbraio 1985 n. 36, in *Foro it.* 1986, I, 638, con nota di BELLANTUONO; sent. 12 maggio 1982 n. 91, *ivi.* 1982, I, 2122; sent. 15 febbraio 1980 n. 13, in *Giur. cost.* 1980, I, 102; sent. 20 marzo 1978 n. 23, *ivi.* 1978, I, 468; sent. 28 luglio 1976 n. 194, in *Foro it.*, 1977, I, 23; sent. 9 marzo 1967 n. 23, in *Giur. cost.*, 1967, 183; sent. 8 luglio 1957 n. 123, *ivi.* 1957 III, 275.

L'elemento di maggiore novità della sentenza in commento riguarda il principio secondo il quale la legge regionale può avere efficacia retroattiva, purché sia rispettato il canone della ragionevolezza, anche nei confronti della preesistente legge statale (in senso contrario sent. 18 marzo 1957 n. 44 e sent. 8 luglio 1957 n. 123. *cit.*).

sono tenuti a partecipare anche gli alunni già titolari di borse di studio pluriennali conseguite in anni scolastici anteriori al 1973/1974, privando così questi ultimi del diritto ormai acquisito — in virtù di concorsi espletati in base alla previgente legislazione statale — a percepire le relative annualità non ancora maturate.

Ad avviso del giudice rimettente, la norma impugnata contrasta con l'art. 117, primo comma, della Costituzione e con il principio di continuità (*rectius* di unità) dell'ordinamento, trattandosi di norma retroattiva diretta a regolare la materia per il tempo in cui la stessa apparteneva alla competenza statale. (*omissis*)

Nel merito la questione è fondata.

La giurisprudenza di questa Corte, univoca nel ritenere che il principio della irretroattività della legge in generale è stato costituzionalizzato soltanto riguardo alla materia penale (fra le altre sentt. n. 19 del 1989, n. 713 del 1988, n. 19 del 1970, n. 23 del 1967), per quel che riguarda la legge regionale ha — fin dalla sentenza n. 44 del 1957, il cui principio è ribadito in pronunce successive (v. ad es. sentt. n. 91 del 1982, n. 13 del 1980, n. 23 del 1978, n. 123 del 1957) — ritenuto che la regione non possa regolare retroattivamente situazioni contemplate da una norma statale « senza violare il principio fondamentale dell'unità dell'ordinamento giuridico dello Stato », con ciò intendendo attribuire preminente rilevanza all'esigenza di un permanere uniforme sull'intero territorio dello Stato, senza deroghe regionali, dei rapporti e delle situazioni sorte per effetto del preesistente assetto legislativo unitario.

In una più recente pronuncia (ord. n. 713 del 1988) la Corte, ritenendo detto orientamento non pertinente per definire una questione sollevata con riferimento alla successione temporale fra leggi regionali e, di conseguenza, non assumendo posizione in ordine ad esso, ha considerato risolutivo sul tema della retroattività di leggi regionali, l'indirizzo costantemente affermato relativamente a leggi dello Stato (v. per tutte sett. n. 155 del 1990, n. 199 del 1986, n. 36 del 1985, n. 194 del 1976, n. 118 del 1957), ma già enunciato anche con specifico riferimento a leggi regionali (sentt. n. 23 del 1967, n. 19 del 1970), secondo cui « il principio della irretroattività della legge è stato, come è noto, costituzionalizzato soltanto riguardo alla materia penale (art. 25 Cost.) ». Muovendo da tale premessa si è conseguentemente ritenuto che « l'art. 11 disp. prel. c.c., non può assumere per il legislatore regionale altro diverso significato da quello che esso assume per quello statale e cioè che, ad esclusione della suddetta materia (peraltro estranea alla competenza normativa delle regioni) è, per l'uno, come per l'altro, possibile l'emanazione di norme alle quali venga attribuita la menzionata efficacia retroattiva ».

Ciò premesso, è da ritenersi che tale ultima affermazione — ribadita in prosieguo (sentt. n. 19 del 1989) anche se sempre in riferimento a problemi di successione fra leggi regionali — pur non comportando neces-

sariamente il superamento del richiamato principio di unità dell'ordinamento come limite alla retroattività delle leggi regionali, costituisce espressione della tendenza, sempre più netta, a considerare preminente nella risoluzione di quel tipo di problemi il carattere pariordinato o di uguale valore giuridico, sia pur nei limiti previsti dalla Costituzione, della legislazione regionale rispetto a quella statale in un sistema, come il nostro, di pluralismo delle fonti normative primarie.

Tale tendenza, se da un lato non può indurre all'abbandono del « principio dell'unità dell'ordinamento », su cui si fondava la tesi dell'intangibilità, da parte delle norme regionali, delle situazioni prodotte dalle leggi dello Stato, dall'altro, esclude di poter continuare a considerare lo stesso principio come un ostacolo assoluto in ordine alla modificabilità delle situazioni pregresse ad opera della legislazione delle regioni. Diversamente opinando si perverrebbe a concepire nell'ambito delle materie di competenza regionale una categoria di rapporti assolutamente inalterabili perché intangibili da parte della regione subentrata nella materia e non più disponibili da parte dello Stato che ha perduto la relativa competenza legislativa (sent. n. 279 del 1984).

Al principio di unità, come ha anche rilevato la dottrina, va perciò attribuito il significato di garantire la coerenza e ragionevolezza del sistema, più che la sua continuità temporale. Di conseguenza ed in base ai cennati più recenti indirizzi della giurisprudenza che attribuiscono all'art. 11 delle preleggi lo stesso valore sia se riferito alle leggi statali che a quelle regionali, si impone una particolare considerazione del canone di ragionevolezza, quando queste ultime vanno ad incidere su situazioni e rapporti già regolati dallo Stato. Canone che la giurisprudenza costituzionale mostra, in via generale, di tenere in particolare conto come limite alla retroattività delle leggi, quando afferma che questa è possibile sempre che « non siano contraddetti principi e valori costituzionali » (sent. n. 123 del 1988, n. 199 del 1986 e n. 194 del 1976). Così, in particolare, quando, pur ribadendo la tesi secondo cui il divieto di retroattività assume dignità costituzionale solo in materia penale, riconosce tuttavia che esso « rappresenta pur sempre una regola essenziale del sistema cui, salva un'effettiva causa giustificatrice, il legislatore deve ragionevolmente attenersi, in quanto la certezza dei rapporti preteriti costituisce un indubbio cardine della civile convivenza e della tranquillità dei cittadini » (sent. n. 155 del 1990).

L'art. 117 della Costituzione, invocato nella specie dall'ordinanza di rinvio, congiuntamente al « principio di continuità (*rectius* di unità) dell'ordinamento », che implicitamente richiama l'art. 3 della Costituzione, assume quindi rilievo non tanto sotto il profilo di una incompetenza temporale delle regioni a legiferare su situazioni già disciplinate da leggi dello Stato all'epoca competente e, quindi, come ostacolo assoluto alla retroattività della legge regionale, bensì come parametro indicativo dell'esi-

genza di assicurare il coordinamento della legge regionale con la legislazione statale preesistente. Di conseguenza, subentrando la prima alla seconda nella disciplina della stessa materia, il sacrificio di posizioni facenti capo alla legislazione statale preesistente, può essere considerato ragionevole solo se il permanere del precedente assetto risulti del tutto incompatibile con l'innovativa disciplina regionale.

Appare, difatti, indispensabile sottolineare che, quando si va ad incidere su situazioni e rapporti già disciplinati nel contesto unitario proprio della legge dello Stato, la regione, che subentra come legislatore nell'ambito territoriale di più ridotte dimensioni, deve mostrarsi consapevole della diversità delle valutazioni conseguenti alla diversità del contesto. In caso contrario, verrebbe ad alterarsi, senza alcuna valida ragione, l'uniformità dell'assetto unitario precedente a scapito della ragionevolezza del sistema, con un ingiustificato sacrificio dell'esigenza di « certezza dei rapporti preteriti (che) costituisce un indubbio cardine della civile convivenza e della tranquillità dei cittadini » (sent. n. 155 del 1990 cit.).

Sacrificio, questo, ancora più irragionevole quando si tratti — come nel caso della legge regionale oggetto di impugnativa nel presente giudizio — di situazioni e di rapporti destinati ad esaurirsi in breve tempo e quindi con scarsissima possibilità di interferire nella nuova disciplina.

La legge regionale impugnata ha modificato i requisiti per la concessione delle borse di studio con una disciplina che ha inciso, anche sui rapporti in corso. Difatti, i soggetti non risultanti in possesso dei nuovi requisiti, ancorché già titolari di borse di studio pluriennali conseguite in base alla legislazione statale, sono stati privati della possibilità di godere delle restanti annualità senza che ciò risulti indispensabile nel quadro complessivo della nuova disciplina. L'assoggettamento al modificato regime anche dei rapporti in corso ed in via di esaurimento appare così privo di ogni giustificazione in termini di compatibilità e come tale costituzionalmente illegittimo.

CORTE COSTITUZIONALE, 13 dicembre 1991, n. 465 - Pres. Corasaniti - Red. Cheli - Regione Liguria (avv. Zanchini) c. Presidenza del Consiglio (avv. Stato Laporta).

Atto amministrativo - Procedimento - Legge 7 agosto 1990 n. 241 - Disciplina regolamentare - Assunzione di informazioni da parte dello Stato nei procedimenti di competenza regionale - Conflitto di attribuzioni - Potere dello Stato - Sussistenza.

Non invade le competenze regionali la circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la funzione pubblica - n. 72741/7463 del 14 marzo 1991, concernente l'attuazione degli artt. 19 e 20 della

legge 7 agosto 1990, n. 241, nella quale viene chiesto alle regioni, a fini informativi e di apporto collaborativo, elementi utili alla identificazione dei procedimenti amministrativi di competenza regionale nonché osservazioni e proposte relative agli schemi di regolamenti governativi in corso di adozione per i procedimenti amministrativi di competenza statale (1).

Con la circolare n. 72741/7463 del 14 marzo 1991 la Presidenza del Consiglio dei ministri — Dipartimento per la funzione pubblica — ha inviato a tutti i Ministeri e a tutte le Regioni tre schemi di regolamento destinati a individuare le attività ed i termini relativi ai procedimenti amministrativi di cui agli artt. 19 e 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241, con l'invito a far pervenire, entro un termine prefissato, « eventuali osservazioni e proposte » e con l'avvertimento che, in difetto di risposta entro tale termine, ciascuna amministrazione sarebbe stata ritenuta consenziente alla disciplina proposta.

Nella stessa circolare si ricorda anche che, con una precedente lettera, le Amministrazioni destinatarie erano state già sollecitate « ad inviare elementi utili alla identificazione dei procedimenti oggetto delle rispettive competenze e che possono rientrare nell'ambito di applicazione degli artt. 19 e 20 ».

Secondo la Regione Liguria la circolare in questione rivelerebbe chiaramente l'intenzione del Governo di includere anche le Regioni tra i soggetti disciplinati dai regolamenti governativi di cui agli artt. 19 e 20 della legge n. 241, così da estendere la normazione che dovrà essere formulata mediante tali regolamenti anche ai procedimenti di competenza regionale, relegandosi le Regioni, ai fini della disciplina di tali procedimenti, ad un ruolo di mera collaborazione con lo Stato.

Da qui — ad avviso della ricorrente — la lesione, oltre che del principio di ragionevolezza, degli artt. 117 e 118 della Costituzione e dell'art. 29 della legge n. 241 del 1990, dove si affida alle Regioni a statuto ordinario

(1) È la prima volta che la Corte Costituzionale si occupa della legge 7 agosto 1990 n. 241 e lo fa per dirimere un conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni che si incentra sull'interpretazione dell'art. 29 nella parte in cui dispone che la legge n. 241/90 opera « direttamente nei riguardi delle regioni fino a quando esse non avranno legiferato in materia ».

La Corte opta per una interpretazione restrittiva della norma nel senso cioè che riferendosi soltanto alle disposizioni della nuova legge sul procedimento, essa non consente ai regolamenti governativi (benché delegati) di disciplinare i procedimenti amministrativi di spettanza regionale fino a quando le regioni non avranno legiferato.

Sta di fatto però che senza l'adozione dei regolamenti di cui agli artt. 19 e 20, appare alquanto difficile rendere operante quella funzione di transitoria supplenza delle leggi regionali che l'art. 29 attribuisce alla legge 241/90.

la regolazione delle materie toccate dalla stessa legge « nel rispetto dei principi desumibili dalle disposizioni in essa contenute, che costituiscono principi generali dell'ordinamento ».

Il ricorso non è fondato nei termini che verranno di seguito precisati.

Gli artt. 19 e 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241, si riferiscono alla disciplina, rispettivamente, della « denuncia preventiva » e del « silenzio-assenso » nell'ambito di procedimenti dove l'attività dei privati risulti subordinata ad atti di consenso dell'autorità amministrativa.

In particolare, l'art. 19 richiama la possibilità per il privato di intraprendere un'attività soggetta ad autorizzazione o ad altro atto di consenso denunciandone l'inizio all'amministrazione competente, salva la successiva verifica da parte della stessa amministrazione della effettiva sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge per lo svolgimento di tale attività.

A sua volta, l'art. 20, sempre in tema di attività private sottoposte al consenso della pubblica amministrazione, si riferisce alla ipotesi in cui il decorso di un termine prefissato, senza che sia intervenuto un esplicito provvedimento di diniego dell'atto autorizzatorio richiesto, equivale ad accoglimento della domanda avanzata dal privato.

Entrambe le disposizioni stabiliscono poi che i casi di applicazione degli istituti della « denuncia preventiva » e del « silenzio-assenso » all'esercizio di attività private subordinate a consenso della pubblica amministrazione devono essere individuati mediante regolamenti adottati ai sensi dell'art. 17, secondo comma, della legge 23 agosto 1988, n. 400, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari.

Ora, ai fini della soluzione della controversia in esame, la premessa da cui occorre muovere è che i regolamenti governativi in questione — quand'anche caratterizzati dalla speciale efficacia propria dei regolamenti c.d. « delegati » — non risultano legittimati a disciplinare, per la naturale distribuzione delle competenze normative tra Stato e Regioni desumibile dall'art. 117 della Costituzione, le materie di spettanza regionale e, conseguentemente, neppure i procedimenti amministrativi attinenti a tali materie.

Se è vero, infatti, che il procedimento amministrativo non coincide con uno specifico ambito materiale di competenza, in quanto modo di esercizio delle diverse competenze, è anche vero che la disciplina dei vari procedimenti dovrà essere affidata a fonti statali o a fonti regionali, a seconda che gli stessi attengano all'esercizio di competenze materiali proprie dello Stato o delle Regioni. E questo tanto più ove si consideri la connessione naturale esistente tra la disciplina del procedimento e la materia dell'organizzazione, connessione che conduce a individuare nella regolamentazione ad opera della Regione dei procedimenti amministrativi di propria spettanza un corollario della competenza regionale,

richiamata nell'art. 117 della Costituzione, concernente l'« ordinamento degli uffici e degli enti dipendenti dalle Regioni ».

Queste considerazioni trovano, del resto, piena conferma nella stessa legge n. 241 del 1990, che, all'art. 29, affida alle Regioni a statuto ordinario il potere di regolare gli oggetti investiti da tale legge « nel rispetto dei principi desumibili dalle disposizioni in essa contenute, che costituiscono principi generali dell'ordinamento giuridico ». Né la previsione, espressa nello stesso art. 29, di un'operatività in via suppletiva di tutte le disposizioni contenute nella legge n. 241 nei confronti delle Regioni che non abbiano ancora legiferato in materia, può spostare i termini del problema, dal momento che tale operatività risulta pur sempre limitata alle sole disposizioni contenute nella legge n. 241, né può estendere la sua efficacia fino a legittimare l'incidenza nell'ambito della sfera di competenza regionale di fonti statali di livello secondario, quali quelle espresse nei regolamenti governativi di cui agli artt. 19 e 20 della legge n. 241. La possibilità per tali regolamenti di svolgere la loro efficacia anche nella sfera regionale verrebbe, infatti, a contrastare non solo con l'art. 29 della legge n. 241, ma anche con la disciplina formulata, in tema di regolamenti, dalla legge 23 agosto 1988, n. 400, dove espressamente si esclude che i regolamenti governativi destinati a disciplinare l'attuazione e l'integrazione delle leggi recanti norme di principio possano incidere su materie riservate alla competenza regionale (art. 17, primo comma, lett. b).

Quanto precede non conduce, d'altro canto, ad affermare anche l'esistenza della lesione che, con riferimento alla circolare di cui è causa, la Regione Liguria lamenta.

Dalla circolare in questione non risulta, infatti, possibile dedurre con certezza l'intenzione dello Stato di voler provvedere all'adozione di una disciplina regolamentare, ai sensi degli artt. 19 e 20 della legge n. 241, comprensiva anche dei procedimenti amministrativi di competenza regionale. Al contrario, il fine che la circolare dichiara esplicitamente di voler perseguire riguarda soltanto l'assunzione di informazioni relative ai procedimenti di competenza delle varie amministrazioni, statali e regionali nonché l'eventuale formulazione da parte delle stesse amministrazioni di osservazioni e proposte relative agli schemi di regolamento già predisposti dall'amministrazione statale con riferimento all'esercizio di proprie competenze.

La richiesta espressa dalla circolare in esame non mira, pertanto, a intaccare una sfera di competenza regionale, quanto a favorire, attraverso uno scambio di informazioni e valutazioni, un rapporto collaborativo tra le varie amministrazioni, centrali e periferiche, anche ai fini dell'adozione di modelli procedurali non dissonanti: rapporto particolarmente giustificato nell'attuale fase di avvio di una disciplina fortemente

innovativa e di grande rilievo istituzionale quale quella espressa dalla legge n. 241 del 1990.

p. q. m.

dichiara che spetta allo Stato, in relazione alla circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri — Dipartimento per la funzione pubblica — n. 72741/7463 del 14 marzo 1991, concernente l'attuazione degli artt. 19 e 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241, chiedere alla Regione Liguria a fini informativi e di apporto collaborativo, elementi utili alla identificazione dei procedimenti amministrativi di competenza regionale nonché osservazioni e proposte relative agli schemi di regolamenti governativi in corso di adozione per i procedimenti amministrativi di competenza statale.

SEZIONE SECONDA

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA
E INTERNAZIONALE

Le sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee pronunciate nel corso dell'anno 1991 in cause alle quali ha partecipato l'Italia.

La Corte di giustizia delle Comunità europee nel corso dell'anno 1991 ha pronunciato 204 sentenze: 34 di esse sono state emesse in cause alle quali ha partecipato l'Italia (4 in ricorsi diretti dell'Italia contro la Commissione delle C. E.; 15 in ricorsi diretti della Commissione contro l'Italia; 1 in una causa fra altro Stato membro e la Commissione nella quale era intervenuta l'Italia; 13 in cause pregiudiziali proposte ai sensi dell'art. 177 del Trattato CEE, di cui 6 promosse da giudici italiani). Nel corso dell'anno sono state cancellate dal ruolo molte cause promosse dalla Commissione contro l'Italia, essendo venuta a cessare nella sostanza la materia del contendere, vuoi, in alcuni casi, per aver la Commissione accettato il punto di vista dell'Italia, vuoi, più spesso, per il venir meno dello stato di inadempimento ad obblighi comunitari contestato all'Italia: con l'entrata a regime del meccanismo della « legge comunitaria » di cui all'art. 2 legge 9 marzo 1989, n. 86, è stato possibile evitare numerose e poco onorevoli soccombenze in sede giudiziale (oltre che mettersi al passo con gli altri Stati membri), dando finalmente attuazione ad un gran numero di direttive comunitarie, specificamente indicate nella legge 29 dicembre 1990, n. 428 (legge comunitaria per il 1990), in relazione alle quali si era accumulato un notevole ritardo negli anni precedenti.

L'Italia non ha partecipato ad alcun giudizio innanzi al Tribunale di primo grado.

Oltre a quelle pubblicate in questo numero e nei numeri precedenti della Rassegna, le sentenze pronunciate in cause che hanno visto la partecipazione italiana sono le seguenti:

— 17 gennaio 1991, nella causa C-334/89, *Commissione c. Italia*, in tema di caccia, citata in nota (1) a pag. 35, parte I, di questa Rassegna;

— 19 febbraio 1991, nella causa C-281/89, *Italia c. Commissione*, con la quale la Corte ha respinto un ricorso italiano relativo alla *liquidazione dei conti FEOGA* per il 1986 riguardante l'ammontare di spese per la colorazione di cereali contestato fra le parti;

— 26 febbraio 1991, nella causa C-120/88, *Commissione c. Italia*, con la quale la Corte ha dichiarato che « la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti a norma dell'art. 95 del Trattato CEE, non avendo adottato i provvedimenti necessari a permettere ai non soggetti passivi dell'imposta sul valore aggiunto, che importino nel territorio italiano beni già gravati di tale imposta in un altro Stato membro senza poterne ottenere il rimborso, di detrarre dall'*IVA dovuta all'importazione* l'importo dell'*IVA* pagata nello Stato membro di esportazione ancora inglobata nel valore del bene al momento dell'importazione, mentre le cessioni di beni analoghi effettuate da chi non è soggetto passivo all'interno del territorio italiano non sono assoggettate all'*IVA* ».

— 28 febbraio 1991, nella causa C-360/87, *Commissione c. Italia*, con la quale è stato dichiarato che « non avendo adottato nel termine prescritto tutte le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative, necessarie per dare

completa e corretta esecuzione nell'ordinamento giuridico interno alla direttiva del Consiglio 17 dicembre 1979, n. 80/68/CEE, concernente la *protezione delle acque sotterranee dall'inquinamento provocato da certe sostanze pericolose*, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del Trattato CEE »;

— 19 marzo 1991, nella causa C-202/88, *Francia c. Commissione*, con intervento dell'Italia, con la quale è stato annullato l'art. 2 (nonché altri articoli contenenti disposizioni connesse) della direttiva della Commissione 16 maggio 1988, 88/301/CEE, relativa alla *concorrenza sui mercati dei terminali di telecomunicazioni*, « in quanto obbliga gli Stati membri che concedono ad imprese diritti speciali di importazione, di vendita, di collegamento, di messa in opera di apparecchi terminali e/o di manutenzione di detti apparecchi, a sopprimere detti diritti e a comunicare alla Commissione i provvedimenti adottati e i progetti depositati a questo scopo »;

— 21 marzo 1991, nella causa C-209/89, *Commissione c. Italia*, con la quale è stato dichiarato che « la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi imposti dagli artt. 9, 12, 13 e 16 del Trattato CEE esigendo da ciascuna ditta singolarmente, nel caso di servizi resi contemporaneamente a più ditte in occasione del *compimento delle formalità doganali nell'ambito degli scambi intercomunitari*, il pagamento di un corrispettivo sproporzionato rispetto al costo dei servizi resi »;

— 21 marzo 1991, nella causa C-305/89, *Italia c. Commissione*, relativa ad *aiuti di Stato* in favore dell'Alfa Romeo, citata in nota (1) a pag. 224, parte I, di questa Rassegna;

— 21 marzo 1991, nella causa C-369/88, *Delattre*, con la quale la Corte, richiesta di pronunciarsi sulle nozioni di « *malattia* » e di « *medicinali* » e di *monopolio per la vendita di alcuni prodotti riservati ai farmacisti*, ha dichiarato che: « 1. — La direttiva del Consiglio 26 gennaio 1965, n. 65/65/CEE, per il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali, non contiene alcuna definizione della nozione di malattia. 2. — a) Un prodotto presentato come destinato a favorire talune funzioni organiche rientra nell'ambito di applicazione della nozione comunitaria di medicinale di cui all'art. 1, n. 2, secondo comma, della direttiva del Consiglio 65/65/CEE. Per stabilire se vada considerato prodotto medicinale o alimentare è necessario tener conto delle sue proprietà farmaceutiche. La circostanza che detto prodotto venga considerato alimentare in uno Stato membro non impedisce che venga considerato medicinale nello Stato interessato, se ne presenta le caratteristiche. Le particolari norme sulle acque naturali sono senza influenza sulla definizione di medicinali ai sensi della direttiva 65/65/CEE; b) Non sussiste un obbligo giuridico per gli Stati membri di sollecitare il parere dei comitati consultivi delle istituzioni comunitarie specializzate nel settore dei medicinali, prima di definire nel diritto interno la nozione di medicinale in attuazione della direttiva 65/65/CEE; c) Spetta alle autorità nazionali, soggette a sindacato giurisdizionale, stabilire se un prodotto presentato come rimedio per taluni sintomi o stati come fame, pesantezza alle gambe, affaticamento o prurito, costituisca o meno un medicinale, tenuto conto della composizione, dei rischi che possono derivare dalla somministrazione prolungata o degli effetti collaterali nonché, più in generale, delle caratteristiche complessive; d) Un prodotto può essere considerato medicinale per la sua presentazione qualora la forma e la confezione lo rendano abbastanza simile ad un medicinale e, in particolare, la confezione e le indicazioni che lo accompagnano menzionino ricerche di laboratori farmaceutici, metodi o sostanze elaborate

da medici o anche testimonianze di medici circa le qualità del prodotto stesso. L'indicazione che il prodotto non è un medicinale costituisce elemento utile di cui il giudice può tener conto, ma di per sé non determinante. 3. — Allo stato attuale del diritto comunitario, la fissazione delle norme relative alla distribuzione dei prodotti farmaceutici resta affidata agli Stati membri, fatta salva l'osservanza delle disposizioni del Trattato, segnatamente di quelle relative alla libera circolazione delle merci; il monopolio riconosciuto ai farmacisti per la distribuzione di medicinali o altri prodotti può costituire un ostacolo alle importazioni; se uno Stato membro opta per un monopolio di distribuzione riservato ai farmacisti, un siffatto ostacolo può giustificarsi, in linea di principio e fino a prova contraria, per i medicinali ai sensi della direttiva 65/65/CEE del Consiglio; quanto agli altri prodotti, a prescindere dalla qualificazione datane in diritto interno, spetta al giudice nazionale accertare se il monopolio per la loro distribuzione attribuito ai farmacisti sia necessario ai fini della tutela della salute pubblica o del consumatore e se entrambi questi obiettivi non possano conseguirsi mediante strumenti meno restrittivi per il commercio intracomunitario. 4. — La direttiva del Consiglio 18 giugno 1974, n. 74/329/CEE, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti gli emulsionanti, gli stabilizzanti, gli addensanti e i gelificanti che possono essere impiegati nei prodotti alimentari, nonché gli artt. 30 e 36 del Trattato CEE devono essere interpretati nel senso che una disciplina in forza della quale uno Stato membro assoggetta un prodotto come la gomma di guar, impiegata in un metodo destinato a consentire la perdita di peso, ad un'autorizzazione di messa in vendita e al monopolio dei farmacisti non rientra a prescindere peraltro dalla qualificazione datane in diritto interno, nella sfera di applicazione di detta direttiva, ma può nondimeno costituire ostacolo alle importazioni. Ove il prodotto in parola non sia medicinale ai sensi della direttiva 65/65/CEE, una disciplina del genere è ammissibile, alla luce del diritto comunitario, solo se necessaria ai fini della tutela della salute pubblica o del consumatore e sempreché proporzionata a tali obiettivi ».

— 21 marzo 1991, nella causa C-60/89, *Monteil e Samanni*, ancora in tema di « malattia » e « medicinali », con la quale la Corte ha dichiarato: 1. — a) L'eosina al 2% e l'alcol al 70% modificato sono medicinali ai sensi dell'art. 1, n. 2, primo comma, della direttiva del Consiglio 26 gennaio 1965, 65/65/CEE, per il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali, allorché presentati come aventi proprietà terapeutiche o profilattiche; b) La qualificazione di detti prodotti, con riguardo alla seconda definizione di medicinale di cui all'art. 1, n. 2, secondo comma, della direttiva 65/65/CEE, dev'essere effettuata tenendo conto delle sostanze coadiuvanti che ne integrano la composizione, delle modalità d'uso, della loro diffusione, della conoscenza che ne hanno i consumatori nonché dei rischi connessi al loro uso », ripetendo, per il *monopolio dei farmacisti*, quanto precisato al punto 3 della precedente sentenza.

— 16 aprile 1991, nella causa C-112/89, *Upjohn*, dove, ancora in tema di « medicinali » e di « prodotti cosmetici », è stato statuito che: « 1. — Un prodotto che non ha « proprietà curative o profilattiche delle malattie umane o animali » è un medicinale se può essere somministrato « allo scopo ... di ripristinare, correggere o modificare funzioni organiche » e spetta al giudice nazionale procedere caso per caso alla necessaria qualificazione considerate le proprietà farmacologiche del prodotto di cui trattasi (determinate in base allo stato attuale delle cognizioni scientifiche), le istruzioni per l'uso, il grado della sua diffusione e la conoscenza che ne hanno i consumatori. 2. — Qual-

siasi prodotto che soddisfi l'uno o l'altro criterio stabilito dall'art. 1, n. 2, della direttiva del Consiglio 26 gennaio 1965, 65/65/CEE, per il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative alle specialità medicinali, è un medicinale e, se si tratta di una specialità medicinale, dev'essere soggetto al corrispondente regime giuridico, escluso quello dei prodotti cosmetici».

— 7 maggio 1991, nella causa C-246/88, *Commissione c. Italia*, con la quale la Corte ha dichiarato che, «non avendo adottato nei termini prescritti le disposizioni necessarie all'attuazione delle direttive del Consiglio 15 luglio 1980, 80/836/Euratom, che modifica le direttive che fissano le norme fondamentali relative alla protezione sanitaria della popolazione e dei lavoratori contro i pericoli derivanti dalle radiazioni ionizzanti, e 3 settembre 1984, 84/467/Euratom, che modifica la direttiva 80/836/Euratom, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi del Trattato Euratom».

— 7 maggio 1991, nella causa C-45/89, *Commissione c. Italia*, con la quale è stato statuito che «la Repubblica italiana, mantenendo in vigore un regime di autorizzazioni e/o di *contingentamento dei trasporti combinati strada/ferrovia* tra Stati membri e rifiutando il rilascio di autorizzazioni ai privati che intendono effettuare tali trasporti, è venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi della direttiva del Consiglio 17 febbraio 1975, 75/130/CEE, relativa alla fissazione di norme comuni per taluni trasporti di merci combinati strada/ferrovia tra Stati membri, in particolare dell'art. 2 della stessa».

— 7 maggio 1991, nella causa C-340/89, *Vlassopoulou*, secondo la quale «l'art. 52 del Trattato CEE va interpretato nel senso che le autorità nazionali di uno Stato membro, cui è stata presentata una domanda di autorizzazione all'esercizio della professione di avvocato, da parte di un cittadino comunitario già ammesso ad esercitare detta professione nel suo paese d'origine e che lavora come consulente giuridico in detto Stato membro sono tenute a valutare in quale misura le conoscenze e le qualifiche attestate dal diploma conseguito dall'interessato nel suo paese d'origine corrispondano a quelle richieste dalla normativa dello Stato ospitante; qualora vi sia una corrispondenza soltanto parziale tra tali diplomi, le autorità nazionali di cui trattasi sono legittimate ad esigere che l'interessato dimostri di avere conseguito le conoscenze e le qualifiche mancanti».

— 8 maggio 1991, nella causa C-266/89, *Commissione c. Italia*, con la quale la Corte ha dichiarato che «la Repubblica italiana, continuando a non procedere alla *rilevazione statistica dei trasporti di merci su strada*, secondo le modalità prescritte dalla direttiva del Consiglio 12 giugno 1978, 78/546/CEE, relativa alla rilevazione statistica dei trasporti di merci su strada nell'ambito di una statistica regionale, è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza delle disposizioni di questa direttiva e dell'art. 171 del trattato CEE».

— 15 maggio 1991, nella causa C-201/90, *Buton*, con la quale è stato statuito che: «1. — Non risulta alcun elemento tale da mettere in discussione la validità del regolamento della Commissione 4 settembre 1984, n. 2541, che fissa una *tassa di compensazione sulle importazioni negli altri Stati membri di alcool etilico di origine agricola* ottenuto in Francia e del regolamento della Commissione 12 marzo 1985, n. 644, recante modifica del regolamento (CEE) n. 2541/84. 2. — La *tassa di compensazione* prevista da tale regolamento deve essere riscossa sull'alcool etilico che viene lavorato in zona franca e conglobato in un prodotto finito destinato ad un altro Stato membro, senza essere stato sottoposto a regimi doganali particolari, eccezion fatta per la vigilanza doganale».

— 16 maggio 1991, nella causa C-263/85, *Commissione c. Italia*, dove è stato dichiarato che « la Repubblica italiana, esigendo che gli enti pubblici *acquistino veicoli di produzione nazionale* per beneficiare di aiuti previsti dalla legge 10 aprile 1981, n. 151, è venuta meno agli obblighi che le incombono in virtù dell'art. 30 del Trattato CEE ».

— 11 luglio 1991, nella causa C-296/90, *Commissione c. Italia*, con la quale la Corte ha dichiarato che « la Repubblica italiana, non adottando entro il termine prescritto i provvedimenti necessari per dare attuazione nell'ordinamento giuridico interno alla direttiva del Consiglio 10 giugno 1985, 85/384/CEE, concernente il reciproco *riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli del settore dell'architettura* e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi alla direttiva del Consiglio 20 dicembre 1985, 85/615/CEE, che modifica la precedente direttiva in seguito all'adesione della Spagna e del Portogallo, ed alla direttiva del Consiglio 27 gennaio 1986, 86/17/CEE, che modifica, a seguito dell'adesione del Portogallo, la direttiva 85/384/CEE, è venuta meno agli obblighi ad esso incombenti in forza del Trattato CEE ».

— 11 luglio 1991, nella causa C-351/88, *Laboratori Bruneau*, dove si è precisato che « 1. — l'art. 30 del Trattato CEE va interpretato nel senso che osta ad una disciplina nazionale che riserva alle imprese ubicate in determinate regioni del territorio nazionale una percentuale degli *appalti pubblici di forniture*; 2. — l'eventuale qualificazione di una normativa nazionale come aiuto ai sensi dell'art. 92 del Trattato non può sottrarre detta normativa al divieto di cui all'art. 30 del Trattato ».

— 25 luglio 1991, nella causa C-32/90, *Commissione c. Italia*, dove è stato dichiarato che « obbligando i fabbricanti di prodotti a pasta filata ad indicare sull'etichetta la data di produzione nonché il luogo di provenienza o di origine del prodotto, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi dell'art. 3, n. 1, punti 4 e 7, della direttiva del Consiglio 18 dicembre 1978, 79/112/CEE, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti *l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari* destinati al consumatore finale, nonché la relativa pubblicità ».

— 25 luglio 1991, nella causa C-58/90, *Commissione c. Italia*, con la quale è stato statuito che « la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi degli artt. 48, 52 e 59 del Trattato CEE, mantenendo in vigore le disposizioni che riservano ai cittadini italiani la possibilità di ottenere il riconoscimento in Italia dei titoli esteri che abilitano all'*esercizio di professioni sanitarie ausiliarie* ».

— 2 ottobre 1991, nella causa C-7/90, *Vandevenne*, dove si è precisato che: « 1. — Il termine "impresa" di cui all'art. 15 del regolamento (CEE) del Consiglio 20 dicembre 1985, n. 3820, relativo all'armonizzazione di alcune disposizioni *in materia sociale nel settore dei trasporti su strada*, si riferisce ad un soggetto di diritto autonomo, quale che sia la sua forma giuridica, che esercita in modo durevole un'attività di trasporto e che ha il potere di organizzare e di controllare il lavoro dei conducenti e dei membri dell'equipaggio; 2. — nè l'art. 5 del Trattato CEE, nè l'art. 17, n. 1, del regolamento n. 3820/85 obbligano uno Stato membro ad introdurre nel proprio ordinamento nazionale il principio della responsabilità penale delle persone giuridiche. Le violazioni dell'art. 15 del regolamento n. 3820/85 possono venire punite applicando disposizioni conformi ai principi fondamentali del diritto penale nazionale, a condizione che le sanzioni risultanti abbiano un carattere effettivo, proporzionale e dissuasivo;

3. — il regolamento n. 3820/85 non impone nè impedisce l'istituzione, da parte degli Stati membri, di un sistema di responsabilità penale oggettiva al fine di assicurare il rispetto degli obblighi imposti dal regolamento».

— 3 ottobre 1991, nella causa C-261/89, *Italia c. Commissione*, relativa ad *aiuti di Stato nel settore dell'alluminio*, citata in nota (1) a pag. 224, parte I, di questa Rassegna.

— 10 ottobre 1991, nelle cause riunite 161 e 162/90, *Petruzzi e Longo*, secondo la quale «1. — l'art. 3, n. 2, del regolamento (CEE) della Commissione 10 dicembre 1985, n. 3472, dev'essere interpretato nel senso che, finché non venga adottata una disciplina comunitaria, l'esame delle caratteristiche organolettiche dell'olio di oliva vergine commestibile viene effettuato secondo procedure nazionali, il cui solo scopo dev'essere quello di accertare le caratteristiche richieste dalle disposizioni comunitarie per la classificazione secondo le denominazioni elencate in queste stesse disposizioni; 2. — il diritto comunitario autorizza la Commissione, al fine di verificare, secondo rigorose condizioni di affidabilità, la regolarità delle operazioni di intervento, a compiere un controllo che non costituisca una semplice ripetizione delle analisi effettuate al momento della presentazione dell'olio all'intervento».

— 17 ottobre 1991, nella causa C-346/89, *Italia c. Commissione*, dove la Corte ha ritenuto che «la Commissione ha il potere di ridurre, in attesa della decisione definitiva sulla liquidazione dei conti annuali, le somme dovute come *anticipi mensili* in funzione della situazione contabile di ciascuno Stato membro presso il FEAOG qualora constati che l'ente nazionale, in violazione del diritto comunitario, non ha riscosso talune somme destinate al FEAOG o ha effettuato talune spese a carico dello stesso».

— 27 novembre 1991, nella causa C-199/90, *Italtrade*, con la quale la Corte ha dichiarato, in ordine a operazioni di *distillazione del vino*, che: «1. — I termini prescritti dall'art. 8 del regolamento (CEE) della Commissione 22 agosto 1983, n. 2373, che stabilisce le modalità di applicazione della distillazione di cui all'art. 11 del regolamento (CEE) n. 337/79 per la campagna viticola 1983/1984, e prorogati dal regolamento (CEE) della Commissione 12 dicembre 1983, n. 3501, sono termini imperativi la cui inosservanza comporta *ipso iure* come sanzione l'incameramento parziale o, a seconda dei casi, totale, della cauzione; 2. — l'esame congiunto delle questioni seconda e terza non ha rivelato alcun elemento atto ad infirmare la validità dell'art. 8, n. 2, del regolamento n. 2373/83».

— 13 dicembre 1991, nella causa C-33/90, *Commissione c. Italia*, dove la Corte ha dichiarato, in tema di *smaltimento di rifiuti tossici e nocivi*, che «1. — non avendo fornito i chiarimenti richiesti dalla Commissione con lettera 29 giugno 1987, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 5, primo comma, del Trattato CEE; 2. — non avendo la regione Campania predisposto piani che stabiliscano in particolare i tipi e quantitativi di rifiuti da smaltire, i requisiti tecnici generali, i luoghi adatti allo smaltimento e tutte le disposizioni speciali per rifiuti di tipo particolare, nè elaborato o aggiornato programmi per lo smaltimento dei rifiuti tossici e nocivi, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 6 della direttiva del Consiglio 15 luglio 1975, 75/442/CEE, relativa ai rifiuti, e dell'art. 12, n. 1, della direttiva del Consiglio 20 marzo 1978, 78/319/CEE, relativa ai rifiuti tossici e nocivi».

— 13 dicembre 1991, nella causa C-69/90, *Commissione c. Italia*, dove la Corte ha dichiarato che «la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono ai sensi della direttiva del Consiglio 15 dicembre 1986, 87/53/CEE

che modifica la direttiva 83/643/CEE, relativa all'agevolazione dei *controlli fisici e delle formalità amministrative nel trasporto di merci tra Stati membri*, a) non avendo adottato i provvedimenti necessari per conformarsi all'art. 7 bis della direttiva del Consiglio 1° dicembre 1983, 83/643/CEE, come modificata dalla direttiva 87/53 e b) non avendo inviato alla Commissione alcuna comunicazione relativa all'attuazione delle altre disposizioni inserite nella direttiva 83/643 dalla direttiva 87/53 ».

OSCAR FIUMARA

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITA EUROPEE, 4 sez., 15 maggio 1991, nella causa C-328/89 - *Pres. Diez de Velasco - Avv. Gen. Jacobs* - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte di cassazione italiana nella causa *Berner Allgemeine Versicherungsgesellschaft* (avv. Pesce) c. Amministrazione delle Finanze dello Stato - Interv.: Governo italiano (avv. Stato Braguglia e Conti) e Commissione delle C.E. (ag. Berardis).

Comunità europee - Transito comunitario - Garanzia - Liberazione del garante.

(Regolamento C.E.E. del Consiglio 13 dicembre 1976, n. 222/77, artt. 27 e 35).

L'art. 35 del regolamento del Consiglio 13 dicembre 1976 n. 222/77, relativo al transito comunitario, nel testo in vigore prima della modifica apportata dal regolamento del Consiglio 15 dicembre 1981, n. 3813, va interpretato nel senso che la competenza ad avvisare il garante del non appuramento del documento T1 apparteneva esclusivamente all'ufficio di partenza (1).

(*Omissis*) 1. - Con ordinanza 19 dicembre 1988, pervenuta alla Corte il 24 ottobre 1989, La Corte Suprema di Cassazione ha proposto, in forza dell'art. 177 del Trattato CEE, una questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 35 del regolamento (CEE) del Consiglio 13 dicembre 1976, n. 222/77, relativo al transito comunitario (GU 1977, L 38, pag. 1).

(1) Sentenza nella quale il pragmatismo, cui di regola si ispira la Corte, lascia il posto ad un vuoto ed inaccettabile formalismo. La Corte non riesce a superare una piatta interpretazione letterale, del tutto insoddisfacente a sorreggere una soluzione « logica » del problema. Inaccettabili appaiono anche i due argomenti che la sentenza adduce a preteso sostegno dell'interpretazione letterale. Non si vede, in primo luogo, come il garant epossa ricevere una dose maggiore di certezza di diritto se l'avviso di non appuramento provenga dall'ufficio di partenza, anzichè dalla Direzione generale delle dogane elvetiche. In secondo luogo, almeno nel nostro ordinamento, a nessuno verrebbe mai in mente di

2. - Tale questione è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra la compagnia svizzera di assicurazioni Berner Allgemeine Versicherungsgesellschaft (in prosieguito: la « Berner ») e l'Amministrazione delle Finanze dello Stato italiano, in ordine agli obblighi derivanti da una garanzia prestata dalla Berner a norma dell'art. 27 del citato regolamento n. 222/77.

3. - Il regolamento del Consiglio n. 222/77, recante codificazione del regime del transito comunitario inizialmente istituito dal regolamento (CEE) del Consiglio 18 marzo 1969, n. 542 (GU L 27, pag. 1), stabilisce un regime che, per le merci che non soddisfano alle condizioni degli artt. 9 e 10 del Trattato CEE, è quello del « transito comunitario esterno », disciplinato al titolo II, artt. 12-38, del regolamento stesso.

4. - Ai sensi dell'art. 12 di tale regolamento, qualsiasi merce, per circolare in base al regime di cui trattasi, deve formare oggetto di una dichiarazione compilata su un modulo T1. Tale dichiarazione deve essere sottoscritta dalla persona che chiede di effettuare un'operazione di transito comunitario esterno, denominata, ai sensi dell'art. 13, obbligato principale, e presentata all'ufficio di partenza. Si intende per ufficio di partenza, a norma dell'art. 11, lett. c), l'ufficio doganale nel quale ha inizio l'operazione di transito. L'art. 17 dispone che, tra l'altro, l'ufficio di partenza registra la dichiarazione T1 e fissa il termine in cui le merci devono essere ripresentate all'ufficio di destinazione.

5. - In forza dell'art. 27 del regolamento di cui trattasi:

« Al fine di garantire la riscossione dei dazi e degli altri diritti e tributi che uno Stato membro sarebbe in diritto di esigere per le merci che attraverseranno il suo territorio durante il transito comunitario, l'obbligato principale è tenuto a prestare una garanzia... » che ... « consiste in un impegno mediante il quale una persona, fisica o giuridica, ... si costituisce garante in solido ... ».

considerare « come una forma di sanzione » l'obbligo spontaneamente e non gratuitamente assunto dal garante.

La realtà, completamente perduta di vista dalla Corte, è che, per uno « scrupolo » delle dogane svizzere (accentrare presso la Direzione generale le pratiche di transito non appurate) — sulle quali certo non potevano intervenire le dogane italiane — la Comunità (per le risorse proprie) e l'Italia (per la fiscalità interna) non potranno recuperare ingenti somme (sono pendenti numerosi giudizi analoghi); a tutto beneficio del garante, che si è fatto pagare la garanzia e che la sentenza in rassegna ha sostanzialmente liberato.

La sentenza della Corte 18 febbraio 1982, nella causa 277/80, SIC, citata in motivazione, è pubblicata in *questa Rassegna*, 1982, I, 269.

I.M.B.

6. - L'art. 35 dello stesso regolamento recita:

« Il garante è liberato dalle sue obbligazioni nei confronti degli Stati membri il cui territorio è stato toccato in occasione del transito comunitario, quando il documento T1 è appurato dall'ufficio di partenza.

Il garante è del pari liberato dalle sue obbligazioni alla scadenza di un periodo di 12 mesi dalla data di allibramento della dichiarazione T1 qualora non sia stato avvisato dall'ufficio di partenza del non appuramento del documento T1 ».

7. - In seguito alle modifiche apportate al regolamento (CEE) n. 222/77 del regolamento del Consiglio 15 dicembre 1981, n. 3813, in vigore dal 1° gennaio 1983 (GU L 383, pag. 28), il secondo comma della norma citata è stato sostituito dal testo seguente:

« Il garante è del pari liberato dalle sue obbligazioni alla scadenza di un periodo di dodici mesi dalla data di allibramento della dichiarazione T1, qualora non sia stato avvisato dalle autorità doganali competenti dello Stato membro di partenza del non appuramento del documento T1 ».

8. - In forza dell'accordo concluso tra la Comunità economica europea e la Confederazione elvetica (regolamento del Consiglio 21 novembre 1972, n. 2812, GU L 294, pag. 1), in vigore dal 1° gennaio 1974 (informazione pubblicata nella GU 1973, L 334, pag. 13), la normativa in materia di transito comunitario si applica alle merci che circolano tra due punti situati nella Comunità attraversando il territorio svizzero siano esse spedite direttamente, con o senza trasbordo in Svizzera, oppure rispedita dalla Svizzera, eventualmente dopo deposito doganale. Tale normativa può ugualmente applicarsi a qualsiasi altro trasporto di merci che attraversi il territorio della Comunità e quello della Svizzera.

9. - Risulta dagli atti di causa che nell'ottobre del 1978 l'ufficio doganale svizzero di Locarno-Cadenazzo (ufficio di partenza) emetteva due documenti T1 per merci destinate ad essere immesse in consumo in Italia.

10. - La Berner, costituitasi garante dell'operazione a norma della disciplina in precedenza illustrata, veniva avvisata dall'amministrazione delle dogane svizzere, nel luglio 1979, del non appuramento dei suddetti documenti T1.

11. - Nel gennaio 1982, l'ufficio doganale di Como ingiungeva al garante di pagare la somma di 6.250.000 Lit.: in conseguenza del mancato appuramento dei documenti T1 di cui sopra. La Berner si opponeva all'ingiunzione dinanzi al Tribunale di Milano, facendo valere, in particolare, di non essere stata avvisata del mancato appuramento dall'ufficio di partenza,

contrariamente a quanto previsto dall'art. 35 del regolamento n. 222/77, nella versione in vigore all'epoca. L'Amministrazione delle Finanze dello Stato sosteneva invece che l'avviso di non appuramento era stato notificato al garante, nel termine prescritto, da un'autorità svizzera competente.

12. - La Corte Suprema di Cassazione, investita della controversia, ha osservato, ai fini dell'interpretazione dell'art. 35, secondo comma, del regolamento n. 222/77, che la nuova formulazione di tale disposizione, entrata in vigore dopo i fatti all'origine della controversia, e che si riferisce in maniera generale alle « autorità doganali competenti dello Stato membro di partenza » e non più all'« ufficio di partenza », potrebbe essere interpretata vuoi come un chiarimento del testo iniziale vuoi, al contrario, come apportatrice di un'innovazione.

13. - La Corte Suprema di Cassazione ha quindi sospeso il giudizio sottoponendo alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

« Se l'art. 35 del regolamento del Consiglio n. 222 del 13 dicembre 1976, relativo al transito comunitario — che, nella versione originaria, prevede che il garante è liberato dalle sue obbligazioni qualora, alla scadenza di un periodo di 12 mesi dalla data di allibramento della dichiarazione T1, non sia stato avvisato dall'ufficio di partenza del non appuramento del documento T1 — debba essere interpretato nel senso che la competenza ad inviare il detto avviso spetti in via esclusiva all'ufficio di partenza ovvero appartenga anche all'ufficio che, secondo l'ordinamento nazionale, sia gerarchicamente sovraordinato rispetto a quello di partenza e possa ad esso sostituirsi nell'effettuazione di un tale adempimento ».

14. - Per una più ampia illustrazione degli antefatti della causa principale, dello sfondo normativo nonché delle osservazioni scritte presentate alla Corte, si fa rinvio alla relazione d'udienza. Questi elementi del fascicolo sono richiamati solo nella misura necessaria alla comprensione del ragionamento della Corte.

15. - La Berner e la Commissione sostengono che, secondo la versione dell'art. 35 del regolamento n. 222/77 in vigore all'epoca dei fatti di causa, la responsabilità del garante sorgeva unicamente qualora esso fosse avvisato del non appuramento del documento T1 dall'ufficio di partenza. Quest'ultima espressione avrebbe il senso preciso definito al citato art. 11, lett. c), e sarebbe quindi sufficientemente chiara così da non aver bisogno di chiarimenti di sorta. Pertanto, la modifica apportata alla disposizione considerata dal 1° gennaio 1983 confermerebbe che quest'ultima aveva un senso più ristretto nella sua versione iniziale.

16. - Il governo italiano sostiene invece che lo scopo della disposizione di cui è causa è quello di far sì che il garante sia informato, con certezza ed entro il termine prescritto, della sorte del suo obbligo di garanzia. Ora, il garante non potrebbe legittimamente dubitare dell'esattezza di tale informazione qualora essa provenga dall'autorità sovraordinata rispetto all'ufficio di partenza. L'interpretazione puramente letterale della disposizione considerata dovrebbe quindi cedere il posto all'interpretazione logica di quest'ultima. La modifica apportata avrebbe dunque uno scopo chiarificatore.

17. - Quest'ultima tesi non può essere accolta.

18. - Infatti, come la Corte ha osservato nella sentenza 18 febbraio 1982, SIC (causa 277/80, Racc. pag. 629), la disposizione considerata mira ad assicurare la certezza del diritto alle persone che si rendono garanti delle operazioni di transito ai sensi del regolamento di cui trattasi, disponendo in particolare la loro liberazione allo scadere di un periodo di dodici mesi qualora esse non abbiano ricevuto l'avviso di non appuramento del documento T1.

19. - Pertanto, sulla base di questa esigenza di certezza del diritto, le persone che si rendono garanti delle operazioni di transito, non avendo un collegamento diretto con queste ultime, hanno il diritto di conoscere chiaramente le circostanze in cui sorge la loro responsabilità. Ogni incertezza quanto a tali circostanze potrebbe aumentare i costi relativi alla costituzione delle garanzie e sarebbe quindi contraria agli obiettivi stessi del regime di transito comunitario.

20. - Una delle funzioni dell'ufficio di partenza, nella versione dell'art. 35 del regolamento n. 222/77 in vigore nel periodo di cui è causa, era appunto quella di avvisare il garante del non appuramento del documento T1, di guisa che esso poteva attendersi che tale avviso provenisse esclusivamente dall'ufficio di partenza e non da un'altra autorità, anche se gerarchicamente sovraordinata rispetto a quest'ultimo. È la sola tesi che possa soddisfare le esigenze di certezza del diritto.

21. - D'altro canto, dato che l'obbligo della garanzia del pagamento dei dazi e degli altri tributi eventualmente dovuti in caso di infrazione o di irregolarità commessa in occasione dell'operazione di transito può essere considerato come una forma di sanzione, occorre sottolineare che, secondo la giurisprudenza della Corte, una sanzione, anche di natura non penale, può essere inflitta solo qualora abbia un fondamento giuridico chiaro ed inequivoco (sentenza 25 settembre 1984, Könecke, causa 117/83, Racc. pag. 3291).

22. - Alla luce di queste considerazioni, non vi è motivo di scostarsi dalla nozione di ufficio di partenza quale determinata in maniera chiara e precisa nella formulazione delle disposizioni di cui trattasi.

23. - Tale interpretazione è corroborata dalla modifica apportata alla disposizione considerata dal citato regolamento n. 3813/81 che costituisce una modifica sostanziale e non un chiarimento del testo precedentemente in vigore, così come risulta dal primo considerando del regolamento modificativo, a norma del quale «... dall'esperienza pluriennale nell'applicazione del regime del transito comunitario... è risultato possibile rendere più flessibili talune formalità connesse con tale regime».

24. - Si deve pertanto risolvere la questione proposta dal giudice nazionale dichiarando che l'art. 35 del regolamento del Consiglio n. 222/77, nel testo in vigore prima della modifica apportata dal regolamento del Consiglio n. 3813/81, va interpretato nel senso che la competenza ad avvisare il garante del non appuramento del documento T1 apparteneva esclusivamente all'ufficio di partenza. (*omissis*)

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITA EUROPEE, sed. plen., 25 luglio 1991, nella causa C-362/89 - Pres. Due - Avv. Gen. Van Gerven - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Pretore di Milano nella causa d'Urso ed a. c. Ercole Marelli Elettromeccanica gen. S.p.A. - Interv. : Governi francese (ag. Chavance) e italiano (avv. Stato Fiumara) e Commissione delle C.E. (ag. Marengo e Banks).

Comunità europee - Ravvicinamento delle legislazioni - Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese.

(Direttiva del Consiglio, 14 febbraio 1977 n. 77/187/C.E.E., art. 3, n. 1).

Comunità europee - Ravvicinamento delle legislazioni - Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese - Procedura di amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi - Continuazione dell'esercizio di impresa.

(Direttiva del Consiglio, 14 febbraio 1977, n. 77/187/C.E.E., art. 1, n. 1; codice civile, art. 2112; d.l. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito con mod. in legge 3 aprile 1979, n. 95, e succ. mod.; legge 29 dicembre 1990, n. 428, art. 47).

L'art. 3, n. 1, della direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, 77/187/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti, va interpretato nel senso che tutti i contratti o rapporti di lavoro esistenti alla data del trasferimento di un'impresa tra il cedente e i lavoratori occupati nell'impresa

trasferita si trasmettono ipso iure al cessionario per il solo fatto del trasferimento (1).

L'art. 1, n. 1, della direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, 77/187/CEE, non si applica ai trasferimenti di imprese operati nell'ambito di un procedimento concorsuale come quello previsto dalla normativa italiana sulla liquidazione coatta amministrativa, alla quale si richiama la legge 3 aprile 1979 in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Le stesse disposizioni della stessa direttiva si applicano invece allorché, nell'ambito di un complesso di leggi come quelle che disciplinano l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, il proseguimento dell'attività dell'impresa è stato deciso e finché quest'ultima decisione rimane in vigore (2).

(Omissis) 1. - Con ordinanza 23 ottobre 1989, giunta alla Corte il 17 novembre successivo, il pretore di Milano ha sottoposto, a norma dell'art. 177 del Trattato CEE, due questioni pregiudiziali relative all'interpretazione della direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, 77/187/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti (GU L 61, pag. 26, in prosieguo: la « direttiva »).

2. - Dette questioni sono insorte nell'ambito di una controversia tra, da un lato, il sig. Giuseppe d'Urso, la sig.ra Adriana Ventadori ed altri e,

(1-2) Amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi: mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda.

1. — La Corte di giustizia ha interpretato la direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977 n. 77/187/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti, nel senso che: — essa non trova applicazione ai casi di trasferimenti di imprese operati nell'ambito della procedura di amministrazione straordinaria di grande impresa in crisi (punto 31); — essa trova applicazione, però, se il trasferimento avviene in pendenza della continuazione dell'esercizio di impresa da parte degli organi della procedura (punto 32); — l'art. 3 n. 1 della direttiva comprende i diritti e le obbligazioni che scaturiscono nei confronti del cedente da un contratto o da un rapporto di lavoro in corso al momento del trasferimento e stipulato con i lavoratori occupati, per lo svolgimento delle loro mansioni, nella parte trasferita dell'impresa o dello stabilimento (punto 10); — l'art. 4 n. 1 della direttiva vieta che il trasferimento costituisca di per sé un motivo di licenziamento per il cedente o per il cessionario, ma non pregiudica i licenziamenti che possono aver luogo per motivi economici, tecnici e di organizzazione che comportano variazioni sul piano dell'occupazione (punto 19, prima parte); — la direttiva non si oppone a che, qualora una disciplina nazionale implichi a favore del cedente disposizioni che gli consentono di alleviare o di sopprimere gli oneri connessi all'occupazione dei lavoratori in soprannumero, per evitare

dall'altro, la società Ercole Marelli Elettromeccanica Generale S.p.A. (in prosieguo: « EMG »), in amministrazione straordinaria, e la società Ercole Marelli Nuova Elettromeccanica Generale S.p.A. (in prosieguo: « Nuova EMG »).

3. - Emerge dalle indicazioni contenute nell'ordinanza di rinvio che la EMG è stata sottoposta alla procedura cosiddetta di amministrazione straordinaria mediante decreto del ministro dell'Industria datato 26 maggio 1981, pur essendo autorizzata a continuare la propria attività. Nel settembre 1985, il complesso dell'impresa veniva ceduto alla società Nuova EMG costituita ad hoc. In esecuzione del contratto di cessione conformemente agli accordi sindacali ai quali faceva richiamo il contratto stesso, 940 lavoratori sono passati alle dipendenze del cessionario. Altri 518 sono restati alle dipendenze della società cedente; tuttavia il rapporto di lavoro di questi ultimi è stato sospeso e la loro remunerazione è stata presa a carico dalla Cassa integrazione guadagni straordinaria.

4. - Gli attori nella causa principale, che fanno parte di questi 518 lavoratori, hanno chiesto al pretore di Milano di dichiarare che il loro rapporto di lavoro era continuato con il cessionario, a norma dell'art. 2112, primo comma, del Codice civile in virtù del quale « In caso di trasferimento dell'azienda, se l'alienante non ha dato disdetta in tempo utile, il contratto di lavoro continua con l'acquirente, e il prestatore di lavoro conserva i diritti derivanti dall'anzianità raggiunta anteriormente al trasferimento ».

nella misura del possibile licenziamenti, dette disposizioni si applichino dopo il trasferimento a vantaggio del concessionario (punto 19, seconda parte).

2. — La Corte ha, dunque, riconosciuto l'esattezza in via di principio della tesi sostenuta dall'Avvocatura in causa, secondo cui i trasferimenti di azienda operati nell'ambito di quella particolare procedura concorsuale che è l'amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi disciplinata dalla c.d. legge Prodi (d.l. 30 gennaio 1979, n. 26, conv. con mod. in legge 3 aprile 1979, n. 95, e succ. mod.), non rientrano nella previsione della direttiva 77/187/CEE.

Sono soggette alla procedura di amministrazione straordinaria di cui alla legge Prodi, in sostituzione e con esclusione del fallimento — si era detto nelle osservazioni scritte presentate alla Corte, — imprese commerciali di grandi dimensioni (secondo parametri indicati dalla legge stessa), per le quali sia stato accertato giudiziarmente lo stato di insolvenza ovvero l'omesso pagamento di almeno tre mensilità di retribuzione (art. 1, commi 1-5). La procedura, che si estende all'intero gruppo delle società controllanti e controllate o con identica direzione o garanti (art. 3), si attua ad opera di commissari sotto vigilanza dell'autorità amministrativa e secondo le norme previste dalla legge fallimentare per la procedura, meramente concorsuale, di liquidazione coatta amministrativa (art. 1, co. 6). Può essere disposta, per un certo periodo, la continuazione dell'esercizio dell'impresa (art. 2, co. 1). La procedura si attua secondo un programma che « deve prevedere, in quanto possibile e tenendo conto degli interessi dei creditori, un piano di risanamento, coerente con gli indirizzi della

5. - Le convenute nella causa principale hanno contestato detta domanda appellandosi ad una disposizione della normativa nazionale secondo la quale, per le imprese poste sotto amministrazione straordinaria, le norme summenzionate del Codice civile vanno disapplicate per quanto riguarda il personale che non è stato trasferito contemporaneamente all'impresa.

6. - Ritenendo che la soluzione della causa principale richiedesse un'interpretazione della direttiva, il pretore di Milano ha deciso di sospendere il procedimento finché la Corte si sia pronunciata in via pregiudiziale sulle seguenti questioni:

« I. Se l'art. 3, n. 1, primo comma, della direttiva 77/187 del 14.2.1977 prevede il trasferimento automatico al cessionario dei rapporti di lavoro inerenti all'azienda ceduta ed esistenti al momento del trasferimento dell'azienda.

II. Se la direttiva sopra indicata si applichi alle cessioni di azienda effettuate da imprese in amministrazione straordinaria.

7. - Per una più ampia esposizione dei fatti della controversia principale, dello svolgimento del procedimento nonché delle osservazioni scritte e presentate alla Corte, si fa richiamo alla relazione d'udienza. Questi elementi del fascicolo sono riportati in prosieguo solo nella misura necessaria a comprendere il ragionamento della Corte.

politica industriale, con indicazione specifica degli impianti da riattivare e di quelli da completare, nonché degli impianti o complessi aziendali da trasferire e degli eventuali nuovi assetti imprenditoriali; per quanto possibile deve essere preservata l'unità dei complessi operativi, compresi quelli da trasferire» (art. 2, co. 5). Il Tesoro dello Stato può garantire in tutto o in parte i debiti che la procedura contrae con istituzioni creditizie «per il finanziamento della gestione corrente e per la riattivazione e il completamento degli impianti, immobili ed attrezzature industriali» (art. 2 *bis*). La liquidazione del patrimonio avviene, come si è detto, con le norme previste per le procedure concorsuali, salvi gli opportuni adattamenti e le regole particolari della stessa legge Prodi: i trasferimenti di aziende, impianti o complessi aziendali, che godono di particolari agevolazioni fiscali (art. 5 *bis*), possono farsi, con le dovute cautele, con o senza incanto e a trattativa privata, in base a valore determinato da periti, che tenga conto della redditività all'atto della stima e nel biennio successivo (art. 6 *bis*). Il trasferimento avviene ad opera degli organi della procedura e senza ingerenza della vecchia proprietà. Il ricavato è destinato ovviamente, salve le spese prededucibili, al soddisfacimento dei creditori dell'impresa insolvente.

Sono evidenti gli scopi di politica economica e sociale che la normativa speciale persegue. Si è ritenuto opportuno salvare per quanto possibile le parti sane di imprese o gruppi di imprese trasferendole ad un nuovo im-

Sulla prima questione pregiudiziale.

8. - Con tale questione, il giudice nazionale chiede se l'art. 3, n. 1, della direttiva vada interpretato nel senso che tutti i contratti o rapporti di lavoro in corso alla data del trasferimento di un'impresa, tra il cedente e i lavoratori dipendenti da detta impresa, si trasferiscono *ipso jure* al cessionario per il solo fatto del trasferimento.

9. - Come ha dichiarato la Corte (sentenza 5 maggio 1988, Berg, cause riunite 144/87 e 145/87, punti 12 e 13 della motivazione, Racc. pag. 2559), la direttiva mira a garantire la conservazione dei diritti dei lavoratori in caso di cambiamento dell'imprenditore consentendo loro di rimanere alle dipendenze del nuovo datore di lavoro alle stesse condizioni pattuite con il cedente. Le norme vigenti in caso di trasferimento di impresa o di stabilimento ad un diverso imprenditore hanno quindi lo scopo di salvaguardare, nell'interesse dei dipendenti, i rapporti di lavoro esistenti che fanno parte dell'unità produttiva trasferita.

10. - Emerge del pari dalla giurisprudenza (sentenza 7 febbraio 1985, Botzen, causa 186/83, punto 16 della motivazione, Racc. pag. 519) che l'art. 3, n. 1, della direttiva comprende i diritti e le obbligazioni che scaturiscono nei confronti del cedente da un contratto o da un rapporto di lavoro in corso al momento del trasferimento e stipulato con i lavoratori occupati, per lo svolgimento delle loro mansioni, nella parte trasferita dell'impresa o dello stabilimento.

prenditore, al fine di limitare il pregiudizio economico e sociale che la cessazione dell'attività di imprese di rilevanti dimensioni può importare, non solo per il settore specifico in cui esse operano e per l'occupazione che riguarda loro direttamente, ma anche per i riflessi sull'indotto, e, in via più generale, sull'intera economia nazionale.

La direttiva 77/187/CEE, sul « ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti », è stata dettata « considerando che l'evoluzione economica implica, sul piano nazionale e comunitario, modifiche delle strutture delle imprese effettuate, fra l'altro, con trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti a nuovi imprenditori in seguito a cessioni contrattuali o a fusioni ». La Corte di Giustizia, con la sentenza 7 febbraio 1985, nella causa 135/83, *Abels*, in Racc. 1985, pag. 480 (e nelle sentenze in pari data nelle cause 179/83 e 186/83), aveva già precisato che la direttiva, equivoca nella sua formulazione per quanto riguarda il riferimento alle modalità del trasferimento dell'impresa, ha come obiettivo « impedire che la ristrutturazione nell'ambito del mercato comune si effettui a danno dei lavoratori delle imprese coinvolte » (punto 18), e che « esiste nello stato attuale dello sviluppo economico grande incertezza per quanto riguarda le incidenze, sul mercato del lavoro, dei trasferimenti di imprese in caso di insolvenza del datore di lavoro e per quel che riguarda i provvedimenti da adottarsi onde tutelare nel migliore dei modi gli interessi dei lavoratori »

11. - La Corte ha inoltre stabilito, nella sentenza 10 febbraio 1988, *Daddy's Dance Hall* (causa 324/86, punto 14 della motivazione, Racc. pag. 739), che le norme della direttiva dovevano considerarsi imperative, ossia non derogabili in senso sfavorevole ai lavoratori. Di conseguenza, l'attuazione dei diritti conferiti ai lavoratori dalla direttiva non può venir subordinata al consenso né del cedente o del cessionario, né dei rappresentanti dei lavoratori, né dei lavoratori stessi, salvo, per quanto riguarda questi ultimi, la possibilità, a seguito di dimissioni volontarie, di non continuare il rapporto di lavoro con il nuovo datore di lavoro dopo il trasferimento (sentenza 11 luglio 1985, *Mikkelsen*, causa 105/84, punto 16 della motivazione, Racc. pag. 2639).

12. - Ne consegue che, nell'ipotesi di trasferimento di impresa, il contratto o il rapporto di lavoro che vincola il personale occupato nell'impresa trasferita non può venire proseguito con il cedente e continua *ipso jure* con il cessionario, fermo restando che, secondo la giurisprudenza (sentenza 15 giugno 1988, *Bork*, causa 101/87, punto 17 della motivazione, Racc. pag. 3057), l'esistenza o l'inesistenza di un contratto o di un rapporto di lavoro alla data del trasferimento va valutata alla luce del diritto nazionale.

13. - Per controbattere siffatta interpretazione della direttiva, le parti convenute nella causa principale ed il governo italiano hanno svolto dinanzi alla Corte tre ordini di argomenti.

(punto 22). E ha ritenuto che la direttiva stessa non impone agli Stati membri « l'obbligo di estendere le norme che essa contiene ai trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti avvenuti nell'ambito di un procedimento fallimentare mirante, sotto il controllo della competente autorità giudiziaria, alla liquidazione dei beni del cedente » (punto 23), mentre un tale obbligo impone in relazione a trasferimenti avvenuti in una procedura, in cui il controllo del giudice abbia una portata più limitata, la quale persegua « anzitutto la salvaguardia del patrimonio ed eventualmente il proseguimento dell'attività dell'impresa mediante la sospensione dei pagamenti onde giungere ad una soluzione che consenta di garantire l'attività dell'impresa in futuro » (punto 28).

Applicando questi principi al caso di specie, la procedura di amministrazione straordinaria non poteva non essere assimilata, agli effetti della verifica dell'applicazione della direttiva, alle procedure fallimentari. Infatti: a) quale che sia la forma giuridica attraverso la quale si attua il trasferimento, è certo che questo avviene nell'ambito e in forza di una procedura concorsuale (è indifferente, sotto il profilo che qui interessa, che essa si svolga sotto il controllo dell'autorità amministrativa, come la procedura di liquidazione coatta amministrativa, e non sotto il controllo del giudice, come invece il fallimento) e non per libera volontà delle parti; b) non si tratta di un trasferimento per mera ristrutturazione aziendale, ma di un trasferimento necessitato dallo stato di insolvenza dell'impresa; c) la procedura è disposta in so-

14. - In primo luogo, è stato sostenuto che così interpretata la direttiva lederebbe la libertà di impresa.

15. - A questo proposito, occorre osservare che questo tipo di lesione è insito nell'oggetto stesso della direttiva che mira, nell'interesse dei lavoratori, a trasferire al cessionario le obbligazioni scaturenti dai contratti o dai rapporti di lavoro.

16. - In secondo luogo, questa interpretazione della direttiva porterebbe, in un'ipotesi come quella della causa principale, a rimettere in discussione gli accordi stipulati con le organizzazioni sindacali e vertenti sulle modalità del trasferimento e sul numero dei lavoratori trasferiti.

17. - Questo argomento non può venire preso in considerazione dal momento che, come si è detto in precedenza, le norme della direttiva si impongono a tutti, ivi compresi i rappresentanti sindacali dei lavoratori, che non possono derogarvi tramite accordi stipulati con il cedente o con il cessionario.

18. - Da ultimo è stato sostenuto che un'interpretazione della direttiva che si risolve nell'impedire che i lavoratori in soprannumero dell'impresa restino alle dipendenze del cedente, potrebbe risultare meno

stituzione e con esclusione del fallimento (per casi che oggettivamente prima dell'entrata in vigore della legge Prodi sarebbero sfociati in una dichiarazione di fallimento) non per la prioritaria esigenza di salvaguardare il patrimonio aziendale attraverso la prosecuzione dell'attività dell'azienda, ma per interessi di politica economica e sociale che trascendono quelli particolari dell'impresa disestata (come è reso evidente anche dagli interventi di sostegno dello Stato: garanzia per i crediti assunti, agevolazioni fiscali).

3. — Dopo l'affermazione di principio della inapplicabilità della direttiva ai trasferimenti operati nell'ambito della procedura di amministrazione straordinaria, la Corte, però, ha precisato che la direttiva si applica se il trasferimento avviene durante il proseguimento dell'attività di impresa da parte degli organi della procedura. E così la Corte ha drasticamente limitato la portata del principio generale prima affermato.

La pronuncia desta perplessità (anche se, poco prima, il quinto comma dell'art. 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428 — legge comunitaria per il 1990 — era intervenuto a distinguere, proprio in sede nazionale, fra trasferimento operato in corso di esercizio di attività e trasferimento fuori esercizio, ai fini dell'applicazione dell'art. 2112 cod. civ., nella nuova formulazione « ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente »).

Osserva la Corte che « quando il decreto che sancisce l'applicazione del procedimento amministrativo straordinario stabilisce nel contempo la continuazione dell'attività dell'impresa in regime commissariale, la finalità di questo procedimento sta anzitutto nel restituire all'impresa un equilibrio che consenta di garantire la sua attività futura »; « l'obiettivo economico-sociale così

favorevole ai lavoratori, o perché il potenziale cessionario potrebbe venire dissuaso dall'acquistare l'impresa dalla prospettiva di dover mantenere in servizio il personale eccedente dell'impresa trasferita o perché il personale sarebbe licenziato e perderebbe quindi i vantaggi che avrebbe eventualmente potuto trarre dalla continuazione del rapporto di lavoro con il cedente.

19. - Per ribattere a questo argomento, si deve ricordare che se, in forza dell'art. 4, n. 1, la direttiva vieta che il trasferimento costituisca di per sé un motivo di licenziamento per il cedente o per il cessionario, essa « non pregiudica i licenziamenti che possono aver luogo per motivi economici, tecnici e di organizzazione che comportano variazioni sul piano dell'occupazione ». Va aggiunto che la direttiva non si oppone nemmeno a che, qualora una disciplina nazionale implichi a favore del cedente disposizioni che gli consentono di alleviare o di sopprimere gli oneri connessi all'occupazione dei lavoratori in soprannumero, per evitare nella misura del possibile licenziamenti, dette disposizioni si applichino dopo il trasferimento a vantaggio del cessionario.

20. - Si deve quindi risolvere la prima questione pregiudiziale dichiarando che l'art. 3, n. 1, della direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, 77/187/CEE, va interpretato nel senso che tutti i contratti o rapporti

perseguito non può spiegare né giustificare il fatto che, quando l'impresa interessata costituisce oggetto di un trasferimento totale o parziale, i suoi lavoratori vengano privati dei diritti che la direttiva conferisce loro alle condizioni in essa precisate ».

In verità l'istituto dell'amministrazione straordinaria di grande impresa in crisi, sorto nel 1979 nel pieno di una grave crisi economica, è destinato a limitare gli effetti del tracollo di imprese di grandi dimensioni non solo sull'occupazione ma sull'intera economia nazionale. L'uscita di scena di tali imprese, o gruppi di imprese, dovuta alla loro insolvenza e alla conseguente dichiarazione di fallimento, può avere effetti dirompenti non solo per le imprese stesse e per i loro lavoratori, ma anche per l'intero settore in cui operano e per quelli ad esso collegati o dipendenti. Si è cercata una via d'uscita, avendo di mira non il risanamento in sé dell'impresa, ma il salvataggio di quel poco che è salvabile dell'impresa stessa.

Da un lato quindi si evita il fallimento con i suoi effetti meramente liquidatori; da un altro lato si sottrae l'amministrazione dell'impresa alla vecchia proprietà e, attraverso l'affidamento di essa a un commissario straordinario controllato dallo Stato, si cerca di enuclearne — con lo studio di appositi piani e programmi — una eventuale parte sana per affidarla a mani più capaci e procedere quindi alla liquidazione finale in favore dei creditori con il ricavo della vendita. In attesa del trasferimento il commissario straordinario gestisce l'impresa per la parte che secondo il programma è utile mandare avanti, onde consentire il trasferimento di una struttura operante. E questa è la continuazione dell'esercizio, che normalmente e logicamente è disposta,

di lavoro esistenti alla data del trasferimento di un'impresa tra il cedente e i lavoratori occupati nell'impresa trasferita si trasmettono *ipso jure* al cessionario per il solo fatto del trasferimento.

Sulla seconda questione pregiudiziale.

21. - Emerge dal tenore e dalla motivazione dell'ordinanza di rinvio che, con detta questione, il pretore di Milano vuole sapere se la direttiva, come si dichiara all'art. 1, n. 1, si « applica ai trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti ad un nuovo imprenditore in seguito a cessione contrattuale o a fusione » nell'ipotesi in cui l'impresa interessata sia disciplinata da disposizioni come quelle del decreto legge 30 gennaio 1979, n. 26, relativo alle misure d'urgenza per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (GURI n. 36, del 6 febbraio 1979), convertito, con alcune modifiche, nella legge 3 aprile 1979, n. 95 (GURI n. 94, del 4 aprile 1979).

22. - Per risolvere tale questione si devono ricordare le distinzioni elaborate dalla Corte, specie nella sentenza 7 febbraio 1985, Abels (causa 135/83, Racc. pag. 469) e, d'altro canto, brevemente riassunte dal pretore di Milano.

23. - La Corte ha stabilito che la direttiva non si applicava ai trasferimenti operati nell'ambito di una procedura di fallimento che mirava, sotto il controllo della competente autorità giudiziaria, alla liquidazione

con i tempi e le modalità consentite, in ogni procedura di amministrazione straordinaria.

Poiché il presupposto della procedura è l'insolvenza dell'impresa o del gruppo di imprese, è chiaro che il trasferimento può riguardare solo la parte sana o sanabile dell'impresa, con esclusione dei rami morti, delle foglie secche. Ecco allora che al trasferimento del bene si accompagna il trasferimento di una parte soltanto dei dipendenti, non essendoci posto per tutti in una struttura più ridotta. E l'acquirente si fa avanti solo se prende la parte sana ridotta, con un numero di dipendenti proporzionato e funzionale rispetto alle nuove e ridimensionate incombenze. L'alternativa è l'assenza di potenziali acquirenti e l'affossamento dell'intera impresa con tutti i dipendenti!

La realtà è che la procedura di amministrazione straordinaria, ci sia o non ci sia la continuazione dell'esercizio di impresa, è una procedura liquidatoria identica strutturalmente al fallimento, con la sola differenza che in essa, anziché liquidarsi beni esausti non più legati in una struttura imprenditoriale, si liquida, o meglio si cerca di liquidare, un bene vivo, la struttura dell'impresa stessa o quel che di essa conviene conservare e rivitalizzare, il che consente di aiutare non solo l'economia ma anche l'occupazione, nei limiti beninteso del possibile.

Ha poco senso, dunque, da un lato dichiarare che la direttiva 77/187/CEE non trova applicazione alla procedura di cui si tratta e dall'altra dichiara-

dei beni del cedente. Essa ha fondato la sua conclusione sull'assenza, nella direttiva, di una disposizione espressa riguardante il fallimento (punto 17 della motivazione), sull'obiettivo della direttiva stessa, che è quello di impedire che la ristrutturazione nell'ambito del mercato comune si operi a danno dei lavoratori delle imprese interessate (punto 18) e sul grave rischio di un complessivo deterioramento delle condizioni di vita e di lavoro della mano d'opera, in contrasto con gli obiettivi sociali del Trattato (punto 23), qualora la direttiva avesse dovuto applicarsi ai trasferimenti operati nel corso di una procedura di fallimento.

24. - Nella stessa sentenza, la Corte ha invece statuito che la direttiva era applicabile ad un procedimento come quello di « *surséance van betaling* » (sospensione dei pagamenti) benché esso presenti talune caratteristiche comuni con la procedura di fallimento. La Corte ha infatti ritenuto che i motivi che giustificavano la disapplicazione della direttiva nell'ipotesi di procedure di fallimento non valgono qualora la procedura in questione comporti un controllo del giudice di portata più limitata rispetto all'ipotesi di fallimento e miri soprattutto a salvaguardare il patrimonio ed eventualmente la prosecuzione dell'attività dell'impresa mediante la sospensione collettiva dei pagamenti per giungere ad un assetto che consenta di garantire l'attività dell'impresa in futuro (punto 28).

rare che essa trova applicazione a quei trasferimenti che avvengono in regime di continuazione dell'esercizio di impresa.

4. — Ma la Corte (discostandosi dalle conclusioni del suo avvocato generale Van Gerven, che erano di segno opposto), lo ha dichiarato e non v'è più da discutere. Del resto, come si è detto, la pronuncia della Corte è stata in un certo senso « anticipata » dall'art. 47, quinto comma, della legge comunitaria del 1990, il quale ha disposto che « qualora il trasferimento riguardi... imprese nei confronti delle quali vi sia stata dichiarazione... di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia disposta o sia cessata... ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente non trova applicazione l'art. 2112 del codice civile, ... » (ma l'esclusione dell'applicazione dell'art. 2112 cod. civ. non sarebbe già conseguente alla dichiarazione di stato di crisi aziendale richiamata dalla norma stessa e all'apertura della procedura di amministrazione straordinaria, indipendentemente dalla continuazione dell'attività di impresa?).

Quali sono le conseguenze della pronuncia della Corte?

Non sorgono problemi nei casi, invero rari, in cui non è stata mai autorizzata la continuazione dell'esercizio di impresa, o in cui l'esercizio sia cessato per revoca o scadenza del termine. In questi casi con l'eventuale trasferimento d'azienda sarebbero salvaguardate solo le posizioni dei lavoratori contestualmente trasferiti (nei limiti dell'art. 47 legge comunitaria 1990). Non può non rilevarsi, però, che, nella seconda ipotesi, si ha pur sempre un risanamento d'azienda, sicché il taglio occupazionale verrebbe consentito per la circostanza, che potrebbe essere ben poco rilevante, della cessazione dell'esercizio

25. - Si deve osservare che se, al punto 28, la sentenza 7 febbraio 1985, Abels, già ricordata, si riferisce al raggio del controllo esercitato dal giudice sul procedimento, questo richiamo, che si spiega con la difficoltà illustrata al punto 12 della stessa sentenza di definire la nozione di cessione convenzionale ai sensi dell'art. 1, n. 1, della direttiva, tenuto conto delle differenze tra i sistemi giuridici degli Stati membri, non consente, come d'altra parte si dichiara nella sentenza al punto 13, di individuare la portata della direttiva in base alla sola interpretazione letterale di questa nozione di cessione convenzionale e perciò non permette di definire la sua sfera di applicazione in base alla natura del controllo esercitato dall'autorità amministrativa o giudiziaria sui trasferimenti di imprese nell'ambito di un determinato procedimento concorsuale.

26. - Alla luce del complesso delle considerazioni esposte dalla Corte nella sentenza Abels, il criterio determinante da seguire è quindi quello dell'obiettivo perseguito dal procedimento in questione.

27. - La legge italiana 3 aprile 1979 prevede l'applicazione mediante decreto del procedimento d'amministrazione straordinaria alle imprese che essa indica. In virtù di detta legge, il decreto comporta o può comportare due tipi di effetti.

28. - Da un lato, affinché vengano raggiunti tutti gli effetti della legge sul fallimento, esso va assimilato al decreto che dispone la liquidazione

in un momento temporale anteriore al trasferimento d'azienda, magari di poco anteriore e in previsione proprio di esso. E ciò è poco logico.

La problematica si pone se il trasferimento d'azienda avviene mentre prosegue l'attività d'impresa.

Invero se si trasferisce solo un ramo o una specifica parte risanata della azienda, con la possibilità di individuare i lavoratori originariamente occupati nel ramo o nella parte trasferita, essi e solo essi potranno invocare la normativa di favore (cfr. il punto 10 della sentenza annotata) e, ove non risultino esuberanti rispetto alla parte trasferita, non si porrebbero problemi.

Ma più spesso quel che si vuol trasferire, dopo l'opera di riavvio e risanamento svolta dagli organi della procedura in regime di continuazione dell'esercizio, è proprio la vecchia azienda, nella sua intierezza, seppur ridimensionata nelle sue strutture e nella sua potenzialità: un taglio meramente numerico del personale è in questi casi necessario, per renderlo proporzionato alla nuova realtà. Un nuovo imprenditore in tanto sarà interessato all'acquisto in quanto non sia costretto ad assumere tutto il personale preesistente, anche se esuberante. E se nessuno acquista (non sarebbe sufficiente ovviamente ridurre il prezzo di cessione, perché la proporzione del personale resta una condizione per il buon andamento futuro dell'azienda), si dovrà procedere alla liquidazione, il che comporterà una perdita di posti di lavoro: non è questo un bel modo per salvaguardare i diritti dei lavoratori.

Per sbloccare la situazione, dunque, e garantire almeno quel numero di posti di lavoro proporzionato alle ridotte dimensioni dell'azienda da cedere, si dovrà procedere (ove non si pensi ad una revoca «tempestiva», prima

coatta amministrativa prevista dagli artt. 195 e successivi e dall'art. 237 della legge sul fallimento. Emerge dal complesso di queste ultime disposizioni che, salve le peculiarità di tale disciplina, la liquidazione coatta amministrativa ha effetti che in sostanza sono identici a quelli del fallimento.

29. - D'altro canto, il decreto che stabilisce l'applicazione del procedimento d'amministrazione straordinaria può anche pronunciarsi sulla continuazione dell'attività dell'impresa in gestione commissariale per un periodo da stabilirsi secondo le modalità previste dalla legge. Secondo l'art. 2 della legge 3 aprile 1979 rientra nelle competenze del commissario stabilire un programma la cui esecuzione dovrà essere autorizzata dall'autorità di controllo e che deve comprendere, nei limiti del possibile e tenendo conto degli interessi dei creditori, un « piano di risanamento, coerente con gli indirizzi della politica industriale, con l'indicazione specifica degli impianti da riattivare e di quelli da completare, nonché degli impianti o complessi aziendali da trasferire ».

30. - Da quanto procede emerge che una normativa come la legge italiana sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi ha caratteristiche diverse a seconda che il decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa stabilisca o meno la continuazione dell'attività dell'impresa.

del trasferimento previsto, dell'autorizzazione alla continuazione dell'esercizio, il che avrebbe però il sapore di un non commendevole marchingegno) a licenziamenti collettivi del personale ritenuto esuberante (al netto del personale dimissionario o in prepensionamento): il che, come si è detto, è fatto salvo dall'art. 4 n. 1 della direttiva in questione (cfr. il punto 19, prima parte, della sentenza annotata). Questa soluzione, seppure necessitata, non aiuta certo l'occupazione: non era forse meglio lasciare che, attraverso le trattative e gli accordi sindacali, fosse assorbita la parte più consistente possibile del vecchio personale, tenuto anche conto delle esigenze del cessionario, e che fossero garantiti agli altri dipendenti non assunti quanto meno gli ammortizzatori sociali?

Resta la situazione dei lavoratori non passati alle dipendenze dei cessionari nei trasferimenti operati prima della sentenza della Corte, che, in forza della medesima, come i ricorrenti nella causa principale davanti al giudice nazionale, potrebbero pretendere nei confronti dei cessionari la prosecuzione del rapporto di lavoro, con alterazioni, che potrebbero risultare sensibilissime, delle condizioni contrattuali della cessione (proprio in relazione a questa situazione era stato chiesto alla Corte, ma invano, che, nell'ipotesi che fosse affermata l'applicazione della direttiva CEE, si limitassero temporalmente gli effetti della pronuncia secondo i principi affermati nella sentenza della stessa Corte 8 aprile 1976, nella causa 43/75, *Defrenne*, in *Racc.* 455, e ribadita nella sentenza 15 maggio 1990, nella causa C-262/88, *Barber*, in *Racc.* 1889). La posizione di ciascun dipendente dovrà allora essere valutata caso per caso.

OSCAR FIUMARA

31. - Se non vi è provvedimento su quest'ultimo punto o quando è scaduta la validità di un provvedimento che autorizzava la continuazione dell'attività dell'impresa, la finalità, le conseguenze e i rischi di un procedimento come quello della liquidazione coatta amministrativa sono comparabili a quelli che hanno indotto la Corte a concludere, nella sentenza 7 febbraio 1985, Abels, già ricordata, che l'art. 1, n. 1, della direttiva va disapplicato nel caso di trasferimenti d'impresa, di stabilimento o di una parte di stabilimento in una situazione nella quale il cedente è stato dichiarato fallito. Come il fallimento questo procedimento mira alla liquidazione dei beni del debitore per soddisfare collettivamente i creditori e i trasferimenti operati in quest'ambito giuridico sono di conseguenza esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva. Come ha osservato la Corte nella sentenza 7 febbraio 1985, Abels, già ricordata, non sarebbe possibile, se non vi fosse quest'esclusione, eliminare il grave rischio di complessivo deterioramento delle condizioni di vita e di lavoro della mano d'opera, in contrasto con le finalità del Trattato.

32. - Emerge per contro dalle disposizioni della legge italiana che, quando il decreto che sancisce l'applicazione del procedimento amministrativo straordinario stabilisce nel contempo la continuazione dell'attività dell'impresa in regime commissariale, la finalità di questo procedimento sta anzitutto nel restituire all'impresa un equilibrio che consenta di garantire la sua attività futura. L'obiettivo economico-sociale così perseguito non può spiegare né giustificare il fatto che, quando l'impresa interessata costituisce oggetto di un trasferimento totale o parziale, i suoi lavoratori vengono privati dei diritti che la direttiva conferisce loro alle condizioni in essa precisate.

33. - A questo proposito, il giudice nazionale osserva in particolare, nell'ordinanza di rinvio, che la relazione allegata al decreto legge n. 26/1979 dichiara che la funzione del procedimento è quella di salvare le parti sostanzialmente sane dell'impresa, che l'impresa in amministrazione straordinaria può ottenere crediti di cui lo Stato garantisce il rimborso e che sono destinati alla riattivazione e al completamento di impianti, di mobili e attrezzature industriali, e infine che, nel procedimento di amministrazione straordinaria, la tutela degli interessi dei creditori è meno incisiva che in altre procedure liquidatorie e che in particolare è negata ai creditori ogni interferenza sulle decisioni relative alla continuazione dell'esercizio dell'impresa.

34. - Si deve quindi risolvere la seconda questione pregiudiziale dichiarando che l'art. 1, n. 1, della direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, 77/187/CEE, non si applica ai trasferimenti di imprese operati nell'ambito di un procedimento concorsuale come quello previsto dalla normativa

italiana sulla liquidazione coatta amministrativa, alla quale si richiama la legge 3 aprile 1979 in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Le stesse disposizioni della stessa direttiva si applicano invece allorché, nell'ambito di un complesso di leggi come quelle che disciplinano l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, il proseguimento dell'attività dell'impresa è stato deciso e finché quest'ultima decisione rimane in vigore. (*omissis*)

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITA EUROPEE, Sed. plen., 19 novembre 1991, nelle cause riunite C - 6 e 9/90 - Pres. Due - *Avv. Gen. Mischo* — Domande di pronuncia pregiudiziale proposte dai Pretori di Vicenza e di Bassano del Grappa nelle cause Francovich e Bonifaci ed a. (avv.ti Mondin, Capesan e Dal Ferro) c. Rep. italiana - Interv.: Governi italiano (avv. Stato Fiumara), olandese (ag. Bot), britannico (ag. Collins e Plender) e tedesco (avv. Sedemund) e Commissione delle C. E. (ag. Marengo e Banks).

Comunità europee - Ravvicinamento delle legislazioni - Tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro - Mancata attuazione della direttiva - Diritti dei lavoratori - Non azionabilità davanti ai giudici nazionali - Risarcimento danni.

(Direttiva del Consiglio 20 ottobre 1980, n. 80/987/C.E.E.).

Le disposizioni della direttiva del Consiglio 20 ottobre 1980, 80/987/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, che definiscono i diritti dei lavoratori, devono essere interpretate nel senso che gli interessati non possono far valere tali diritti nei confronti dello Stato dinanzi ai giudici nazionali in mancanza di provvedimenti di attuazione adottati entro i termini. Uno Stato membro è tenuto a risarcire i danni derivanti ai singoli dalla mancata attuazione della suddetta direttiva (1).

(1) La Corte, pur rilevando che le disposizioni controverse della direttiva 80/987/CEE erano sufficientemente precise e incondizionate riguardo alla determinazione dei beneficiari della garanzia e al contenuto minimo della garanzia stessa, ha ritenuto però che i singoli non potevano far valere tali disposizioni direttamente davanti ai giudici nazionali non precisando esse l'identità di chi è tenuto alla garanzia e non potendosi d'altronde considerare lo Stato debitore per il solo fatto di non aver adottato entro i termini i provvedimenti di attuazione. Fin qui la Corte ha applicato principi già ripetutamente affermati in precedenti occasioni.

La Corte è, però, andata ben al di là dei suoi precedenti allorché ha proseguito affermando, per la prima volta, la responsabilità aquiliana dello

○ (omissis) 1. - Con ordinanze 9 luglio e 30 dicembre 1989, pervenute alla Corte rispettivamente l'8 e il 15 gennaio 1990, la Pretura di Vicenza (nella causa C-6/90) e la Pretura di Bassano del Grappa (nella causa C-9/90) hanno proposto, in forza dell'art. 177 del Trattato CEE, questioni pregiudiziali sull'interpretazione dell'art. 189, terzo comma, del Trattato CEE nonché della direttiva del Consiglio 20 ottobre 1980, 80/987/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro (GU L 283, pag. 23).

2. - Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di controversie tra Andrea Francovich e Danila Bonifaci e a. (in prosieguo: « ricorrenti ») e la Repubblica italiana.

3. - La direttiva 80/987 è diretta a garantire ai lavoratori dipendenti un minimo comunitario di tutela in caso di insolvenza del datore di lavoro, fatte salve le norme più favorevoli esistenti negli Stati membri. A tal fine, essa stabilisce in particolare garanzie specifiche per il pagamento di loro crediti non pagati relativi alla retribuzione.

4. - A norma dell'art. 11, gli Stati membri erano tenuti a emanare le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva entro un termine scaduto il 23 ottobre 1983, Poiché la Repubblica italiana non ha ottemperato a tale obbligo, la Corte ha accertato il suo inadempimento con sentenza 2 febbraio 1989, Commissione/Italia, causa 22/87, Racc. pag. 143).

Stato nei confronti dei singoli per la mancata attuazione di una direttiva. Grossi problemi non sorgono in sede nazionale in relazione alla direttiva di specie, perché il decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 80, che ha attuato la direttiva stessa in forza della delega contenuta nella legge 29 dicembre 1990, n. 428 — legge comunitaria per il 1990 — con l'art. 2 n. 7 ha ora disposto che « per la determinazione dell'indennità eventualmente spettante, in relazione alle procedure di cui all'art. 1, comma 1, per il danno derivante dalla mancata attuazione della direttiva CEE 80/987, trovano applicazione i termini, le misure e le modalità di cui ai commi 1, 2 e 4 » e che « l'azione va promossa entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente decreto ». Tale normativa sembra assicurare « condizioni, formali e sostanziali, ... non meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna e non ... congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento del danno » (punto 43 della sentenza).

Resta, però, la statuizione di principio della responsabilità dello Stato nei confronti dei privati per aver esso ommesso di porre in essere un atto normativo interno che costituisca in capo ai singoli il diritto previsto dalla direttiva, diritto che gli stessi non possono direttamente far valere, statuizione di ben più ampia portata di quelle precedenti che pur avevano riguardato la

5. - Il sig. Francovich, parte nella causa principale nel procedimento C-6/90, aveva lavorato per l'impresa « C.D.N. Elettronica s.n.c. » a Vicenza e aveva ricevuto a tale titolo solo acconti sporadici sulla propria retribuzione. Egli ha quindi proposto ricorso dinanzi al Pretore di Vicenza che ha condannato l'impresa convenuta al pagamento di una somma di circa 6 milioni di lire. Nel corso del processo di esecuzione, l'ufficiale giudiziario del Tribunale di Vicenza ha dovuto redigere un verbale di pignoramento infruttuoso. Il sig. Francovich ha allora fatto valere il diritto di ottenere dallo Stato italiano le garanzie previste dalla direttiva 80/987 o, in via subordinata, un indennizzo.

6. - Nella causa C-9/90, la sig.ra Danila Bonifaci e altre 33 lavoratrici dipendenti hanno proposto un ricorso dinanzi al Pretore di Bassano del Grappa, riferendo di aver lavorato in qualità di lavoratrici dipendenti per la ditta « Gaia Confezioni S.r.l. », dichiarata fallita il 5 aprile 1985. Al momento della cessazione dei rispettivi rapporti di lavoro, le ricorrenti erano creditrici di una somma di oltre 253 milioni di lire, che era stata ammessa al passivo dell'impresa dichiarata fallita. Oltre cinque anni dopo il fallimento, nulla era stato loro corrisposto e il curatore del fallimento aveva fatto loro sapere che una ripartizione, anche parziale, in loro favore era assolutamente improbabile. Di conseguenza, le ricorrenti hanno adito il suddetto giudice chiedendo che la Repubblica italiana, alla luce dell'obbligo ad essa incombente di applicare la direttiva 80/987 dal 23 ottobre 1983, fosse condannata a corrispondere loro gli importi ad esse spettanti a titolo di retribuzioni arretrate, quanto meno per le ultime tre mensilità o, in mancanza, a versare loro un indennizzo.

responsabilità degli Stati ma per comportamenti di organi esecutivi che si fossero posti in contrasto con specifici obblighi comunitari sanciti in norme direttamente applicabili. L'importanza della posta in palio aveva mobilitato nella causa le difese di numerosi governi e la stessa Commissione C.E. aveva svolto una difesa prudente e problematica. Il richiamo nel corpo della sentenza ad alcune delle più significative precedenti pronunzie della Corte sulla portata dell'ordinamento giuridico comunitario (sentenze *Van Genden en Loos*, *Costa/Enel*, *Simmenthal*, *Factortame*) contribuisce a dare la misura dell'importanza del nuovo principio affermato. Comunque, se da un lato la sentenza, sanzionando il comportamento degli Stati al di là della pronuncia di mera responsabilità degli stessi nei confronti della Comunità, potrà indurre ad una più puntuale e tempestiva osservanza degli obblighi comunitari, d'altro lato il richiamo delle condizioni per il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno (punto 40 della sentenza) nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità appaiono circoscrivere, anche se in limiti al momento non ben definibili, la ricaduta nel diritto interno del principio affermato.

La sentenza 2 febbraio 1989, nella causa 22/87, COOMMISSIONE c. ITALIA, citata in motivazione, è pubblicata in *questa Rassegna*, 1989, I, 84, con nota di FIUMARA, *Sulla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro*.

7. - In questo contesto i giudici nazionali hanno sottoposto alla Corte la seguenti questioni pregiudiziali, identiche nelle due cause:

« 1. In forza del sistema di diritto comunitario vigente può il privato che sia stato leso dalla mancata attuazione da parte dello Stato della direttiva 80/987 - mancata attuazione accertata con sentenza di condanna della Corte di giustizia - pretendere l'adempimento da parte dello Stato stesso delle disposizioni in essa contenute che siano sufficientemente precise ed incondizionate invocando direttamente, nei confronti dello Stato membro inadempiente, la normativa comunitaria per ottenere le garanzie che lo Stato stesso doveva assicurare e comunque rivendicare il risarcimento dei danni subiti relativamente alle disposizioni che non godono di tale prerogativa?

2. Il combinato disposto degli artt. 3 e 4 della direttiva 80/987 del Consiglio dev'essere interpretato nel senso che, nel caso in cui lo Stato non si sia avvalso della facoltà di introdurre i limiti di cui all'art. 4, lo Stato stesso è tenuto al pagamento dei diritti dei lavoratori subordinati nella misura stabilita dall'art. 3?

3. Nel caso di risposta negativa alla domanda 2 stabilisca la Corte qual è la garanzia minima che lo Stato deve assicurare ai sensi della direttiva 80/987 al lavoratore avente diritto in modo che la quota di retribuzione a quest'ultimo dovuta possa considerarsi attuazione della direttiva stessa ».

8. - Per una più ampia illustrazione degli antefatti delle cause principali, dello svolgimento del procedimento nonché delle osservazioni scritte presentate alla Corte si fa rinvio alla relazione d'udienza. Questi elementi del fascicolo sono richiamati solo nella misura necessaria alla comprensione del ragionamento della Corte.

9. - La prima questione sollevata dal giudice nazionale pone due problemi che occorre esaminare separatamente. Essa riguarda, in primo luogo, l'efficacia diretta delle norme della direttiva che definiscono i diritti dei lavoratori e, in secondo luogo, l'esistenza e la portata della responsabilità dello Stato per i danni derivanti dalla violazione degli obblighi ad esso incombenti in forza del diritto comunitario.

Sull'efficacia diretta delle disposizioni della direttiva che definiscono i diritti dei lavoratori.

10. - La prima parte della prima questione formulata dal giudice nazionale è diretta a stabilire se le disposizioni della direttiva che definiscono i diritti dei lavoratori debbano essere interpretate nel senso che gli interessati possono far valere tali diritti nei confronti dello Stato dinanzi ai giudici nazionali in mancanza di provvedimenti di attuazione adottati entro i termini.

11. - Secondo una giurisprudenza costante, lo Stato membro che non ha adottato entro i termini i provvedimenti di attuazione imposti da una direttiva non può opporre ai singoli l'inadempimento, da parte sua, degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa. Perciò, in tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, tali disposizioni possono essere richiamate, in mancanza di provvedimenti d'attuazione adottati entro i termini, per opporsi a qualsiasi disposizione di diritto interno non conforme alla direttiva, ovvero in quanto siano atte a definire diritti che i singoli possono far valere nei confronti dello Stato (sentenza 19 gennaio 1982, Becker, punti 24 e 25 della motivazione, causa 8/81, Racc. pag. 53).

12. - Occorre quindi chiedersi se le disposizioni della direttiva 80/987 che definiscono i diritti dei lavoratori siano incondizionate e sufficientemente precise. Tale esame deve riguardare tre aspetti, e cioè la determinazione dei beneficiari della garanzia stabilita da detta disposizione, il contenuto di tale garanzia e, infine, l'identità del soggetto tenuto alla garanzia. Al riguardo si pone in particolare la questione se lo Stato possa essere considerato tenuto alla garanzia per non aver adottato, entro il termine prescritto, i necessari provvedimenti di attuazione.

13. - Per quanto riguarda, innanzitutto, la determinazione dei beneficiari della garanzia, va rilevato che, in base all'art. 1, n. 1, la direttiva si applica ai diritti dei lavoratori subordinati derivanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro ed esistenti nei confronti di datori di lavoro che si trovino in stato di insolvenza ai sensi dell'art. 2, n. 1, ossia della disposizione che precisa le ipotesi in cui un datore di lavoro dev'essere considerato in stato di insolvenza. L'art. 2, n. 2, rinvia al diritto nazionale per la determinazione delle nozioni di « lavoratore subordinato » e di « datore di lavoro ». Infine l'art. 1, n. 2, dispone che gli Stati membri possono, in via eccezionale e a determinate condizioni, escludere dall'ambito di applicazione della direttiva talune categorie di lavoratori elencati nell'allegato della direttiva.

14. - Queste disposizioni sono sufficientemente precise ed incondizionate per consentire al giudice nazionale di stabilire se un soggetto possa essere o no considerato beneficiario della direttiva. Infatti, il giudice deve solo verificare, in primo luogo, se l'interessato abbia lo *status* di lavoratore subordinato in forza del diritto nazionale e se non sia escluso, a norma dell'art. 1, n. 2, e del suo allegato I, dall'ambito di applicazione della direttiva (v., per quanto riguarda le condizioni richieste per una siffatta esclusione, le sentenze 2 febbraio 1989, Commissione-Italia, punti 18-23 della motivazione, causa 22/87, cit., e 8 novembre 1990, Commis-

sione/Grecia, punti 11-26 della motivazione, Racc. pag. I-3931); in secondo luogo, se ci si trovi in una delle ipotesi di insolvenza di cui all'art. 2 della direttiva.

15. - Per quanto riguarda poi il contenuto della garanzia, l'art. 3 della direttiva dispone che dev'essere garantito il pagamento dei crediti non pagati risultanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro e relativi alla retribuzione per il periodo situato prima di una data stabilita dallo Stato membro che, al riguardo, può scegliere fra tre possibilità e cioè: a) la data in cui è insorta l'insolvenza del datore di lavoro; b) quella del preavviso di licenziamento del lavoratore subordinato interessato, comunicato a causa dell'insolvenza del datore di lavoro; c) quella in cui è insorta l'insolvenza del datore di lavoro o quella della cessazione del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro del lavoratore subordinato interessato, avvenuta a causa dell'insolvenza del datore di lavoro.

16. - In relazione a tale scelta, lo Stato membro ha la facoltà, in forza dell'art. 4, nn. 1 e 2, di limitare l'obbligo di pagamento a periodi di tre mesi o di otto settimane, a seconda dei casi, calcolati secondo modalità precisate nel suddetto articolo. Infine, il n. 3 dello stesso articolo dispone che gli Stati membri possono fissare un massimale per la garanzia di pagamento per evitare il versamento di somme eccedenti la fine sociale della direttiva. Qualora si avvalgano di tale facoltà, gli Stati membri debbono comunicare alla Commissione i metodi con cui fissano il massimale. D'altro canto l'art. 10 precisa che la direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di adottare le misure necessarie ad evitare abusi ed in particolare di rifiutare o di ridurre l'obbligo di pagamento in taluni casi.

17. - L'art. 3 della direttiva lascia così una scelta allo Stato membro per determinare la data a partire dalla quale la garanzia del pagamento dei diritti dev'essere fornita. Tuttavia, come risulta già implicitamente dalla giurisprudenza della Corte (sentenza 4 dicembre 1986, FNV, causa 71/85, Racc. pag. 3855; sentenza 23 marzo 1987, Mc Dermott e Cotter, punto 15 della motivazione, causa 286/85, Racc. pag. 1453), la facoltà attribuita allo Stato di scegliere tra una molteplicità di mezzi possibili al fine di conseguire il risultato prescritto da una direttiva non esclude che i singoli possano far valere dinanzi ai giudici i diritti il cui contenuto può essere determinato con una precisione sufficiente sulla base delle sole disposizioni della direttiva.

18. - Nella fattispecie, il risultato che la direttiva di cui trattasi prescrive è la garanzia del pagamento ai lavoratori dei crediti non pagati in caso di insolvenza del datore di lavoro. Il fatto che gli artt. 3 e 4, nn. 1 e 2, concedano agli Stati membri una certa discrezionalità per quanto

concerne i metodi di fissazione di questa garanzia e la limitazione del suo importo non pregiudica il carattere preciso e incondizionato del risultato prescritto.

19. - Infatti, come hanno messo in rilievo la Commissione e i ricorrenti, è possibile determinare la garanzia minima prevista dalla direttiva fondandosi sulla data la cui scelta comporta l'onere meno gravoso per l'organismo di garanzia. Tale data è quella in cui è insorta l'insolvenza del datore di lavoro, poiché le altre due date, cioè quella del preavviso di licenziamento del lavoratore e quella della cessazione del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro, sono, in base alle condizioni poste dall'art. 3, necessariamente posteriori all'insorgere dell'insolvenza e delimitano quindi un periodo più lungo, durante il quale il pagamento di diritti dev'essere garantito.

20. - Per quanto riguarda la facoltà, di cui all'art. 4, n. 2, di limitare tale garanzia, occorre rilevare che una siffatta facoltà non esclude che si possa determinare la garanzia minima. Infatti, dalla formulazione di tale articolo risulta che gli Stati membri hanno la facoltà di limitare le garanzie accordate ai lavoratori a taluni periodi anteriori alla data di cui all'art. 3. Questi periodi sono stabiliti in relazione a ciascuna delle tre date contemplate all'art. 3, onde è possibile, in ogni caso, determinare fino a che punto lo Stato membro avrebbe potuto ridurre la garanzia prevista dalla direttiva a seconda della data che avrebbe scelto se avesse attuato la direttiva.

21. - Quanto all'art. 4, n. 3, secondo il quale gli Stati membri possono fissare un massimale per la garanzia di pagamento al fine di evitare il versamento di somme eccedenti il fine sociale della direttiva e quanto all'art. 10, in cui si precisa che la direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di adottare le misure necessarie per evitare abusi, va rilevato che uno Stato membro che non abbia adempiuto il proprio obbligo di attuare una direttiva non può neutralizzare i diritti che la direttiva fa sorgere a beneficio dei singoli basandosi sulla facoltà di limitare l'importo della garanzia che esso avrebbe potuto esercitare ove avesse preso le misure necessarie all'attuazione della direttiva (v., a proposito di una facoltà analoga relativa alla prevenzione di abusi nell'ambito fiscale, la sentenza 19 gennaio 1982, Becker, punto 34 della motivazione, causa 8/81, Racc. pag. 53).

22. - Va quindi constatato che le disposizioni controverse sono incondizionate e sufficientemente precise per quanto riguarda il contenuto della garanzia.

23. - Per quanto riguarda infine l'identità di chi è tenuto alla garanzia, l'art. 5 della direttiva stabilisce che:

« Gli Stati fissano le modalità di organizzazione di finanziamento e di funzionamento degli organismi di garanzia nel rispetto, in particolare, dei seguenti principi:

a) il patrimonio degli organismi dev'essere indipendente dal capitale di esercizio dei datori di lavoro e essere costituito in modo da non poter essere sequestrato in un procedimento in caso di insolvenza;

b) i datori di lavoro devono contribuire al finanziamento, a meno che quest'ultimo non sia integralmente assicurato dai pubblici poteri;

c) l'obbligo di pagamento a carico degli organismi esiste indipendentemente dall'adempimento degli obblighi di contribuire al finanziamento ».

24. - È stato sostenuto che, poiché la direttiva prevede la possibilità di finanziamento integrale degli organismi di garanzia da parte dei pubblici poteri, è inammissibile che uno Stato membro possa neutralizzare gli effetti della direttiva sostenendo che avrebbe potuto porre a carico di altri soggetti, in parte o in toto, l'onere finanziario gravante su di esso.

25. - Tale ragionamento non può essere condiviso. Dalla formulazione della direttiva risulta che lo Stato membro è tenuto a predisporre tutto un sistema istituzionale di garanzia appropriato. In forza dell'art. 5, lo Stato membro dispone di un'ampia discrezionalità quanto all'organizzazione, al funzionamento e al finanziamento degli organismi di garanzia. Occorre mettere in rilievo che il fatto, invocato dalla Commissione, che la direttiva preveda come una possibilità, fra le altre, che un sistema del genere sia finanziato integralmente dai pubblici poteri non può significare che si possa identificare lo Stato come debitore dei crediti non pagati. L'obbligo di pagamento è a carico degli organismi di garanzia e solo esercitando il suo potere di organizzare il sistema di garanzia lo Stato può disporre il finanziamento integrale degli organismi di garanzia da parte dei pubblici poteri. In questa ipotesi lo Stato si accolla un obbligo che in linea di principio non gli incombe.

26. - Ne consegue che, anche se le disposizioni controverse della direttiva sono sufficientemente precise e incondizionate per quanto riguarda la determinazione dei beneficiari della garanzia e il contenuto della garanzia stessa, questi elementi non sono sufficienti perché i singoli possano far valere tali disposizioni dinanzi ai giudici nazionali. Infatti, da un lato, queste disposizioni non precisano l'identità di chi è tenuto alla garanzia, e, dall'altro, lo Stato non può essere considerato debitore per il solo fatto di non aver adottato entro i termini i provvedimenti di attuazione.

27. - Si deve pertanto risolvere la prima parte della prima questione dichiarando che le disposizioni della direttiva 80/987 che definiscono i diritti dei lavoratori devono essere interpretate nel senso che gli interessati non possono far valere tali diritti nei confronti dello Stato dinanzi ai giudici nazionali in mancanza di provvedimenti di attuazione adottati entro i termini.

Sulla responsabilità dello Stato per danni derivanti dalla violazione degli obblighi ad esso incombenti in forza del diritto comunitario.

28. - Con la seconda parte della prima questione il giudice nazionale mira a stabilire se uno Stato membro sia tenuto a risarcire i danni derivanti ai singoli dalla mancata attuazione della direttiva 80/987.

29. - Il giudice nazionale pone così il problema dell'esistenza e della portata di una responsabilità dello Stato per danni derivanti dalla violazione degli obblighi che ad esso incombono in forza del diritto comunitario.

30. - Questo problema dev'essere esaminato alla luce del sistema generale del Trattato e dei suoi principi fondamentali.

a) Sul principio della responsabilità dello Stato.

31. - Va innanzitutto ricordato che il Trattato CEE ha istituito un ordinamento giuridico proprio, integrato negli ordinamenti giuridici degli Stati membri e che si impone ai loro giudici, i cui soggetti sono non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini e che, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, il diritto comunitario attribuisce loro dei diritti che entrano a far parte del loro patrimonio giuridico; questi diritti insorgono non solo nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche in relazione agli obblighi che il Trattato impone ai singoli, agli Stati membri o alle istituzioni comunitarie (v. sentenze 5 febbraio 1963, Van Gend en Loos, causa 26/62, Racc. pag. 3, 15 luglio 1964, Costa, causa 6/64, pag. 1126).

32. - Va altresì ricordato che, come risulta da una giurisprudenza costante, è compito dei giudici nazionali incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del diritto comunitario, garantire la piena efficacia di tali norme e tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli (v. in particolare sentenza 9 marzo 1978, Simmenthal, punto 16 della motivazione, causa 106/77, Racc. pag. 629, e sentenza 19 giugno 1990, *Factortame*, punto 19 della motivazione, causa C-213/89, Racc. pag. I-2433).

33. - Va constatato che sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un

risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro.

34. - La possibilità di risarcimento a carico dello Stato membro è particolarmente indispensabile qualora, come nella fattispecie, la piena efficacia delle norme comunitarie sia subordinata alla condizione di un'azione da parte dello Stato e, di conseguenza, i singoli, in mancanza di tale azione, non possano far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti loro riconosciuti dal diritto comunitario.

35. - Ne consegue che il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è inerente al sistema del Trattato.

36. - L'obbligo degli Stati membri di risarcire tali danni trova il suo fondamento anche nell'art. 5 del Trattato, in forza del quale gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi ad essi derivanti dal diritto comunitario. Orbene, tra questi obblighi si trova quello di eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario (v. per quanto riguarda l'analogo disposto dell'art. 86 del Trattato CECA, la sentenza 16 dicembre 1960, Humblet, causa 6/60, Racc. pag. 1093).

37. - Da tutto quanto precede risulta che il diritto comunitario impone il principio secondo cui gli Stati membri sono tenuti a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario ad essi imputabili.

b) Sulle condizioni della responsabilità dello Stato.

38. - Se la responsabilità dello Stato è così imposta dal diritto comunitario, le condizioni in cui essa fa sorgere un diritto a risarcimento dipendono dalla natura della violazione del diritto comunitario che è all'origine del danno provocato.

39. - Qualora, come nel caso di specie, uno Stato membro violi l'obbligo, ad esso incombente in forza dell'art. 189, terzo comma, del Trattato, di prendere tutti i provvedimenti necessari a conseguire il risultato prescritto da una direttiva, la piena efficacia di questa norma di diritto comunitario esige che sia riconosciuto un diritto a risarcimento ove ricorrano tre condizioni.

40. - La prima di queste condizioni è che il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti a favore dei singoli. La seconda condizione è che il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva. Infine, la terza condizione è l'esistenza di un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi.

41. - Tali condizioni sono sufficienti per far sorgere a vantaggio dei singoli un diritto ad ottenere un risarcimento, che trova direttamente il suo fondamento nel diritto comunitario.

42. - Con questa riserva, è nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato. Infatti, in mancanza di una disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascun Stato membro designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario (v. le seguenti sentenze: 22 gennaio 1976, Russo, causa 60/75, Racc. pag. 45; 16 febbraio 1976, Rewe, causa 33/76, Racc. pag. 1989; 7 luglio 1981, Rewe, causa 158/80, Racc. pag. 1805).

43. - Occorre rilevare inoltre che le condizioni, formali e sostanziali, stabilite dalle diverse legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna e non possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (v. per quanto concerne la materia analoga del rimborso di imposte riscosse in violazione del diritto comunitario, in particolare la sentenza 9 novembre 1983, San Giorgio, causa 199/82, Racc. pag. 3595).

44. - Nella fattispecie, la violazione del diritto comunitario da parte di uno Stato membro a seguito della mancata attuazione entro i termini della direttiva 80/987 è stata accertata con una sentenza della Corte. Il risultato prescritto da tale direttiva comporta l'attribuzione ai lavoratori subordinati del diritto ad una garanzia per il pagamento di loro crediti non pagati relativi alla retribuzione. Come risulta dall'esame della prima parte della prima questione, il contenuto di tale diritto può essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva.

45. - Stando così le cose, spetta al giudice nazionale garantire, nell'ambito delle norme di diritto interno relative alla responsabilità, il diritto dei lavoratori ad ottenere il risarcimento dei danni che siano stati loro provocati a seguito della mancata attuazione della direttiva.

46. - La questione sollevata dal giudice nazionale va pertanto risolta nel senso che uno Stato membro è tenuto a risarcire i danni derivanti ai singoli dalla mancata attuazione della direttiva 80/987.

Sulla seconda e sulla terza questione.

47. - Alla luce della soluzione data alla prima questione pregiudiziale non occorre pronunciarsi sulla seconda e sulla terza questione. (*omissis*)

SEZIONE TERZA

**GIURISPRUDENZA CIVILE,
GIURISDIZIONE E APPALTI**

CORTE DI CASSAZIONE; sez. un., 29 dicembre 1990 n. 12221; *Pres.* Zucconi Galli Fonseca, *Est.* Vercellone, P.M. Grossi, (concl. conf.); Soc. Mededil (avv. Villani, Acquarone) c. Comune di Napoli (avv. Fico), Soc. Cogefar (avv. Cochetti), Soc. Sincies Chiementin (avv. Stella Richter, Abbamonte).

Opere pubbliche - Concessione - Bando di gara di appalto predisposto dal concessionario - Controversia - Giurisdizione amministrativa.

Appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo il ricorso proposto da impresa privata aspirante all'aggiudicazione di appalto per la costruzione di opera pubblica avverso il bando di gara disposto da società privata concessionaria dell'opera (1).

Concessione di committenza e giurisdizione (*).

1) Discrimine fra giurisdizione ordinaria ed amministrativa.

Nel corso della trasformazione attraverso cui il nostro processo amministrativo sta evolvendo da circa vent'anni a questa parte, uno degli indicatori più sensibili è dato dal mutamento del criterio di discriminare tra giurisdizioni, rappresentato una volta dalla tradizionale distinzione fra diritto soggettivo ed interesse legittimo e soppiantato oggi dalla distinzione per « blocchi di materie ».

L'affermazione di principio, condiviso da larga parte della più recente dottrina (1) viene spesso spiegata come effetto dello sviluppo della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, dovuto a ricorrenti spinte del legislatore e della giurisprudenza.

La legge istitutiva del T.A.R. segnò l'avvio del fenomeno con l'attribuzione a detta competenza della materia delle concessioni, così intaccando per

(*) Il presente articolo è tratto da una relazione tenuta il 6 giugno 1991 al Convegno intitolato: « La concessione di opere pubbliche e le recenti pronunce della Cassazione e del Consiglio di Stato » organizzato dall'I.G.I. Istituto Grandi Infrastrutture, con riferimento alla sentenza della Cassazione SS.UU. 29 dicembre 1990, n. 12221, sopra pubblicata e al Parere del Consiglio di Stato, sez. III, n. 192/90 del 4 dicembre 1990.

(1) M. NIGRO, nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo, *Atti della tavola rotonda*, in *Foro Amm.* 1981, 2140 ss.; G. BERTI, *Divisione delle situazioni di tutela e degli ordini dei giudici*, in *Istituto di diritto pubblico facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Firenze*; *Diritto Amm.vo e giustizia amm.va nel bilancio di un decennio di giurisprudenza* a cura di U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI - D. SORACE - MAGGIOLI - I, p. 175 ss.; S. GIACCHETTI, *La Giurisdizione esclusiva fra l'essere e il divenire*, in *Studi per il Centenario della Quarta Sezione*, Roma 1989, 644 ss.; A. ROMANO, *Il giudice amministrativo di fronte alla tutela degli interessi diffusi*, in *Foro it.* 1979, V, 8.

Svolgimento del processo — La società Mededil s.p.a. è concessionaria del comune di Napoli per la costruzione delle opere per l'interramento delle ferrovie Alifana e Circumvesuviana ed in tale veste ha indetto due bandi di gara per l'affidamento dei lavori di costruzione di gallerie artificiali per l'interramento di tronchi ferroviari.

La s.r.l. Chiementin ha proposto ricorso al Tar Lazio. Nel ricorso denuncia l'inadeguatezza dei termini per la domanda di partecipazione in quanto i bandi sono stati pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale del 14 marzo 1985 ed inviati all'ufficio delle pubblicazioni ufficiali della Cee il 1° marzo 1985 ed in quei bandi era indicato che la domanda di partecipazione « dovrà pervenire alla Mededil entro e non oltre le ore 12 del 22 marzo 1985 ».

Secondo il ricorrente da tale situazione derivava che un soggetto non preventivamente informato della pubblicazione del bando era di fatto impossibilitato a prendere parte alla gara. La Chiementin aveva invitato la Mededil a fissare una nuova scadenza, ma questa ha risposto negativamente con telegramma del 29 marzo 1985.

Sulla base di tali fatti la Chiementin chiede al Tar l'annullamento dei bandi di gara, del rifiuto di indire nuovo termine, « nonché di ogni altro atto, comunque connesso, presupposto o consequenziale, ivi com-

la prima volta, per clausola generale invece che con il classico principio di enumerazione, il criterio tradizionale.

Seguirono — in via esemplificativa e non esaustiva — le leggi 20 marzo 1980 n. 75, 24 marzo 1981, n. 145 e più di recente la legge 7 agosto 1990, n. 241, che devolve alla competenza esclusiva del giudice amministrativo le controversie sull'« amministrazione contrattata » di nuova istituzione e la legge 10 ottobre 1990, n. 287 sulla tutela della concorrenza e del mercato che devolve al T.A.R. Lazio la competenza in via esclusiva a conoscere dei ricorsi contro i provvedimenti amministrativi in base ad essa adottati.

Ma vi è di più: la giurisprudenza si è inserita nella linea evolutiva di tendenza così segnata dal legislatore ed ha qualificato come esclusiva, in taluni casi, una competenza giurisdizionale che il legislatore, nell'attribuirle al giudice amministrativo, aveva lasciato priva di etichetta. Si allude in particolare all'art. 32 l. 11 giugno 1971, n. 426 relativo ai ricorsi sui provvedimenti del sindaco in materia di autorizzazioni di commercio ed all'art. 16 della legge 28 gennaio 1977, n. 10 relativa ai ricorsi in materia di concessione di costruzione, dei relativi contributi e delle sanzioni (2).

Alle considerazioni sin qui svolte deve poi aggiungersi un richiamo alla giurisprudenza della Corte Costituzionale, che ha « civilprocessualizzato », con le notissime recenti sentenze (3), i poteri cautelari e probatori del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva.

(2) Cass. 5 ottobre 1979, n. 5145 e 25 luglio 1980, n. 4831.

(3) Corte Cost. 28 giugno 1985, n. 190, in *Giur. it.* 1985, I, 1, 1297 (700); Corte Cost. 10 aprile 1987, n. 146 in *Dir. proc. amm.* 1987, p. 582 (sull'istr. probatoria).

presa, ove nel frattempo intervenuta, l'aggiudicazione delle anzidette gare» (l'aggiudicazione è intanto intervenuta). L'annullamento secondo la ricorrente, dovrebbe pronunciarsi per violazione degli artt. 9 e 10 L. 8 agosto 1977 n. 484 e dell'art. 7 l. 2 febbraio 1973 n. 14.

La società Mededil ha proposto a questa corte ricorso preventivo di giurisdizione ex art. 41 c.p.c., chiede che la corte dichiari l'assoluto difetto di giurisdizione e, in subordine, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in ordine all'azione proposta dalla Chiementin.

Resiste quest'ultima con controricorso. Con controricorso si sono pure costituiti il comune di Napoli e la s.p.a. Cogefar, capogruppo dell'associazione temporanea di imprese di aggiudicatarie dei lavori, per giudice amministrativo in ordine all'azione proposta dalla Chiementin. hanno inoltre presentato memoria aggiuntiva.

Motivi della decisione — È indiscusso che la Mededil abbia agito, nella fase del preventivo avviso di gara, momento iniziale della procedura di appalto delle opere mediante licitazione privata, nella sua qualità di concessionaria per la realizzazione delle opere di cui si tratta, e che queste sono opere pubbliche.

È indiscusso dunque che la concessione non si riduce ad un mero appalto di opere: la Mededil, infatti, può e deve svolgere le attività di

Il rapporto fra giurisdizione generale di legittimità e giurisdizione esclusiva, che una volta era da regola ad eccezione, tende dunque ad invertirsi e tende pure, però, ad invertirsi il modello di giudizio: se una volta era il giudizio sull'atto a limitare il giudizio sul rapporto, oggi è il giudizio sul rapporto, nelle dimensioni processual-civilistiche raggiunte, ad informare di sé il giudizio sull'atto, attraendolo verso il giudizio sulla pretesa.

Ciò è avvenuto attraverso una serie di linee evolutive che vanno dalla dilatazione dell'uso dello strumento cautelare, alla recessione dalla pratica dell'assorbimento, all'adozione nelle decisioni di prescrizioni ordinarie, all'affinamento del giudizio di ottemperanza, all'evoluzione del vizio di eccesso di potere come vizio della funzione, con conseguente spostamento del centro di gravità del sindacato dall'atto all'attività.

Va sfumando, dunque, sempre di più la distinzione fra diritto ed interesse come situazioni sostanziali tutelate, avviate come sono le due figure verso una garanzia giurisdizionale sempre meno differenziata, sì che anche con riferimento alla giurisdizione generale di legittimità il criterio discriminatore sostanziale più che alla qualificazione della posizione vantata si riferisce molto spesso al « settore materiale di competenza », come è stato già autorevolmente rilevato, con riguardo alle famose sentenze della Suprema Corte sul diritto alla salute (4).

A coronamento della tendenza ora descritta, si pone poi la legge di riforma del processo, che, come è noto, fa della giurisdizione esclusiva il modulo

(4) F. PIGA, Nuovi criteri di discriminazione delle giurisdizioni amministrative e ordinarie: siamo ad una svolta?, in Giust. civ. 1980, I, 366.

stazione appaltante, che istituzionalmente sono esercitate dall'ente pubblico concedente e che, appunto in forza della concessione, sono invece esercitate dalla concessionaria.

È indiscusso pure che la Mededil è società per azioni di diritto privato.

Quando alle norme che la Chiementin assume violate, esse riguardano il momento del preventivo avviso della gara. In particolare l'art. 7 l. 2 febbraio 1973 n. 14, quale sostituto della l. 8 ottobre 1984 n. 687, art. 7, impone un determinato procedimento, con pubblicazione del preventivo avviso di gara con precise modalità, precisando altresì che nell'avviso di gara deve essere indicato un termine non inferiore a dieci giorni dalla pubblicazione della notizia, entro il quale gli interessati possono chiedere di essere invitati alla gara.

Quando all'art. 10 L. 8 agosto 1977 n. 584 (norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità europea), questo prevede che, in caso di licitazione privata, il termine di ricezione delle domande di partecipazione non può essere inferiore a ventuno giorni dalla data dell'invio del bando all'ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee.

È qui da precisare, per quanto riguarda la norma di cui all'art. 7 l. 14/73, che la stessa concerne le licitazioni private per appalti di opere

processuale elettivo del processo amministrativo (5) attribuendole dimensioni pressoché totalizzanti. Cosicché se già adesso la maggioranza delle controversie pendenti dinanzi ai giudici amministrativi lo è in sede di giurisdizione esclusiva, non è azzardato prevedere che, ove la riforma vada in porto, tale maggioranza diverrà predominio assoluto.

Anche il giudice amministrativo italiano, come i giudici amministrativi di altre nazioni, sembra dunque avviato a diventare « il giudice naturale della pubblica amministrazione » (6) con una individuazione della sua competenza operata prescindendo dalla natura delle situazioni protette.

2) *La sentenza delle SS.UU. della Cassazione 29 dicembre 1990, n. 12221.*

Tanto precisato in via generale, dobbiamo ora chiederci se la sentenza della Cassazione che, con il coevo parere del Consiglio di Stato (7), ha dato spunto a queste riflessioni, si collochi nella linea ora indicata o ne diverga. La risposta va differenziata a seconda che si guardi alla motivazione o al dispositivo: tradizionalista l'una, innovatore l'altro. In realtà la sentenza sembra ispirata, nella sua stesura, alla poetica di Andrea Chenier, quella poetica espressa nel famoso verso: « *sur des penses nouveaux faisons des vers antiques* ». La Suprema Corte, infatti, pur utilizzando il più classico degli strumenti dogmatici (contrapposizione diritto-interesse, tutela diretta — tutela indiretta, norma di relazione — norma di azione) giunge, in realtà, ad un

(5) S. GIACCHETTI, op. loc. cit.

(6) S. GIACCHETTI, op. loc. cit.

(7) Consiglio di Stato, Sez. III, parere 192/1990 del 4 dicembre 1990.

« che si eseguono a cura delle amministrazioni pubbliche e degli enti pubblici, dei loro concessionari ».

Si può dunque pervenire ad una prima statuizione. La s.p.a. Mededil nella sua qualità di concessionaria del comune di Napoli per la costruzione delle opere in questione, era tenuta a rispettare le modalità richieste per il procedimento di avviso di gara: tenuta non soltanto in forza dei rapporti derivanti dalla concessione, ma anche in forza di un obbligo direttamente derivante da una legge dello Stato. Ciò, sicuramente, almeno per quanto riguarda la norma ex art. 7 L. 14/73, della cui violazione appunto si duole la s.r.l. Chiementin.

I concessionari, infatti, come si è visto, sono posti, dall'art. 1 della stessa legge, sullo stesso piano delle amministrazioni pubbliche e degli enti pubblici.

Ulteriori osservazioni e statuizioni possono ora farsi in relazione alle finalità e natura delle disposizioni ora ricordate.

Si tratta di regole relative ad un comportamento da tenere nella fase preliminare alla licitazione privata. Sono norme che hanno lo scopo di far sì che alle licitazioni private possano concorrere il maggior numero di imprese interessate all'aggiudicazione dell'appalto; scopo certamente rivolto a garantire l'interesse pubblico che la gara sia davvero

risultato clamorosamente innovatore, in linea con la più evolutiva delle tendenze, devolvendo al giudice amministrativo la competenza in materia in ossequio sostanziale ad un criterio di funzionalità ancor prima che garantistico.

Il « nucleo fondante » della sentenza — per usare un'espressione oggi molto in uso — si basa infatti sulla considerazione che la procedura per l'assegnazione degli appalti necessari alla realizzazione dell'opera pubblica è materia squisitamente pubblicistica da affidare alla elettiva competenza del giudice amministrativo, a prescindere dalla natura privata o pubblica del soggetto che procede a tale assegnazione.

Al di là di ogni nominalismo e di ogni concettualismo, la Suprema Corte si muove quindi in perfetta sintonia con quella linea di tendenza cui prima si accennava che vede spostarsi il discrimine della giurisdizione dalla situazione sostanziale tutelata al tipo di materia giudicabile, realizzando così appieno una profezia di Berti, il quale scriveva: « ...diventa sempre più decisiva la distribuzione delle controversie tra giudice ordinario e giudice amministrativo che compete alla Corte di Cassazione, la quale nel decidere potrà ancora servirsi a lungo dei suoi *topoi* giurisprudenziali (esistenza-inesistenza del potere pubblico; norme di relazione e norme di azione, ecc.), ma si muoverà in realtà alla stregua di criteri desunti dall'equilibrio che, secondo il suo giudizio, conviene preservare o modificare, con riferimento al caso concreto, tra l'ordinamento della giurisdizione ordinaria e quello della giurisdizione amministrativa: la posizione individuale verrà di volta in volta modellata alla stregua di questa ispirazione » (8).

(8) G. BERTI: op. loc. cit., pag. 194.

in grado di consentire la scelta più rispondente all'esigenza di una corretta e adeguata esecuzione dell'opera. Non sono norme volte a tutelare direttamente l'interesse di ogni imprenditore interessato a partecipare alla gara; questo è solo indirettamente protetto proprio dall'obbligo di chi indice la gara a tenere quei certi comportamenti stabiliti dalla legge, ed in specie dall'obbligo di dare precisi e tempestivi avvisi di gara che lascino ai candidati concorrenti un termine adeguato per risolversi a chiedere di essere invitati alla gara.

La situazione soggettiva dell'imprenditore si configura dunque secondo il modello dell'interesse legittimo: interesse a che la norma sia rispettata da chi bandisce la gara, perché, se invece questa è violata, egli può subire il pregiudizio insito nella mancata sua partecipazione alla gara. Non è diritto soggettivo, perché la norma ha per destinatario direttamente ed esclusivamente chi indice la gara ed è, come si è detto, volta

In effetti, lo snodarsi dell'argomentazione della Suprema Corte attraverso tutti i classici passaggi del discrimine fra le due giurisdizioni appare tutt'altro che convincente.

E proprio la scoperta debolezza dei relativi argomenti lascia sospettare — dato che *nihil sine ratione* — che l'opzione per la giurisdizione amministrativa sia in realtà non la conclusione obiettivamente motivata del ragionamento, ma piuttosto la premessa pregiudiziale e motivante di quest'ultimo.

I presupposti cui la Corte collega la giurisdizione amministrativa sono quelli tradizionali: a) che la situazione soggettiva vantata dal partecipante alla gara d'appalto di opera pubblica affidata in concessione sia un interesse legittimo; b) che la procedura di aggiudicazione posta in essere dal concessionario sia attività obiettivamente amministrativa; c) che il concessionario sia soggetto pubblico.

Il fatto è che tali presupposti — in astratto sufficienti e tradizionalmente necessari per fondare la giurisdizione amministrativa — nella specie concreta non ricorrono.

Vale la pena, in proposito, entrare nel dettaglio.

A) Innanzitutto la Corte attribuisce natura di interesse legittimo alla situazione soggettiva vantata dal partecipante alla gara, in quanto — afferma — la normativa disciplinante l'aggiudicazione non è tanto volta « a tutelare direttamente l'interesse di ogni imprenditore interessato a partecipare alla gara », quanto a garantire l'interesse pubblico alla selezione dell'impresa più idonea all'esecuzione dell'opera.

Sostanzialmente la Corte formula due passaggi logici, l'uno sottinteso e l'altro espresso: il primo passaggio (sottinteso) postula che le attività disciplinate in funzione del pubblico interesse siano, per ciò solo, attività di diritto amministrativo; il secondo passaggio (espresso) postula che a fronte di tali attività non possa nascere in capo alle controparti una situazione di diritto soggettivo ma soltanto di interesse legittimo.

Ne discende una relazione di equivalenza così sintetizzabile: attività di interesse pubblico = attività di diritto amministrativo = interesse legittimo, relazione che integra la premessa maggiore del sillogismo sulla giurisdizione.

Senonché l'operazione logica sottesa alla descritta equivalenza non appare convincente né sotto il profilo dogmatico, né sotto quello storico e normativo.

a tutelare l'interesse pubblico ad una effettiva pluralità di partecipanti alla gara. Ma nemmeno è interesse semplice, che non sarebbe in alcun modo tutelabile. Certo, occorre che colui che intende far valere giudizialmente quel suo interesse provi di essere non già un qualunque cittadino, ma un imprenditore che per il tipo di attività svolta avrebbe potuto partecipare alla gara sicché il mancato od intempestivo avviso gli abbia, almeno potenzialmente, causato un pregiudizio. Ma quando questa particolare qualificazione sia provata o comunque data per ammessa, il modello dell'interesse legittimo appare congruo per identificare la situazione soggettiva. E già infatti nella fase precedente alla richiesta di invito che si configura l'interesse collettivo cui prima si è fatto cenno. Certo, la richiesta di invito non vincola l'amministrazione, ma l'interesse ad un'effettiva, od almeno potenziale, pluralità di concorrenti alla licitazione, già si attua con un corretto e tempestivo avviso di gara che consenta di

L'analisi dogmatica dimostra, anzitutto, l'erroneità della equivalenza tra attività di interesse pubblico e natura amministrativa della stessa.

Gli studi civilistici mostrano infatti che — in un ordinamento ispirato alla recessione della libertà individuale dinanzi al prevalente principio di solidarietà sociale — ogni atto di autonomia privata è funzionalizzato a fini sociali (artt. 41, 42 Cost.), il cui rilievo spiega la sempre più estesa regolamentazione imperativa del contratto (c.d. pubblicizzazione del contratto).

Se, dunque, anche il negozio privato è allineato (o almeno non confligente) con interessi superprivati (o pubblici) senza con ciò perdere la natura di negozio privato, (9) deve concludersi che l'interesse pubblico non può essere considerato quale indice qualificativo di un'attività di diritto amministrativo.

Né questa può essere desunta dalla posizione di preminenza unilaterale di una parte sull'altra, dato che anche nel diritto privato è ormai pacifico il riconoscimento di posizioni di «supremazia» o autoritatività (di fatto o di diritto), al punto che la dottrina civilistica non esita ad attribuire all'autonomia negoziale anche funzioni tradizionalmente riservate ai pubblici poteri (es. negozi con funzioni normative, sanzionatorie, di accertamento) (10).

Per converso l'equivalenza tra attività di interesse pubblico, potestà amministrativa e interesse legittimo, è posta fortemente in dubbio nel settore degli enti pubblici economici che, pur essendo soggetti di diritto pubblico, si avvalgono di moduli di attività tipicamente privati (11).

All'esito dell'analisi dogmatica emerge, dunque, che la generica ricorrenza d' un interesse pubblico riferito ad una certa attività non equivale a dire

(9) E. BETTI: *Negozio giuridico* in *Nov. Dig.* XI 1963 p. 1209; G. MIRABELLI: *Negozio giuridico (teoria)*, in *Enc. dir.* XXVIII, p. 13 ss.; D. BARCELLONA: *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 29 ss.; M. MUZZO: *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, p. 87 ss.; F. GALGANO: *Il problema del negozio giuridico* in *Riv. Trim. dir. proc. amm.*vo, 1976, p. 449 ss.; M. BIANCA: *Diritto civile*, III, Milano 1984, p. 31 ss.

(10) M. BIANCA: *Le autorità private*, Napoli 1977; M. GIORGIANNI: *Accertamento (negozio di)* in *Enc. dir.* I, 1958, p. 227 ss.

(11) S. CASSESE: *Azionariato di Stato* in *Enc. dir.* IV, 1959, p. 774; V. OTTAVIANO: *Ente pubblico* in *Enc. dir.*, XIV, 1965, p. 969; V. OTTAVIANO: *Impresa Pubblica* in *Enc. dir.* XX, 1970, p. 669 ss.; M.S. GIANNINI: *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.* 1958, p. 931.

chiedere l'invito e dunque, da parte di chi indice la gara, di potere svolgerla come una vera gara, cioè con dei concorrenti.

Si può quindi pervenire ad una seconda statuizione, conforme a quanto già stabilito da questa Suprema corte a sezioni unite, con la sentenza n. 2324 del 4 aprile 1986 (Foro it., Rep. 1986, voce Opere pubbliche, n. 126). In materia di gara per la scelta del contraente di un contratto di appalto di opere pubbliche, la disciplina posta dalla legge non è diretta alla tutela del contraente (o del candidato contraente) ma essenzialmente alla tutela dell'interesse pubblico al corretto svolgimento dell'attività della pubblica amministrazione, tendendo allo scopo di escludere ogni arbitrio in materia e di assicurare alla pubblica amministrazione le più vantaggiose scelte contrattuali. Il privato può da tali norme ricavare la tutela del proprio concorrente interesse allo svolgimento della gara in modo regolare in via indiretta, essendosi nel campo degli interessi

che detta attività sia espressione di diritto amministrativo; il che rende ancora problematica e tutta da dimostrare la configurabilità di un interesse legittimo.

Se queste sono le perplessità dogmatiche, ancora maggiori e più delicate sono quelle storiche, che emergono ove ci si accinga a valutare le categorie logiche proposte dalla Corte nella loro attualità, ossia nella capacità di inserirsi congruamente nel sistema del diritto vivente.

L'analisi storica infatti, mette in dubbio proprio l'interesse legittimo come categoria ontologica e la sua utilizzabilità come criterio di discriminazione della giurisdizione.

Non è inutile ricordare le origini della figura, creata con alchimia di sapore medievale come « creatura di laboratorio » o « pianta di serra », al fine di costituire la ragion d'essere per il nuovo giudice amministrativo istituito nel 1889 (12).

Neppure è fuori luogo sottolineare come all'occhio del giurista più smaliziatto l'espedito apparisse già allora un « grande geniale inganno » (13) o « la personificazione di un'ombra » (14).

L'artificialità delle origini è guida per interpretare lo sviluppo della figura.

È vero che nel cinquantennio successivo l'interesse legittimo divenne realtà del diritto vivente e, teoricamente, il modo « più semplice e lineare » per descrivere il dialogo del privato con l'Amministrazione nell'esercizio del potere (15); ma è anche vero che l'interesse legittimo è categoria storica e non necessità ontologica e, pertanto, l'ascesa dell'astro non può essere ipostatizzata poiché è sempre suscettibile di declino in relazione ai mutamenti del sistema.

Nel momento attuale è innegabile la frantumazione dell'istituto, che per un verso, nel campo del diritto amministrativo, perde i suoi dati caratterizzanti, per altro verso compare anche in altri rami del diritto.

(12) I. F. CARAMAZZA: Il diritto civile e politico del cittadino nella cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria. Relazione presentata al VII convegno di studi giuridici « Contributi per la storia dell'interesse legittimo » organizzato dalla sezione Toscana del CISA Firenze; 2-3 dicembre 1988, in corso di pubblicazione.

(13) G. BERTI: In margine al dibattito sulla giustizia amministrativa in Jus 1982, p. 4.

(14) F. CORDERO: Le situazioni soggettive nel processo penale, Torino, p. 278.

(15) F. G. SCOCA: Interessi protetti (dir. amm.) in Enc. giur. Treccani, p. 3.

legittimi, non degli interessi semplici né in quello dei diritti soggettivi. La cognizione delle controversie relative al rispetto delle regole di svolgimento delle procedure di scelta del contraente spetta esclusivamente al giudice amministrativo, trattandosi appunto di materia di interessi legittimi.

Si può ora affrontare il tema più delicato che presenta la proposta questione di giurisdizione.

E certo che la cognizione della controversia portata innanzi dalla Chiementin sarebbe spettata al giudice amministrativo qualora il bando di gara fosse stato indetto direttamente dal comune di Napoli. Si domanda se la soluzione debba essere diversa per la circostanza che quelle opere pubbliche siano state oggetto di concessione di sola costruzione dal comune alla Mededil sì che il bando è stato indetto da quest'ultima e tutta la procedura è stata da questa posta in essere: in specie, da essa

In realtà nell'attuale temperie storica il prevalere dello Stato erogatore di servizi sullo Stato-Autorità (16) e l'attualizzarsi dello Stato «Service Publique» teorizzato dal Duguit (17), ha arricchito di contenuto pretensivo l'interesse vantato dal privato verso l'Amministrazione, novandone gli elementi costitutivi della struttura.

Ora se l'oggetto dell'interesse — originariamente incentrato sulla legittimità — si sposta direttamente sul bene della vita (18); se la protezione riconosciuta al privato — originariamente inattiva — si sostanzia in facoltà attive di iniziativa, intervento e collaborazione all'esercizio del potere (19); se la potestà amministrativa — astretta tra la preregolamentazione normativa e l'atto amministrativo generale — è sempre meno discrezionale e sempre più vincolata; se, in definitiva, il potere (licere agere) si trasforma in dovere (necesse agere), vuol dire che è mutato il dato essenziale e identificativo del rapporto tra P.A. e privato.

Si può ancora continuare a parlare di interesse legittimo, ma è chiaro che, al di là dei nominalismi, tali situazioni, almeno in gran parte, sono divenute «quasi diritti» (20), non sostanzialmente differenziate dai diritti di credito (21).

Per converso nel diritto civile si sono poste in evidenza situazioni soggettive strutturalmente assimilabili all'interesse legittimo, più che al diritto soggettivo classico, cioè sia nel campo dei c.d. poteri privati (22), sia nel campo dei rapporti giuridici preparatori (23),

(16) G. AZZARITI: Dalla discrezionalità al potere, Padova 1988, p. 361.

(17) Sulla concessione del Duguit: v. M. NIGRO: E' ancora attuale una giustizia amministrativa? in Foro it. 1983, V. p. 249.

(18) M. NIGRO: Giustizia Amministrativa, Bologna 1983, p. 67 ss.

(19) M. NIGRO: op. cit. p. 125; M. NIGRO: Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione in Foro it. 1987, V. p. 469; A. ORSI BATTAGLINI: Attività vincolata e situazioni soggettive in Riv. trim. dir. e proc. civ. 1988, p. 3 ss.

(20) M. NIGRO: Ma che cos'è questo interesse legittimo? op. cit., p. 477-478; F. LUCARELLI: modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici, Padova 1990.

(21) F. G. SCOCCA: interessi protetti, op. cit., p. 10.

(22) L. BIGLIAZZI GERI: Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato, Milano 1967.

(23) G. GABRIELLI: il rapporto giuridico preparatorio, Milano 1974, p. 32 ss.

sono stati posti in essere quegli atti, tra cui da ultimo l'aggiudicazione, di cui la Chiementin ha chiesto l'annullamento col suo ricorso al Tar.

Per la soluzione di questo problema può intanto porsi un postulato, tale perché riguarda problemi ormai da anni univocamente risolti da dottrina e giurisprudenza se non unanime certamente di assoluta prevalenza. Il postulato è che la concessione di sola costruzione è cosa diversa da un appalto proprio perché al concessionario non è posta la sola obbligazione di compiere l'opera pubblica, vale a dire di svolgere la semplice attività materiale di costruzione di questa. Il concessionario, nella sua figura tipica, cui appare corrispondere quella specifica della Mededil, è investito di poteri e facoltà propri dell'ente concedente, quali la progettazione dell'opera, la direzione dei lavori, la sorveglianza, l'espletamento delle necessarie procedure espropriative; proprio, come nel caso in esame, la stipulazione dei contratti di appalto con terzi, contratti che

Tali rivolgimenti inducono, dunque, una domanda: è lecito oggi far riferimento all'interesse legittimo come categoria unitaria? Sembra possibile dubitarne, sia con riferimento alla ricchissima tipologia elaborata dalla dottrina più recente, sia con riferimento all'empirica constatazione che situazioni perfettamente omogenee vengono qualificate come diritti o come interessi a seconda che si pongano in un rapporto interpretato o in un rapporto con una autorità amministrativa. Si pensi, per esempio, alle assunzioni ed alle promozioni procedimentalizzate in istituti di credito di diritto privato ed alle correlate situazioni degli interessati. Situazioni che in fattispecie regolate dal diritto pubblico verrebbero qualificate interesse legittimo e che vengono invece tutelate come diritti soggettivi dal giudice civile, anche se la giurisprudenza in materia non ha ancora un orientamento univoco ed oscilla fra declaratorie di nullità, pronuncie di annullamento e ricorso a clausole generali quali quella aquiliana o quelle della buona fede e della correttezza, giungendo peraltro, non di rado, ad affermare il diritto al riconoscimento dell'utilità formale perseguita dall'attore (24).

La verità è che la differenza tra diritto e interesse non appare ormai più fondata su caratteristiche strutturali ontologiche, quanto sul « modo » e sulla « misura » della protezione (25) cioè sul complesso dei mezzi di tutela, sia processuali che sostanziali, riconosciuti al titolare (26).

Se questo è vero, l'interesse legittimo sembrerebbe aver perso quella capacità di scriminare la giurisdizione che era legata proprio alla sua tipicità strutturale e alla sua differenziazione dal diritto.

In realtà l'interesse legittimo, un tempo dotato del potere di determinare la giurisdizione con connotati evocativi quasi magico-simbolici, ha ormai perso tale potere.

Come l'empirismo critico e razionalista del Rinascimento confutò le magie e le certezze fideistiche medievali, così oggi il giurista pratico ammette che

(24) Cass. lav. 20 giugno 1990, n. 6184, 17 aprile 1990 n. 3185, 10 aprile 1990 n. 3038 in Foro it. 1990, I, 2817 ss.

(25) G. MILE: Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa in Foro Amm. 1940, IV, p. 49 ss.

(26) M. S. GIANNINI: Istituzioni di diritto amministrativo, Milano 1981, p. 259; M. Negro: Giustizia op. cit. p. 127-128.

devono concludersi al termine di una procedura dettata ai fini di pubblico interesse appunto per consentire una scelta adeguata.

Si può quindi affermare che con la concessione avviene il trasferimento in capo al concessionario dell'esercizio di funzioni pubbliche, tra cui appunto quella relativa al procedimento per giungere alla stipulazione degli appalti mediante l'adempimento dei quali si realizzerà l'esecuzione materiale dell'opera pubblica.

In questo senso si è già pronunciata questa corte, con le sentenze n. 2602 del 14 aprile 1983 (id., rep. 1983, voce cit., n. 63) e n. 6474 del 3 novembre 1983 (ibid., n. 69), che parlano espressamente di concessione c.d. traslativa « caratterizzata dal trasferimento in tutto o in parte al concessionario dell'esercizio delle funzioni oggettivamente pubbliche proprie del concedente e necessarie per la realizzazione delle opere ». Nella sentenza 6474/83 è inoltre posto in evidenza, con affermazione che questo

una controversia non spetta al G.A. perché concerne interessi legittimi, ma concerne interessi legittimi perché spetta al G.A. conoscerne.

L'interesse legittimo non è più il *prius* rispetto alla giurisdizione, ma il corollario consequenziale ad un criterio di riparto meno dogmatico e più empirico rispetto alla *causa petendi*: l'individuazione del giudice idoneo.

Di tali considerazioni, del resto, si fa carico la stessa Cassazione nella sentenza 12221/90 (come più oltre si vedrà), senza però trarne adeguati spunti ricostruttivi.

Né giusto peso sembra sia stato dato alla normativa comunitaria in materia di opere pubbliche, di cui è noto lo spiccato orientamento privatistico.

Alla disciplina dell'appalto vengono infatti ricondotte non solo la concessione di sola costruzione, ma anche la concessione al « *general contractor* » o « chiavi in mano » e, infine, nelle direttive servizi, le concessioni di servizi connessi con la realizzazione di opere pubbliche (27).

È vero che la sentenza 12221/90 si riferisce specificamente alla sola concessione c.d. di committenza in senso stretto, e che — secondo il criterio seguito dal Consiglio di Stato (28) — essa sta all'appalto come l'obbligazione di mezzo sta all'obbligazione di risultato.

Tuttavia è innegabile che in sede comunitaria l'interesse dell'impresa alla libera partecipazione alla gara è configurabile come diritto soggettivo, tant'è che se ne prevede la risarcibilità (29).

Sembra dunque inevitabile, in sede di adeguamento del diritto interno al diritto comunitario, un ripensamento anche in materia di giurisdizione.

B) Con il passaggio logico successivo la Corte enuncia la natura oggettivamente amministrativa dell'attività compiuta dal concessionario, in quanto al medesimo sarebbero attribuite funzioni pubbliche proprie dell'ente concedente, tra cui appunto quelle connesse alla stipula di contratti di appalto con terzi.

(27) Direttive C.E.E., 1907, n. 305, 18 luglio 1969, n. 440, 21 dicembre 1989, n. 665 e 17 settembre 1990, n. 531.

(28) C.d.S. III, 30 novembre 1982, n. 703, III, 15 aprile 1986, n. 582; III, 4 dicembre 1990, n. 152.

(29) D.C. 21 dicembre 1989, n. 665.

collegio ritiene di condividere, che in questa ipotesi non si può parlare di delegazione amministrativa, nella specie delegazione intersoggettiva, che si realizza invece quando la realizzazione dell'opera pubblica è affidata ad altro ente pubblico; tuttavia, si verificano nei rapporti esterni (concessionario-terzi) effetti analoghi a quelli della delegazione amministrativa, poiché, nell'espletamento dei compiti affidatigli, il concessionario agisce in nome proprio.

Da questo postulato ritiene questo collegio che possa dedursi un logico corollario.

Gli atti posti in essere dal concessionario in funzione della concessione e che non avrebbe potuto compiere senza la concessione, non sono attività di diritto privato. Tali attività non sono privatizzate per il fatto che sono poste in essere da soggetti privati; conservano la natura di attività amministrativa in senso obiettivo. E non potrebbe essere altri-

L'affermazione appare esatta ma sembra necessitare di qualche approfondimento. Di fronte alle diffuse perplessità sollevate in dottrina sullo stesso nocetto di funzione pubblica, che appare mera sintesi verbale priva di valenza classificatoria (30), di fronte alle tesi che negano qualsiasi carattere autoritativo all'attività del concessionario (in specie nella stipula dei contratti con i terzi) risolvendosi in atti che ben potrebbero essere svolti da un appaltante privato (31), manca adeguato sostegno argomentativo alla tesi sostenuta dalla Corte. Di ciò si darà, di seguito, più ampio riscontro (32).

C) La Corte intraprende quindi il passo logico più delicato e criticato dai commentatori: la dimostrazione della natura pubblica del concessionario, carattere necessario — secondo i canoni tradizionali — per fondare la giurisdizione amministrativa.

Le difficoltà sono sensibili: il concessionario deve essere qualificato come soggetto pubblico per giustificare la soggezione dei suoi atti al G.A., ma non può essere immedesimato nell'organizzazione dell'ente concedente a pena di perdere l'autonomia imprenditoriale della figura.

Trovandosi tra tali strettoie, la Corte intraprende una originale via mediana che cela la novità dietro i rassicuranti nominalismi della tradizione. Il concessionario, in quanto attributario delle pubbliche funzioni trasferite dall'ente, sarebbe soggetto di diritto pubblico quale «organo indiretto» della P.A.

Ma, mentre nella tradizione la formula aveva valore meramente descrittivo e comunque ininfluenza sulla natura del concessionario che restava soggetto privato, la Cassazione reinterpretava il sintagma e spiega il primo termine (organo) come «svolgimento di funzioni amministrative», il secondo termine (indiretto) come non preposizione ad un ufficio, (diversamente da quanto avverrebbe per un organo diretto).

(30) M. S. GIANNINI: *Diritto Amministrativo*, Milano 1988, p. 86; F. BASSI: *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano 1969, p. 174 ss.; M. A. CARNEVALE VENCHI: *Contributo allo studio della nozione di diffusione pubblica*, Padova 1969, 1974.

(31) S. GIACCHETTI: *Concessionario di opera pubblica e giurisdizione amministrativa*, relazione tenuta al Convegno «La concessione di opere pubbliche e le recenti pronunce della Cassazione e del Consiglio di Stato» organizzato dall'I.G.I. il 6 giugno 1991, atti in corso di pubblicazione; G. LEONE: *Opere pubbliche tra appalto e concessione*, Padova 1983, p. 124.

(32) V. infra § 3 lett. c).

menti dato che la loro funzione è quella di assicurare la protezione dell'interesse pubblico, protezione affidata istituzionalmente all'ente concedente e solo per tramite della concessione trasferita dal concedente al concessionario.

Si è qui in un caso tipico di esercizio privato di pubbliche funzioni. Le funzioni non cessano di essere pubbliche per il fatto solo che sono esercitate dal privato. E l'esercizio di pubbliche funzioni, quando queste riguardano attività amministrativa in senso stretto, non può compiersi che tramite atti sostanzialmente amministrativi. Non si vuole con questo affermare che ogni atto giuridicamente rilevante compiuto dal concessionario nel corso di tutta l'attività da essa svolta, dal momento della concessione alla consegna dell'opera, abbia contenuto e natura di atto amministrativo in senso obiettivo.

Il concessionario agisce anche e soprattutto (in senso quantitativo rispetto al complesso della sua attività) per il conseguimento dei suoi

Nasce così una nuova figura soggettiva non privata, non immedesimata nell'organizzazione amministrativa, eppure dotata di natura pubblica.

Sostanzialmente la Corte postula che l'esercizio di «attività amministrativa in senso obiettivo» produca una sorta di novazione soggettiva del privato concessionario, il quale muterebbe la propria natura venendo «a parificarsi alla P.A. che l'incarico gli ha attribuito».

L'audacia del ragionamento è pari ai dubbi che solleva, sia sotto il profilo della tesi sostenuta, sia sotto il profilo dimostrativo.

Quanto a quest'ultimo appare almeno opinabile desumere la natura soggettivamente pubblica del concessionario dalla natura oggettivamente pubblica della funzione; questa, infatti, potrebbe essere compatibile — e tale è stata sostenuta in dottrina — tanto con l'estraneità del concessionario rispetto all'organizzazione del concedente (33), quanto con la prospettazione di un rapporto organico sia pure limitato alla sola area delle potestà autoritative esercitate dal concessionario (34).

Altro, infatti, è il rapporto organico, altro è l'attività esercitata: del resto la funzione pubblica non si sostituisce ma si aggiunge al fine privato di lucro perseguito dal concessionario (35), fine che depone nel senso del permanere della natura privata dello stesso.

Quanto alla tesi dell'«organo indiretto», è difficile negare la contraddittorietà della categoria giuridica nel modo inteso dalla Cassazione.

In realtà se la persona giuridica, come ha dimostrato Gierke, non è la *factio juris* ritenuta da Savigny, ma un vero «organismo» giuridico, è impossibile concepire un «organo» di detta persona che non ne sia elemento (diretto) ma resti esterno (indiretto). «L'organo è diretto o non è organo» (36).

(33) A. CIANFLONE: L'appalto di opere pubbliche, Milano 1988, p. 113; V. CAIANIELLO: La concessione di opera pubblica in AA.VV. Appalto di opere pubbliche, Roma 1987, p. 524; G. AZZARITI: L'attività del concessionario di opere pubbliche in Riv. dir. proc. amm., p. 384 ss.

(34) M. S. GIANNINI: op. cit. p. 173-175.

(35) M. S. GIANNINI: op. cit. p. 128.

(36) S. GIACCHETTI: op. cit.

scopi; e quando si tratta di concessionario privato, il suo scopo è essenzialmente quello privatistico del conseguimento del profitto. Non v'è dubbio, quindi, che rientrino nella categoria degli atti privati (anche obiettivamente) tutti quelli che riguardano l'organizzazione dell'impresa propria e basti pensare ai rapporti di lavoro subordinato (cfr., da ultimo, in questo senso Cass., sez. un., 5528/89, id., Rep. 1989, voce *Impiegato dello Stato*, n. 167, che si è pronunciata attribuendo alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie di lavoro promosse dai dipendenti dei concessionari).

Si vuole invece dire che atti sostanzialmente ed obiettivamente amministrativi sono quelli posti in essere nell'esercizio delle pubbliche funzioni trasferite dal concedente al concessionario e soltanto quelli: tra cui appunto quelli che riguardano la procedura per l'assegnazione degli

Tali osservazioni, del resto, trovano riscontro in materia di delega amministrativa (peraltro richiamata dalla stessa Cassazione), in relazione alla quale infatti nessuno ritiene che il delegato diventi organo indiretto del delegante, imputando a se stesso l'attività svolta e applicando il regime dei propri atti (37).

In ogni caso, anche se convincesse sul piano teorico, la tesi dell'organo indiretto comporterebbe una serie di non superabili inconvenienti pratici.

La natura amministrativa del concessionario, infatti, indurrebbe la pubblicazione di tutte le sfere legate all'esercizio delle funzioni trasferite, dal regime giuridico degli atti alla disciplina del rapporto di lavoro con i dipendenti, con conseguente sacrificio di quei principi di celerità ed elasticità che ispirano l'istituto della concessione (38).

D'altra parte l'esistenza di un nesso organico (benché indiretto) tra P.A. e concessionario, importerebbe in capo alla prima forma di responsabilità (quanto meno ai sensi dell'art. 2049 cc) nei confronti di terzi, con ulteriore conseguente sacrificio dei principi di decentramento e deresponsabilizzazione perseguiti dal concedente (39).

La verità è che la Cassazione non ha inteso portare un contributo scientifico alla figura del concessionario di opere pubbliche ma piuttosto risolvere un problema di giustizia sostanziale: assicurare al partecipante alla gara di appalto una tutela giurisdizionale adeguata avverso il sindacato degli atti del concessionario.

Poiché, infatti, molto più linearmente si sarebbe potuto ricondurre l'istituto nell'alveo della giurisdizione ordinaria, si deve ritenere che la vera preoccupazione della Corte fosse proprio quella di sottrarre la materia a tale giudice, il cui strumentario di protezione (tutela risarcitoria in forma precontrattuale, tutela atipica urgente ex art. 700 c.p.c.) è espressamente ritenuta insufficiente (40).

(37) G. MIELE: *Delega* (diritto amministrativo): in *Enc. dir.* XI 1962, p. 905 ss.

(38) M. PALLOTTINO: *La concessione di opera pubblica dopo la l. 8 agosto 1977, n. 584 di adeguamento della procedura degli appalti pubblici alle direttive C.E.E.* in *Riv. giur. edilizia* 1978, II, p. 120; G. AZZARITI: *op. cit.* p. 388.

(39) G. GUARINO: *sulla utilizzazione di modelli differenziati nell'organizzazione pubblica* in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano 1970, p. 7; G. LEONE: *op. cit.* p. 8.

(40) S. GIACCHETTI: *op. cit.*

appalti, tipica funzione dell'ente pubblico competente per la realizzazione della singola opera pubblica.

Pare opportuno e corretto, per identificare la posizione dei concessionari, l'uso dell'espressione « organi indiretti della pubblica amministrazione » ben nota in dottrina a proposito più in generale della posizione del privato che esercita pubbliche funzioni. L'aggettivo « indiretti » mette in evidenza il fatto che questi soggetti non sono organi nel senso di titolari di uffici pubblici e per questo non agiscono in nome della pubblica amministrazione dalla quale sono state loro trasferite le funzioni pubbliche, né si servono di mezzi forniti dalla pubblica amministrazione.

Il sostantivo « organi » mette invece in evidenza che anch'essi, come gli organi diretti, svolgono attività di natura amministrativa, in quanto esercitano pubbliche funzioni. Queste funzioni non potrebbero svolgere senza l'avvenuta concessione a natura traslativa; ma in presenza di questa

Tale scrupolo potrebbe peraltro ritenersi superato alla luce del disegno di legge attuativo della Direttiva Comunitaria c.d. « servizi », secondo cui il giudice civile eventualmente competente a conoscere le controversie tra concessionario e appaltatore, può sospendere e annullare i provvedimenti relativi all'appalto sia in sede cautelare che cognitoria.

Del resto una simile soluzione probabilmente non necessita neppure di un intervento legislativo, ove si consideri che — secondo la stessa Corte Suprema — il sindacato del G.O., quando abbia ad oggetto l'esercizio di un potere discrezionale privato, non può non atteggiarsi in modo analogo al sindacato del G.A. nell'esercizio del potere pubblico (41).

Ciò considerato potrebbe allora porsi in dubbio l'utilità di sostenere ancora la giurisdizione del G.A.

Eppure tale utilità sussiste in quanto la materia de qua, rientra indubbiamente in un'area di competenza « naturale » del G.A. (42).

Com'è noto, infatti, la legge 1074/71 attribuisce alla cognizione dei TAR la materia delle concessioni, così intaccando per la prima volta (e per « clausola generale ») un criterio di ripartizione non più basato sulla contrapposizione (o, nella specie, sulla possibile confusione) fra diritto e interesse legittimo ma su una distinzione di « blocchi di materie » (43).

Sembra, dunque, coerente con tale scelta legislativa l'estensione della giurisdizione esclusiva a tutte le controversie che siano connesse alla materia delle concessioni.

Tale scelta, infatti, per le ragioni che saranno più avanti esposte (44), consente l'attribuzione della controversia al giudice tecnicamente più adeguato.

In tale ordine di idee può essere letta, dunque, la sentenza 12221 della Cassazione che — criticabile per quanto sia nelle motivazioni — resta convincente nel « *decisum* » regolatore della giurisdizione, un « *decisum* » che per l'autorità da cui deriva, per l'essersi posto a conclusione di un non breve

(41) Cass. S.U. 2 novembre 1979, n. 5688 in Foro it. 1979, I, p. 2546.

(42) S. GIACCHETTI: op. cit.

(43) I. F. CARAMAZZA - G. M. DE SOCIO: Il processo amm.vo nella sua evoluzione storica in questa Rassegna n. 2-3 1990, II, p. 70.

(44) V. infra SS 4.

possono e debbono svolgerle sì che la concessione opera come investitura del concessionario ad operare, nell'ambito delle funzioni trasferite, con gli stessi poteri e con gli stessi obblighi che avrebbe un organo diretto della pubblica amministrazione.

Il concessionario attua certamente i suoi fini che sono normalmente quelli di conseguire lo sperato profitto e sotto questo aspetto agisce ricorrendo ad atti di natura privata; ma agisce anche, proprio in forza dell'investitura in pubbliche funzioni, per attuare i fini propri della pubblica amministrazione, come ad esempio quando agisce quale stazione appaltante. In questi momenti e sotto questo aspetto agisce come organo della pubblica amministrazione ricorrendo ad atti obiettivamente amministrativi, come amministrativa è la funzione che esercita con quegli atti.

L'attribuzione della qualifica di « amministrativi » agli atti posti in essere dal concessionario là e quando esercita una o più delle funzioni

contrasto giurisprudenziale fra giudici di merito e per il collocarsi in una linea evolutiva di tendenza non solo giurisprudenziale ben definita, ha tutti i titoli per costituire il « diritto vivente » dei prossimi anni, almeno fino a quando la normativa comunitaria non deciderà altrimenti.

Tale « *decisum* », nei termini esatti in cui è stato deliberato e motivato, pone però dei seri problemi sistematici, quali ad esempio quello di prefigurare una giurisdizione del giudice amministrativo in litigi di diritto pubblico interprivati, che presenta qualche carattere di eterodossia.

3) Ricostruzione critica.

Crediamo che a questo punto sia facile profezia prevedere che il nostro giudice amministrativo, pur nel rispetto della decisione regolatrice della giurisdizione, si appresti a scrivere un altro capitolo della sua opera pretoria, rielaborando la decisione della Cassazione ed estendendo a questa nuova provincia dell'attività del concessionario di committenza attratta nei confini della sua competenza le proprie regole di giudizio.

Il problema, all'attualità, appare quindi quello di ipotizzare dei principi direttivi cui ispirare una possibile ricostruzione critica.

Nelle scienze naturalistiche gli studi epistemologici hanno posto in dubbio l'obiettività della conoscenza e sottolineato quanto questa dipenda dal c.d. punto di vista dell'osservatore.

A maggior ragione ciò è vero nel mondo dei fenomeni giuridici, mosso — al di là di ogni illusione scienziata — dal gioco degli interessi, intesi come moventi degli istituti giuridici e della loro interpretazione (45).

Tale constatazione può essere di qualche aiuto nella ricostruzione critica della concessione di oo.pp. Ricostruzione che deve operarsi non con il semplicismo dogmatico delle categorie giuridiche tradizionali, né deve operarsi con il pragmatismo esasperato che sacrifica ogni principio alla soluzione prospettante la tutela più conveniente.

(45) A. FALZUCA: Efficacia giuridica in Enc. dir. XIV 1965 p. 432; E. BETTI: Interesse (teoria generale) in Nove dig. VIII 1962 p. 838; AA.VV. Il concetto di interesse a cura di L. ORNAGHI Milano 1984.

pubbliche trasferitegli in forza della concessione non risolve però pienamente il quesito: se cioè rientri nella giurisdizione dei giudici amministrativi la controversia promossa da un privato che ritenga pregiudicato un proprio interesse da un'asserita illegittimità dell'atto compiuto dal concessionario.

In senso negativo potrebbe infatti rilevarsi che a norma dell'art. 113 Cost. è sempre ammessa la tutela giurisdizionale (contro gli atti della pubblica amministrazione); che l'art. 26 r.d. 26 giugno 1924 n. 1054 (testo unico sul Consiglio di Stato) attribuisce al consiglio la decisione sui ricorsi contro «atti o provvedimenti di un'autorità amministrativa»; che ex art. 2 e 3 L. 6 dicembre 1971, n. 1034 (istituzione dei tribunali amministrativi regionali) la giurisdizione del Tar riguarda i ricorsi contro atti e provvedimenti emessi da organi periferici o centrali dello Stato, da enti pubblici e territoriali e non territoriali. Da questo rilievo po-

Sembra, invece, che valido principio guida per la ricostruzione dell'istituto, possa essere quello (mediano) che riconosce sì il valore non assoluto delle categorie giuridiche e la loro insopprimibile funzionalizzazione all'interesse, ma proprio per questo valorizza il momento di scelta e valutazione di tale interesse, quale momento in cui il diritto diventa giustizia.

Sotto questo aspetto si può, perciò, condividere la scelta della Cassazione in ordine alla preferibilità della G.A. nei confronti del concessionario, ma ciò non per dogmatismo né per maggiore convenienza del partecipante alla gara, quanto perché la G.A. risponde ad un interesse generale ed obiettivo: la concentrazione di una certa «materia» dinanzi ad un certo giudice in vista di una ordinata e razionale organizzazione della giustizia.

E così si introduce la chiave di lettura privilegiata del *decisum* della sentenza 12221/90.

In realtà la giurisdizione «per materia» o per blocchi normativi può ritenersi oggi una necessità storica ove si voglia continuare ad attribuire un fondamento logico-razionale alla doppia giurisdizione.

Assimilate, infatti, le tipologie dei due processi (46), ed assottigliata la differenza tra le situazioni soggettive (diritto-interesse) che definiscono la linea del discrimine (47), la ragion d'essere del G.A. può essere trovata solo nella particolare specializzazione — *ratione materiae* — di tale giudice.

Questa, del resto, secondo gli studi più recenti, sembra essere stata la ragione ispirativa della costituzione della giurisdizione esclusiva, voluta non tanto per risparmiare al privato ingannevoli indagini sulla natura della situazione di cui chiedeva tutela, quanto per assicurare la cognizione di certe materie ad un giudice unico (48).

Peraltro con riferimento al concessionario di oo.pp. il problema è particolarmente delicato, dovendosi valutare se la giurisdizione amministrativa possa essere agganciata anziché alla natura del soggetto, alla natura obiettiva della materia.

(46) v. supra § 1.

(47) v. supra § 2 lett. a).

(48) M. S. GIANNINI - A. PIRAS: Giurisdizione Amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della P. A. in Enc. dir. XIX 1970 p. 269.

trebbe discendere l'affermazione per cui, rientrando nella giurisdizione amministrativa tutti, ma soltanto gli atti emessi da enti pubblici od organi dello Stato, non vi rientrerebbero gli atti, seppure obiettivamente amministrativi, che provengano da soggetti privati, sia persone fisiche che giuridiche, ed in specie da concessionari: nella specie, di concessionari di sola costruzione di opera pubblica.

Ma ritiene questo collegio che l'obiezione, pur seria, possa essere superata o possa affermarsi la giurisdizione del giudice amministrativo adito anche sotto questo aspetto.

In tal senso ebbe a pronunciarsi a suo tempo il Consiglio di Stato con sentenza 15 giugno 1917 (id., Rep. 1917, voce Ferrovie e tranvie, n. 95) che decidendo in ordine a concessionari di ferrovie e tranvie ebbe a stabilire che quei concessionari danno vita a veri e propri atti am-

Sembra che ciò sia possibile attraverso i seguenti passaggi logici, considerando:

- a) che la realizzazione di OO.PP. è funzione amministrativa;
- b) che tale funzione può essere realizzata dalla P.A. in forma autoritativa ovvero mediante moduli convenzionali;
- c) che, anche quando realizzata con moduli convenzionali, si tratta sempre di attività oggettivamente pubblica;
- d) che, pertanto, la giurisdizione spetta al G.A.

Conviene esaminare partitamente i descritti passaggi logici.

A) Già parecchi anni fa autorevole dottrina rilevava che l'attività destinata alle opere pubbliche presenta modalità di svolgimento tanto caratteristiche ed esclusive da individuare un vero « procedimento per le OO.PP. », sia pure inteso in senso tecnico come strumento concettuale ordinativo di una serie di atti giuridici e operazioni materiali eterogenee (49).

In tale ottica oggi la dottrina è incline a ravvisare, più che un procedimento unitario, una struttura complessa che raccoglie sub-procedimenti e procedimenti collegati; convergenti verso un unico risultato finale: l'opera pubblica, tale essendo « ogni intervento del pubblico potere volto ad ottenere una modificazione durevole del mondo fisico che interessa la collettività » (50);

B) Con passaggio logico successivo si osserva che il « procedimento per le OO.PP. » può essere svolto, in alternativa alla forma autoritativa, mediante forme privatistiche ispirate ad esigenze di decentramento e celerità, tra le quali è la concessione dell'opera ad un terzo adeguatamente attrezzato.

Ciò risponde a quell'ampio fenomeno del moderno ordinamento — indice di una fase partecipativa e democratica di storia del potere — che si definisce « modulazione convenzionale » dell'azione amministrativa (51).

Basato sul « principio dell'indifferenza dello strumento adoperato rispetto al fine » (52), il fenomeno trova applicazioni eterogenee: dall'impresa pub-

(49) A. AMORTH: i procedimenti deliberativi e di controllo per le opere pubbliche degli enti locali in Atti del II Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna 1956) Milano 1957, p. 104, 10.

(50) M. A. CARNEVALE VENCHI: Opere pubbliche (ordinamento) in Enc. dir. XXX 1980 p. 342.

(51) F. TEDeschINI: Procedimento Amministrativo in Enc. dir. XXXV 1986 p. 895; M. S. GIANNINI: Diritto Amministrativo cit. I, p. 737.

(52) A. QUARANTA: Il principio di contrattualità nell'azione amministrativa e gli accordi procedurali, normativi e di organizzazione in Consiglio di Stato 1986, p. 1200.

ministrativi, i quali, come tali, « sono soggetti per la legittimità al sindacato di questa IV sezione del Consiglio di Stato »: chiaramente deducendo la propria giurisdizione dal solo fatto della natura obiettiva di atti amministrativi. Similmente la Corte di cassazione romana (sent. 4 settembre 1895 a sezioni unite) ebbe a statuire che « per giudicare se una funzione abbia carattere pubblico e perciò se gli atti della medesima sfuggono all'ordinario sindacato della magistratura, si deve porre mente alla funzione in sé non alla persona che la esercita ».

Questo collegio ritiene che quelle pur perentoriamente poco motivate affermazioni delle due magistrature all'inizio di questo secolo siano sostanzialmente da condividere.

L'obiettiva natura amministrativa dell'atto proveniente da un organo indiretto porta a concludere che lo si debba ritenere anche soggettivamente quale atto amministrativo. Si è già detto che il concessionario di sola costruzione, quando agisce in tale sua veste, svolge pubbliche

bliche, in cui è la stessa P.A. ad organizzarsi in impresa (53), all'investitura di soggetti privati nella gestione di beni o servizi pubblici (54), all'uso del contratto in materie tradizionalmente oggetto di potestà amministrativa, siano esse relative a rapporti soggettivi (55) ovvero al rapporto di servizio con i propri dipendenti (56).

Si assiste infatti, nell'attuale momento, ad una crisi del principio di autorità. Alla connessa crisi del principio di legalità (57), correlato all'esercizio di una pubblica funzione, corrisponde, poi, l'affermarsi di un principio consensuale che presiede all'erogazione di pubblici servizi nella nuova società ispirata a principi consociativi e partecipativi (58). Di qui gli spazi concessi all'autonomia, al decentramento funzionale, alla partecipazione, in quella che se non è una generalizzata « fuga nel privato » è però sicuramente una « fuga dall'autorità » (59).

Nel passaggio dallo stato di diritto allo stato sociale e da questo a quello postmoderno, l'azione amministrativa si estende fino a penetrare le più intime connessioni del tessuto sociale, abbandonando il modulo provvedimento per adottare quello normoprodotivo (60) (non di rado preceduto dalla contrattazione del contenuto della norma con le parti sociali), quello per indirizzi e quello per accordi (61).

Impossibile in questa sede qualsiasi approfondimento ulteriore del fenomeno, sembra però potersene prevedere l'estensione, favorita dalle recenti

(53) S. CASSESE: Azionariato di Stato cit.; v. Ottaviano: Impresa pubblica cit.

(54) Un esempio è il convenzionamento tra U.S.L. e istituzioni sanitarie private in seno all'organizzazione del Servizio Sanitario Nazionale (l. 23 dicembre 1978, n. 833).

(55) In via puramente esemplificativa si ricorda il ricorso al modulo convenzionale in materia urbanistica o nei procedimenti ablatori.

(56) Si intende alludere alla contrattualità nel pubblico impiego (l. quadro 28 marzo 1983, n. 93).

(57) N. BOBBIO. Giusnaturalismo e positivismo giuridico, Milano 1972 p. 119 e ss.

(58) A. NOCELLI: Principio di partecipazione e funzione del giudice amministrativo in « Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato » III, p. 1671-72.

(59) R. FEDERICI. *Gli interessi diffusi*, Padova, 1984, 19; A. NOCELLI, op. cit., 1631 e segg.; spec. 1654.

(60) A. NOCELLI, op. cit., 1655.

(61) M. NIGRO, Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale, in Atti dell'incontro di studio 29 marzo 1980 « l'azione amministrativa fra garanzia ed efficacia », pag. 38.

funzioni ed incide quindi, o può incidere, su interessi di terzi, esattamente come incide o potrebbe incidere un atto emesso dalla pubblica amministrazione concedente. Il fatto che sia organo « indiretto », non toglie che quando emette quegli atti li emette nella sua qualità di organo: appunto nella sua qualità di investito di pubbliche funzioni tramite la concessione. Altre sono le conseguenze dell'essere organo indiretto»: legittimato passivo sarà esso direttamente e non la pubblica amministrazione; naturalmente, l'atto sarà impugnabile per legittimità dinanzi al giudice amministrativo solo se si può riferire proprio alla funzione trasferita. Ma, se ricorre quest'ultima circostanza, l'atto obiettivamente amministrativo si deve ritenere atto proveniente dalla pubblica amministrazione, cioè da quell'organo indiretto che, per avere con quell'atto esercitato una funzione propria della pubblica amministrazione e da essa attribuitagli con la concessione, è, sotto questo aspetto,

leggi sul procedimento amministrativo e sulle autonomie locali (62). La concessione ad una impresa privata del complesso delle attività inerenti alla realizzazione di un'opera pubblica costituisce, appunto, uno dei possibili moduli convenzionali di una pubblica funzione.

C) Entro il descritto panorama si può meglio intendere il terzo passaggio logico: anche quando realizzata con moduli convenzionali l'attività diretta alla realizzazione dell'opera pubblica conserva natura oggettivamente pubblica.

La concessione può essere configurata nel suo aspetto formale, quale modulo che « sostituisce » il procedimento amministrativo sopra descritto (63) ovvero può essere considerata nel suo aspetto funzionale, quale modulo organizzativo incidente sull'apparato stesso dell'Amministrazione, la quale non avrà più bisogno di dotarsi di uffici e strutture per lo svolgimento dell'attività affidata al terzo (64).

Quale che sia il profilo prescelto (del resto l'uno è strettamente complementare all'altro) unico è il dato caratterizzante: il modulo privatistico ha oggetto e fine (l'opera pubblica) coincidenti con oggetto e fine del procedimento amministrativo.

Ed è proprio tale coincidenza di oggetto che per un verso illumina il momento essenzialmente pubblicistico della concessione (65); per altro verso ne valorizza la strumentalità rispetto al fine pubblico, che pone il concessionario in posizione di « soggetto strumentale » e « longa manus » dell'amministrazione (66).

In realtà la concessione di OO.PP. ha oggetto pubblico non in quanto comporti esercizio di potestà autoritative (del resto spesso assenti) (67); né perché dipenda dal trasferimento al privato di funzioni dell'ente (la conces-

(62) Rispettivamente l. 7 agosto 1990, n. 241 e 8 giugno 1990, n. 142.

(63) M. S. GIANNINI: *Diritto amministrativo* cit. p. 752. F. TEDESCINI: *procedimento* cit. p. 895; A. QUARANTA: *il principio di contrattualità* cit. p. 1202.

(64) M. S. GIANNINI: *Diritto Amm.vo* cit. p. 254, 350, 751.

(65) F. PELLIZZIER: *la concessione di sola costituzione tra pubblico e privato* in *Foro Amm.vo* 1985, II, p. 1534 ss. F. BASSI: *Concessionaria di opera pubblica e atto amministrativo in Il diritto dell'economia* 1989.

(66) T.A.R. LIGURIA: 6 novembre 1987, n. 578, in T.A.R. 1988, I, p. 177.

(67) G. AZZARITI: *l'attività del concessionario* cit. p. 412.

(68) G. AZZARITI: *op. cit.* p. 384; T.A.R. Sardegna 25 febbraio 1982, n. 61, in T.A.R. 1981, I, 1426 (riformata da C.D.S. VI 10 ottobre 1983 in 738 in C.D.S. 1983, I, 1094).

da parificarsi alla pubblica amministrazione che quell'esercizio gli ha attribuito.

D'altronde, che questa sia l'unica soluzione compatibile col testo e con la ratio dell'art. 113 Cost. pare innegabile.

Si è visto che il privato ha, ricorrendone le condizioni, un interesse legittimo a che la pubblica amministrazione rispetti la disciplina relativa alle procedure per l'aggiudicazione degli appalti per opere pubbliche, anche per quanto riguarda la fase preliminare della pubblicazione dei bandi.

Se così stanno le cose quando la procedura è svolta direttamente dalla pubblica amministrazione non si vede davvero come potrebbe essere altrimenti quando la procedura è stata svolta dal concessionario.

Se contro l'atto che ha pregiudicato l'interesse del privato costui non potesse agire per l'annullamento dell'atto che si pretende viziato,

sione non è, infatti, traslativa ma costitutiva di un potere autonomo derivato da quello del concedente, secondo la nota costruzione dello Jhering).

Piuttosto l'oggetto è pubblico semplicemente perché attiene ad un'attività procedimentalizzata secondo moduli amministrativistici.

Del resto la stessa Cassazione nella sentenza in commento valorizza tale aspetto quando osserva che « tali attività non sono privatizzate per il fatto che sono poste in essere da soggetti privati; conservano la natura di attività amministrativa in senso obiettivo ».

D) All'individuazione dell'oggetto (pubblico) della concessione consegue l'ultimo passaggio logico: l'individuazione della giurisdizione, che spetta « naturalmente » al giudice amministrativo, in quanto tecnicamente specializzato — *ratione materiae* — all'adeguata cognizione della stessa.

Non può non rilevarsi in proposito la mancanza in tal senso di un dettato legislativo espresso, ma non va trascurata la presenza di dati normativi costituenti — se adeguatamente valorizzati — convincente sostegno alla tesi prospettata in via di interpretazione estensiva.

In primo luogo si pensa all'art. 5 L. 1074/1971.

Se è vero, infatti, che la giurisprudenza ha sempre ritenuto di restringere ai soli rapporti tra concedente e concessionario l'ambito di applicabilità della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di concessioni (ma non manca qualche isolata decisione di segno contrario) (68), vero è anche che tale giurisdizione è stata ritenuta sussistente quando il pregiudizio lamentato dal terzo derivi direttamente dall'atto di concessione del pubblico servizio (69).

Del resto la stessa Cassazione — pronunciandosi sul regolamento di giurisdizione in materia di rapporti tra concedente e concessionario — ha avuto modo di precisare che « l'art. 5 1° comma L. 1034/1971, là dove si riferisce alle concessioni di servizi pubblici, va inteso nel senso (conforme alla sua *ratio*, ricorrendo i motivi e le finalità che giustificano l'identica soluzione giuridica) che esso comprende anche le concessioni di pubbliche funzioni » (70).

(69) Cass. su 13 aprile 1989, n. 1754, in *giust. civ. Mass.* 1989, fasc. 4/89.

(70) Cass. su 3 dicembre 1991, n. 12966.

egli si troverebbe completamente rimesso all'arbitrio del concessionario, arbitrio che proprio la legge ha voluto escludere, obbligando il concessionario, sullo stesso piano della pubblica amministrazione in senso stretto, a seguire quelle regole, appunto nell'interesse pubblico della buona amministrazione.

Egli non potrebbe trovare protezione presso il giudice ordinario proprio perché la sua situazione giuridica, di interesse legittimo e non di diritto soggettivo, non potrebbe mai ritenersi illegittimamente pregiudicata dal comportamento di un privato. L'interesse legittimo, infatti, non ha normalmente rilevanza nel campo dei rapporti strettamente privatistici ove o c'è un diritto soggettivo da far valere o non c'è luogo a pretesa alcuna. In specie, non potrebbe certo agire per ottenere l'annullamento del contratto di appalto stipulato col terzo, dato che egli non avrebbe alcun diritto ad essere scelto.

Sicché, rimarrebbe privo di qualsiasi tutela che pur, come si è visto, avrebbe invece se il comportamento asserito illegittimo fosse da riferire direttamente all'ente amministrativo concedente.

Il che, come si è accennato, risulterebbe contrario all'art. 113 Cost. Per il quale si è voluta assicurare ad ogni cittadino la difesa dei suoi interessi, siano essi diritti od interessi legittimi, senza lasciare scoperto alcun aspetto di questa difesa. Si ricordi che per il 2° comma di tale

In tal modo resta dunque superata la possibile obiezione che la concessione di opera pubblica sia sottratta all'ambito applicativo del predetto art. 5, in quanto non classificabile né tra le concessioni di beni né tra quelle di servizi.

In attesa degli sviluppi giurisprudenziali cui darà prevedibilmente seguito la citata pronuncia della Corte Suprema, sembra comunque utile indicare ulteriori basi normative cooperanti sinergicamente nel senso della attribuzione della materia alla giurisdizione esclusiva del G.A.

Innanzitutto si ricorda l'art. 11 della L. 241/90 sul procedimento amministrativo, che riserva alla giurisdizione esclusiva del G.A. tutte le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi intraprocedimentali o sostitutivi di procedimenti, così contemplando sostanzialmente tutta la materia dei moduli convenzionali dell'azione amministrativa tra cui sicuramente è la concessione (71); il Capo V della stessa legge disciplinante l'accesso ai documenti, configura poi un simile diritto anche nei confronti del concessionario (art. 23), e quindi sottopone anche quest'ultimo alla particolare giurisdizione del TAR di cui all'art. 25.

Infine non può dimenticarsi l'estensione della giurisdizione esclusiva prevista dal disegno di legge-delega sul processo amministrativo.

Un ampliamento della competenza in via esclusiva del G.A. attraverso la proposta interpretazione estensiva in materia di concessione di committenza, sarebbe d'altronde non solo in linea con la tendenza evolutiva di cui si è

(71) S. GIACCHETTI: op. cit.

articolo si afferma energicamente che « tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti ». La tutela giurisdizionale non può dunque essere esclusa per quella categoria di atti che possono definirsi come atti amministrativi degli organi indiretti della pubblica amministrazione. Se fosse altrimenti, si dovrebbe ammettere che il pur diffuso sistema delle concessioni di sola costruzione avrebbe come effetto, certo non voluto, anche quello di togliere ogni difesa del privato imprenditore nei confronti di comportamenti illegittimi e tendenti a pregiudicare il suo legittimo interesse, concorrente con l'interesse pubblico, a partecipare a gare di appalto per opere pubbliche. Il sistema della concessione, infatti, conferendo al concessionario la funzione pubblica, da esercitare però in nome proprio, impedisce al terzo di agire nei confronti della pubblica amministrazione concedente; se non vedesse riconosciuta la sua pretesa ad ottenere l'annullamento, da parte del giudice amministrativo, dell'atto emesso dal concessionario, non potrebbe agire in nessun modo dinanzi a nessun giudice.

Risultano dunque infondate le due tesi enunciate dalla s.p.a. Mededil e dalle altre parti che le si sono allineate. La pretesa della Chiementin deve avere un giudice che la valuti e questo giudice è il giudice ammini-

detto, ma sembrerebbe anche funzionale ad un migliore adeguamento dell'ordinamento interno a quello comunitario.

Quest'ultimo, infatti, sembrerebbe postulare la configurazione come diritto soggettivo dell'interesse dell'impresa alla libera partecipazione alle gare e prevede comunque la risarcibilità dei danni derivati ai partecipanti alla gara da violazioni della normativa che la regola.

Orbene, in tale situazione ed in attesa della nuova legge sul processo amministrativo, che, nel testo approvato da uno dei due rami del Parlamento, già prevede, *in parte qua*, l'adeguamento dell'ordinamento interno a quello comunitario, sembra che il ricorso ad una ipotesi di giurisdizione esclusiva, anche se insufficiente a risolvere tutti i problemi, ne elimini per ora non pochi.

A tacer d'altro non sarebbe necessario qualificare espressamente come interesse legittimo la situazione del partecipante alla gara per radicare la giurisdizione e sarebbe lasciata al giudice amministrativo un'ampia gamma di opzioni per modulare pretoriamente la propria risposta ad una domanda di giustizia che presenta risvolti di singolare delicatezza.

Una singolare delicatezza alla quale comunque il giudice amministrativo è ben attrezzato a rispondere in ogni sua sede e la cui risposta attendiamo per il tempo a venire. Una risposta, se è consentito azzardare una facile profezia, che sarà data con quella sapiente mescolanza di pragmatismo, fantasia e rigore giuridico che da oltre cento anni caratterizzano la sua giurisprudenza pretoria.

IGNAZIO FRANCESCO CARAMAZZA
GIANNA MARIA DE SOCIO

strativo trattandosi di un interesse legittimo ad ottenere l'annullamento di uno o più atti della pubblica amministrazione.

Si deve dunque dichiarare la giurisdizione dell'adito giudice amministrativo.

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 7 marzo 1991 n. 2427 - Pres. Bologna - Rel. Caturani - P. M. Romagnoli (concl. diff.) - Giaquinto (avv. Alfano) c. Ministero della Difesa (avv. Stato Laporta).

Espropriazione per pubblica utilità - Occupazione d'urgenza per esigenze militari - Irragionevole protrarsi dell'occupazione - Irreversibile trasformazione dell'area - Effetto acquisitivo in favore della p.a. - Ammissibilità.

Anche nel caso di occupazioni per esigenze militari, benché la legge non preveda un termine entro il quale possono protrarsi legittimamente, una volta che, per la riscontrata irragionevolezza del loro protrarsi senza la pronuncia del decreto di espropriazione, l'occupazione sia divenuta illegittima, l'esecuzione dell'opera pubblica determina, con la trasformazione radicale dell'area, il prodursi dell'effetto estintivo-acquisitivo in favore della p.a. essendo irrilevanti a tal fine le sopravvenute valutazioni dell'autorità amministrativa circa la persistente utilità dell'opera pubblica (1).

(1) La questione affrontata dalla decisione in rassegna riguarda la possibilità di applicare in materia di occupazione di urgenza disposta per esigenze militari, i principi giurisprudenziali elaborati in tema di « occupazione appropriativa ».

L'istituto configura, come è noto, un nuovo modo di acquisto della proprietà a favore della Pubblica Amministrazione, in cui si realizza una sorta di accessione invertita, la proprietà del suolo accedendo all'opera pubblica costruita su di esso e, pertanto, all'ente costruttore: nell'ipotesi in cui la P.A. occupi illegittimamente un fondo in proprietà privata, la sua radicale trasformazione e l'irreversibile destinazione alla realizzazione di un'opera pubblica comportano l'estinzione del diritto dominicale e la sua contestuale acquisizione, a titolo originario, in capo all'ente costruttore. Al privato già proprietario del fondo resta il diritto di chiedere alla P.A. il risarcimento dei danni subiti con la perdita del diritto di proprietà.

Questi principi fissati per la prima volta dalle Sezioni Unite della Suprema Corte nella nota sentenza del 26 marzo 1983, n. 1464 (in Foro it., 1983, I, 626 e segg.), sono stati confermati nelle loro linee fondamentali dalla giurisprudenza successiva, anche di merito, e costituiscono ormai la regola effettivamente vigente sul punto. Fra le numerose sentenze che si sono allineate all'indirizzo iniziato dalle Sez. Un., si vedono, in particolare, poiché ne precisano l'ambito, Cass. Sez. Un. 10 giugno 1988, n. 3940 in Foro it., 1988, I, 2262 (secondo la quale indefettibile punto di partenza della fattispecie dell'« occupazione appropriativa » è una dichiarazione di pubblica utilità del-

(omissis) 1. — Nell'ordine logico è pregiudiziale l'esame del ricorso (incidentale perché proposto dopo il ricorso principale) dell'amministrazione, col quale, denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 73 e 76 della l. 25 giugno 1865 n. 2359 nonché difetto di motivazione, si assume che erroneamente la impugnata sentenza ha deciso la controversia applicando alle occupazioni militari i principi giurisprudenziali dell'occupazione appropriativa senza tener presente che tali occupazioni restano temporanee e legittime qualunque sia la loro durata nel tempo e che la stessa realizzazione dell'opera pubblica, sempre reversibile in correlazione con la superata necessità dell'impianto militare, non vale a connotare come illecito il comportamento della p.a., nel cui contesto soltanto possono operare quei principi.

In ogni caso si sostiene che la Corte d'appello non ha motivato sulla irragionevole durata della occupazione d'urgenza. Ammesso, infine, che con la realizzazione dell'opera pubblica la p.a. avesse acquisito in via definitiva i terreni occupati di urgenza, è da quel momento che avrebbe dovuto verificarsi la « ragionevolezza » o meno dell'ulteriore occupazione, soccorrendo l'art. 13 della legge citata a somministrare un sicuro criterio per il giudizio sulla congruità del comportamento dell'autorità amministrativa oltre che sulla utilità dell'emanato decreto di espropriazione.

3. — le riassunte censure sono fondate nei limiti risultanti dalle seguenti considerazioni.

l'opera) e, nello stesso senso, *Cass. Sez. Un.*, 6 novembre 1989, n. 4619 in *Giust. Civ.*, 1990, I, 686 con nota di R. CARANTA *Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione ridefiniscono l'ambito di operatività dell'istituto dell'occupazione appropriativa*; *Cass.*, 11 luglio 1990, n. 7210 in *Foro it.*, 1990, I, 2789 (secondo la quale l'acquisto a titolo originario in favore della P.A. dell'immobile, illegittimamente occupato, sul quale essa abbia realizzato un'opera pubblica, conformemente alla dichiarazione di pubblica utilità, ma in assenza di un legittimo provvedimento espropriativo, comporta il sorgere, per il privato già proprietario, di un diritto di credito al controvalore del bene perduto, assoggettato all'ordinario termine decennale di prescrizione).

L'orientamento delle *Sez. Un.* 1464/83 è stato disatteso una sola volta dalla Corte di Cassazione, precisamente dalla sentenza 18 aprile 1987, n. 3872 (in *Giust. Civ.* 1987, I, 1662 con nota di Annunziata) nella quale si attribuisce all'azione di risarcimento dei danni contro la P.A. il valore di un atto di rinuncia da parte del privato al diritto di proprietà in favore dell'occupante.

Nonostante il consolidarsi della tesi giurisprudenziale, la dottrina è contraria alla figura dell'occupazione appropriativa che considera un modo di acquisto della proprietà estraneo al sistema ed anzi in radicale contrasto con puntuali previsioni normative. Per un'ampia disamina cfr. Caranta, *op. cit.*, 700; M. Paradiso *La c.d. occupazione appropriativa della P.A. tra esigenze di realistica composizione del conflitto e interventi legislativi* in *Giur. it.*, 1990, IV, 366.

Nella sentenza in esame la Cassazione ha valutato l'estensibilità dei principi elaborati in tema di occupazione appropriativa al caso di occupazione di urgenza per esigenze militari.

La Corte d'appello ha deciso la controversia sottoposta al suo esame partendo dal presupposto della possibile estensione alle occupazioni di urgenza per esigenze militari dei principi elaborati da questa Corte in tema di occupazione appropriativa (sent. della Sez. unite n. 1464 del 1983). Ha rilevato in proposito la Corte del merito che nella ipotesi considerata, la esecuzione dell'opera pubblica col rendere definitiva l'occupazione in contrasto con la temporaneità delle esigenze che la determinarono, impedisce sì la restituzione del bene al proprietario, ma non legittima l'operato della p.a. la quale, per l'indefinito protrarsi dell'occupazione medesima è tenuta al risarcimento del danno in favore del privato in misura equivalente al valore venale del bene di cui non è più possibile la restituzione. Da tale premessa la Corte ha tratto quindi logicamente la conseguenza della inutilità del successivo decreto di espropriazione intervenuto quando l'esecuzione dell'opera pubblica era già avvenuta con l'estinzione del diritto di proprietà del privato e la contestuale acquisizione a titolo originario della proprietà in capo all'ente costruttore, secondo la nota giurisprudenza di cui sopra. Va tuttavia osservato che è la premessa maggiore del ragionamento dal quale la Corte d'appello ha preso le mosse per riconoscere astrattamente la legittimazione del ricorrente principale ad agire con l'azione risarcitoria nei confronti della p.a., che va controllata in questa sede in base alla proposta doglianza.

Trattasi di stabilire se il caso in esame sia effettivamente riconducibile alla fattispecie della occupazione appropriativa cui innanzi si è fatto riferimento.

A tal fine la Corte ha ritenuto essere presupposto essenziale della fattispecie dell'«occupazione appropriativa», non già la mera costruzione dell'opera pubblica, ma il fatto che la P.A. versi *in re illicita, ab origine* per totale mancanza di provvedimento autorizzativo all'occupazione d'urgenza ovvero, successivamente, per decorso dei termini in relazione ai quali l'occupazione si configurava legittima — in mancanza del decreto di espropriazione — (art. 73 L. 25 giugno 1865 n. 2389).

Posto che, nel caso di specie, era stato emanato un provvedimento autorizzativo all'occupazione d'urgenza, si trattava di verificare la sussistenza dell'illegittimità successiva per decorso dei termini.

Orbene — ha rilevato la Corte — l'occupazione disposta per esigenze militari ai sensi dell'art. 76 L. 25 giugno 1865 n. 2389, pur non essendo soggetta al termine biennale di cui all'art. 73 della stessa legge, risponde pur sempre ad esigenze di carattere temporaneo e non può in contrasto con esse protrarsi per un tempo indefinito. Pertanto, posto che la mera irreversibile utilizzazione dell'immobile occupato per esigenze militari non è sufficiente ad integrare una fattispecie di illecito della P.A. che renda perciò possibile la estensione ad essa dei principi della occupazione appropriativa, affinché l'amministrazione versi *in re illicita* occorre accertare che la occupazione militare sia divenuta irragionevole per il venir meno delle esigenze che la provocarono. Ciò accade quando si sia protratta in concreto per un periodo di tempo talmente ampio da far ritenere irragionevole il suo perdurare in danno

A tal fine occorre considerare che la radicale trasformazione del fondo alieno intanto produce l'effetto estintivo-acquisitivo di cui sopra in quanto trattasi di occupazione posta in essere dalla p.a. *ab origine* illegittimamente per totale mancanza di provvedimento autorizzativo ovvero per decorso dei termini in relazione ai quali la occupazione si configurava legittima (artt. 71 e 73 della legge 25 giugno 1865, n. 2359 e sent. n. 1464 del 1983).

La fattispecie della occupazione appropriativa elaborata dalla giurisprudenza di questa Corte in tema di esecuzione di opere pubbliche su beni di altrui proprietà, perché si costituisca richiede, com'è noto (cfr. la cit. sent. n. 1464/83), quando un provvedimento di autorizzazione all'occupazione di urgenza sia stato emanato (come è accaduto nella specie), che l'occupazione sia divenuta illegittima (per la scadenza dal periodo di tempo in cui per legge essa può protrarsi legittimamente).

L'occupazione legittima presuppone infatti che la p.a. possa disporre temporaneamente del bene altrui, onde tutto quanto su di esso si verifica durante questo periodo è irrilevante per il proprietario che ha diritto solo alla indennità di occupazione. È soltanto con la scadenza della occupazione di urgenza sia stato emanato (come è accaduto nella specie), zione che legittima la p.a. a trattenere definitivamente il bene altrui, acquista rilevanza giuridica la esecuzione dell'opera pubblica (avvenuta sia prima che dopo la suddetta scadenza, è indifferente agli effetti che si considerano), e produce il duplice effetto giuridico: estintivo (del di-

del proprietario senza la pronuncia del provvedimento ablatorio. Allora, in assenza del decreto di espropriazione, l'occupazione diviene illegittima: la esecuzione dell'opera pubblica acquista rilevanza giuridica e si produce l'effetto acquisitivo in favore della P.A., essendo irrilevanti a tal fine le sopravvenute valutazioni della autorità amministrativa circa la persistente utilità dell'opera pubblica.

Tra i precedenti cfr. Cass. 30 luglio 1964, n. 2187, in *Giust. civ.* 1965, I, 800 nel senso che le occupazioni militari protratte oltre un ragionevole lasso di tempo divengono illegittime; Cass. 12 luglio 1968 n. 2453, *ivi*, 1968, I, 1558 nel senso che deve qualificarsi di interesse legittimo la pretesa del proprietario di ottenere un formale provvedimento amministrativo che, constatato il venir meno delle esigenze militari legittimanti l'occupazione, disponga la restituzione dell'immobile; Cass. 4 gennaio 1975 n. 7, in questa *Rassegna*, 1976, I, 561, secondo la quale per il risarcimento dei danni è necessario o un provvedimento dell'amministrazione militare che constati il venir meno delle condizioni legittimanti l'occupazione, o un riconoscimento tacito in tal senso della stessa amministrazione, o l'accertamento ad opera del giudice amministrativo dell'illegittimità del diniego della amministrazione di provvedere in proposito (in tal senso anche Cass. 29 marzo 1977, n. 1213, in questa *Rassegna* 1977, I, 631); da ultimo si veda Cass. 24 novembre 1983, n. 7027, in questa *Rassegna* 1984, I, 190, che trae spunto dai principi affermati in quello stesso anno da Cass. Sez. Un. 16 febbraio 1983, n. 1464 cit.

ritto di proprietà privata sull'area occupata) ed acquisitivo in favore della p.a.

Orbene, se è vero che l'occupazione disposta per esigenze militari ai sensi dell'art. 76 della l. 25 giugno 1865 n. 2389, pur non essendo soggetta al termine biennale di cui all'art. 73 della stessa legge, risponde pur sempre ad esigenze di carattere temporaneo e non può in contrasto con esse protrarsi per un tempo indefinito in modo da sopprimere di fatto il diritto di proprietà senza la corresponsione di alcun indennizzo (cfr. da ultimo la sent. n. 7027 del 1983), è altresì vero che non è sufficiente la mera irreversibile utilizzazione dell'immobile occupato per esigenze militari ad integrare una fattispecie di illecito della p.a. che renda perciò possibile la estensione ad essa dei principi della occupazione appropriativa.

Come si verifica per le occupazioni temporanee in genere, previste dagli artt. 71 e 73 della legge anzidetta, per le quali l'esecuzione dell'opera pubblica intanto rileva agli effetti che si considerano in quanto sia decorso il periodo della occupazione legittima (legato alla scadenza di un termine) senza la pronuncia del decreto espropriativo, così per le occupazioni avvenute per esigenze militari ai sensi del successivo art. 76, il presupposto essenziale che deve sussistere è non già la mera costruzione dell'opera pubblica, ma il fatto che essa sia avvenuta quando per l'irragionevole protrarsi della occupazione militare, nonostante il venir meno delle originarie esigenze che avevano determinato l'occupazione, la p.a. versava in re illecita, per non avere restituito il bene occupato al legittimo proprietario nonostante il sopravvenuto venir meno di quelle esigenze.

D'altro canto, l'indagine circa la sopravvenuta irragionevolezza della occupazione militare per il venir meno delle esigenze che la provocarono, non può dirsi assorbita dalla avvenuta esecuzione dell'opera pubblica, come invece ha ritenuto la impugnata sentenza.

In questa ipotesi — come si verifica per la occupazione appropriativa — non è la mancata restituzione del bene a qualificare l'illecito della p.a., ma il fatto che questa abbia trattenuto il bene altrui nonostante la sopravvenuta illegittimità dell'occupazione e la irreversibile trasformazione del bene in seguito alla costruzione dell'opera pubblica senza che sia intervenuto il decreto di esproprio. Ciò è tanto vero che se la trasformazione del bene occupato avviene durante il periodo di occupazione legittima (id. est. quando persistono le esigenze militari) ed il successivo provvedimento ablatorio sopraggiunge quando preesistevano quelle esigenze, esso non può dirsi *inutiliter datum*. Infatti, non essendosi in tal caso verificata la occupazione appropriativa in favore della p.a. questa ha la possibilità giuridica di divenire proprietaria del terreno occupato mediante il decreto di esproprio, secondo il procedimento all'uopo previsto dalla legge.

Invero, il punto decisivo dell'indagine che va compiuta per applicare i principi della occupazione appropriativa alle occupazioni militari di cui all'art. 76 cit., risiede nello stabilire se l'occupazione si sia protratta in concreto per un periodo di tempo talmente ampio da far ritenere irragionevole il suo perdurare in danno del proprietario senza la pronuncia del provvedimento ablatorio.

E soltanto in questo momento che, ove non sia intervenuto il decreto espropriativo, acquista rilevanza giuridica l'esecuzione dell'opera pubblica con i noti effetti giuridici in favore della P.A.

Non ha pregio, pertanto la tesi sostenuta in via principale dalla difesa dell'Amministrazione secondo cui, mutando nel tempo le esigenze militari la destinazione dell'area a fini di pubblica utilità non potrebbe giammai ritenersi irreversibile.

In contrario, va affermato che, anche per le occupazioni militari come per le altre occupazioni per le quali la legge prevede un periodo di tempo durante il quale possono protrarsi legittimamente, una volta che, per la riscontrata irragionevolezza del loro protrarsi senza la pronuncia del decreto di espropriazione, l'occupazione sia divenuta illegittima, la esecuzione dell'opera pubblica determina, con la trasformazione radicale dell'area, il prodursi dell'effetto estintivo-acquisitivo in favore della P.A., essendo irrilevanti a tal fine le sopravvenute valutazioni dell'autorità amministrativa circa la persistente utilità dell'opera pubblica.

In definitiva, l'indagine che nella specie è mancata riguarda il punto se, per tutto o per una parte dei terreni occupati, l'occupazione militare si sia protratta per un periodo di tempo tale da far ritenere irragionevole il suo perdurare in danno del proprietario. E soltanto in questa ipotesi potrà concludersi che, la radicale trasformazione del suolo conseguente alla esecuzione dell'opera pubblica ha determinato l'occupazione appropriativa in favore della P.A., rendendo irrilevante il sopravvenuto decreto di esproprio. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Un., 3 maggio 1991, n. 4874 - Pres. Montanari Visco - Rel. Pontrandolfi - P.M. Amatucci - Ente Ferrovie (avv. Stato Stipo) c. Canzian Ivo.

Trasporti: Ferrovie - Citazione dell'Ente Ferrovie dello Stato - Obbligo della notifica presso l'Avvocatura dello Stato.

Procedimento civile - Rito del lavoro - Domande non accolte o non esaminate - Onere per la parte vittoriosa di riproporle in appello.

Il Pretore giudice del lavoro non può dichiarare la contumacia dell'Ente convenuto qualora il ricorso introduttivo di primo grado sia stato notificato alla sede dell'Ente Ferrovie dello Stato direttamente e non

all'Avvocatura distrettuale dello Stato, in violazione dell'art. 24 della legge n. 210 del 1985, che richiama espressamente il r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611 sul foro erariale e successive modificazioni e integrazioni (1).

La parte vittoriosa nel merito in primo grado non ha l'onere e neppure l'interesse di proporre, con specifica impugnazione in appello, questioni non esaminate dal primo giudice (2).

(omissis). — Deve osservarsi che pregiudiziale a tale stesso motivo e di carattere virtualmente assorbente rispetto al terzo e quarto motivo, che riguardano il merito della controversia, si appalesa l'esame del primo motivo.

Con questo, denunciando violazione dell'art. 24 della L. 17 maggio 1985, n. 210, dell'art. 11 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, come modificato dalla L. 25 marzo 1958, n. 260, degli artt. 100, 101, 346, 354 e 436 c.p.e., nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione, il tutto ai sensi dell'art. 360, pp., nn. 3 e 5, c.p.c., l'Ente ricorrente si duole del fatto che il tribunale, pur avendo dato atto che il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado non fu notificato presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato e che, pertanto, questa non ebbe a costituirsi in rappresentanza e difesa di esso Ente davanti al Pretore, con conseguente dichiarazione di contumacia dell'Ente stesso, in contrasto con l'art. 24 della legge n. 210 del 1985, istitutiva dell'Ente Ferrovie dello Stato, che attribuisce a detta Avvocatura il patrocinio obbligatorio dell'Ente, richiamando espressamente il R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611 sul foro erariale e successive modificazioni e integrazioni, abbia ommesso di rilevare che, per l'art. 11 del cit. R.D. n. 1611 del 1933 (nel testo modificato dalla L. 25 marzo 1958,

(1) Con la prima massima la Cassazione ha sostanzialmente posto fine alla questione se anche dopo l'istituzione dell'Ente Ferrovie dello Stato (ente pubblico economico distinto dall'Amministrazione dello Stato) sia vigente l'obbligo della notifica presso l'Avvocatura dello Stato di ogni atto introduttivo di un giudizio.

(2) La sentenza della Cassazione 23 novembre 1985 n. 5838 (richiamata in motivazione) aveva affermato che il principio di cui all'art. 346 cod. proc. civ. circa l'onere di riproporre in appello le domande non accolte in primo grado o rimaste assorbite opera anche nelle controversie soggette al nuovo rito del lavoro, in quanto l'art. 436, secondo comma, cod. proc. civ. (nel testo introdotto dalla legge n. 533 del 1973) fa obbligo all'appellato di costituirsi mediante deposito di memoria difensiva, nella quale deve essere contenuta dettagliata esposizione di tutte le sue difese.

In senso analogo nel caso della parte che sia rimasta vittoriosa nel merito ma soccombente sulla questione di giurisdizione v. Cass. S.U. 6 settembre 1990 n. 9197.

n. 260), tutte le citazioni debbono, a pena di nullità, essere notificate alla competente Avvocatura.

Il tribunale, pertanto, avrebbe dovuto dichiarare la nullità dell'intero giudizio e rimettere le parti al primo giudice, ai sensi dell'art. 354 c.p.c. Invece, pur essendo stata tale eccezione ritualmente sollevata dall'Ente appellato in secondo grado, il tribunale ha ritenuto di non doverla esaminare (pur essendo rilevabile anche d'ufficio), in quanto sul punto l'Ente non avrebbe esperito appello incidentale.

Non ha considerato il tribunale che la parte vittoriosa nel merito in primo grado non aveva l'onere (e l'interesse) di riproporre attraverso specifico gravame (incidentale) questioni non esaminate o ritenute assorbite dal primo giudice, essendo all'uopo sufficiente che queste fossero riproposte nella memoria difensiva di costituzione (così come era stato fatto).

Il suenunciato primo motivo del ricorso è fondato.

« Per tabulas » risulta che il ricorso introduttivo di primo grado fu notificato alla sede dell'Ente Ferrovie dello Stato direttamente e non all'Avvocatura Distrettuale dello Stato, in violazione dell'art. 24 della legge n. 210 del 1985, che richiama espressamente il R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611 sul foro erariale e successive modificazioni e integrazioni. Pertanto, il Pretore non avrebbe potuto dichiarare la contumacia dell'Ente convenuto.

Il tribunale, peraltro, ha preso atto dell'eccezione di nullità della sentenza di primo grado, sollevata dall'Ente appellato nella memoria difensiva di costituzione di secondo grado, ma ha ritenuto di non doverla esaminare in quanto tale eccezione era stata sollevata dal suddetto Ente solo in via subordinata, avendo chiesto, in via principale, la conferma nel merito della sentenza di primo grado.

Ora, ciò è erroneo in quanto l'eccezione stessa aveva — come riconosciuto dallo stesso tribunale — carattere assolutamente preliminare rispetto ad ogni altra questione, e non valeva l'ordine dato alle questioni dalle parti ad esimere il tribunale dall'esaminare una questione che, al postutto, sarebbe stata rilevabile anche d'ufficio: ed ancor meno esimersi dall'esaminare la questione stessa per la ragione che su di essa l'Ente appellato non aveva proposto formalmente un appello incidentale. Infatti, sarebbe bastato all'appellato — come fatto — proporre semplicemente l'eccezione (art. 346 c.p.c.), ancorchè in via subordinata, non avendo la parte vittoriosa nel merito in primo grado l'onere (e neppure l'interesse) di proporre, con specifica impugnazione in appello, questioni non esaminate dal primo giudice (Cass. civ., 23 novembre 1985, n. 5838).

Ne deriva che il primo motivo del ricorso va accolto, con assorbimento di tutti gli altri motivi (compreso il secondo concernente la giurisdizione), e che la sentenza impugnata va cassata con il rinvio della causa al primo giudice ai sensi dell'art. 383, ultima parte, c.p.c.

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. III Civ., 8 luglio 1991, n. 7529 - Pres. Schermi; Rel. Favara U.; P.M. M. Fedeli (concl. conf.) - Lai Michele ed altri (avv. Palermo e Luminoso) c. Ministero dell'Interno (avv. Stato Sica).

Contratti (in generale) - Contratti della pubblica Amministrazione - Approvazione dell'organo di controllo - Mancanza - Annullabilità del contratto - Deducibilità da parte del privato.

L'approvazione di un contratto concluso dalla pubblica Amministrazione da parte dell'organo tutorio ha natura di « condicio iuris » sospensiva dell'efficacia, e non riguarda l'iter formativo del contratto, ma la operatività dello stesso; la efficacia o meno del contratto per effetto della intervenuta o mancata approvazione può essere pertanto dedotta da entrambe le parti contraenti, che sono ugualmente legittimate ad invocare il venir meno del vincolo contrattuale (1).

(omissis) Con il primo mezzo di impugnazione i germani Lai, denunziata violazione e falsa applicazione degli artt. 19 R.D. 2440/923, 1441, 1418, 1353 e ss. cc. in riferimento all'art. 360 n. 3 c.p.c., lamentano che la Corte territoriale ha erroneamente ritenuto il contratto di locazione stipulato in data 24 giugno 1981 tra essi ricorrenti ed il Ministero dell'Interno efficace ed operativo, affermando, a sostegno della decisione adottata, che la mancata approvazione, da parte dell'organo di controllo, della predetta convenzione poteva essere dedotta, ai fini della declaratoria di inefficacia del contratto stesso, unicamente dalla pubblica amministrazione nel cui esclusivo interesse la formalità era prescritta.

La censura è fondata.

Secondo la prevalente dottrina e giurisprudenza, come conseguenza di ogni forma di anomalia dell'atto giuridico, si è indotti a costruire

(1) Nella sentenza che si pubblica, la Corte di Cassazione distingue tra *invalidità* dell'atto, che deriva da un *vizio intrinseco* dello stesso, ed *inefficacia*, dipendente da un *elemento estrinseco*. L'atto di approvazione, prosegue la Corte, non entra nel processo formativo del negozio ed è pertanto elemento estrinseco, configurabile come condizione legale sospensiva; se la stessa non si verifica, il negozio diviene inefficace *ex tunc*.

I vizi concernenti l'attività negoziale dell'Ente, ovvero la precedente fase preparatoria, concretizzano pertanto un vizio di capacità, che legittima unicamente la Amministrazione, ex art. 1441 c.c., ad ottenere l'annullamento del contratto in via di azione o di eccezione; per contro la operatività del contratto, riguardando la stessa esistenza o meno di fatti costitutivi di vincoli obbligatori per i contraenti, può essere invocata da ciascuna parte.

L'affermazione contenuta nella sentenza, perspicua per lo sforzo ricostruttivo che è stato compiuto, si colloca in posizione isolata rispetto all'orientamento dominante delle non numerose pronunzie giurisprudenziali. Tra le decisioni precedenti si ricordano Cass. 16 maggio 1962, n. 1092, Cass., 4 mag-

una categoria generale di inefficacia nella quale, in concreto, rientrano tutte quelle ipotesi in cui all'atto non si ricollegano gli effetti ad essi propri.

Orbene, in tale ampia categoria vanno comprese sia le ipotesi in cui la mancanza di effetti deriva da una deficienza intrinseca dell'atto, ed in tale caso si suole parlare di invalidità dell'atto, che le ipotesi in cui, al contrario, la mancanza di effetti deriva da un elemento estrinseco, ed, in tale ultimo caso, si suole parlare di inefficacia dell'atto giuridico. La inefficacia di un negozio, che più da vicino riguarda la fattispecie concreta, suole ora, verificarsi non solo nei casi in cui la efficacia di detto negozio è fatta dipendere da un evento estraneo per autodeterminazione delle parti, ma anche in tutti quelli in cui la legge fa dipendere gli effetti di un negozio da un particolare evento (c.d. «condicio juris») nel cui ambito vengono ricondotti i casi più diversi e nei quali in pratica la fattispecie produttiva di effetti giuridici comprende, oltre il negozio, anche altri fatti o atti, quali quelli emanati da determinate autorità alle quali è affidato un compito di controllo per specifiche attività sia nell'interesse dei singoli (rilascio da parte del giudice di apposite autorizzazioni) che nell'interesse pubblico, ad esempio, le richieste di approvazione dei contratti stipulati dalla p.a.

Va, a tale punto, precisato che l'approvazione da parte dell'organo di controllo del contratto concluso dagli enti pubblici non può, però, ritenersi elemento integrativo della volontà di una delle parti contraenti, né la stessa può inserirsi nel processo formativo del negozio, così da costituirne un elemento rilevante ai fini della sua conclusione, ma deve delinearsi unicamente quale elemento estrinseco al negozio medesimo con la ulteriore conseguenza che la detta approvazione può sopravvivere alla conclusione del contratto stesso.

gio 1963, n. 1103 e Cass. 5 dicembre 1973, n. 3315 — resa, la prima, proprio in fattispecie relativa alla mancata approvazione di contratto concluso *iure privatorum* — nelle quali si ribadisce che il difetto di autorizzazione o di approvazione non importa la radicale nullità del negozio, bensì la sola annullabilità dello stesso, che può essere fatta valere solo dall'Ente pubblico, essendo posta la annullabilità nel prevalente interesse della collettività; si veda anche, più in generale, Cass., 13 ottobre 1986, n. 5983.

In dottrina non sono molti gli scritti che si danno compiutamente carico della problematica esaminata dalla Corte, facendosi per lo più richiamo trattativamente all'orientamento dominante della giurisprudenza (per tutti si veda BIANCA, *Diritto Civile*, vol III, 43 - ss); qualche spunto problematico in SANDULLI, *Diritto Amministrativo*, I, 714 - ss. e in S. A. ROMANO, in *Dizionario Dir. Amm.vo Guarino*, I, 790 - ss.

Nel senso che la conclusione di un contratto di contenuto in tutto o in parte diverso da quello deliberato dall'organo competente realizza un vizio del consenso dell'Ente, a rilevare il quale solo l'Ente stesso è legittimato, v. Cass., 7 aprile 1989, n. 1682.

Da tale principio scaturisce come principale conseguenza che il contratto non approvato dall'organo di controllo non spiega gli effetti del negozio voluto dai contraenti e ciò fin quando non intervenga la prescritta approvazione che, ha pertanto, funzione di vera e propria condizione sospensiva dell'efficacia del contratto stesso.

Specifico effetto di quanto sopra è che la intervenuta approvazione da parte dell'organo di controllo viene a determinare la efficacia retroattiva della convenzione con decorrenza dalla data di sua conclusione, mentre il diniego della approvazione stessa fa venire meno gli obblighi già sorti con la stipula del contratto che in tale situazione non è più eseguibile per cui il privato, nei casi di anticipata esecuzione, ha diritto al ripristino della situazione antecedente con il ristoro di ogni pregiudizio subito dalla sua sfera patrimoniale.

Può, quindi, concludersi che l'approvazione di un contratto, concluso « jure privato » dalla Pubblica Amministrazione, da parte dell'organo di controllo a tale compito delegato, non riguarda, ripetersi, l'iter formativo del contratto stesso, ma opera unicamente secondo la disciplina delle condizioni, di guisa che, al suo verificarsi, il contratto stesso viene inefficace « ex tunc ».

Come corollario di quanto precede deve, pertanto, affermarsi il principio che mentre i vizi concernenti l'attività negoziale dell'ente pubblico, sia che si riferiscano al processo di formazione della volontà dell'Ente, sia che si riferiscano alla fase preparatoria ad essa precedente, sono deducibili, traducendosi in un difetto di capacità dell'ente, esclusivamente dall'ente pubblico al fine di ottenere l'annullamento del contratto ex artt. 1441, 1442, IV comma c.c.; la operatività o meno del contratto per effetto della intervenuta o mancata approvazione tutoria può essere, al contrario, dedotta da entrambe le parti contraenti, essendo le stesse sul medesimo piano, per cui sia il privato che la pubblica amministrazione possono invocare la inefficacia del negozio, in quanto l'intervenuto diniego di approvazione, operando quale « condicio juris » retroattivamente sulla efficacia del contratto, fa venir meno allo stesso ogni possibilità di potere costituire fonte di obbligazione per i contraenti, onde anche il privato, si ribadisce, definitivamente liberato dagli obblighi contrattuali, è legittimato a fare valere, al pari dell'Ente pubblico, la inefficacia della convenzione.

Alla luce del principio di diritto dinanzi affermato, l'iter argomentativo della Corte di Appello, secondo la quale la mancanza di approvazione tutoria del contratto e la conseguente inefficacia del medesimo sarebbero deducibili unicamente dalla P.A., non può condividersi e ciò perchè il contratto stipulato dall'ente pubblico, in attesa dell'approvazione da parte dell'organo di controllo, è inefficace, come si è sopra ricordato, per entrambe le parti per essere l'approvazione suddetta condizione non derivante dalla volontà delle parti stesse, ma condizione im-

propria, in quanto rispondente ad esigenze che hanno fondamento nell'ordinamento giuridico, quindi non eliminabile od inseribile per volontà dei contraenti, ed in tale situazione giuridica entrambe le parti contraenti possono, pertanto, farne valere la inoperatività.

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Un., 8 ottobre 1991, n. 10513 - Pres. Brancaccio - Rel. Nardino - P. G. Amatucci (conf.). Palombo (avv. D'Aloisio) c. ACOTRAL (avv. Mileto).

Lavoro - Prestazioni domenicali - Ristoro sotto forma monetaria o altra forma compensativa.

Lavoro - Dipendenti da imprese di pubblici trasporti - Turni domenicali programmati - Previsioni retributive della contrattazione collettiva - Interpretazione.

Lavoro - Trattamento economico-normativo concordato in sede collettiva - Contrarietà ai precetti dell'art. 36 Cost. - Criteri interpretativi.

Il diritto del lavoratore «turnista» ad essere compensato per la particolare penosità del lavoro svolto nelle giornate di domenica, può essere soddisfatto non solo mediante l'erogazione di «un supplemento di paga» specificamente riferito a tale prestazione e determinato nel suo ammontare, ma anche, indirettamente, con l'attribuzione di vantaggi e benefici contrattuali di diversa natura, che valgano a «differenziare» il loro complessivo trattamento economico-normativo rispetto a quello dei lavoratori che usufruiscono del riposo domenicale (1).

Per escludere il riferimento al lavoro domenicale di benefici — economici o normativi — accordati soltanto ai lavoratori soggetti a detta prestazione, non è sufficiente rilevare la mancanza, nella normativa contrattuale, di una previsione esplicita a tale riguardo, ma occorre individuare concretamente una ragione diversa e specifica della particolare attribuzione, in quanto l'obbligo del lavoro domenicale per il personale viaggiante delle imprese esercenti pubblici trasporti è un fatto del tutto consueto e normale e si svolge secondo turni contrattualmente programmati (2).

L'affermazione della contrarietà ai precetti dell'art. 36 Cost. del trattamento economico-normativo dei lavoratori, concordato in sede col-

(1-3) Le Sezioni Unite, con la sentenza in rassegna, hanno inteso dare un indirizzo ai giudici di merito nelle controversie, in cui il lavoratore chiede qualcosa in più di quanto previsto dalla contrattazione collettiva, affrontando poi in particolare la problematica della giusta retribuzione nei confronti dei dipendenti delle aziende di pubblici trasporti impegnati in turni domenicali e festivi.

lettiva, richiesta estrema cautela per un duplice ordine di ragioni: a) perché funzione essenziale e tipica delle Organizzazioni sindacali dei lavoratori è quella di tutelare, nei confronti della controparte datrice di lavoro, gli interessi degli associati; b) perché ogni intervento del giudice sull'assetto dei contrapposti interessi realizzato in sede collettiva rischia di incidere sull'autonomia negoziale delle parti contraenti e di rompere gli equilibri economici cui la contrattazione collettiva è pervenuta (3).

(omissis) 1) Con il primo mezzo il ricorrente, denunciando « violazione dell'art. 360 n. 3 c.p.c. e omessa applicazione dell'art. 36 della Costituzione Italiana », addebita al Tribunale di Roma di essersi erroneamente discostato dall'insegnamento di questa Suprema Corte e della Corte Costituzionale secondo cui il lavoratore costretto (sia pure per legittime esigenze del datore di lavoro) a prestare la propria opera nelle giornate di domenica ha diritto ad una specifica maggiorazione retributiva idonea a compensare la penosità (e quindi la speciale « qualità ») di tale prestazione, in ossequio al precetto dell'art. 36 Cost.

Con il secondo mezzo il ricorrente deduce « violazione dell'art. 360 n. 5 c.p.c. — erronea e contraddittoria motivazione », e sostiene che il Tribunale, dopo aver riconosciuto essere « il cospicuo numero di giorni di riposo aggiuntivo mera conseguenza delle ciclezioni (operatività h. 24) », ha contraddittoriamente affermato, senza peraltro esporre le ragioni del suo convincimento, che tali riposi si correlavano casualmente alla particolare penosità (in precedenza negata) del lavoro domenicale, disattendendo l'orientamento della giurisprudenza che considera a tal fine rilevanti i soli incrementi retributivi specificamente destinati a compensare il suddetto sacrificio. Lamenta inoltre il lavoratore che i giudici di appello, nell'esprimere il giudizio circa l'asserita idoneità del trattamento « globale » ad assicurare il ristoro del disagio connesso alla prestazione domenicale, abbiano erroneamente considerato anche la speciale indennità prevista dall'accordo collettivo del 21 maggio 1981, in vigore dal 1° giugno 1981, senza avvedersi che la domanda giudiziale era chiaramente limitata al periodo anteriore a tale data, durante il quale nessuna forma di compenso era contrattualmente prevista per l'anzidetta prestazione.

2) Per la corretta soluzione delle questioni prospettate dal ricorrente è opportuno ripercorrere le tappe della elaborazione giurisprudenziale in tema di lavoro domenicale e puntualizzare i criteri di determinazione del relativo compenso, eventualmente spettante al lavoratore.

A tal riguardo si sono, in passato, delineati due contrapposti orientamenti della Sezione Lavoro di questa Corte: secondo il primo, i lavoratori « turnisti » obbligati a prestare la loro opera nelle giornate di domenica

comprese nel turno non avevano diritto ad alcuna maggiorazione retributiva, ove fruissero di altro giorno di riposo compensativo nell'arco di sette giorni; il secondo indirizzo seguiva, invece, l'opposto principio per il quale il lavoro domenicale, pur in presenza della previsione contrattuale di un riposo compensativo in altro giorno della settimana, deve ritenersi caratterizzato da maggiore penosità ed implica pertanto una più elevata remunerazione a norma dell'art. 36 della Costituzione.

Il contrasto è stato composto dalle Sezioni Unite, con la sentenza 10 novembre 1982, n. 5923, in senso sostanzialmente conforme a quest'ultimo orientamento, sulla base delle seguenti considerazioni:

— Benché l'art. 36, comma terzo, della Costituzione non contenga alcuna precisazione circa il giorno che deve ritenersi destinato al riposo settimanale, è tuttavia possibile ricavare da varie norme (art. 3 L. n. 370 del 1934, non riguardante specificamente il personale dipendente da imprese esercenti pubblici trasporti; art. 2109, 1° comma, cod. civ.; art. 8, 2° comma, L. n. 138 del 1988; art. 2, n. 5, P. II della carta sociale europea 16 ottobre 1961 ratificata in Italia con la legge n. 929 del 3 luglio 1965) « un principio d'ordine generale presente nell'ordinamento positivo » secondo il quale « il giorno del riposo settimanale deve coincidere di regola con la domenica », essendo questo il giorno « in cui, nell'ambito della comunità dove il lavoratore vive, è organizzata in forme varie l'utilizzazione del tempo libero e nel quale pertanto il lavoratore stesso può maggiormente dedicarsi alle tipiche forme di vita familiare ed ai relativi doveri, nella normale concomitanza, tra l'altro, del riposo settimanale del coniuge che a sua volta svolge attività lavorativa ».

— Posto, dunque, che il riposo settimanale non ha soltanto lo scopo di consentire il recupero delle energie psico-fisiche del lavoratore, ma serve anche a rendere possibile un'adeguata partecipazione del medesimo a quelle forme di vita familiare, sociale e di relazione che per consuetudine si svolgono di domenica, non può disconoscersi che il lavoro espletato in tale giorno, per apprezzabili esigenze dell'attività economica di determinate imprese (come quelle che gestiscono servizi di pubblico trasporto), sia « caratterizzato da una maggiore penosità a causa della rinunzia alla vita familiare e sociale, del che si è detto, per cui tale maggior costo personale, e cioè tale diversa « qualità » della prestazione rispetto all'attività svolta nel normale periodo settimanale, impone in ogni caso un adeguamento della retribuzione », a norma dell'art. 36 — comma 1° della Costituzione, « che per l'appunto rapporta la retribuzione anche alla qualità del lavoro, da intendersi non soltanto sotto il profilo dell'intrinseco suo pregio oggettivo, ma altresì con riguardo al maggior costo personale che esso comporta per il lavoratore ». E tale « maggiorazione economica », destinata a compensare « il lavoro svolto nel giorno destinato al riposo settimanale » (anche quando sia previsto il « riposo compensativo

nell'arco di sette giorni»), può essere determinato dal giudice con riferimento al «supplemento di paga» stabilito dalla contrattazione collettiva per il lavoro festivo o, in mancanza, «al compenso proprio del lavoro straordinario» (nella misura prevista dalle stesse fonti collettive o, in difetto, nella misura legale minima).

— Peraltro, «quando si tratti di lavorazioni programmate secondo turni tali che per determinati lavoratori il giorno di riposo settimanale venga, pur nell'ambito di sette giorni, ad essere spostato rispetto alla domenica, il giudice deve specificamente accertare, attraverso l'esame della disciplina collettiva applicabile, se detto spostamento — e perciò il sacrificio della domenica, ancorché con il riposo compensativo — trovi nella determinazione dell'ammontare complessivo della retribuzione prevista a favore di tali lavoratori una propria conglobata specifica forma di remunerazione, il che potrebbe desumersi dalla circostanza stessa che siffatti turni siano stati contrattualmente concordati e che la retribuzione per i dipendenti ad essi assoggettati presenti conotazioni differenziate rispetto a quella degli altri lavoratori, per cui in tal caso ovviamente non spettano ulteriori maggiorazioni».

3) Tali concetti sono stati ripresi e ribaditi in tutte le successive pronunzie di questa Corte nella materia in esame (cfr. Cass. nn. 119/91; 2175/90; 1264/90; 4575/89; 3110/89; 1085/89; 560/89; 5496/88; 5416/88; 5326/88; 4232/88; 8535/87; 8477/87; 8417/87; 5110/87; 7860/86; 6165/86; 5119/86; 3579/86; 3617/85; 3142/85; 3104/85; 5667/84; 3491/83 e numerose altre decisioni conformi), sicché possono ritenersi ormai consolidati i principi affermati con la menzionata sentenza delle Sezioni Unite: il che, peraltro, non impedisce di cogliere, nella loro concreta applicazione alle singole fattispecie sottoposte al giudizio della Corte, perduranti aspetti di incertezza, che riguardano soprattutto il problema della individuazione di connotati «differenziati» — nel trattamento globale pattizio dei lavoratori che, per effetto dei turni, prestano la loro opera nelle giornate di domenica — rispetto a quello degli altri dipendenti che fruiscono regolarmente del riposo domenicale, nonché il connesso problema della riferibilità causale di tale miglior trattamento alla particolare penosità della prestazione eseguita la domenica.

La mancanza di una linea uniforme, nella giurisprudenza della Corte, su tali questioni è più apparente che reale, dipendendo il più delle volte la diversità delle decisioni — in casi simili o analoghi — da rilievi che attengono alla correttezza logico-giuridica della motivazione delle sentenze impugnate o al rispetto, da parte del giudice del merito, delle regole legali di ermeneutica nella interpretazione della disciplina pattizia dei rapporti di lavoro dedotti in giudizio. Non mancano, tuttavia, in

alcune pronunzie profili sostanziali di contrasto, pur nella dichiarata generale adesione ai principi innanzi ricordati.

Si è, in particolare, osservato che, pur essendo astrattamente configurabile l'inosservanza, (anche) da parte della contrattazione collettiva, dei precetti di cui all'art. 36 Cost., l'accertamento a tal riguardo deve essere « estremamente rigoroso, proprio in considerazione del contemperamento di interessi fra le parti contrapposte che tale contrattazione rappresenta e della necessità di non rompere gli equilibri economici cui essa è pervenuta », sicché « non è sufficiente la constatazione che il contratto collettivo non prevede una speciale indennità per il lavoro prestato di domenica dal personale viaggiante » (alle dipendenze di imprese esercenti pubblici trasporti) « per ritenere automaticamente dovuta una maggiorazione della retribuzione, compensativa di tale sacrificio. Proprio perché per il personale viaggiante la prestazione del lavoro domenicale è un fatto del tutto consueto e normale e si svolge secondo turni contrattualmente programmati, deve scrupolosamente accertarsi se il lavoro domenicale trovi nell'ammontare complessivo della retribuzione oppure nella riduzione del normale orario di lavoro e nella concessione di un numero di riposi settimanali superiore al minimo legale una propria, ancorché conglobata, specifica forma di remunerazione » (Cass. 19.5.1983 n. 3491 e 3.10.1988 n. 5326, pronunciate nella stessa causa; cfr. anche, in ordine alla rilevanza dei « riposi aggiuntivi » e di altri vantaggi di natura economica o normativa, ai fini che qui interessano, Cass. nn. 5667/84, 5119/86, 5110/87, 1085/89, 4575/89).

In linea con le decisioni ora menzionate è una recentissima pronunzia della Sezione Lavoro, nella quale si afferma che l'indagine circa la presenza, nella « retribuzione globale di fatto » e nel « trattamento generale del rapporto », di un « corrispettivo del maggior disagio derivante dalla prestazione lavorativa in giorno di domenica », non può essere limitata all'accertamento della previsione, nella disciplina collettiva, di « una maggiorazione economica *ad hoc* per ogni giorno di lavoro domenicale », ma deve tener conto del « complesso del trattamento differenziale concesso ai lavoratori impegnati in turni anche domenicali e ravvisabile — anche se per implicito — nel godimento di un numero di riposi annuali o nella spettanza di erogazioni economiche superiori derivanti da maggiorazioni connesse ai turni di lavoro ovvero al totale della retribuzione pure concessa al lavoratore ». E pertanto, ai fini del giudizio circa la sussistenza, nella disciplina contrattuale del rapporto, di una forma di remunerazione « della penosità domenicale », « deve essere privilegiato, pur ove non ricorra una espressa indennità in tal senso, l'unitario complesso dei benefici usufruiti dal lavoratore, mentre invece deve essere escluso che tale penosità venga compensata soltanto quando il differenziato trattamento sia espressamente rapportato ad una previsione di onerosità dei turni lavorativi nel loro normale alternarsi e, quindi, ad una

diversa tipicità di prestazione senza alcun collegamento, sia pure implicito, con l'attività svolta di domenica » (Cass. 9.1.1991 n. 119; cfr. anche le sentenze ivi menzionate).

Ad opposti criteri appaiono informate altre sentenze della stessa Sezione Lavoro, nelle quali, indipendentemente dagli accertamenti di fatto che caratterizzano le singole fattispecie decise, assume rilevanza di principio l'affermazione secondo cui le « agevolazioni sui tempi di lavoro » (come la fruizione « di nove giorni in più di riposo per ogni anno » ed altri vantaggi « nell'organizzazione dei turni- ») « non appaiono tradursi in una specifica maggiorazione economica per il lavoro domenicale, vale a dire in un concreto supplemento di paga » (Cass. 15.9.1987, n. 7256; cfr. anche Cass. n. 1264/90). A maggior chiarimento di tale opinione si aggiunge (nella citata sentenza n. 7256/87) che il giudice del merito deve « acquisire la certezza che per ogni giorno di lavoro domenicale, senza distinzione », sia garantita al lavoratore « una maggiorazione economica *ad hoc* e che l'accertamento « circa la possibilità che il compenso per il lavoro domenicale sia conglobato nella retribuzione complessiva comporta in ogni caso l'esame della struttura della retribuzione stessa e l'individuazione — contabilmente apprezzabile — di tale compenso ».

4) Le Sezioni Unite, cui il ricorso è stato assegnato ai fini della composizione del cennato profilo di contrasto, ritengono di dover prestare adesione, pur con alcune necessarie puntualizzazioni, all'orientamento segnato dalle sentenze nn. 3491/83 e 119/91.

Premesso che non sussistono ragioni per rimettere in discussione i principi dettati, in materia di remunerazione del lavoro domenicale, dalla menzionata pronuncia n. 5923 del 1982, occorre innanzi tutto richiamare l'esatta osservazione, contenuta nella sentenza n. 3491/83 (ed in quelle successive che ne hanno seguito la linea argomentativa), secondo cui l'affermazione della contrarietà ai precetti dell'art. 36 Cost. del trattamento economico — normativo dei lavoratori, concordato in sede collettiva, richiede estrema cautela, per un duplice ordine di ragioni: *a*) perché funzione essenziale e tipica delle organizzazioni Sindacali dei lavoratori è quella di tutelare, nei confronti della controparte datrice di lavoro, gli interessi degli associati, curando in particolare che la remunerazione delle varie categorie di lavoratori sia stabilita avendo riguardo (anche) alle modalità e caratteristiche delle prestazioni loro richieste e risultati, in definitiva, conforme ai criteri inderogabili dettati dalla suddetta norma costituzionale; *b*) perché ogni intervento del giudice sull'assetto dei contrapposti interessi realizzato in sede collettiva rischia di incidere sull'autonomia negoziale delle parti contraenti e di « rompere gli equilibri economici cui (la contrattazione collettiva) è pervenuta » (così Cass. n. 3491/83 cit.).

Tali rilievi sono ancor più pertinenti se riferiti allo speciale rapporto di lavoro degli autoferrottramvieri, la cui disciplina giuridica demanda totalmente alle «competenti associazioni sindacali» il compito di determinare, sia pur nel rispetto dei principi generali fissati dalla legge, «gli stipendi, le paghe, le competenze accessorie ed ogni altra indennità fissa o temporanea di qualsiasi natura spettanti al personale» (art. 1 cpv. R.D. 8 gennaio 1931 n. 148). Si deve, pertanto, presumere che, ove risultino pattuite — a livello nazionale, locale o aziendale — condizioni di favore riservate ai soli lavoratori che, per effetto dei turni di servizio, prestano la loro opera nelle giornate di domenica, i vantaggi (di qualsiasi natura) loro attribuiti siano causalmente collegati, per volontà quanto meno implicita delle parti contraenti, alla gravosità del lavoro domenicale, che differenzia sotto il profilo qualitativo tale prestazione rispetto a quella ordinariamente svolta negli altri giorni della settimana (con la giornata di riposo coincidente con la domenica) e conseguentemente giustifica la previsione, in sede di contrattazione collettiva, di un trattamento globale parimenti «differenziato», in considerazione del particolare sacrificio loro richiesto.

A diversa conclusione può giungersi nel caso in cui il giudice, in esito ad un'approfondita analisi della disciplina contrattuale nel suo complesso, escluda l'esistenza di «connotazioni differenziate» nel trattamento dei suddetti lavoratori oppure accerti, sulla base di elementi concreti e specifici, che le parti contraenti abbiano inteso riferire il più favorevole trattamento degli stessi lavoratori a cause diverse dalla effettuazione dei turni programmati e dall'espletamento del lavoro domenicale (che è conseguenza diretta e necessaria dei turni stessi, comprensivi della domenica).

È questo il criterio di fondo enunciato nella sentenza delle Sezioni Unite n. 5923/82, il cui *iter* argomentativo non giustifica affatto l'affermazione contenuta nella successiva pronuncia della Sezione Lavoro n. 7256/87, secondo la quale le anzidette «connotazioni differenziate» dovrebbero necessariamente consistere in un «supplemento di paga», ossia in un «compenso contabilmente apprezzabile» (e quindi monetizzato), mentre sarebbero irrilevanti, al fine di ritenere contrattualmente compensato «il disagio insito nel lavoro domenicale», vantaggi di diversa natura, costituiti da mere «agevolazioni sui tempi di lavoro, che non appaiono tradursi in una specifica maggiorazione economica». Al contrario, nella pronuncia delle Sezioni Unite (e nella prevalente giurisprudenza successiva) si è opportunamente precisato che l'esistenza di una forma «conglobata» di remunerazione del lavoro domenicale può desumersi dalla circostanza che anche i turni di servizio (e quindi il numero e la cadenza delle prestazioni domenicali) sono, al pari del

trattamento « differenziato », « contrattualmente concordati » in sede collettiva, così sottolineandosi il nesso normalmente esistente tra la previsione dell'obbligo, per determinate categorie di lavoratori, di prestare a turno la loro opera anche nelle giornate di domenica e la pattuizione di un trattamento più vantaggioso, nel suo complesso, rispetto a quello degli altri dipendenti che ad un tale sacrificio non sono soggetti.

L'interpretazione « restrittiva », innanzi riferita, dell'indirizzo delle Sezioni Unite non è condivisibile, perché limita arbitrariamente la portata dei criteri enunciati in sede di composizione del precedente contrasto di giurisprudenza, senza tener conto del fatto che, nelle articolate previsioni della contrattazione collettiva, il corrispettivo del disagio o della penosità derivante da particolari modalità di svolgimento della prestazione lavorativa non sempre è costituito da una indennità specifica e diretta, ma è sovente rappresentato da vantaggi nel trattamento normativo, non meno rilevanti sul piano concreto, specie quando si traducono — come nell'ipotesi di concessione di un maggior numero di riposi annuali retribuiti — anche in un beneficio economicamente apprezzabile, non potendosi negare consistenza patrimoniale ad una pattuizione in forza della quale le giornate o i tempi di lavoro risultano ridotti, senza una corrispondente riduzione della retribuzione. Non avrebbe senso, del resto, l'accertamento circa l'esistenza, nella contrattazione collettiva, di un compenso per il lavoro domenicale « conglobato » (cioè ricompreso nel trattamento complessivo dei lavoratori di una determinata categoria, pur se non riferito esplicitamente alla suddetta prestazione) e tale da conferire « connotazioni differenziate » al trattamento stesso, se poi si afferma l'irrilevanza di qualsiasi vantaggio o beneficio (come la concessione di un maggior numero di riposi annuali) che non consista in una « specifica maggiorazione economica » *ad hoc*, « contabilmente apprezzabile », da ciò derivando l'inaccettabile conclusione che sarebbe — sempre ed automaticamente — dovuto un compenso *ulteriore* per il lavoro in questione, anche quando sia possibile acquisire, attraverso l'esame della disciplina collettiva e l'interpretazione della volontà delle parti contraenti, la ragionevole certezza che, sotto altra idonea forma, sia stato considerato e compensato il sacrificio delle prestazioni domenicali.

Non è superfluo aggiungere che l'opinione — qui non condivisa — della Sezione Lavoro (espressa nella sentenza n. 7256/87) contrasta anche con l'orientamento della Corte Costituzionale, che ha dichiarato « non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 della legge 27 maggio 1949 n. 260, modificato dall'art. 1 della legge 31 marzo 1954 n. 90, sollevata in riferimento all'art. 3 Cost. »,

in base al rilievo che, secondo « un indirizzo giurisprudenziale ormai costante, anche della Cassazione, . . . i lavoratori addetti ai pubblici servizi di trasporto, per il lavoro prestato nella domenica compresa nel turno, hanno diritto ad una maggiorazione del salario », a norma dell'art. 36 Cost., che valga a compensare la « maggiore penosità » (e quindi la « diversa qualità ») di tale lavoro rispetto a quello svolto nei giorni feriali » (cfr. sentenza n. 16 del 22 gennaio 1987); ma anche la Corte Costituzionale, recependo integralmente e meglio precisando il cennato indirizzo, non ha mancato di avvertire che « si dovrà, in ogni caso, anche considerare se, rispetto ai lavoratori di categorie che riposano normalmente la domenica, un compenso proprio sia già compreso in quello ordinario e normale spettante al lavoratore o in altri eventuali benefici, quali, per esempio, i riposi ulteriori, le riduzioni di orario ecc., accordate alla categoria proprio in considerazione della specialità del lavoro svolto che esige turni lavorativi comprensivi anche della domenica ».

La Corte ha così espressamente riconosciuto la rilevanza, ingiustificatamente negata da Cass. n. 7256/87, degli « altri benefici » (ed in particolare della fruizione di un maggior numero di riposi annuali) in alternativa alla previsione contrattuale di un « compenso proprio », specificamente riferito alla prestazione domenicale imposta dal turno di servizio. Per identiche ragioni (come si evince dal richiamo alla precedente pronuncia n. 16 del 1987) la stessa Corte Costituzionale ha dichiarato manifestamente infondata anche la questione di legittimità costituzionale degli artt. 3 e 5 della legge 22 febbraio 1934 n. 370, sollevata in riferimento all'art. 3 Cost. (cfr. ordin. n. 97 del 26 gennaio 1988), sicché può ritenersi definitivamente acquisito, anche nella giurisprudenza costituzionale, il principio secondo cui il diritto del lavoratore « turnista » ad essere compensato per la particolare penosità del lavoro svolto nelle giornate di domenica può essere soddisfatto non solo mediante l'erogazione di un « supplemento di paga » specificamente riferito a tale prestazione e determinato nel suo ammontare, ma anche — indirettamente — con l'attribuzione di vantaggi e benefici contrattuali di diversa natura, che valgano a « differenziare » il loro complessivo trattamento economico-normativo rispetto a quello dei lavoratori che usufruiscono del riposo domenicale.

Ne consegue che, ove sia positivamente accertata l'esistenza, nella disciplina collettiva del rapporto, delle anzidette « connotazioni differenziate », il solo problema che il giudice deve risolvere consiste nello stabilire se esse siano, o non, sinallagmaticamente collegabili alle prestazioni domenicali imposte dai turni programmati e concordati.

L'apprezzamento a tal riguardo —ovviamente riservato al giudice del merito, avendo ad oggetto l'interpretazione della disciplina contrattua-

le — è sindacabile in sede di legittimità nei limiti del controllo della correttezza logico-giuridica della motivazione e dell'esatta applicazione delle regole legali di ermeneutica. Non è tuttavia superfluo avvertire che siffatta indagine va compiuta in base a criteri di normalità causale e di ragionevolezza, senza indulgere ad un eccessivo rigorismo, sicché per escludere il riferimento al lavoro domenicale dei benefici — economici o normativi — accordati soltanto ai lavoratori soggetti a detta prestazione, non è sufficiente rilevare la mancanza, nella normativa contrattuale, di una previsione esplicita a tal riguardo oppure ipotizzare in termini astratti altre eventuali cause giustificative del trattamento « differenziato », e tanto meno collegare genericamente al disagio del « turno » i vantaggi « differenziati » (senza considerare che l'obbligo del lavoro domenicale — come già si è detto — è inscindibilmente connesso alla programmazione dei turni di servizio), ma occorre individuare concretamente una ragione diversa e specifica della particolare attribuzione. E soltanto in quest'ultimo caso può essere riconosciuto il diritto del lavoratore ad una « maggiorazione economica » per le prestazioni svolte di domenica, da liquidarsi in base ai parametri indicati (a titolo esplicativo) nella menzionata sentenza n. 5923/82.

5) Per quanto attiene alla controversia in esame si osserva che l'impugnata sentenza si è puntualmente uniformata ai principi di diritto innanzi enunciati, che le Sezioni Unite intendono ribadire e confermare, ed è inoltre sorretta da adeguata e logica motivazione, riassuntivamente riferita nella parte narrativa che precede, sia in ordine alla previsione contrattuale di un maggior numero di riposi annuali in favore dei soli lavoratori soggetti a turni di lavoro domenicale (circostanza non contestata nel ricorso) nonché di una speciale indennità, esplicitamente riferita alle prestazioni svolte di domenica, a partire dal 1° giugno 1981, sia anche in ordine al collegamento causale dei suddetti benefici a tali prestazioni (e non « al mero effetto della turnazione »), avendo i giudici del merito, con insindacabile apprezzamento, ravvisato nella fruizione di un cospicuo numero di riposi « aggiuntivi » (e, successivamente, nell'attribuzione di una indennità pecuniaria) l'elemento di differenziazione del trattamento dei lavoratori « turnisti » rispetto a quello del « collega di pari qualifica che presta servizio in sei giorni lavorativi con riposo domenicale », da ciò traendo l'ineccepibile conclusione che le prestazioni domenicali del ricorrente già trovano adeguato compenso (conglobato nel suo trattamento complessivo) nella disciplina collettiva del rapporto e che non sussisteva, di conseguenza, il diritto ad una ulteriore maggiorazione di paga.

L'impugnata sentenza si sottrae, pertanto, alle infondate censure del ricorrente (*omissis*).

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 28 ottobre 1991, n. 11459 - Pres. Vela - Est. Olla - P.M. Fedeli (conf.) Perrucchetti c. Ministero del tesoro (Avv. dello Stato De Figueiredo).

Valuta - Infrazioni valutarie - Decreti ministeriali emessi anteriormente all'entrata in vigore del D.P.R. 454/87 - Impugnativa giurisdizionale - Competenza funzionale del Pretore - Esclusione.

(d.P.R. 29 settembre 1987, n. 454, art. 32 terzo comma; R.D. 14 aprile 1910, n. 639, art. 3).

La nuova disciplina introdotta dall'art. 31 sesto comma del D.P.R. 454/87, con competenza in primo grado del Pretore in materia di infrazioni valutarie, non si applica alle ipotesi in cui, alla data di entrata in vigore del citato D.P.R., il procedimento amministrativo sanzionatorio fosse già concluso con un decreto del Ministero del tesoro.

Non ha rilievo che il decreto ministeriale fosse, a tale data, già notificato, in quanto l'atto amministrativo è in sé perfetto indipendentemente dalla sua ricezione.

Secondo la ricorrente, il decreto del Ministro del Tesoro del 21 settembre 1987 non costituisce un atto amministrativo perfetto, posto che non era stato notificato e la notifica rappresenta un suo requisito essen-

La competenza in materia di infrazioni valutarie pregresse ritorna al Tribunale.

Improvviso e radicale « revirement » della Suprema Corte per quanto riguarda la competenza del Tribunale (o, meglio, del giudice civile competente per valore) in ordine alle infrazioni valutarie sanzionate con decreto ministeriale emesso prima del 5 dicembre 1987.

Com'è noto, in tale data era entrato in vigore il D.P.R. 29 settembre 1987, n. 454, poi seguito dal D.P.R. 31 marzo 1988, n. 148, il quale, riformando in senso liberalizzatore l'intero settore valutario, aveva (all'art. 23) modificato il decreto ministeriale conclusivo della procedura sanzionatoria da atto amministrativo sanzionatorio, per la cui esecuzione era necessario far ricorso ad una successiva ingiunzione emessa ai sensi dell'art. 7 del R.D.L. 5 dicembre 1938, n. 1928, a decreto di ingiunzione secondo la normativa delle infrazioni amministrative depenalizzate previste dalla legge 24 novembre 1981, n. 689.

In tale occasione era stata anche introdotta (all'art. 31) una nuova disciplina del procedimento amministrativo sanzionatorio, e, soprattutto, la competenza funzionale del Pretore a giudicare delle eventuali opposizioni in via giudiziale, con particolari poteri e caratteristiche che vanno dalla possibilità per l'Amministrazione resistente di stare in giudizio anche senza patrocinio dell'Avvocatura, all'onere probatorio incombente su di essa, anziché sull'opponente, dalle comunicazioni e notificazioni eseguite d'ufficio presso gli Uffici dell'Amministrazione del tesoro alla riduzione dei gradi di giudizio da tre a due, giacché contro la decisione del Pretore è previsto come unico mezzo di impugnazione il ricorso per Cassazione nei modi e nelle forme ordinarie.

Era pure prevista la norma transitoria (costituita dall'art. 32) secondo cui la nuova disciplina si sarebbe applicata « alle violazioni di norme valutarie, che comportano l'applicazione di sanzioni amministrative accertate prima di

ziale, non fosse altro in quanto si tratta d'un atto recettizio; di conseguenza, non può produrre alcun effetto giuridico, ivi compreso quello relativo alla perpetuazione della precedente disciplina normativa. Ne deriva che deve trovare applicazione la regolamentazione introdotta dalla nuova legge e, perciò, che l'opposizione era assoggettata al regime processuale delineato dalla L. n. 689 del 1981: da qui la competenza del Pretore di Milano adito.

L'Amministrazione del Tesoro ha depositato memoria scritta, resistendo al ricorso.

Il pubblico Ministero presso questa Corte, ha chiesto, con requisitoria scritta, il rigetto del ricorso.

Il ricorso è infondato.

L'art. 32 D.P.R. 29 settembre 1987, n. 454, nel dettare il regime intertemporale relativo alle Disposizioni valutarie introdotte con quel testo legislativo, prescrive, nel terzo comma, che le norme delegate di cui al Titolo quarto che qui interessano (si tratta delle norme relative all'accertamento delle violazioni ed alla applicazione delle sanzioni) « si applicano alle violazioni di norme valutarie che comportano l'applicazione di

tale data, sempreché il relativo procedimento non risulti alla data medesima concluso con provvedimento divenuto definitivo ».

Tale formulazione sembrava non lasciare adito a dubbi nel senso che rimanevano di competenza del Tribunale tutte le opposizioni a decreti ministeriali emanati prima del 5 dicembre 1987; ed era avvalorata dall'art. 31 settimo comma del citato D.P.R. 474/87 secondo cui « resta ferma la competenza... delle Intendenze di finanza all'esecuzione dei decreti del Ministro del tesoro relativi a violazioni di norme valutarie, secondo la procedura prescritta dal testo unico 14 aprile 1910, n. 639 ».

In altre parole l'aggettivo « definitivo » che si legge nel testo dell'art. 43 sembrava chiaramente riferirsi alla categoria amministrativa dei provvedimenti emanati dall'organo di vertice della singola Amministrazione, ancorché si trattasse di provvedimenti per i quali era ancora aperta la possibilità dell'impugnativa giurisdizionale (1).

Viceversa nelle prime occasioni in cui la Suprema Corte ebbe ad occuparsi della delicata questione, essa ritenne di interpretare tale aggettivo come riferito alle pronunce giurisdizionali non più impugnabili (ovvero passate in giudicato); sicché, in definitiva, essa finì per ritenere applicabile la nuova disciplina processuale, con la competenza funzionale del Pretore, non solo ai procedimenti sanzionatori tuttora in attesa di emissione del decreto ministeriale, ma anche ai procedimenti tuttora pendenti in opposizione a decreti ministeriali emanati prima del 5 dicembre 1987.

In questo senso si espresse dapprima Cass. 3 maggio 1989, n. 2061, secondo cui era sufficiente rilevare che anche la disciplina del sequestro valutario si applicava retroattivamente, e che la facoltà di procedere all'esecuzione con la

(1) Nella previgente disciplina del r.d.l. 5 dicembre 1938, n. 1928, com'è noto, non esisteva un termine di decadenza per l'impugnazione in via giurisdizionale dei decreti ministeriali di condanna; v. PERRUCCI, *Il diritto valutario*, Zanichelli, pag. 190.

sanzioni amministrative accertate prima » del 5 dicembre 1987 « sempre che il relativo procedimento non risulti, alla data medesima, concluso con provvedimento divenuto definitivo ».

Dunque, esclude l'applicazione della nuova disciplina allorché, al 5 dicembre 1987, fosse stato pronunciato il decreto del Ministro del Tesoro ingiungente il pagamento della sanzione pecuniaria pur se non ancora notificato all'autore della violazione.

In altri termini, la norma, nel porre come limite di sbarramento la circostanza obbiettiva della conclusione del procedimento con provvedimento definitivo, esclude l'applicabilità della nuova disciplina ai procedimenti che abbiano esaurito il loro *iter* amministrativo, ossia non siano più suscettibili di ulteriori attività in sede amministrativa.

A tanto conduce, innanzitutto, l'espressa specificazione che il provvedimento finale deve essere definitivo, termine, questo, che rinvia immediatamente ai provvedimenti amministrativi rispetto ai quali si sia esaurita ogni possibilità giustiziale nel settore.

Indi, la *ratio* della norma, manifestamente tesa ad evitare che l'entrata in vigore della nuova disciplina sulla materia relativa al Titolo quarto,

previgente disciplina del R.D. 14 aprile 1910 n. 639 non contraddiceva con la nuova natura giuridica del provvedimento ministeriale, dovendosi, a suo avviso, distinguere le modalità di esecuzione dei decreti dalla disciplina processuale delle opposizioni ad essi.

Tale orientamento fu poi confermato da Cass. 25 ottobre 1989, n. 4391, alla quale finirono per adeguarsi quasi tutti i giudici di merito.

In particolare il Pretore di Milano che sino allora aveva declinato la propria competenza a giudicare delle opposizioni a decreti emanati prima del 5 dicembre 1987 (2), mutò radicalmente indirizzo affermando la propria competenza e decidendo le vertenze nel merito (3).

Dal canto suo il Tribunale di Milano si adeguò rapidamente all'orientamento della Suprema Corte, ed in ripetute occasioni arrivò alla conclusione che vertenze già pendenti avanti al Tribunale, in opposizione a decreti ministeriali emanati prima del 5 dicembre 1987, dovessero essere « devolute » alla competenza del Pretore, senza peraltro affrontare e risolvere il problema delle modalità di tale auspicata devoluzione, dal momento che quasi mai l'impugnativa originaria avanti al Tribunale era stata proposta entro il termine decadenziale di trenta giorni oggi previsto dalla nuova disciplina processuale (4).

Solo in un caso specifico, con sentenza 9 maggio 1991, n. 3498, il Tribunale di Milano affermò la propria permanente competenza a giudicare delle opposizioni a decreti del Ministro del tesoro emanati prima del 5 dicembre 1987, acutamente osservando che giammai la « definitività » prevista dall'art. 32 terzo comma del D.P.R. 454/87 può intendersi come definitività in senso giurisdizionale, giacché non avrebbe senso escludere l'applicabilità dello *jus superveniens* alle controversie già definite con sentenza passata in giudicato; e

(2) Così Pret. Milano, 9 gennaio 1989, n. 162 e 31 marzo 1989, n. 1054.

(3) Così Pret. Milano, 2 maggio 1991, n. 1764.

(4) Così Trib. Milano, 20 giugno 1991, n. 4949 e 4969, nonché numerose altre.

comporti l'inefficacia dei procedimenti già esauriti in sede amministrativa e determini la necessità di iniziare *ex novo* la procedura di accertamento delle infrazioni e di applicazione delle sanzioni.

Del resto, in questa medesima prospettiva, lo stesso art. 32 dispone che anche ove dovesse applicarsi la nuova disciplina, « non si applicano i termini perentori di cui agli articoli 28, 30 e 31 »; ossia che non trovano applicazione le norme che fissano termini per la contestazione delle violazioni, per adempimenti degli organi amministrativi e per la pronuncia di ingiunzione al pagamento della sanzione pecuniaria, e che ricollegano alla corrispondente omissione l'estinzione dell'obbligazione al pagamento delle somme dovute per l'infrazione valutaria. Per vero, siffatto precepto ribadisce la volontà legislativa tesa ad evitare che il nuovo regime possa rendere vana l'attività precedentemente svolta, e quindi, anche la volontà di escluderne l'applicabilità quando il procedimento si sia esaurito.

Vale a dire che ai fini dell'inapplicabilità della nuova disciplina la norma prende in considerazione soltanto l'avvenuto esaurimento della procedura amministrativa e prescinde totalmente dalla esternazione del suo provvedimento finale.

Pertanto, a tal fine è del tutto irrilevante accertare se il decreto del Ministro del Tesoro conclusivo dello stesso procedimento abbia natura recettizia e se, perciò, ai fini della perfezione dell'atto nei confronti dell'autore della violazione valutaria, occorra anche la sua notifica: infatti,

che, pertanto, l'unico significato possibile, oltre che ragionevole, è quello di intendere applicabile la nuova disciplina processuale (con relativa competenza del Pretore) ai soli procedimenti amministrativi ancora in corso alla data del 5 dicembre 1987, restando per tutti gli altri in vigore la competenza del giudice già investito dell'opposizione secondo la previgente disciplina processuale (5).

Del resto, già in precedenza, con ordinanza 16 gennaio 1991, lo stesso relatore di quella sentenza, nella sua diversa veste di Pretore, aveva sollevato conflitto di competenza che risulta tuttora all'esame della Suprema Corte.

In questa situazione di grave incertezza, non si può che apprezzare il nuovo intervento della Corte Regolatrice, la quale, per la verità senza accennare alle precedenti pronunce della stessa sezione, finalmente conferma la perdurante competenza del Tribunale per le vertenze in opposizione a decreti ministeriali di condanna emanati prima del 5 dicembre 1987.

La chiarezza e la linearità della relativa motivazione, non solo fa giustizia delle precedenti diverse pronunzie, confermando il significato dell'aggettivo « definitivo » usato dall'art. 23 del D.P.R. 457/87 come riferito al provvedimento amministrativo in sé, ma aggiunge, molto opportunamente che a nulla rileva la data di notificazione del medesimo (se precedente o anteriore al 5 dicembre 1987), essendo tale provvedimento in sé perfetto al momento stesso della

(5) Così Trib. Milano, 9 maggio 1991, n. 3498.

a tal fine, il precetto positivo considera sufficiente la semplice pronuncia del provvedimento.

Di conseguenza, rispetto al caso di specie, una volta che alla data del 5 dicembre 1987, era stato già pronunciato il decreto del Ministero del Tesoro conclusivo del procedimento amministrativo relativo alla infrazione valutaria ascritta alla Perrucchetti, non potevano trovare applicazione le nuove regole processuali concernenti l'impugnazione in sede giurisdizionale dello stesso decreto, ma rimaneva in vigore la precedente disciplina sul tema, dettata, come s'è detto, dall'art. 3 R.D. 14 aprile 1910, n. 639: sulla sua base, come non è contestato, devono trovare applicazione le regole sulla competenza per territorio e per valore dettate dal codice di rito civile, alla cui stregua la competenza a conoscere dell'opposizione proposta dalla Perrucchetti appartiene al Tribunale di Milano, come ha correttamente statuito la sentenza impugnata.

Il ricorso, pertanto, deve essere respinto.

emanazione, e non rilevando, se non ai fini della efficacia, la sua successiva notificazione.

In tal modo è stata autorevolmente dettata una disciplina transitoria anche per i decreti ministeriali di condanna cosiddetti « a cavallo » del suddetto termine del 5 dicembre 1987; nel senso che, anche quelli notificati dopo tale data, ma emanati prima di essa, facendo parte della previgente disciplina, vanno considerati come decreti non di ingiunzione, e vanno impugnati eventualmente avanti il giudice competente per valore.

UBALDO PERRUCCI

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. III civ., 5 novembre 1991, n. 11756 - Pres. Tropea - Rel. Vittoria - P.M. Lanni (concl. conf.) Ministero dell'Interno (avv. Stato Palmieri) c. Zannelli Anna Maria (avv. Bucchi).

Locazione - Immobili urbani adibiti ad attività ricreative, assistenziali, culturali e scolastiche nonché a sedi di partiti o sindacati e condotti in locazione dallo Stato - Diniego di rinnovazione del contratto alla prima scadenza.

Ai contratti contemplati dall'art. 42, 1° comma, della legge n. 392/78, si applica l'intero istituto della rinnovazione tacita come strutturato dall'art. 28 e ulteriormente regolato, per quanto attiene alla rinnovazione alla prima scadenza, dall'art. 29, in virtù del richiamo, contenuto nel 2° comma del medesimo art. 42, al preavviso di rilascio di cui all'art. 28 (1).

(1) La giurisprudenza di merito ha risolto la questione decisa dalla Suprema Corte in modo non univoco.

Infatti, una parte di essa (in verità prevalente) ritiene, in base ad una interpretazione testuale, che l'art. 42, 1° comma, *cit.*, limitandosi a richia-

1. — Il ricorrente impugna la sentenza del tribunale di Roma denunciando un vizio di violazione e falsa applicazione di norme di diritto (artt. 28, 29, 42, legge 27 luglio 1978, n. 392 in relazione all'art. 360 n. 3 cod. proc. civ.).

Il ricorrente sostiene che il richiamo al « preavviso per il rilascio di cui all'art. 28, richiamo contenuto nell'art. 42 della L. 27 luglio 1978, n. 392, deve intendersi nel senso di un'applicabilità, ai contratti considerati dallo stesso articolo 42, dell'intera disciplina della rinnovazione recata dagli artt. 28 e 29 della legge ».

Il motivo è fondato.

2. — L'art. 42 della legge 27 luglio 1978, n. 392 contempla al primo comma « i contratti di locazione e sublocazione di immobili urbani adibiti ad attività ricreative, assistenziali, culturali e scolastiche, nonché a sedi di partiti e sindacati, e quelli stipulati dallo Stato o da altri enti pubblici territoriali in qualità di conduttori ».

Tali contratti — dispone l'art. 42 comma primo — « hanno la durata di cui al primo comma dell'art. 27 ».

A tali contratti — dispone l'art. 42 comma secondo — « si applicano le disposizioni degli artt. 32 e 41, nonché le disposizioni processuali di cui al titolo I, capo III, ed il preacciso per il rilascio di cui all'art. 28 ».

L'art. 28 della legge — così indirettamente richiamato quale sede di una disposizione circa il *preavviso per il rilascio* — non contiene però alcun cenno ad un atto così qualificato.

L'art. 28, al primo comma, usa il termine *disdetta* per indicare l'atto, da comunicare non oltre una certa data anteriore alla scadenza,

mare il preavviso di rilascio previsto dal primo comma dell'art. 28 e non contenendo alcun riferimento diretto all'art. 29, abbia voluto semplicemente condizionare l'evento o l'effetto giuridico del diniego di rinnovazione all'invio, nei termini previsti dal primo comma dell'art. 28, del preavviso di rilascio. In tal senso si era orientato anche il Tribunale di Roma con sentenza 14 aprile 1986, n. 5540, intervenuta fra le stesse parti in secondo grado e cassata dalla sentenza in epigrafe; nonché Trib. Napoli, 24 luglio 1990, *Giur. merito*, 1991, 4; pret. Udine, 3 febbraio 1990, *Rep. F.I.*, 1990, voce *Locazione*, n. 227; Pret. Palermo, 12 dicembre 1988, *ivi*, 1989, n. 218; Pret. Firenze, 17 maggio 1988, *ibidem*, n. 219; *id.*, 1° febbraio 1988, *ivi*, 1988, 178; Pret. Ozieri, 18 giugno 1987, *ibidem*, n. 179; Pret. Bari, 8 novembre 1985, in *Foro It.*, 1986, I, 270, con nota di richiami.

In senso contrario, ritenendo il richiamo contenuto nell'art. 42, secondo comma, *cit.* diretto all'intera disciplina costituita dagli artt. 28 e 29 *cit.*: Pret. Roma, 8 novembre 1984, *Rep. F.I.*, 1985, voce *Locazione* n. 314, intervenuta in primo grado sul caso esaminato dalla Cassazione; Trib. Milano, 7 settembre 1987, *ivi*, 1988, n. 177; Pret. Gallarate 28 aprile 1987, in *Foro It.*, 1988, I, 289 con nota di richiami.

La dottrina è quasi unanimemente orientata nel senso che ai rapporti locativi di cui all'art. 42 *cit.* si applichi solo il primo comma dell'art. 28: v. F. LAZZARO - R. PREDEN, *Le locazioni per uso non abitativo*, Giuffrè, Milano, 1988,

mediante il quale ciascuna delle parti può far sì che la rinnovazione non abbia luogo.

L'art. 28, al secondo comma, attraverso il generico termine di *modalità*, richiama la comunicazione, non altrimenti qualificata dal successivo art. 29, mediante la quale il locatore, alla prima scadenza contrattuale, può esercitare la facoltà di diniego di rinnovazione, dichiarando la propria volontà di conseguire, alla scadenza del contratto, la disponibilità dell'immobile, per una delle ragioni esplicitate dallo stesso art. 29 e sinteticamente preannunziate dall'art. 28 con il termine motivi.

La mancanza nell'art. 28 d'un atto qualificato come *preavviso per il rilascio* genera incertezza nella individuazione della disposizione contenuta nello stesso articolo, considerata dal legislatore regolare l'anzidetto preavviso e per tale ragione da intendersi richiamata dall'art. 42, comma secondo, e così resa applicabile ai contratti contemplati dall'art. 42 comma primo.

Una prima considerazione appare però imporsi.

La tecnica normativa adoperata nell'art. 42 è quella di rendere applicabili a contratti, per sé non compresi nell'ambito dell'art. 27 della legge, disposizioni contenute in altri articoli della stessa legge ed operanti per i contratti di cui all'art. 27.

L'art. 42, in altri termini, disciplina i contratti in esso contemplati non configurando nuove disposizioni, ma rinviando ad altre che, come tali, già regolano i contratti previsti dall'art. 27.

Orbene, l'art. 28 contiene due disposizioni: la prima, quella dettata dal comma primo, che regola la rinnovazione tacita ed il modo di

5 e 133; BUCCI - MALPICA - REDIVO, *Manuale delle locazioni*, Cedam, Padova, 1989, 375; salvo P. COSENTINO - P. VITUCCI, *Le locazioni dopo le riforme del 1978-1985*, UTET, Torino, 1986, 421.

Brevi considerazioni in tema di diniego di rinnovazione alla prima scadenza del contratto di locazione di immobili stipulato dallo Stato.

La sentenza in epigrafe assume notevole importanza perché rappresenta la prima pronuncia, poi successivamente confermata da Cass., Sez. III, 14 novembre 1991, n. 12167 della Suprema Corte sulla questione — come si è detto, molto dibattuta in dottrina e giurisprudenza — dell'applicabilità alle locazioni, previste dall'art. 42, primo comma, *cit.*, della disciplina prevista dagli artt. 28 e 29 *cit.*, in base ai quali, in mancanza di disdetta giustificata dai motivi tassativamente indicati nell'art. 29, il contratto deve ritenersi tacitamente rinnovato per un ulteriore sessennio.

Negli scritti difensivi ed in discussione orale a supporto della tesi che il rimando al preavviso di rilascio di cui all'art. 28 effettuato dal secondo comma dell'art. 42 debba intendersi riferito all'intera disciplina e, quindi, anche all'art. 29, sono stati adottati tre ordini di ragioni:

1) un argomento di ordine testuale poiché l'art. 42, secondo comma, richiama espressamente il preavviso di rilascio e non solo quindi, il primo comma dell'art. 28;

2) la stessa espressione usata dal legislatore «preavviso di rilascio» che si riferisce ad una manifestazione motivata di intenzione in analogia a quanto

escluderla; la seconda, quella dettata dal comma secondo e sviluppata dall'art. 29, sulla rinnovazione del contratto alla prima scadenza e sui limiti entro i quali il locatore può escluderla.

L'esito dell'indagine circa il significato dell'espressione «... ed il preavviso per il rilascio di cui all'art. 28» può dunque essere solo quello di dire che, per il suo tramite, l'art. 42 comma secondo ha rinviato ad una o all'altra o ad ambedue le indicate disposizioni contenuto nell'art. 28.

Ne derivano due conseguenze.

All'art. 42, comma secondo, non può prestarsi il significato per cui ai contratti contemplati dal primo comma non si applicherebbe la disciplina della rinnovazione tacita, bensì unicamente un obbligo di indicazione della data per cui si intende riottenere la disponibilità dell'immobile: una tale disposizione, infatti, nell'art. 28 non è rinvenibile.

Al termine *preavviso per il rilascio* impiegato dall'art. 42, comma secondo, proprio perché posto da questa norma in relazione all'art. 28, è necessario attribuire il più generico significato di atto con cui si esercita la facoltà di escludere la rinnovazione tacita del contratto disciplinata dall'art. 28.

3. — L'art. 42, comma secondo, come s'è veduto, contiene non l'espressione « si applicano le disposizioni dell'art. 28 », ma quella « (si applica) ... il preavviso di rilascio di cui all'art. 28 ».

Ciò sembrerebbe denunziare nel legislatore un intento di non richiamare l'intero dettato dell'art. 28, ma solo una parte d'esso.

previsto sia dagli artt. 59 e 73 legge n. 392/78 *cit.*, sia dalla vecchia normativa, art. 4 legge n. 253/50;

3) la estensione ai contratti in questione delle disposizioni processuali contemplate nel capo III del titolo primo della legge n. 392/78 ed espressamente richiamate dall'art. 42, terzo comma che rende « compatibile » l'omogeneità della disciplina sostanziale nella rinnovazione del contratto (aspetto particolarmente approfondito dalla citata Pret. Roma, 8 novembre 1984, intervenuta nella fattispecie in primo grado).

Infatti, dall'immediato confronto delle due disposizioni di cui agli artt. 42 e 29 *cit.* appare *ictu oculi* estremamente riduttiva la interpretazione che ritiene il richiamo, contenuto nel secondo comma dell'art. 42, limitato al solo primo comma dell'art. 28.

Va ricordato che il legislatore del 1978, al fine di garantire stabilità al contratto, ha precisato che, alla scadenza del primo sessennio, il locatore può impedire la rinnovazione del contratto solo per i motivi di cui all'art. 29 e con il rispetto del termine e del modo perentorio di cui al quarto e quinto comma dello stesso articolo. Dunque, alla prima scadenza contrattuale convenzionale, il locatore può denegare il rinnovo solo per i motivi di cui all'art. 29.

Esaminando i peculiari contratti previsti nell'art. 42, va detto che essi sono soggetti alla identica disciplina regolante quelli di cui all'art. 27 *cit.*

A parte, infatti, i chiari rimandi agli artt. 27 e 32, nonché alle disposizioni processuali di cui al tit. I, capo III della legge, resta da stabilire la

Muovendo da questa considerazione, potrebbe pervenirsi alla conclusione che sia stata richiamata la sola disposizione contenuta nel primo comma dell'art. 28. Questo, perché potrebbe sostenersi che l'art. 28 contenga la disciplina del solo atto di esercizio della facoltà di escludere la rinnovazione che esso denomina disdetta. La disciplina dello stesso atto, quanto al caso del diniego di rinnovazione alla prima scadenza contrattuale, dovrebbe infatti dirsi contenuta nel terzultimo e penultimo comma dell'art. 29.

Questa soluzione non può però essere seguita.

Ciò per due ragioni.

Se questo fosse stato l'intendimento del legislatore, esso avrebbe potuto esser più sicuramente conseguito con un richiamo limitato al solo primo comma dell'art. 28.

Se è pur vero che l'art. 29 espressamente regola forma e tempi dell'atto di diniego della rinnovazione alla prima scadenza l'art. 29 tuttavia svolge un argomento che, come parte della disciplina della rinnovazione tacita, è già compreso nell'art. 28, al secondo comma.

4. — Scartata la soluzione prima ipotizzata, deve pervenirsi alla conclusione che ai contratti contemplati dall'art. 42, comma primo, si applica l'intero istituto della rinnovazione tacita, quale strutturato dall'art. 28 e ulteriormente regolato, per quanto attiene alla rinnovazione alla prima scadenza, dall'art. 29.

Torna però a porsi l'interrogativo del perché il legislatore non abbia impiegato la più sicura formula di un richiamo puro e semplice alle disposizioni contenute negli artt. 28 e 29.

esatta portata del richiamo al preavviso di cui all'art. 28. L'interpretazione deve basarsi sul disposto degli artt. 12 e ss. disp. sulla legge in gen., coordinata alla regola per la quale le norme vanno interpretate in coerenza con il dettato costituzionale; per cui fra due possibili interpretazioni, va accolta quella che non si ponga in contrasto con la costituzione.

Nel caso in esame, una eventuale diversità di disciplina dei contratti di cui all'art. 42 rispetto agli altri dell'art. 27 non può giustificarsi se non in relazione a specifiche e peculiari caratteristiche del contratto.

Infatti, è senz'altro da escludere, per i contratti previsti dall'art. 42, l'applicabilità dell'art. 33 (non sembrando ipotizzabile una locazione stagionale per le attività previste nell'art. 42); dell'art. 34 (non essendo ipotizzabile avviamento commerciale); dell'art. 35 (strettamente connesso all'art. 34); dell'art. 36 (perché si fa espressamente riferimento alla azienda); dell'art. 37 (chiaro il riferimento alle persone fisiche).

La necessità della disdetta e, alla prima scadenza contrattuale (come nel caso di specie), l'esercizio della facoltà di diniego della rinnovazione soltanto per i motivi di cui all'art. 29, con i modi ed i termini ivi previsti, riguarda perciò, anche l'ipotesi regolata dall'art. 42.

Non si comprenderebbe infatti, il significato dell'esplicito richiamo al preavviso di rilascio, senza riconnettervi le conseguenze espressamente previste

Una risposta possibile è che il richiamo avrebbe dovuto esser limitato a quella parte della disciplina dettata dagli artt. 28 e 29, che riguarda i contratti aventi la durata di cui al primo comma dell'art. 27, cioè la stessa durata dei contratti contemplati dall'art. 42, comma primo.

Di qui la formulazione della disposizione richiamante, considerata idonea a rinviare all'intera disciplina sostanziale dell'istituto della rinnovazione tacita, nei limiti della sua applicabilità a contratti aventi la durata di cui al primo comma dell'art. 27, attraverso l'impiego di un termine non specifico, suscettibile di ricomprendere ambedue i casi e relative modalità di esercizio della facoltà di escludere la rinnovazione.

Un'altra possibile risposta è la seguente.

Il legislatore può essere mosso dalla considerazione che i contratti di locazione aventi una durata minima legale, giunti alla scadenza, non cessano, ma si rinnovano tacitamente se prima della scadenza e nel termine indicato dalla legge non è data disdetta (art. 2 e 28 legge 27 luglio 1978, n. 392; art. 1596, comma 2 cod. civ.).

L'applicabilità di tale regime ai contratti contemplati dall'art. 42, comma primo, aventi una durata minima legale, non aveva dunque necessità d'essere esplicitata.

Avendo per contro inteso estendere a tali contratti l'applicazione del particolare aspetto del regime della rinnovazione tacita, costituito dal diniego motivato di rinnovazione alla prima scadenza contrattuale, contemplato dallo stesso art. 28 al secondo comma, il legislatore ha ritenuto di poterlo fare attraverso il richiamo all'atto di esercizio della facoltà di diniego e, non essendo questo in qualche modo definito nell'art. 28 e nell'art. 29, non potendo impiegare il termine *disdetta*, ha usato quello di *preavviso per il rilascio* per la connessione esistente tra disci-

dalla legge in mancanza di esso. Va, inoltre, sottolineato, che la disdetta ha natura non di elemento costitutivo interno, ma di elemento costitutivo esterno alla tacita rinnovazione: di conseguenza, questa è l'ipotesi e l'archetipo normativo dei rapporti di locazione.

Proprio nel rispetto del suddetto archetipo normativo deve ritenersi chiaro il rinvio contenuto nell'art. 42 all'art. 28 *nel suo complesso*, nella sua interezza, perché il preavviso per il rilascio (richiesto dall'art. 42) e di cui all'art. 28 è quello stesso preavviso per il rilascio che, alla scadenza del primo sessennio, è consentito solo per i motivi di cui all'art. 29 e che, alla scadenza del secondo sessennio ne prescinde.

Se il richiamo fosse stato limitato al solo preavviso, senza le modalità e con le conseguenze dal medesimo art. 28, al secondo comma, previste, il legislatore avrebbe dovuto espressamente circoscrivere il rimando al solo primo comma. Invece, così non è.

D'altronde l'eventuale estrapolazione del mero preavviso di rilascio dal meccanismo di cui fa parte comporterebbe una diversità di disciplina tra i contratti di cui all'art. 27 e quelli di cui all'art. 42; diversità che non sembra conciliabile con il richiamato principio costituzionale venendo a costituire una

plina sostanziale del diniego di rinnovazione e lo strumento processuale appositamente configurato con il successivo art. 30, appunto definito, nella rubrica, *procedura per il rilascio*.

5. — Questa soluzione non incontra insormontabili difficoltà nel dato che l'art. 42, comma secondo, non richiami tra le norme applicabili l'art. 30 né in quelli che esso ha per contro fatto seguire al richiamo dell'art. 31 quello delle corrispondenti norme processuali e che il richiamo di queste precede quello dell'art. 28.

Circa quest'ultimo punto va osservato che la *procedura per il rilascio*, cioè la disciplina processuale del diniego di rinnovazione non è contenuta nelle disposizioni processuali di cui al capo III del titolo I della legge, che si limitano a presupporla.

Il fatto, dunque, che queste ultime siano richiamate prima dell'art. 28 nulla prova contro l'applicabilità dell'art. 30 e delle disposizioni sul diniego di rinnovazione da tale secondo articolo presupposte.

Quanto agli altri punti può osservarsi che l'ubicazione del richiamo all'art. 28, alla fine invece che all'inizio della disposizione, rivela che esso è stato aggiunto ad una formula non destinata originariamente a comprenderlo.

Se non che, con riferimento all'art. 28 e al diniego di rinnovazione alla prima scadenza, il peraltro pleonastico richiamo alle disposizioni processuali già formulato non richiedeva d'essere reiterato a proposito dell'art. 30, giacché la disposizione in esso contenuta presenta inequivocabili richiami all'atto di esercizio della facoltà di diniego della rinnovazione alla prima scadenza contrattuale.

6. — La regolamentazione apprestata dall'art. 42 ai contratti in esso contemplati mostra come il legislatore abbia considerato tali contratti

ingiustificata e irrazionale situazione di privilegio per gli esercenti di cui all'art. 27.

Va, poi, considerato che la stessa giurisprudenza che ritiene non applicabile nella sua interezza il sistema delineato dagli artt. 28 e 29 *cit.* ai contratti di cui all'art. 42, riconosce che l'art. 1, comma nove *bis*, legge n. 118/85 (rinnovazione obbligatoria del contratto), riferendosi a tutti i contratti di locazione ad uso non abitativo, ha introdotto nel sistema una notevole anomalia proprio con riferimento all'art. 42, comportandone un rafforzamento di tutela non previsto nella disciplina ordinaria ed è costretta, perciò, a ricorrere ad una forzatura interpretativa della «ratio» della norma di cui all'art. 1 legge n. 118/85 *cit.*, ricercandone motivazioni economico-sociali e finalità di superamento del regime transitorio decisamente poco convincenti; mentre più semplicemente deve ritenersi che il legislatore — anche con norme successive alla legge n. 392/78 — abbia sempre considerato, ai fini della rinnovazione e con le sole differenze *supra* evidenziate, in relazione alle peculiari caratteristiche del contratto, unitariamente i contratti previsti dall'art. 27 *cit.* e quelli previsti dall'art. 42 *cit.*

GABRIELLA PALMIERI

suscettibili d'una disciplina diversa da quella propria dei contratti previsti dall'art. 27.

La Corte costituzionale ha così avuto modo di porre in evidenza come discipline differenziate dei due tipi di contratto siano costituzionalmente legittime (sent. 20 dicembre 1989 n. 562) e come possano esser per contro prive di giustificazione discipline che equiparino per certi aspetti i due differenti tipi contrattuali (sent. 26 luglio 1988 n. 882).

L'interpretazione che si è ritenuto di dover seguire quanto alla portata del richiamo contenuto nell'ultima parte dell'art. 42, comma secondo, non contraddice né al principio di eguaglianza né a quello di ragionevolezza.

I contratti contemplati dall'art. 42 non sono volti ad assicurare la disponibilità di un mezzo per il soddisfacimento di esigenze di natura economica: ciò spiega la inestensibilità ad essi di istituti volti a conservare al conduttore utilità prodotte attraverso l'esercizio di un'attività di questo tipo.

Tali contratti si riconnettono però al soddisfacimento di esigenze rilevanti dal punto di vista etico-sociale, economico e politico.

Non è dunque ingiustificato che ad essi sia apprestata, sul piano della durata, non solo la protezione rappresentata dalla durata minima legale, ma anche quella costituita dalla disciplina della rinnovazione tacita in tutta la sua estensione.

7. — Il ricorso deve essere in conclusione accolto in base al principio di diritto che l'art. 42, comma secondo, legge 27 luglio 1978, n. 392, nella parte che richiama il preavviso per il rilascio di cui all'art. 28 e lo dice applicabile ai contratti contemplati nel primo comma dell'art. 42, assoggetta questi ultimi alla disciplina del diniego di rinnovazione alla prima scadenza contrattuale, dettata dagli artt. 28, comma secondo, e 29 legge 27 luglio 1978, n. 392.

8. — La sentenza impugnata va cassata e le parti vanno rimesse avanti al giudice di rinvio, che si designa in altra sezione del tribunale di Roma.

PRETURA DI ROMA, Sez. lavoro, decreto 7 novembre 1991, n. 97890 - Giud. Costanzo - U.I.L. e Sind. Aut. Dipendenti del Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica (avv. Pellegrini) c. Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica (avv. Stato D'Amato).

Lavoro - Sindacati - Condotta antisindacale del Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica - Ricorso ex art. 28 legge 20 maggio 1970, n. 300 - Improponibilità.

Anche dopo l'entrata in vigore della legge 12 giugno 1990 n. 146 il ricorso per la repressione di condotta antisindacale ex art. 28 legge 20 mag-

gio 1970 n. 300 non può essere proposto nei confronti del Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica il quale, come apparato di un organo costituzionale di vertice, non può essere assimilato alle amministrazioni dello Stato (1).

Con ricorso depositato il 18 giugno 1991 e ritualmente notificato presso l'Avvocatura Generale dello Stato in data 11 luglio 1991, le organizzazioni sindacali in epigrafe indicate chiedevano che venisse ordinata al Segretario generale della Presidenza della Repubblica la cessazione del comportamento ritenuto illegittimo in quanto antisindacale, trattando direttamente con le stesse.

A sostegno di tale richiesta, le parti ricorrenti assumevano che:

Se deve negarsi nel nostro ordinamento un obbligo del datore di lavoro di « trattare con i sindacati », tuttavia il rifiuto di iniziare le « trattative » con qualsiasi « controparte » sindacale potrebbe, se sistematico, concretare un attentato all'attività sindacale, tale da essere valutato ai fini dell'art. 28 legge n. 300 del 1970;

(1) Non constano precedenti. Per alcune prime applicazioni dell'art. 28 alle amministrazioni dello Stato, nel testo novellato dall'art. 6 legge 12 giugno 1990 n. 146, si veda Pret. Roma 11 novembre 1991, Giud. Gallo, e Pret. Massa 22 ottobre 1991 in *Foro it.* 1992, I, 238 nonché T.A.R. Toscana 21 ottobre 1991 n. 565 e 12 marzo 1991 n. 94 con nota di ALBENZIO, *La repressione della condotta antisindacale nel pubblico impiego fra vecchio e nuovo rito*, *ivi* 1992, III, 33.

A Titolo di commento si ritiene opportuno pubblicare il testo della memoria difensiva redatta dall'avv. Giorgio D'Amato.

Improprietà del ricorso ex art. 28 legge 20 maggio 1970 n. 300 nei confronti del Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica.

Con ricorso notificato in data 11 luglio 1991 le organizzazioni sindacali in epigrafe specificate chiedendo che venga ordinata al Segretario generale della Presidenza della Repubblica la cessazione di un preteso comportamento illegittimo trattando direttamente con le organizzazioni sindacali medesime.

A sostegno di tale richiesta le OO.SS. ricorrenti assumono in linea di principio che:

— se deve negarsi nel nostro ordinamento un obbligo del datore di lavoro di « trattare con i sindacati », tuttavia il rifiuto di iniziare le « trattative » con qualsiasi « controparte » sindacale potrebbe, se sistematico, concretare un attentato all'attività sindacale, tale da essere valutato ai fini dell'art. 28 legge 300 del 1970;

— in particolare sarebbe antisindacale « l'esclusione pregiudiziale di un sindacato dalle trattative », dovendo il datore di lavoro valutare le istanze di tutte le « controparti » e rifiutare solo quelle ritenute inaccoglibili.

Da tali premesse le ricorrenti traggono la conclusione che sarebbe antisindacale il comportamento del Segretario generale della Presidenza della Repubblica il quale:

— in particolare, sarebbe antisindacale « l'esclusione pregiudiziale di un sindacato dalle trattative », dovendo il datore di lavoro valutare le istanze di tutte le « controparti » e rifiutare solo quelle ritenute inaccoglibili; da siffatte premesse si deduceva che il comportamento del Segretario generale della Presidenza della Repubblica era da ritenersi antisindacale in quanto quest'ultimo:

— avrebbe sistematicamente rifiutato non solo qualsiasi trattativa, ma addirittura l'instaurazione di relazioni sindacali con le loro organizzazioni, dotate tutte del carattere di maggiore rappresentatività, in contrasto con le indicazioni di principio di cui all'art. 16 D.P. n. 266/1987;

— avrebbe tentato di « trasferire le trattative al Governo », in palese contrasto con la normativa di cui alla legge n. 1077 del 1948, istitutiva del Segretariato Generale. L'Avvocatura dello Stato nel costituirsi, illustrava oralmente il contenuto della propria memoria difensiva, concludendo per l'inammissibilità in rito e per l'infondatezza nel merito, del ricorso basato su erronei presupposti di fatto.

— avrebbe « sistematicamente rifiutato non solo qualsiasi trattativa, ma addirittura l'instaurazione di relazioni sindacali con una organizzazione sindacale maggiormente rappresentativa », in contrasto con le indicazioni di principio di cui all'art. 16 d.P.R. 266/1987;

— avrebbe tentato di « trasferire le trattative al Governo », in palese contrasto con la normativa di cui alla legge 1077 del 1948, istitutiva del Segretariato Generale.

Il ricorso, inammissibile in rito ed infondato in diritto, poggia su erronei presupposti di fatto.

I) Va contestata, anzitutto, la proponibilità del rimedio dell'art. 28 legge 300/1970 nei confronti del Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica.

Com'è noto, anche dopo l'emanazione della legge quadro sul pubblico impiego (legge 93/1983) è rimasta esclusa l'esperibilità di tale procedimento nei confronti delle amministrazioni dello Stato (v. art. 23 in riferimento all'art. 1 della legge citata).

Solo la legge 12 giugno 1990, n. 146 (art. 6) ha previsto la possibilità di un'azione ex art. 28 legge 300/1970 contro comportamenti posti in essere da « un'amministrazione statale ».

L'area soggettiva definita da tale norma è, peraltro, quella già considerata nell'art. 1 della ripetuta legge-quadro 93/1983 (« amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo »), alla quale sono estranei, come ritengono le stesse ricorrenti, gli ordinamenti degli Organi Costituzionali di vertice ed in particolare, per quel che qui interessa, il Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica.

Ciò in ragione delle peculiarità proprie del datore di lavoro, riconducibili al regime di autonomia normativa e di autarchia degli organi supremi dello Stato che qualifica le inerenti relazioni sindacali in termini diversi rispetto a quelli interessanti gli apparati della « pubblica amministrazione » (quale considerata nel titolo III sez. II della Carta Costituzionale) per le inevitabili implicazioni nella sfera delle attribuzioni proprie degli stessi or-

Orbene, va anzitutto esaminata, per evidenti ragioni di priorità logico-giuridica, l'eccezione sollevata dalla difesa resistente, secondo cui il rimedio previsto dall'art. 28 legge n. 300/70 non sarebbe proponibile nei confronti del Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica.

Invero, anche in seguito all'emanazione della legge quadro sul pubblico impiego (legge n. 93/1983) è rimasta esclusa l'esperibilità di tale procedimento nei confronti delle Amministrazioni dello Stato (art. 23 in riferimento all'art. 1 della legge citata; cfr. Cass. Sez. Un. 26 luglio 1984 nn. 4399, 4390, 4387, 4386, in Notiz. guri. lav. 1984, 356 ss.). Soltanto in epoca recente la legge 12 giugno 1990 n. 146 (art. 6) ha previsto l'esperibilità dell'azione ex art. 28, contro comportamenti posti in essere da « un'amministrazione statale ».

L'area di incidenza soggettiva delimitata da tale norma, non si discosta, peraltro, da quella già considerata nell'art. 1 della richiamata legge-quadro n. 93/1983 (« amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo »), alla quale rimangono estranei gli ordinamenti degli

gani sovrani (nella specie viene direttamente in questione l'esercizio della funzione presidenziale di normazione).

Nessun profilo di illegittimità discende, come è ovvio, dall'accennata improponibilità dell'azione in questione, incompatibile per il suo carattere penetrante con le garanzie che assistono gli organi costituzionali, in quanto rimarrebbe comunque salva la possibilità della tutela giurisdizionale, nelle forme procedurali ordinarie, di ipotetici diritti dei sindacati, (cfr. Corte Cost. 68/1980).

II) Per una corretta impostazione dei problemi appaiono necessarie alcune premesse di quadro, inerenti alla fonte disciplinatrice del rapporto di impiego nonché ai diritti ed all'attività del sindacato nell'ambito del Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica.

Ai sensi dell'art. 4 della legge 1077 del 1948 lo stato giuridico ed economico e gli organici del personale addetto alla Presidenza della Repubblica sono « *stabiliti* » con decreto del Presidente della Repubblica.

Trattasi di un'autonomia normativa posta a presidio dell'indipendenza costituzionale della carica presidenziale rispetto agli altri poteri dello Stato.

Il citato art. 4, che sancisce l'esclusiva potestà del Capo dello Stato nell'organizzazione e nella disciplina della struttura di supporto alle sue funzioni, ha carattere meramente ricognitivo di una competenza che (per evidenti esigenze di indipendenza e di garanzia) deriva, per implicito, direttamente dalla Costituzione; il che giustifica la stessa possibilità di una disciplina presidenziale autonoma e divergente rispetto alla disciplina legislativa comune del pubblico impiego (cfr. Corte Cost. 129/1981).

Ne discende che il potere normativo del Presidente non può essere condizionato ai risultati di una « trattativa » sindacale se non, eventualmente, per quei limitati aspetti che il Presidente medesimo preventivamente decida (anche mediante rinvio a norme dell'ordinamento generale) di disciplinare in siffatto modo.

Ed è al riguardo da rilevare che l'esclusione di ogni automatica possibilità di riferimento alla disciplina generale del pubblico impiego ed in par-

Organi Costituzionali di vertice ed in particolare, per quel che qui interessa, il Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica.

Come è stato ampiamente evidenziato dalla migliore dottrina, che non ha esitato a definire l'Ufficio del Segretariato generale « soggetto di autarchia » ovvero « organo dell'organo Capo dello Stato », tale disciplina è determinata dalle peculiarità tipiche di siffatti « datori di lavoro », sicuramente riconducibili al regime di autonomia normativa e di autarchia, tipica degli organi supremi dello Stato; le relazioni sindacali inerenti a tali rapporti si qualificano, pertanto, in termini diversi rispetto a quelli interessanti gli apparati della « pubblica amministrazione » (quale considerata nel titolo III, sez. II della Carta Costituzionale) per le inevitabili implicazioni che determinano nella sfera delle attribuzioni proprie degli stessi organi sovrani. Nella specie, viene direttamente tutelato l'esercizio della funzione presidenziale di normazione, come acutamente rilevato dall'Avvocatura dello Stato.

Al riguardo, una corretta impostazione dell'indagine ermeneutica impone alcune necessarie premesse concernenti la fonte disciplinatrice del rapporto di impiego nell'ambito del Segretariato Generale della Presi-

tiolare alla disciplina dalla legge quadro 93/1983 — esclusione sostenuta dalle stesse ricorrenti — significa negazione della sussistenza di spazi di « contrattazione » giuridicamente garantiti nel rapporto di lavoro dei dipendenti del Segretariato Generale, cioè negare che sinanco le materie di cui all'art. 3 della citata legge 93/1983 possano formare oggetto di negoziazione, in difetto di un'apposita normativa presidenziale in tal senso.

Del tutto impropriamente, al riguardo, le ricorrenti assumono che il rapporto di lavoro dei dipendenti del Segretariato Generale sarebbe « regolamentato da un contratto ». (V. infra sub III).

In coerenza con quanto accennato, premesso che nella specie non è minimamente in questione la libertà sindacale (la cui esplicazione è testimoniata dalla stessa vivace attività ex adverso documentata), va sottolineato che le posizioni soggettive del sindacato che si vorrebbero in questa sede tutelare non attonano a « diritti » del sindacato medesimo, che trovino come tali concreto fondamento in specifiche norme applicabili al Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica. Con l'iniziativa giudiziale assunta le ricorrenti fanno invece valere, nella sostanza, istanze politiche; il che rende anche per tale verso inammissibile l'iniziativa medesima.

Come riconoscono le stesse ricorrenti, non è configurabile nell'ordinamento generale un diritto alla trattativa collegato al requisito della maggiore rappresentatività (che l'art. 19 legge 300/1970 utilizza sul diverso terreno della tutela strumentale dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro); nè esiste un divieto di discriminazione tra sindacati rappresentativi ex art. 19 legge 300/1970 in quanto attraverso di questa non venga oggettivamente ostacolata o limitata l'attività sindacale (Cassaz. 4270/1978; 3635/1981).

Solo nel contesto istituzionalizzato del pubblico impiego si riconosce alle OO.SS. maggiormente rappresentative la partecipazione al « procedimento negoziale » (v. rispettivamente, per la negoziazione degli accordi di comparto,

denza della Repubblica. Invero, ai sensi dell'art. 4, legge n. 1077 del 1948, lo stato giuridico ed economico e gli organici del personale addetto alla Presidenza della Repubblica sono « stabiliti » con decreto del Presidente della Repubblica.

Trattasi di un'autonomia normativa posta a presidio dell'indipendenza costituzionale della carica presidenziale rispetto agli altri poteri dello Stato.

Il citato art. 4, che sancisce l'esclusiva potestà del Capo dello Stato nell'organizzazione e nella disciplina della struttura di supporto alle sue funzioni, ha carattere meramente ricognitivo di una competenza che (per evidenti esigenze di indipendenza e di garanzia) deriva, per implicito, direttamente dalla Costituzione; il che giustifica la stessa possibilità di una disciplina presidenziale autonoma e divergente rispetto alla disciplina legislativa comune del pubblico impiego (cfr. in termini, Corte Cost. 24 giugno 1981 n. 129). Al riguardo, ha precisato la Corte:

a) che è assolutamente indiscusso che il Presidente della Repubblica abbisogna di un proprio apparato che consenta un efficiente eser-

degli accordi intercompartimentali e di quelli decentrati, artt. 6 comma quarto, 12 comma terzo e 14 comma secondo legge 93/1983).

Le stesse ricorrenze peraltro, come più volte sottolineato, non ritengono direttamente applicabile al Segretariato Generale la disciplina della legge 93/1983, nè questa è stata richiamata in atti di normazione presidenziale.

Ne consegue che, con riferimento all'ordinamento del Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica, come non è configurabile uno spazio di contrattazione normativamente riconosciuto nella disciplina del rapporto di lavoro, così, e per necessità logica (difettandone il presupposto), non è configurabile alcun diritto di un'organizzazione sindacale alla trattativa.

In definitiva, ove pure il rimedio dell'art. 28 legge 300/1970 fosse stato in linea di principio esperibile nei confronti del Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica, il che recisamente si contesta, esso, in ogni caso, sarebbe stato attivato fuor di luogo.

Del tutto inconsistente in linea di fatto è la denuncia delle ricorrenze.

Prima di passare all'esame del comportamento in concreto tenuto dal Segretariato Generale, esigenze di completezza e di chiarezza impongono di lumeggiare l'effettiva portata della « prassi » (certamente non vincolante), cui apoditticamente, inconfertemente ed improduttivamente si richiamano le ricorrenze.

Va tenuta presente al riguardo la differenza tra la generica « pressione politica » esercitabile dai destinatari della normazione — che può dar luogo anche ad una consultazione informale dei medesimi — e la vera e propria « contrattazione collettiva ».

La « pressione politica », priva di giuridica rilevanza, può tendere alla modificazione della normativa ordinamentale con fonti di pari forza e valore inerente a qualsiasi aspetto di questa; il titolare del potere normativo conserva peraltro giuridicamente integre le sue facoltà decisionali, che nessun negoziato e nessuna consultazione può per definizione limitare o circoscrivere.

cizio delle funzioni presidenziali e garantisca in tal modo la indipendenza del Presidente rispetto ad altri poteri dello Stato; il Segretariato Generale (della Presidenza della Repubblica) non può essere riduttivamente configurato quale apparato burocratico, di regime giuridico eguale a quello di ogni altro apparato dell'Amministrazione dello Stato, in quanto addetto allo svolgimento di compiti serventi rispetto alla « funzione presidenziale » costituzionalmente garantita e non già rispetto ad una « funzione amministrativa genericamente assunta »;

b) che la spiccata autonomia di cui dispone la Presidenza della Repubblica si esprime anzitutto sul piano normativo, nel senso che ad essa compete la produzione di apposite norme giuridiche, disciplinanti l'assetto ed il funzionamento dell'apparato servente e comprende, altresì, il momento applicativo delle norme stesse, incluse le scelte riguardanti la concreta adozione delle misure atte ad assicurare l'osservanza;

c) che il regolamento interno inerente al personale, d'emanazione del Presidente della Repubblica in forza dell'attribuzione dettata dalla legge n. 1077/1948, deve considerarsi « sorretto da un implicito fondamento

La « contrattazione », invece, tende alla formazione di accordi sindacali su materie circoscritte e predeterminate i cui contenuti sono recepiti mediante fonti normative tendenzialmente vincolate al risultato della trattativa medesima, che acquista dunque una portata giuridica (nel senso di vincolo per la fonte che deve riceverli, nei limiti della non incompatibilità con la normativa sugli aspetti non negoziabili).

Orbene, l'ordinamento del Segretariato generale della Presidenza della Repubblica è imputabile per intero a decisioni presidenziali aventi tutte pari valore e forza; in esso non è dato sceverare le autonome e unilaterali impostazioni del potere normativo presidenziale da quelle che in linea di mero fatto derivano dall'accoglimento di istanze del personale mediate o meno dalle rappresentanze sindacali.

La prassi *ex adverso* genericamente richiamata attiene dunque a forme di libera consultazione delle rappresentanze sindacali tratte ad acquisire informazioni ed indicazioni destinate ad essere autonomamente ed unilateralmente valutate dal Segretario generale nella sua funzione propositiva di atti normativi al Presidente, senza che da un lato (in difetto di qualsiasi previsione normativa) sussista alcun vincolo alla consultazione e dall'altro possa nascere dalla consultazione medesima alcun vincolo ed alcun condizionamento alla modifica della disciplina vigente.

Ciò deve essere ben chiaro ai fini di cogliere l'esatta natura delle attuali istanze e per escludere in radice un qualsiasi obbligo del Segretariato Generale cui faccia riscontro un diritto di alcuna organizzazione sindacale azionabile in questa sede.

Del tutto inesattamente, come già accennato, le ricorrenti parlano di rapporto di lavoro disciplinato da un « contratto » di cadenza periodica. Chiara conferma dell'improprietà di tale prospettazione si trae dal c.d. « protocollo d'intesa » 30 maggio 1985 (n. 2 delle produzioni avversarie), dalle premesse del quale risulta incontestabilmente che l'allora Presidente Pertini aveva sem-

costituzionale, in vista del quale la legge n. 1077 del 1948 assume sul punto — come è stato chiarito già nel corso dei lavori preparatori di essa — un carattere ricognitivo piuttosto che attributivo».

Dal che consegue che il potere normativo del Capo dello Stato, riguardato sotto altro profilo, non può essere condizionato ai risultati di una « trattativa » sindacale se non, eventualmente, per quegli aspetti che il Presidente della Repubblica in via autonoma, preventivamente decida (anche mediante rinvio a norme dell'ordinamento generale) di disciplinare in siffatto modo.

Nel contesto istituzionalizzato del pubblico impiego, invece, si riconosce alle OO.SS. maggiormente rappresentative la partecipazione al « procedimento negoziale » (v. rispettivamente, per la negoziazione degli accordi di comparto, degli accordi intercompartimentali e di quelli decentrati, artt. 6, comma quarto, 12, comma terzo e 14, comma secondo, legge n. 93/1983), anche se gli esiti della contrattazione non sono immediatamente operativi, dovendo essere assunti in un autonomo atto

plicemente accolto una « petizione » sottoscritta dal personale del Segretariato inerente anche ad aspetti giuridici (sicuramente non negoziabili) della disciplina di questo. Impropriamente, pertanto, *dopo* l'accoglimento unilaterale di tale petizione si è ritenuto di elencare sotto l'incongrua intestazione di « trattativa sindacale per il contratto 1985/1987 — schema di protocollo d'intesa » (con sigla delle rappresentanze sindacali oltre che del Vice Segretario generale amministrativo) gli oggetti delle concessioni presidenziali. È chiaro infatti che tale documento rappresenta non già la formalizzazione di una trattativa sindacale vincolante (che come tale avrebbe dovuto precedere le ipotetiche determinazioni presidenziali di recepimento dei relativi risultati), ma un promemoria meramente consequenziale ad una precedente determinazione unilaterale del Presidente.

Va escluso in ogni caso, ai fini che qui interessano, che sussista alcuna disposizione normativa che stabilisca una procedimentalizzazione dell'esercizio del potere normativo del Presidente diversa da quella considerata nella legge 1077/1948 e che in particolare preveda la contrattazione con le OO.SS. come strumento di determinazione dei contenuti dei regolamenti presidenziali.

IV). È incomprendibile la denuncia che vorrebbe imputare al Segretariato Generale un preteso rifiuto di relazioni con i sindacati.

Al contrario, il Segretariato Generale ha da tempo costituito un'apposita delegazione per tali relazioni, dotata della più ampia competenza per un confronto su tutti i problemi che le OO.SS. ritengano di porre.

Fuori di luogo è assumere, al riguardo, che il Segretario Generale abbia trasferito le trattative al Governo, nè possono le OO.SS. interferire sulla composizione che, nella propria libertà di scelta e nell'assenza di qualsivoglia vincolo giuridico, il Segretariato Generale ha dato alla propria delegazione incaricata di condurre le relazioni sindacali.

In una rigorosa e responsabile impostazione istituzionale si è ritenuto infatti che ogni istanza sindacale dovesse valutarsi in un quadro complessivo di compatibilità, che tenesse conto sia dell'aspetto finanziario, in ragione delle

del potere esecutivo (cfr. Corte Cost. 8 maggio 1980 n. 68, in *Mass. giur. lav.* 1980, 699 ss.). Da siffatto contesto normativo risulta, quindi, in modo indubbio, che l'art. 6 della legge 12 giugno 1990 n. 146 — dal quale esclusivamente trae fondamento la possibilità di un'azione ex art. 28 l. 300/1970 contro comportamenti posti in essere da « un'amministrazione statale » — non può riguardare il Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica; l'area soggettiva dell'Amministrazione, considerata nel citato art. 6, risulta essere quella già definita nell'art. 1 della legge-quadro n. 93/1983 sul pubblico impiego « amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo », alla quale sono estranei gli apparati degli Organi Costituzionali di vertice definiti dai rispettivi autonomi ordinamenti ed, in particolare, il Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica, formalmente istituito con legge ma totalmente definito e strutturato da normativa presidenziale, quale apparato servente della stessa funzione presidenziale costituzionalmente garantita, di cui è preordinato a salvaguardare l'efficacia e l'autonomia.

Con riferimento, poi, all'ordinamento del Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica, come non è configurabile uno spazio di

risorse effettive e ragionevolmente preventivabili secondo la politica generale della spesa pubblica, sia degli orientamenti evolutivi del settore del pubblico impiego.

A far parte della delegazione del Segretariato Generale sono stati pertanto chiamati anche esponenti ai massimi livelli dell'Amministrazione del Tesoro e della Funzione Pubblica (che, al pari degli altri componenti, riferiscono direttamente ed esclusivamente al Segretario Generale) per assicurare la possibilità di una trasparente e responsabile verifica delle condizioni in cui l'autonomia normativa presidenziale potrebbe concretamente esplicarsi.

A tale incensurabile scelta, che garantisce il supporto di specifiche competenze tecniche, è sottesa la consapevolezza della particolarità che le relazioni sindacali presentano per la Presidenza della Repubblica, sia in ragione del carattere monocratico dell'organo costituzionale cui compete la relativa potestà normativa (e cui conseguentemente si dirige l'accennata pressione politica), sia per la circostanza che le spese del Segretariato Generale debbano contenersi nello stanziamento annualmente fissato dal Parlamento, del quale costituisce interlocutore diretto il Governo ed in particolare il Ministro del Tesoro, nelle previsioni di uscita del cui dicastero è iscritto il relativo capitolo di spesa.

È dunque del tutto evidente come in realtà si vogliano confondere problemi di metodo con il merito delle « rivendicazioni ».

E la rigorosa impostazione data ai problemi dal Segretariato Generale — anche nella prospettata esigenza di una riconsiderazione del proprio ordinamento mirata ad una maggiore rispondenza di questo alle finalità specifiche di una struttura di supporto delle attribuzioni presidenziali — che ha determinato l'abbandono del tavolo di confronto da parte delle organizzazioni ricorrenti ed il malcontento che ha portato all'attuale iniziativa ex art. 28 legge 300/1970; ma in tale impostazione non è per definizione ravvisabile un comportamento illegittimo e lesivo di alcun diritto del sindacato, rientrando essa

contrattazione normativamente riconosciuto nella disciplina del rapporto di lavoro, così, e per necessità logica (difettandone il presupposto), non è configurabile alcun diritto di una qualsiasi organizzazione sindacale alla trattativa.

Una eventuale compromissione delle libertà sindacali nell'ambito del Segretariato Generale potrà, quindi, essere denunciata fuori del quadro del richiamato art. 28 novellato ed attraverso i procedimenti giudiziari ordinari, senza che ciò implichi alcun profilo d'illegittimità ordinamentale (cfr., sul punto, Corte Cost. n. 68/ 1980), in quanto non esiste, come già evidenziato, alcuna disposizione normativa che configuri il sindacato come agente contrattuale nell'ambito del Segretariato Generale ovvero stabilisca una procedimentalizzazione dell'esercizio del potere normativo del Presidente della Repubblica, diversa da quella considerata nella legge 1077/1948 e che, in particolare, preveda la contrattazione con le OO.SS. come strumento di determinazione dei contenuti dei regolamenti presidenziali e, tanto meno, sul piano specifico del confronto per l'aggiornamento della disciplina economico-normativa del rapporto di lavoro.

Lo schema di azione giudiziale proposta non trova, quindi, rispondenza nell'ordinamento attuale in ragione della natura del soggetto convenuto, e ne consegue che la domanda proposta deve essere dichiarata improponibile.

Per completezza di motivazione e con riferimento ai rilievi avanzati dalla difesa ricorrente nelle note autorizzate, va rilevato che è pur

nella normale dialettica conflittuale che caratterizza il sistema dei rapporti sindacali.

È appena il caso di sottolineare, al riguardo, seguendo la nota distinzione che la giurisprudenza della Suprema Corte ha mutuato dalla dottrina, che il Segretariato Generale, lungi dal porre in essere fatti mirati a « reprimere » il conflitto con il sindacato, si è mosso e si muove invece « nel conflitto », accettandone il metodo e le conseguenze (Cassaz. 7 gennaio 1990, n. 207).

Del tutto gratuita, oltre che inconferente, è la denuncia di discriminazione delle OO.SS. ricorrenti rispetto ad altre.

Il Segretariato Generale non può certo rispondere di affermazioni e comunicati provenienti da altre OO.SS., nè è stato minimamente provato ex adverso un comportamento del Segretariato medesimo effettivamente discriminatorio.

Il disappunto delle ricorrenti nasce, come accennato, dal rigore istituzionale con il quale nell'attuale gestione si è inteso affrontare il problema delle relazioni sindacali e che riguarda, com'è ovvio, l'intero arco delle organizzazioni presenti nell'ambito del Segretariato Generale senza riguardi, preferenze e privilegi per alcuna di esse.

Al di là del rilievo che, per pacifico e consolidato insegnamento giurisprudenziale, l'ordinamento sindacale è informato non ai principi della collaborazione ma a quelli della dialettica conflittuale (Cassaz. 5328/1987) e che non risulta per definizione configurabile una condotta antisindacale con riferimento ad ipotesi di comportamento dell'organizzazione datoriale mera-

vero che spetta, comunque, all'interprete il compito di garantire la coerenza del sistema; nella specie, le complesse e delicate problematiche di ordine istituzionale e processuale, determinate dalle richiamate decisioni della Corte Costituzionale, possono essere risolte mutuando dalle statuizioni delle Sezioni Unite (cfr. sentenze cit.) quanto era stato affermato, allorché l'applicabilità all'impiego statale della speciale procedura ex art. 28 rimaneva preclusa; invero, nell'ipotesi in cui il comportamento antisindacale dell'amministrazione statale avesse leso direttamente ed esclusivamente diritti propri del sindacato, la tutela giurisdizionale era demandata nel previgente assetto, attualmente modificato dagli artt. 6 e 7, legge 12 giugno 1990 n. 146, all'autorità giudiziaria ordinaria secondo le norme del rito civile ordinario, essendo il giudice civile nel riparto della giurisdizione, competente a conoscere sia dei diritti civili che politici (art. 2 legge n. 2248/1865, All. E).

Come è stato esplicitamente affermato dal S.C., con riferimento all'individuazione di siffatto rimedio giurisdizionale (Cfr. Cass., Sez. Un., 20 luglio 1989 nn. 3404 e 3405, in Mass. giur. lav. 1989, 655 ss. nonché, Cass. Sez. Un. 26 luglio 1984 nn. 4399, 4390, 4387, 4386, cit.) è da escludersi, nella specie, *mutatis mutandis*, una violazione degli artt. 3 e 24 Cost. sotto il profilo della diversa intensità ed incisività degli strumenti e difesa dei diritti sindacali, rispettivamente nel processo davanti al giudice ordinario ed a quello davanti al pretore del lavoro, atteso che nell'uno e nell'altro procedimento sono assicurate le fondamentali garanzie delle parti e che

mente omissivo, ancorché un tale comportamento possa risultare di fatto pregiudizievole alla libertà ed attività sindacale (Cassaz. 4063/1989), deve ribadirsi che nella specie nessuna violazione di uno specifico «obbligo» di contenuto positivo è stata realizzata dal Segretariato Generale, il cui comportamento non è stato comunque per alcun verso pregiudizievole per la libertà e l'attività delle ricorrenti come delle altre organizzazioni sindacali presenti nel suo ambito.

Sono state le ricorrenti ad abbandonare unilateralmente il tavolo di confronto aperto a tutte le organizzazioni sindacali, nel quale esse hanno potuto esprimere liberamente le loro valutazioni.

Il Segretariato Generale, pertanto, non può che ribadire la sua disponibilità ad affrontare con la propria già formata delegazione ogni questione che le OO.SS. riterranno di porre a detto tavolo e che la stessa UIL Pres. Rep. si riservava di portare nella ripetuta sede nel suo documento 22 marzo 1991 (v. allegato al n. 59 delle produzioni avversarie).

E infine appena il caso di aggiungere, in relazione a specifico rilievo avversario, che il Consiglio di Amministrazione si è riunito circa un mese fa ed ha esaurito ogni questione all'ordine del giorno; nè sussistono, allo stato, questioni in sospenso di competenza di tale organo.

Si conclude perché il ricorso in epigrafe sia dichiarato improponibile o inammissibile, o comunque sia respinto perché infondato.

GIORGIO D'AMATO

le indicate differenze si ricollegano all'obiettiva diversità delle situazioni.

L'assoluta novità nonché la delicatezza e complessità delle questioni proposte, costituiscono giusto motivo per disporre la compensazione totale delle spese processuali fra le parti. P.Q.M. Dichiara improponibile l'azione proposta dalle parti ricorrenti nei confronti del Segretariato Generale della Presidenza della Repubblica.

CORTE DI CASSAZIONE - Sezione Terza Civile, 3 dicembre 1991, n. 12960.

Pres. Bile; Rel. Vizza; P.M. Lanni (parz. diff.) - Esposito (avv. Gava) c. Ministero della Difesa (Avv. Stato G. Arena).

Responsabilità civile - Pubblica Amministrazione - Comportamento del dipendente - Riferibilità alla p.A.

Il rapporto organico tra la p.A. ed il dipendente, in forza del quale la prima risponde dei danni arrecati a terzi dal secondo, risulta interrotto soltanto quando il comportamento dell'agente non sia diretto al conseguimento di fini istituzionali, ma unicamente al soddisfacimento di finalità c.d. « egoistiche », del tutto estranee alle mansioni esplicate (1).

Col primo motivo il ricorrente — deducendo violazione degli artt. 360 n. 3 e 5 c.p.c., in relazione agli artt. 1176, 2043, 2230, 2236 c.c., 28 Cost., e difetto di motivazione — censura la sentenza impugnata per la parte in cui ha ritenuto infondata la domanda sotto il profilo della non riferibilità alla P.A. dell'operato dei medici militari.

A suo avviso la Corte ha erroneamente ritenuto che, essendo tale operato strumentalmente correlato ad un intervento estetico, doveva escludersi la riferibilità dell'evento dannoso alla pubblica amministra-

(1) La Suprema Corte ribadisce un orientamento oramai ampiamente consolidato in tema di riferibilità alla pubblica Amministrazione del fatto illecito del dipendente, dalla quale discende l'obbligo di risarcire il danno causato ad un terzo. Come è noto, tale riferibilità può essere esclusa solo laddove la attività dell'agente sia del tutto estranea alle finalità perseguite dall'Amministrazione, essendo egli mosso da fini unicamente privati ed egoistici (per due ipotesi, si vedano Cass., 23 ottobre 1979, n. 5544 e Cass. pen., 15 maggio 1987, Zagaria). La giurisprudenza, nell'estendere tendenzialmente l'ambito della responsabilità dell'Amministrazione, è andata precisando che deve mancare nel comportamento causativo del danno anche qualsivoglia rapporto di « occasionalità necessaria » con le funzioni pubbliche, nel senso che, per escludersi la attribuità del comportamento alla p.A., il fatto dannoso non deve neanche essere posto in essere, sia pure con abuso di poteri e/o con violazione di norme regolamentari e disciplinari, al fine di perseguire comunque, in ma-

zione, perché lo scopo estetico è del tutto estraneo rispetto ai fini istituzionali dell'ente.

La censura è fondata.

Infatti, il rapporto organico, in forza del quale la p.A. è obbligata a rispondere dei danni arrecati a terzi da propri dipendenti, può ritenersi interrotto soltanto quando il comportamento dell'agente, doloso o colposo, non sia diretto al conseguimento dei fini istituzionali propri dell'ufficio o del servizio al quale è addetto, ma sia determinato da motivi strettamente personali ed egoistici, tanto da escludere ogni collegamento di necessaria occasionalità tra le incombenze affidategli e l'attività produttiva del danno; per stabilire la sussistenza del nesso suddetto e la conseguente riferibilità all'amministrazione dell'evento dannoso, deve aversi riguardo allo scopo ultimo che il dipendente deve raggiungere, e perciò il solo fatto che egli, nel corso delle operazioni tendenti a quel fine, commetta un abuso di potere non vale ad escludere il collegamento di necessaria occasionalità con le sue attribuzioni istituzionali, quando l'abuso, da qualsiasi motivo provocato, risulti strumentale rispetto all'attività di ufficio o di servizio (fra le tante Cass. 18 giugno 1983 n. 4195, Cass. 24 gennaio 1976 n. 227, Cass. 12 luglio 1974 n. 2107).

Nella specie, la Corte di appello non ha fatto corretta applicazione di tali principi. Essa infatti — dopo avere esattamente detto che la responsabilità della p.A. viene meno solo se il dipendente abbia agito per un fine privato o egoistico, e perciò estraneo alla p.A. — ha contraddittoriamente escluso la riferibilità alla p.A. dell'opera dei medici militari, solo perché essi sarebbero stati mossi da « motivi estetici ». Così argomentando la Corte non ha considerato che tali motivi non sono né privati né egoistici, e potrebbero anche attenerne allo stato di salute (in senso lato) dei militari; né ha considerato altre pacifiche circostanze del caso concreto, rilevanti ai fini dell'eventuale riferibilità dell'operato

niera per così dire « distorta », gli scopi dei quali la p.A. è attributaria. (Cfr., ad es., Cass. 14 aprile 1981, n. 878, in questa *Rassegna*, 1981, 432, con nota di DI TARZIA). Rimane pertanto incerta, alla luce di tale impostazione, l'attribuibilità alla p.A. dello stesso fatto costituente reato, che ovviamente dovrebbe essere ritenuto per definizione contrario agli scopi perseguiti dall'ente pubblico.

Per alcune interessanti fattispecie relative alla responsabilità dell'Amministrazione di Grazia e Giustizia per fatto di magistrati — prima dell'entrata in vigore della Legge sulla responsabilità dei giudici, e quindi in presenza di una norma limitativa della responsabilità dell'agente ai soli casi previsti dagli artt. 55 e 74 c.p.c. — cfr. infine Cass., 3 aprile 1979, n. 1916, in questa *Rassegna*, 1979, 459, Cass., 24 marzo 1982, n. 1879, in questa *Rassegna*, 1982, 297, con nota di CARAMAZZA, e Corte d'Appello Roma, 18 luglio 1988. in *Foro It.*, 88, I, 3622.

dei medici militari alla p.A. come l'esecuzione dell'intervento in una infermeria militare, e quindi a spese e nell'ambito delle strutture p.A.

La sentenza deve quindi essere cassata, con il rinvio della causa ad altro giudice, identificato in dispositivo, il quale esaminerà il problema della riferibilità alla P.A. dell'operato dei medici militari alla luce dei principi di diritto dianzi ricordati e tenendo conto delle ragioni che hanno determinato la cassazione.

CORTE DI CASSAZIONE - Sezioni Unite Civili, 4 dicembre 1991, n. 13074.

Pres. Montanari Visco; Rel. Iannotta; P.M. Amatucci (concl. conf.) - Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (avv. Stato Corsini) c. Capistro Pasquale ed altri (avv. Caprioli).

Cosa giudicata civile - Giurisdizione - Pronunzia resa da Giudice diverso dalla Corte di Cassazione - Non acquista autorità di giudicato.

Giurisdizione civile - Impiego pubblico - Instaurazione del rapporto - Violazione del divieto di intermediazione di mano d'opera - Giurisdizione del Giudice amministrativo.

La declaratoria di difetto di giurisdizione emessa dal Giudice amministrativo, benché non impugnata, non spiega efficacia vincolante nel giudizio successivamente instaurato dinanzi al Giudice ordinario, investendo soltanto un presupposto processuale (1).

(1) Principio pacifico nella giurisprudenza della S.C. (cfr. Cass., SS.UU., 23 ottobre 1986, n. 6221, menzionata in motivazione).

Al contrario, in caso di sentenza che affermi la giurisdizione del Giudice adito, sulla questione di rito, ove non riproposta nell'atto appello, può formarsi il giudicato interno. Ove, pertanto, il Consiglio di Stato ravvisi *ex officio* il difetto di giurisdizione malgrado la intervenuta preclusione, il vizio della pronunzia di appello è rilevabile d'ufficio dalla Corte di Cassazione (Cass., 19 gennaio 1987, n. 411).

Va poi rammentato che la pronunzia non definitiva sulla giurisdizione, sia o meno passata in giudicato, segna comunque l'esaurirsi della *potestas decidendi* del Giudice sulla questione (cfr. Cass., 22 giugno 1990, n. 6311; Cass. 27 novembre 1990, n. 11395; Cass., 4 dicembre 1990, n. 11648).

Sempre richiamando le più recenti pronunzie rese in punto di giurisdizione dalla Suprema Corte, si rileva infine come il generale principio della rilevanza di ufficio del difetto di giurisdizione trova ostacolo nel passaggio in giudicato di una pronunzia che abbia statuito espressamente sulla giurisdizione o, nel merito, sul necessario presupposto della stessa, o, ancora, in una espressa o implicita pronunzia delle Sezioni Unite; da una sentenza di Cassazione con rinvio resa a Sezione semplice non discende pertanto alcuna preclusione per il Giudice di rinvio (così, Cass., 12 aprile 1990, n. 3159, in una complessa fattispecie).

Sussiste la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo sulla controversia volta all'accertamento della sussistenza di un rapporto di impiego pubblico con l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato in caso di violazione del divieto di intermediazione nelle prestazioni lavorative (2).

Con il primo motivo di ricorso si deduce il difetto di giurisdizione del giudice ordinario e la violazione e falsa applicazione dell'art. 7 della legge 6 dicembre 1971 n. 104. Si sostiene che la domanda dei soci della Cooperativa Lubiam — diretta all'accertamento di un rapporto di lavoro subordinato che si sarebbe costituito con l'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato per effetto della violazione dell'art. 1 della legge n. 1369/1960 — si sostanzia, data la natura pubblica dell'ente datore di lavoro, nell'accertamento dell'esistenza di un rapporto di pubblico impiego rientrante nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi degli artt. 2 e 7 legge n. 1034/1971.

I controricorrenti sostengono preliminarmente che la questione di giurisdizione è preclusa in conseguenza del passaggio in giudicato della sentenza del TAR Puglia che, adito dagli stessi lavoratori per il ricono-

(2) Dopo una iniziale affermazione del carattere privatistico del rapporto che si costituisce con l'ente pubblico in seguito alla violazione del divieto di intermediazione di mano d'opera, e della conseguente giurisdizione sulla controversia del Giudice ordinario (tra le tante, Cass. SS.UU., 5 agosto 1974, n. 2330, in *Foro It.*, 1974, I, 3334, con nota di TALLARIDA e in questa *Rassegna*, 1974, 1129) la giurisprudenza della Suprema Corte è oramai fermissima (a partire da Cass., 1° ottobre 1979, n. 5019, in *Foro It.*, 1979, I, 716, con nota di MAZZOTTA) nel ritenere la natura pubblicistica del rapporto del quale si chiede la ricognizione e la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo (da ultimo, v. anche Cass., 30 maggio 1991, n. 6154). La Legge n. 1369/60 trova peraltro applicazione nei confronti degli Enti pubblici e delle Aziende di Stato, ma non delle altre Amministrazioni statali, di tal che sulla domanda proposta nei confronti di queste ultime sussiste il difetto assoluto di giurisdizione (cfr. Cass., 14 giugno 1980, n. 3805, in questa *Rassegna*, 1980, 54, con nota di SERNICOLA, cui si fa rinvio, così come alla successiva nota in *Rassegna*, 1983, 489, di G. PALMIERI, per ulteriori approfondimenti).

Sussiste tuttavia la giurisdizione del Giudice ordinario laddove il rapporto controverso riguarda ente pubblico non economico che gestisca una attività imprenditoriale con criteri di economicità e con apposita organizzazione, autonoma anche sotto il profilo contabile (Cass., 23 febbraio 1990, n. 1384); ciò anche laddove l'impresa avente i menzionati caratteri sia stata costituita e gestita successivamente all'assunzione da parte del soggetto interposto, senza che osti all'unitarietà del rapporto la trasformazione intervenuta *medio tempore* (Cass., 5 aprile 1991, n. 3554 e 11 luglio 1991, n. 7709).

Per la complessa problematica concernente la distinzione tra il (consentito) comando o distacco e la (vietata) intermediazione di mano d'opera si veda, infine, Cass., 13 aprile 1989, n. 1751.

scimento dell'esistenza del rapporto di lavoro con l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, dichiara il proprio difetto di giurisdizione. Aggiungono che l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice ordinario, sollevata dalla ricorrente, è comunque inammissibile per avere il giudice ordinario accolto una domanda di merito con statuizione divenuta definitiva tra le parti.

La duplice preclusione in concreto non sussiste.

In ordine al dedotto giudicato esterno, va rilevato che la declaratoria di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo emessa dal TAR Puglia, benché non impugnata, non spiega efficacia vincolante nel procedimento successivamente instaurato davanti al giudice ordinario perché, investendo soltanto un presupposto processuale, non acquista autorità di giudicato sostanziale e non spiega effetti al di fuori del processo davanti agli organi della giurisdizione amministrativa (cfr. Cass. s.u. 23 ottobre 1986 n. 6221).

Non è ravvisabile poi un giudicato interno sul merito, posto che in appello venne esplicitamente contestata l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato e la contestazione svolta in questa sede sulla giurisdizione — motivata con la richiesta di accertamento di un rapporto di natura pubblicistica — pone in discussione la qualificazione di detto rapporto e quindi la relativa statuizione del giudice di merito che dovrebbe operare come preclusione del problema di giurisdizione.

Passando all'esame del motivo esposto, ritiene la Corte che lo stesso sia meritevole di accoglimento.

Emerge dagli atti e dalla stessa narrativa che precede che i soci della Cooperativa Lupiam di Lecce, sull'assunto che il formale contratto di appalto stipulato con l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato era in violazione della legge 23 ottobre 1960 n. 1369, hanno richiesto al Pretore di Lecce il riconoscimento dell'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con la predetta Amministrazione.

Orbene, la pretesa dei predetti lavoratori di essere considerati dipendenti dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato implica l'accertamento di un rapporto di impiego pubblico posto che:

a) ai fini della distinzione tra rapporto di impiego pubblico e rapporto di impiego privato, in funzione del riparto di giurisdizione, è decisiva la natura pubblica del datore di lavoro non rilevando né la forma dell'atto costitutivo del rapporto, né la disciplina concreta dello stesso;

b) non può essere revocata in dubbio la natura pubblica — neppure contestata — di detta Amministrazione dei Monopoli atteso che trattasi di una branca operativa del Ministero delle Finanze cui appartiene, di una struttura che consente allo Stato di esercitare in prima persona

del rapporto di lavoro e la giurisdizione sulla controversia riservata al Pretore del lavoro secondo l'esplicito contenuto degli artt. 21 e 23 della stessa L. 210/85.

Le conclusioni del ricorrente sono però errate.

1. — Le SS.UU. hanno costantemente affermato che il rapporto di lavoro del personale delle Ferrovie secondarie date in concessione, a seguito del venir meno della concessione e dell'affidamento dell'esercizio alla Gestione Commissariale Governativa, si trasforma in un rapporto di pubblico impiego come tale devoluto alla cognizione esclusiva del Giudice Amministrativo in quanto riferibile direttamente allo Stato e non ad impresa distinta dalla sua organizzazione pubblicitaria; specie se (come nel caso dedotto) la domanda del dipendente investe il suddetto rapporto dopo la indicata trasformazione (ex *plurimis* 5324/82. 558/87; 2259/88).

2. — Non vi sono dubbi che la domanda del ricorrente investe il rapporto di lavoro proprio dopo la trasformazione della impresa ferroviaria da privata (concessionaria) a pubblica (assunzione governativa), sia perché la prestazione lavorativa, già iniziata sotto la gestione del Consorzio Trasporti Pubblici di Napoli, è proseguita fino al 31 ottobre 1987 data del collocamento in quiescenza e quindi per oltre un anno dopo il D.M. del 1986 che dichiarava la decadenza della concessionaria dalla gestione della ferrovia Alifana; sia perché per effetto della novella 29 maggio 1982 n. 297 che muta il contenuto degli artt. 2120 e 2121 del c.c. in tema di disciplina del trattamento di fine rapporto (buonuscita, indennità di anzianità), la indennità che sarebbe spettata al dipendente alla data della entrata in vigore della novella (14 giugno 1982) seppure calcolata secondo la vecchia normativa dei detti artt. 2120, 2121 c.c. (e quindi tenendo conto di ogni compenso di carattere continuativo indipendentemente dalle scelte della contrattazione collettiva stante la imperatività delle norme sulla eccezionale omnicomprensività della retribuzione) si cumula a tutti gli effetti con il trattamento successivamente maturato con obbligazioni a carico dell'ultimo datore di lavoro; ovvero nei confronti della Gestione Governativa e quindi direttamente riferibile al rapporto di pubblico impiego corrente al momento della cessazione del rapporto di lavoro.

3. — Ai fini della disapplicazione, chiesta dal ricorrente, del D.M. di assunzione della ferrovia Alifana in gestione commissariale governativa non può invocarsi il disposto dell'art. 2 della legge 210/85 secondo il quale « l'Ente Ferrovie dello Stato provvede a) all'esercizio delle linee ferroviarie già gestite dall'Azienda autonoma delle Ferrovie dello Stato nonché all'esercizio delle linee che saranno affidate alla gestione statale ».

E sufficiente osservare: a) la decadenza della concessione non comporta che l'esercizio della linea sia *automaticamente* devoluto allo Stato

e, quindi, ex art. 2 citato, all'Ente Ferrovie, in quanto l'esercizio, dopo il periodo di gestione « commissariale » potrebbe benissimo essere dato in concessione ad altri; b) la legge 5 maggio 1989 n. 160 ribadisce, per la Ferrovia Alifana, il permanere (e, quindi, la legittimità) della gestione « commissariale », di per sé provvisoria, in attesa della sua « regionalizzazione ».

4. — Conclusivamente, esclusa ogni possibilità di disattendere il provvedimento con il quale il Ministero dei Trasporti (D.M. 765/1986) ha affidato la gestione provvisoria della Ferrovia Napoli-Piedimonte d'Alife ad un Commissario Governativo, stante la sua conformità alla legge, e la non automaticità del passaggio di tutte o di alcune delle ferrovie secondarie già date in concessione, e dopo la decadenza della stessa, alla gestione del nuovo Ente Ferrovie dello Stato ex art. 2 L. 210/85 *la pretesa del ricorrente* di vedersi riliquidare il T.F.R. resta direttamente collegata al precorso rapporto di pubblico impiego che egli aveva proprio con la Gestione Governativa della Alifana al momento del suo collocamento a riposo senza che assuma rilevanza ai fini della qualificazione pubblica del rapporto la circostanza che la inadempienza lamentata sul mancato computo di talune indennità sia riferibile al maggio 1982 quando la ferrovia era gestita dal Consorzio Trasporti Pubblici di Napoli.

Poiché dunque dopo l'assunzione governativa della gestione della ferrovia Alifana, il rapporto di lavoro iniziale si è trasformato in un rapporto di pubblico impiego e tale rapporto è rimasto in vita fino al collocamento a riposo del ricorrente, la giurisdizione nella controversia di che trattasi è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 7, secondo comma L. 1034/71.

CORTE DI CASSAZIONE, Sezioni Unite Civili, 6 dicembre 1991, n. 13169 -
Pres. Zucconi Galli Fonseca; Rel. Favara; P. M. Amatucci (concl. conf.) -
Amministrazione Provincia Modena (avv.ti Benvenuti e Balli) c. Istituto Tecnico Industriale Fermo Corni (Avv. Stato Salvatorelli).

Istruzione e scuole - Istituti tecnici - Spese di gestione - Obbligo a carico delle Provincie - Limiti.

La previsione dell'art. 144, lett. E, n. 1 del T.U. n. 383/1934, che pone a carico delle provincie le spese di gestione per gli istituti tecnici, trova applicazione per tutti gli istituti di tale tipo, anche se costituiti dopo il riordinamento effettuato con la L. n. 889/1931 (1).

(1) Con la presente pronuncia le Sezioni Unite della Suprema Corte risolvono, si spera definitivamente, un problema interpretativo — derivato so-

(omissis) Al fine di risolvere il problema interpretativo che la Provincia propone a proposito delle diverse locuzioni (« Istituti tecnici » e « Istituti di istruzione tecnica ») che compaiono rispettivamente nei nn. 1 e 3 dell'art. 144 lett. E T.U. Leggi Com. e Prov. n. 383/1934, ed alle quali corrisponde un diverso ambito di obblighi a carico della Provincia (tenuta a corrispondere, per i primi, le spese per « personale di segreteria, macchinisti e personale di servizio, locali, illuminazione, riscaldamento, materiale didattico e scientifico e spese varie di ufficio » e tenuta, per i secondi (soltanto) alla « somministrazione e manutenzione dei locali, illuminazione, riscaldamento e provvista di acqua »), occorre tenere presente che il detto T.U. n. 383 del 1934 intervenne dopo il riordinamento dell'istruzione media operata nel 1931 con la Legge 15 giugno n. 889 in materia di istruzione tecnica e con il R.D.L. 3 agosto n. 1069 in materia di scuole medie statali. Esso non poté perciò non tenere conto — quanto alla tipologia delle scuole e istituti — dello stato della legislazione in materia approvata appena tre anni prima, come del resto è testualmente confermato dall'art. 91 stesso T.U. (che è la norma omologa dell'art. 144, diretta a precisare le spese obbligatorie a carico del Comune, così come il 144 elenca le spese a carico della Provincia), là dove (alla lett. F n. 9, si indicano espressamente le « scuole tecniche di ogni tipo di nuova istituzione », che nella legge n. 889/1931 vengono distinte (rispettivamente ai nn. 2 e 5 dell'art. 1 e poi, quanto alla disciplina, negli 6-8 e 9-15). Così pure il detto T.U. n. 383/1934 non poté non tenere conto del tradizionale criterio di riparto di spesa, tra Stato e enti territoriali, che già con il R.D. n. 1054 del 1923 (c.d. riforma Gentile) e poi con la legge n. 889/1931 aveva posto a carico degli enti locali le spese per la istruzione impartita a mezzo delle scuole secondarie. Criterio riprodotto poi nel T.U. del

prattutto dal sovrapporsi nel tempo di differenti disposizioni e dalla incerta terminologia adottata dal Legislatore — relativo alle azioni di recupero promosse contro le Provincie da Istituti tecnici di varia tipologia, istituiti in vari momenti successivamente alla c.d. « riforma Gentile » (che contemplava solo alcune di tali scuole); la questione — per la prima volta pervenuta all'esame della S.C. — aveva originato un amplissimo contenzioso, sul quale si erano andati formando due contrapposti orientamenti da parte dei Giudici del merito: l'uno conforme alla sentenza che qui si pubblica (si veda, ad es., Corte d'Appello di Bologna, 18 giugno 1988, in *Foro It.*, 1989, I, 2598, sentenza confermata con la odierna decisione), l'altro — patrocinato dalla Corte d'Appello di Torino — contrario invece agli interessi degli Istituti tecnici.

Si sosteneva, invero, da parte delle Amministrazioni locali convenute per il rimborso di quanto erogato dai detti Istituti per spese di gestione, che gli obblighi su di esse gravanti avrebbero dovuto essere limitati alla « somministrazione e manutenzione dei locali, illuminazione, riscaldamento e provvista d'acqua » (art. 144, lett. E, n. 3, T.U. n. 383/1984), poiché il diverso e più ampio obbligo di cui al n. 1 dello stesso articolo doveva intendersi li-

1931 sulla Finanza locale, le cui disposizioni in materia di spese per l'istruzione secondaria vennero trasfuse nel T.U. n. 383/1934.

In base perciò al criterio storico che la Corte di merito ha giustamente seguito al fine di individuare il significato della norma in esame va rilevato che — per quanto riguarda l'articolazione dei vari istituti e scuole di istruzione tecnica prevista dalla legge n. 889/1931 — l'art. 1 terzo comma considera tali: le « scuole tecniche », con finalità di completamento della preparazione pratica delle scuole di avviamento al lavoro; gli « istituti tecnici » (in senso stretto), aventi lo scopo di preparare all'esercizio di alcune professioni; le « scuole professionali femminili » e le « scuole di magistero professionale per la donna ». Per quanto riguarda in particolare gli istituti tecnici, divisi in due corsi quadriennali (inferiore e superiore), il primo dei quali poi confluito nella scuola media) e distinti in una serie di « sezioni » e ciascuna di questi in una serie di « indirizzi », va osservato che (per quanto interessa ai fini della presente controversia) la legge n. 889/1931 ampliò in tal modo la gamma dei tipi di istituti tecnici che in base alla legge Gentile del 1923 si riducevano (oltre agli istituti nautici) alle sole sezioni per ragionieri e per « agrimensori »; sezioni che vennero riprodotte nella L. n. 889/1931 come sezioni « commerciale » e « per geometri » ed alle quali si aggiunsero le sezioni di nuova istituzione, raggruppate tutte sotto la denominazione di « istituti tecnici ».

Sotto l'aspetto invece dell'onere di sovvenzione, la legge comunale e provinciale pose a carico dei Comuni quelle relative alle scuole industriali e commerciali e a quelle tecniche di ogni tipo di nuova isti-

mitato agli « Istituti tecnici » in senso stretto, contemplati dal R.D. n. 1054/23 (la citata « riforma Gentile »).

La Suprema Corte, attraverso una compiuta ricostruzione temporale della normativa succedutasi in materia, ha negato il fondamento della tesi patrocinata dalla Provincia, evidenziando come il legislatore del 1934 non poteva ignorare che, sopravvenuto *medio tempore* il riordinamento dell'istruzione media (L. 15 giugno 1931, n. 889), il concetto di Istituto Tecnico si era ampliato sino a ricomprendere nuove tipologie di sezioni e di indirizzi rispetto a quelli originariamente contemplati; di tal che, ove si fosse voluto limitare l'onere di sovvenzione da parte della Provincia ai soli Istituti preesistenti, sarebbe stata necessaria una espressa previsione restrittiva, che invece manca del tutto.

È auspicabile che la perspicua pronunzia delle SS.UU. possa porre termine all'ampio contenzioso tuttora pendente, prevenendo altresì la instaurazione di nuovi giudizi.

Per completezza di esposizione, si rammenta che *in subiecta materia* si ritrovano due soli precedenti della S.C.: l'uno, remoto, relativo agli obblighi concernenti le palestre scolastiche (Cass., 22 luglio 1963, n. 2006); l'altro, recente, con il quale le SS.UU. hanno affermato la giurisdizione dell'AGO in ordine alle controversie concernenti l'azione di recupero delle spese di gestione erogate (Cass., 27 dicembre 1990, n. 12169).

tuzione, limitatamente però alla somministrazione dei locali e fornitura di servizi (art. 91 Lett. F n. 9); mentre pose a carico della Provincia, come si è sopra riportato, le spese relative agli « istituti tecnici » (con più ampia gamma di erogazioni) e agli altri « istituti di istruzione tecnica » (limitandole, come per le scuole tecniche, alla sola fornitura di locali attrezzati). È significativo notare che già la legge Gentile del 1923 per gli istituti tecnici (anche se all'epoca erano tali solo quelli commerciali e per geometri) prevedeva a carico della Provincia una serie cospicua di interventi e precisamente per: 1) personale di segreteria, assistenti e macchinisti; 2) locali; 3) materiale didattico e scientifico; 4) e « ogni altra spesa di ufficio », con una elencazione che figura riprodotta (dopo che la legge n. 889/1931 regolante il solo riordino amministrativo si era limitata a ribadire genericamente — negli artt. 23, 25 e 41 ss. — che le spese per l'istruzione secondaria cadevano a carico degli enti locali) per quanto riguarda gli istituti tecnici, nell'art. 144 lett. E n. 1 e non nel successivo n. 3. Ne viene pertanto di concludere che il legislatore del 1934, preso atto del riordinamento degli istituti tecnici e della nuova tipologia di sezioni e indirizzi — tra i quali risultavano confermati i soli due tipi preesistenti, commerciale e per geometri — intese riferire a tutti i nuovi tipi di istituti tecnici le sovvenzioni a carico della provincia, dal momento che se avesse inteso limitarle ai soli due tipi preesistenti lo avrebbe certamente precisato.

Tale considerazione e tale conclusione, fondata sull'interpretazione logica e sulla ricostruzione storica della disciplina (oggi sostanzialmente ancora non modificata), risulta sufficiente per affermare che l'art. 144 lett. E n. 1 trova applicazione anche per gli istituti tecnici di tipo industriale, quale è l'Istituto Fermo Corni.

Il problema ulteriore di dare un significato al n. 3 dello stesso art. 144 lett. E del T.U. n. 383/1934 (che potrebbe interessare solo per ragioni di completezza, ma che in realtà non riguarda la causa in esame, una volta individuata la disposizione applicabile) può essere risolto (come ha opinato la Corte di merito) nel senso che detta disposizione si riferisce solo agli « altri » istituti di istruzione tecnica indicati nei nn. 3 e 4 dell'art. 1 L. n. 889/1931, diversi dalle scuole tecniche e dagli istituti tecnici, indicati invece nei nn. 2 e 5 dell'art. 1 stessa legge (scuole professionali e scuole magistrali professionali e femminili) anche se le espressioni « altri » e « diversi » in effetti non si riscontrano nel testo della norma.

Simile interpretazione, posta a base della decisione impugnata, conduce a ritenere fondata la pretesa di rimborso avanzata a suo tempo dall'Istituto controricorrente, riguardante spese varie (di pulizia, di cancelleria, di telefono) che l'art. 144 lett. E n. 3 non include tra quelle a carico della Provincia.

In contrario l'Amministrazione ricorrente si limita ad invocare una interpretazione risalente ad una circolare del 1936 del Ministero della

P.I. ed una prassi applicativa, che ha trovato conferma anche in taluni decreti (si cita in particolare il D.P.R. 14 novembre 1967 n. 1490) istitutivi di nuovi istituti tecnici, i quali fanno richiamo al n. 3 e non al n. 1 del citato art. 144 lett. E. Ma a questo argomento già i giudici del merito hanno potuto agevolmente replicare ponendo in rilievo che né circolari ministeriali, né prassi amministrative possono ritenersi vincolanti ai fini di una diversa interpretazione, condotta sulla scorta di criteri logico-sistematici; e così pure non è vincolante un decreto istitutivo, che è pur sempre un atto amministrativo, e che rappresenta l'esplicazione di un convincimento degli organi centrali dell'amministrazione della P.I. Ciò tanto più se si considera che, come ha documentato già in sede di merito l'Istituto ricorrente, il problema è stato in passato molto dibattuto, tanto che si sono avute nuove circolari (tendenti a spostare sullo Stato l'onere delle spese di discussa riferibilità) ed un parere del Consiglio di Stato in data 25 ottobre (di segno opposto alla circolare del 1936).

Anche perciò sul piano dell'interpretazione sistematica della disciplina concernente gli istituti tecnici e il riparto di spesa a carico degli enti erogatori di spesa, deve ritenersi che le spese di cui al decreto ingiuntivo opposto cadevano a carico della Provincia.

Il ricorso principale deve essere quindi rigettato.

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Un., 11 dicembre 1991, n. 13408 - Pres. Sandulli - Rel. Amirante - P.M. Amatucci - Tavanti (avv. Contaldi) c. C.P.D.E.L. (avv. Stato Stipo).

Pensioni - Credito soddisfatto in ritardo - Domanda di rivalutazione unica ai sensi degli artt. 429 c.p.c. e 1224 c.c. - Giurisdizione della Corte dei Conti.

La domanda di rivalutazione del credito pensionistico soddisfatto in ritardo rientra nella materia devoluta alla giurisdizione della Corte dei Conti, anche se la domanda sia stata formulata invocando alternativamente gli artt. 429 c.p.c. e 1224 c.c. (1).

Deve essere accolta la richiesta della controricorrente di dichiarazione della giurisdizione della Corte dei Conti.

(1) La sentenza completa quanto in precedenza affermato dalle Sezioni Unite sulla giurisdizione in materia di rivalutazione dei ratei di pensione corrisposti in ritardo.

Sull'argomento, in aggiunta alla decisione citata in sentenza, v. Cass. SS.UU. 1° febbraio 1990, n. 646, in questa *Rassegna* 1990, I, 59; id. 17 ottobre 1988, n. 5630, *ivi*, 1988, I, 315; id. 6 ottobre 1988, n. 5379, *ivi* 1988, I, 306; id. 3 dicembre 1987 n. 9019, *ivi* 1988, I, 79.

La decisione della Corte Costituzionale 12 aprile 1991 n. 156 leggesi in *Foro it.* 1991, I, 1321.

Rileva, anzitutto, la Corte che la giurisdizione deve essere determinata alla stregua del *petitum* sostanziale e indipendentemente dalle prospettazioni e qualificazioni della parte, non solo qualora si tratti di identificare l'unica domanda proposta, ma anche quando, come nel caso in esame, la Corte abbia articolato le sue pretese in più domande e si tratti di accertare se a tale distinzione normale corrisponda anche una sostanziale diversità.

Ciò premesso, si osserva che la Tavanti, nel ricorso al Pretore, ha addotto come *causa petendi* il macroscopico ritardo con il quale le era stata liquidata la pensione definitiva e le erano state corrisposte le differenze tra gli acconti e i ratei arretrati. Attesa la tormentata storia, da un lato dell'applicabilità o no dell'art. 429 terzo comma c.p.c. ai crediti previdenziali; dall'altro del ricorso al notorio ed alle presunzioni nell'accertamento e liquidazione dei danni ex art. 1224 c.c., per quanto riguarda l'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie, storia che esorbita dai limiti della presente decisione, la ricorrente ha anche affermato che il ritardo stesso, appunto perchè macroscopico non poteva non dipendere da colpa dell'amministrazione.

Con tale deduzione, la ricorrente nulla ha aggiunto al *fatto* del ritardo, ma ha fornito di esso una soggettiva qualificazione, al fine di sollecitare i poteri del giudice perchè esso fosse valutato anche sotto il profilo dell'art. 1224 c.c.

Per quanto concerne i *petita*, si tratta, in un caso e nell'altro, della richiesta di provvedimenti idonei a ripristinare l'originario potere d'acquisto della somma oggetto della prestazione previdenziale spettante.

Ma anche sotto tale profilo, la ricorrente, nel dubbio sulla applicazione della rivalutazione di diritto ai crediti previdenziali, ha sollecitato i poteri del giudice per una liquidazione equitativa, con il ricorso al notorio ed alle presunzioni, ma non ha addotto, a prescindere da ogni giudizio di merito sulla loro rilevanza, inammissibile in questa sede, elementi specifici di danno, diversi da quello derivante dalla sola svalutazione.

Accertato, quindi, per quel che si è detto, che si tratta di unica domanda, proposta invocando diverse qualificazioni, resta da determinare la giurisdizione su di essa.

Ora, pronunciando su di una fattispecie sul punto simile alla presente, queste sezioni unite hanno affermato che la rivalutazione del credito pensionistico soddisfatto in ritardo è uno strumento di quantificazione dello stesso, ragion per cui il pagamento ritardato della sola pensione, nel suo originario importo, costituisce adempimento parziale dell'obbligazione (v. S.U. 13 febbraio 1991 n. 1517).

La domanda che tale rivalutazione abbia ad oggetto, pertanto, rientra pienamente nella materia devoluta alla giurisdizione della Corte dei

Conti, ai sensi degli artt. 13 e 62 del R.D. 12 luglio 1934 n. 1214. E ciò anche se la domanda stessa attiene esclusivamente alla rivalutazione ed agli interessi, essendo stato soddisfatto il credito nel suo importo originario (S.U. n. 1517 del 1991 cit., nonché, anche se con motivazione parzialmente diversa, S.U. 1 febbraio 1990 n. 646).

In pendenza del ricorso, è intervenuta la sentenza n. 156 del 12 aprile 1991 della Corte Costituzionale — (G.U. del 17 aprile 1991) — con la quale è stata dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 442 c.p.c. nella parte in cui non prevede che il giudice, quando pronuncia sentenza di condanna al pagamento di somme di denaro per crediti relativi a prestazioni di previdenza sociale, deve determinare, oltre gli interessi nella misura legale, il maggior danno eventualmente subito dal titolare per la diminuzione del valore del suo credito, applicando l'indice dei prezzi calcolato dall'ISTAT per la scala mobile nel settore dell'industria e condannando al pagamento della somma relativa con decorrenza dal giorno in cui si sono verificate le condizioni legali di responsabilità dell'istituto o ente debitore per il ritardo dell'adempimento. A tale decisione, la Corte Costituzionale è pervenuta rilevando il contrasto, nei sensi suindicati, della norma dell'art. 442 c.p.c. cit. con i precetti di cui agli artt. 3 e 38 della Costituzione, essenzialmente sul rilievo che i crediti previdenziali sono assimilabili a quelli di lavoro in quanto « hanno la funzione di surrogare o integrare un reddito di lavoro cessato o ridotto a causa di uno degli eventi considerati dall'art. 38, secondo comma Cost. ».

Tale pronuncia della Corte Costituzionale se può influire sulla fondatezza delle pretese — (ma di ciò dovrà occuparsi il giudice giurisdizionalmente competente per il merito) — reca conforto all'orientamento già seguito da queste sezioni unite nell'attribuzione alla Corte dei Conti delle controversie aventi ad oggetto l'inesatto adempimento dell'obbligo di erogazione delle pensioni amministrative dal Ministero del Tesoro e dalla C.P.D.E.L.

La sentenza, infatti, estende ai crediti previdenziali lo strumento previsto dall'art. 429, terzo comma c.p.c. per il ripristino del potere d'acquisto dei crediti di lavoro soddisfatti con ritardo, differenziandolo solo sul punto della decorrenza, con ciò dissipando ogni dubbio, che ancora poteva sussistere sull'attribuzione delle controversie aventi ad oggetto la rivalutazione e gli interessi sui crediti previdenziali allo stesso giudice avente competenza giurisdizionale per i crediti nella loro originaria entità.

Dalla sentenza stessa, con la motivazione che la sorregge, trova conforto il convincimento sopra espresso che le richieste della parte, formulate invocando alternativamente gli artt. 429 c.p.c. e 1224 c.c., danno luogo in realtà ad un'unica domanda, della quale deve conoscere il giudice competente giurisdizionalmente sul credito previdenziale, e cioè la Corte dei Conti.

CORTE DI CASSAZIONE - Sezioni Unite Civili, 20 dicembre 1991, n. 13754.
Pres. Brancaccio - Rel. Finocchiaro; P.M. Caristo (concl. conf.) - Di Taranto, SUMI - COSMED e SILINAIP - CISAL (avv. D'Alessio) c. Ministero di Grazia e Giustizia (avv. Stato Salvatorelli). (Regolamento di giurisdizione).

Giurisdizione civile - Diritti sindacali - Diritti in senso stretto e diritti « correlati » - Cognizione del giudice ordinario e del giudice amministrativo - L. n. 146/90.

Spetta al Giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, la tutela dei diritti sindacali cd. « correlati », in quanto attinenti oggettivamente al rapporto di pubblico impiego; tale criterio trova conferma nel disposto dell'art. 6 L. n. 146/90, immediatamente applicabile ai giudizi in corso trattandosi di norma processuale in tema di giurisdizione (1).

(1) Giurisprudenza oramai costante. La decisione, di cui si omette la pubblicazione, riveste tuttavia un qualche interesse poiché si tratta, a quanto consta, della prima pronunzia della Corte di Cassazione nella quale pur richiamandosi l'oramai consolidato, precedente orientamento della S.C. in tema di riparto di giurisdizione (sul quale, da ultimo, v. Cass., 28 novembre 1990, n. 11461, in questa *Rassegna*, 1991, I, 266), si fa anche riferimento alla sopravvenuta legge n. 146/90, che, all'art. 6, ha esteso alle Amministrazioni statali il procedimento per la repressione della condotta antisindacale di cui all'art. 28 St. Lav.

La Corte, riaffermato il principio, attualmente pacifico (ma peraltro abbandonato nel nuovo testo dell'art. 5 c.p.c. introdotto con la legge n. 353/90), secondo il quale le norme modificatrici della giurisdizione, salva diversa, espressa previsione, sono immediatamente applicabili ai giudizi in corso (si veda, ad es., da ultimo, tra le tante pronunzie, Cass. 25 gennaio 1989, n. 440), non trovando ostacolo nella c.d. *perpetuatio iurisdictionis*, né nella generale irretroattività della legge (resta escluso il caso di pronunzia della stessa Corte in materia di giurisdizione, statuizione che è idonea a costituire giudicato pur se il giudizio prosegue dinanzi al Giudice del merito, rimanendo pertanto indifferente allo *ius superveniens*: così, Cass., 4 maggio 1989, n. 2088), afferma, a conclusione della parte motiva, che il criterio di discriminazione della giurisdizione in precedenza fatto proprio dalla giurisprudenza è stato riaffermato dalla norma sopravvenuta, della quale si sottolinea appunto la immediata applicabilità.

L'affermazione, peraltro, per come appare formulata e nel contesto del giudizio in esame, non chiarisce l'avviso della S.C. in ordine alla reale portata dell'art. 6 della legge n. 146/90: se, cioè, detta norma si sia limitata a recepire *sic et simpliciter* la ricostruzione del sistema in punto di giurisdizione operata dalla Corte, ovvero abbia introdotto qualche innovazione (sul punto cfr. la nota pubblicata in questa *Rassegna*, 1990, I, 488). Affinché sia fatta chiarezza anche sul punto si devono pertanto attendere ulteriori pronunzie della S.C.

GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

CONSIGLIO DI STATO, Ad. Plen., 10 dicembre 1991, n. 10 - *Pres. Crisci - Est. Salvo* - Ministero della Pubblica Istruzione (avv. Stato Mangia) c. Polizzi Antonina (n.c.).

Impiego pubblico - Stato giuridico - Differenziazioni dall'impiego privato - Contrasto con artt. 3 e 24 Cost. - Infondatezza.

Impiego pubblico - Trattamento economico - « Restitutio in integrum » a seguito di annullamento giudiziale - Presupposti - Limiti.

Non è possibile riscontrare la violazione degli artt. 3 e 24 Cost. in relazione alle differenziazioni esistenti tra impiego pubblico e privato, perché la parità di trattamento va assicurata a parità di struttura del rapporto di lavoro e a parità di posizione delle parti; come è noto, nel rapporto di lavoro pubblico, a differenza che in quello privato, la considerazione delle finalità pubbliche, cui è preordinato lo svolgimento del servizio del pubblico dipendente, caratterizza vari aspetti della relativa disciplina (1).

La « restitutio in integrum » agli effetti economici non spetta nell'ipotesi di illegittimo diniego di costituzione del rapporto di lavoro, perché la prestazione lavorativa non è mai avvenuta e, tra l'altro, la qualità e la quantità delle prestazioni impiegate non sono positivamente note (2).

1. Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana deferisce alla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato il giudizio sull'appello del Ministero della Pubblica Istruzione contro la sentenza n. 570/90 del T.A.R. della Sicilia che a seguito di ricorso per esecuzione di giudicato proposto dalla Signora Antonina Polizzi, esclusa illegittimamente dalla nomina a coordinatore amministrativo supplente per un

(1-2) L'Adunanza Plenaria conferma espressamente l'orientamento dominante della giurisprudenza del Consiglio di Stato e cioè ribadisce che, nel rapporto di pubblico impiego, nei casi in cui sia stata conferita una nomina tardivamente, con efficacia giuridica retroattiva, a seguito di annullamento (con atto giurisdizionale) di un atto poi ritenuto illegittimo, il trattamento economico compete esclusivamente dalla data di effettiva assunzione in servizio: cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 3 ottobre 1990 n. 873 in *Cons. Stato* 1990, I, 1250; 2 novembre 1983, n. 772, in *Cons. Stato* 1983, I, 1206; 24 settembre 1983, n. 684, in *Cons. Stato* 1983, I, 928.

anno scolastico (1986/87) in provincia di Trapani, ha riconosciuto alla ricorrente, nominata « ora per allora » ai soli fini giuridici, il diritto di percepire, per l'anno in riferimento, il trattamento economico della qualifica, la rivalutazione del credito e gli interessi su di esso.

1.1. La controversia attiene:

a) in via preliminare, alla ammissibilità del suddetto ricorso per esecuzione di giudicato;

b) nel merito, alla spettanza alla Polizzi della retribuzione connessa alla qualifica conferitale, pur non avendo prestato la propria opera a causa della omessa illegittima costituzione del rapporto di lavoro.

L'esistenza di un contrasto giurisprudenziale su questo punto costituisce la ragione del deferimento del giudizio alla Adunanza Plenaria.

2. Nel primo motivo di appello, il Ministero della Pubblica Istruzione deduce la inammissibilità del ricorso per esecuzione di giudicato proposto dalla Polizzi (cfr. 1.1. a), assumendo che manca dei necessari presupposti.

Con la nomina della ricorrente a coordinatore supplente ai soli fini giuridici, l'Amministrazione avrebbe infatti totalmente adempiuto gli obblighi derivanti dal giudicato e pertanto la richiesta della retribuzione costituirebbe un « quid pluris » che avrebbe dovuto formare oggetto di separato ricorso giurisdizionale.

Questo, peraltro, non sarebbe stato proponibile essendo scaduti i termini per l'impugnativa del suddetto provvedimento di nomina.

La censura, rivolta all'intero ricorso per ottemperanza, è infondata.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa, nell'ordinanza di remissione all'Adunanza Plenaria ne ha sottolineato l'inconsistenza, rilevando che il giudizio di ottemperanza rientra nella giurisdizione speciale di legittimità e di merito e che è possibile, se del caso, il passaggio da esso al rito generale di legittimità. Del resto, come risulta dagli atti, al momento della proposizione del ricorso per ottemperanza, la Polizzi non conosceva l'esistenza del provvedimento con cui era stata nominata coordinatore supplente « ora per allora » ai soli fini giuridici; sicché non può parlarsi di scadenza di termini perentori.

Va in effetti rilevato che il ricorso della Sig.ra Polizzi conteneva una molteplicità di domande riconducibili alla mancata esecuzione del giudicato, ivi compresa quella relativa al trattamento economico con interessi e rivalutazione. Il sopravvenuto provvedimento dell'Amministrazione, proprio perché non puntualmente satisfattivo delle pretese prospettate dall'interessata come essenziali alla esecuzione della decisione giurisdizionale, non determina il difetto di interesse alla prosecuzione del giudizio di ottemperanza, rivolto appunto alla delimitazione dell'esatta estensione degli obblighi derivanti all'Amministrazione dalla

pronunzia del giudice Amministrativo; obblighi che, se adempiuti incompiutamente, non determinano l'esecuzione del giudicato.

3. Nel secondo e terzo motivo di appello (argomento 1.1. *b*) il Ministero deduce la erroneità della sentenza impugnata per non aver tenuto conto della necessaria consequenzialità tra effettiva prestazione del servizio e retribuzione, tipica dell'ordinamento del pubblico impiego, e cita la prevalente giurisprudenza amministrativa che ammette la « restitutio in integrum » agli effetti economici oltre che giuridici, soltanto nel caso di illegittima interruzione del rapporto di lavoro e non anche in caso di illegittimo diniego di costituzione di detto rapporto.

Nella sentenza impugnata e nella ordinanza di remissione alla Adunanza Plenaria, il T.A.R. ed il Consiglio di Giustizia Amministrativa, rispettivamente, non disconoscono che le argomentazioni dell'appellante coincidano con quelle della più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. C.S. VI 684/83, 772/83, 482/83, 570/86, 58/87, 801/89, 873/90); tuttavia, richiamando un opposto indirizzo giurisprudenziale proprio e di altri giudici amministrativi, osservano che tale orientamento non garantisce la piena sostanziale tutela del lavoro subordinato, poiché in presenza di comportamenti illegittimi dell'Amministrazione, non consente la effettiva « restitutio in integrum » della sfera giuridica e patrimoniale dei lavoratori, come invece è richiesto da un principio generale desumibile dalla nostra legislazione.

La questione presenterebbe anche aspetti di illegittimità costituzionale con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost. La distinzione tra gli effetti della illegittima interruzione del rapporto e quelli della sua omessa costituzione (piena reintegrazione e reintegrazione limitata agli effetti giuridici), creerebbe, infatti, una ingiustificata disparità di trattamento tra dipendenti pubblici e privati i quali ultimi possono chiedere ed ottenere dallo stesso giudice, in ogni caso, la condanna del datore di lavoro a corrispondere le retribuzioni arretrate.

D'altronde, ad avviso del Consiglio di Giustizia Amministrativa, le limitazioni agli interventi del giudice amministrativo nel sistema del rapporto di lavoro pubblico non corrisponderebbero più alla realtà derivante dalla contrattazione collettiva e, se riferite a preoccupazioni per la spesa pubblica, andrebbero ridimensionate, tenendo presente che il dipendente che non ha conseguito la nomina a causa del comportamento illegittimo dell'Amministrazione, ha l'onere di rivolgersi ai due giudici diversi: quello amministrativo, per la reintegrazione agli effetti giuridici, e quello civile, per il risarcimento del danno.

3.1. Le suesposte considerazioni, pur suggestive, non sono condivisibili.

Esse sono basate fra l'altro, sul presupposto, non dimostrato, che nessun ostacolo legislativo sussista ormai alla piena equiparazione tra rapporto di lavoro pubblico e privato e che in questa cornice, il concetto di « restitutio in integrum » possa essere esteso fino a far produrre alla pronuncia del giudice dell'ottemperanza effetti non direttamente ed esclusivamente collegati alla decisione da eseguire.

Per contro, va rilevato in proposito, che la parità di regolamentazione tra rapporto di lavoro pubblico e privato non è stata ancora attuata, tant'è che l'art. 28 della legge-quadro sul pubblico impiego 29 marzo 1983 n. 93, la pone tra gli obiettivi da raggiungere in un prossimo futuro; le stesse considerazioni possono trarsi dai contratti collettivi per il pubblico impiego, dai quali, anzi, emerge talvolta la tendenza a sottolineare la specificità dei rapporti gravitanti sul settore pubblico.

Nè a questa realtà contrastano i principi di carattere costituzionale citati nell'ordinanza di remissione, poiché la parità di trattamento va assicurata a parità di struttura del rapporto di lavoro e a parità di posizione delle parti: laddove, nel rapporto di lavoro pubblico, a differenza che in quello di lavoro privato, la considerazione delle finalità pubbliche cui è preordinato lo svolgimento del servizio del pubblico dipendente, caratterizza vari aspetti della relativa disciplina.

A ciò si aggiunge che, talvolta, la diversità lamentata è solo apparente, dipendendo dalla natura della tutela giurisdizionale amministrativa, fermo restando che l'interessato potrà comunque ottenere, per altra via, il pieno risarcimento dell'effettivo danno subito, qualora sia conseguente ad un atto amministrativo illegittimo.

In questa situazione non si rilevano vizi di incostituzionalità, ma se mai inconvenienti cui solo il legislatore può porre rimedio.

Per ciò poi che attiene ai limiti della « restitutio in integrum » va considerato che nel caso di omessa costituzione del rapporto di lavoro pubblico, la pronuncia sull'ottemperanza, in quanto adempimento effettuato dal giudice in luogo dell'Amministrazione, non può sfociare che nell'adozione « ora per allora » dell'atto amministrativo che, secondo il giudice del merito, l'Amministrazione avrebbe dovuto porre in essere, in relazione al contenuto della decisione costituente giudicato, con tutti gli effetti che direttamente e necessariamente derivano.

Nel giudizio di ottemperanza, infatti, debbono essere identificati gli elementi indispensabili per eliminare la illegittimità constatata nella pronuncia giurisdizionale da eseguire, distinguendoli da quelli inerenti a pretese che abbiano autonomi e specifici presupposti, anche se collegate alla domanda principale. Le pretese relative a questi ultimi elementi sono semmai propriamente inquadrabili in una azione per danni patrimoniali conseguenziali all'illegittimo comportamento dell'Amministrazione, da proporre innanzi al giudice ordinario.

Nel caso in esame, può dunque dirsi che la reintegrazione conseguente alla decisione la quale, nell'annullare la nomina conferita ad altri, ha ritenuto che la ricorrente aveva titolo alla nomina stessa, doveva fermarsi alla costituzione del rapporto di lavoro per l'anno scolastico 1986-87 e non poteva estendersi al riconoscimento del diritto alla retribuzione per quel periodo.

Tale diritto, come per consolidata giurisprudenza si desume, in particolare, dagli artt. 9 e 33 del d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3, può, al massimo, ritenersi elemento di un rapporto sinallagmatico già realmente costituito e consolidato; sicché la sua illegittima interruzione comporta, se annullata in sede giurisdizionale, il ripristino integrale del rapporto stesso in tutti i suoi aspetti, compresa quella retribuzione che può stimarsi connaturata alla situazione preesistente.

Per contro, se il rapporto di impiego non era mai esistito, il riconoscere, ora per allora, che l'interessato vi aveva titolo, non significa automaticamente affermare il diritto ad una retribuzione la quale, a differenza dell'ipotesi di rapporto già costituito, poteva non essere attribuita per mancata assunzione del servizio o cessare per prova sfavorevole o altro. In altri termini, mentre la retroattività degli effetti economici può apparire giustificata dalla arbitraria interruzione di un rapporto di impiego già in atto, in cui la qualità e la quantità delle prestazioni impiegate sono positivamente note, altrettanto non può dirsi nel caso di una mancata assunzione illegittima: qui l'attribuzione retroattiva del trattamento economico in aggiunta al riconoscimento del servizio ai fini giuridici, sembra irrealistica, tenuto anche conto che la prestazione lavorativa non è mai avvenuta, e che è da supporre lo svolgimento, in quel periodo, di altra attività, idonea alla produzione di un reddito, mentre nel frattempo, la prestazione inerente al rapporto di lavoro pubblico è stata svolta da altri e ad altri retribuita.

Semmai, come si è accennato, starà all'interessato dimostrare i reali pregiudizi subiti a seguito della illegittima mancata assunzione, in sede di azione per risarcimento danni davanti al giudice ordinario.

In altri termini, può giungersi a concepire che l'annullamento dell'atto amministrativo che fa cessare illegittimamente un rapporto di impiego pubblico determini come conseguenza naturale il ripristino del rapporto nella sua pienezza, quale si svolgeva e avrebbe dovuto continuare a svolgersi, con tutte le conseguenze di anzianità, di carriera, di retribuzione, ecc. Non può ritenersi invece che l'originaria inesistenza di una qualsiasi prestazione o controprestazione fra Pubblica Amministrazione e privato comporti, a seguito della pronunzia di illegittimità relativa alla mancata assunzione, oltreché l'assunzione retroattiva agli effetti giuridici, anche il conferimento di compensi per prestazioni mai effettuate.

4. In conclusione, l'Adunanza Plenaria ritiene che allo stato della legislazione, non vi siano fondati motivi per modificare il prevalente orientamento della citata giurisprudenza delle sezioni del Consiglio di Stato.

L'appello del Ministero della Pubblica Istruzione indicato in epigrafe deve pertanto essere accolto.

Per l'effetto l'impugnata sentenza del T.A.R. della Sicilia va annullata ed il ricorso per esecuzione di giudicato proposto dalla Signora Polizzi deve essere respinto.

I

CONSIGLIO DI STATO, Sez. VI, ord. 9 ottobre 1991, n. 628 - *Pres.* Imperatrice - *Est.* Della Valle Pauciullo - Policarpi ed altro (avv. Mauceri) c. Istituto Superiore di educazione fisica di Firenze (avv. Russo).

II

CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV, ord. 18 novembre 1991, n. 941 - *Pres.* Quartulli - *Est.* Numerico - Costa V. (avv. Lubrano) c. Ministero Pubblica Istruzione (avv. Stato Bruni).

III

CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV, ord. 18 novembre 1991, n. 943 - *Pres.* Quartulli - *Est.* Numerico - Corda R. (avv. Lubrano) c. Ministero Pubblica Istruzione (avv. Stato Bruni).

IV

CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV, ord. 17 dicembre 1991, n. 1121 - *Pres.* Buscema - *Est.* Numerico - Ministero del Tesoro (avv. Stato Nucaro) c. Pani F. (avv. Bonfante).

Impiego pubblico - Stipendi e assegni - Indebito (ripetizione) - Presupposti - Contrasto di giurisprudenza - Rimessione all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Considerato il contrasto giurisprudenziale verificatosi in materia, devono essere rimesse all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le seguenti questioni in materia di requisiti per il recupero di somme percepite indebitamente dai pubblici dipendenti a titolo retributivo: 1) natura giuridica dell'atto di recupero; 2) necessità o meno di motivazione; 3) problema dell'esistenza di una possibilità, da parte dell'autorità

abilitata, di scelta tra il recuperare o il non recuperare; 4) rilevanza dello stato soggettivo originario del percipiente, la c.d. «buona fede»; 5) rilevanza del fattore tempo, eventualmente anche lungo, tra l'indebita erogazione e la sua ripetizione; 6) individuazione, una volta ammesso o imposto il recupero, di una percentuale sul trattamento economico mensile da ritenere congrua per definire la rata di trattenuta (1).

I

I ricorsi devono essere riuniti, avendo essi identico contenuto.

Con i provvedimenti impugnati del Presidente del Consiglio di Amministrazione dell'ISEF di Firenze prot. n. 1055/02 e prot. n. 1058/D2 del 19 ottobre 1981 veniva comunicato ai dipendenti di detto Istituto Franco Policarpi e Gina Forconi che, per effetto di errata ricostruzione di carriere, essi erano tenuti a restituire le somme nette, il primo di L. 3.969.815 e la seconda di L. 2.721.895, «mediante detrazione del 10% sull'ottanta per cento dello stipendio base attualmente in godimento a partire dal mese di novembre p.v.». Quanto innanzi, a seguito dei nuovi decreti di ricostruzione di carriera comunicati con raccomandata del 2 aprile 1979.

Gli appellanti lamentano con il primo motivo l'illegittimità degli anzidetti provvedimenti, perché comportano l'implicito annullamento d'ufficio dei precedenti provvedimenti, con i quali erano state erogate le somme addebitate, e la restituzione di tali somme mediante trattenute sullo stipendio in godimento. Ciò senza motivazione sull'interesse pubblico (che non sussiste) all'annullamento, raffrontato al pregiudizio di chi è tenuto a restituire le somme.

Con lo stesso motivo essi deducono l'illegittimità del disposto recupero, stante la loro buona fede, trattandosi di somme percepite in base ad atti di ricostruzione di carriera adottati dall'Amministrazione.

Appare opportuno rimettere i ricorsi, così riuniti, per l'esame e la decisione, all'Adunanza Plenaria delle sezioni giurisdizionali, essendo non univoca la giurisprudenza sulla questione relativa alla ripetizione degli assegni non dovuti, la quale può dar luogo a decisioni contrastanti delle singole sezioni, mentre vi è necessità di soluzione uniforme.

Alcune decisioni (v. Cons. St., sez. V, 15 maggio 1990 n. 412, Cons. St., sez. IV, 9 novembre 1985 n. 505), invero, hanno ritenuto che il prov-

(1) L'Adunanza Plenaria ha deciso le questioni prospettate dalle ordinanze in esame il 24 febbraio 1992, e si attende il deposito della sentenza.

Per un ampio ed esauriente esame degli orientamenti della giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di recupero di emolumenti illegittimamente erogati dalla pubblica Amministrazione ai propri dipendenti, si veda la nota redazionale alla sent. n. 15 del 1990 del Consiglio di Stato, sez. IV, in questa *Rassegna* 1990, 91 e ss.

vedimento di recupero di somme retributive illegittimamente corrisposte deve essere giustificato da una corretta valutazione dell'interesse pubblico all'annullamento dell'atto illegittimo, comparandolo con l'entità del sacrificio dell'interesse privato sottostante, il quale non deve essere così grave da incidere sulle esigenze primarie della sua esistenza.

Per varie altre decisioni, (fra le altre, v. Cons. St., sez. V, 10 dicembre 1980 n. 850; Cons. St., sez. IV, 17 maggio 1990 n. 390 Cons. St., sez. IV, 26 aprile 1990 n. 321; Cons. St., sez. IV, 16 gennaio 1990 n. 15; Cons. St., sez. IV, 15 maggio 1989 n. 286; Cons. St., sez. IV, 30 ottobre 1989 n. 722), il recupero di somme indebitamente erogate dalla pubblica Amministrazione ai propri dipendenti ha carattere di doverosità (escludente la necessità di motivazione), nascendo direttamente dal disposto dell'art. 2033 c.c., salvo l'onere di procedervi con modalità, quali la rateizzazione prevista dall'art. 3, d.P.R. 30 giugno 1955 n. 1544, che non incidano soverchiamente sulle esigenze di vita in caso di buona fede del debitore.

Secondo altre decisioni, ancora, il recupero presuppone la valutazione comparativa tra l'interesse pubblico alla restituzione ed il sacrificio individuale del dipendente (v. Cons. St., sez. V, 15 marzo 1990 n. 289) e vi si afferma che non è consentito alla pubblica Amministrazione il recupero di somme corrisposte per errore a titolo di stipendi, assegni e indennità ai pubblici dipendenti che li hanno percepiti e consumati in buona fede per il soddisfacimento delle normali esigenze della vita familiare, occorrendo, pertanto, la valutazione sulla buona fede del dipendente (v. Cons. giust. amm. 26 maggio 1989 n. 212; Cons. St., sez. V, 19 luglio 1989 n. 420).

II - III - IV

Con il primo motivo l'interessato ripropone la nota questione del preteso vizio dell'atto di recupero per l'affidamento ingenerato dal comportamento della P.A. sulla legittimità della percezione del trattamento economico da recuperare, anche per la risalenza del tempo in cui il riassetto economico (poi modificato) fu disposto.

Si aggiunge anche che la motivazione sarebbe contraria, sulla rateazione adottata, a taluni recenti indirizzi che giudicano congrua una trattenuta del 5% e che la medesima motivazione non avrebbe tenuto conto oggettivamente dell'incidenza in ordine al disagio economico provocato sul percipiente e che ai fini di tale valutazione doveva tenersi conto, del sacrificio imposto, in vista della misura e della durata della rata mensilmente ripetuta.

In ordine ai temi prospettati le posizioni della giurisprudenza si sono evolute in una serie di direzioni distinte.

La IV Sezione di questo Consesso, (in linea di principio, e salvo eccezioni di cui si dirà, la più restrittiva nei confronti dei ricorsi di chi

subisce i recuperi) presenta negli ultimi anni almeno due filoni interpretativi principali.

In una prima prospettiva (prima non necessariamente in senso cronologico perché sovente i vari indirizzi si intersecano e si accavallano) si prende spunto dalla considerazione che l'atto di ripetizione ha una valenza provvedimentale e presuppone, temporalmente o almeno in via di logica implicita, un provvedimento di annullamento della statuizione che determinò erroneamente le somme da pagare al pubblico dipendente (cfr. IV, 23 settembre 1985, n. 356; 4 agosto 1986, n. 549; 27 aprile 1987, n. 249; 5 maggio 1987, n. 264; 12 maggio 1987, n. 688; 22 settembre 1987, n. 545).

A giustificazione della natura provvedimentale del recupero si osserva che l'ordinativo dell'erogazione errata, sebbene di natura « paritetica », obbligherebbe pur sempre la P.A. fino alla sua eliminazione e che perfino nel testo unico pensionistico 29 dicembre 1973 n. 1092 le determinazioni del trattamento di quiescenza debbono essere formalmente corrette in via previa (art. 204), pena altrimenti la permanenza del loro vincolo a carico della P.A.

Si ammette, comunque, anche nell'ambito dell'orientamento in esposizione, che il « provvedimento » di ripetizione possa esso stesso implicare e contenere l'annullamento degli atti determinativi (cfr., oltre alla cit. IV 549 del 1986, già prima sez. IV, 16 novembre 1985, n. 538).

Nell'ottica provvedimentale che, dunque, si attribuisce tanto all'atto di vero e proprio annullamento, quanto a quello logicamente autonomo, di specifico recupero, si riconosce a quest'ultimo il carattere discrezionale e autoritativo (sez. IV, 27 marzo 1981, n. 119; 21 settembre 1984, n. 704; citt. 356 del 1985 e 549 del 1986; 30 gennaio 1990, n. 57) tanto che non si dubita dell'onere di impugnativa nel termine ordinario di decadenza (cfr. sez. IV, 27 aprile 1988, n. 258).

Qualche oscillazione si manifesta nel ricordato indirizzo circa l'oggetto su cui si dispiega la discrezionalità.

Per esempio nelle premesse della rammentata pronuncia n. 57 del 1990 si ammette che l'esame dell'Amministrazione possa essere condotto sulla compatibilità della ripetizione in sé con l'interesse pubblico nonché, pertanto, sull'opportunità di mantenere in vita gli effetti patrimoniali prodotti dall'atto illegittimo.

Tuttavia la stessa decisione e le altre in genere fin qui elencate (cui si può aggiungere sez. IV, 27 aprile 1988, n. 822), pur collegando al carattere provvedimentale della statuizione di recupero l'esigenza di una motivazione, giudicano sufficiente l'accertamento, ad opera della P.A., che non venga leso l'interesse del dipendente a non sopportare disagi eccessivi, tali da incidere sulle sue esigenze di vita, reputando che in tal senso possa essere idonea una rateazione del recupero — anche a prescindere dalla richiesta dell'interessato, che pure sembrerebbe prescritta dall'art. 3 u.c. d.P.R. 30 giugno 1955, n. 1544 — capace di decurtare in

misura minima la retribuzione. In proposito si giudica congrua, anche se non paiono escludersi altri livelli di abbattimento, una decurtazione del 5% della retribuzione (cfr. IV citt. 545/87, 422/87, 249/87, 549/86, 538/85, 356/85, seguite da Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana 28 novembre 1987, n. 269).

In genere non è precisato se debba aversi riguardo allo stipendio o alla retribuzione complessiva (v. però, in quest'ultimo senso cit. IV 538/85). Neppure risulta se la percentuale possa essere mantenuta costante e, quindi, se l'obbligo di restituzione possa salire con il crescere della retribuzione, ovvero se la rateazione debba restare ancorata al trattamento dell'epoca in cui si calcola il recupero dovuto, onde mantenere costanti in termini di valuta le aspettative del dipendente in ordine alle somme da restituire.

Nella visione interpretativa evidenziata la condizione psicologica dell'interessato — c.d. buona fede — o l'affidamento in lui generato per effetto del comportamento della P.A. vengono a chiare lettere svalutati (cfr. ancora 356 e 538 del 1985, 549 del 1986 e 57 del 1990), ricordandosi il carattere solamente equitativo della soluzione che a quegli elementi faceva capo in antichi precedenti ed assumendosi che siffatte condizioni costituirebbero unicamente il presupposto per l'adozione di un atto di ripetizione adeguatamente motivato.

In qualche pronuncia (cfr. 538 del 1985) si volge l'attenzione "anche" alla brevità del tempo trascorso fra la determinazione errata e la correzione con la deliberazione di recuperare.

In base ad altra tendenza (sez. IV, 9 novembre 1985, n. 505; 3 maggio 1986, n. 320) si riafferma sul piano generale il principio, valido anche per la P.A., di un vero e proprio diritto soggettivo ad ottenere la reintegrazione delle somme corrisposte indebitamente.

E insieme con il diritto questa giurisprudenza comincia ad individuare un vero e proprio « dovere » di riacquisto (cfr. oltre alla cit. 320 del 1986, ancora sez. IV 23 novembre 1988, n. 887), sanzionato dalla competenza e conseguente responsabilità in merito al recupero degli organi provinciali del tesoro e loro funzionari (art. 3 L. 12 agosto 1962, n. 1290, e art. 3 d.P.R. 30 giugno 1955, n. 1544; sulla responsabilità dei funzionari v. Corte conti, sez. controllo enti, 7 ottobre 1986, n. 1985).

Il passo ulteriore si trova nella pronuncia della IV sezione 6 maggio 1989, n. 286, per la quale il diritto-dovere della P.A., operando a livello paritario con la posizione del dipendente, si esplica con attività né autoritative, né discrezionali almeno quanto alla volontà di ripetizione. Non vi è, perciò, bisogno di motivare in proposito, qualunque sia il tipo di atteggiamento che il dipendente avesse avuto ragione di mantenere quanto alle somme riscosse e qualunque distanza di tempo sia trascorsa dalla erronea attribuzione di un trattamento economico superiore al dovuto.

L'unica discrezionalità — ma senza bisogno che di essa si dia conto in una ed espressa apposita giustificazione — si sposta sul tema del « quantum » di rateazione dell'indebitato, in base ad un potere che si fa risalire al cit. art. 3 d.P.R. 1544 del 1955 e che deve rispondere di nuovo al criterio generale, risalente all'art. 36 Cost., del rispetto del dipendente, nel senso che egli e la sua famiglia non siano privati del sostegno economico necessario alle primarie esigenze di vita.

Nella pronuncia 286 del 1989 si accenna ancora all'affidamento sulla definitività della riscossione. Ma questo profilo appare abbandonato in sentenze successive (sez. IV, 30 ottobre 1989, n. 722; 27 dicembre 1989, n. 995).

Nella decisione 16 gennaio 1990, n. 15, si chiarisce il senso del riferimento alla « buona fede », la quale diviene semplice condizione perché l'Amministrazione espliciti il potere di rateazione: in altri termini che la « buona fede » finisce per orientare non l'an del recupero, ma le sue modalità.

La medesima sentenza n. 15/90 dal carattere vincolato e paritetico dell'atto di ripetizione trae la conseguenza dell'impossibilità di dedurre a suo carico il vizio di disparità di trattamento.

Negli ultimi tempi questo orientamento della Sezione si consolida (cfr. sez. IV, 26 aprile 1990, n. 321; 17 maggio 1990, n. 390; 25 settembre 1990, n. 702; 8 novembre 1990, n. 877; 26 aprile 1991, n. 319).

Nella pronuncia n. 390 del 90, rileva l'enunciazione della superfluità della motivazione sul recupero e sulla stessa rateazione, essendo valutati come dati obiettivi l'esistenza del diritto a riottenere l'indebitato, l'insussistenza di un obbligo del previo annullamento dell'originario decreto di erogazione, illegittimo per mero contrasto oggettivo con la norma, e infine l'interesse pubblico « in re ipsa » all'eliminazione retroattiva degli effetti patrimoniali dell'indebitato medesimo, eliminazione costituente esercizio del suddetto diritto soggettivo.

Nella decisione 702 del 1990 si rafforza la tesi del diritto-dovere di recuperare con il richiamo al divieto di rinunzie o di elargizioni pubbliche fuori dei casi espressamente previsti.

Infine, sull'unicità dell'elemento delle esigenze primarie di vita, da tener presente nel corso dell'operazione, fonda la cit. IV n. 877 del 1990 per asserire che quando, per il livello di reddito dell'interessato, non emergano (ovvero non siano dedotti: così la n. 319 del 1991) elementi attendibili sul bisogno del percipiente di destinare le somme riscosse ad impellenti inderogabili necessità di sostentamento, non si può nemmeno tener conto del livello di gravità del sacrificio imposto al medesimo percipiente.

Peraltro, a fronte di questi due indirizzi, non è estraneo alla giurisprudenza della IV sezione, l'orientamento che, a proposito del recupero

c.d. ordinario, disposto cioè mediante trattenute stipendiali, ragiona tuttora in termini di buona fede, affidamento, lontananza nel tempo e simili.

Non mancano in tal senso precedenti non troppo lontani perfino della IV sezione (7 giugno 1984 n. 437; 28 agosto 1984 n. 669; 6 dicembre 1985 n. 604; 27 giugno 1986 n. 440; 27 luglio 1987 n. 448).

Ma soprattutto nelle altre due Sezioni e nel Consiglio di giustizia prevale questa linea.

Si ribadisce, allora, che l'atto di recupero ha carattere provvedimentoale; che esso deve tener conto della buona fede del percipiente e dell'utilizzo delle somme per i bisogni della vita; che la buona fede si presume e che spetta alla P.A. dimostrare il contrario, enunciando il relativo « capitolo » nella determinazione lesiva (cfr. Cons. St. sez. VI 24 maggio 1983, 428; 31 dicembre 1984 n. 744; 5 marzo 1985 n. 77; 13 febbraio 1987 n. 43; 2 marzo 1987 n. 83; 17 ottobre 1988 n. 1139).

Quando non si arriva a dire che le circostanze di cui sopra impediscono assolutamente il recupero sugli stipendi (c.si 24 maggio 1989 n. 212; cfr. anche VI 31 marzo 1987 n. 178 e 8 febbraio 1988 n. 164 a proposito dell'impossibilità di recuperare sugli stipendi somme erogate indebitamente a titolo previdenziale agli istituti operanti all'uopo), si ritiene, in ogni modo, che si debba motivare nel raffronto fra le condizioni del percipiente, specie se risalenti a tempo lontano, calcolato in termini di vari anni, ed il pubblico interesse alla stessa eliminazione retroattiva dell'indebito oggettivo (cfr. oltre alle sentenze elencate, sez. VI, 14 novembre 1988, n. 1211; 9 ottobre 1989, n. 1312; e 25 gennaio 1991, n. 36; nonché sez. V, 15 marzo 1990, n. 289; e 5 maggio 1990 n. 412).

Così vengono sviluppate casistiche sulla buona fede « ragionevole » o « irragionevole » del percettore, assumendosi, tra l'altro, in caso di cumulo di due rapporti di impiego, che, in virtù del dubbio sulla natura retributiva della tredicesima, è impedito alla P.A. che l'abbia corrisposta in entrambe le relazioni lavorative di disporre la ripetizione, la quale è, invece, giudicata legittima di fronte al raddoppio della indennità integrativa speciale, mancando ogni facoltà di affidamento di fronte a specifici divieti di legge (cfr., oltre a cit. IV sez. n. 448 del 1987, sez. VI 28 luglio 1982, n. 386; 22 giugno 1987, n. 437; 2 settembre 1987, n. 658).

Allo stesso modo la conferma che la buona fede sia ritenuta un ostacolo al recupero in sè, almeno dal punto di vista di un'esigenza di motivazione (e non come elemento da valutare al solo fine dei « modi » di quel recupero) sembra trovare supporto « a contrario » in quei precedenti in cui si afferma la rilevanza, in favore del legittimo riacquisto dell'indebito, della ragionevole consapevolezza in capo al dipendente dell'errore sul « quantum » conseguito (sez. VI, 24 aprile 1986, n. 342) o dell'impossibilità oggettiva o anche semplicemente presuntiva di giustificare l'affidamento in proposito (sez. IV, 28 maggio 1986, n. 368; tipica è

la casistica sugli emolumenti riscossi con clausola di provvisorietà o salvo conguaglio, rispetto ai quali sia dunque scontata l'incertezza sulla definitività del percepito; sez. V, 27 giugno 1989, n. 398; C.s. 5 maggio 1987, n. 93, e 28 novembre 1987, n. 269; sez. VI, 31 dicembre 1987, n. 1054 e 29 maggio 1987, n. 333; che, d'altronde, si rifanno alla Ad. plen., 4 marzo 1986, n. 2).

E indubbio, di fronte alle regole generali sull'indebito del codice civile, che la soluzione da ultimo esposta si fondi su ragioni equeitative collegate alle condizioni del bisogno « alimentare » del dipendente (sez. V, 18 novembre 1985, n. 599; 22 febbraio 1988, n. 85; e sez. IV, 26 aprile 1991, n. 319 cit.), tant'è che in caso di restituzione in qualsiasi modo dell'indebito all'Autorità non vi è un diritto alla « controrestituzione ».

E pur vero, per altro, che detta soluzione trova numerosi riscontri normativi espressi, soprattutto nella disciplina pensionistica del pubblico impiego.

Si vedano, così, l'art. 206 del t.u. 29 dicembre 1973, n. 1092, e la disposizione di modifica, di cui all'art. 3 L. 7 agosto 1985, n. 428, secondo le quali, in caso di revoca o modifica del trattamento di pensione del dipendente statale, salvo il caso doloso dell'interessato, non si fa luogo a ripetizione delle somme corrisposte in più e l'impiegato « contabile » cui in concreto sia stato dovuto l'errore ne risponde unicamente in ipotesi di dolo o colpa grave.

Analogamente ha disposto l'art. 52 della legge 9 marzo 1989, n. 88, in tema di pensioni a carico dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, vecchiaia e superstiti gestita dall'INPS.

E la Corte costituzionale con pronuncia « interpretativa di rigetto » (Corte Cost. 31 luglio 1990, n. 383) ha ritenuto la costituzionalità della norma in quanto da intendere comprensiva di qualsiasi errore anche se ricadente sull'« an » (la c.d. revoca, di cui parlava l'art. 206 del t.u. per lo Stato, formalmente non prevista dalla legge 88/89) del trattamento pensionistico. Ha aggiunto la Corte che la previsione era, per altro, giustificata dalla comune giustificazione (evidentemente ritenuta razionale) della « destinazione delle somme percepite al soddisfacimento dei bisogni fondamentali e delle esigenze di vita del lavoratore e della sua famiglia ».

Naturalmente anche l'esistenza di norme derogative ai principi sulla restituzione dell'indebito potrebbe essere interpretata in senso opposto a quello dell'orientamento più favorevole alle tesi dei dipendenti percettori, qualora si volesse osservare che, in mancanza di espresse previsioni di eccezione, si dovrebbe applicare ai creditori dell'indebito una normativa identica nei rapporti privati ed in quelli di lavoro pubblico. Risulta in ogni caso incontrovertibile l'esistenza di almeno tre orientamenti diversi in giurisprudenza sui temi enunciati.

Sicché l'interesse acché non si verificchino, su un medesimo argomento, soluzioni differenti nonché il rilievo di massima della questione (che si riconnette anche alla frequenza con cui si verificano le cause in materia, in vista della complessità delle normative sul trattamento economico del personale dello Stato e degli enti pubblici e della ripetizione praticamente triennale degli inquadramenti e delle ricostruzioni di carriera al seguito del rinnovo degli accordi di pubblico impiego) giustificano il deferimento delle questioni seguenti all'Adunanza plenaria:

a) se il recupero debba essere il frutto di un provvedimento o di un atto paritetico;

b) se si tratti di un atto discrezionale o vincolato;

c) se la ripetizione debba essere motivata (anche in connessione con il generalizzato obbligo di motivazione di cui all'art 3 L. 7 agosto 1990, n. 241);

d) se l'eventuale rateazione debba essere richiesta dall'interessato, previamente avvertito, o se basti una deliberazione d'ufficio in proposito;

e) se, in che misura ed a quale scopo (per escludere il recupero; per imporre una motivazione; o soltanto per giustificare una rateazione) debba o possa rilevare lo stato soggettivo originario del percipiente, la c.d. buona fede o, meglio, l'affidamento che costui abbia creduto ragionevolmente ed oggettivamente di fondare sulla condotta dell'amministrazione;

f) se, in tale ottica, possa ulteriormente rilevare il protrarsi del tempo, eventualmente anche lungo, a partire dall'indebita erogazione e se per tutto questo tempo debba permanere lo stato soggettivo, ove e nei limiti in cui lo si ritenga condizionante;

g) se, nei limiti di cui all'art. 3 r.d.l. 19 gennaio 1939, n. 295, e successive integrazioni, una volta ammesso o imposto il recupero, possa individuarsi una percentuale sul trattamento economico mensile da ritenere congrua per definire la rata di trattenuta;

g bis) quale sia il parametro su cui calcolare detta percentuale: se, cioè, il trattamento stipendiale o la retribuzione complessiva;

g ter) se la percentuale vada imputata in misura fissa alla situazione economica esistente all'epoca della determinazione del recupero, ovvero se la P.A. possa dinamicamente confermare la percentuale e, quindi, aggiornare periodicamente la trattenuta, anche per tener presente il termine quinquennale massimo cui sembra accennare l'art. 3 d.P.R. 30 giugno 1955, n. 1544;

h) a tal proposito, ove si ritorni all'esigenza di valutazione della pesantezza della situazione imposta al percipiente in comparazione con l'interesse pubblico al recupero, se in un simile giudizio entri anche l'apprezzamento sulla prospettiva di durata delle trattenute.

SEZIONE QUINTA

GIURISPRUDENZA TRIBUTARIA

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 15 luglio 1991, n. 7844 - Pres. Scanzano - Est. Carbone - P. M. Zenna (conf.) - ENPAM (avv. Manferoce) c. Ministero delle Finanze (avv. Stato Palatiello) .

Tributi erariali diretti - Imposta sul reddito delle persone giuridiche - Enti non commerciali - Interessi passivi sui mutui fondiari - Deducibilità - Esclusione.

(d.P.R. 29 settembre 1973, n. 598, art. 21).

Per gli enti non commerciali soggetti all'IRPEG, non sono deducibili dal reddito gli interessi passivi sui mutui fondiari inerenti a fabbricati dati in locazione, perché a norma dell'art. 21 d.P.R. n. 598/1973 gli interessi ed altri costi sono deducibili solo nel caso che l'ente eserciti una attività di impresa (1).

(omissis) Con il primo motivo del proposto ricorso l'Enpam censura l'impugnata sentenza per violazione del secondo comma dell'art. 21 d.P.R. n. 598/1973, nonché per motivazione insufficiente e contraddittoria, per aver la Corte territoriale erroneamente ritenuto che il presupposto per la deduzione degli interessi passivi sarebbe lo svolgimento di un'attività commerciale. La lettera e la *ratio* della norma consentono, invece, di interpretare la disposizione nel senso della deducibilità degli interessi passivi a prescindere dall'attività svolta, assimilando in definitiva il trattamento degli enti non commerciali a quello delle persone fisiche.

La censura non è fondata e come tale non può trovare accoglimento.

La Corte ha accertato incontestabilmente che l'Enpam ha solo redditi da capitale e fondiari, questi ultimi relativi ad immobili non strumentali, ma dati in locazione a terzi. Proprio per il reddito derivante dalla locazione di fabbricati di proprietà dell'Enpam, rispetto ai quali non sono previste specifiche detrazioni, è sorto il problema di un'interpretazione del secondo comma dell'art. 21 d.P.R. 598/1973 che potesse con-

(1) Decisione di evidente esattezza. Di norma l'ente non commerciale è soggetto all'IRPEG soltanto per i redditi fondiari e i redditi di capitale per i quali non è ammessa alcuna deduzione di costi ed oneri. Secondariamente l'ente può esercitare una limitata attività commerciale, anche se occasionale; solo in tal caso e nei limiti di questa saranno deducibili costi ed oneri, compresi gli interessi passivi.

sentire la detraibilità, dal reddito complessivo imponibile, degli interessi passivi per i mutui relativi agli immobili dati in locazione, così come è, invece, previsto e disciplinato, peraltro entro determinati e precisati limiti, in tema di Irpef per le persone fisiche dall'art. 10 d.P.R. 597/1973. Ma l'interpretazione della norma proposta dal contribuente non è affatto convincente, per cui non può che avere una risposta negativa. Per contrastare la soluzione adottata dalla corte territoriale, secondo cui il secondo comma dell'art. 21 del d.P.R. 598/1973 subordina la deducibilità degli interessi passivi per i mutui fondiari all'osservanza delle disposizioni del d.P.R. 597 del 1973 relativo al reddito di impresa — per cui tali costi devono indefettibilmente riferirsi ad un'attività commerciale con contabilità necessariamente separata —, la ricorrente si avvale di una duplice argomentazione letterale e contenutistica. Sotto il primo profilo, sostiene la ricorrente che solo il 1° comma dell'art. 21 fa riferimento alle attività commerciali esercitate, mentre il successivo comma, secondo cui « gli altri costi ed oneri, compresi gli interessi passivi sostenuti nell'esercizio di attività i cui redditi concorrono a formare il reddito complessivo imponibile sono deducibili a norma delle disposizioni del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597, relative al reddito di impresa se le attività stesse sono gestite distintamente e con contabilità separata », tenendo conto dell'uso del plurale, dovrebbe leggersi nel senso che tutte le attività reddituali e non solo quella commerciale, purché dotate di contabilità separata dovrebbero tener conto delle componenti negative dell'imponibile, mentre l'espreso riferimento al reddito di impresa andrebbe considerato come semplice qualità di esecuzione degli oneri stessi.

La tesi non è però fondata in quanto non è conforme ai canoni ermeneutici scindere il contesto normativo espellendo la parte che è stata posta a fondamento della decisione impugnata.

Il citato art. 21, al secondo comma, prevede la deducibilità di costi, oneri ed interessi passivi sostenuti nell'esercizio di attività commerciali i cui redditi concorrono alla formazione del reddito complessivo imponibile a norma delle disposizioni relative al « reddito di impresa se le attività stesse sono gestite distintamente e con contabilità separata ». Non c'è dubbio, anche per l'assenza di interpunzioni, che il riferimento alla contabilità separata è direttamente connesso e funzionale all'attività commerciale. Nella normativa fiscale, come in definitiva riconosce anche il ricorrente, solo per l'attività commerciale il reddito di impresa è un reddito sostanzialmente globale che tende a riportare i singoli addendi in uno schema unificante, da cui il rilievo per le contabilità separate. Per le attività redditizie che non costituiscano attività di impresa degli enti non commerciali non si richiedono scritture contabili e, pertanto, non sorge alcuna necessità di dar luogo a contabilità separate, come accade appunto per i redditi fondiari o per quelli da capitale (cfr. anche art. 21 e ss. e 41 e ss. d.P.R. 597/1973). La previsione della contabilità

separata ha, quindi, la sua ragion d'essere proprio nell'eventuale possibile attività commerciale, anche occasionale, posta in essere dagli «enti non commerciali», secondo l'espressa previsione dell'art. 19 per il quale, il reddito complessivo degli enti di cui al titolo terzo del d.P.R. 599/1973 — enti di cui alla lettera c) dell'art. 2 dello stesso d.P.R. — può essere composto: a) da redditi fondiari o di natura fondiaria; b) da redditi di capitale; c) da redditi derivanti dall'esercizio anche occasionale di attività commerciali.

Non si tratta quindi di una norma «inutile» o «pleonastica» ma di una disposizione che rappresenta un corollario, ma anche una conferma del sistema, che ha voluto per le attività di impresa, sebbene esercitate non professionalmente e per lo più da parte di un ente non economico, lo stesso trattamento proprio dell'attività di impresa commerciale, al fine di evitare differenziazioni nella disciplina di questo tipo di attività in funzione del soggetto che l'esercita.

Anche il secondo profilo, relativo alla *ratio*, non è fondato. Secondo il ricorrente, il legislatore non avrebbe voluto perseguire una *parcondicio* tra imprese commerciali in genere ed eventuali attività commerciali di enti non commerciali, anche perché non avrebbe avuto bisogno di confermare un principio ricavabile anche «*aliunde*», bensì perseguire «un'incisiva assimilazione degli enti non commerciali con le persone fisiche» non limitata alla determinazione del reddito complessivo imponibile, senza il momento unificante proprio del reddito di impresa, ma estesa anche alla deducibilità di alcuni oneri come gli interessi passivi in armonia con l'art. 10 del d.P.R. 597/1973. Ma il richiamo all'art. 10 non è pertinente, perché relativo agli oneri deducibili dal reddito complessivo ai fini Irpef, mentre nella specie si vorrebbero detrarre gli interessi passivi sui mutui fondiari per una riduzione dell'Ilor. Inoltre, l'analisi attenta e disincantata del testo normativo, secondo corretti principi ermeneutici conduce a ritenere che effettivamente il legislatore ha voluto evitare, in tema di enti non economici che svolgessero anche saltuariamente attività d'impresa, dubbi, incertezze, interpretazioni oscillanti, preferendo che l'interprete non ricavasse «*aliunde*» la disciplina, ma la ritrovasse in sede propria in piena armonia con la disciplina tributaria dell'attività commerciale. In altri termini, il legislatore prevedendo una possibile, eventuale attività d'impresa degli enti non economici ha ritenuto di dare rilevanza alle componenti negative dell'imponibile, se ed in quanto il reddito d'impresa sia gestito distintamente e con contabilità separata, garantendo, solo in presenza di questi presupposti, quella parità di trattamento con la normale attività di impresa. Pertanto, la determinazione del reddito complessivo ai fini Irpeg degli enti non commerciali, va effettuata secondo le norme specifiche delle singole categorie di reddito; ed in particolare, per i redditi fondiari basati sulle risultanze catastali, non sono previste specifiche deduzioni, né è ipotizzabile

l'applicazione analogica di esenzioni dettate per le sole persone fisiche in altra sede e per altra imposta; né è infine invocabile per la perseguita detrazione degli interessi passivi il secondo comma del ricordato art. 21 che è invece applicabile come già rilevato alla sola attività d'impresa.

In via subordinata il ricorrente ripropone in questa sede profili di incostituzionalità dell'art. 21 secondo comma, in relazione agli artt. 3 e 53 Cost., già approfonditamente esaminati e motivatamente respinti dalla Corte territoriale. Poiché non sono stati offerti elementi diversi da quelli già disattesi con una motivazione logica e convincente, immune da errori o da vizi logici, in questa sede è sufficiente ribadire che non sussiste alcuna violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3, perché la deducibilità degli interessi sui mutui fondiari, in relazione a redditi diversi da quelli d'impresa è prevista solo per le persone fisiche ai fini Irpef, e rientra pertanto nella discrezionalità del legislatore che si sottrae al giudice delle leggi (art. 28 legge Cost. 37/1953) disciplinare fattispecie relative a soggetti diversi in modo diverso, senza che si possa tacciarlo di « discriminazione » o di « irragionevolezza »; non sussiste neppure la dedotta violazione dell'art. 58 in quanto il reddito non subisce l'affermata « doppia imposizione », ma è colpito una sola volta in capo al ricorrente con aliquote razionalmente proporzionate all'ammontare del reddito stesso.

Tanto premesso, osserva il Collegio che il ricorrente ha inteso far valere la predetta violazione di legge in relazione al secondo comma dell'art. 21 del più volte ricordato d.P.R. 598/1973 senza richiamare l'art. 109 del nuovo testo unico 22 dicembre 1986 n. 917, così come modificato dal d.P.R. 4 febbraio 1988 n. 42 contenente disposizioni correttive e di coordinamento sistematico-formale del predetto T.U., pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 49 del 29 febbraio 1988, anteriormente al ricorso che risale al settembre. Ed infatti mentre l'art. 135 del T.U. considerava l'entrata in vigore della normativa del nuovo testo unico con decorrenza 1° gennaio 1988, l'art. 36 del predetto d.P.R. 42/1988 riconosce efficacia retroattiva a tutte le disposizioni del T.U. 917/1986 per i rapporti non definitivi purché conformi alle nuove disposizioni, tranne le eccezioni espressamente previste dallo stesso capo III (art. 20 — 36) del d.P.R. 42/1986. In proposito l'art. 29 d.P.R. 4 febbraio 1988 n. 42, in deroga alla norma dell'art. 36 esplicitamente rinvia l'applicazione dell'art. 109, secondo e terzo comma, che sostituiscono gli attuali commi secondo e terzo dell'art. 21 a periodi di imposta successivi al 1° gennaio 1988.

Con il secondo motivo del proposto ricorso l'Enpam deduce violazione del terzo comma dell'art. 21 d.P.R. 598/1973 nonché motivazione insufficiente, in quanto la predetta disposizione non presuppone lo svolgimento di un'attività commerciale senza contabilità separata, perché altrimenti sarebbe inutile, ma si applica anche all'attività diversa da

quella commerciale. A sostegno si deducono alcune risoluzioni ministeriali e la relazione all'art. 109 del nuovo T.U. 917/1986 che, come tale, concerne periodi di imposta successivi al 1° gennaio 1988.

Anche questa censura non è fondata. L'interpretazione del terzo comma dell'art. 21 non può essere avulsa da quella relativa al secondo comma poiché l'ultima disposizione si pone logicamente come una variante della precedente per l'ipotesi in cui non vi sia la contabilità separata. È questo e non altro il significato dell'espressione « in mancanza della contabilità separata ». Il chiaro ed inequivoco collegamento con il comma precedente, alla stregua delle considerazioni già svolte, consente di affermare che la deducibilità di cui al terzo comma dell'art. 21 presuppone pur sempre un'attività di impresa non accompagnata da contabilità separata. Negli stessi termini anche le risoluzioni ministeriali di tenore del tutto diverso da quello affermato dal ricorrente (cfr. ris. min n. 11/273 del 10 marzo 1987 — dir. gen. II.DD.). Proprio in tema di deducibilità di oneri per gli enti non commerciali di cui al terzo comma dell'art. 21, si è ribadito « che il criterio proporzionale di deducibilità dei costi non può che essere posto in connessione ai proventi ed ai costi relativi alle attività commerciali eventualmente esercitate », in quanto tutti i redditi di natura diversa da quella commerciale che concorrono alla formazione del reddito complessivo imponibile degli enti non commerciali non ammettono deduzione dei costi. Né vale addurre una pretesa, diversa disparità di trattamento che potrebbe verificarsi tra enti non commerciali che svolgono sia pure in minima parte, attività commerciale in concomitanza con la gestione di immobili non strumentali ed enti non commerciali che posseggono, come nella specie, solo redditi fondiari, trattandosi di una conseguenza connessa ai diversi presupposti giuridico-economici riguardanti le diverse fattispecie distintamente regolamentate dalla normativa fiscale.

In conclusione, come ribadisce il quinto comma dell'art. 4 del d.P.R. 599/1973 per i redditi fondiari degli enti non commerciali (art. 2 lett. c del d.P.R. 598/1973) l'imposta è applicata separatamente. La disposizione trova conferma nell'attuale primo comma dell'art. 109 T.U. 917/1986, la cui normativa, non è stata invocata, né è applicabile alla fattispecie. Ed invero, i commi secondo e terzo dell'art. 109, del predetto T.U. disciplinano soltanto i periodi di imposta successivi al 1° gennaio 1988 (così ex art. 29 d.P.R. 42 del 4 febbraio 1988). Ma anche l'art. 110 del nuovo T.U. concerne, com'è evidente, soltanto redditi di impresa per cui non è applicabile alla fattispecie. Giova da ultimo osservare che per gli immobili non strumentali (e tali sono quelli in oggetto) anche l'ultimo comma dell'art. 108 del nuovo T.U. prevede l'applicazione separata dell'Ilor pur quando si tratti di immobili relativi all'impresa.

Il ricorso va pertanto respinto. (*Omissis*)

I

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 17 luglio 1991 n. 7959 - Pres. Falcone - Est. Vignale - P. M. Amirante (conf.) - Composti (avv. Gentili) c. Ministero delle Finanze (avv. Stato Palatiello).

Tributi in genere - Accertamento - Motivazione - Funzione - Mutamento in giudizio dei presupposti di fatto - Inammissibilità.

Poiché la funzione della motivazione dell'accertamento è di garantire al contribuente la possibilità di apprestare una adeguata difesa nel procedimento contenzioso e di delimitare in via definitiva il thema decidendum contenendolo nei fatti specificati nell'avviso notificato al contribuente, non è consentito nella fase processuale né all'ufficio integrare la motivazione deducendo fatti nuovi né al giudice valutare la fondatezza dell'accertamento sulla base di fatti diversi da quelli contestati al contribuente con l'avviso di accertamento (1).

II

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 15 luglio 1991 n. 7842 - Pres. Montanari Visco - Est. Sgroi - P. M. Golia (conf) - Camerino c. Ministero delle Finanze (avv. Stato Polizzi).

Tributi in genere - Accertamento - Qualificazione giuridica del soggetto passivo - Mutamento in sede contenziosa - Società di fatto e organizzazione di persone - Inammissibilità.

Ove l'ufficio con l'avviso di accertamento abbia qualificato il destinatario come società di fatto (come tale soggetta al regime dell'art. 5 del d.P.R. n. 597/1973 ai fini IRPEF e direttamente soggetta all'ILOR) non può il giudice qualificare lo stesso soggetto come organizzazione senza personalità giuridica (soggetta direttamente all'IRPEG e all'ILOR), poiché sono diversi nei due casi sia i regimi di imposizione sia le regole del procedimento (2).

(1-2) La prima sentenza, prendendo le mosse da premesse ormai pacifiche nella più recente giurisprudenza, ne trae conseguenze esatte in termini generali: se l'accertamento definisce il *thema decidendum* non è consentito discostarsi da esso. E così evidenziata la funzione processuale dell'atto di accertamento (BAFILE, *L'accertamento come atto processuale*, in *Rass. trib.*, 1987, II, 1). Ma di conseguenza la motivazione dell'accertamento va considerata appunto in termini processuali, come determinazione della cosa oggetto della domanda (art. 163 n. 3 e 164 c.p.c.) e non in termini di provvedimento amministrativo. Ne discende che il minimo necessario della motivazione è sol-

I

(*omissis*) Con il primo motivo di ricorso, la ricorrente censura la decisione impugnata per aver legittimato la pretesa impositiva, basandola su presupposti differenti da quelli dell'accertamento e su una distinta *causa petendi*, così sottraendo al contribuente la possibilità di far valere le proprie ragioni nell'intero giudizio di merito ed alterando sia il fondamento che i modi e gli esiti dell'accertamento induttivo adottato dall'ufficio. Osserva, inoltre, che l'adozione di tali nuovi presupposti a contraddittorio ormai esaurito finisce con lo svalutare la stessa plausibilità della presunzione di possesso dei redditi.

Col secondo motivo, critica la decisione, in quanto fondata su una ordinanza istruttoria adottata d'ufficio, nell'esercizio di poteri inquisitori non spettanti per legge alla Commissione Tributaria Centrale.

Col terzo motivo, la ricorrente deduce che la C.T.C. non ha tenuto conto della posizione reddituale di suo marito, al quale dovevano essere riferiti i redditi in questione. Denuncia, inoltre, l'omessa motivazione della decisione in merito alla questione relativa al fatto che il predetto consorte, in base al d.l. 5 novembre 1973 n. 660, convertito in legge 19 dicembre 1973 n. 823, nel vigore della legislazione sul cumulo dei redditi tra i coniugi, aveva presentato domanda di condono per l'imposta com-

tanto la precisazione degli elementi di fatto (che non possono essere totalmente modificati ma sono suscettibili di precisazioni e sviluppi, anche a seguito delle eccezioni dedotte dal soggetto passivo con il ricorso). Non sono invece elemento necessario della motivazione le ragioni giuridiche, che in relazione al fatto contestato producono gli effetti, che possono non essere espresse o, se specificate, possono essere modificate o integrate in giudizio ed anche applicate di ufficio (*iura novit curia*); in particolare il giudice se ritiene non fondata la motivazione in diritto non può annullare l'accertamento ma deve valutare se la pretesa tributaria sia fondata in base a ragioni giuridiche diverse. Anche nelle fasi di gravame, se resta immutato il *petitum* può essere ampliata, puntualizzata ed anche modificata, la *causa petendi*.

In buona sostanza, ragionando in termini di atto processuale, diventano assai rare le ipotesi di nullità dell'accertamento (come assai rare sono le ipotesi di nullità della citazione).

Una direttrice diversa segue la seconda sentenza: sulla premessa che il processo tributario, pur rivolto all'accertamento dell'obbligazione, è strutturato come impugnazione di atti dei quali va verificata la legittimità anche formale, ritiene che il giudice, che non può sostituirsi all'Amministrazione nella ricerca della materia imponibile e dei presupposti del rapporto di imposta, deve arrestarsi all'annullamento dell'atto che si presenti viziato nella identificazione del soggetto passivo e non possa quindi dare al destinatario dell'accertamento una qualificazione giuridica diversa da quella contenuta nell'atto dell'ufficio (nella specie qualificare come organizzazione senza personalità giuridica non appartenente ad altri soggetti ex art. 2 lett. b) d.P.R. n. 598/1973 e ex art. 2 d.P.R. 699/1973 quella che l'ufficio aveva individuato come società di fatto ex art. 5 d.P.R. n. 597/1973). Benché non si ponesse un

plementare relativa agli anni precedenti, tal che il relativo rapporto doveva ritenersi esaurito ed insuscettibile di modifica da parte dell'Amministrazione finanziaria.

Con l'ultimo motivo, la ricorrente osserva che la C.T.C. ha attribuito all'acquisto del predetto pacchetto azionario valore di prova di una capacità contributiva inesistente, sia perché quell'acquisto si inseriva in una fattispecie di negozio fiduciario, sia perché il semplice acquisto di una partecipazione azionaria non può di per sé costituire indice significativo per un accertamento d'ufficio, sia infine perché in tutti gli atti di causa manca ogni indicazione dei fatti-indice riferibili alla ricorrente, agli effetti dell'art. 137 D.P.R. n. 645 del 1958. Rileva, infine, che l'Ufficio finanziario ha confuso tra beni di spettanza dell'impresa commerciale gestita nella forma della S.p.A. Albergo d'Inghilterra e beni di appartenenza personale della ricorrente.

Il primo motivo di ricorso è fondato. Risulta dalla stessa decisione impugnata che l'accertamento tributario fu basato sull'appartenenza, alla contribuente, di azioni della S.p.A. Albergo d'Inghilterra, dalla stessa alienate a terzi nel 1973 per una cospicua somma e, pertanto, ritenute dall'Amministrazione fonte sicura di reddito nei cinque anni anteriori alla loro cessione. Orbene, come questa Corte ha già altre

problema di contraddittorio e benché l'accertamento fosse fatto in assenza di dichiarazione, la sentenza ritiene che l'inesatta individuazione del soggetto passivo comporta la nullità dell'atto nella sua interezza anche per la parte relativa all'ILOR che sarebbe stata in entrambi i casi dovuta dall'ente comunque qualificato.

La seconda sentenza non nega soltanto il potere di modificare i presupposti di fatto che delimitano l'oggetto della controversia, ma esclude altresì il potere di apprezzare, diversamente dall'ufficio, le ragioni giuridiche che a quel fatto vanno riferite. Ciò significa che nel processo l'accertamento non è riguardato come atto processuale che enuncia una pretesa di cui va verificata la fondatezza ma come provvedimento di cui va verificata la perfezione.

Questa impostazione non può essere condivisa. Le motivazioni giuridiche in genere e le qualificazioni giuridiche soggettive in particolare non possono mai essere poste come dati infallibili dell'accertamento: il giudice non può annullare l'atto imperfetto nella qualificazione giuridica, ma deve correggerlo, fermi rimanendo i fatti storici materiali, se è stato osservato il rispetto del contraddittorio.

La situazione di specie è poi emblematica proprio di quell'interesse, inteso nella sentenza in senso capovolto, a non lasciare senza imposizione una manifestazione di reddito per la difficoltà di individuare un soggetto che di esso sia « possessore »; quella singolare idea di « altre » organizzazioni (di persone e perfino di beni) senza personalità giuridica sulle quali il reddito va a fissarsi, perché non appartengono ad altri soggetti, è per l'appunto concepita per evitare che formalismi sulle qualità soggettive possano dare occasioni a produzione di redditi in terra di nessuno. Una tale norma per l'appunto di chiusura, come la sentenza pur riconosce, che non esita a introdurre nel-

volte chiarito, nella disciplina del contenzioso tributario di cui al D.P.R. 26 ottobre 1972 n. 636, il processo è strutturato come impugnazione di specifici provvedimenti dell'Amministrazione ed il giudizio concerne la legittima formale e sostanziale di tali atti, sicché l'indagine sul rapporto d'imposta resta consentita nei limiti in cui si debba accertare la ricorrenza dei presupposti della pretesa fiscale assunti a fondamento degli atti medesimi (cfr. Cass. 2 aprile 1986 n. 2246; 3 marzo 1986 n. 1322). La motivazione dell'accertamento svolge, pertanto, la funzione di garantire al contribuente la possibilità di apprestare un'adeguata difesa per il procedimento innanzi alle commissioni tributarie e di delimitarne in via definitiva il *thema decidendum*, contenendolo nell'ambito dei fatti specificati nell'avviso notificato al contribuente. Conseguentemente, se, per un verso, rimane precluso all'Amministrazione finanziaria integrare tali motivi nel corso del giudizio tributario, indicando per la prima volta in tale sede fatti non contestati precedentemente in via amministrativa, per altro verso, e a maggior ragione, neppure al giudice tributario è dato valutare la fondatezza del ricorso sulla base di fatti diversi da quelli contestati al contribuente con l'avviso di accertamento. È accaduto, invece, nella fattispecie, che di fronte alla prova che negli anni 1969 e 1970, le azioni della S.p.A. Albergo d'Inghilterra non potevano aver reso alla contribuente il reddito accertato (per il motivo che la

l'ordinamento tributario una capacità più ampia di quella di diritto comune, non può essere intesa nella direzione di creare nuove ragioni di nullità dell'accertamento ove in situazioni tanto singolari e rare l'ufficio non abbia saputo ricercare la soluzione giuridica perfetta. L'ufficio deve ovviamente indicare il fatto che ha dato luogo alla manifestazione di reddito e stabilirne la misura, e questo è imprescindibile; l'accertamento conterrà poi anche molte o poche qualificazioni giuridiche e interpretazioni, ma queste sono ipotesi o proposte che possono essere discusse e modificate in giudizio, anche d'ufficio, con le conseguenze che ne derivano anche sulla imponibilità.

Se l'ufficio con un accertamento qualifica un soggetto come imprenditore titolare di un determinato reddito imponibile a fini IRPEF e a fini ILOR, il disconoscimento in giudizio della qualità di imprenditore non darà luogo all'annullamento integrale dell'accertamento (con il risultato che nulla è dovuto) ma ad un diverso accertamento dell'obbligazione: l'ILOR sarà dovuta solo sui redditi fondiari, l'attività produttiva sarà tassabile come reddito di lavoro autonomo, il frutto dei capitali non sarà più una componente del reddito di impresa ex art. 44 ma un reddito di capitali ex art. 41 e così via. Ma non si può affermare che la diversa normativa stabilita per l'accertamento delle diverse categorie di soggetti dagli artt. 38 e 40 del d.P.R. 660/1973, che è poi una normativa più esplicativa che precettiva, deve essere rispettata a pena di nullità, meno che mai quando non esiste una dichiarazione ed è problematica l'individuazione del soggetto passivo.

Naturalmente quanto detto vale anche per il contribuente: se nella dichiarazione sono indicate erronee qualificazioni giuridiche si provvederà a correggerle senza parlare di dichiarazione nulla.

stessa all'epoca non le aveva ancora acquistate), il giudice del merito ha dichiarato ugualmente legittimo l'accertamento tributario per quegli anni, imputando il reddito accertato al possesso non più delle azioni, ma della notevole somma di danaro necessaria, nel 1971, all'acquisto delle azioni stesse. Pertanto, la prima censura deve essere accolta, restando assorbiti gli altri motivi d'impugnazione. La decisione deve, conseguentemente, essere cassata, con rinvio alla Commissione Tributaria Centrale, che procederà al riesame della controversia nel rispetto del principio che non è consentito al giudice tributario modificare i termini della contestazione originaria contenuta nell'avviso di accertamento e di valutare la fondatezza del ricorso del contribuente alla luce di elementi diversi da quelli specificati nell'accertamento stesso, ancorché idonei a legittimarlo. (*omissis*)

II

(*omissis*) Col primo motivo, i ricorrenti denunciano l'illegittimo mutamento da parte del giudice tributario del contenuto dell'accertamento, la violazione dei principi risultanti dal D.P.R. n. 636/72 e la violazione degli artt. 2, D.P.R. n. 599/73 e 40 D.P.R. n. 600/73, nonché la violazione dell'art. 101 c.p.c., in relazione dell'art. 360 n. 3 c.p.c., osservando che il giudice tributario non poteva modificare l'avviso di accertamento, senza con ciò esorbitare dai suoi poteri e che era inaccettabile l'affermazione secondo cui quell'avviso avrebbe chiaramente individuato il soggetto passivo d'imposta e che pertanto non inciderebbe sulla legittimità di esso la questione della giuridica esattezza della definizione di esso come società di fatto, perché fra questa e un'organizzazione di beni e di persone non vi è alcuna fungibilità, ma anzi una differenza radicale sul piano tributario.

La società di fatto è soggetto passivo solo dell'ILOR e pertanto la base imponibile è determinata secondo le regole IRPEF (ex art. 4 D.P.R. 599/73) ed è imputata automaticamente ai soci ai fini IRPEF /o IRPEG); per tale soggetto, l'accertamento tributario è compiuto, ex art. 40 secondo comma D.P.R. 600/73, con unico atto, ai fini dell'imposta locale sui redditi dovuta dalla società ed ai fini dell'imposta sul reddito dovuta dai soci.

L'organizzazione di persone o di beni che realizza il presupposto del tributo in modo unitario ed autonomo è *in primis* soggetto passivo dell'IRPEG ex art. 2 D.P.R. n. 598 del 1973) e solo in via derivata soggetto passivo dell'ILOR; il reddito da essa prodotto è pertanto determinato secondo le regole IRPEG (ex art. 4, terzo comma D.P.R. n. 599 del 1973) ed è imputato ai soci non automaticamente, ma solo se ed in quanto sia distribuito agli stessi, ex art. 42 D.P.R. n. 597/73). Ne deriva che

diversa è la procedura di accertamento: si applica in tal caso il primo e non il secondo comma dell'art. 40 D.P.R. n. 600/73, ai sensi del quale si procede con unico atto agli effetti dell'ILOR e dell'IRPEG.

Il mutamento della qualificazione giuridica da società di fatto ad organizzazione comporta una totale sostituzione di regime giuridico sia dell'ente sia dei partecipanti, perché si deve stabilire: se l'ente sia soggetto o meno ad IRPEG; se la base imponibile ILOR derivi dalle regole dell'IRPEG o dell'IRPEF; se l'accertamento debba essere emesso (come è avvenuto nella specie) solo i fini dell'ILOR dovuta dall'ente e dell'IRPEF dovuta dai soci oppure (come non è stato) ai fini contemporaneamente dell'IRPEG e dell'ILOR dovuti dall'ente (e non anche ai fini dell'IRPEF dovuto dai partecipanti). Nella specie, un accertamento emesso dall'Ufficio secondo la disciplina IRPEF e in capo ad un ente non soggetto ad IRPEG è stato confermato, con una creazione *ex novo* della C.C., che ne ha fatto un accertamento in capo ad un ente soggetto ad IRPEG, comportante per ciò stesso la determinazione dell'imponibile ILOR secondo la disciplina IRPEG. La C.C. ha esercitato un potere non spettantegli, perché avrebbe dovuto giudicare l'accertamento dell'Ufficio e non creare un accertamento nuovo, con un'operazione comportante conseguenze innovative sulle imposte applicabili, sull'imponibile, sulla tassazione dei partecipanti, sul tipo di accertamento da emanare; in tale straripamento di potere si ravvisa una violazione dell'art. 16 D.P.R. n. 636 del 1972, in quanto la C.C., se riteneva che il reddito fosse stato conseguito da un'organizzazione, doveva annullare l'avviso di accertamento, per i molteplici vizi di legittimità che tale diversa qualificazione comportava, non creare un accertamento diverso, sostituendosi all'Ufficio.

A parte ciò concludono i ricorrenti, la diversità strutturale e giuridica fra la figura della società di fatto e quella della comunione ha comportato che la C.C. abbia sostituito in corso di giudizio un soggetto (società) con un altro (comunione) che non è soggetto autonomo d'imposta.

Il motivo è fondato.

Alla stregua della disciplina del processo tributario introdotta col D.P.R. n. 636 del 1972 e successive modifiche, l'oggetto del processo non può essere ravvisato nel diretto accertamento dell'obbligazione tributaria, a prescindere dagli atti attraverso i quali si esercita l'azione amministrativa di prelievo e si svolge il rapporto giuridico d'imposta; il giudizio è diretto, sì, all'accertamento dell'obbligazione tributaria, ma questa si svolge per il tramite dell'impugnazione di atti, essendo il processo strutturato come impugnativa di specifici provvedimenti dell'Amministrazione; ed il giudizio stesso concerne la legittimità formale e sostanziale di essi, sicché — da un lato — vengono in rilievo i vizi relativi alla regolarità formale degli atti del procedimento e — dall'altro — il riesame del merito del rapporto d'imposta, relativo all'accertamento.

dell'*an* e del *quantum* dell'obbligazione *ex lege*, avviene in funzione del provvedimento impugnato, in quanto il giudice tributario deve accertare (nei limiti della contestazione) i presupposti materiali e giuridici della pretesa dell'Amministrazione assunti a fondamento dell'atto medesimo.

Anche ai fini della tutela giurisdizionale si pone in primo piano l'esercizio del potere di imposizione, che si intrinseca in una serie di atti (normativamente predeterminata) e la pronuncia del giudice si deve arrestare all'annullamento dell'atto impugnato se i vizi che lo inficiano incidano sulla sostanza del rapporto, non potendo il giudice sostituirsi all'Amministrazione nella ricerca della materia imponibile e dei presupposti del rapporto d'imposta (che devono essere allegati dall'Amministrazione) (cfr. Sez. Un., 3 marzo 1986, n. 1322; 3 giugno 1987, n. 4853; 26 ottobre 1988, n. 5783).

Il problema di causa concerne l'identificazione del soggetto dell'imposta. Ai fini dell'ILOR sono soggetti passivi le persone fisiche, le società di ogni tipo, comprese le società semplici, in nome collettivo e accomandita semplice e gli enti pubblici e privati, compresi i consorzi, le associazioni non riconosciute nonché le altre organizzazioni prive di personalità giuridica, non appartenenti ad altri soggetti passivi, nei confronti delle quali il presupposto dell'imposta si verifichi in modo unitario e autonomo (art. 2 D.P.R. n. 599 del 1973; art. 116 del t.u. 22 dicembre 1986, n. 917).

Nell'avviso di accertamento — come risulta dalla sentenza impugnata — il soggetto passivo era stato identificato in una società di fatto fra i comproprietari dell'immobile, avente come scopo l'alienazione del fondo. Ai sensi dell'art. 5 terzo comma lettera b) del D.P.R. n. 597/73 (art. 5 del t.u.) le società di fatto sono equiparate alle società in nome collettivo o alle società semplici, a seconda che abbiano o non abbiano per oggetto l'esercizio di attività commerciali ai sensi dell'art. 51; e poiché era stato, nella specie, applicato l'art. 76 del D.P.R. n. 597, l'Ufficio non aveva ritenuto l'esistenza di un reddito d'impresa, ma di un « reddito diverso », per cui l'equiparazione andava effettuata con le « società semplici ».

La commissione tributaria ha ritenuto che una società non esistesse, perché non ne sussistevano gli elementi costitutivi indicati dall'art. 2247 c.c. (contratto col quale due o più persone conferiscono beni o servizi, per l'esercizio in comune di un'attività economica, allo scopo di dividerne gli utili); ha però ritenuto che esistesse un altro soggetto passivo dell'ILOR, e cioè la comunione di cui all'art. 2248 c.c., qualificata come « organizzazione priva di personalità giuridica, non appartenente ad altri soggetti passivi, nei confronti della quale il presupposto dell'imposta si è verificato in modo unitario ed autonomo) (limitatamente ai comproprietari di 7/10 dell'immobile), ritenendo del tutto irrilevante l'erroneità della qualificazione giuridica quale società di fatto del soggetto passivo

dell'imposta, in quanto non incideva sulla legittimità dell'avviso di accertamento, che comunque aveva chiaramente indicato il suddetto soggetto passivo).

Le affermazioni della C.C. non possono condividersi. In primo luogo, non è corretto ritenere che l'esatta identificazione del soggetto passivo potesse desumersi dal fatto che il processo tributario si era svolto nel pieno contraddittorio di tutti gli interessati. È evidente che se alcuni soggetti (persone fisiche) compongono quell'organismo che è la società di fatto, secondo l'assunto dell'Amministrazione, essi sono indicati nell'avviso di accertamento e possono impugnarlo; ma tale possibilità di impugnazione attiene alla regolarità del processo, non alla regolarità dell'avviso che ne costituisce l'oggetto e che può essere contestato proprio sul punto preliminare dell'esistenza del soggetto passivo.

In secondo luogo, non è soltanto questione di qualificazione diversa dei medesimi elementi di fatto, in quanto fra la società e l'organizzazione di cui alla legislazione fiscale esiste (oltre che la differenza notevole di regolamentazione giuridica posta in luce dai ricorrenti, su cui si tornerà *infra*) una diversità di elementi costitutivi fattuali, che sono il presupposto della diversa qualificazione.

La formula della legge tributaria è originata da esigenze pratiche di accertamento, in capo ad un soggetto, di materia imponibile. Detto soggetto deve essere centro autonomo di imputazione di rapporti giuridici, e cioè capace di possedere un reddito anche indipendentemente dal godimento della personalità giuridica, in maniera indipendente da altri soggetti passivi di imposta, di guisa che non è sufficiente la mera autonomia patrimoniale, ma è necessario che l'organizzazione non sia compresa in una più ampia organizzazione di altro soggetto passivo. In sostanza, si tratta di una previsione fiscale di *chiusura* basata sull'esigenza di ricondurre ad imposizione anche figure atipiche, che potrebbero essere create *ad hoc*, sia per finalità legittime che per finalità di elusione d'imposta. Secondo un'altra dottrina, più che all'esistenza di un centro autonomo di rapporti, la norma fiscale ha riguardo principalmente all'esistenza del presupposto di fatto dell'imposta, visto come momento unificatore delle varie possibili componenti di reddito, ferma l'esigenza dell'indipendenza da altri soggetti passivi d'imposta. Indubbiamente, si tratta di figure che da un punto di vista giuridico possono corrispondere a fattispecie regolate ad altri fini (si pensi, in via puramente ipotetica, alle associazioni temporanee di imprese, nel campo delle opere pubbliche), ma l'elemento distintivo sicuro è che esse non devono coincidere con le figure tipiche (nella specie: la società semplice).

Se l'Amministrazione individua, nell'avviso di accertamento, un soggetto tipico, quale è la società, con indicazione degli elementi di fatto che ne costituiscono l'essenza, non può ritenersi consentito al giudice

tributario di sostituire a tale soggetto l'*organizzazione* (non societaria) di cui s'è detto, perché l'inesistenza del soggetto passivo dell'imposta, indicato dalla stessa Amministrazione, costituisce una nullità dell'avviso stesso (attenendo ad un essenziale presupposto della disciplina dell'accertamento). Esso, invero, viene effettuato nei confronti delle persone fisiche (art. 38 D.P.R. n. 600 del 1973) e dei soggetti diversi (art. 40), nel caso di rettifica delle loro dichiarazioni, in cui un problema di identificazione dei soggetti evidentemente non si pone, perché si tratta di dichiaranti. Nel caso (come il presente) in cui la dichiarazione (di cui all'art. 6 D.P.R. n. 600/73) non era stata presentata, l'Ufficio doveva procedere all'accertamento, ai sensi dell'art. 41: ma — a parte le deroghe ivi previste, che non interessano la specie — il primo fondamento dell'accertamento dell'Ufficio è la identificazione del soggetto passivo, identificazione senza la quale manca un elemento costitutivo del rapporto di imposta. Identificato il soggetto passivo, nell'accertamento d'ufficio dovrà poi seguirsi (tralasciando l'ipotesi, che qui non interessa, delle persone fisiche) il sistema previsto dall'art. 40, e quindi distinguere, a seconda che si tratti di soggetti all'IRPEG, ovvero di società ed associazioni indicate nell'art. 5 del D.P.R. n. 597. Nella specie, l'ufficio ha seguito il secondo comma dell'art. 40, mentre, alla stregua della decisione della commissione centrale, avrebbe dovuto seguire il sistema previsto dal primo comma. La differenza non è irrilevante, per il solo fatto che comunque era dovuto l'ILOR, in entrambi i casi. Nella configurazione data dall'Ufficio, si doveva procedere con un unico atto, ai fini dell'ILOR dovuta dalla Società ed ai fini dell'IRPEF dovuta dai singoli soci.

Nella configurazione data dalla Commissione, si sarebbe dovuto procedere con unico atto agli effetti dell'IRPEG e dell'ILOR, dovute dal medesimo soggetto.

La base imponibile ai fini dell'ILOR, nel primo caso, doveva essere determinata ai sensi del 1° comma dell'art. 4 D.P.R. n. 599/73 (art. 118 lettera a) del T.U. del 1986); nel secondo caso, ai sensi del terzo comma dell'art. 4 cit. (art. 118 lettera c) del T.U.).

L'art. 42 del D.P.R. n. 600 dispone che l'accertamento è nullo se non reca le indicazioni previste nello stesso articolo, fra cui quelle inerenti agli imponibili, alle aliquote ed alle imposte liquidate. Pertanto, la diversità delle imposte e degli imponibili, *supra* illustrate, nei due casi, comporta l'inosservanza delle suddette indicazioni e la nullità dell'avviso, da dichiararsi dalla Commissione Centrale, con preclusione della possibilità di scendere all'esame di possibili diverse configurazioni del rapporto d'imposta, non contenute nell'avviso di accertamento, neppure in via subordinata. Invero, un accertamento nei confronti di una società di fatto, che deve l'ILOR, mentre ai soci doveva essere imputata (in quanto persone fisiche) l'IRPEF su quell'imponibile, non può essere confermato dal giudice come accertamento nei confronti di un'organizza-

zione non societaria, che deve l'ILOR e l'IRPEG. Non è sufficiente, per ritenere consentito tale mutamento di soggetti e di sistema di imposizione, la considerazione che vi è un elemento comune alle due ipotesi (l'ILOR, dovuta in entrambi i casi dal soggetto passivo) perché, a parte l'unitarietà dell'atto di accertamento previsto dall'art. 40 del D.P.R. n. 600 del 1973, gli accertamenti in rettifica sono portati a conoscenza *dei contribuenti* (art. 42, primo comma), la cui indicazione deve essere ritenuta compresa nell'ambito della sanzione di nullità di cui al terzo comma, il quale si riferisce alla mancanza di indicazioni « di cui al presente articolo » e non si limita a quelle di cui al secondo comma. È evidente che, in un avviso in cui è indicato come contribuente una società di fatto (che la Commissione Centrale ha ritenuto inesistente) manca l'indicazione dell'ente ritenuto esistente e cioè l'indicazione di una « organizzazione » di cui al D.P.R. n. 598, art. 2 lett. b) (art. 87 comma 2 del T.U.); indicazione che è prescritta a pena di nullità, e la cui mancanza non consente alla Commissione di scendere all'esame del rapporto d'imposta. (*omissis*)

I

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 19 luglio 1991, n. 8033 - Pres. Maltese - Est. Senofonte - P.M. Donnarumma (conf.) - Ministero delle Finanze avv. Stato Palatiello) c. Kaerner Bekleidungswerke (avv. Colombo).

Tributi in genere - Accertamento - Motivazione - Imposta di registro - Cessione di azienda - Sufficienza.

È sufficientemente motivato l'accertamento del valore di una azienda che faccia riferimento alla primaria importanza di essa, al rilevante numero dei dipendenti e al consistente volume di affari (1).

II

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 9 agosto 1991, n. 8692 - Pres. Granata - Est. Senofonte - P.M. Martinelli (diff.) - Ministero delle Finanze (avv. Stato Palatiello) c. Buonocore.

Tributi in genere - Accertamento - Motivazione - Imposta di registro - Requisiti.

Il riferimento, cumulativo o alternativo, ai criteri legali di valutazione previsti in astratto dalla legge o a diversi criteri in concreto seguiti a causa della inutilizzabilità dei primi, non si concreta in una motivazione apparente o di stile, inidonea a sorreggere l'accertamento (2).

(1-4) Un gruppo di sentenze, che sulla base di principi ormai acquisiti (v. da ultimo Cass. 30 maggio 1990 n. 5115 e 5116, in questa *Rassegna*, 1990,

III

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 9 agosto 1991, n. 8696 - Pres. Granata - Est. Senofonte - Ministero delle Finanze (avv. Stato Palatiello) c. Soc. Besenzoni Ferraresi.

Tributi in genere - Accertamento - Motivazione - Imposta di registro - Criteri stabiliti nella legge - Tassatività - Esclusione.

L'accertamento può essere motivato con riferimento a criteri diversi da quelli indicati nella legge purché idonei a realizzare lo scopo di consentire al destinatario l'esercizio del diritto di difesa (3).

IV

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 23 dicembre 1991, n. 13858 - Pres. Bologna - Est. Corda - P.M. Dettori (conf.) - Ministero delle Finanze (avv. Stato Palatiello) c. Busseni.

Tributi in genere - Accertamento - Motivazione - Imposta di registro - Sufficienza.

E adeguatamente motivato l'accertamento che, oltre alla descrizione dei singoli beni, indichi come criterio di determinazione del valore la vicinanza degli immobili al centro storico essendo tale riferimento un affidabile metro di valutazione secondo un dato di esperienza acquisita (4).

I

(*omissis*) La censura — che concreta, nella sostanza, una denuncia di difetto motivazionale e consente, dunque, a questa Corte l'esame degli atti, come in ogni altro caso di prospettato *error in procedendo* — deve essere accolta, perché l'avviso di accertamento del quale si discute contiene effettivamente la indicazione pretesamente omessa, facendo esso riferimento, nella valutazione delle singole componenti aziendali (analiticamente esposte: merci, attrezzature, crediti e avviamento), alla « primaria importanza dell'azienda, al rilevante numero dei dipendenti e al consistente volume di affari »: elementi, questi, che la C.T.C. ha disinvoltamente ignorato e che in sede di rinvio dovrà prendere, invece, in

I 374) riconducono lo spettro della nullità dell'accertamento non motivato ad ipotesi ristrettissime. Ciò dovrebbe indurre le commissioni di merito ad abbandonare la tentazione di risolvere la controversia con una comoda censura di legittimità per affrontare il più laborioso giudizio di valutazione estimativa ad esse demandato.

esame, valutandone la congruità e l'attitudine a nutrire l'avviso considerato di una motivazione adeguata al conseguimento del duplice scopo di delimitare, da un lato, l'ambito delle ragioni adducibili dall'ufficio nella fase contenziosa e (quel che maggiormente rileva nel caso specifico) di consentire, dall'altro, al contribuente l'esercizio giudiziale del diritto di difesa nei confronti della maggiore pretesa fiscale (v. tra le sentenze più recenti, Cass., Sez. Un., 26 ottobre 1988, n. 5787). *(omissis)*

II

(omissis) La residua censura (sub «c») deve essere, invece, accolta sulla base degli ulteriori principi — anch'essi somministrati dalla citata sentenza n. 5787 delle Sezioni Unite — che qui si riportano:

a) «nel procedimento di accertamento dell'obbligazione d'imposta — di registro e INVIM — bisogna distinguere le operazioni (attività ricognitive e momenti logico-valutativi) attraverso le quali si determina il valore dell'immobile, dall'atto di imposizione che l'ufficio, nel caso di rettifica del valore, deve, in forma d'avviso, portare a conoscenza del contribuente per mezzo della notificazione»;

b) l'art. 48, comma secondo, del d.P.R. 634/1972, nel testo originario, prevede due criteri di valutazione: comparativo (avendo riguardo ai trasferimenti, avvenuti negli ultimi tre anni, di immobili con analoghe caratteristiche o dello stesso immobile sul cui valore si controverte) e di capitalizzazione del reddito al tasso medio alla stessa data per investimenti immobiliari nella località in cui si trova l'immobile trasferito;

c) a questi criteri l'ufficio finanziario deve, in via di massima, attenersi nell'esercizio dei propri poteri di controllo del valore dichiarato dal contribuente o del corrispettivo pattuito, pur potendone adottare altri, ove quelli espressamente menzionati dalla legge risultino, anche implicitamente, avuto riguardo alle concrete circostanze dei casi singoli, non utilizzabili o insufficienti;

d) il contenuto minimo dell'atto di imposizione da notificare al contribuente è, invece, disegnato dal comma secondo del successivo art. 49, il quale prescrive che l'avviso deve indicare il valore attribuito a ciascuno dei beni e gli elementi (o criteri) in base ai quali è stato determinato, sì che «solo del metodo scelto, non anche delle operazioni svolte in esecuzione di esso, l'ufficio deve informare il soggetto passivo del rapporto».

Vuol dire, allora, che la motivazione dell'avviso di rettifica deve, di norma, ritenersi congrua se nutrita del riferimento, cumulativo o alternativo, ai criteri legali di valutazione previsti in astratto dalla legge o a quei diversi criteri in concreto seguiti a causa della inutilizzabilità o insufficienza dei primi.

Non è, dunque, esatto, al contrario di quanto ritenuto dalla corte salernitana, che il riferimento a questi ultimi si traduca, per sé, in una motivazione apparente o di stile allorché non sia accompagnata dalla indicazione di elementi concreti che specificchino ulteriormente i criteri prescelti (sul punto v., diffusamente, anche Cass. 5812/1987), una motivazione di questo tipo potendosi configurare solo nell'ipotesi in cui essa, tenuto conto delle peculiarità del rapporto controverso, non sia in grado di realizzare le finalità — nel sistema assegnate alla motivazione nella particolare materia — di consentire al contribuente l'esercizio del diritto di difesa e di delimitare l'ambito delle ragioni destinate a sorreggere, anche nell'eventuale fase contenziosa la maggiore pretesa fiscale.

Né è esatto che l'adozione di criteri difformi da quelli legali astrattamente previsti comporti, ineluttabilmente, la nullità dell'accertamento, dovendosi la nullità escludere laddove — conviene ripeterlo — questi ultimi risultino nel caso concreto, anche per implicito, insufficienti o inutilizzabili e debbano essere, quindi, necessariamente integrati o addirittura sostituiti da criteri diversi, parimenti idonei — secondo apprezzamenti riservati al giudice di merito ma, naturalmente, soggetti al sindacato di legittimità sotto il profilo della congruità della motivazione — ad assolvere la duplice finalità appena evidenziata, con particolare riguardo all'esplicazione del diritto di difesa del contribuente.

Ma di tutta questa complessa problematica non v'è traccia nella sentenza impugnata, paga di semplificazioni effettivamente errate (segnatamente: asserita impreteribilità, in ogni caso, dei criteri legali di valutazione; necessità, pretesamente ineludibile anch'essa, di ulteriori specificazioni attraverso l'indicazione di elementi concreti) e che deve essere, pertanto, annullata con rinvio alla Corte d'appello di Napoli, che si uniformerà ai principi di diritto sopra enunciati. (*omissis*)

III

(*omissis*) La residua censura (sub «c») deve essere, invece, accolta sulla base dell'ulteriore principio — anch'esso somministrato dalla citata sentenza n. 5787/1988 — secondo il quale, pur essendo l'ufficio finanziario tenuto, di norma a seguire, nell'esercizio dei poteri di controllo del valore dichiarato dal contribuente, i criteri espressamente enunciati in astratto dalla legge può, tuttavia — quando risulti, anche implicitamente, che essi, avuto riguardo al tempo, al luogo, all'oggetto e ad ogni peculiarità del rapporto tributario da accertare siano inutilizzabili o insufficienti —, adottare criteri diversi (e, quindi, diversamente motivare il proprio accertamento), purché parimenti idonei (secondo apprezzamenti di merito, soggetti naturalmente al controllo di legittimità sotto il profilo logico) e realizzare la duplice finalità — assegnata alla motivazione dell'atto impositivo — di delimitare l'ambito delle ragioni adducibili dall'ufficio

nell'eventuale fase contenziosa e, soprattutto, di consentire al contribuente l'esercizio del diritto di difesa di fronte alla maggiore pretesa fiscale.

Con questo principio non si concilia — e devesi, dunque, ritenere effettivamente errata — la drastica affermazione della Corte torinese secondo la quale l'avviso di cui si discute è nullo sol perché non enuncia alcuno dei criteri (pretesamente) « tassativi » indicati dalla legge, ancorché la stessa Corte ne riconosca l'attitudine a consentire un'adeguata esplicazione del diritto di difesa da parte del destinatario, in quanto estesamente motivato, contenendo non solo una diffusa descrizione dei singoli tipi di cespiti (terreni, fabbricati, aree accessorie, ecc...), ma anche l'indicazione delle rispettive caratteristiche e la specificazione dei prezzi unitari assunti a base della valutazione delle singole porzioni (il che avrebbe dovuto indurre il giudice *a quo*, per lo meno, a riflettere sulla eventuale inutilizzabilità o insufficienza, nel caso concreto, dei criteri legali di valutazione espressamente menzionati dalla legge). (*omissis*)

IV

(*omissis*) Il ricorso è fondato.

La norma applicabile *ratione temporum* al caso concreto (l'art. 49 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 634) prescriveva che l'avviso di accertamento dovesse contenere, oltre l'indicazione di ciascuno dei beni oggetto di valutazione, l'indicazione degli elementi in base ai quali il valore veniva determinato.

In concreto, risulta che l'Ufficio ha pienamente adempiuto a quanto la legge prescriveva, perché, oltre ad avere proceduto alla minuziosa indicazione dei singoli beni, sulla scorta di una analitica relazione dell'Ufficio tecnico erariale (addirittura trascritta in maniera integrale), ha indicato, appunto quale criterio di determinazione del valore, la vicinanza dei beni medesimi al centro abitato (un chilometro); e questo è, sicuramente, un affidabile metro di valutazione, poiché ha riguardo all'appetibilità dei beni nel mercato immobiliare, secondo un dato di esperienza ormai acquisito nell'ambito della prassi giudiziaria. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 9 agosto 1991, n. 8678 - Pres. Falcone - Est. Borruso - Soc. Emmedue (avv. Costa) c. Ministero delle Finanze (avv. Stato Stigliano).

Tributi erariali indiretti - Imposta di registro - Trasferimento di azienda - Esclusione di taluni elementi - Possibilità.

(d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 634, art. 48; c.c. art. 2555).

Il trasferimento dell'azienda va assoggettato unitariamente al tributo di registro, secondo la previsione dell'art. 48 del d.P.R. 26 otto-

bre 1972 n. 634, anche se dal trasferimento restano esclusi alcuni elementi essenziali e anche se il complesso aziendale al momento del trasferimento è improduttivo, sempreché sussista la continuità funzionale della azienda e che essa mantenga una potenzialità produttiva (1).

(*omissis*) Il Tribunale di Treviso, con sentenza del 27 aprile 1980 omologava il concordato preventivo con cessione di beni proposto dalla società Mobilificio San Giorgio, autorizzando il liquidatore alla vendita del relativo complesso, costituito da terreni, fabbricati e macchinari e con esclusione di altri beni aziendali, magazzino e crediti.

Con atto registrato il 29 dicembre 1980 la società a r.l. « EMMEDUE » acquistava il complesso verso il corrispettivo di L. 1.099.705.000. Nell'atto di vendita veniva precisato che era applicabile l'aliquota prevista dall'art. 22 della legge di registro per le cessioni di azienda commisurata alla differenza tra attività e passività con un saldo attivo tassabile di L. 544.335.000.

In sede di registrazione l'Ufficio del registro tassava il trasferimento come cessione di beni e non come cessione di azienda disattendendo la richiesta contenuta nell'atto.

La società acquirente pagava l'imposta pretesa dall'Ufficio, ma immediatamente chiedeva il rimborso della maggior somma pagata.

La Commissione Tributaria di I grado accoglieva il ricorso e la relativa decisione veniva confermata dalla Commissione di II grado.

Su ricorso dell'Ufficio la Commissione Centrale annullava la decisione impugnata, così respingendo la domanda di rimborso, sul rilievo che non si versava in tema di cessione di azienda dal momento che per potersi parlare di detta cessione è necessario il trasferimento di tutti i beni dell'azienda senza esclusione alcuna, mentre nella fattispecie dalla vendita erano rimasti esclusi cespiti rilevanti quali il magazzino e i crediti e altri beni aziendali anche se non specificati.

(1) La pronuncia, riallacciandosi a precedenti non del tutto pertinenti, non ha dato esauriente risposta al quesito dibattuto. Alcune delle sentenze richiamate (17 marzo 1986, n. 1956 e 8 novembre 1986, n. 6608) sono riferite alla continuità dei rapporti di lavoro ex art. 2112; altre in via generale riconoscono che la produttività dell'azienda trasferita può essere soltanto potenziale (20 febbraio 1979, n. 1089; 16 giugno 1981, n. 4009); altre ancora riconoscono compatibile l'esclusione dal trasferimento di elementi che non compromettono l'unità economica (28 marzo 1980, n. 2058) ed anche l'esclusione congiunta di crediti e debiti (15 febbraio 1979, n. 1001); infine la più recente sentenza 23 gennaio 1990, n. 353, al fine di stabilire se la cessione fosse soggetta ad IVA come complesso produttivo o all'imposta di registro riferita a singoli beni, ritiene che l'azienda possa considerarsi unitariamente ceduta anche quando da essa sia escluso qualche elemento marginale, come le merci prodotte che rappresentano il flusso dinamico dell'azienda e non influiscono sulla sua pro-

Avverso la suddetta decisione della Centrale la soc. « EMMEDUE » propone ricorso per cassazione in base a tre motivi.

Resiste con controricorso l'Amministrazione delle Finanze per chiedere il rigetto del ricorso avversario.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Col primo motivo la società ricorrente denuncia violazione dell'art. 48 del d.P.R. n. 634 del 1972 in relazione all'art. 2555 cod. civ. e censura la decisione impugnata per aver considerato ostativo alla qualificazione della fattispecie come cessione di azienda il fatto che nel negozio traslativo fossero esclusi alcuni determinati beni aziendali non indispensabili ai fini della sua organizzazione produttiva.

Con il secondo motivo si denuncia la violazione dell'art. 2555 cod. civ. in relazione all'art. 2559 c.c. nonché difetto di motivazione sul rilievo che la decisione impugnata avrebbe ignorato il principio della non necessaria attualità della produttività dell'azienda ai fini della sua cessione, senza verificare in concreto se, nonostante la mancanza di uno o più tra gli elementi costitutivi dell'azienda permanesse, nel complesso dei beni oggetto del trasferimento, quella organizzazione potenziale idonea all'esercizio dell'impresa ad opera del cessionario.

Entrambi i motivi, — che possono essere esaminati congiuntamente in quanto entrambi diretti a stigmatizzare le condizioni al verificarsi delle quali si può considerare giuridicamente avvenuto un trasferimento di azienda —, sono, per quanto di ragione, fondati.

Infatti, se è pur vero che la cessione dell'azienda ha carattere unitario sicché, qualora nell'atto di trasferimento non venga specificamente pattuita l'esclusione da esso di determinati beni aziendali, devono intendersi trasferiti al cessionario tutti gli elementi costituenti di fatto l'*universitas* (vedi Cass. sent. n. 4094 del 1978 e 2031 del 1973), è però anche vero (e il non aver saputo distinguere le due diverse ipotesi sembra proprio costituire l'errore di diritto in cui è incorsa la Commissione

duttività, precisando che non è essenziale il trasferimento dell'avviamento che può non esistere. Ma nel caso in esame si presentava una questione diversa: posto che l'art. 48 terzo comma del d.P.R. n. 634/1972 stabilisce che per la determinazione della base imponibile il valore venale delle aziende è costituito dal valore complessivo dei beni che la compongono, compreso l'avviamento, al netto delle passività risultanti dai libri contabili e da atti di data certa, occorre stabilire se l'esclusione dal trasferimento di elementi che alterano l'equilibrio delle componenti (nel caso l'esclusione del magazzino e soprattutto dei crediti) sia incompatibile con la valutazione al netto, se cioè la cessione dei beni e delle sole passività imponga una determinazione della base imponibile con criteri diversi, e specificamente con quello del valore dei singoli beni di cui al secondo comma dell'art. 48.

Centrale nell'interpretare la giurisprudenza al riguardo) che, perché si abbia cessione di azienda anche agli effetti dell'imposta di registro, non è affatto indispensabile che i contraenti si astengano dall'escludere dalla cessione determinati beni aziendali purché risulti che, nonostante detta esclusione:

a) le parti abbiano inteso trasferire non una semplice somma di beni individualmente distinti suscettibili di continuare ciascuno ad essere destinato all'esercizio di un'impresa, ma un insieme di elementi costituenti un complesso organico unitariamente considerato e idoneo a consentire la continuazione dell'esercizio di quella determinata azienda anche se ridotto o in parte ristrutturato rispetto a quello precedente alla cessione.

Da ciò consegue che:

a) possono rimanere esclusi dalla cessione d'azienda per specifica volontà dei contraenti anche elementi essenziali dell'azienda stessa (come, ad esempio, con riferimento alla fattispecie, il magazzino e i crediti) rispetto alla precedente organizzazione di essa, purché essi siano surrogabili con altri, sia pure in un momento successivo, o non più indispensabili rispetto ad una diversa organizzazione, salva sempre — ovviamente — la continuità funzionale dell'azienda stessa nel suo nucleo fondamentale; purché, cioè, permanga nel complesso dei beni oggetto del trasferimento un residuo di organizzazione che ne dimostri l'attitudine all'esercizio dell'impresa;

b) non è incompatibile con la qualificazione giuridica di « cessione di azienda » il fatto che il complesso aziendale, al momento della cessione, non si trovi in stato attuale di produttività, essendo sufficiente che il complesso aziendale, anche se momentaneamente inutilizzato, mantenga, tuttavia, una residua potenzialità produttiva (o ne presenti una nuova a seguito delle prevedibili ristrutturazioni), potenzialità che sia contemplata dai contraenti come oggetto del trasferimento stesso allo scopo di consentire all'acquirente, sia pure con nuove attrezzature o con nuove scorte, di riprendere la precedente attività utilizzandone l'avviamento e il nome. (In tal senso vedi Cass. sent. n. 353 del 1990, 1829 del '86, 6608 dell'83, 4142 e 4009 dell'81, 2058 dell'80, 1089 e 1001 del '79, 3003 del '77, 3514 e 1781 del '75, 2608 del '73).

L'impugnata sentenza, essendo fondata su una *ratio decidendi* palesemente in contrasto con i suesposti principi, deve, pertanto, essere cassata e la causa rimessa nuovamente alla Commissione Centrale (ovviamente in diversa composizione) affinché stabilisca se, alla luce dei predetti principi, nella specie sia stata posta in essere una cessione d'azienda ovvero soltanto un trasferimento di beni individualmente considerati. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 7 settembre 1991, n. 9429 - Pres. Vela:
Est. Cicala - P. M. Lanni (conf.) - Soc. Industria Meccanica di Facco
(avv. Rossi) c. Ministero delle Finanze (avv. Stato Stigliano).

Tributi in genere - Contenzioso tributario - Accertamento - Nozione - Atto di diniego di esenzione - Impugnazione - Difetto - Definitività.

(d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636, art. 16).

Agli effetti dell'art. 16 del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 636, sia nel testo originario che nel testo novellato con il d.P.R. 3 novembre 1981 n. 739, per accertamento deve intendersi ogni atto efficace nei confronti del soggetto passivo conclusivo di un procedimento o di un subprocedimento di accertamento, comunque denominato che accerta o dichiara la sussistenza, in tutto o in parte, dell'obbligazione tributaria o di un suo elemento. Di conseguenza l'atto dell'ufficio che nega la spettanza di una agevolazione tributaria, anche con effetto pluriennale, se non impugnato preclude successive richieste di agevolazione (1).

(omissis) Appare preliminare l'esame del secondo motivo di impugnazione con cui il contribuente contesta la avvenuta dichiarazione di inammissibilità del ricorso. Sostiene il ricorrente che, siccome il D.M. 18 novembre 1966 consente di richiedere l'esenzione anche in sede di opposizione all'avviso di accertamento o alla iscrizione a ruolo, la richiesta avanzata in tale sede deve esser ritenuta tempestiva.

L'argomento non appare però pertinente al caso in esame perché la Commissione Tributaria Centrale non ha ritenuto affatto che la domanda di esenzione fosse tardiva, ha invece affermato che la questione era preclusa perché il contribuente non aveva tempestivamente impugnato un precedente atto (notificato il giorno 8 aprile 1975) con cui l'amministrazione aveva negato, per taluni anni, la spettanza dell'esenzione.

Di conseguenza, la controversia ha per oggetto l'applicazione dell'art. 16 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636, che impone di impugnare entro sessanta giorni dalla notifica gli « avvisi di accertamento » e per-

(1) Sia la Corte Costituzionale (sent. 3 dicembre 1985 n. 313) che la Corte di Cassazione (sent. 3 febbraio 1986 n. 661, *Foro it.*, 1986, I, 1898) hanno interpretato l'art. 16 del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 636 intendendo l'accertamento in senso ampio, il che sostanzialmente equivale a negare la tassatività dell'elencazione. E di conseguenza un accertamento il provvedimento che disconosce, in tutto o in parte, la spettanza di agevolazioni e in particolare il provvedimento ad effetto pluriennale (esenzione venticinquennale per le case di abitazione, esenzione decennale per il Mezzogiorno e simili). Naturalmente contro questo atto l'impugnazione è ammissibile ma anche necessaria per evitare la decadenza (Cass. 8 luglio 1985, n. 4071 in questa *Rassegna*, 1985, I, 864; 13 novembre 1986, n. 6647, *ivi* 1987, I, 170; 14 novembre 1990, n. 11006).

ciò stabilisce che, ove questa tempestiva impugnazione non vi sia, il rapporto tributario è definito nei termini enunciati dalla Amministrazione. Né appare possibile sostenere che il D.M. 18 novembre 1966 costituisce una deroga al principio di cui al citato art. 16 del d.P.R. 636, non foss'altro perché trattasi di normativa regolamentare che non può incidere su disposizioni poste dalla legge.

Così correttamente impostato il problema, occorre considerare se l'atto di diniego della esenzione costituisca un « accertamento » suscettibile di autonoma impugnazione. Ed in questo senso è l'unanime orientamento di questa Corte, in particolare ove si discorra, come nel caso di specie, di controversia aperta prima della entrata in vigore del d.P.R. 3 novembre 1981, n. 739, quando l'art. 16 1° comma del d.P.R. 636/1972 non conteneva la espressa affermazione secondo cui « gli atti diversi da quelli indicati non sono impugnabili automaticamente »; e perciò si riteneva comunemente che la elencazione degli atti impugnabili fosse semplicemente esemplificativa (cfr. la pronuncia n. 1322 del 1985).

Si deve, per altro, sottolineare che questa Corte ha ritenuto che atti quale quello in esame come pacificamente descritto dalle parti e definito, nei suoi elementi di fatto, dalla Commissione Tributaria Centrale rientrano nella categoria giuridica degli « avvisi di accertamento », suscettibili di impugnazione per espressa disposizione di legge, sia in base al testo originario, sia in base al testo oggi in vigore dell'art. 16 del d.P.R. 636/1972 (si veda da ultimo in proposito la sentenza della I sezione civile 14 novembre 1990, n. 11006). Giova, in proposito, ricordare che le Sezioni Unite di questa Corte hanno esplicitamente accolto « l'interpretazione estensiva della nozione di atto di accertamento » (Cass. un. 3 febbraio 1986, estensiva della nozione di atto di accertamento » (Cass. sez. un. 3 febbraio 1986, n. 661); mentre la sezione I di questa Corte ha ritenuto che ad un ministrazione finanziaria gli comunica il diniego di una esenzione fiscale sia preclusa ogni successiva contestazione (Cass. 13 novembre 1986, n. 6647).

A sua volta, la Corte Costituzionale ha affermato che per accertamento tributario (suscettibile di impugnazione) deve « intendersi un atto efficace nei confronti del soggetto passivo di imposta, conclusivo di un procedimento o di un subprocedimento di accertamento comunque denominato; di un procedimento cioè che accerta e dichiara la sussistenza, in tutto o in parte dell'obbligazione tributaria o di un suo elemento »; ed ha soggiunto che la impugnabilità deve essere riconosciuta « qualunque sia la forma e la denominazione dell'atto » (Corte Costituzionale 6 dicembre 1985, n. 313).

E da queste premesse di diritto emerge con evidenza come la Commissione Tributaria Centrale bene abbia qualificato come avviso di ac-

certamento l'atto con cui si accerta la non spettanza di una agevolazione e prodromico alla formazione del titolo di riscossione. Né in questa sede è possibile aggirare la preclusione che si è formata in caso di difetto di impugnazione sottolineando veri o presunti vizi dell'atto (quale la mancanza di una adeguata motivazione) o asserendo che la esenzione sarebbe derivata automaticamente dalla legge, in quanto sempre le esenzioni tributarie derivano dalla legge e non da una graziosa concessione dell'organo amministrativo, ma ciò non esclude che i relativi atti di accertamento debbano esser tempestivamente impugnati. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 7 settembre 1991 n. 9443 - Pres. Vela - Est. Bibolini - P.M. Jannelli (conf) - Ministero delle Finanze (avv. Stato Favara) c. Soc. Baltera.

Tributi in genere - Contenzioso tributario - Prova - Insufficiente documentazione - Dovere della commissione di acquisirla.

(d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636, artt. 35 e 36).

Secondo le modalità che caratterizzano la natura eminentemente inquisitoria del processo tributario, la Commissione non può troncarsi alla base l'analisi dei fatti affermando che la mancata produzione del verbale della polizia giudiziaria rende sfornita di prova la pretesa dell'Ufficio, ma deve, in relazione alle contestazioni dei fatti mosse dalle parti, autonomamente acquisire i documenti utili per la decisione (1).

(*omissis*) Con l'unico mezzo di cassazione l'Amministrazione ricorrente deduce la violazione e la falsa applicazione dell'art. 35/1-6 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636 (come corretto con D.P.R. 3 novembre 1981, n. 739), degli artt. 24 e 34 della legge 7 gennaio 1929, n. 4 e degli artt. 155 e 158

(1) Pronuncia di molto interesse. Sul tema assai problematico del temperamento tra processo inquisitorio e onere della prova, si precisa che specialmente quando non vi sia chiarezza sul riconoscimento dei fatti o la loro contestazione, il giudice tributario non può risolvere il conflitto con la affermazione che l'ufficio non ha dato la prova, ma deve prendere l'iniziativa per acquisire i documenti utili anziché rimproverarne alla parte la mancata produzione. Trattasi di un indirizzo certamente corretto che rende il processo tributario più efficiente sul piano sostanziale, anche se più laborioso. Troppo spesso, al contrario, si leggono decisioni che riportando la sufficienza della prova addirittura sul terreno della legittimità dell'accertamento, fanno del processo tributario un giudizio di legittimità.

c.p.p. (richiamato dall'art. 70 del D.P.R. 29 settembre 1973 n. 600) ed inoltre dell'art. 112 c.p.c. (omessa pronuncia), nonché omesso esame di punti decisivi, in relazione all'art. 360 n. 3, 4 e 5 c.p.c.

Con la doglianza l'Amministrazione Finanziaria censura la sentenza della C.T.C. in quanto, limitando la decisione ad un richiamo globale di quella di II grado, di cui veniva riferito ed acquisito l'argomento fondamentale inerente alla mancata produzione del verbale del N.P.T. della G. di F., aveva errato in diritto perché non erano stati oggetto di controversia i dati di fatto rilevati dalla G. di F., ed inoltre perché, se ritenuto rilevante in causa, detto verbale avrebbe dovuto essere oggetto di ordine di esibizione da parte della stessa commissione ex art. 36 D.P.R. n. 636/72; avva errato sul piano motivazionale perché, con tale condotta processuale, la decisione ne risultava viziata per omessa pronuncia sui punti decisivi che erano stati oggetto della doglianza dell'Amministrazione Finanziaria davanti alla Commissione di II grado, prima, davanti alla C.T.C., poi.

I controricorrenti sostengono l'inammissibilità del ricorso, per omesso rispetto della disciplina dell'art. 366 n. 4 c.p.c. in quanto l'Amministrazione Finanziaria, pur richiamando una serie di articoli di legge assertivamente violati dalla pronuncia della C.T.C., non avrebbe enunciato i motivi di gravame ed inoltre perché l'articolazione del ricorso in massima parte concernerebbe la pronuncia della Commissione di II grado, e non quella specificamente oggetto del ricorso per cassazione.

Entrambi i rilievi pregiudiziali non sono meritevoli di accoglimento, sia perché l'esposizione del ricorso consente adeguatamente la comprensione delle doglianze avanzate, sia perché, sotto il secondo profilo, nella stessa decisione della C.T.C. la richiamata motivazione della Commissione Tributaria di secondo grado costituiva il contenuto, l'unico contenuto, di quella della C.T.C.

Ed invero, l'unico elemento autonomo di valutazione che appare nella decisione oggetto del presente ricorso, si concretizza nella seguente espressione: « Considerato che nella pronuncia di secondo grado non sussiste il vizio di difetto di motivazione denunciato dall'Ufficio nel suo ricorso, in quanto i giudici di merito hanno dato sufficiente, se pure concisa, giustificazione del rigetto del gravame ». Si trattava, quindi, di una motivazione espressa interamente per relazione al tenore della decisione di II grado, quanto meno nella parte che viene richiamata esplicitamente e sintetizzata come segue: « ritenuto che su appello dell'Ufficio, la Commissione Tributaria di secondo grado ha disatteso il detto gravame rilevando che l'Ufficio aveva fatto richiamo, per sostenere le sue doglianze, al processo verbale di verifica della Guardia di Finanza, che peraltro non era stato prodotto in giudizio, onde i motivi del gravame non appa-

rivano sorretti da alcun supporto probatorio ed erano inidonei a contrastare le determinazioni cui erano pervenuti i giudici di prima istanza ».

Dalla correlazione tra le due espressioni, si deduce, in sostanza, che la C.T.C. non ritenne valide le censure mosse dall'Ufficio in entrambi i gradi di giudizio, perché sfornite di prova, prova che avrebbe dovuto derivare dal Verbale di verifica della G.d.F. richiamato, ma non prodotto.

La tecnica espositiva adottata nella decisione della C.T.C. giustifica, da una parte, il motivo per cui, le censure sulla decisione della C.T.C. dovevano necessariamente coinvolgere i motivi della decisione di II grado, considerati non in quanto tali, ma quale unico contenuto della decisione della C.T.C.; rende ragione, d'altra parte, della fondatezza, per quanto di ragione, della censura formulata dall'Amministrazione Finanziaria con il ricorso per Cassazione.

Asserire, infatti (in ciò è il senso sostanziale percepibile della decisione della C.T.C.) che la mancata produzione del verbale redatto in sede di verifica dalla G.d.F. rende sfornite di supporto probatorio le censure dell'Ufficio, significa negare (sia pure sotto il profilo della carenza probatoria) l'unico elemento dimostrativo che da detto verbale potrebbe derivare e, cioè, la veridicità delle letture di atti e documenti della Guardia di Finanza eseguiti sia presso la contribuente, sia presso società committenti, con cui la S.p.A. Fratelli Baltera aveva avuto rapporti negoziali.

Se non che, il fatto che dette letture fossero avvenute, non era stato oggetto di contestazione tra le parti, contestazione che invece coinvolgeva la natura ed il significato degli atti (schede e brogliacci letti) esaminati dalla G.d.F., e la loro incidenza nella logica ricostruttiva dell'accertamento (limitatamente alle uniche due voci rimaste in contestazione), in relazione alla documentazione prodotta dal contribuente. Il troncamento dell'analisi alla base, su situazioni che, nel loro aspetto formale non erano oggetto specifico di contestazione e che comunque, se rilevanti in causa, le Commissioni di merito avevano il potere di autonomamente acquisire, secondo le modalità che caratterizzano la natura eminentemente inquisitoria del procedimento tributario, ha finito per alterare la linea logica della decisione oggetto di ricorso e per escludere dall'esame il tenore sostanziale del contrasto tra le parti derivante dall'analisi e dal significato di due serie documentali, nonché dalla loro incidenza sulla regolare ricostruzione del conto economico della società.

Sotto l'indicato profilo le doglianze dell'Amministrazione Finanziaria appaiono fondate ed impongono un'adeguata rilettura, da parte del giudice del rinvio, delle situazioni controverse. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 14 settembre 1991, n. 9606 - Pres. Favara - Est. Bibolini - P. M. Martone (conf.). - Ministero delle Finanze (avv. Stato Stigliano) c. Pozzo.

Tributi erariali diretti - Soggetti passivi - Sostituto di imposta - Curatore del fallimento - Esclusione.

(d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, artt. 23 e 25).

Il curatore del fallimento non riveste la figura del sostituto di imposta né per l'attività che compie nella gestione né per i pagamenti che esegue per crediti insinuati (1).

(omissis) Nel merito, l'Amministrazione ricorrente ripropone, senza prospettare sostanziali nuove argomentazioni, una questione cui questa Corte ha già dato soluzione, con precedenti pronunce (v. Cass. Sent. 28 ottobre 1980, n. 5777; nonché, sotto alcuni aspetti, Cass. sent. 8 settembre 1986, n. 5476), alle quali si ritiene di dovere dare continuità.

In particolare, con l'unico mezzo di cassazione la ricorrente deduce la violazione e la falsa applicazione degli artt. 23 e 25 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, ed argomenta su tre posizioni logiche essenziali, e cioè:

a) il curatore, in quanto amministratore del patrimonio fallimentare, a norma dell'art. 31 L.F. subentra all'imprenditore, dichiarato fallito, in tutte le operazioni di ordine documentale-contabile, nonché nelle spese e nelle operazioni di ordine commerciale; poiché i sostituti di imposta, come da elenco dell'art. 23 d.P.R. n. 600/73, sono caratterizzati da un obbligo contabile-documentale cui sono assoggettati, nonché dall'esercizio, il più delle volte, di attività commerciale, dette caratteristiche debbono individuarsi anche nella funzione del curatore;

b) l'ultimo comma dell'art. 10 d.P.R. n. 600/73 fa riferimento a tutte le situazioni indicate nei commi precedenti e, tra esse, oltre ai liquidatori sociali, al curatore fallimentare, qualificandolo espressamente come sostituto d'imposta;

c) se non si seguisse la linea indicata, il differente regime cui sarebbero sottoposti i pagamenti di compensi e retribuzioni ai lavoratori dipendenti ed autonomi, determinerebbe una situazione « assurda », con notevole pregiudizio per l'erario.

Le tre affermazioni di principio, su cui si fonda la soluzione del problema prospettato dall'Amministrazione ricorrente, non sono condivi-

(1) Si deve prendere atto dell'orientamento della S.C. pur non totalmente convincente.

sibili; non le argomentazioni dirette, perché traggono spunto da un'erronea interpretazione sia degli artt. 23 e 25 d.P.R. n. 600/73, sia delle funzioni del curatore; non l'argomentazione a *contrariis* di cui al sopraindicato punto c), volta che la diversità sistematica può ben trovare giustificazione nella funzione fondamentale del fallimento come procedura esecutiva concorsuale senza che, peraltro, sussista danno sostanziale per l'erario, vigendo pur sempre l'obbligo della soddisfazione dell'imposta (previa dichiarazione) da parte del titolare del rapporto di imposta stesso, volta che in casi particolari non sia individuabile un sostituto, tenuto ad effettuare le ritenute ed i relativi versamenti.

In particolare, l'argomentazione sub a) trae fonte, evidentemente, dall'opinione della non tassatività dell'elencazione dei sostituti d'imposta, quale emerge dall'art. 23 del d.P.R. n. 600/73 (elencazione rilevante, per richiamo espresso — art. 25 stesso d.P.R. — anche per le ritenute sulle imposte da reddito da lavoro autonomo, per quanto interessi la presente disamina); sul carattere non eccezionale di tale normativa, di cui si sostiene l'analoga interpretazione ed applicazione.

L'opinione non può essere condivisa, in quanto contrastante col principio della tassatività degli obblighi tributari e delle relative sanzioni, cui inerisce il carattere personale dell'obbligazione tributaria e la necessità della specifica indicazione dei soggetti cui fanno carico gli adempimenti fiscali, la cui omissione dia adito a sanzioni (v. art. 47 d.P.R. 600/73 relativo alle violazioni inerenti alle dichiarazioni dei sostituti d'imposta).

In definitiva, l'obbligo della ritenuta alla fonte e della correlativa corresponsione al fisco, come disciplinati in tutte le varie ipotesi del titolo III del d.P.R. n. 600/73, dà luogo al fenomeno della sostituzione, qualificabile come una particolare modalità di esazione di imposta cui determinati soggetti sono tenuti, non in virtù di un particolare rapporto con il soggetto di imposta (anche se sul presupposto di tale rapporto), ma in virtù di un particolare rapporto con lo Stato, per conto del quale il sostituto è tenuto ad operare a seguito di espressa designazione normativa. Indubbiamente, come sostiene la ricorrente, la figura del sostituto d'imposta non trova ragione nella natura del reddito, fonte dell'obbligazione tributaria, ma nella posizione particolare del sostituto nei confronti del soggetto primario del rapporto d'imposta, posizione caratterizzata dalla tenuta di una contabilità controllata, o facilmente controllabile, dalla quale potere dedurre con certezza se, e quali, erogazioni siano state fatte, se e quali ritenute dovessero effettuarsi. Il criterio indicato, peraltro, è solo il motivo alla base della designazione normativa di alcuni soggetti come sostituti al fine dell'ottimizzazione dell'esazione tributaria, disposizione essa stessa espressione del principio generale della tassatività degli obblighi tributari, senza che il criterio alla base della scelta normativa possa essere enucleato dall'interprete e posto a base di un'estensione analogica delle ipotesi di sostituzione nell'esazione.

In tale inquadramento della situazione, resta solo da constatare che il curatore fallimentare non è compreso tra i soggetti espressamente designati in una qualsiasi delle norme del titolo III del d.P.R. n. 600/73, relative alle varie fattispecie di ritenute alla fonte.

Né sotto differente profilo può sostenersi che al curatore competa la qualifica di sostituto d'imposta, in relazione alle somme ripartite ai creditori per rapporto di lavoro dipendente o autonomo, in virtù di una generale obbligazione di sostituzione al fallito negli adempimenti contabili, e ciò in conseguenza della funzione di amministratore del patrimonio del fallito che gli compete (art. 31 L.F.).

Questa impostazione di fondo, relativa alla funzione del curatore, non raramente impronta l'azione, nei confronti della curatela, della Pubblica Amministrazione, dimentica del fatto che anche il curatore è un pubblico ufficiale (art. 30 L.F.), le cui funzioni sono quelle, ed esclusivamente quelle, previste dalla legge, e tra le quali non esiste affatto la sostituzione al fallito negli adempimenti cui questi sarebbe stato tenuto, qualora l'impresa fosse continuata. Né detto obbligo generale di sostituzione può trarsi dalla funzione di amministrazione del patrimonio del fallito, volta che detta funzione è svolta, dal punto di vista soggettivo, non come rappresentante o curatore del fallito, ma come componente dell'Ufficio Fallimentare; è svolta, inoltre, da un punto di vista funzionale, per il perseguimento delle finalità, a rilevanza pubblica, cui la concorsualità sistematizzata sopperisce, finalità tra le quali non si individua affatto, come criterio generale, la sostituzione nelle inadempienze contabili o formali (ed anche nei confronti delle amministrazioni pubbliche), in cui il fallito sia incorso, prima del fallimento, ovvero alle quali il fallito non abbia potuto adempiere a causa dell'inizio della procedura concorsuale.

Non vi è, né può esservi, tra gestione di impresa fallita ed amministrazione fallimentare da parte del curatore, quella continuità altrimenti individuabile nelle società, tra attività di impresa e liquidazione del patrimonio, se non altro perché il liquidatore è organo (e quindi, rappresentante) dell'entità soggettiva (la società) unitariamente operante nelle due fasi di perseguimento dell'oggetto sociale e di liquidazione; al curatore, al contrario, che non è organo sociale (né legale rappresentante dell'imprenditore), come organo della procedura esecutiva concorsuale fa carico l'amministrazione e la liquidazione del patrimonio del fallito per le finalità istituzionali della procedura concorsuale, non necessariamente coincidenti con la continuità operativa, tipica della società in liquidazione.

Ciò sia detto in linea generale, senza considerare ulteriormente che i sostituti d'imposta sono tenuti alla ritenuta alla fonte (artt. 23 e 25 d.P.R. n. 600/73) in quanto « corrispondono compensi » e nel momento in cui li corrispondono. Gioca, quindi, come oggetto e momento originario dell'obbligazione sostitutiva, l'adempimento di un'obbligazione inerente

ad un rapporto di diritto sostanziale di cui il sostituto sia, o divenga, parte al momento della corresponsione e che lo obbliga alla tenuta di una precisa contabilità. Il curatore, con esclusione del caso di gestione dell'impresa in esercizio provvisorio (art. 90 L.F.), allorché pone in riparto un credito di lavoro, e vi da esecuzione, non corrisponde un compenso, ma opera, al di fuori di un rapporto di diritto sostanziale che lo coinvolga direttamente, per finalità soddisfattive in forma coattiva dei creditori concorrenti.

Alla mancanza della qualifica soggettiva del sostituto d'imposta corrisponde, pertanto, anche la carenza dell'elemento oggettivo atto a dare contenuto all'obbligo di sostituzione, secondo le disposizioni richiamate del d.P.R. n. 600/73.

Infine (argomento sub *b*) non può ritenersi che il quinto comma dell'art. 10 d.P.R. n. 600/73 sia direttamente attributivo al curatore della qualifica del sostituto d'imposta. La formulazione letterale della norma non è estensiva degli obblighi del sostituto a tutte le ipotesi di liquidazione cui si riferisce la rubrica dell'articolo in esame, ma si limita a richiamare, anche in caso di liquidazione, la prescrizione dell'art. 9 nei termini ivi previsti. Il quarto comma dell'art. 9 prevede i termini per la presentazione della dichiarazione dei sostituti d'imposta.

Conseguentemente, la chiave di lettura del quinto comma dell'art. 10 si spiega nel senso che, mentre le dichiarazioni iniziali e finali dei redditi nei vari casi di liquidazione (ed in essi il fallimento e la liquidazione coatta amministrativa) debbono effettuarsi in termini espressamente previsti dalla norma, i sostituti d'imposta debbono continuare a depositare la dichiarazione loro propria nei termini ordinari previsti dal ricordato articolo 9, quarto comma.

Non, quindi, previsione di ipotesi di sostituzione di imposta in tutte le situazioni liquidative previste dai primi quattro commi dell'art. 10, ma protrazione di un termine di prestazione dei sostituti, se ed in quanto la fattispecie del sostituto sia individuabile nei singoli casi di liquidazione.

Ciò costituisce la normalità per la liquidazione sociale formalizzata, nella quale sussiste un organo rappresentativo dell'ente ed operante durante la liquidazione; ciò è ravvisabile anche per il fallimento, nel caso di esercizio provvisorio; dalla situazione, peraltro, esula la funzione ordinaria del curatore, come già rilevato, in quanto non autonomamente qualificabile sostituto del fallito (sostituto del sostituto d'imposta).

In ordine al punto sub *c*), oltre a quanto rilevato in ordine alla mancanza di sostanziale danno per lo Stato (salvo che per quanto attiene al ritardo nella corresponsione), giova ricordare che il sistema emergente dalla soluzione data al problema, non ha caratteristiche anacronistiche ed « assurde », ove si consideri che anche in situazione di normalità debiti di imposta della stessa natura (lavoro dipendente o autonomo) possono, o no, essere sottoposti alle modalità di esazione con ritenuta alla fonte

a seconda che l'erogatore dei compensi sia, o no, qualificabile come sostituto d'imposta (p. es. a seconda che sia, o no, imprenditore).

Non essendo il curatore sostituto d'imposta, l'esazione dei relativi tributi, come in tutti i casi della mancanza del sostituto, segue le regole ordinarie di esazione.

Per effetto delle osservazioni svolte, ritiene la Corte di dovere rigettare il ricorso. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 24 settembre 1991, n. 9965 - Pres. Vela - Est. Cicala - P. M. Lo Cascio (diff.) - Ministero delle Finanze (avv. Stato Favara) c. Paparo.

Tributi in genere - Dichiarazione - Effetti - Imposta comunale sull'incremento di valore degli immobili - Rettifica del valore finale - Modifica del valore iniziale da parte del contribuente - Possibilità - Domanda espressa in giudizio - Necessità.

Poiché le dichiarazioni fiscali del contribuente hanno il valore di mere dichiarazioni di scienza o di opinione, il contribuente può dedurre un proprio errore in cui sia incorso indicando un valore iniziale la cui incongruità risulti palese, ma a tal fine è necessaria una espressa istanza in giudizio (1).

Con l'unico motivo di ricorso la Avvocatura chiede che questa Corte affermi il principio secondo cui le Commissioni tributarie — al pari degli Uffici — non possono modificare « in melius » per i contribuenti i valori da loro dichiarati.

(1) La svalutazione della dichiarazione fino a ridurla ad una mera opinione non può essere accettata. In proposito va ricordato che le Sezioni unite con la fondamentale sentenza 9 giugno 1989 n. 2786 (in *Giust. civ.*, 1989 n. 2321), hanno stabilito che la dichiarazione, fosse pure di scienza, non consente la « indiscriminata possibilità per il contribuente di operare la rettifica senza limiti oggettivi e temporali », perché ciò costituirebbe una *vis. eversiva* dell'intero sistema tributario; essa può essere ritrattata quanto ai fatti nei limiti dell'art. 2732 cod. civ. Non è quindi consentita una mera ritrattazione del dichiarato, meno che mai manifestata come una sorta di riconvenzionale contro l'accertamento. Del resto anche la sentenza in esame profilando la modifica della dichiarazione come una domanda da proporre in giudizio, la qualifica come una impugnazione per errore; ma questa è ammissibile quando venga dedotto un errore in senso proprio (sull'oggetto del dichiarato) non un (asserito) errore di apprezzamento del valore.

La sentenza citata nel testo 4 febbraio 1987 n. 997 (in questa *Rassegna*, 1987, I, 399) è da ritenere superata e riferita ad un caso di specie.

Sugli effetti della dichiarazione v. BAFILE, *Considerazioni sugli effetti della dichiarazione*, in questa *Rassegna*, 1983, I, 935; ID. *Riflessioni sulla dichiarazione e sul processo*, in *Rass. trib.*, 1988, I, 513.

La tesi della Avvocatura merita accoglimento nei limiti che vengono in prosieguo esposti.

Infatti, se è vero che l'imposta sull'incremento del valore degli immobili è, appunto, imposta che grava sull'incremento di valore (art. 1 d.P.R. 643/1972), è anche vero che al contribuente viene prescritto di dichiarare al fisco non l'ammontare di questo incremento ma un insieme di dati sulla cui base deve esser calcolata l'imposta. E di questi dati fanno parte sia il valore iniziale sia quello finale del bene.

Il potere di rettifica della amministrazione si esercita poi sui valori dichiarati dal soggetto privato e ben può coinvolgere uno solo di essi, quale il valore finale. Ciò non significa, come invece vorrebbe l'Avvocatura dello Stato, che il valore iniziale divenga così definitivo ed immutabile; perché le dichiarazioni fiscali del contribuente hanno il valore di mere dichiarazioni di scienza o di opinione e perciò il contribuente può dedurre un proprio errore in cui sia incorso, ad esempio indicando un valore venale la cui incongruità risulti palese, magari alla luce proprio del valore finale accertato dall'ufficio (Cass. 4 febbraio 1987, n. 997).

Da quanto esposto appare però evidente come sia indispensabile che il contribuente faccia valere nel corso del giudizio contenzioso il preteso errore, e come in caso contrario il giudice che innalzi il valore iniziale incorra nel vizio di ultrapetizione (Cass. 6 luglio 1983 n. 4531).

Perciò la decisione della Commissione Tributaria Centrale deve essere cassata, in quanto fondata sulla convinzione secondo cui al giudice sarebbe consentito, anche in assenza di una puntuale e tempestiva richiesta delle parti, modificare il valore iniziale del bene in modo da determinare in modo giusto l'imponibile da tassare. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Un. 14 ottobre 1991, n. 10769 - Pres. Braccaccio - Est. Sensale - P.M. Amatucci (diff.) - Ministero delle Finanze (avv. Stato Cocco) c. Cosso (avv. Natoli).

Tributi in genere - Accertamento tributario - Motivazione - Provvedimento sulla spettanza di esenzioni - Agevolazioni per le case di abitazione non di lusso - Difformità dalla normativa urbanistica - Richiamo alla norma violata - Sufficienza.

(Legge 6 agosto 1967, n. 765, art. 15).

Per giustificare il diniego delle agevolazioni per le case di abitazione non di lusso, in quanto non conformi alla normativa urbanistica, è sufficiente il richiamo all'art. 15 della legge 6 agosto 1967 n. 765 (1).

(1) Le Sezioni Unite ripudiano definitivamente il tentativo, riaffiorato con la recente sentenza 26 aprile 1991 n. 4615 (in questa *Rassegna*, 1991, I, 133)

(*omissis*) 1 — L'Amministrazione ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione delle norme circa la motivazione dell'atto tributario (che non riconosce agevolazioni fiscali) e dell'art. 15 della legge 6 agosto 1967 n. 765, deducendo che, contrariamente a quanto affermato nella decisione impugnata, l'Ufficio non si era limitato a respingere *sic et simpliciter* la domanda di esenzione senza enunciare le ragioni a sostegno del provvedimento, ma aveva giustificato il proprio operato con l'affermazione della sussistenza delle violazioni previste dall'art. 15 della legge n. 765/67.

Del resto — prosegue la ricorrente — il provvedimento dell'Ufficio è rigidamente vincolato e l'Amministrazione è obbligata ad emetterlo, senz'alcun margine di discrezionalità, in base ai risultati dell'accertamento compiuto dall'autorità locale (cui spetta la vigilanza in materia edilizia), accertamento conosciuto dall'autore dell'illecito, in quanto ne riceve formale notizia attraverso la notifica della diffida del Sindaco, costituente il primo atto del procedimento repressivo dell'abuso edilizio. Trattasi, inoltre, di un provvedimento dichiarativo e non costitutivo del diritto dell'Amministrazione a recuperare le imposte dovute nella misura ordinaria.

Che nel caso concreto i contribuenti fossero già a conoscenza delle ragioni del provvedimento risulta, secondo la ricorrente, dal fatto che essi avevano tentato di giustificare la violazione, chiedendo, in via subordinata, che il diniego dell'esenzione fosse limitato alle parti del fabbricato costruite eventualmente in difformità della licenza edilizia rientrante tra le ipotesi della legge n. 765/67.

Il ricorso è fondato.

di considerare nullo il provvedimento di diniego della spettanza di esenzioni che non contenga una indicazione specifica delle violazioni della normativa urbanistica. Sono da segnalare le ragioni della motivazione, esposte in un'ampia rassegna della recente giurisprudenza sulla funzione dell'accertamento e sulla natura del processo: dell'accertamento va apprezzata non « la motivazione dell'atto amministrativo in sè considerato » ma « la idoneità ad esprimere la pretesa tributaria in modo che su di essa possa svolgersi il giudizio sul rapporto assegnato alle commissioni tributarie »; per soddisfare la validità dell'accertamento si deve « esigere una motivazione per quanto basta ad introdurre il giudizio di merito che non si ferma agli elementi indicati nella motivazione e non si esaurisce nel controllo di essi »; viene quindi respinta « la impostazione che riconduce il problema della motivazione dell'atto tributario in quella, più generale, della motivazione dell'atto amministrativo e che non tiene conto della peculiarità del primo in relazione al giudizio tributario che l'eventuale opposizione del contribuente è destinato ad aprire ».

Sulla questione specifica v. Cass. 26 ottobre 1988 n. 5782 in questa *Rassegna*, 1989, I, 304; 22 maggio 1990 n. 4624, *ivi*, 1990, I, 385. Sulla problematica più generale Cass. 30 maggio 1990 n. 5115 e 5116, *ivi*, 374, con richiami.

2. — Il problema concernente la motivazione dei provvedimenti di diniego dell'esenzione venticinquennale dall'imposta sui fabbricati e, ora, dall'ILOR è venuto più volte all'esame della Corte nei termini in cui si pone nella presente controversia: se, cioè, sia sufficiente il riferimento alla sola norma violata (art. 15 della legge n. 765/67) o debba essere richiamato anche l'accertamento — presupposto — della violazione edilizia, effettuato dall'autorità comunale o dal giudice.

Con la sentenza della prima sezione n. 2650 del 27 aprile 1984, muovendo dalla considerazione che il diniego non dipende da accertamenti o valutazioni compiute dall'Amministrazione finanziaria, ma costituisce un'automatica conseguenza dell'accertamento, compiuto dagli organi comunali, della sussistenza di violazioni della normativa urbanistica, si affermò che, ai fini della motivazione del provvedimento di diniego o di revoca del beneficio fiscale, è sufficiente che l'Ufficio finanziario richiami la comunicazione ricevuta dal Comune ai sensi del secondo comma del citato art. 15, in quanto il contribuente è già a conoscenza della violazione addebitatagli, accertata nei suoi confronti dagli organi comunali, ed ha comunque la possibilità di accertare presso gli uffici del Comune la sussistenza dell'addebito ipotizzato a suo carico.

Su una linea sostanzialmente analoga si pose la sentenza 23 marzo 1985 n. 2085, nel senso che l'obbligo della motivazione è assolto con il richiamo dell'art. 15 della legge n. 765/67 e l'indicazione degli atti dell'autorità comunale; e tale indirizzo fu confermato dalle Sezioni Unite con le sentenze da n. 1322 a 1336 del 3 marzo 1986, da n. 1419 a 1436 del 5 marzo dello stesso anno, nonché con la sentenza n. 5646 del 26 giugno 1987. Allo stesso indirizzo si uniformò la prima sezione con le decisioni n. 7735 del 19 dicembre 1986 e n. 4371 del 28 giugno 1988, precisando che è invalido per difetto di motivazione il provvedimento che contenga il mero richiamo della norma, senz'alcun riferimento all'infrazione edilizia, sia pure *per relationem* con l'indicazione degli atti municipali di accertamento e contestazione dell'infrazione medesima.

3. — La questione fu riesaminata dalle Sezioni Unite in una prospettiva del tutto diversa, imperniata sulla natura e sull'oggetto del processo tributario, con la sentenza n. 5782 del 26 ottobre 1988, parallela alla coeva sentenza n. 5787, che si occupò dell'analogo problema della sufficienza della motivazione degli atti di accertamento relativi all'imposta di registro ed all'Invim.

Con quest'ultima sentenza si volle consapevolmente superare la problematica della motivazione dell'atto amministrativo in sé considerato, per valorizzarne la idoneità ad esprimere la pretesa tributaria, in modo

che su di essa potesse svolgersi il giudizio sul rapporto assegnato alle Commissioni Tributarie.

Si è, infatti, affermato che il giudizio tributario è costruito, formalmente, come giudizio d'impugnazione dell'atto, ma tende all'accertamento sostanziale del rapporto, nel senso che l'atto è il « veicolo di accesso » al giudizio di merito, al quale si perviene appunto per il tramite dell'impugnazione dell'atto, con la precisazione che al giudizio di merito sul rapporto non è dato pervenire quando ricorrano determinati vizi formali dell'atto in presenza dei quali il giudice deve arrestarsi alla invalidazione di esso, con ciò non omettendo affatto di esercitare la giurisdizione attribuitagli, ma anzi pienamente e correttamente esplicandola.

In particolare, contrariamente alla tesi sostenuta dall'Amministrazione al riguardo, il giudice deve fermarsi alla pronuncia di annullamento dell'atto nel caso di difetto assoluto di motivazione, ossia di mancanza di un contenuto minimo essenziale che consenta all'atto di realizzare la sua funzione, individuata nel compito di esternare, in termini sommari e semplificati, le ragioni del provvedimento. La presenza del « contenuto minimo essenziale » è sufficiente per l'instaurazione del giudizio di merito sul rapporto ed è, poi, onere dell'Ufficio provare la sussistenza dei concreti elementi di fatto della sua pretesa.

Nel manifesto intento di uniformare e razionalizzare il sistema, nel senso di esigere una motivazione per quanto basta ad introdurre il giudizio di merito, che non si ferma agli elementi indicati nella motivazione (e non si esaurisce nel controllo di essi), analoghi principi sono stati affermati, con la sentenza n. 5787 (non a caso pronunciata nello stesso giorno), in riferimento alla questione riproposta nella presente controversia. Con tale decisione, premesso che l'Amministrazione finanziaria si limita a recepire i risultati dell'azione di accertamento dell'infrazione urbanistica svolta dagli organi competenti, i quali, adottati i provvedimenti del caso, li portano a conoscenza dell'interessato (per cui la contestazione dell'illecito, cui si collegano sanzioni di varia natura, compresa quella di decadenza dai benefici fiscali, è già nota al contribuente in base ad una vicenda anteriore espressa in atti dell'Amministrazione comunale o del giudice), si è, quindi, pervenuti alla conclusione che, secondo il canone di idoneità allo scopo, per giustificare il diniego della esenzione tributaria è sufficiente l'indicazione della norma applicata da quegli uffici a conclusione dell'indagine amministrativa o giudiziaria, intesa come contenuto minimo essenziale della motivazione al fine della introduzione del giudizio sul rapporto.

4. — Queste conclusioni, seguite dalla prima sezione nella sentenza 22 maggio 1990 n. 2624 e confermate dalle Sezioni Unite (sent. 28 dicem-

bre 1990 n. 12204), vanno ulteriormente ribadite in questa sede, nonostante la discorde decisione della prima sezione n. 1728 dell'11 aprile 1989, la quale — premesso che, come ogni altro atto amministrativo, anche il diniego di esenzione tributaria dev'essere adeguatamente motivato — ha escluso tale adeguatezza quando il provvedimento si limiti al richiamo della violazione dell'art. 15 della legge 6 agosto 1967 n. 765 basato sull'affermazione che la costruzione sia stata eseguita in contrasto con la licenza edilizia. Poiché dalla norma richiamata emerge che non tutte le violazioni della licenza comportano la perdita dei benefici fiscali — si è concluso — occorre che il provvedimento specifichi le difformità riscontrate nel caso concreto o, quanto meno, riferisca le risultanze dell'atto amministrativo comunale che le aveva accertate (purché contenga quelle specificazioni), in modo da consentire al contribuente di esercitare il diritto di difesa e al giudice di controllare la fondatezza nel merito della pretesa tributaria.

In questa sentenza, che si riallaccia alla giurisprudenza anteriore all'indirizzo affermato con la decisione delle Sezioni Unite n. 5782 del 1988 (della quale, peraltro, non si fa alcun cenno), si è tornati ad una impostazione che riconduce il problema della motivazione dell'atto tributario in quello, più generale, della motivazione dell'atto amministrativo («...come ogni atto amministrativo, anche il diniego di esenzione...») e che non tiene conto delle peculiarità del primo in relazione al giudizio tributario che l'eventuale opposizione del contribuente è destinato ad aprire, per cui la motivazione, secondo un canone d'idoneità allo scopo (sufficiente a garantire il diritto di difesa del destinatario dell'atto), deve soddisfare, più che esigenze di carattere formale, la sostanziale idoneità ad esprimere la pretesa tributaria in modo che su di essa possa svolgersi il giudizio di merito sul rapporto, purché vi sia presente un contenuto minimo essenziale che ne escluda la invalidazione.

Nè, a tal fine, la sentenza n. 1728/89 tiene conto del fatto che il diniego dell'esenzione rappresenta il momento terminale di un anteriore *iter* procedimentale, nel quale il destinatario del diniego è stato necessariamente coinvolto e del quale, per ciò, conosce ogni singolo passaggio: dalla diffida del Sindaco (cui è attribuito un potere di vigilanza in materia edilizia) alla irrogazione delle sanzioni di cui agli artt. 32 e 41 della legge 17 agosto 1942 n. 1150, come modificata dalla legge n. 765/67, ed in certi casi delle sanzioni penali a seguito del relativo processo in cui l'autore della violazione assume la veste d'imputato.

Infatti, il diniego dell'esenzione trae origine esclusivamente — ed in modo vincolato che non lascia all'autorità finanziaria alcun margine di valutazione e di apprezzamento — dall'atto, ad essa comunicato, con il quale l'autorità amministrativa e/o giudiziaria accertano e puni-

scono la violazione edilizia; conseguentemente, il diniego, non solo è dichiarativo e non costitutivo del diritto dell'Amministrazione finanziaria al recupero delle imposte dovute nella misura ordinaria, ma recepisce i risultati dell'azione accertatrice dei competenti organi, i cui provvedimenti sono stati già portati a conoscenza dell'interessato, poiché gli illeciti accertati hanno ricevuto impulso dalla denuncia dei Comuni nei confronti dei trasgressori ed hanno, di regola, già esaurito il loro *iter* nelle competenti sedi giurisdizionali ordinaria o amministrativa ovvero in sede di conciliazione amministrativa, implicante il riconoscimento degli illeciti.

Dire, quindi, che non tutte le violazioni contemplate nell'art. 15 della legge n. 765/67 comportano la perdita di benefici fiscali, sì che il solo riferimento alla norma non costituisca valida motivazione del diniego, è argomento che perde ogni forza persuasiva, ove si consideri che il contenuto della norma va di volta in volta riferito alle violazioni già contestate al trasgressore e che essa fa espressa menzione dell'obbligo del Comune di segnalare all'Intendente di finanza quelle stesse violazioni per le quali si è già proceduto, in sede amministrativa e/o giudiziaria, a carico dell'autore della violazione. In conseguenza, da un lato, il richiamo della norma è evidentemente limitato a quella parte di essa che ha già formato oggetto della vicenda anteriore; dall'altro, il trasgressore è in grado di operare immediatamente il necessario collegamento della norma richiamata alla specifica violazione già contestatagli.

Il richiamo al citato art. 15 rappresenta, quindi, quel contenuto minimo essenziale che impedisce la invalidazione dell'atto, salvo l'onere dell'Amministrazione di dimostrare nel susseguente giudizio tributario la fondatezza del diniego; e che il diritto di difesa del contribuente non sia pregiudicato da tale motivazione può ritenersi, considerando che, se per avventura, non vi fosse stato il previo accertamento o la contestazione della violazione da parte degli organi comunali, egli potrebbe far valere la mancanza dei presupposti per l'esercizio dell'attività vincolata dell'Amministrazione finanziaria, così come potrebbe opporre l'esito, eventualmente a lui favorevole, delle impugnative proposte nelle competenti sedi giurisdizionali o la pendenza di tali impugnative.

5. — In conclusione, l'indirizzo espresso dalla sentenza di queste Sezioni Unite n. 5782 del 26 ottobre 1988 va tenuto fermo e, conseguentemente, in accoglimento del ricorso dell'Amministrazione finanziaria, la decisione impugnata va cassata con rinvio alla stessa Commissione Tributaria Centrale perché riesamini la controversia uniformandosi ai suesposti principi. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 16 ottobre 1991, n. 10899 - Pres. Falcone - Est. De Musis - P.M. Donnarumma (conf.) - Ministero delle Finanze (avv. Stato G. Arena) c. Soc. Madonna del Carmelo.

Tributi locali - Imposta comunale sull'incremento di valore degli immobili - Dichiarazione - Spedizione a mezzo del servizio postale - Rilevanza della data di consegna all'ufficio postale - Esclusione.

(d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 643, art. 18).

Poiché fra le normative diverse concernenti la presentazione di atti non è dato rinvenire il principio generale che nella spedizione a mezzo del servizio postale sia da considerare rilevante ai fini dell'osservanza del termine la data di consegna all'ufficio postale, le dichiarazioni dell'imposta INVIM, in mancanza di diversa disposizione, devono pervenire all'ufficio nel termine stabilito (1).

(omissis) Con l'unico motivo si deduce che la commissione tributaria centrale, considerando tempestiva la dichiarazione relativa all'INVIM straordinaria sul rilievo che essa, benché pervenuta tardivamente all'Ufficio, era stata a questo spedita nel termine stabilito dalla legge, è incorsa in violazione dell'art. 18, sesto comma, del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 643, il quale prescrive la presentazione della dichiarazione all'ufficio finanziario senza prevedere la equiparazione a tale presentazione della spedizione per posta.

Il motivo è fondato.

La commissione ha ritenuto che la circostanza che specifiche disposizioni tributarie — art. 12 del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 600: in tema di imposte sui redditi; art. 37 del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633: in tema di IVA — stabiliscono che le dichiarazioni si considerano presentate nel giorno in cui sono consegnate all'ufficio postale le raccomandate che le contengono evidenzia la sussistenza di un principio generale di siffatto contenuto, applicabile, come tale, nella specie.

L'affermazione è inesatta.

La Corte costituzionale ha rilevato che « nell'ambito amministrativo tributario normative diverse concernenti presentazioni di dichiarazioni, rettifiche e gravami di vario genere offrono una disarticolata prospettiva positiva tale da rifiutare un modello generale cui riferirsi per saggiarne la ragionevolezza a confronto di singole disposizioni (sentenza n. 121 del 1985) e che (per quanto specificamente interessa la specie) « a fronte di riferimenti positivi all'IRPEF, all'IRPEG e all'IVA, permangono altre normative, ancora più affini rispetto all'INVIM (imposte di

(1) Un importante chiarimento che sembra doversi estendere anche all'imposta sulle successioni (art. 31 d.P.R. 31 ottobre 1990 n. 346).

registro e di successione) che non prevedono l'invocata equiparazione (ordinanza n. 342 del 22 ottobre 1987) e, sulla base di tali considerazioni, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 26, quarto comma, D.L. 28 febbraio 1983 n. 55 (convertito in legge 26 aprile 1983 n. 131) e degli artt. 18, sesto comma, e 23 D.P.R. 26 ottobre 1972 n. 643.

Questa Corte condivide la ricostruzione che la Corte costituzionale ha fatto della disciplina tributaria, e pertanto non solo non vige l'affermato principio generale, ma la sua mancanza, e cioè la previsione di regolamentazioni differenti della presentazione della dichiarazione tributaria in relazione a specifici tributi, è non contrastante con l'art. 3 della Costituzione.

La resistente ha dedotto l'applicabilità dell'art. 184 del R.D. 18 aprile 1940 n. 689 (regolamento del codice postale), il quale, dopo aver previsto che la presentazione delle dichiarazioni tributarie possa avvenire tramite il servizio postale dispone che « agli effetti del computo dei termini si ha riguardo alla data di spedizione ».

La deduzione è infondata poiché la norma, che era stata posta in relazione al soppresso regime tributario, deve ritenersi abrogata, ai sensi dell'art. 15 delle preleggi, con la introduzione del nuovo regime, e ciò sia perché la materia (presentazione della dichiarazione tributaria) è oggi regolata interamente nella disciplina dei singoli tributi, sia perché detta norma ha un contenuto generale, come tale incompatibile con la regolamentazione differenziata prevista attualmente in relazione a singoli tributi.

La resistente ha ancora eccepito la illegittimità costituzionale degli artt. 18, sesto comma, e 23 del D.P.R. 26 ottobre 1972 n. 643, per contrasto con gli artt. 3 e 76 della Costituzione.

Deve ritenersi che quale parametro di riferimento per il secondo contrasto essa abbia inteso l'art. 10 della legge (delega) 9 ottobre 1971 n. 825, nella parte in cui stabilisce che « le disposizioni da emanare... saranno intese... ad assicurare... la tutela dei contribuenti, a semplificare i rapporti tributari nelle varie fasi ».

La eccezione è manifestamente infondata perché: a) non sono state addotte — né questa Corte rinviene — argomentazioni diverse da quelle già esaminate dalla Corte costituzionale, nelle menzionate decisioni, nelle quali è stato escluso il contrasto con l'art. 3 della Costituzione; b) il contenuto del riportato art. 10 non è tale che in esso possa ritenersi prevista la « uniformità » della presentazione di qualsiasi dichiarazione tributaria, dovendo esso essere interpretato piuttosto nel senso che la tutela del contribuente e la semplificazione dei rapporti tributari debbano potenzialmente avere la massima estensione, ma con il limite che questa sia compatibile con le esigenze, strutturali e funzionali, degli uffici che devono ricevere la dichiarazione. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 5 novembre 1991, n. 11789 - Pres. Vercellone - Est. Catalano - Ministero delle Finanze (avv. Stato Palatiello) c. Farroni.

Tributi erariali indiretti - Imposta di successione - Donazione - Coacervo di precedenti donazioni allo stesso donatario - Va eseguito ai fini della determinazione della aliquota.

(d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 637, artt. 7 e 55).

Le donazioni eseguite dal medesimo donante in favore dello stesso donatario pur con atti distinti sono sottoposte alla disciplina del coacervo in virtù del richiamo contenuto nell'art. 55 del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 637 all'art. 7 dello stesso decreto, sì che il valore del bene o del diritto donato deve essere maggiorato, ai soli fini della determinazione dell'aliquota, di un importo pari al valore di tutte le donazioni anteriori disposte a vantaggio dello stesso donatario (1).

(omissis) Passando all'esame del ricorso giova osservare che con un unico motivo la ricorrente denuncia la violazione degli artt. 55 e 7 del d.P.R. innanzi indicato. Deduce che l'art. 55 dopo l'indicazione delle aliquote che nei singoli casi vanno applicate, nel terzo comma richiama, tra l'altro le disposizioni dell'art. 7 per il quale, nel caso di donazioni precedenti, ai soli fini della determinazione delle aliquote il valore è aumentato di un importo pari al valore complessivo di tutte le pregresse donazioni. Da ciò conseguirebbe che nel caso in esame ai fini della determinazione dell'imposta occorre avere riguardo alle precedenti donazioni effettuate in favore del medesimo donatario.

In ordine alla censura così proposta va osservato quanto segue.

L'art. 55 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 637 recante la disciplina dell'imposta sulle successioni e donazioni, sotto il titolo concernente la determinazione della base imponibile, stabilisce che per le donazioni l'imposta è determinata mediante l'applicazione delle aliquote indicate nella lettera a) della tariffa al valore complessivo netto dei beni e dei diritti che formano oggetto di tutte le disposizioni comprese in uno

(1) Decisione di evidente esattezza. Il principio affermato trova conferma nel nuovo T.U. approvato con d.P.R. 31 ottobre 1990 n. 346 che non fa più richiamo alla disposizione sulla imposta di successione, ma disciplina autonomamente le donazioni anteriori (art. 57); la nuova norma in modo inequivocabile stabilisce che il valore globale dei beni e dei diritti oggetto della donazione è maggiorato, ai soli fini della aliquota, di un importo pari al valore complessivo « di tutte le donazioni anteriormente fatte dal donante al donatario ».

stesso atto ed è ripartita fra gli aventi causa in proporzione al valore dei beni e dei diritti attribuiti a ciascuno. La stessa norma, poi, dichiara, nel terzo comma, espressamente applicabile nella materia il disposto dell'art. 7 concernente la base imponibile dell'imposta successoria per il quale, nella parte che qui interessa, ai soli fini della determinazione delle aliquote il valore globale dell'asse ereditario è maggiorato di un importo pari al valore complessivo di tutte le donazioni.

Il richiamo così operato pone pertanto la questione sul se, nell'ipotesi di più donazioni poste in essere tra gli stessi soggetti, come è nella specie, l'imposta sulle donazioni debba essere commisurata al valore complessivo degli atti di liberalità, ovvero al valore della singola donazione.

La questione ha dato luogo a contrastanti interpretazioni già prima della riforma tributaria, nella vigenza del D.L. 8 marzo 1945, n. 90, poiché secondo le determinazioni dell'amministrazione finanziaria e l'indirizzo della giurisprudenza tributaria l'imposta andava commisurata in ogni caso all'intero complesso dei beni donati, quale che fosse il donatario e indipendentemente dall'esistenza di un unico o di una pluralità di atti di donazione, mentre un opposto principio era affermato dalla giurisprudenza ordinaria (per tutte: Cass. 8 maggio 1958, n. 2871).

Analogo problema interpretativo si è posto dopo la riforma tributaria. Ed invero, con riferimento al caso di liberalità a favore dello stesso donatario, mette conto di rilevare che secondo un primo indirizzo, che si lega strettamente alla lettura del primo comma dell'art. 55 del citato D.P.R. 637/1972, il coacervo delle donazioni prima dell'apertura della successione, è ritenuto possibile soltanto quando le donazioni siano tutte «comprese in uno stesso atto», come testualmente dispone la norma di cui innanzi, mentre un contrario punto di vista seguito dalla giurisprudenza tributaria (Commissione Tributaria Centrale SS.UU. 17 ottobre 1987, n. 6898) sostiene l'ammissibilità del cumulo di più donazioni non contenute nello stesso atto (anche prima dell'apertura della successione) in virtù del richiamo operato dal terzo comma dell'art. 55 all'intero art. 7.

Ritiene la Corte che questa seconda impostazione meriti di essere accolta per la sua intrinseca e sostanziale aderenza al dato normativo.

Ed invero, come è reso palese dal significato della disposizione, di cui al citato art. 55, il riferimento all'art. 7 ha lo scopo di integrare la disciplina dell'imposta sulle donazioni, non già al fine di determinare l'imponibile dell'imposta di successione poiché in tal caso si tratterebbe di una norma inutile e contraddittoria posto che il coacervo era già previsto nella norma richiamata, ma allo scopo di evidenziare che per la determinazione dell'aliquota di imposta afferente il singolo atto di donazione, occorre maggiorare il valore da esso risultante di un importo pari al valore complessivo di tutte le donazioni effettuate in favore del

medesimo donatario. In tal modo, nel caso di una pluralità di donazioni compiute da un medesimo soggetto, deve applicarsi non soltanto il cumulo oggettivo di cui al primo comma dell'art. 55, per effetto del quale, come si è detto, il valore di tutti i diritti donati risultanti dall'atto vanno conglobati in un'unica base imponibile, ma altresì il cumulo soggettivo la cui previsione è contenuta nel terzo comma della norma in questione nella parte in cui richiama l'art. 7; e ciò onde evitare ogni possibile elusione dell'imposta.

Pertanto, in accoglimento del ricorso va cassata la decisione impugnata con il rinvio della causa alla Commissione Tributaria Centrale la quale si uniformerà al principio per il quale le donazioni eseguite dal medesimo donante in favore dello stesso donatario, pur con atti distinti sono sottoposte alla disciplina del coacervo in virtù del richiamo contenuto nel terzo comma dell'art. 55 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 637 all'art. 7 dello stesso decreto; pertanto, il valore del bene o del diritto risultante dall'atto deve essere maggiorato, ai soli fini della determinazione dell'aliquota dell'imposta, di un importo pari al valore di tutte le donazioni anteriori attuate a vantaggio del medesimo donatario. *(omissis)*

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 5 novembre 1991, n. 12027 - Pres. Corda - Est. Cicala - P.M. Martone (conf.). Eredità beneficiata Benedetti c. Ministero delle Finanze (avv. Stato Cenerini).

Tributi erariali indiretti - Imposta di successione - Soggetti passivi - Curatore di eredità beneficiata - Impugnazione dell'accertamento - Difetto di legittimazione.

(d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 637, art. 26; cod. civ. artt. 508 e 528).

Il curatore dell'eredità accettata con beneficio di inventario (art. 508 c.c.), a differenza del curatore della eredità giacente (art. 328), amministra non nell'interesse dell'eredità ma nell'interesse dei creditori; di conseguenza il curatore, come i creditori, non ha interesse a contrastare le pretese dell'Amministrazione finanziaria per l'imposta di successione che può riguardare quanto residua dopo che i creditori sono stati soddisfatti (1).

(omissis) Con l'unico motivo di ricorso il curatore della eredità beneficiata sostiene la propria legittimazione ad impugnare l'avviso di accertamento in questione, in base ai poteri conferitigli dall'art. 507 del codice civile.

(1) Non constano precedenti specifici.

Il ricorso deve essere respinto.

L'art. 26, terzo comma del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 637, facendo applicazione dei principi generali in materia di interesse a ricorrere e di contenzioso tributario, puntualizza che l'avviso di accertamento può essere impugnato dal « contribuente » cioè da colui su cui grava il tributo. E la ipotesi di rilascio dei beni ai creditori regolata dagli artt. 507 e segg. del codice civile, non costituisce che una forma di accettazione con beneficio di inventario; in cui dunque il chiamato all'eredità non vi rinuncia, ma la accetta, pur garantendosi di fronte alla possibilità che l'attivo superi il passivo, e liberandosi dagli oneri (e dai rischi) della diretta amministrazione della massa ereditaria.

Di conseguenza, il curatore di cui all'art. 508 del codice civile, a differenza del curatore della eredità giacente (art. 528) non amministra nell'interesse dell'eredità, ma dei creditori, e consegna il residuo attivo ad un erede già individuato. Ed i creditori non hanno alcun interesse a contrastare le pretese dell'erario dal momento che l'imposta di successione verrà pagata con quanto residua dopo che essi siano stati soddisfatti, e nei limiti del residuo (art. 46 del d.P.R. 637/1972). Nessun interesse ha perciò anche il curatore che non è coobbligato alla imposta e non potrebbe partecipare alla definizione per adesione di cui all'art. 27 del d.P.R. 637/1972. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 5 novembre 1991, n. 12127 - Pres. Bologna - Est. Proto - P.M. Iannelli (diff.) - Salomone c. Ministero delle Finanze (avv. Stato Cingolo).

Tributi erariali indiretti - Imposta di registro - Imposta complementare - Imposta dovuta per effetto di decadenza da agevolazione - Solidarietà - Limitazione alla parte a cui è imputabile il fatto che ha prodotto la decadenza.

(R.D. 30 dicembre 1923, n. 3269, art. 93; d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 634, art. 55; d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, artt. 57 e 79).

L'imposta dovuta in misura ordinaria in conseguenza della decadenza da agevolazione ha natura complementare; di conseguenza l'obbligazione per l'imposta complementare grava soltanto sulla parte (nella specie compratore) alla quale è imputabile la decadenza secondo la norma dell'art. 55 del d.P.R. 634/1972 e 57 del d.P.R. 131/1986, applicabile anche agli atti stipulati sotto il vigore del r.d. n. 3269/1923 (1).

(1) Si prende atto della corretta interpretazione, pur assai ampia, dell'art. 79 del vigente T.U. delle imposte di registro che estende la portata delle norme più favorevoli ai contribuenti anche agli atti anteriori alla riforma del 1972.

(omissis) 1. — Col primo motivo la ricorrente denuncia violazione degli artt. 7 e 93 r.d. 30 dicembre 1923 n. 3269, 40 e 55 d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 634, nonché degli artt. 42, 57 e 79 d.P.R. 26 aprile 1986 n. 131, e censura la decisione impugnata per aver ritenuto inapplicabile alla fattispecie la limitazione della solidarietà di imposta di cui al quarto comma dell'art. 55 d.P.R. n. 634/1972, nell'erronea considerazione che quella applicata fosse imposta ordinaria e principale e non complementare e che tale limitazione avesse carattere innovativo; e senza, per altro, considerare che essa, costituendo disposizione più favorevole al contribuente, era comunque applicabile a norma dell'art. 79 d.P.R. 26 ottobre 1986 n. 131, che ne aveva esteso l'efficacia, per le controversie pendenti, anche agli atti anteriori alla sua entrata in vigore.

Col secondo motivo la Salomone denuncia violazione degli artt. 93 r.d. 30 dicembre 1923 n. 3269 e 1 legge regionale siciliana 4 aprile 1969 n. 6, nonché dell'art. 109 t.u. 30 giugno 1967 n. 1523, e insufficiente motivazione, censurando la decisione impugnata per non aver considerato che, in base alle richiamate disposizioni, la solidarietà del venditore nel pagamento dell'imposta di registro è limitata alla sola ipotesi in cui non sia stato realizzato lo stabilimento industriale previsto, ed è esclusa in ogni altra evenienza.

2. — Il primo motivo è fondato.

La questione che la censura propone è se, per un atto a titolo oneroso, registrato sotto il vigore della legge del registro 30 dicembre 1923 n. 3269, a seguito della decadenza dell'agevolazione tributaria prevista per l'acquisto di immobili destinati a stabilimento (secondo il combinato disposto degli artt. 1 l. reg. siciliana 4 aprile 1969 n. 6 e 109 t.u. 30 giugno 1967 n. 1523), l'imposta dovuta abbia natura complementare ovvero ordinaria e principale, e se, in virtù del principio della solidarietà dell'obbligazione tributaria (art. 93 r.d. cit.), debba rispondere anche l'alienante, ancorché la decadenza non sia a lui addebitabile.

3. — Sul primo problema questa Corte si è già espressa nel passato, affermando (cfr., tra le altre, Cass. 3 luglio 1980 n. 4227 e Cass. 23 luglio 1981 n. 4730), pur non senza contrasti (Cass. 9 marzo 1982 n. 1478), la natura ordinaria e principale dell'imposta dovuta per effetto della decadenza dell'agevolazione tributaria prevista per i trasferimenti di aree destinate alla costruzione di case di abitazioni, ai sensi della legge n. 408 del 1949.

Questo orientamento non può essere seguito. Ai fini della definizione giuridica dell'imposta, di cui sia preteso il pagamento per effetto della decadenza dal beneficio fiscale, il momento qualificante è quello della riscossione, posto che proprio in base a tale elemento l'art. 7 della

legge del registro 30 dicembre 1923 n. 3260, l'art. 40 del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 634 (« disciplina dell'imposta di registro ») e l'art. 42 della legge vigente (d.P.R. 26 aprile 1986 n. 131) operano la distinzione tra imposta principale da un lato, e suppletiva e complementare dall'altro. L'art. 40 (poi trasfuso, sostanzialmente, nel vigente art. 42) definisce, infatti, come principale « l'imposta liquidata all'atto della registrazione »; suppletiva « quella applicata successivamente » se diretta a correggere errori od omissioni dell'ufficio in sede di liquidazione »; e complementare « in ogni altro caso ». Nè sussistono sostanziali differenze tra le varie disposizioni, poiché anche la legge del 1923 (art. 7) definisce come complementari o suppletive « le tasse richieste dopo avvenuta la registrazione e la liquidazione della tassa principale », e precisa che sono complementari quelle che « al momento della liquidazione della tassa principale non poterono essere liquidate integralmente per mancanza o insufficienza degli elementi necessari per la liquidazione e quelle che, rimaste sospese per disposizione di legge, rappresentano integrazione di tasse già riscosse ».

In base a tali criteri distintivi si deve comunque escludere che l'imposta richiesta a seguito della decadenza dalle agevolazioni fiscali di cui alla legge 30 giugno 1967 n. 1523 possa essere qualificata come imposta principale.

Al contrario, essa deve essere definita come imposta complementare, perché richiesta dopo la registrazione dell'atto, mediante liquidazione « nella misura fissa di lire 2.000 » (art. 109 l. n. 1523), e non giustificata da precedente errore od omissione dell'ufficio.

Né può essere condivisa la contraria impostazione, in quanto, come è già stato osservato da questa stessa Corte (Cass. 9 marzo 1982, cit.), nella disciplina disegnata nel r.d. 30 dicembre 1923 n. 3269, gli unici casi di imposta, pretesa dopo l'avvenuta registrazione, che conservano la natura di imposta principale erano l'erronea registrazione gratuita (art. 7, terzo comma c.p.) e la registrazione di atti sottoposti a condizione sospensiva (art. 17): ipotesi non rapportabili al caso in esame, in cui la registrazione dell'atto è avvenuta a tassa fissa e il beneficio era sottoposto a condizione risolutiva.

4. — Dalla qualificazione dell'imposta in esame come imposta complementare discende agevolmente la soluzione del secondo quesito, relativo all'applicabilità o non di una limitazione al principio di solidarietà stabilito dall'art. 93 della legge del registro del 1923; limitazione prevista dall'art. 55, quarto comma, del d.P.R. n. 634 e riprodotta nell'art. 57 quarto comma, della legge vigente, secondo cui « l'imposta complementare dovuta per un fatto imputabile soltanto ad una delle parti contraenti è a carico esclusivamente di questa ».

Invero, indipendentemente dal carattere innovativo di queste disposizioni, esse risultano indubbiamente applicabili alla fattispecie, in quanto, anche se la registrazione fu effettuata sotto il vigore della legge abrogata ed il presupposto della imposta sia sorto dopo l'entrata in vigore della legge del 1972, ai sensi dell'art. 79 della nuova legge del registro (d.P.R. 26 aprile 1986 n. 131), le disposizioni, come quelle richiamate « più favorevoli ai contribuenti » si applicano anche agli atti anteriori alla sua entrata in vigore, relativamente ai quali sia pendente controversia.

In conclusione, l'imposta complementare di registro in contestazione sarebbe ad esclusivo carico dell'acquirente, cui sarebbe addebitabile (come è pacifico) la decadenza dal beneficio tributario a suo tempo concesso. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 15 novembre 1991, n. 12220 - Pres. Bologna - Est. Cicala - P.M. Morozzo della Rocca (diff.) - Menta c. Ministero delle Finanze (avv. Stato Lancia).

Tributi erariali indiretti - Imposta sul valore aggiunto - Accertamento - Pre-sunzioni - Percentuale di ricarico - Ammissibilità - Attendibilità della percentuale - Questione di valutazione estimativa.

L'applicazione di una « percentuale di ricarico » per determinare induttivamente il ricavo globale è uno strumento presuntivo la cui utilizzabilità è costantemente riconosciuta. L'apprezzamento della attendibilità della percentuale utilizzata è oggetto di una valutazione estimativa sottratta al giudice di terzo grado (1).

(*omissis*) Con il suo unico motivo il ricorrente deduce due argomentazioni fondamentali, cioè in primo luogo contesta che nel caso di specie possa parlarsi di accertamento « analitico » od ordinario; afferma inoltre che la Corte d'Appello doveva sindacare la attendibilità della percentuale di ricarico utilizzata dalla amministrazione, riconoscendone la inadeguatezza. La motivazione della sentenza impugnata regge però alle censure del ricorrente, che debbono esser respinte. Emerge, in primo luogo, dal contesto della decisione che la Corte di Firenze ha ritenuto di trovarsi di fronte ad un accertamento analitico-sintetico, cioè basato nella sua impostazione fondamentale su i dati forniti dal contribuente,

(1) Decisione da condividere di grande rilevanza.

ma corretto in qualche profilo sulla base di presunzioni. E questa impostazione è conforme al costante insegnamento di questa Corte secondo cui l'Amministrazione finanziaria procede a determinazione analitica dell'imponibile anche quando, in applicazione dell'art. 54 del d.P.R. 633/1972, deduce da presunzioni semplici l'esistenza o la misura di attività non dichiarate, e quindi determina induttivamente l'imponibile; in tal caso l'accertamento rimane analitico mentre l'imponibile è determinato, in tutto o in parte con metodo induttivo.

Nel caso di specie la Amministrazione si è trovata davanti alla necessità, muovendo da due dati noti quali la quantità di merce venduta e il costo della stessa, di determinare induttivamente un dato ignoto quale il ricavo globale. E ciò ha fatto ricorrendo ad una « percentuale di ricarico », cioè ad uno strumento presuntivo la cui utilizzabilità è costantemente riconosciuta dalla giurisprudenza (Cass. 10 agosto 1990, n. 8141).

Naturalmente spetta alla Amministrazione fornire giudizialmente la prova della attendibilità della percentuale di ricarico utilizzata in ciascuna circostanza, e questa attendibilità subisce una verifica piena anche nel merito da parte delle Commissioni Tributarie di primo e secondo grado.

Siccome la individuazione del reddito è questione di « estimazione semplice » (art. 26 e 40 del d.P.R. 636/1972), la Corte d'Appello e la Commissione Tributaria Centrale non possono poi scendere a valutazioni in fatto e debbono perciò limitarsi a verificare la sussistenza di eventuali difetti di motivazione, rimettendo — se del caso — la controversia per il merito alla Commissione di II grado (Cass. 3 gennaio 1991, n. 12; Cass. 2 agosto 1990, n. 7763).

A questo controllo non si è sottratta la sentenza impugnata laddove ha affermato, con motivazione che non si presta a censure, che la percentuale di ricarico era correttamente fondata su fatti accertati in contraddittorio con l'interessato (Cass. 23 gennaio 1991, n. 604). (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 15 novembre 1991, n. 12222 - *Pres. Vela - Est. Greco - P.M. Grossi (conf.) - Ministero delle Finanze (avv. Stato Braguglia) c. Valentini.*

Tributi in genere - Repressione delle violazioni - Sanzioni - Pena pecuniaria - Riduzione ex d.m. 1° settembre 1931 - Applicabilità alla sopratassa - Esclusione.

(legge 7 gennaio 1929, n. 4, artt. 3, 4 e 5; d.m. 1° settembre 1931, art. 1).

La sopratassa, se pure abbia carattere sanzionatorio, si differenzia nettamente per struttura e finalità dalla pena pecuniaria: di conseguenza

non è estensibile alla soprattassa la riduzione prevista nell'art. 1 del D.M. 1° settembre 1931 (1).

(omissis) L'Amministrazione delle finanze dello Stato denuncia violazione degli artt. 52 d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 637 e 23, secondo comma d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 643; falsa applicazione del D.M. 1° settembre 1931, in riferimento all'art. 63 della L. 7 gennaio 1929 n. 4 (art. 360 n. 3 c.p.c.). Rileva che è illegittima la interpretazione della Commissione Centrale sia perché la lettera della legge, in ordine alla possibilità di riduzione, fa riferimento alle pene pecuniarie e non alle soprattasse; sia perché la disciplina è sistematicamente diversa.

Ed, invero, per questo profilo, la ricorrente rileva che la « gradualità » che il legislatore prevede per la pena pecuniaria non è prevista per le soprattasse che il legislatore determina in maniera fissa, corrispondente all'ammontare del tributo, ovvero, ad una frazione o multiplo di esso.

Quanto, poi, alla « continuazione » riconosciuta dal legislatore, la ricorrente sottolinea che l'istituto si applica nel caso di concorrenza di pene e soprattasse non nel caso debbano comminarsi solo le soprattasse. Sicché, non è consentito rifarsi a questa disciplina per ricondurre ad « unità » i due istituti mentre, secondo l'Amministrazione, diversamente opinando, qualsiasi misura afflittiva pecuniaria sarebbe riconducibile tra le « pene pecuniarie » e tale sarebbe anche la soprattassa in forza del riconosciuto carattere sanzionatorio, non incompatibile con la finalità di stimolo, comunque secondaria. Conclusivamente, la tesi che l'Amministrazione ricorrente contesta tenderebbe non già ad equiparare pene pecuniarie e soprattasse ma ad assimilare totalmente due istituti nel quadro del generale principio che la soprattassa è pena pecuniaria minore ma pena pecuniaria.

Il ricorso è fondato.

La legge 7 gennaio 1929 n. 4 ha attribuito espressamente tanto alla pena pecuniaria quanto alla soprattassa carattere « civile » con ciò avendo inteso escludere — secondo autorevole dottrina — soprattutto il carattere « penale » di queste obbligazioni. Ma esse hanno struttura e finalità essenzialmente diverse come agevolmente si desume dai criteri che il legislatore richiama per la loro determinazione.

(1) Decisione di evidente esattezza. Comunque si voglia discutere della funzione risarcitoria o sanzionatoria della soprattassa, certo è che nella legge del 1929 la distinzione tra pena pecuniaria e soprattassa è nettissima, sì che le norme di detta legge (e del D.M. del 1931) riferite alla pena pecuniaria non sono applicabili alla soprattassa, la quale è peraltro irriducibile a causa della rigida predeterminazione legale.

La entità della pena pecuniaria è, infatti, correlata alla personalità del trasgressore siccome emerge dalla sua condotta e, quindi, dai precedenti penali e giudiziari ed è dichiaratamente progressiva proprio in ragione della menzionata correlazione.

La soprattassa, quanto alla sua determinazione, prescinde del tutto dalla personalità del trasgressore; è, conseguentemente, priva di progressività ed è dal legislatore destinata, in concreto, a reintegrare il patrimonio dell'ente impositore per la mancata o ritardata riscossione del tributo. Il che non impedisce di riconoscere anche alla soprattassa carattere sanzionatorio.

Formulate queste considerazioni, risultano più agevoli l'esame e la risoluzione del quesito se l'art. 1 del D.M. 1° settembre 1931 — in base al quale le pene pecuniarie possono essere ridotte in caso di particolari circostanze che giustifichino il benevole provvedimento — è applicabile anche alle soprattasse.

Sono sufficienti, al riquadro, le considerazioni seguenti. Le norme del D.M. 1° settembre 1931 furono emanate in esecuzione della delega contenuta nell'art. 63 L. 7 gennaio 1929 n. 4; esse sono tuttora vigenti negli stessi limiti di applicabilità della legge; e, dunque, avendo questa previsto i diversi istituti delle pene pecuniarie e delle soprattasse, allorché con il decreto ministeriale si disciplinarono le riduzioni delle pene pecuniarie, si intese riservare l'ambito di applicazione del decreto su questo punto alle sole pene pecuniarie con esclusione delle soprattasse; quanto al richiamo dell'istituto della « continuazione » che — secondo la decisione impugnata — dimostrerebbe la identità delle due obbligazioni, è sufficiente sottolineare che l'art. 8 della L. n. 4/29 — secondo cui, in caso di più violazioni commesse anche in tempi diversi in esecuzione della medesima risoluzione, la sanzione è applicata una sola volta in misura superiore a quella prevista per una sola violazione purché non superiore alla metà dell'ammontare complessivo delle pene, delle pene pecuniarie e delle soprattasse che si sarebbero dovute applicare calcolando le singole violazioni — non incide sui termini del problema.

Ed invero, allorché il legislatore, nelle sue scelte di politica amministrativo-giudiziaria dispone, nel sanzionare la condotta del trasgressore, che l'aumento di una pena comporta la esclusione di un'altra pena, anche se di natura o struttura diversa, non ha presupposto l'identità, anche strutturale, di quelle pene. E, dunque, la determinazione della pena inflitta per violazioni continuate prescinde dalla natura o dall'essenza delle pene istituzionalmente previste per le singole violazioni.

Conclusivamente, la diversa struttura e le diverse finalità delle due obbligazioni (pena pecuniaria e soprattassa) inducono a superare ogni incertezza sulla reale portata della disposizione del decreto 1° settembre 1931 e ad escludere che le riduzioni di cui all'art. 1 del D.M. 1° settembre 1931 possono applicarsi anche alle soprattasse. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 20 novembre 1991, n. 12444 - Pres. Favara - Est. Lupo - P.M. Romagnoli (conf.) - Ministero delle Finanze (avv. Stato Palatiello) c. Laboratorio Cavour.

Tributi erariali diretti - Imposta sul reddito delle persone fisiche e imposta locale sui redditi - Reddito di impresa - Laboratorio di analisi cliniche - Può essere qualificato impresa.

(d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597, art. 51; d.P.R. 29 settembre 1973, n. 599, art. 1; c.c. artt. 2229 e 2238).

Un laboratorio di analisi cliniche, in quanto presta servizi a terzi, produce reddito di impresa qualora sia organizzato in forma di impresa; in tal caso il reddito prodotto, benché con il concorso di una attività professionale, è soggetto ad ILOR (1).

(omissis) Con l'unico motivo del ricorso il Ministero delle Finanze deduce la violazione dell'art. 51 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597, nonché la motivazione insufficiente su un punto decisivo (art. 360 nn. 3 e 5 c.p.c.). Il ricorrente osserva che anche l'attività professionale dà luogo a reddito di impresa se è svolta in forma organizzata, come nella specie è stato accertato dalla Commissione tributaria di secondo grado; esso censura, perciò, la decisione impugnata che ha ritenuto irrilevante tale accertamento sulla base della considerazione che l'attività di laboratorio di analisi è sempre e comunque un'attività di lavoro autonomo.

Il motivo di ricorso è fondato.

Va premesso che, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 26 marzo 1980 n. 42, non sono assoggettati ad ILOR (art. 1 del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 599) i redditi di lavoro autonomo non assimilabili ai redditi di impresa.

La decisione impugnata ha ritenuto, in applicazione del disposto dell'art. 51 del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 597, che « la gestione di un laboratorio di analisi cliniche è riconducibile ad un'attività professionale » e che il reddito che ne deriva è perciò reddito di lavoro autonomo.

Tale affermazione, nella sua absolutezza, si pone in contrasto con il citato art. 51, il quale fornisce la nozione di reddito di impresa rilevante per l'IRPEF, nozione che, nella parte non contrastante con le pronunzie della Corte Costituzionale in tema di ILOR, va applicata anche nella

(1) Una sentenza molto importante che apre un nuovo fronte (v. annotazione a Cass. 7 febbraio 1990 n. 788, in questa *Rassegna*, 1990, I, 324) sul tema lavoro autonomo ed ILOR. Finora le professioni intellettuali erano rimaste al riparo da ogni pericolo, quale che fosse l'organizzazione di beni e di lavoro in cui è esercitata l'attività. Ma le professioni intellettuali non possono essere privilegiate rispetto alle altre categorie di lavoro autonomo.

disciplina di quest'ultima imposta (Cass. 6 febbraio 1990 n. 788; 14 dicembre 1989 n. 5605; 9 aprile 1987 n. 3477).

Detto art. 51, nel terzo comma, considera reddito di impresa quello che deriva dalle « attività di prestazione di servizi a terzi, che non rientrano nell'art. 2195 c.c., se organizzate in forma di impresa ». Poiché un laboratorio di analisi cliniche presta servizi a terzi, esso produce reddito di impresa se è organizzato in forma di impresa.

In assenza di criteri dettati dalla normativa tributaria sulla nozione di impresa, va fatta applicazione della disciplina generale del codice civile. Al riguardo va osservato che, se è vero che le professioni intellettuali sono una forma di lavoro autonomo (artt. 2229 e seguenti cod. civ., inclusi nel titolo che disciplina il lavoro autonomo), è anche vero che esse possono costituire « elemento di una attività organizzata in forma di impresa » (art. 2238 cod. civ.), e cioè essere inserite in una struttura organizzativa che è frutto dell'impiego di capitale. In tal caso il lavoro del professionista ed il capitale concorrono nella produzione del reddito, che non deriva più dal solo lavoro, ma dall'attività dell'intera struttura imprenditoriale, di cui l'attività professionale è soltanto un elemento (c.d. redditi misti, espressamente menzionati dalla citata sentenza della Corte Costituzionale n. 42/80, nel par. 9, per affermarne l'assoggettamento all'ILOR).

L'art. 2238 cod. civ. vale anche per le professioni protette, e cioè per quelle per il cui esercizio è necessaria l'iscrizione in appositi albi o elenchi (art. 2229 cod. civ.). Anche tale attività professionale può, perciò, costituire elemento di un'impresa. Questa Corte, proprio con riferimento ad un laboratorio di analisi cliniche, ha avuto modo di precisare, sia pure a fini diversi da quelli tributari, che la natura professionale dell'attività svolta dall'analista non è di per sé sufficiente per ritenere che essa sia riconducibile soltanto alla sua persona, ove tale attività sia svolta in una struttura organizzativa di rilevanti dimensioni e con la stabile collaborazione di una pluralità di operatori (Cass. 7 giugno 1984 n. 3444).

In siffatta ipotesi all'attività personale dell'analista si affianca un'attività di tipo organizzativo consistente nell'approntamento e nella gestione dei mezzi per l'esercizio della professione intellettuale, onde si ha il concorso di lavoro e capitale nel reddito prodotto dalla attività del laboratorio di analisi cliniche.

Occorre quindi un accertamento in concreto sulle caratteristiche del laboratorio di analisi cliniche Cavour per stabilire se il reddito da tale soggetto dichiarato (e di cui si chiede ora il rimborso) sia stato prodotto dal solo lavoro professionale degli analisti (sia pure con l'apporto di un capitale minimo tale da non dare luogo ad una vera organizzazione di impresa; Cass. 14 dicembre 1989 n. 5605, in motivazione) ovvero sia riconducibile anche alla presenza di una struttura organizzativa che ha richiesto una attività imprenditoriale consistente nella predisposizione

e gestione di mezzi personali e materiali finalizzati all'esercizio della professione.

Tale accertamento concreto è stato completamente omissso dalla decisione impugnata, che, collegando necessariamente la natura di reddito da lavoro autonomo all'attività di un laboratorio di analisi cliniche, ha presupposto erroneamente la incompatibilità tra tale attività e l'esercizio di un'impresa. La decisione impugnata va perciò cassata e la causa va rinviata ad altra sezione della stessa Commissione tributaria, che accerterà la presenza o meno, nel caso di specie, di un'organizzazione di tipo imprenditoriale. (omissis)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Un., 22 novembre 1991, n. 12589 - Pres. Carotenuto - Est. Caturani - P.M. Di Renzo (conf.) - Marchesi (avv. Parrelli) c. Ministero delle Finanze (avv. Stato Braguglia).

Tributi in genere - Repressione delle violazioni - Iscrizione di ipoteca legale - Art. 26 legge 7 gennaio 1929, n. 4 - Giudizio d'opposizione - Natura - Giudizio di convalida - Esclusione.

(Legge 7 gennaio 1929, n. 4, artt. 26 e 27; c.p.c. art. 616).

L'ipoteca legale di cui all'art. 26 della legge 7 gennaio 1929 n. 4, in analogia a quella regolata dagli artt. 616 e segg. c.p.p., è un mezzo cautelare a garanzia di un credito non ancora certo che si basa sul processo verbale di constatazione della violazione; l'iscrizione di ipoteca, benché soggetta al giudizio di impugnazione che ha per oggetto soltanto la verifica dell'esistenza del periculum in mora e del fumus boni iuris, desumibile solo dal processo verbale, senza indagare sul merito della controversia, non è soggetta a giudizio di convalida; tuttavia l'iscrizione di ipoteca perde efficacia qualora il credito che garantisce non sia accertato entro i termini di decadenza stabiliti (1).

(omissis) 1. — Col primo motivo il ricorrente sostiene l'inefficacia dell'ipoteca legale, iscritta nei suoi beni ai sensi dell'art. 26 della legge 7 gennaio 1929 n. 4, a causa della mancata instaurazione del giudizio di merito in violazione dell'art. 680 comma quinto c.p.c., applicabile alla fat-

(1) Decisione di molto interesse di cui va segnalata la approfondita motivazione. Di particolare interesse la precisazione che la verifica del *fumus boni iuris* sia al momento dell'autorizzazione all'iscrizione sia nel giudizio di opposizione è circoscritta all'esame del verbale di accertamento, ma non investe il merito della controversia devoluta alla giurisdizione delle commissioni.

tispecie stante il perfetto parallelismo, desumibile dalla legge anzidetta, tra ipoteca legale e sequestro conservativo.

2. - La censura non è fondata.

L'art. 26 comma 1 della legge n. 4 del 1929 sulla repressione delle violazioni delle leggi finanziarie, così statuisce: « In base al processo verbale di constatazione di una contravvenzione di competenza dell'intendente di finanza o della violazione di una norma per la quale sia stabilita una pena pecuniaria e quando vi sia pericolo nel ritardo, l'intendente può chiedere al presidente del tribunale competente, l'iscrizione di ipoteca legale sui beni del trasgressore, od anche l'autorizzazione di procedere a mezzo dell'ufficiale giudiziario, al sequestro conservativo sui beni mobili ».

Ai sensi del successivo art. 27 comma 1, « l'iscrizione dell'ipoteca o il sequestro possono essere impugnati da chiunque vi abbia interesse. La impugnazione è proposta: 1) innanzi al giudice civile, quando si tratta di garanzia presa in seguito a violazione delle leggi finanziarie, la quale non costituisce reato ».

Per intendere il significato logico-giuridico delle norme anzidette e tenendo presente che, in conformità a tutta la nostra tradizione storica, possono essere garantiti solo i diritti di credito (art. 2808 comma 1 c.c.) perché nel nostro diritto positivo l'ipoteca mira a rafforzare l'azione esecutiva per espropriazione, cui a sua volta possono dar luogo solo i crediti, le disposizioni in esame si ricollegano al principio secondo cui, l'accessorietà ad un credito, tipico del diritto di ipoteca, non implica necessariamente che il credito debba esistere già al momento della costituzione della garanzia.

Trattasi, in realtà, di una questione di diritto positivo che il nostro ordinamento ha risolto variamente a seconda degli interessi che nelle singole ipotesi prese in considerazione si sono voluti tutelare. Così, in analogia alla ipoteca del proprietario, propria del diritto tedesco (paragrafi 1113, 1163 e 1168 cod. civ. germanico), eccezionalmente un vincolo specifico è ammesso anche nel nostro diritto a favore del terzo acquirente del bene ipotecato che, avendo scontato sul prezzo di acquisto l'importo delle ipoteche, paghi i creditori iscritti (art. 1203 n. 2 e 3 c.c.). In tal caso il subingresso del terzo acquirente nell'ipoteca (surrogazione) conferisce a questa una natura ed uno scopo diversi da quella che prima aveva: essa non garantisce più un credito, ma costituisce un diritto del terzo acquirente di prelevare una somma in caso di espropriazione del suo bene, con evidente funzione di tutela della posizione del terzo acquirente.

Inoltre, in via più generale, pur dovendosi ammettere come regola la inammissibilità di una ipoteca per crediti futuri, non altrimenti determinati, la nostra legge riconosce sia pure in linea eccezionale che

il diritto reale di garanzia può ben essere costituito anche per crediti condizionali con effetto *ex tunc*, attesa la retroattività della condizione, o eventuali, con effetto *ex nunc*. Si richiede, peraltro, che dal titolo devono risultare già all'atto dell'iscrizione (specie a tutela dei terzi) gli estremi idonei ad individuare il rapporto giuridico da cui può nascere il credito che dà luogo all'iscrizione ipotecaria (es. credito per l'evizione nella vendita: art. 1481 c.c.; credito del fideiussore nei confronti del debitore principale: art. 1950 c.c.).

In questa ottica si inserisce l'art. 26 in esame, il quale, nella ricorrenza dei requisiti (sui quali infra) che la norma richiede ai fini della iscrizione ipotecaria, ammette la possibilità che si faccia luogo all'iscrizione in base al processo verbale di constatazione di una contravvenzione di competenza dell'intendente di finanza della violazione di una norma per la quale sia stabilita una pena pecuniaria.

In questo caso, quindi, si verifica una ulteriore ipotesi normativa nella quale, derogandosi al principio per cui, l'ipoteca tutela un diritto di credito attualmente esistente, la garanzia reale può costituirsi in un momento antecedente alla stessa formazione del titolo del credito dell'amministrazione finanziaria, in base al *fumus boni juris* circa la effettiva esistenza del credito che si intende cautelare, desumibile da un atto pubblico (processo verbale di constatazione della violazione di una norma per la quale sia stabilita una pena pecuniaria), in considerazione della particolare natura del credito garantito, sussistendo già, secondo la valutazione normativa, il rapporto giuridico dal quale può nascere il credito (tributario) che legittima l'iscrizione.

3. - Da quanto precede consegue che, nella fattispecie prevista dall'art. 26 *cit.*, come si desume del resto dalla stessa formulazione della norma, è previsto un certo parallelismo tra la iscrizione ipotecaria ed il sequestro conservativo sui beni mobili, onde deve riconoscersi che nel caso *de quo* l'ipoteca è stata utilizzata dal legislatore con una preminente funzione cautelare analoga a quella propria del sequestro conservativo.

Trattasi, tuttavia, di una analogia che trova nello stesso sistema giuridico il fondamento della sua esistenza.

Per cogliere il significato logico-sistematico dell'art. 26 è necessario tener presente che, all'epoca in cui fu emanata la legge n. 4 del 1929 (di cui gli artt. 26 e 27 fanno parte), l'art. 924 c.p.c. del 1865 ammetteva il sequestro conservativo esclusivamente per i beni mobili e i crediti, mentre soltanto con l'art. 671 c.p.c. vigente esso è stato esteso anche ai beni immobili del debitore, in base al rilievo che la cautela può estendersi a tutti i beni dell'obbligato in quanto quest'ultimo risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri (art. 2740 c.c.).

L'iscrizione ipotecaria, pur conservando le sue caratteristiche strutturali, esplica quindi in materia una funzione tipicamente cautelare analoga al sequestro conservativo. Ne discende che, in linea di principio, è esatta la tesi della difesa del ricorrente, secondo cui non può ammettersi che il vincolo (reale) sul bene oggetto della iscrizione ipotecaria gravi illimitatamente, ma, dalla disciplina propria dei provvedimenti cautelari, risulta al contrario che quel vincolo è ancorato nella sua efficacia ai termini entro i quali deve instaurarsi il giudizio di convalida e di merito (art. 680 comma 5 c.p.c.). Ed in fattispecie analoga a quella oggetto del presente giudizio quando cioè la competenza a conoscere la causa di merito appartiene ad arbitri, questa Corte, pur ritenendo inapplicabili i termini previsti dall'art. 680 c.p.c., ha precisato che in tal caso, in mancanza della instaurazione del giudizio di merito almeno durante la pendenza del giudizio di primo grado, il sequestro non può essere convalidato (sent. n. 7056 del 1982).

Nel presente giudizio tuttavia l'art. 680 c.p.c. risulta inapplicabile per ragioni intrinseche alla stessa disciplina del procedimento cautelare previsto dall'art. 26.

L'art. 27 della legge 7 gennaio 1929 n. 4, invero, non solo disciplina un particolare giudizio di impugnazione contro l'iscrizione ipotecaria, ma statuisce che l'impugnazione stessa è proponibile da chiunque vi abbia interesse.

L'impugnazione ha per oggetto la esistenza dei requisiti cui il precedente art. 26 fa riferimento ai fini della concessione della misura cautelare: e cioè il *fumus boni Juris*, desumibile dal processo verbale di constatazione dell'infrazione ed il *periculum in mora* (vale a dire il fondato timore del creditore di perdere la garanzia del proprio credito).

Questa disciplina, che sostituisce il giudizio di convalida nel procedimento ordinario di sequestro, è mutuata dal codice di procedura penale ed in particolare dagli artt. 616 ss.

L'art. 616 dispone che il pubblico ministero presso il tribunale o presso la Corte innanzi cui è in corso il procedimento e il pretore nei procedimenti di sua competenza possono richiedere, dopo il primo atto del procedimento contro l'imputato o successivamente, la iscrizione dell'ipoteca legale prevista dagli artt. 189 e 190 c.p.

Ed analoga facoltà è attribuita dal successivo art. 617 per quanto riguarda il sequestro di cui alle menzionate norme del codice penale.

Tale disciplina ha poi subito alcune sostanziali modifiche con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale approvato con d.P.R. 22 settembre 1988 n. 447, specie per quanto concerne da un lato la estensione del sequestro agli immobili e la conseguente eliminazione dell'ipoteca legale che non ha più ragion d'essere dopo quella estensione (cfr. gli artt. 316 ss. del nuovo testo).

In conformità a quanto statuito dall'art. 27 della legge n. 4, l'art. 618 c.p.p. (nel testo originario) prevedeva contro le anzidette misure cautelari un apposito giudizio di opposizione, sostituito poi da un giudizio di riesame proponibile, in perfetta assonanza con l'art. 27, da chiunque vi abbia interesse (art. 318 del nuovo testo).

4. - Non si pone quindi, nella specie, un problema di osservanza dei termini per la instaurazione del giudizio di merito secondo quanto previsto nell'ambito del procedimento di sequestro conservativo, di cui al codice di procedura civile, per il semplice motivo che nel procedimento cautelare di cui agli art. 26 ss. della legge in esame, non è previsto un giudizio di convalida, conforme a quello civilistico, né sono applicabili, in linea di principio le relative norme processuali. Trattasi invece di un giudizio di convalida analogo a quello penalistico.

Ne consegue che il giudizio di impugnazione della iscrizione ipotecaria e del sequestro, che ha la natura di un giudizio di nullità, essendo proponibile (come quello penalistico) da chiunque vi abbia interesse, ha per oggetto esclusivo la ricorrenza in concreto dei presupposti per la concessione della misura cautelare (*fumus boni juris e periculum in mora*), mentre fuoriescono dai suoi confini tutte le questioni che attengono al merito della controversia).

Un accenno particolare va tuttavia compiuto con riferimento al termine per la instaurazione del giudizio di merito, che deve ritenersi immanente ad ogni procedimento cautelare (cfr. l'art. 680 c.p.c. in tema di sequestro civilistico; l'art. 701 c.p.c. in tema di provvedimenti d'urgenza).

Tale esigenza che un termine sia comunque previsto per la instaurazione del giudizio di merito dipende dalla circostanza che i provvedimenti cautelari, avendo natura strumentale in quanto diretti ad evitare che la futura pronuncia del giudice possa restare pregiudicata dal tempo necessario ad ottenerla, esauriscono la loro funzione con la decisione emessa nel successivo giudizio di merito (cfr. le sentenze nn. 382/86; 5412/84; 444/80).

E dalla stessa disciplina penalistica cui, come si è accennato, il procedimento cautelare in oggetto si è ispirato, risulta chiaramente l'intento legislativo di non attribuire alla iscrizione ipotecaria ed al sequestro che siano stati eseguiti a tutela di determinati crediti dello Stato nei confronti dell'imputato, effetti giuridici illimitati nel tempo, essendo previsto che la cancellazione dell'ipoteca e la liberazione del sequestro devono essere eseguite dopo la sentenza irrevocabile di proscioglimento a cura del P.M. o del pretore competente per l'esecuzione (cfr. altresì l'art. 317 della legge di riforma del processo penale, secondo cui gli effetti del sequestro cessano quando la sentenza di proscioglimento o di non luogo a provvedere non è più soggetta ad impugnazione).

In applicazione analogica del principio giuridico che sottende la disciplina penalistica in materia, può quindi concludersi anche in sede di interpretazione dell'art. 27 della legge n. 4, che l'efficacia della iscrizione ipotecaria (come del sequestro conservativo ivi previsto) non può essere ritenuta illimitata, ma segue le sorti del giudizio di merito che l'amministrazione finanziaria ha l'onere di introdurre.

E non è esatto che, in mancanza di una applicazione dell'art. 680 comma 5 c.p.c., non sussistono in materia termini di sorta per l'instaurazione del giudizio di merito da parte della Amministrazione.

Al riguardo è opportuno precisare che, secondo la disciplina del nuovo contenzioso tributario, anche per quanto riguarda l'IVA il giudizio innanzi alle commissioni tributarie è strutturato come giudizio di impugnazione dell'atto emesso dall'Amministrazione finanziaria entro determinati termini di decadenza (art. 50 d.P.R. 633/72).

Ove, pertanto, quest'ultima non abbia emesso alcun atto attraverso il quale far valere la pretesa tributaria, il credito dell'Amministrazione (anche per ciò che riguarda la applicazione delle pene pecuniarie) si estingue per decadenza dei termini previsti dalla legge per la notificazione dell'avviso di rettifica o di accertamento (art. 57 d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633).

Ove, invece, l'Amministrazione abbia provveduto alla notificazione dell'avviso di irrogazione della sanzione, ogni questione attinente alla legittimità della pretesa tributaria deve farsi valere in sede di impugnativa dell'atto da parte del contribuente, cui incombe per legge il relativo onere a pena di definitività della pretesa fiscale. Ed in tale ipotesi a nulla vale eccepire nel presente giudizio — che ha per oggetto il solo controllo circa i presupposti della iscrizione ipotecaria — che l'atto di irrogazione della pena era illegittimo perché non comunicato al contribuente con lo stesso avviso di rettifica o di accertamento, come prescrive l'art. 50 d.P.R. 633/72 per le violazioni che danno luogo a rettifica o ad accertamento dell'imposta, essendo evidente che, in tal caso, qualsiasi contestazione circa la legittimità della irrogazione della sanzione è devoluta *ex lege* alla giurisdizione delle Commissioni tributarie, essendo strettamente collegata al merito della controversia come si vedrà nell'esame del secondo motivo. Ed in questa ipotesi (di avvenuta irrogazione della pena pecuniaria) deve altresì ritenersi superato in sede di giudizio di impugnazione della iscrizione ipotecaria *ex art. 27 cit.*, qualsiasi problema attinente alla osservanza dei termini entro i quali la Finanza deve far valere il credito tributario in sede di merito.

5. - Dalle precedenti considerazioni discende che sono destituiti di fondamento gli argomenti addotti dalla difesa del ricorrente a sostegno della (afferzata) nullità della iscrizione ipotecaria di cui si tratta, in quanto, come si è dimostrato, non mancano nella specie i termini entro

i quali la pretesa tributaria (in tema di IVA) deve essere fatta valere dall'Amministrazione finanziaria nei confronti del contribuente, a pena di decadenza.

6. - Priva di consistenza deve poi ritenersi la tesi del ricorrente circa la insussistenza dei presupposti per la concessione della misura cautelare, avendo la Corte del merito dimostrato con ampia e congrua motivazione la ricorrenza in concreto sia del *fumus boni juris* che del *periculum in mora*, tenendo correttamente distinta la parte relativa alla impugnazione della misura cautelare, da quella attinente invece al merito della controversia.

7. - Col secondo motivo, denunziandosi violazione e falsa applicazione dell'art. 12 della legge 7 gennaio 1929 n. 4 nonché difetto di motivazione, si assume che il ricorrente non è obbligato al pagamento delle pene pecuniarie per violazione dell'IVA, le quali ricadono esclusivamente sulla società Tecnonord s.r.l., cui è imputabile la pretesa violazione.

8. - La questione che forma oggetto del motivo in esame è improponibile dinanzi al giudice ordinario poiché il giudizio riflettente il merito della controversia (e cioè sul diritto della Finanza a richiedere il pagamento della pena pecuniaria nei confronti del ricorrente) rientra nella giurisdizione delle Commissioni tributarie, ai sensi degli artt. 1 e 16 del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 636, riflettente la revisione della disciplina del contenzioso tributario. (*omissis*).

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Un., 22 novembre 1991 n. 12590 - Pres. Caturani - Est. Baldassarre - P.M. Di Renzo (conf.) - Ministero delle Finanze (avv. Stato Laporta) c. Grosso (avv. Castellano).

Tributi erariali indiretti - Imposta sul valore aggiunto - Rivalsa di imposta non dovuta - Azione di rimborso del cessionario verso l'Amministrazione Finanziaria - Inammissibilità.

(d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, artt. 10, 18, 26 e 41; c.c. art. 2900).

Il cedente (o committente) che abbia subito la rivalsa per una imposta applicata su operazione esente, non è legittimato a ripetere, dall'Amministrazione Finanziaria la somma pagata (1).

(1) Per arrivare alla esatta conclusione riassunta nella massima la sentenza ha dovuto sciogliere diversi dubbi. La domanda di rimborso verso l'Amministrazione proposta dal cessionario o committente (contribuente di fatto) non ha natura di azione surrogatoria ex art. 2900 c.c. Non si pone pertanto una questione di giurisdizione ma di legittimazione. Ma la legitti-

(*Omissis*) Gabriella Grosso, con le dichiarazioni relative agli anni 1974 e 1975, chiedeva il rimborso dell'I.V.A., che, nell'esercizio della propria azienda agricola, aveva corrisposto, in via di rivalsa, su fatture per prestazioni di servizi richiesti per esigenze dell'azienda.

I crediti venivano, però, disconosciuti dal competente ufficio finanziario sul rilievo che, trattandosi di prestazione di servizi, rispetto alla quale, a norma dell'art. 10, n. 20 del d.P.R. n. 663/1972, nessuna imposta era dovuta, nessuna detrazione potesse essere ammessa.

La Commissione tributaria di primo grado di Treviso, adita dalla Grosso, ne riconosceva il diritto, quale contribuente di fatto, e dichiarava rimborsabili le somme versate. La decisione era riformata poi dalla Commissione di secondo grado, che riteneva la Grosso sfornita di legittimazione, non avendo agito in surroga del soggetto passivo, ossia del prestatore dei servizi.

Di diverso avviso era la Commissione Tributaria Centrale, la quale, accogliendo il ricorso della Grosso, dopo avere richiamato alcune pronunce di questa Corte, osservava che nella specie era incontrovertibile l'inerzia del contribuente di diritto e che la domanda doveva ritenersi spiegata come (ammissibile) azione surrogatoria ex art. 2900 cod. civ., atteso l'esplicito riferimento fatto, nel ricorso introduttivo, all'avvenuta corresponsione dell'imposta in via di rivalsa.

Per la cassazione della decisione di terzo grado ricorre l'Amministrazione delle finanze con un articolato mezzo d'annullamento, resistito da controricorso.

Motivi della decisione.

L'Amministrazione ricorrente, denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 2900 cod. civ. e 102 cod. proc. civ., anche in relazione all'art. 1 d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 636, nonché degli artt. 17, 18, 21 e 26 del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633 (art. 360 nn. 1, 3 e 4 cod. proc. civ.), deduce.

a) Se si ammette che la CTC abbia inteso qualificare come surrogatoria l'azione intrapresa dal contribuente di fatto, ne deriva che: 1) la pronuncia è nulla per non essere stato integrato il contraddittorio nei confronti del contribuente di diritto; 2) difetta la giurisdizione del giudice tributario;

mazione è da escludere perché essendo al rimborso legittimato il contribuente di diritto (cedente o prestatore del servizio), l'Amministrazione resterebbe esposta ad una duplice azione per lo stesso titolo. Il cedente può invece domandare il rimborso al cessionario, come già ritenuto con la sent. 28 aprile 1990 n. 3602, in *Corriere trib.*, 1990, 1883.

Sull'argomento cfr. MESSINA, *Note in tema di rimborso e di risarcimento dei danni per erronea applicazione dell'I.V.A.*, in *Riv. dir. trib.*, 1991, I, 935.

b) Se si ritiene, al contrario, che la Commissione Centrale sia incorsa in improprietà terminologica ed errore materiale nella qualificazione dell'azione, deve riconoscersi che la Grosso, la quale aveva assunto la veste di committente dei servizi nella veste di titolare dell'azienda agricola, è soggetto d'IVA, ancorché non soggetto passivo del rapporto tributario (veste non priva di effetti nel sistema del tributo); con la conseguenza che allo stesso committente rimane applicabile, in relazione agli obblighi che gli derivano dagli artt. 21 e 41 del d.P.R. n. 633/1972, la norma dell'art. 26 dello stesso decreto che disciplina le variazioni, in aumento o diminuzione, dell'imposta. Posto che il meccanismo, attraverso il quale è consentito ovviare alla inesatta fatturazione, è quello dell'art. 26, la variazione — una volta che sia stata effettuata nelle forme e termini di legge — non può, al tempo stesso, rendere il cessionario debitore (verso l'Amministrazione) dell'imposta relativa al corrispettivo registrato e creditore verso la stessa Amministrazione per la restituzione della medesima imposta già addebitatagli in rivalsa dal cedente; effetto che, oltre a contrastare con la logica, è escluso dalla normativa in esame, là dove fa salvo il diritto del cessionario a ripetere dal cedente quanto versatogli a titolo di rivalsa. Per tanto, colui che, essendo soggetto d'IVA, abbia sopportato in rivalsa una imposta non dovuta, non ha altri rimedi per definire la propria posizione nei confronti dell'Amministrazione se non quelli indicati nella legge d'imposta, che vanno coordinati al meccanismo delle detrazioni, e, fatta salva, sul piano del rapporto privatistico, l'azione di ripetizione nei confronti del soggetto passivo, non può agire in ripetizione verso l'Amministrazione, surrogandosi a tale soggetto.

Al fine della decisione delle distinte questioni poste con le censure, di natura pregiudiziale, riassunte *sub a)*, si rende necessaria l'esatta qualificazione dell'azione proposta dall'attuale resistente innanzi al giudice tributario, prescindendo dalla formale definizione espressa nella decisione impugnata.

Come rileva anche parte ricorrente, già le sentenze di questa Corte richiamate in motivazione (nn. 3021/60, 1427/67, 1608/78) non sono idonee a dare sostegno alla predetta definizione, in quanto, con riguardo alla soppressa IGE, il più recente arresto afferma la legittimazione del contribuente di diritto ad esperire nei confronti dell'ente impositore l'azione di ripetizione per l'indebito pagamento dell'imposta, nonostante l'esperita rivalsa verso il contribuente di fatto.

Per le due più remote decisioni il contribuente di fatto (compratore), nell'analoga ipotesi di versamento dell'IGE in misura superiore al dovuto può surrogarsi al contribuente di diritto (venditore) nell'azione di ripetizione verso il fisco.

Per altro, la sentenza n. 3021/60, che risulta emessa in causa tra le parti private, non ha statuito sulla proponibilità di azioni verso l'Amministrazione e nemmeno la sentenza n. 1427/67 riconduce la fattispecie nell'ambito dell'art. 2900 cod. civ., né l'azione del compratore alla tipica funzione cautelare di tale norma, atteso che con essa la Corte afferma che « il contribuente di fatto, adempiendo l'obbligo del rimborso viene a subentrare nei confronti dello Stato nella stessa posizione del contribuente di diritto e, pertanto, è legittimato a ripetere quanto gli sia stato pagato in più del dovuto » e che « non v'ha dubbio... che l'indebito si verifichi solo ai danni del contribuente di fatto, cioè del compratore che ha pagato una somma superiore a quella realmente dovuta, nei riguardi dell'Erario... ».

Al contrario l'azione surrogatoria postula, innanzitutto, la sussistenza di diritti e azioni esercitabili verso terzi dal debitore inattivo.

Nella specie non è controverso che l'attuale resistente non ha inteso proporre all'adita Commissione di primo grado un'azione ex art. 2900 cit., tanto che la stessa ha accolto l'istanza di rimborso, correlando la legittimazione alla posizione di contribuente di fatto, ossia ad un diritto proprio dell'istante.

Viene meno, quindi, il presupposto su cui si fonda l'eccezione di difetto di giurisdizione, ossia la proposizione di una tipica azione surrogatoria, che, ad avviso di parte ricorrente, esulerebbe dalla cognizione delle commissioni tributarie.

Appartiene, infatti, alla competenza giurisdizionale di dette Commissioni, ai sensi dell'art. 1, lettera *d*) del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 636, la domanda proposta nei confronti dell'Amministrazione finanziaria per la restituzione di somme indebitamente versate a titolo d'imposta sul valore aggiunto, una volta che, come nella specie, ne sia stato rifiutato il rimborso, senza che la giurisdizione del giudice tributario possa venir meno per essere stato proposto il ricorso dal soggetto d'IVA (cessionario del bene o committente del servizio), invece che dal soggetto passivo del rapporto tributario, atteso che esulano dal tema della giurisdizione e sono al suo accertamento gradate le questioni relative alla legittimazione attiva ed all'ammissibilità della domanda.

Una volta esclusa la proposizione dell'azione surrogatoria, va conseguentemente disattesa l'eccezione di non integrità del contraddittorio, riferita a tale asserita azione.

Dovendo essere decise le rimanenti questioni, afferenti al merito, è bene prendere le mosse dal non controverso accertamento in fatto, secondo cui la Grosso aveva assunto la veste di committente di servizi — rispetto ai quali era stata assolta l'IVA senza tener conto dell'esenzione pacificamente spettante — e dalla premessa, in diritto, che

ella non era il soggetto passivo del rapporto tributario (intercorrente, ai sensi dell'art. 17 del d.P.R. n. 633/1972, tra chi effettua la cessione di beni o, come nella specie, la prestazione di servizi e l'Amministrazione finanziaria).

Merita anche consenso il rilievo della ricorrente secondo cui il committente dei servizi (o cessionario dei beni), pur non essendo soggetto passivo di detto rapporto, è, tuttavia soggetto d'IVA e che tale veste non è del tutto priva di conseguenze. Queste non possono essere, però, tali da far assumere al cessionario o committente la stessa posizione del cedente o prestatore, come avverrebbe se si affermasse che sono obbligati, in tale veste, a versare l'imposta o la differenza d'imposta dovute.

La norma dell'art. 41 del d.P.R. n. 633/1972 — vigente, all'epoca dei fatti, nel suo testo originario, di portata precettiva più ristretta rispetto a quella dell'articolo risultante dalle modifiche di cui al d.P.R. 29 gennaio 1979 n. 24 — non autorizza, nemmeno nella sua attuale formulazione, a ritenere che il cessionario del bene o il committente del servizio sia obbligato al pagamento dell'imposta nei casi, ben diversi da quello in esame, di totale o parziale evasione da parte del soggetto tenuto ad emettere la (regolare) fattura.

Secondo la norma originaria cessionario o committente erano obbligati al pagamento della pena pecuniaria, in solido con l'autore della violazione, per il solo fatto di avere effettuato l'operazione nell'esercizio di un'impresa, arte o professione, salva la possibilità di evitare la sanzione, ponendo in essere, nei modi e nei termini prescritti, le previste attività in sanatoria, implicanti il pagamento dell'imposta non versata dal soggetto passivo.

Il nuovo testo del quarto comma dell'art. 41 precisa la natura della solidarietà del cessionario o committente per la pena pecuniaria, eliminando il dubbio, giustificato dalla precedente formulazione lessicale della norma, che si trattasse di solidarietà limitata al pagamento dell'altrui obbligazione e ricollega invece la solidarietà alla diretta responsabilità di tali soggetti ed all'omissione della predetta attività in sanatoria.

Rimane in ogni caso presupposto indefettibile per l'applicazione della pena pecuniaria o, in alternativa, per il versamento sostitutivo (nei modi e termini prescritti) l'evasione dell'imposta da parte del soggetto passivo (cedente o committente). E, nell'ipotesi di pagamento effettuato dal soggetto non direttamente obbligato il problema del rimborso presenta aspetti, ovviamente, del tutto diversi, che qui non rilevano, salvo a volerne ricavare « a contrario » argomenti a sostegno della soluzione accolta.

Ove l'evasione sia esclusa, come nel caso in cui si accerti il diritto all'esenzione e sia, addirittura, effettuato un versamento non dovuto,

non è a parlarsi di pena pecuniaria, né di obbligazione a carico del semplice soggetto d'IVA.

L'obbligo di quest'ultimo di pagare l'imposta, in via diretta all'Amministrazione non si desume neppure dagli artt. 21, sulla fatturazione delle operazioni, e 25 sulla registrazione degli acquisti.

Ne deriva che, in relazione alla fattispecie in esame, non sussiste alcuna correlazione tra obbligo di pagare e pretesa di restituzione e rimane ben definita la posizione del committente, (o cessionario), quale soggetto che ha (soltanto) pagato, in rivalsa verso l'altro contraente, un'imposta da questi non dovuta.

Al fine di risolvere la questione sul se, posta tale situazione, possa esperirsi dal soggetto d'IVA l'azione d'indebito verso l'Amministrazione, è opportuno ribadire che egli per legge (art. 26, comma secondo) ha diritto ad ottenere la restituzione dal prestatore (o cedente) dell'imposta allo stesso versata a titolo di rivalsa (v. sent. nn. 3602/90, 6808/88), anche se il medesimo prestatore (o cedente) non abbia provveduto, nel termine annuale, a norma dell'art. 26, a recuperare il maggior importo versato con successive registrazioni correttive (e quindi in via di detrazione), come ha chiarito la citata sent. n. 3602/90.

Da questo stesso precedente si ricava, per altro, come siffatta omissione non precluda al cedente (e vale anche per il prestatore di servizi), soggetto passivo del rapporto tributario ed autore del pagamento in favore dell'erario, di ripetere dall'Amministrazione quanto versato senza titolo.

Per tanto, se si ammettesse che anche il committente (o cessionario) sia abilitato ad esperire — pur in assenza di un diretto pagamento e di una espressa previsione di legge — la stessa azione di indebito verso l'Amministrazione, questa si vedrebbe esposta a domande di restituzione dello stesso tributo da parte di due distinti soggetti e, al tempo stesso, il committente (o cessionario) attribuita la facoltà di esperire due azioni, tra loro autonome, senza che, come chiarito da questa Corte con la citata pronuncia, quella ex art. 26 sia condizionata all'effettivo rimborso spettante all'altro contraente.

Consegue che, in accoglimento del ricorso, per le ragioni e nei limiti su indicati, la decisione impugnata deve essere cassata con rinvio alla stessa Commissione Tributaria Centrale, la quale, procedendo a nuovo esame della causa, dovrà fare applicazione del seguente principio di diritto:

« Il committente, il quale, in via di rivalsa, abbia corrisposto al prestatore di servizi, esenti a norma dell'art. 10 del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 634, l'imposta sul valore aggiunto, non è legittimato a ripetere dall'Amministrazione finanziaria la somma pagata a tale titolo ». (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, sez. un., 28 novembre 1991 n. 12770 - Pres. Santosuosso - Est. Rocchi - P.M. Paolucci (conf.) - Franchino c. Ministero delle Finanze (avv. Stato Palatiello).

Tributi in genere - Contenzioso tributario - Competenza e giurisdizione - Provvedimento impugnabile - Imposta di registro prenotata a debito - Liquidazione ex art. 43 disp. att. cod. proc. civ. - Ricorso alla commissione tributaria - Ammissibilità.

(d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636, art. 1; c.p.c. disp. att., art. 43).

La nota del cancelliere resa esecutiva dal capo dell'ufficio giudiziario, con la quale ex art. 43 disp. att. c.p.c. vengono liquidate e riscosse le tasse prenotate a debito, attiene all'accertamento dell'obbligazione tributaria ed è come tale impugnabile con ricorso alla commissione tributaria (1).

(omissis) Con sentenza 10 ottobre-15 ottobre 1980, la Corte di Appello di Torino omologava il concordato fallimentare proposto da Antonio Franchino.

La sentenza veniva registrata a debito, con prenotazione dell'imposta di registro per L. 6.964.100.

La cancelleria della Corte di Appello di Torino, ufficio del campione civile, procedeva, quindi, al recupero della detta somma nei confronti del Franchino, unitamente a quanto dovuto per le altre spese annote a debito.

Il cancelliere compilava al riguardo, secondo il rito (art. 43 disp. att. c.p.c.) la nota relativa, che veniva dichiarata esecutiva dal Presidente della Corte di Appello piemontese, con provvedimento avverso il quale Franchino proponeva opposizione, innanzi la stessa Corte, contestando, nel merito, che il tributo fosse dovuto.

(1) Decisione esatta di molto interesse. Per una anticipazione della conclusione ora affermata cfr. BAFILE, *Anticipazione delle spese per il procedimento fallimentare, imposta di registro e relative controversie*, in questa *Rassegna*, 1979, I, 727. Ove tra le somme prenotate a debito figurino anche un'imposta di registro la cui debenza viene manifestata all'esterno per la prima volta con la nota del cancelliere ex art. 43 disp. att. c.p.c., la contestazione che su di essa sorga è evidentemente una controversia di imposta che non può essere sottratta alla giurisdizione delle commissioni. Di tutt'altro oggetto è l'opposizione prevista nell'art. 43 che, per come è strutturata, è una opposizione di legittimità sulla formazione del titolo e non una opposizione di merito.

Sul problema più generale della interpretazione dell'art. 16 del d.P.R. n. 636/1972 nel senso di non limitare la giurisdizione delle commissioni, quale definita nell'art. 1, intendendo cioè l'accertamento in senso ampio v. Cass. 7 settembre 1991 n. 9429 in questa *Rassegna*, 1991, I, 577.

La Corte adita, giudicando sulla opposizione, con la sentenza impugnata in questa sede, affermava la propria giurisdizione e rigettava nel merito l'opposizione.

Avverso detta sentenza propone ricorso per cassazione il Franchino, sulla base di due motivi di annullamento.

Resiste con controricorso l'amministrazione finanziaria.

MOTIVI

Con il primo motivo, il ricorrente sostiene che la competenza giurisdizionale a conoscere l'opposizione sia delle Commissioni tributarie, a norma dell'art. 1 del d.P.R. n. 636/72.

Denuncia all'uopo la violazione od erronea applicazione della norma di cui all'art. 1, comma secondo lett. F del d.P.R. n. 636/72, la violazione ed erronea applicazione della norma di cui all'art. 43 delle disp. att. del c.p.c., la violazione ed erronea applicazione della norma di cui all'art. 59 del d.P.R. n. 634/72 e la violazione dell'art. 295 c.p.c.

Con il secondo motivo, denunciando violazione od erronea applicazione delle norme di cui all'art. 37 del d.P.R. n. 131/86 e del successivo art. 38, nonché degli artt. 27 e 35 d.P.R. n. 634/72 e ancora omessa e insufficiente o contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia, contesta la decisione impugnata nel merito.

La prima censura è fondata e va accolta con assorbimento della seconda.

È appena il caso di ricordare che, in attuazione della riforma tributaria, l'art. 1, comma 2, lett. F. del d.P.R. n. 636/72 ha attribuito alle Commissioni Tributarie la cognizione delle controversie tra l'amministrazione finanziaria e i contribuenti in materia di imposta di registro, con la conseguente carenza di giurisdizione del giudice ordinario in merito alle dette controversie.

Resta in vigore il previgente sistema di prenotazione a debito e successiva riscossione delle imposte di registro afferenti agli atti dei giudizi compiuti nell'interesse delle persone e degli enti ammessi al gratuito patrocinio od assimilati, quali gli atti delle procedure fallimentari di cui agli artt. 91 e 133 della L. F.

Tale sistema, peraltro, non costituisce deroga in punto di giurisdizione ai criteri di cui al citato art. 1 del d.P.R. del 1972, assumendo, rispetto al sistema di devoluzione generale alla competenza giurisdizionale delle Commissioni Tributarie delle controversie in materia tributaria, il carattere di un momento di accertamento della obbligazione fiscale (ai fini del successivo procedimento speciale di riscossione), che produce gli effetti di un qualsiasi «atto di accertamento» e consente, come tale, la possibilità del ricorso al contenzioso tributario, secondo la disciplina di quest'ultimo.

Il mezzo giuridico assegnato al cancelliere per la riscossione delle somme iscritte a campione civile non integra, perciò un decreto ingiuntivo del tipo disciplinato dal codice processuale civile e non è, di conseguenza, opponibile davanti all'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che lo ha emesso.

Va, pertanto, esclusa la competenza funzionale della Corte torinese a conoscere l'opposizione *de qua* derivante dalla competenza monitoria del suo presidente ai sensi dell'art. 43 att. c.p.c. e va affermata la competenza giurisdizionale delle Commissioni tributarie in tema di imposta di registro.

In conclusione, va accolto il primo motivo di ricorso e dichiarata la giurisdizione delle Commissioni tributarie, con assorbimento del secondo motivo, attinente al merito: per l'effetto la sentenza impugnata va cassata senza rinvio. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 14 dicembre 1991 n. 13502 - Pres. Favara - Est. Borruso - Martone (conf.) - Ministero delle Finanze (avv. Stato Arena) c. Bontempi.

Tributi erariali indiretti - Imposta di registro - Agevolazione per le case di abitazione non di lusso - Area scoperta accessoria al fabbricato - Limiti - Norme di piano regolatore o di programma di fabbricazione - Disposizioni di vincolo paesaggistico - Parificazione - Esclusione.

(legge 2 luglio 1949, n. 408, art. 14; d.l. 11 dicembre 1967, n. 1150, art. 6-bis).

Il principio dell'art. 6 bis del d.l. 11 dicembre 1967 n. 1150 secondo il quale l'agevolazione dell'art. 14 della legge 2 luglio 1949 n. 408 prevista per le case di abitazione non di lusso si estende all'area scoperta accessoria del fabbricato nella quantità necessaria per poter eseguire la costruzione in conformità delle norme di piano regolatore o di programma di fabbricazione non si estende alle superfici scoperte inedificabili in favore di vincolo paesistico (1).

(*omissis*) Il ricorso «de quo» (perfettamente ammissibile essendo stato notificato, entro un anno dal deposito della decisione impugnata che non risulta notificata in precedenza, anno prolungato di un mese e mezzo per effetto della legge sulle ferie giudiziarie, al domicilio dichiarato dalla contribuente nel corso del procedimento tributario) è fondato per le seguenti concatenate ragioni:

1) le Commissioni Tributarie hanno, in sostanza applicato, nella specie, l'analogia: esse, infatti, hanno ritenuto che una disposizione det-

(1) Decisione da condividere. Non constano precedenti in termini.

tata in riferimento espresso ai Comuni dotati di piano regolatore generale o di programma di fabbricazione — quale è l'art. 6 *ter* della l. 2 luglio 1949 n. 408, così come modificato dalla l. 7 febbraio 1968 n. 26 — potesse estendersi alla diversa situazione di un terreno sul quale siano stati imposti dalla sovrintendenza delle Belle Arti vincoli parziali di inedificabilità.

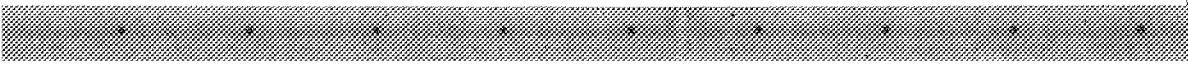
2) Il ricorso alla analogia non è consentito in materia di concessione di agevolazioni tributarie a norma dell'art. 14 delle preleggi (come costantemente ritenuto nella giurisprudenza di questa Corte) che ammette in proposito solo l'interpretazione estensiva, la quale, però, qui non è ravvisabile, non potendosi in alcun modo far rientrare nel concetto di piano regolatore o di programma di fabbricazione anche quello ben diverso, per natura e finalità, dei vincoli paesaggistici imposti dalle Belle Arti;

3) Anche a voler prescindere da quanto sopra, nella specie non sembra potersi applicare il principio « ubi eadem ratio, ibi eadem juris, dispositio » che dell'analogia è il presupposto.

Se, infatti, si considera che la « ratio » del citato art. 6 *ter* consiste nella volontà da parte del legislatore di favorire la costruzione di case anche nei Comuni nei quali i piani regolatori o i programmi di fabbricazione impongono un determinato rapporto tra il volume fabbricabile e il terreno adiacente che deve rimanere inedificato, analoga intenzione del legislatore non è affatto presumibile per quei Comuni il cui territorio abbia un particolare valore paesaggistico e siano sforniti di strumenti urbanistici: in essi è infatti, da presumere che non si vogliono affatto favorire le costruzioni, ma, al contrario, limitarle e che questo proprio sia lo scopo dei provvedimenti presi dalle Belle Arti per imporre, a chi voglia costruire, l'onere di acquistare una notevole estensione di terreno circostante da lasciare verde. Se, pure, quindi, l'effetto pratico è il medesimo in entrambi i casi, ben diverse possono ritenersi le finalità del legislatore, sicché non appaia affatto ingiustificata la non estensione delle agevolazioni fiscali previste per i Comuni dotati di strumenti urbanistici a quei Comuni che ne siano sforniti, ma il cui territorio abbia rilevante valore paesaggistico: e ciò specie se si considera che il primo tipo di Comune è solitamente quello che presenta una forte concentrazione di popolazione per la cui vita sana e ordinata è parimenti necessario sia un piano regolatore (o un programma di fabbricazione) da rispettare quanto la costruzione di un numero di abitazioni corrispondenti alle esigenze (e di qui l'intento di favorirle mediante le agevolazioni fiscali), mentre per il secondo tipo di Comune la assenza di specifici strumenti urbanistici destinati a regolare lo sviluppo delle abitazioni e, contemporaneamente, la presenza di vincoli

paesaggistici fanno presumere che l'intento dell'Autorità sia quello non di regolare lo sviluppo delle abitazioni, ma piuttosto, di impedirlo (o, quanto meno, frenarlo) per la preminenza di interessi ritenuti superiori a quello abitativo.

4) Ciò spiega anche perché, in tal caso, non si profila alcuna questione di illegittimità costituzionale del citato art. 6 *ter* per sospetta violazione del principio di eguaglianza, trattandosi di situazioni aventi presupposti diversi che giustificano trattamenti diversi. (*omissis*)



PARTE SECONDA

lla

i cui
presso
udizio

d.l. 12 gennaio 1991, n. 6, art. 2, terzo comma, [convertito in legge 15 marzo 1991, n. 80] (artt. 117, 118 e 119, terzo comma, della Costituzione).

Sentenza 19 dicembre 1991, n. 476, *G.U.* 24 dicembre 1991, n. 51.

d.l. 6 febbraio 1991, n. 35, art. 1, commi secondo, terzo, quarto, quinto, settimo, ottavo e decimo [come convertito nella legge 4 aprile 1991, n. 111] (artt. 4 comma primo, n. 7; 9, comma primo, n. 10; 16, comma primo; 54, comma primo dello statuto speciale Trentino-Alto Adige).

Sentenza 17 ottobre 1991, n. 386, *G.U.* 23 ottobre 1991, n. 42.

d.l. 6 febbraio 1991, n. 35, art. 1, ottavo comma, ultimo periodo [come convertito dalla legge 4 aprile 1991, n. 111] (artt. 87 e 88 dello statuto per il Trentino-Alto Adige).

Sentenza 17 ottobre 1991, n. 386, *G.U.* 23 ottobre 1991, n. 42.

legge 19 febbraio 1991, n. 50, art. 3 (artt. 3 e 38, secondo comma, della Costituzione).

Sentenza 9 dicembre 1991, n. 440, *G.U.* 18 dicembre 1991, n. 50.

disegno di legge reg. Sicilia approvato il 16 aprile 1991, art. 1 (art. 17, lett. c, dello statuto siciliano e art. 97 della Costituzione).

Sentenza 17 ottobre 1991, n. 387, *G.U.* 23 ottobre 1991, n. 42.

disegno di legge approvato dall'Ass. reg. siciliana il 16 aprile 1991, art. 31, lettere c) e g) (artt. 14 e 17 dello statuto siciliano e 119 della Costituzione).

Sentenza 17 ottobre 1991, n. 385, *G.U.* 23 ottobre 1991, n. 42.

CONSULTAZIONI

BELLEZZE NATURALI - *Nulla osta paesistico - Se si applichi l'istituto del silenzio-assenso.*

Se per il nulla osta relativo alle trasformazioni di aree protette da vincolo paesistico sia configurabile il ricorso al silenzio-assenso in conformità a quanto previsto per le concessioni edilizie (cs. 9911/90).

BENI - Immobili - Persone giuridiche - Società di persone - Autorizzazione all'acquisto - Immobili ubicati in zone di confine - Se sia necessaria.

Se l'autorizzazione prefettizia per l'acquisto di immobili siti in zone di confine — la cui necessità è esclusa per le persone giuridiche dall'art. 9 L. n. 104/90 — sia o meno necessaria per le società di persone (cs. 4726/91).

CIRCOLAZIONE STRADALE - *Violazione delle disposizioni relative al cronotachigrafo - Sanzioni - Limiti soggettivi.*

Se, nella ipotesi di violazione da parte del conducente di disposizioni relative all'utilizzazione del cronotachigrafo, sia configurabile, accanto alla responsabilità dello stesso conducente, anche quella del titolare della autorizzazione al trasporto di cose (cs. 688/91).

COMUNITÀ EUROPEE - *Aiuti alla produzione - Olio di oliva - Rilevanza delle risultanze del catasto oleicolo.*

Se e quale rilevanza abbiano i dati del catasto oleicolo ai fini degli aiuti riconosciuti in conformità alle norme comunitarie (cs. 3740/91).

DEMANIO - *Concessione - Canone - Determinazione.*

In quale misura debba essere determinato il canone per la concessione di beni demaniali in seguito alla entrata in vigore della L. n. 692/81 (cs. 6598/91).

FALLIMENTO - *Procedure concorsuali - Amministrazione straordinaria - Compensazione di crediti vantati nei confronti della impresa in bonis con debiti successivamente sorti nei confronti della gestione commissariale.*

Se, nella ipotesi di sottoposizione di impresa alla procedura di amministrazione straordinaria, siano suscettibili di compensazione crediti vantati nei confronti della impresa sorti precedentemente all'inizio della procedura concorsuale con debiti sorti successivamente (cs. 4970/91).

IMPIEGO PUBBLICO - Agenti di P.S. e di P.G. - Difesa in giudizio.

In quali ipotesi l'Agente di P.S. o di P.G. sottoposto a procedimento possa avvalersi, ai fini del patrocinio, della disposizione agevolativa di cui all'art. 32 L. n. 152/75, alla luce del sopravvenuto art. 9 L. n. 232/90 (cs. 2407/91).

Dipendenti delle Università - Personale tecnico ed amministrativo - Inquadramento.

Come si debbano risolvere, ai fini dell'inquadramento del personale tecnico ed amministrativo dipendente da Università, talune questioni interpretative poste dall'art. 9 L. 23 novembre 1991 n. 21 (cs. 5552/91).

Sospensione cautelare dal servizio - Sospensione facoltativa - Efficacia temporale.

Se la disposizione concernente la efficacia temporale della sospensione cautelare contenuta nella L. n. 19/90 si applichi alle sospensioni dal servizio irrogate prima della entrata in vigore della legge stessa (cs. 8847/90).

MEZZOGIORNO - Fondo di rotazione per l'innovazione tecnologica - Risorse non utilizzate - Se debbano essere ripartite tra i fondi di cui all'art. 12, comma IV, L. n. 64/86.

Se le risorse del Fondo di rotazione per l'innovazione tecnologica costituito con l'art. 14 L. n. 46/82 che, alla fine di ogni gestione, risultino non utilizzate dagli imprenditori debbano rimanere nella disponibilità del Fondo stesso per una successiva utilizzazione nell'esercizio successivo, ovvero debbano essere ripartite tra i vari fondi di cui al comma IV dell'art. 12 L. n. 64/86, destinati alla concessione di mutui a tasso agevolato (cs. 7638/90).

MISURE CAUTELARI - Errore giudiziario ed ingiusta detenzione - Riparazione - Se spetti per le detenzioni anteriori all'entrata in vigore del nuovo Codice di procedura penale.

Se la riparazione per ingiusta detenzione di cui all'art. 314 c.p.p. spetti anche nel caso che la detenzione si sia conclusa anteriormente all'entrata in vigore del nuovo Codice di procedura penale (cs. 3469/91).

POSTE E TELECOMUNICAZIONI - Programmi-contenitore destinati ai ragazzi - Se operi il divieto di pubblicità.

Se il divieto di pubblicità nei cartoni animati operi anche con riferimento ai cd. « programmi-contenitore », nell'ambito dei quali, nell'intervallo tra la programmazione di cartoni animati, telefilm, documentari, vengano trasmessi annunci pubblicitari (cs. 4903/91).

REATO - *Reati connessi a servizi postali - « Esperimenti di prova » - Se costituiscano attività di agente provocatore.*

Se i cosiddetti « esperimenti di prova » — attraverso i quali l'Amministrazione postale controlla la regolarità delle prestazioni effettuate dai dipendenti, anche ai fini del rilievo di una eventuale attività penalmente rilevante — possano costituire attività assimilabile a quella dell'« agente provocatore » (cs. 5989/87).

SANITÀ - *Malattie epizootiche - Abbattimento animali infetti - Indennità - Distruzione di prodotti contaminati - Se spetti.*

Se la indennità prevista nella ipotesi di abbattimento di animali infetti spetti anche per la distruzione di materiale contaminato (cs. 5158/91).

SANZIONI AMMINISTRATIVE (IN GENERALE) - *Violazioni amministrative - Estinzione per oblazione - Confisca - Esperibilità.*

Se, nel caso di estinzione per oblazione di un illecito amministrativo sanzionato con pena pecuniaria, sia possibile applicare la sanzione accessoria della sospensione della licenza prevista dall'art. 21, comma 4, della L. n. 689/81 (cs. 9148/90).

STRADE - *Sclassificazione - Competenza ad emanare il decreto.*

Se il decreto di sclassificazione di strade in gestione all'ANAS debba essere emanato dal Direttore Generale dell'Azienda (su delega del Ministro dei LL.PP.), ovvero debba essere oggetto di decreto interministeriale del Ministro dei LL.PP. e del Ministro delle Finanze, in considerazione della natura demaniale dei beni (cs. 4938/90).

TRIBUTI ERARIALI DIRETTI - *IRPEF - Versamento diretto tramite Istituto di credito - Termine - Scadenza - Proroga.*

Se ai decreti di proroga dei termini in forza di decreto adottato ex D. Lgs. n. 1/48, applicabili per il versamento da parte di Istituto di credito, al quale sia conferita delega irrevocabile da parte del contribuente, di somme dovute a titolo di IRPEF, siano applicabili le modalità di computo stabilite dall'art. 2963 c.c. (cs. 3565/88).

TRIBUTI ERARIALI INDIRETTI - *Imposta di consumo gas metano - Utilizzazione per la gestione di campeggi - Se sia applicabile o meno l'imposta per gli usi delle imprese artigiane, agricole e industriali.*

Se il gas metano utilizzato per le necessità della gestione di campeggi sia assoggettato all'aliquota di imposta di consumo prevista per impieghi diversi da quelli industriali, ovvero a quella per gli usi delle imprese artigiane, agricole e industriali (cs. 8392/90).

Imposta sul Valore Aggiunto - Canone di locazione - Somme corrisposte dopo la scadenza del contratto o in base a verbale di conciliazione - Se siano assimilabili.

Se, ai fini IVA, le somme dovute dal conduttore al locatore dopo la scadenza del contratto ed in costanza di occupazione dell'immobile e le somme corrisposte in base ad una conciliazione siano assimilabili ai canoni di locazione (cs. 4851/91).

Imposta sul Valore Aggiunto - Regime IVA delle attività agricole - Se sia applicabile all'attività di « ingrasso » degli animali.

Se rientri tra le attività agricole contemplate dall'art. 2135 c.c., ai fini della applicazione del regime IVA forfettario previsto dall'art. 34 d.P.R. n. 633/72, l'attività limitata unicamente all'ingrasso di animali della specie bovina (cs. 5072/91).

TRIBUTI (IN GENERALE) - Violazioni tributarie - Misure cautelari - Se debbano essere revocate in seguito a pronunzie non definitive delle Commissioni tributarie.

Se le misure cautelari adottate a garanzia di debiti sorgenti da violazioni tributarie debbano essere revocate in seguito a pronunzie — negative per gli interessi erariali — adottate da Commissioni tributarie, non ancora definitive (cs. 3859/91).

TRIBUTI LOCALI - Imposta comunale di pubblicità - Regime delle vetrofanie su cabine telefoniche pubbliche.

Se siano soggette alla imposta comunale di pubblicità le vetrofanie recanti il marchio SIP apposte sulle cabine telefoniche pubbliche (cs. 7365/90).

Tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani - Sgombero della neve - Applicabilità.

Se la tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani si applichi anche allo sgombero della neve (cs. 4349/91).

USI CIVICI - Accertamento - Competenza.

Se, tra le competenze trasferite alle Regioni in materia, rientri quella dell'accertamento della sussistenza di usi civici, ovvero se prevalga il carattere giurisdizionale di detto accertamento (cs. 8981/90).

RASSEGNA DI LEGISLAZIONE

QUESTIONI DI LEGITTIMITA COSTITUZIONALE

I - NORME DICHIARATE INCOSTITUZIONALI

Codice di procedura penale, art. 11, terzo comma.

Sentenza 31 ottobre 1991, n. 390, *G.U.* 6 novembre 1991, n. 44.

codice di procedura penale, art. 34, secondo comma, nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al successivo giudizio abbreviato il giudice per le indagini preliminari presso il tribunale che abbia emesso l'ordinanza di cui all'art. 409, quinto comma, del medesimo codice.

Sentenza 12 novembre 1991, n. 401, *G.U.* 20 novembre 1991, n. 46.

codice penale militare di pace, art. 215, limitatamente alle parole « ovvero lo distrae a profitto proprio o di altri ».

Sentenza 13 dicembre 1991, n. 448, *G.U.* 18 dicembre 1991, n. 50.

codice penale militare di pace, art. 260, secondo comma, nella parte in cui non prevede che i reati ivi previsti siano puniti a richiesta del comandante di altro ente superiore, allorché il comandante del corpo di appartenza del militare colpevole sia la persona offesa dalla condotta contestata.

Sentenza 13 dicembre 1991, n. 449, *G.U.* 18 dicembre 1991, n. 50.

legge 8 marzo 1968, n. 152, art. 4, primo comma, nella parte in cui non prevede, nel caso di trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro a tempo parziale e viceversa, il proporzionamento dell'ammontare dell'indennità premio di servizio ai periodi pregressi di servizio a tempo pieno o, rispettivamente, ai periodi di servizio a tempo parziale.

Sentenza 22 novembre 1991, n. 421, *G.U.* 27 novembre 1991, n. 47.

legge 18 marzo 1968, n. 313, art. 44, ultimo comma, e d.P.R. 23 dicembre 1978, n. 915, art. 40, terzo comma, nella parte in cui non consentono al coniuge superstite di fruire della pensione di guerra quando il matrimonio, avvenuto successivamente alla data in cui sono state contratte le ferite o malattie dalle quali è derivata la morte del militare o del civile, sia durato, senza che sia nata prole ancorché postuma, meno di un anno.

Sentenza 13 dicembre 1991, n. 450, *G.U.* 18 dicembre 1991, n. 50.

legge 15 dicembre 1972, n. 772, art. 8, terzo comma, nella parte in cui non prevede che l'espiazione della pena da parte di chi, al di fuori dei casi di ammissione ai benefici concessi dalla suddetta legge, rifiuta, in tempo di pace, per i motivi di coscienza indicati nell'art. 1 della predetta legge, il servizio militare di leva, dopo averlo assunto, esonera dalla prestazione del servizio militare.

Sentenza 19 dicembre 1991, n. 467, *G.U.* 24 dicembre 1991, n. 51.

legge reg. Campania 3 luglio 1973, n. 14, art. 7.

Sentenza 31 ottobre 1991, n. 389, *G.U.* 6 novembre 1991, n. 44.

legge 26 luglio 1975, n. 354, art. 47 ter [nel testo introdotto dall'art. 13 della legge 10 ottobre 1986, n. 663], nella parte in cui non prevede che la reclusione militare sia espiata in detenzione domiciliare quando trattasi di « persona in condizioni di salute particolarmente gravi che richiedono costanti contatti con i presidi sanitari territoriali ».

Sentenza 19 novembre 1991, n. 414, *G.U.* 27 novembre 1991, n. 47.

d.P.R. 23 dicembre 1978, n. 915, art. 40, terzo comma, e legge 18 marzo 1968, n. 313, art. 44 ultimo comma, nella parte in cui non consentono al coniuge superstite di fruire della pensione di guerra quando il matrimonio, avvenuto successivamente alla data in cui sono state contratte le ferite o malattie dalle quali è derivata la morte del militare o del civile, sia durato, senza che sia nata prole ancorché postuma, meno di un anno.

Sentenza 13 dicembre 1991, n. 450, *G.U.* 18 dicembre 1991, n. 50.

legge 23 aprile 1981, n. 154, art. 2, terzo comma, nella parte in cui non prevede che la causa di ineleggibilità a consigliere regionale del dipendente regionale cessi anche con il collocamento in aspettativa ai sensi del secondo comma dello stesso art. 2.

Sentenza 17 ottobre 1991, n. 388, *G.U.* 23 ottobre 1991, n. 42.

legge 22 agosto 1985, n. 450, art. 1, primo comma, nella parte in cui non eccettua dalla limitazione della responsabilità del vettore per i danni derivanti da perdita o avaria delle cose trasportate il caso di dolo o colpa grave.

Sentenza 22 novembre 1991, n. 420, *G.U.* 27 novembre 1991, n. 47.

legge 22 agosto 1985, n. 450, art. 1, primo comma, nella parte in cui non prevede un meccanismo di aggiornamento del massimale prescritto per l'ammontare del risarcimento.

Sentenza 22 novembre 1991, n. 420, *G.U.* 27 novembre 1991, n. 47.

legge reg. Friuli-Venezia Giulia, 28 ottobre 1986, n. 42, art. 3.

Sentenza 9 dicembre 1991, n. 437, *G.U.* 18 dicembre 1991, n. 50.

legge 16 febbraio 1987, n. 81, art. 2, direttiva n. 18, nell'inciso « eccezion fatta per i reati commessi in udienza ».

Sentenza 31 ottobre 1991, n. 390, *G.U.* 6 novembre 1991, n. 44.

legge reg. Friuli-Venezia Giulia 13 dicembre 1989, n. 36, art. 1.

Sentenza 9 dicembre 1991, n. 437, *G.U.* 18 dicembre 1991, n. 50.

d.l. 12 gennaio 1991, n. 6, art. 5, quinto comma, [convertito in legge 15 marzo 1991, n. 80], nella parte in cui prevede l'iscrizione nello stato di previsione del Ministero dell'Interno dell'autorizzazione di spesa per le finalità di cui alla legge 23 marzo 1981, n. 93 e successive modificazioni e ne fissa le modalità di ripartizione, anziché l'iscrizione dell'autorizzazione nei capitoli dello stato di previsione della spesa per i finanziamenti alle regioni destinati alle finalità predette.

Sentenza 19 dicembre 1991, n. 476, *G.U.* 24 dicembre 1991, n. 51.

decreto-legge 6 febbraio 1991, n. 35, art. 1, commi settimo e ottavo [come convertito dalla legge 4 aprile 1991, n. 111], nella parte in cui attribuiscono al Commissario del governo i poteri sostitutivi, ivi previsti.

Sentenza 17 ottobre 1991, n. 386, *G.U.* 23 ottobre 1991, n. 42.

legge 7 febbraio 1991, n. 42, artt. 2, secondo e terzo comma, e 7, secondo comma.

Sentenza 17 ottobre 1991, n. 384, *G.U.* 23 ottobre 1991, n. 42.

disegno di legge approvato dall'Ass. reg. siciliana il 16 aprile 1991, art. 30, nella parte in cui non prevede che l'organo competente per il controllo sugli atti delle unità sanitarie locali sia integrato da un rappresentante del Ministero del tesoro e da un esperto in materia sanitaria designato dal consiglio regionale.

Sentenza 17 ottobre 1991, n. 385, *G.U.* 23 ottobre 1991, n. 42.

II - QUESTIONI DICHIARATE NON FONDATE

Codice civile, art. 244, ultimo comma [nel testo sostituito dall'art. 81 della legge 4 maggio 1983, n. 184] (artt. 3 e 30 della Costituzione).

Sentenza 27 novembre 1991, n. 429, *G.U.* 4 dicembre 1991, n. 48.

codice di procedura civile, art. 444, terzo comma (artt. 3, 24 e 25 della Costituzione).

Sentenza 19 dicembre 1991, n. 477, *G.U.* 24 dicembre 1991, n. 51.

codice di procedura penale, art. 34, secondo comma, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità del giudice per le indagini preliminari presso il tribunale che abbia disposto il giudizio immediato a partecipare al giudizio abbreviato (artt. 25 e 101 della Costituzione).

Sentenza 12 novembre 1991, n. 401, *G.U.* 20 novembre 1991, n. 46.

codice di procedura penale, art. 34, secondo comma, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità del giudice per le indagini preliminari presso il tribunale che ha emesso l'ordinanza di cui al predetto art. 409, quinto comma, a partecipare all'udienza preliminare (artt. 76 e 77 della Costituzione).

Sentenza 12 novembre 1991, n. 401, *G.U.* 20 novembre 1991, n. 46.

r.d.l. 30 dicembre 1923, n. 3267, art. 50 (art. 42, secondo comma, della Costituzione).

Sentenza 31 ottobre 1991, n. 393, *G.U.* 13 novembre 1991, n. 45.

r.d. 28 aprile 1938, n. 1165, art. 32 (artt. 3 e 24 della Costituzione).

Sentenza 19 novembre 1991, n. 419, *G.U.* 27 novembre 1991, n. 47.

d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361, art. 119 [nel testo sostituito dall'art. 11 della legge 21 marzo 1990, n. 53] (artt. 3 e 36, terzo comma, della Costituzione).

Sentenza 13 dicembre 1991, n. 452, *G.U.* 18 dicembre 1991, n. 50.

legge 5 marzo 1963, n. 246, artt. 3, 4, 5 (artt. 3, 23 e 53 della Costituzione).

Sentenza 22 novembre 1991, n. 423, *G.U.* 27 novembre 1991, n. 47.

legge reg. Trentino-Alto Adige 7 settembre 1964, n. 30, artt. 1 e 2 (artt. 2, 3, 5, 18, 97, 116, 117, 118 e 120 della Costituzione).

Sentenza 13 dicembre 1991, n. 454, *G.U.* 18 dicembre 1991, n. 50.

d.P.R. 31 ottobre 1967, n. 1401, art. 1, primo comma, lett. b) (artt. 56, 57 e 65 dello statuto speciale reg. Friuli-Venezia Giulia).

Sentenza 31 ottobre 1991, n. 392, *G.U.* 13 novembre 1991, n. 45.

legge 8 marzo 1968, n. 152, art. 4, primo comma (art. 3 della Costituzione).

Sentenza 27 novembre 1991, n. 430, *G.U.* 4 dicembre 1991, n. 48.

legge 29 ottobre 1971, n. 889, art. 27 (artt. 3 e 52, secondo comma, della Costituzione).

Sentenza 19 dicembre 1991, n. 469, *G.U.* 24 dicembre 1991, n. 51.

d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636, art. 39, primo comma (artt. 3, primo comma, e 97, primo comma, della Costituzione).

Sentenza 12 novembre 1991 n. 404, *G.U.* 20 novembre 1991, n. 46.

legge 20 maggio 1975, n. 164, art. 1, n. 1, lett. b)(artt. 3, secondo comma, 36, primo comma, 38, secondo comma, 41, primo e secondo comma, 97, primo comma, della Costituzione).

Sentenza 9 dicembre 1991, n. 439, *G.U.* 18 dicembre 1991, n. 50.

legge prov. Trento 9 dicembre 1978, n. 56, artt. 1, 2 e 3 (artt. 5, 116 e 117 della Costituzione).

Sentenza 13 dicembre 1991, n. 454, *G.U.* 18 dicembre 1991, n. 50.

d.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761, art. 53 (artt. 3 e 38, secondo comma, della Costituzione).

Sentenza 9 dicembre 1991, n. 440, *G.U.* 18 dicembre 1991, n. 50.

legge reg. Veneto 8 maggio 1980, n. 47, art. 13, quarto comma (artt. 3, 41, primo comma, e 117 della Costituzione).

Sentenza 19 dicembre 1991 n. 478, *G.U.* 24 dicembre 1991, n. 51.

legge 20 settembre 1980, n. 576, art. 11, primo comma (art. 3 della Costituzione).

Sentenza 12 novembre 1991, n. 402, *G.U.* 20 novembre 1991, n. 46.

legge 1 luglio 1982, n. 426, art. 4, quarto comma (art. 3 della Costituzione).

Sentenza 12 novembre 1991, n. 403, *G.U.* 20 novembre 1991, n. 46.

decreto legge 12 settembre 1983, n. 463, art. 6, settimo comma [convertito in legge 11 novembre 1983, n. 638] (artt. 3 e 38 della Costituzione).

Sentenza 19 novembre 1991, n. 418, *G.U.* 27 novembre 1991, n. 47.

legge 22 agosto 1985, n. 450, art. 1, primo comma (art. 3 della Costituzione).

Sentenza 22 novembre 1991, n. 420, *G.U.* 27 novembre 1991, n. 47.

legge reg. Friuli-Venezia Giulia 28 ottobre 1986, n. 42, artt. 1 e 2 (artt. 4, n. 12 e 6, n. 3, dello statuto spec. reg. Friuli-Venezia Giulia).

Sentenza 9 dicembre 1991, n. 437, *G.U.* 18 dicembre 1991, n. 50.

d.P.R. 15 gennaio 1987, n. 469, art. 6, terzo comma (artt. 4, n. 12 e 6, n. 3, dello statuto spec. reg. Friuli-Venezia Giulia).

Sentenza 9 dicembre 1991, n. 437, *G.U.* 18 dicembre 1991, n. 50.

legge 5 agosto 1988, n. 341, art. 1 (artt. 3, 24, 102, 104, primo comma e 108, secondo comma, della Costituzione).

Sentenza 13 dicembre 1991, n. 451, *G.U.* 18 dicembre 1991, n. 50.

d.lgs. 28 luglio 1989, n. 27, art. 247, primo e secondo comma (artt. 101, capoverso, e 111, primo comma, della Costituzione).

Sentenza 19 dicembre 1991, n. 470, *G.U.* 24 dicembre 1991, n. 51.

d.l. 27 dicembre 1989, n. 413, art. 1, comma quarto-quinquies [convertito in legge 28 febbraio 1990 n. 37] (artt. 3 e 38, secondo comma, della Costituzione).

Sentenza 9 dicembre 1991, n. 440, *G.U.* 18 dicembre 1991, n. 50.

d.l. 12 gennaio 1991, n. 6, art. 2, terzo comma, [convertito in legge 15 marzo 1991, n. 80] (artt. 117, 118 e 119, terzo comma, della Costituzione).

Sentenza 19 dicembre 1991, n. 476, *G.U.* 24 dicembre 1991, n. 51.

d.l. 6 febbraio 1991, n. 35, art. 1, commi secondo, terzo, quarto, quinto, settimo, ottavo e decimo [come convertito nella legge 4 aprile 1991, n. 111] (artt. 4 comma primo, n. 7; 9, comma primo, n. 10; 16, comma primo; 54, comma primo dello statuto speciale Trentino-Alto Adige).

Sentenza 17 ottobre 1991, n. 386, *G.U.* 23 ottobre 1991, n. 42.

d.l. 6 febbraio 1991, n. 35, art. 1, ottavo comma, ultimo periodo [come convertito dalla legge 4 aprile 1991, n. 111] (artt. 87 e 88 dello statuto per il Trentino-Alto Adige).

Sentenza 17 ottobre 1991, n. 386, *G.U.* 23 ottobre 1991, n. 42.

legge 19 febbraio 1991, n. 50, art. 3 (artt. 3 e 38, secondo comma, della Costituzione).

Sentenza 9 dicembre 1991, n. 440, *G.U.* 18 dicembre 1991, n. 50.

disegno di legge reg. Sicilia approvato il 16 aprile 1991, art. 1 (art. 17, lett. c, dello statuto siciliano e art. 97 della Costituzione).

Sentenza 17 ottobre 1991, n. 387, *G.U.* 23 ottobre 1991, n. 42.

disegno di legge approvato dall'Ass. reg. siciliana il 16 aprile 1991, art. 31, lettere c) e g) (artt. 14 e 17 dello statuto siciliano e 119 della Costituzione).

Sentenza 17 ottobre 1991, n. 385, *G.U.* 23 ottobre 1991, n. 42.

PARTE SECONDA



CONSULTAZIONI

BELLEZZE NATURALI - *Nulla osta paesistico - Se si applichi l'istituto del silenzio-assenso.*

Se per il nulla osta relativo alle trasformazioni di aree protette da vincolo paesistico sia configurabile il ricorso al silenzio-assenso in conformità a quanto previsto per le concessioni edilizie (cs. 9911/90).

BENI - Immobili - Persone giuridiche - Società di persone - Autorizzazione all'acquisto - Immobili ubicati in zone di confine - Se sia necessaria.

Se l'autorizzazione prefettizia per l'acquisto di immobili siti in zone di confine — la cui necessità è esclusa per le persone giuridiche dall'art. 9 L. n. 104/90 — sia o meno necessaria per le società di persone (cs. 4726/91).

CIRCOLAZIONE STRADALE - *Violazione delle disposizioni relative al cronotachigrafo - Sanzioni - Limiti soggettivi.*

Se, nella ipotesi di violazione da parte del conducente di disposizioni relative all'utilizzazione del cronotachigrafo, sia configurabile, accanto alla responsabilità dello stesso conducente, anche quella del titolare della autorizzazione al trasporto di cose (cs. 688/91).

COMUNITÀ EUROPEE - *Aiuti alla produzione - Olio di oliva - Rilevanza delle risultanze del catasto oleicolo.*

Se e quale rilevanza abbiano i dati del catasto oleicolo ai fini degli aiuti riconosciuti in conformità alle norme comunitarie (cs. 3740/91).

DEMANIO - *Concessione - Canone - Determinazione.*

In quale misura debba essere determinato il canone per la concessione di beni demaniali in seguito alla entrata in vigore della L. n. 692/81 (cs. 6598/91).

FALLIMENTO - *Procedure concorsuali - Amministrazione straordinaria - Compensazione di crediti vantati nei confronti della impresa in bonis con debiti successivamente sorti nei confronti della gestione commissariale.*

Se, nella ipotesi di sottoposizione di impresa alla procedura di amministrazione straordinaria, siano suscettibili di compensazione crediti vantati nei confronti della impresa sorti precedentemente all'inizio della procedura concorsuale con debiti sorti successivamente (cs. 4970/91).

IMPIEGO PUBBLICO - Agenti di P.S. e di P.G. - Difesa in giudizio.

In quali ipotesi l'Agente di P.S. o di P.G. sottoposto a procedimento possa avvalersi, ai fini del patrocinio, della disposizione agevolativa di cui all'art. 32 L. n. 152/75, alla luce del sopravvenuto art. 9 L. n. 232/90 (cs. 2407/91).

Dipendenti delle Università - Personale tecnico ed amministrativo - Inquadramento.

Come si debbano risolvere, ai fini dell'inquadramento del personale tecnico ed amministrativo dipendente da Università, talune questioni interpretative poste dall'art. 9 L. 23 novembre 1991 n. 21 (cs. 5552/91).

Sospensione cautelare dal servizio - Sospensione facoltativa - Efficacia temporale.

Se la disposizione concernente la efficacia temporale della sospensione cautelare contenuta nella L. n. 19/90 si applichi alle sospensioni dal servizio irrogate prima della entrata in vigore della legge stessa (cs. 8847/90).

MEZZOGIORNO - Fondo di rotazione per l'innovazione tecnologica - Risorse non utilizzate - Se debbano essere ripartite tra i fondi di cui all'art. 12, comma IV, L. n. 64/86.

Se le risorse del Fondo di rotazione per l'innovazione tecnologica costituito con l'art. 14 L. n. 46/82 che, alla fine di ogni gestione, risultino non utilizzate dagli imprenditori debbano rimanere nella disponibilità del Fondo stesso per una successiva utilizzazione nell'esercizio successivo, ovvero debbano essere ripartite tra i vari fondi di cui al comma IV dell'art. 12 L. n. 64/86, destinati alla concessione di mutui a tasso agevolato (cs. 7638/90).

MISURE CAUTELARI - Errore giudiziario ed ingiusta detenzione - Riparazione - Se spetti per le detenzioni anteriori all'entrata in vigore del nuovo Codice di procedura penale.

Se la riparazione per ingiusta detenzione di cui all'art. 314 c.p.p. spetti anche nel caso che la detenzione si sia conclusa anteriormente all'entrata in vigore del nuovo Codice di procedura penale (cs. 3469/91).

POSTE E TELECOMUNICAZIONI - Programmi-contenitore destinati ai ragazzi - Se operi il divieto di pubblicità.

Se il divieto di pubblicità nei cartoni animati operi anche con riferimento ai cd. « programmi-contenitore », nell'ambito dei quali, nell'intervallo tra la programmazione di cartoni animati, telefilm, documentari, vengano trasmessi annunci pubblicitari (cs. 4903/91).

REATO - *Reati connessi a servizi postali - « Esperimenti di prova » - Se costituiscano attività di agente provocatore.*

Se i cosiddetti « esperimenti di prova » — attraverso i quali l'Amministrazione postale controlla la regolarità delle prestazioni effettuate dai dipendenti, anche ai fini del rilievo di una eventuale attività penalmente rilevante — possano costituire attività assimilabile a quella dell'« agente provocatore » (cs. 5989/87).

SANITA - *Malattie epizootiche - Abbattimento animali infetti - Indennità - Distruzione di prodotti contaminati - Se spetti.*

Se la indennità prevista nella ipotesi di abbattimento di animali infetti spetti anche per la distruzione di materiale contaminato (cs. 5158/91).

SANZIONI AMMINISTRATIVE (IN GENERALE) - *Violazioni amministrative - Estinzione per oblazione - Confisca - Esperibilità.*

Se, nel caso di estinzione per oblazione di un illecito amministrativo sanzionato con pena pecuniaria, sia possibile applicare la sanzione accessoria della sospensione della licenza prevista dall'art. 21, comma 4, della L. n. 689/81 (cs. 9148/90).

STRADE - *Sclassificazione - Competenza ad emanare il decreto.*

Se il decreto di sclassificazione di strade in gestione all'ANAS debba essere emanato dal Direttore Generale dell'Azienda (su delega del Ministro dei LL.PP.), ovvero debba essere oggetto di decreto interministeriale del Ministro dei LL.PP. e del Ministro delle Finanze, in considerazione della natura demaniale dei beni (cs. 4938/90).

TRIBUTI ERARIALI DIRETTI - *IRPEF - Versamento diretto tramite Istituto di credito - Termine - Scadenza - Proroga.*

Se ai decreti di proroga dei termini in forza di decreto adottato ex D. Lgs. n. 1/48, applicabili per il versamento da parte di Istituto di credito, al quale sia conferita delega irrevocabile da parte del contribuente, di somme dovute a titolo di IRPEF, siano applicabili le modalità di computo stabilite dall'art. 2963 c.c. (cs. 3565/88).

TRIBUTI ERARIALI INDIRETTI - *Imposta di consumo gas metano - Utilizzazione per la gestione di campeggi - Se sia applicabile o meno l'imposta per gli usi delle imprese artigiane, agricole e industriali.*

Se il gas metano utilizzato per le necessità della gestione di campeggi sia assoggettato all'aliquota di imposta di consumo prevista per impieghi diversi da quelli industriali, ovvero a quella per gli usi delle imprese artigiane, agricole e industriali (cs. 8392/90).

Imposta sul Valore Aggiunto - Canone di locazione - Somme corrisposte dopo la scadenza del contratto o in base a verbale di conciliazione - Se siano assimilabili.

Se, ai fini IVA, le somme dovute dal conduttore al locatore dopo la scadenza del contratto ed in costanza di occupazione dell'immobile e le somme corrisposte in base ad una conciliazione siano assimilabili ai canoni di locazione (cs. 4851/91).

Imposta sul Valore Aggiunto - Regime IVA delle attività agricole - Se sia applicabile all'attività di « ingrasso » degli animali.

Se rientri tra le attività agricole contemplate dall'art. 2135 c.c., ai fini della applicazione del regime IVA forfettario previsto dall'art. 34 d.P.R. n. 633/72, l'attività limitata unicamente all'ingrasso di animali della specie bovina (cs. 5072/91).

TRIBUTI (IN GENERALE) - Violazioni tributarie - Misure cautelari - Se debbano essere revocate in seguito a pronunzie non definitive delle Commissioni tributarie.

Se le misure cautelari adottate a garanzia di debiti sorgenti da violazioni tributarie debbano essere revocate in seguito a pronunzie — negative per gli interessi erariali — adottate da Commissioni tributarie, non ancora definitive (cs. 3859/91).

TRIBUTI LOCALI - Imposta comunale di pubblicità - Regime delle vetrofanie su cabine telefoniche pubbliche.

Se siano soggette alla imposta comunale di pubblicità le vetrofanie recanti il marchio SIP apposte sulle cabine telefoniche pubbliche (cs. 7365/90).

Tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani - Sgombero della neve - Applicabilità.

Se la tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani si applichi anche allo sgombero della neve (cs. 4349/91).

USI CIVICI - Accertamento - Competenza.

Se, tra le competenze trasferite alle Regioni in materia, rientri quella dell'accertamento della sussistenza di usi civici, ovvero se prevalga il carattere giurisdizionale di detto accertamento (cs. 8981/90).