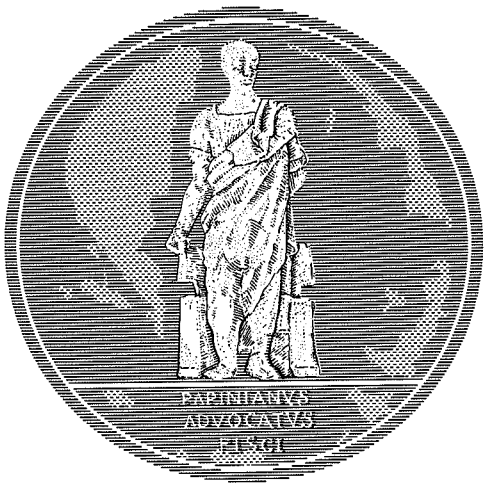
Sped. abbon. postale comma 34, art. 2, legge 549/95 - ROMA

ANNO XLVII - N. 4 OTTOBRE - DICEMBRE 1995



RASSEGNA AVVOCATURA DELLO STATO

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO

ROMA 1996

Progetto grafico dell'architetto CAROLINA VACCARO.

ANNO XLVII N. 4 OTTOBRE - DICEMBRE 1995

RASSEGNA AVVOCATURA DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO

ROMA 1995

ABBONAMENTI ANNO 1995

ANNO ..... L. **52.000**

UN NUMERO SEPARATO ..... » **13.500**

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

(8219068) Roma, 1995 – Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato – P.V.

INDICE

Parte prima: GIURISPRUDENZA

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

La pubblicazione è diretta dall'avvocato:

UGO GARGIULO

ARTICOLI, NOTE, OSSERVAZIONI, QUESTIONI

PARTE PRIMA

INDICE ANALITICO - ALFABETICO DELLA GIURISPRUDENZA

INDICE CRONOLOGICO DELLA GIURISPRUDENZA

CORTE COSTITUZIONALE

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE

GIURISDIZIONI CIVILI

CORTE DI CASSAZIONE

TRIBUNALE DI BRESCIA

TRIBUNALE DI MILANO

GIURISDIZIONI AMMINISTRATIVE

CONSIGLIO DI STATO

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO

GIURISDIZIONI PENALI

TRIBUNALE DI ROMA

PARTE SECONDA

PARTE PRIMA

GIURISPRUDENZA

SEZIONE PRIMA

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

CORTE COSTITUZIONALE, 12 settembre 1995 n. 422 - *Pres* Baldassarre *Red.* Ferri - Presidente del Consiglio dei Ministri (n.c.).

Elezioni - Composizione delle liste - Proporzioni tra candidati dei due sessi - Sostanziale riserva di quote - Eguaglianza tra i due sessi - Azioni positive per la realizzazione della parità - Illegittimità.
(Cost., artt. 3, 49 e 51; legge 25 marzo 1993, n. 81, art. 5).

Le norme che impongono nella presentazione delle candidature alle cariche pubbliche elettive qualsiasi forma di quote ripartite tra i sessi violano il principio di eguaglianza, secondo il quale l'appartenenza all'uno o all'altro sesso non può mai costituire requisito di eleggibilità (1).

(*omissis*) Il Consiglio di Stato ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 2, ultimo periodo, della legge 25 marzo 1993, n. 81 dal titolo « Elezione diretta del sindaco, del presidente della provincia, del consiglio comunale e del consiglio provinciale ». La disposizione, che si riferisce all'elezione dei consiglieri comunali nei comuni con popolazione sino a 15.000 abitanti, recita: « Nelle liste dei candidati nessuno dei due sessi può essere di norma rappresentato in misura superiore a due terzi ». Ad avviso del giudice remittente detta norma

(1) Giova richiamare l'attenzione anzitutto sull'ampio uso del potere ex art. 27 legge 87/1953 fatto nel caso di specie dalla Corte, che ha esteso la dichiarazione di incostituzionalità a tutta una serie di leggi statali e regionali che avevano introdotto principi analoghi a quelli della legge denunciata, sull'onda di un modello che evidentemente era sembrato a molti un valido strumento per promuovere una sostanziale parità di trattamento tra uomo e donna anche nel campo politico.

Peraltro appare singolare annotare che la causa di merito era nata per un ricorso al TAR del Molise di un elettore — uomo — il quale rappresentava che nelle elezioni comunali per il comune di Baranello, su trentasei candidati presentati nelle tre liste esistenti, una sola era donna.

La sentenza, facendo applicazione del criterio di eguaglianza nel modo lineare richiamato espressamente nella massima, perviene agevolmente alla conclusione di illegittimità della normativa sulle quote dei sessi e tuttavia avverte poi la necessità di tornare sulla questione per prendere atto delle

contrasterebbe con gli artt. 3, primo comma, 49 e 51, primo comma, della Costituzione.

Questa Corte, pertanto, è chiamata a decidere se la norma che stabilisce una riserva di quote per l'uno e per l'altro sesso nelle liste dei candidati, sia compatibile col principio di eguaglianza enunciato nel primo comma dell'art. 3 e confermato, per quanto riguarda specificamente l'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive, dal primo comma dell'art. 51; nonché col diritto di tutti i cittadini, garantito dall'art. 49, « di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale »; diritto di cui la presentazione delle liste dei candidati alle elezioni costituisce essenziale estrinsecazione.

Il Consiglio di Stato si è dato carico, in primo luogo, dell'interpretazione della norma; questione del resto posta come unico motivo d'appello contro la sentenza del TAR della Basilicata sul quale il giudice *a quo* deve pronunciarsi.

Il legislatore, nello stabilire la quota di riserva per l'uno e per l'altro sesso nelle liste dei candidati al consiglio comunale, ha usato la locuzione « di norma », espressione che, secondo il giudice di primo grado, indicava il carattere solo programmatico e d'indirizzo della disposizione. Il giudice d'appello, invece, uniformandosi a proprie precedenti decisioni, ritiene che essa abbia carattere precettivo, e che tale lettura venga confermata dalla successiva modifica legislativa intervenuta con la legge 15 ottobre 1993, n. 72. Non vi sono motivi per discostarsi da questa interpretazione, del resto già enunciata dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato.

Si può quindi passare all'esame del merito della questione, valutando in primo luogo, congiuntamente, per la loro intima connessione, i profili di violazione dell'art. 3, primo comma, e 51, primo comma, della Costituzione.

La questione è fondata.

« buone intenzioni » del legislatore, che aveva inteso realizzare con la norma censurata una sorta di azione positiva volta a favorire il raggiungimento di una parità non soltanto formale tra i due sessi. La Corte dichiara di apprezzare tale finalità, ricordando le varie leggi ad essa ispirate, ma la ritiene inidonea a superare la regola inderogabile della parità assoluta ex art. 51 Cost.

Concordando con parte della dottrina, si ritiene in motivazione che misure come quelle delle quote di candidati non tendono solo a proporsi di rimuovere gli ostacoli che impediscono alle donne di raggiungere determinati risultati, ma provvedono direttamente ad attribuire loro tali risultati.

Per quanto ineccepibile sia la logica paritaria seguita dalla Corte, rimane una lacuna che infatti la sentenza indica al legislatore invitandolo ad individuare altri tipi di intervento che possano agire direttamente sulle differenze delle condizioni culturali, economiche e sociali.

G.P.P.

Sostiene il giudice remittente che il principio di eguaglianza secondo cui « tutti sono uguali davanti alla legge senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali » (art. 3 primo comma) si pone « prima di tutto come regola di irrilevanza giuridica del sesso e delle altre diversità contemplate ».

Tale regola, è a sua volta ribadita, in materia di elettorato passivo, dall'art. 51, primo comma: « tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizione di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge »; eguaglianza che, secondo il giudice remittente, non può avere significato diverso da quello dell'indifferenza del sesso ai fini considerati.

Detta lettura del dettato costituzionale non può non essere condivisa. Essa corrisponde infatti al significato letterale ed esplicito della formula adottata, ed al suo collegamento con il primo comma dell'art. 3. Anzi, proprio con riferimento alla formulazione di questa norma, potrebbe apparire superflua la specificazione « dell'uno e dell'altro sesso », essendo di per sé sufficiente l'espressione « tutti i cittadini »; ma è invece comprensibile che i costituenti — così come già nell'art. 48 avevano ribadito « sono elettori tutti i cittadini, uomini e donne, ... » — abbiano voluto rafforzare, in riferimento agli uffici pubblici e alle cariche elettive, il precetto esplicito dell'eguaglianza fra i due sessi. Va tenuto conto del contesto storico in cui essi operavano: le leggi vigenti escludevano le donne da buona parte degli uffici pubblici, e l'elettorato attivo e passivo, concesso loro nel 1945 (decreto legislativo luogotenenziale 1° febbraio 1945, n. 23), era stato per la prima volta esercitato in sede politica con la elezione della stessa Assemblea costituente. Anche dai lavori preparatori e dal raffronto del testo della Carta costituzionale con quello proposto dalla commissione dei settantacinque, si ricava che si volle sottolineare l'eguaglianza fra i due sessi, nel significato prima ricordato, senza possibilità di dubbi: fu aggiunta la menzione delle cariche elettive, e fu soppresso l'inciso « conformemente alle loro attitudini » nel timore che potesse giustificare il mantenimento di esclusioni discriminatrici nei confronti delle donne.

Posto dunque che l'art. 3, primo comma, e soprattutto l'art. 51, primo comma, garantiscono l'assoluta eguaglianza fra i due sessi nella possibilità di accedere alle cariche pubbliche elettive, nel senso che l'appartenenza all'uno o all'altro sesso non può mai essere assunta come requisito di eleggibilità, ne consegue che altrettanto deve affermarsi per quanto riguarda la « candidabilità ». Infatti, la possibilità di essere presentato candidato da coloro ai quali (siano essi organi di partito, o gruppi di elettori) le diverse leggi elettorali, amministrative, regionali o politiche attribuiscono la facoltà di presentare liste di candidati o candidature singole, a seconda dei diversi sistemi elettorali in vigore, non è che la condizione pregiudiziale e necessaria per poter essere elet-

to, per beneficiare quindi in concreto del diritto di elettorato passivo sancito dal richiamato primo comma dell'art. 51. Viene pertanto a porsi in contrasto con gli invocati parametri costituzionali la norma di legge che impone nella presentazione delle candidature alle cariche pubbliche elettive qualsiasi forma di quote in ragione del sesso dei candidati.

Tanto basta per dichiarare la illegittimità costituzionale della norma sottoposta al giudizio di questa Corte, nondimeno alcune ulteriori considerazioni possono chiarire ancor meglio altri aspetti della questione.

Risulta dai lavori preparatori, che la disposizione che impone una riserva di quota in ragione del sesso dei candidati, seppure formulata in modo per così dire « neutro », nei confronti sia degli uomini che delle donne, è stata proposta e votata (dopo ampio e contrastato dibattito) con la dichiarata finalità di assicurare alle donne una riserva di posti nelle liste dei candidati, al fine di favorire le condizioni per un riequilibrio della rappresentanza dei sessi nelle assemblee comunali. Nell'intendimento del legislatore, pertanto, la norma tendeva a configurare una sorta di azione positiva volta a favorire il raggiungimento di una parità non soltanto formale, bensì anche sostanziale, fra i due sessi nell'accesso alle cariche pubbliche elettive; in tal senso essa avrebbe dovuto trarre la sua legittimazione dal secondo comma dell'art. 3 della Costituzione.

Non è questa la sede per soffermarsi sul dibattito dottrinale, storico e politico che si è sviluppato intorno ai concetti di eguaglianza formale e di eguaglianza sostanziale, e conseguentemente al nesso che intercorre fra il primo ed il secondo comma dell'art. 3 della Costituzione.

Certamente fra le cosiddette azioni positive intese a « rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana e la effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese », vanno comprese quelle misure che, in vario modo, il legislatore ha adottato per promuovere il raggiungimento di una situazione di pari opportunità fra i sessi: ultime tra queste quelle previste dalla legge 10 aprile 1991, n. 125 (Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro) e dalla legge 25 febbraio 1992, n. 215 (Azioni positive per l'imprenditoria femminile). Ma se tali misure legislative, volutamente diseguali, possono certamente essere adottate per eliminare situazioni di inferiorità sociale ed economica, o più in generale, per compensare e rimuovere le diseguaglianze materiali tra gli individui (quale presupposto del pieno esercizio dei diritti fondamentali), non possono invece incidere direttamente sul contenuto stesso di quei medesimi diritti, rigorosamente garantiti in egual misura a tutti i cittadini in quanto tali.

In particolare, in tema di diritto all'elettorato passivo, la regola inderogabile stabilita dallo stesso Costituente, con il primo comma dell'art. 51, è quella dell'assoluta parità, sicché ogni differenziazione in ra-

gione del sesso non può che risultare oggettivamente discriminatoria, diminuendo per taluni cittadini il contenuto concreto di un diritto fondamentale in favore di altri, appartenenti ad un gruppo che si ritiene svantaggiato.

E' ancora il caso di aggiungere, come ha già avvertito parte della dottrina nell'ampio dibattito sinora sviluppatosi in tema di « azioni positive », che misure quali quella in esame non appaiono affatto coerenti con le finalità indicate dal secondo comma dell'art. 3 della Costituzione, dato che esse non si propongono di « rimuovere » gli ostacoli che impediscono alle donne di raggiungere determinati risultati, bensì di attribuire loro direttamente quei risultati medesimi: la ravvisata disparità di condizioni, in breve, non viene rimossa, ma costituisce solo il motivo che legittima una tutela preferenziale in base al sesso. Ma proprio questo, come si è posto in evidenza, è il tipo di risultato espressamente escluso dal già ricordato art. 51 della Costituzione, finendo per creare discriminazioni attuali come rimedio a discriminazioni passate.

Questa Corte nel corso degli anni dal suo insediamento ad oggi, ogni qual volta sono state sottoposte al suo esame questioni suscettibili di pregiudicare il principio di parità fra uomo e donna, ha operato al fine di eliminare ogni forma di discriminazione, giudicando favorevolmente ogni misura intesa a favorire la parità effettiva. Ma, val la pena ripetere, si è sempre trattato di misure non direttamente incidenti sui diritti fondamentali, ma piuttosto volte a promuovere l'eguaglianza dei punti di partenza e a realizzare la pari dignità sociale di tutti i cittadini, secondo i dettami della Carta costituzionale.

C'è ancora da ricordare che misure quali quella in esame si pongono irrimediabilmente in contrasto con i principi che regolano la rappresentanza politica, quali si configurano in un sistema fondato sulla democrazia pluralistica, connotato essenziale e principio supremo della nostra Repubblica.

E' opportuno, infine, osservare che misure siffatte, costituzionalmente illegittime in quanto imposte per legge possono invece essere valutate positivamente ove liberamente adottate da partiti politici, associazioni o gruppi che partecipano alle elezioni, anche con apposite previsioni dei rispettivi statuti o regolamenti concernenti la presentazione delle candidature. A risultati validi si può quindi pervenire con una intensa azione di crescita culturale che porti partiti e forze politiche a riconoscere la necessità improcrastinabile di perseguire l'effettiva presenza paritaria delle donne nella vita pubblica, e nelle cariche rappresentative in particolare. Determinante in tal senso può risultare il diretto impegno dell'elettorato femminile ed i suoi conseguenti comportamenti.

Del resto, mentre la convenzione sui diritti politici delle donne, adottata a New York il 31 marzo 1953, e la Convenzione sull'eliminazione

di tutte le forme di discriminazione, adottata anch'essa a New York il 18 dicembre 1979, prevedono per le donne il diritto di votare e di essere elette in condizioni di parità con gli uomini, il Parlamento europeo, con la risoluzione n. 169 del 1988, ha invitato i partiti politici a stabilire quote di riserva per le candidature femminili; è significativo che l'appello sia stato indirizzato ai partiti politici e non ai governi e ai parlamenti nazionali, riconoscendo così, in questo campo, l'impraticabilità della via di soluzioni legislative.

Spetta invece al legislatore individuare interventi di altro tipo, certamente possibili sotto il profilo dello sviluppo della persona umana, per favorire l'effettivo riequilibrio fra i sessi nel conseguimento delle cariche pubbliche elettive, dal momento che molte misure, come si è detto, possono essere in grado di agire sulle differenze di condizioni culturali, economiche e sociali.

Resta comunque escluso che sui principi di eguaglianza contenuti nell'art. 51, primo comma, possano incidere direttamente, modificandone i caratteri essenziali, misure dirette a raggiungere i fini previsti dal secondo comma dell'art. 3 della Costituzione.

Va pertanto dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma impugnata, per violazione degli artt. 3 e 51 della Costituzione, restando assorbito l'ulteriore profilo d'illegittimità costituzionale sollevato in ordine all'art. 49.

In applicazione dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, la dichiarazione di illegittimità costituzionale va estesa all'art. 7, comma 1, ultimo periodo della stessa legge 25 marzo 1993, n. 81, che contiene l'identica prescrizione per le liste dei candidati nei Comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti. Trattandosi di disposizioni sostitutive contenenti misure analoghe in contrasto coi principi affermati nella odierna decisione devono parimenti essere dichiarate costituzionalmente illegittime le nuove formulazioni degli stessi art. 5, comma 2, ultimo periodo, e art. 7, comma 1, ultimo periodo, introdotte dall'art. 2 della legge 15 ottobre 1993, n. 415.

Ritiene inoltre la Corte che debba esser fatta ulteriore applicazione dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953 nei confronti delle misure che prevedono limiti, vincoli o riserve nelle liste dei candidati in ragione del loro sesso; misure, introdotte nelle leggi elettorali politiche, regionali o amministrative ivi comprese quelle contenute in leggi regionali, la cui illegittimità costituzionale deve ritenersi conseguenziale per la sostanziale identità dei contenuti normativi, non potendo certamente essere lasciati spazi di incostituzionalità (da cui discenderebbero incertezze e contenzioso diffuso) in materia quale quella elettorale, dove la certezza del diritto è di importanza fondamentale per il funzionamento dello Stato democratico.

Va pertanto dichiarata l'illegittimità costituzionale anche delle norme seguenti:

— articolo 4, comma 2, n. 2, ultimo periodo, del d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 (Testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati), come modificato dall'art. 1, della legge 4 agosto 1993, n. 277;

— articolo 1, comma 6, della legge 23 febbraio 1995, n. 43 (Nuove norme per la elezione dei consigli delle Regioni a statuto ordinario);

— articoli 41, comma 3, 42, comma 3 e 43, comma 4, ultimo periodo, e comma 5, ultimo periodo, (corrispondenti alle rispettive norme degli articoli 18, 19 e 20 della legge regionale Trentino-Alto Adige 30 novembre 1994, n. 3) del Decreto del Presidente della Giunta Regionale del Trentino-Alto Adige 13 gennaio 1995, n. 1/L (Testo unico delle leggi regionali sulla composizione ed elezione degli organi delle amministrazioni comunali);

— articolo 6, comma 1, ultimo periodo, della legge regionale Friuli-Venezia Giulia 9 marzo 1995, n. 14 (Norme per le elezioni comunali nel territorio della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia, nonché modificazioni alla legge regionale 12 settembre 1991, n. 49);

— articolo 32, commi 3 e 4, della legge regionale Valle d'Aosta 9 febbraio 1995, n. 4 (Elezione diretta del sindaco, del vice sindaco e del consiglio comunale).

CORTE COSTITUZIONALE, 15 settembre 1995 n. 432 - *Pres.* Baldassarre - *Red.* Ferri - Presidente del Consiglio dei Ministri (avv. Stato N. Bruni).

Procedimento penale - Misura cautelare adottata da giudice per le indagini preliminari - Incompatibilità con le funzioni di giudice del dibattimento - Omessa previsione - Illegittimità.
(Cost., artt. 3 e 24; c.p.p. art. 34).

Non può fare parte dell'organo giudicante nel dibattimento il magistrato che, nella veste di giudice per le indagini preliminari, abbia deliberato su una misura cautelare nei confronti dello stesso imputato (1).

(*omissis*) Il Tribunale di Avezzano ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, primo comma, e 24, secondo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a svolgere

(1) La pronuncia di incostituzionalità è frutto di una maturata maggiore sensibilità ai princìpi del giusto processo elaborati dalla stessa Corte; difatti nel 1991 la Corte aveva deciso in modo opposto un caso analogo. Il ripensa-

le funzioni di giudice del dibattimento da parte del giudice per le indagini preliminari che abbia adottato la misura della custodia cautelare nei confronti dell'indagato successivamente rinviato a giudizio.

Il remittente, premesso che il presidente del collegio giudicante è lo stesso magistrato che, in veste di giudice per le indagini preliminari, ebbe a disporre l'ordinanza di custodia cautelare nei confronti dell'imputato, in relazione agli stessi fatti per cui è giudizio, ritiene che la mancata previsione dell'incompatibilità nel caso in esame sia suscettibile di compromettere la genuinità e la correttezza del processo formativo del convincimento del giudice, che si ricollegano alla garanzia costituzionale del giusto processo.

A suo avviso, infatti, posto che l'adozione della misura della custodia cautelare presuppone, ai sensi dell'art. 273, comma 1, del codice di procedura penale, la verifica di gravi indizi di colpevolezza, a carico dell'indagato, e non più di « sufficienti » indizi, come disponeva il codice previgente, detta valutazione, investendo, sia pure attraverso l'esame di indizi e non di prove, il contenuto dell'imputazione, non può considerarsi meramente processuale, ma si configura bensì come una valutazione di merito da parte del giudice, venuto altresì a conoscenza di elementi che potrebbero non essere utilizzabili ai fini della decisione; ovvero non può escludersi, aggiunge il remittente, che gli elementi acquisiti al momento dell'adozione della misura cautelare siano gli stessi disponibili alla chiusura delle indagini preliminari o addirittura all'esito del dibattimento.

Sotto questo profilo, quindi, l'analogia fra il caso di specie e le ipotesi di incompatibilità (affermate da questa Corte) del giudice per le indagini preliminari che abbia rigettato la richiesta di pena concordata (sent. n. 186 del 1992), anche per la non ritenuta concedibilità di circostanze attenuanti (sent. n. 124 del 1992), o che abbia ordinato di formulare l'imputazione (sent. n. 502 del 1991), concreterebbe un'ipotesi di illegittima disparità di trattamento in violazione dell'art. 3 della Costituzione.

---

mento sembra dovuto più che all'accentuazione del carattere eccezionale dei provvedimenti limitativi della libertà personale imposti dalla legge 332/95, ad una maggiore attenzione per gli apprezzamenti che il g.i.p. compie nel valutare gli indizi necessari al fine di adottare una misura cautelare.

Maggiore è il grado di approfondimento richiesto al giudice in tale sede, maggiore è il suo coinvolgimento nella conoscenza degli atti del processo, che lo rende incompatibile con la successiva funzione di giudice del dibattimento.

Indirettamente dunque la sentenza finisce con l'essere un richiamo di attenzione sulla natura dell'esame affidato al GIP, cui viene richiesto per la decisione sulla misura cautelare un esame completo, circostanziato, logicamente coerente ed adeguatamente motivato; un giudizio di merito e non di mera legittimità.

G.P.P.

La questione è fondata.

Occorre rilevare che le censure sollevate dal giudice *a quo*, pur se formalmente riferite alla sola ipotesi dell'incompatibilità del giudice che abbia adottato un provvedimento di custodia cautelare, investono necessariamente tutte le ipotesi in cui sia stata disposta una misura cautelare personale di qualsiasi tipo, e non la sola custodia cautelare; poiché il citato art. 273 prevede che le condizioni generali di applicabilità siano comuni a tutte le misure cautelari, nessuna distinzione fondata sul tipo in concreto applicato risulta, ai fini che qui interessano, possibile.

Ciò posto, nella sentenza n. 502 del 1991 questa Corte aveva già esaminato questione sostanzialmente analoga (ma sollevata in riferimento agli artt. 25 e 77 della Costituzione) che prospettava l'illegittimità costituzionale del medesimo art. 34, comma 2, nella parte in cui non prevede che la previa conoscenza degli atti delle indagini preliminari, acquisita dal giudice in occasione del riesame *ex* art. 309 del codice di procedura penale, comporti l'incompatibilità a partecipare al dibattimento.

In quella occasione la Corte ritenne non fondata la questione rilevando che i provvedimenti sulla libertà personale (e tra di essi, il riesame di misure cautelari allora specificamente considerato) non comportano una valutazione sul merito della *res judicanda* idonea a determinare un pregiudizio che mini l'imparzialità della decisione conclusiva del giudice.

Successivamente questa Corte è stata chiamata più volte ad esaminare la materia dell'incompatibilità ed ha avuto occasione di enucleare alcuni principi di base i quali — unitamente alla convinzione di dover affermare un più pregnante significato dei valori costituzionali del giusto processo (e del diritto di difesa che ne è componente essenziale), ed all'intervenuto mutamento del quadro normativo a seguito della recente legge 8 agosto 1995, n. 332, la quale, accentuando ancor più il carattere di eccezionalità dei provvedimenti limitativi della libertà personale disposti prima della condanna, comporta indubbiamente una maggior incisività dell'apprezzamento del giudice sul punto — si pongono come utili termini di raffronto e consentono di pervenire ora a diversa conclusione.

In linea preliminare va sottolineato che l'analisi del problema non si esaurisce nell'esame della differenza tra valutazione di tipo indiziario, che il giudice compie in sede di indagini preliminari, e giudizio sul merito dell'accusa all'esito del dibattimento, ma deve anche considerare, più specificamente, la possibilità che alcuni apprezzamenti sui risultati delle indagini preliminari determinino un'anticipazione di giudizio suscettibile di minare l'imparzialità del giudice.

Ai sensi del comma 1 dell'art. 273 del codice di procedura penale la prima condizione generale per l'emissione di misure cautelari personali è l'apprezzamento di « gravi indizi di colpevolezza » a carico dell'imputato.

È evidente che la norma può esprimersi solo in termini di « indizi » per l'ovvio motivo che tutti gli elementi raccolti nella fase delle indagini preliminari, sia a favore che contro l'imputato, non hanno ancora avuto riscontro nel contraddittorio dibattimentale; è altrettanto chiaro, però, che, ai fini che qui interessano, detti « indizi » vengono comunque ritenuti idonei a dimostrare una qual certa fondatezza dell'accusa, almeno fino all'emergere, in dibattimento, di nuovi, ed eventuali, elementi in contrario avviso.

Neppure è certa la fase dibattimentale se l'imputato chiede il « patteggiamento » o il giudizio abbreviato. In tali casi è ancor più evidente che i medesimi elementi che nella fase delle indagini erano semplici indizi vengono sostanzialmente apprezzati come prove.

Ora, se è vero che rimangono non equiparabili situazioni processuali sicuramente diverse, quali quella della decisione circa l'applicazione di una misura cautelare personale e quella della decisione di merito sulla fondatezza dell'accusa (caratterizzata, quest'ultima, dall'esigenza di individuazione di prove certe circa la sussistenza del fatto e la commissione dello stesso da parte dell'imputato), nondimeno occorre prendere atto che i « gravi indizi di colpevolezza » richiesti dall'art. 273, comma 1, per l'applicabilità delle misure cautelari si sostanziano pur sempre in una serie di elementi probatori individuati nelle indagini preliminari e idonei a fornire una consistente e ragionevole probabilità di colpevolezza dell'indagato.

Più in particolare, la giurisprudenza della Corte di cassazione ha sottolineato che il concetto di « gravità » degli indizi (certamente più rigoroso di quello di « sufficienza » richiesto nel codice previgente) postula una obiettiva precisione dei singoli elementi indizianti che, nel loro complesso, consentono di pervenire logicamente ad un giudizio che, pur senza raggiungere il grado di certezza richiesto per la condanna, sia di alta probabilità dell'esistenza del reato e della sua attribuibilità all'indagato; indizi, quindi, capaci di resistere ad interpretazioni alternative.

A ciò si aggiunga che, ai sensi dell'art. 292, lett. *c*), il giudice è tenuto ad esporre con adeguata motivazione gli indizi che giustificano in concreto la misura disposta (con l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi per i quali essi assumono rilevanza), ed inoltre — elemento di sostanziale importanza — che l'applicazione della misura cautelare comporta una valutazione negativa non solo circa l'esistenza di condizioni legittimanti il proscioglimento, *ex* art. 273, comma 2, (cause di giustificazione, di non punibilità, di estinzione del reato o della pena), ma anche in ordine alla possibilità di ottenere con la sentenza (che evidentemente si ritiene di condanna) la sospensione condizionale della pena (art. 275, comma 2 *bis*, introdotto dalla citata legge n. 332 del 1995).

Tali essendo, in sintesi, le valutazioni che il giudice per le indagini preliminari deve compiere allorquando disponga una misura cautelare,

si deve riconoscere che detta attività comporta la formulazione di un giudizio non di mera legittimità ma di merito (sia pure prognostico e allo stato degli atti) sulla colpevolezza dell'imputato; giudizio analogo, ai fini che qui interessano, alle ipotesi già esaminate da questa Corte nelle sentenze nn. 124 e 186 del 1992.

In tali decisioni, infatti, è già stato affermato il principio che una valutazione di merito circa l'idoneità delle risultanze delle indagini preliminari a fondare un giudizio di responsabilità dell'imputato vale a radicare l'incompatibilità, e questa è stata riconosciuta sussistere nell'ipotesi del giudice per le indagini preliminari che abbia rigettato la richiesta di applicazione di pena concordata.

Nel caso in esame ed in quelli ora citati presupposto comune del provvedimento è una valutazione non formale ma di contenuto sulla probabile fondatezza dell'accusa, cui si aggiunge una valutazione, anch'essa di merito, come le citate sentenze nn. 124 e 186 del 1992 hanno sottolineato, sull'inesistenza di condizioni legittimanti il proscioglimento.

In realtà, che in non pochi casi il giudice per le indagini preliminari compia una valutazione contenutistica dei risultati delle indagini stesse tale da radicare una sua incompatibilità nella fase del giudizio, era già stato riconosciuto anche nelle sentenze nn. 496 del 1990, 401 e 502 del 1991, dichiarative dell'incompatibilità del giudice per le indagini preliminari che, decidendo sulla richiesta di archiviazione, abbia ordinato di formulare l'imputazione.

In quelle occasioni la Corte ebbe ad affermare: « con l'ordine di formulare l'imputazione il giudice per le indagini preliminari compie una valutazione contenutistica dei risultati di queste e dà, anzi *ex officio*, l'impulso determinante alla procedura che condurrà all'emanazione di una sentenza. Di conseguenza [...] non può essere lo stesso giudice che ha compiuto una così incisiva valutazione di merito ad adottare la decisione conclusiva in ordine alla responsabilità dell'imputato ».

A giudizio di questa Corte non è ravvisabile, ai fini che qui interessano, una sostanziale diversità tra la valutazione dei risultati delle indagini che conduce alla pronuncia di una misura cautelare personale e quella che conduce all'ordine di formulare l'imputazione o al rigetto della richiesta di applicazione di pena concordata.

L'oggetto di tali valutazioni è, infatti, identico, poiché in tutti i casi si tratta dei medesimi elementi probatori che solo all'esito del dibattimento verranno o meno ritenuti prove.

Anche dal punto di vista della completezza delle indagini la differenza è solo eventuale: in linea generale dando l'ordine di formulare l'imputazione o rigettando la richiesta di patteggiamento (che, peraltro, può essere formulata anche durante le indagini preliminari) il giudice per le indagini preliminari esamina un quadro tendenzialmente completo delle indagini stesse, ma non è detto che allorquando adotti un provvedimento

di custodia cautelare ne abbia un quadro necessariamente incompleto: questo dipende solo dal momento in cui vengono ravvisate da parte del pubblico ministero le esigenze cautelari indicate nell'art. 274; il che può accadere dopo notevole lasso di tempo dall'inizio delle indagini, o anche al termine delle stesse.

Anche in questo caso, pertanto, in raffronto alle ipotesi ora indicate, devono riconoscersi sussistenti i medesimi effetti che l'art. 34 mira ad impedire, e cioè che la valutazione conclusiva sulla responsabilità dell'imputato sia, o possa apparire, condizionata dalla cosiddetta forza della prevenzione, e cioè da quella naturale tendenza a mantenere un giudizio già espresso o un atteggiamento già assunto in altri momenti decisionali dello stesso procedimento.

I

CORTE COSTITUZIONALE, 18 ottobre 1995 n. 438 - *Pres.* Caianiello - *Red.* Vassalli - Presidente del Consiglio dei Ministri (avv. Stato Onufrio).

Pena - Rinvio obbligatorio dell'esecuzione per soggetto affetto da infezione HIV - Valutazione della compatibilità con detenzione - Omessa previsione - Illegittimità.

(Cost., artt. 2, 3, 27, 32; c.p. art. 146; c.p.p. art. 286 *bis*).

È illegittima la disposizione che prevede l'automatico differimento dell'esecuzione della pena per il soggetto che abbia contratto infezione HIV, prescindendo da una valutazione in concreto circa la possibilità che la espiazione della pena avvenga senza pericolo per la salute del malato e degli altri detenuti. (1)

II

CORTE COSTITUZIONALE, 18 ottobre 1995 n. 439 - *Pres.* Caianiello - *Red.* Vassalli - Presidente del Consiglio dei Ministri (avv. Stato Di Tarsia).

Pena - Divieto di custodia cautelare in carcere per soggetto affetto da infezione HIV - Mancata possibilità di valutare esigenze cautelari di particolare rilevanza - Illegittimità.

(Cost., art. 2; c.p.p. artt. 285 e 286 *bis*).

È illegittima la disposizione che vieta la custodia cautelare in carcere per il soggetto che abbia contratto infezione da HIV anche quando

---

(1-2) Con particolare tempestività la Corte si è data carico delle crescenti preoccupazioni riguardo alla sostanziale impunità dei malati di AIDS, e pur

sussistano esigenze cautelari di particolare rilevanza e la custodia possa essere eseguita senza pregiudizio per la salute del malato e degli altri detenuti (2).

I

(*omissis*) Il Tribunale di sorveglianza di Palermo, chiamato a pronunciarsi su di una richiesta di rinvio della esecuzione della pena formulata da un condannato affetto da AIDS conclamata, nuovamente sottopone all'esame della Corte questione di legittimità costituzionale dell'art. 146, primo comma, n. 3, del codice penale, ove è stabilito il rinvio obbligatorio della esecuzione della pena se questa deve aver luogo nei confronti di persona affetta da infezione HIV nei casi di incompatibilità con lo stato di detenzione ai sensi dell'art. 286-*bis*, comma 1, del codice di procedura penale. Attento a rimarcare le considerazioni ed i rilievi svolti da questa Corte in particolare nelle sentenze n. 70 e n. 308 del 1994, il giudice *a quo* svolge una approfondita disamina dei numerosi e spesso drammatici problemi che ruotano attorno alla discussa norma oggetto di impugnativa, per giungere, all'esito di un articolato percorso argomentativo, alla individuazione di più profili di illegittimità costituzionale. A parere del Tribunale rimettente, infatti, risulterebbe innanzi tutto violato l'art. 2 della Costituzione in quanto, la « automatica, obbligatoria e indiscriminata concedibilità » del beneficio genera, come effetto sostanziale, quello di esporre ad elevato pericolo fondamentali valori della collettività e dei singoli, quali la vita, l'incolumità, il patrimonio e la stessa salute individuale e collettiva. Compromesso sarebbe anche l'art. 3 della Costituzione sotto un duplice profilo: per un verso, infatti, la norma impu-

---

mantenendo fermo il proprio precedente punto di vista sulla necessità di evitare una concentrazione di malati in un ambiente particolarmente a rischio qual'è il carcere, ha accolto l'ultima delle prospettazioni dell'ordinanza di rimessione (che si segnala per la sua accuratezza), facendo cadere quel rigido automatismo giudiziale che impediva al giudice di tenere conto di tutte le circostanze del caso concreto, attinenti sia all'ambiente carcerario sia alla situazione effettiva del reo.

Indubbiamente hanno pesato sulle decisioni della Corte sia il dato fornito dal Ministero di Grazia e Giustizia sulla frequente recidiva di quanti hanno beneficiato del rinvio dell'esecuzione, sia la considerazione che gli arresti domiciliari, spesso indicati come alternativa alla misura cautelare, determinano un circolo vizioso di violazione dei relativi obblighi non sanzionabili in altro modo che col ripristino della stessa vana misura.

Evidentemente le decisioni in esame non risolvono il grave problema determinato dalla sempre più frequente connessione tra delinquenza ed infezione da HIV, ma perlomeno consentono ai magistrati di sorveglianza di intervenire per evitare le situazioni più aberranti, in attesa di più appropriate misure legislative.

G.P.P.

gnata contrasterebbe con il canone di ragionevolezza in quanto, se il suo scopo è quello di preservare la salute collettiva nelle carceri, l'identica disciplina dovrebbe trovare applicazione nei confronti di tutti i portatori del virus HIV, essendo questa, e non lo stadio raggiunto dalla malattia, a rappresentare la condizione soggettiva da cui dipende il rischio di contagio. Sotto altro profilo, osserva il giudice *a quo*, dalla disposizione oggetto di censura scaturirebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra malati di AIDS socialmente pericolosi, in quanto, mentre nei confronti dei condannati che debbono ancora espiare l'intera pena il rinvio della esecuzione impedisce l'applicazione della misura di sicurezza detentiva, ove invece la pena sia stata integralmente scontata la misura stessa può trovare applicazione non essendo prevista la relativa sospensione per motivi di salute. Risulterebbe poi vanificata « ogni dimensione retributiva-afflittiva della pena » giacché, osserva il rimettente, « la rinunzia *sine die* all'esecuzione di essa lascia sostanzialmente impunito il reato commesso, in un'ottica di deresponsabilizzazione che contraddice il principio sancito dal primo comma dell'art. 27 della Costituzione », così come totalmente obliterata sarebbe anche la finalità di prevenzione sociale e di rieducazione della pena, giustificabile soltanto da parte di chi coltivi una «concezione pseudo-umanitaria, costituzionalmente inaccettabile, che vede nella condizione detentiva sempre e soltanto un momento repressivo e antieducativo e nella condizione libera sempre e comunque un momento rieducativo e risocializzativo ». La disposizione impugnata si porrebbe infine in contrasto, secondo il giudice rimettente, anche con l'art. 32 della Costituzione, giacché se da un lato la norma tende a salvaguardare il bene della salute nel consorzio carcerario, il trasferimento del condannato in una condizione di libertà in nessun modo coercibile finisce per esporre ad elevato rischio la salute della intera collettività, così da offendere l'identico bene ma in una dimensione « quantitativamente maggiore, essendo riferibile ad un numero enormemente più elevato di soggetti ».

Conclusivamente, il giudice *a quo* ritiene tuttavia di dover dedurre, quale « profilo secondario di incostituzionalità della norma denunziata, ampiamente assorbito » dalle censure precedentemente svolte, un ulteriore aspetto che contribuirebbe a minare la legittimità della norma stessa: vale a dire la mancata previsione di qualsiasi possibilità di operare una « verifica giurisdizionale dell'inesistenza, nel caso concreto, delle condizioni che dovrebbero giustificare il sacrificio degli interessi postergati e la precedenza accordata all'interesse tutelato dalla norma, come nell'ipotesi di pena detentiva che devesi concretamente espiare in carcere adeguatamente attrezzato, con strutture sanitarie e logistiche interne e con collegamenti con strutture esterne, tali da rendere pienamente tutelati i beni della salute del singolo condannato e della collettività carceraria ».

A ben vedere è proprio l'ultimo dei profili che il giudice *a quo* affronta in chiave « secondaria » a rappresentare l'effettivo nucleo attorno al quale si snoda l'intera rassegna delle doglianze e a costituire, al tempo stesso, il *petitum* che il rimettente mostra di perseguire, giacché è agevole avvedersi di come tutti i dubbi di legittimità che vengono sottoposti all'esame della Corte finiscano ineluttabilmente per radicarsi e trarre alimento proprio da quel « rigido automatismo giudiziale » che l'ordinanza di rimessione contesta e che caratterizza l'operatività della disposizione oggetto di impugnativa. Su tale aspetto, quindi, dovrà incentrarsi la disamina della questione, per verificare se e in che misura possano ritenersi tuttora validi i rilievi che indussero questa Corte a disattendere la fondatezza di analoghi quesiti.

Come il giudice *a quo* puntualmente sottolinea, questa Corte è stata infatti chiamata più volte a pronunciarsi sul delicato tema del rinvio obbligatorio della pena nei confronti dei malati di AIDS, pervenendo a conclusioni condizionate dai rigorosi confini all'interno dei quali deve svolgersi lo scrutinio di costituzionalità. Nella sentenza n. 70 del 1994, infatti, non si mancò di rilevare che l'alternativa tra immediata esecuzione della pena detentiva o la sua temporanea « inesigibilità » a causa di condizioni di salute che il legislatore stesso ritiene di qualificare come incompatibili con la detenzione, non comporta soluzioni univoche sul piano costituzionale, « dovendosi necessariamente ammettere spazi di valutazione normativa che ben possono contemperare l'obbligatorietà della pena con le specifiche situazioni di chi vi deve essere sottoposto ». Nella stessa sentenza si auspicò un tempestivo intervento del legislatore che adeguatamente salvaguardasse le fondamentali esigenze di tutela della collettività. Al fondo della normativa censurata si individuò, dunque, sulla base di quanto espressamente affermato nella relazione accompagnatoria del disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 139 del 1993 (sesto, dopo una serie di precedenti decreti-legge tutti decaduti), il valore della salute nel particolare consorzio carcerario come bene da porre a raffronto con gli altri coinvolti, un bene, per di più, la cui tutela assumeva peculiare risalto in considerazione della « eccezionalità » che il fenomeno dell'AIDS presentava in sede penitenziaria. Concetti, questi, che sono stati poi ribaditi nella sentenza n. 308 del 1994, ove si osservò come il binomio « carceri-malati di AIDS » fosse stato normativamente dissolto sulla base di « un presupposto di fatto non valutabile in astratto: vale a dire l'eccezionale situazione di pericolo per la salute pubblica nel contesto delle carceri dovuta a due fenomeni di « concentrazione » fra loro interagenti, quali sono, da un lato, l'alto numero di detenuti all'interno degli istituti e, dall'altro, la massima presenza, fra questi, di soggetti a rischio », giustificandosi, così, una disciplina « che assume i connotati sostanziali di *ius singulare* ». Dunque, un regime profondamente derogatorio, il quale trova la propria ragion d'essere soltanto se riferito

ad un quadro di eccezionalità che, per esser tale, deve necessariamente correlarsi ad una situazione di emergenza che qualunque società civile è portata ad apprezzare come fenomeno per sua natura contingente e, quindi, temporaneo.

Ebbene, lungi dal recepire gli auspici di questa Corte e delle non poche voci levatesi nel medesimo senso, il legislatore ha omesso di riequilibrare il sistema lasciandolo sbilanciato sul piano della doverosa salvaguardia delle esigenze di sicurezza collettiva, così finendo per accreditare l'opinione di quanti hanno individuato nei beneficiari di una disciplina, già in sé fortemente discussa sul piano della validità delle stesse premesse scientifiche da cui muove, una singolare categoria di « penalmente immuni », senza che a ciò neppure corrisponda una verifica in concreto circa l'effettiva rispondenza di un siffatto regime alle reali esigenze della salute, individuale e collettiva, che pur dovrebbero costituirne il nucleo portante. L'assenza di iniziative intese a pervenire ad una più adeguata ponderazione dei numerosi principi costituzionali che il giudice *a quo* ha puntualmente passato in rassegna, denota, dunque, come l'inerzia del legislatore abbia finito col trasformare in « regime ordinario » quella che negli intenti originari doveva essere una disciplina derogatoria fondata sulla eccezionalità della situazione. Una inerzia, quella di cui si è detto, alla quale si sono poi venute a sovrapporre, amplificandone gli effetti negativi, ulteriori inadempienze che hanno finito per compromettere ulteriormente la perdurante coerenza delle scelte normative che vengono qui in discorso. Così, privo di attuazione è rimasto l'art. 4 del decreto-legge n. 139 del 1993 (convertito, anche per questa parte, dalla legge 14 luglio 1993, n. 222), ove si rinviava alla emanazione di un apposito decreto « la sperimentazione di un programma di *screening* per HIV, in forma anonima, negli istituti penitenziari », come del pari inadeguata è stata la concreta realizzazione, sul piano strutturale, della nutrita gamma di presidî e provvidenze che sono stati stabiliti per i malati di AIDS dalla legge 5 giugno 1990, n. 135, e dallo stesso decreto-legge n. 139 del 1993. D'altra parte, è proprio il rigido automatismo che caratterizza la disposizione oggetto di impugnativa ad aver generato preoccupanti conseguenze per la sicurezza collettiva, giacché dalla documentazione trasmessa dal Ministro di grazia e giustizia in risposta all'ordinanza istruttoria pronunciata da questa Corte, è emerso che, fra quanti hanno beneficiato del rinvio della esecuzione della pena, una non trascurabile percentuale ha nuovamente commesso reati. La scarsità di adeguati presidi terapeutici e di supporto, la totale assenza di strumenti preventivi e la peculiare condizione soggettiva di chi è portatore di una malattia indubbiamente gravissima, per di più circondata da non pochi pregiudizi che fortemente ostacolano il reinserimento sociale, hanno così finito per rappresentare un coacervo di problematiche che la norma censurata ha integralmente trasferito sulla intera collettività.

Se, quindi, la salute collettiva nel particolare contesto carcerario — che costituisce, come si è detto, il dichiarato obiettivo perseguito dalla norma — rappresenta un bene sicuramente da preservare, giacché il diritto alla salute di ciascun individuo implica il relativo bilanciamento « con il dovere di tutelare il diritto dei terzi che vengono in necessario contatto con la persona per attività che comportino un serio rischio, non volontariamente assunto, di contagio » (v. sentenza n. 218 del 1994), devesi al tempo stesso affermare che in tanto può ritenersi ragionevole « l'allontanamento » dal carcere dei malati di AIDS, in quanto la relativa permanenza negli istituti cagioni in concreto un pregiudizio per la salute degli altri detenuti, posto che, altrimenti, risulterebbero senza giustificazione compromessi altri beni riconosciuti come primari dalla Carta fondamentale.

La tutela della salute di quanti si trovino ristretti negli istituti penitenziari non rappresenta, però, l'unico valore che il legislatore ha inteso salvaguardare con la norma oggetto di impugnativa, dal momento che, come ha osservato lo stesso giudice rimettente, ove così fosse, l'identico regime avrebbe dovuto prendere in considerazione l'intera e ben più estesa gamma dei portatori di infezione da HIV, essendo questo, e non la malattia in sé considerata, il presupposto di insorgenza del rischio di contagio e, dunque, il pericolo per la salute della popolazione carceraria. L'aver quindi la norma preso in considerazione, attraverso il rinvio all'art 286-*bis*, comma 1, del codice di procedura penale, i malati di AIDS conclamata e i soggetti che presentino una grave deficienza immunitaria secondo i parametri stabiliti con decreto ministeriale del 25 maggio 1993, equivale alla individuazione, fra quanti siano portatori di infezioni da HIV, di una particolare categoria di persone rispetto alle quali l'incompatibilità con lo stato di detenzione è presunta *ex lege*. Accanto, dunque, alla salute collettiva, la norma di cui qui si discute ha evidentemente inteso tutelare anche la salute del singolo condannato, adottando tuttavia, pure sotto questo profilo, un modulo strutturato in termini di rigoroso automatismo che nessuno spazio lascia alla possibilità di verificare in concreto la compatibilità delle condizioni di salute del condannato con la esecuzione della pena.

D'altra parte, che la tutela della salute dei malati di AIDS in sede carceraria fosse sicuramente uno fra i principali obiettivi perseguiti dal legislatore, si ricava con certezza non soltanto dai lavori parlamentari svoltisi per la conversione in legge del decreto-legge n. 139 del 1993, ma anche da talune autorevoli valutazioni espresse in sede scientifica che, recepite dalla stessa amministrazione penitenziaria, non hanno certo mancato di ispirare le reiterate iniziative legislative del Governo e le scelte finali del Parlamento. Sin dal marzo del 1989, infatti, la Commissione nazionale per la lotta all'AIDS, istituita presso il Ministero della sanità, aveva formulato un giudizio — ribadito, poi, nella seduta del 7 giu-

gno 1990 — di assoluta incompatibilità dei soggetti affetti da AIDS conclamata con il regime carcerario, osservando come detto regime comporti « per il malato di AIDS, il rischio di una riduzione del tempo di sopravvivenza, e per gli operatori che vivono e lavorano con lui e per i condetenuti, rischi di contagio delle patologie ad alta trasmissibilità ».

Ad ulteriore e definitiva conferma di quanto si è dianzi osservato, sta, infine, la scelta di iscrivere la nuova previsione nel corpo dell'art. 146 del codice penale, vale a dire di una norma la cui stessa « storia » chiaramente ne denota le eminenti finalità di tutela della salute dell'individuo. L'istituto del rinvio della esecuzione della pena, infatti, ha trovato collocazioni diverse ma disciplina sostanzialmente analoga nelle codificazioni postunitarie: era, infatti, l'art. 586 del codice di procedura penale del 1865 a stabilire che « l'esecuzione delle sentenze di condanna a pena restrittiva della libertà personale, passata in giudicato, è sospesa se il condannato si trovi in stato di demenza o di malattia grave », e l'identica impronta processuale era stata mantenuta anche nel codice di rito del 1913, il cui art. 583 prevedeva la possibilità di sospendere l'esecuzione di una sentenza di condanna, fra l'altro, « se una pena restrittiva della libertà personale debba essere espiata da persona che, secondo il giudizio di uno o più periti nominati d'ufficio, si trovi in tali condizioni d'infermità di mente o di corpo da rendere necessaria la sospensione », ovvero se la pena « debba essere espiata da donna che sia incinta o abbia partorito da meno di tre mesi ». Soltanto con l'entrata in vigore del codice penale del 1930, dunque, l'istituto fu trasferito dalla tradizionale sede processuale in quella del codice di diritto sostanziale, il tutto secondo l'opzione dogmatica tipica di quel legislatore, opzione che peraltro non mancò di registrare vivaci resistenze in dottrina, ove si ritenne da parte di alcuni immutata l'originaria fisionomia dell'istituto stesso .Ma al di là delle scelte di sistema, che qui direttamente non rilevano, sta il dato costante rappresentato dal fatto che nelle pur mutevoli formulazioni il rinvio o la sospensione della esecuzione della pena detentiva si è sempre saldamente attestato attorno a un presupposto unificante: vale a dire le particolari condizioni di salute del condannato e la ritenuta inconciliabilità delle stesse con l'altrettanto peculiare regime carcerario. Illuminanti, a questo proposito sono alcuni passaggi della Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, ove, appunto, si giustifica il rinvio obbligatorio della esecuzione della pena nel caso della donna incinta o che ha partorito da meno di sei mesi, proprio con le difficoltà di assistenza negli stabilimenti carcerari che quelle condizioni personali necessariamente richiedono.

Ma se le concorrenti esigenze di tutela del nascituro e del neonato possono razionalmente giustificare una presunzione assoluta di incompatibilità col carcere per la donna incinta o che abbia partorito da meno di sei mesi, nei confronti dei malati di AIDS o di quanti presentino uno

stato di grave deficienza immunitaria (per di più limitata all'ipotesi in cui questa derivi da infezione da HIV), occorrerebbe presupporre, con altrettanta linearità logica, che gli stessi versino in tutti i casi in condizioni di salute tali da non poter essere adeguatamente affrontate né con gli appositi presidi di diagnosi e cura esistenti all'interno degli istituti penitenziari, né attraverso provvedimenti di ricovero in luoghi esterni a norma dell'art. 11 dell'ordinamento penitenziario. Ebbene, è proprio la rigida presunzione stabilita dal legislatore, ad apparire priva di adeguato fondamento e tale, dunque, da rendere del tutto evanescente la razionalità di una norma dalla cui concreta applicazione possono pertanto generarsi inaccettabili disparità di trattamento e, di riflesso, la compromissione di quegli altri valori che il giudice *a quo* ha evocato a parametro delle dedotte questioni. Se, infatti, l'istituto del rinvio obbligatorio della esecuzione della pena deve tendere nel caso di specie a preservare le condizioni di salute del condannato, è evidente, allora, che sono soltanto queste ultime a dover essere prese in considerazione dal legislatore e non certo la malattia in quanto tale, giacché, a fronte di un identico stato morboso, qualunque esso sia, le variabili cliniche possono essere tante quanto l'intera casistica è in grado di offrire. D'altra parte, non è senza significato a tal proposito che anche fra gli studiosi della materia si sia giunti ad affermare che la stessa fase dell'AIDS conclamata presenti quadri clinici molto vari, alcuni dei quali, specie se ben trattati, possono regredire anche per lungo tempo, così come è altrettanto sintomatico che la stessa Commissione nazionale per la lotta all'AIDS abbia finito per riconoscere che « il quadro clinico delle infezioni da HIV è caratterizzato da una estrema dinamicità e variabilità di situazioni », al punto che « pazienti affetti dalla infezione HIV in uno stato epidemiologicamente non classificabile come AIDS ... versano in condizioni clinicamente gravi », tali da necessitare di quegli stessi provvedimenti che la Commissione medesima indicava per i soggetti in fase di AIDS.

Pur dovendosi quindi annettere al particolare e grave morbo di cui qui si tratta tutto il risalto che lo stesso merita e che l'ampia normativa di settore e la stessa coscienza collettiva gli ha ormai riconosciuto, la disposizione impugnata deve ritenersi non conforme al canone della ragionevolezza nella parte in cui non consente di accertare in concreto se, ai fini della esecuzione della pena, le effettive condizioni di salute del condannato siano o meno compatibili con lo stato detentivo. Allo stesso modo, spetterà al giudice verificare caso per caso in relazione alle strutture disponibili se l'esecuzione della pena possa avvenire senza pregiudizio per la salute della restante popolazione carceraria che, come si è detto, costituisce l'altro dei valori che la norma ha inteso tutelare. Accertamenti e verifiche del giudice, quelli sopra esposti, che porranno le pubbliche amministrazioni, ciascuna nel quadro delle proprie competenze ed opportunamente coordinate tra loro, di fronte all'esigenza di tenere conto

del bisogno di cura del singolo e dell'attitudine della condizione restrittiva rispetto alla salvaguardia della salute della popolazione carceraria, predisponendo o incrementando le strutture idonee allo scopo, sia in ambito penitenziario sia nei presidi sanitari esterni cui ricorrere a norma dell'articolo 11 dell'ordinamento penitenziario.

In tal modo viene pertanto ad essere integralmente soddisfatto il *petitum* perseguito dal giudice *a quo* e restano conseguentemente assorbiti gli ulteriori profili di illegittimità costituzionale dal medesimo dedotti.

II

(*omissis*) Il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Torino solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 286-*bis* del codice di procedura penale, nella parte in cui viene stabilito il divieto di custodia cautelare in carcere nei confronti delle persone affette da AIDS conclamata o che presentino una grave deficienza immunitaria per infezione da HIV. A parere del giudice *a quo*, l'effetto sostanziale che scaturisce dal rigido divieto sancito dalla norma oggetto di impugnativa è quello di esporre a grave pericolo il fondamentale bene della incolumità delle persone, così compromettendo le garanzie apprestate dall'art. 2 della Costituzione, nei casi in cui l'elevata pericolosità del soggetto non possa essere adeguatamente fronteggiata se non con l'applicazione della misura prevista dall'art. 285 del codice di rito. La gradata misura degli arresti domiciliari, soggiunge il rimettente, si rivela infatti incongrua al fine di evitare gli indicati pericoli, sia perché risulta spesso difficile individuare luoghi o strutture disposti ad accogliere la particolare categoria di persone cui la norma si riferisce, « sia soprattutto perché la predetta misura perde ogni concreta efficacia coercitiva, non essendo le violazioni delle relative prescrizioni sanzionabili mediante la conversione in detenzione cautelare in carcere ».

Vulnerato sarebbe anche il principio di uguaglianza, in quanto, osserva il giudice *a quo*, non è dato rinvenire « alcuna ragione, né logica né scientifica » per giustificare il peculiare trattamento previsto per i soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria rispetto a quanti presentino un quadro morboso di analoga gravità, specie ove si consideri che l'estrema dinamicità e varietà di situazioni che caratterizzano sul piano clinico le infezioni da HIV imporrebbe di valutare tali situazioni caso per caso, agli effetti del giudizio di compatibilità tra stato detentivo e malattia, « come già avviene in generale per le altre gravi patologie ».

Considerato infine — deduce il rimettente — che la norma oggetto di impugnativa determina il trasferimento del malato di AIDS dal carcere all'ambiente libero nella prospettiva di salvaguardare il bene della salute nel contesto carcerario, viene ad essere esposto « a grave e maggior peri-

colo il bene della salute collettiva extracarceraria », il tutto aggravato, osserva il giudice *a quo*, dalla impossibilità di far ricorso alle varie misure precauzionali previste per le persone in stato di detenzione, fra le quali l'isolamento per ragioni sanitarie disciplinato dall'art. 33 dell'ordinamento penitenziario.

Il tema dei malati di AIDS e delle correlative disposizioni novellatrici introdotte nel codice penale ed in quello di procedura penale ad opera del decreto-legge 14 maggio 1993, n. 139, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 1993, n. 222, ha, come è noto, formato oggetto di numerosi interventi da parte di questa Corte, l'ultimo dei quali è rappresentato dalla sentenza n. 438 del 1995, depositata in pari data, con la quale la Corte ha avuto modo di occuparsi della disciplina, per molti aspetti speculare a quella che viene qui in discorso, dettata in materia di rinvio obbligatorio della esecuzione della pena dall'art. 146, primo comma, numero 3, del codice penale. In tale occasione si è fra l'altro osservato che se la salute collettiva nel particolare contesto carcerario — che costituisce uno degli obiettivi perseguiti dal citato d.l. n. 139 del 1993 — « rappresenta un bene sicuramente da preservare ... devesi al tempo stesso affermare che in tanto può ritenersi ragionevole « l'allontanamento » dal carcere dei malati di AIDS, in quanto la relativa permanenza negli istituti cagioni in concreto un pregiudizio per la salute degli altri detenuti, posto che, altrimenti, risulterebbero senza giustificazione compromessi altri beni riconosciuti come primari dalla Carta fondamentale ». Nella medesima sentenza si è però anche osservato che la tutela della salute di quanti si trovino ristretti negli istituti penitenziari non rappresenta l'unico valore che il legislatore ha inteso salvaguardare, giacché « ove così fosse, l'identico regime avrebbe dovuto prendere in considerazione l'intera e ben più estesa gamma dei portatori di infezione da HIV, essendo questo, e non la malattia in sé considerata, il presupposto di insorgenza del rischio di contagio e, dunque, di pericolo per la salute della popolazione carceraria ». Accanto, quindi, alla salute collettiva, la norma censurata « ha evidentemente inteso tutelare anche la salute del singolo », attraverso una rigida preclusione che inibisce sempre comunque l'adozione della custodia carceraria, senza lasciare alcuno spazio alla possibilità di verificare in concreto la compatibilità delle condizioni di salute con l'applicazione della più grave fra le misure coercitive. Tuttavia, se il divieto di custodia cautelare in carcere deve ritenersi nella specie volto a preservare anche le condizioni di salute dell'inquisito, « è evidente, allora che, sono soltanto queste ultime a dover essere prese in considerazione dal legislatore e non certo la malattia in quanto tale », giacché, a fronte di un identico stato morboso, qualunque esso sia, le variabili cliniche possono essere tante quante l'intera casistica è in grado di offrire. Essendosi quindi da tempo evidenziata in sede scientifica la variabilità di situazioni cui può dar luogo l'infezione da HIV, al punto che la stessa

fase dell'AIDS conclamata presenta quadri clinici fra loro assai difformi, alcuni dei quali, specie se ben trattati, possono regredire anche per lungo tempo, ne deriva che la rigorosa preclusione di cui innanzi si è detto finisce per apparire priva di adeguato fondamento e tale, dunque, da rendere evanescente la razionalità di una norma dalla cui concreta applicazione possono generarsi inaccettabili disparità di trattamento e, di riflesso, il mancato soddisfacimento delle esigenze di natura cautelare sulle quali il giudice *a quo* si è puntualmente intrattenuto.

Ma è proprio su quest'ultimo aspetto che occorre svolgere qualche ulteriore notazione. Questa Corte ha, infatti, disatteso in passato analoghe censure, osservando come la dedotta compromissione delle esigenze di sicurezza collettiva dovesse ritenersi insussistente proprio perché nei confronti delle persone affette da AIDS risultavano adottabili « tutte le misure diverse dalla custodia in carcere e, quindi, anche quella custodiale degli arresti domiciliari, con l'aggiunta delle prescrizioni e cautele che le esigenze del singolo caso possono consigliare » (v. ordinanza n. 300 del 1994). Una simile soluzione, ovviamente, presupponeva l'attivazione della intera gamma di presidî e provvidenze che nei confronti dei malati di AIDS erano stati previsti dalla legge 5 giugno 1990, n. 135, e dallo stesso d.l. n. 139 del 1993, cosicché, svolgendosi l'intervento cautelare nel quadro di un programma di assistenza, il singolo rinvenisse proprio in quelle strutture un adeguato punto di riferimento ed un corrispondente stimolo ad osservare le prescrizioni inerenti alle singole misure. La inadeguata attuazione dei richiamati programmi di intervento ha, però, vanificato la premessa stessa da cui ha tratto origine la richiamata giurisprudenza di questa Corte, rendendo evidente come in non pochi casi — e quello sul quale il giudice *a quo* è chiamato a pronunciarsi ne è testimonianza — la stessa misura degli arresti domiciliari, la quale è pur sempre misura a contenuto prescrittivo e che dunque postula, per realizzare la funzione che le è propria, la volontà adesiva di chi vi è sottoposto, abbia finito per atteggiarsi alla stregua di provvedimento meramente liberatorio, senza alcuna concreta possibilità di coercizione. È ben vero, infatti, che, a norma dell'art. 3 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, è consentito l'arresto fuori dei casi di flagranza della persona che ha posto in essere una condotta punibile ai sensi dell'art. 385 del codice penale e che nei suoi confronti può essere disposta una misura coercitiva anche fuori dei limiti previsti dall'art. 280 del codice di procedura penale; ma se per legge la misura applicabile potrà al massimo essere quella degli arresti domiciliari e se, ancora, la misura alla quale la persona si è sottratta non potrà essere sostituita con la custodia in carcere, ne scaturisce, o ne può comunque scaturire, una inarrestabile sequenza di sottrazioni agli arresti domiciliari e di ripristino degli stessi che, da un

lato, svilisce l'essenza stessa della cautela e, dall'altro, lascia di fatto integralmente sguarniti i pericoli che la misura è invece destinata a salvaguardare. L'irragionevolezza del sistema traspare, quindi, con estrema chiarezza.

D'altra parte, l'art. 275, comma 4, del codice di procedura penale, come sostituito dall'art. 5 della legge 8 agosto 1995, n. 332, nello stabilire divieti per la custodia cautelare in carcere, accomuna, sotto una medesima clausola di salvezza, più situazioni, fra le quali iscrive, in ciò innovando rispetto al testo previgente, anche la persona « che si trovi in condizioni di salute particolarmente gravi *incompatibili* con lo stato di detenzione ». Sicché, per quello che traspare dal testo della norma, la custodia cautelare in carcere sembra dunque adottabile anche nei confronti delle persone che versino in condizioni di incompatibilità con la misura carceraria nell'ipotesi in cui « sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza », ferma restando, ovviamente, l'attivazione nei loro confronti di tutti gli istituti che l'ordinamento prevede al fine di assicurare il fondamentale bene della salute.

In tale quadro di riferimento si rivela, allora, privo di ragionevolezza il divieto assoluto di custodia cautelare in carcere stabilito per i soli ammalati di AIDS, dovendo per essi operare, pur con i temperamenti resi necessari dalla peculiarità del morbo, la generale regola che consente, anche nel caso di malattie altrettanto gravi, l'adozione della misura carceraria, allorché esigenze cautelari di eccezionale rilevanza facciano ritenere inadeguata qualsiasi altra misura.

Alla luce dei riferiti rilievi la norma impugnata deve pertanto essere dichiarata costituzionalmente illegittima per contrasto con l'art. 3 della Carta fondamentale, restando assorbiti gli ulteriori profili denunciati dal rimettente. Spetterà quindi al giudice verificare, caso per caso, tenuto conto anche delle strutture disponibili, se, in presenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, la custodia in carcere possa essere disposta senza pregiudizio per la salute del soggetto e di quella degli altri detenuti.

CORTE COSTITUZIONALE, 18 ottobre 1995 n. 440 - *Pres.* Caianiello - *Red.* Zagrebelsky - Presidente del Consiglio dei Ministri (n.c.).

Religione, Culto e Chiese - Bestemmia - Religione di Stato - Violazione principio eguaglianza - Illegittimità (parziale).
(Cost., artt. 3, 8 e 25; c.p. art. 724).

È illegittima per violazione del principio di eguaglianza la norma che sanziona penalmente la bestemmia, nella parte in cui indirizza la sanzione

contro coloro che oltraggiano Simboli o Persone venerati nella sola religione dello Stato, mentre rimane giustificata nella parte riferita in generale alle Divintà di tutte le religioni (1).

(*omissis*) L'ordinanza del Tribunale di Milano ripropone la questione di legittimità costituzionale del reato di bestemmia, previsto dal primo comma dell'art. 724 del codice penale, sotto il duplice profilo della violazione del principio di determinatezza della fattispecie penale (art. 25, secondo comma, della Costituzione) e della violazione del principio di uguaglianza in materia di religione (artt. 3 e 8, primo comma, della Costituzione).

L'art. 724, primo comma, del codice penale punisce a titolo contravvenzionale la condotta di chi « pubblicamente bestemmia, con invettive o parole oltraggiose, contro la Divinità o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato ». La prima prospettazione della questione si incentra sulle conseguenze che — ad avviso del Tribunale rimettente — deriverebbero dall'espunzione dal vigente ordinamento della nozione di « religione dello Stato ». Di tale nozione, enunciata nell'art. 1 dello Statuto albertino, ribadita nell'art. 1 del Trattato del 1929 tra la Santa Sede e l'Italia e largamente utilizzata dal codice penale vigente, ma incompatibile con il principio costituzionale fondamentale di laicità dello Stato (sentenze nn. 203 del 1989 e 149 del 1995), il Protocollo addizionale all'Accordo di modifica del Concordato lateranense, recepito nell'ordinamento italiano con legge 25 marzo 1985, n. 121, ha constatato (al punto 1) il superamento: « Si considera non più in vigore il principio, origina-

---

(1) Con una sentenza magistrale la Corte ha conseguito il duplice obiettivo di fugare definitivamente i dubbi che circondavano la legittimità dell'art. 724 c.p., mantenendo vigente una disciplina di cui invano aveva chiesto al legislatore una riformulazione.

La sentenza supera la questione dell'indeterminatezza della fattispecie sanzionatoria con un sapiente adeguamento del significato di « religione di Stato » in quello di religione cattolica intesa quale « già » religione dello Stato; anche se tale profilo della norma è destinato ad essere superato dalla seconda parte della motivazione.

Essa poi ricostruisce l'iter interpretativo seguìto in passato per respingere la censura di disparità di trattamento, ricordando come fino agli anni 70 si diede rilievo al fattore numerico, per cui la bestemmia contro la religione cattolica era avvertita come offensiva da parte della maggior parte dei cittadini italiani in quanto aderenti a tale culto e quindi si giustificava una punizione più grave. Con la sentenza 925/88 la Corte abbandonò tale ordine concettuale, rifiutando ogni tipo di discriminazione fondato sul numero maggiore o minore degli aderenti alle varie confessioni, e cercando invece un fondamento alla sanzione nella necessità di fronteggiare un diffuso malcostume.

Si trattava di una soluzione transitoria (nella quale infatti la Corte invitava il legislatore ad intervenire) perché restava aperto il dilemma: se la bestemmia

riamente richiamato dai Patti lateranensi, della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano ».

Da questa caducazione, secondo il Tribunale rimettente, deriverebbe l'indeterminatezza della fattispecie dell'art. 724, primo comma, del codice penale e quindi la violazione dell'art. 25, secondo comma, della Costituzione, in quanto ora non sarebbe più individuabile la religione destinataria delle invettive e delle parole oltraggiose costitutive dell'elemento materiale del reato di bestemmia.

La questione, così delineata, è già stata esaminata e respinta da questa Corte con sentenza n. 925 del 1988.

La formula dell'art. 724, primo comma, del codice penale, dopo la scomparsa dall'ordinamento giuridico della nozione di « religione dello Stato », non contempla alcuna nozione generica e quindi non giustifica la censura di indeterminatezza. Semplicemente, si apre un'alternativa tra due possibilità, entrambe determinate: o ritenere che l'eliminazione della nozione di « religione dello Stato » abbia fatto venire meno la fattispecie dell'art. 724, primo comma, del codice penale e l'abbia così privata di contenuto normativo; oppure, ritenere che quell'espressione sia semplicemente il tramite linguistico per mezzo del quale, ora come allora, viene indicata la religione cattolica. Si tratta di una scelta interpretativa dipendente da una presa di posizione in ordine al « perché » della volontà del legislatore espressa nell'art. 724 (la religione cattolica in quanto religione dello Stato ovvero la religione dello Stato in quanto religione cattolica). La giurisprudenza penale ha seguito ora il primo, ora il secondo orientamento e quest'ultimo ha finito per prevalere con l'avallo di questa Corte,

---

merita una sanzione penale ciò vale per tutte le religioni, se si esclude per le altre religioni non si può ammettere solo per quella cristiana.

Di qui la necessità dell'intervento di alta chirurgia operato in questa occasione. La rimozione del solo riferimento alla religione dello Stato avrebbe comportato un ampliamento della fattispecie sanzionatoria e si sarebbe pertanto risolta in una sentenza additiva particolarmente delicata in materia penale; si è invece operato in modo da sezionare la disposizione, dividendola in due parti dotate di vita autonoma: l'oltraggio contro la Divinità e quello contro i Simboli o le Persone venerati nella religione cattolica e si è quindi potuto eliminare questa seconda lasciando sopravvivere la prima.

La quale, nella sua genericità, si presta ad essere riferita a tutte le confessioni religiose senza distinzioni.

Si esclude pertanto un effetto additivo, interpretando la norma nel senso che essa già puniva la bestemmia contro divinità di altre religioni, mentre la specificità di tutela riservata alla religione di Stato concerneva Simboli e Persone, gli unici suscettibili (secondo un argomento letterale che rafforza la tesi) di essere « venerati ».

Sotto questo profilo la pronuncia si può classificare tra le sentenze interpretative di rigetto, unendo tale funzione a quella di accoglimento parziale riferito all'ultima parte della disposizione impugnata.

G.P.P.

la quale ha affermato che « l'innegabile venir meno del significato originario dell'espressione « religione dello Stato » non esclude che, entro il contesto dell'art. 724 del codice penale, essa ne abbia acquistato uno diverso, ma sempre sufficientemente determinabile... cioè, il significato di « religione cattolica », in quanto già religione dello Stato » (sentenza n. 925 del 1988 e ordinanza n. 52 del 1989).

Riaffermata così la sopravvivenza dell'incriminazione penale della bestemmia in relazione alla « religione dello Stato », formula da intendersi — nei limiti che saranno appresso precisati — senza possibilità di dubbio o oscillazione come religione cattolica, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 724, primo comma, del codice penale deve essere esaminata rispetto agli altri parametri costituzionali invocati.

L'esame della legittimità costituzionale del reato di bestemmia previsto dall'art. 724, primo comma, del codice penale, con riferimento al principio di uguaglianza senza distinzione di religione (art. 3 della Costituzione) e al principio di uguale libertà davanti alla legge di tutte le confessioni religiose (art. 8, primo comma, della Costituzione) presuppone la ricostruzione del bene giuridico protetto dalla norma oggetto di sindacato, a partire dalla concezione originaria del legislatore penale del 1930.

Il riferimento alla religione dello Stato-religione cattolica è il primo elemento di questa ricostruzione. Tale riferimento è generale nelle fattispecie dei reati attinenti alla religione (artt. 402-404: vilipendi variamente caratterizzati, e 724: bestemmia) e si spiega per il rilievo che, nelle concezioni politiche dell'epoca, era riconosciuto al sentimento religioso collettivo cattolico quale fattore di unità morale della nazione. Lo Stato, espressione e garante di tale unità, aveva, comprensibilmente, la « sua » religione ed era interessato a sostenerla e difenderla. Il secondo elemento — che si somma al precedente, senza escluderlo — è rappresentato dalla configurazione del reato di bestemmia congiuntamente alle manifestazioni oltraggiose verso i defunti e dalla sua collocazione nel « titolo » quanto mai eterogeneo delle « contravvenzioni concernenti la polizia dei costumi », collocazione che giustifica anche per la bestemmia (come per il gioco d'azzardo, gli atti contrari alla pubblica decenza, il turpiloquio, ecc.) una configurazione più riduttiva, come atto di malcostume.

In prosieguo, anche in conseguenza dei nuovi principi costituzionali di libertà e di uguaglianza dei cittadini e di laicità dello Stato, il reato di bestemmia è stato sottoposto a una riconsiderazione, i cui punti fondamentali sono rappresentati da altrettante pronunce della Corte costituzionale. Nella sentenza n. 79 del 1958 viene operata una prima conversione del bene giuridico protetto. La religione cattolica è configurata non più come la religione dello Stato in quanto organizzazione politica, ma dello Stato in quanto società: la protezione speciale della « religione dello Stato » si giustificherebbe per « la rilevanza che ha avuto ed ha la reli-

gione cattolica in ragione della antica ininterrotta tradizione del popolo italiano, la quasi totalità del quale ad essa sempre appartiene.... La norma dell'art. 724 Cod. pen., come altre dello stesso Codice..., si riferisce alla « religione dello Stato » dando rilevanza non già a una qualificazione formale della religione cattolica, bensì alla circostanza che questa è professata nello Stato italiano dalla quasi totalità dei suoi cittadini, e come tale è meritevole di particolare tutela penale, per la maggior ampiezza e intensità delle reazioni sociali naturalmente suscitate dalle offese ad essa dirette ».

Successivamente, con la sentenza n. 14 del 1973, la giurisprudenza della Corte costituzionale va oltre e la religione cattolica come religione della « quasi totalità » degli italiani viene sostituita — come oggetto della tutela penale — dal « sentimento religioso », elemento base della libertà di religione che la Costituzione riconosce a tutti. Si apre così, attraverso il riferimento al concetto di sentimento religioso, una prospettiva che investe l'atteggiamento dell'ordinamento verso tutte le religioni e i rispettivi credenti e va quindi al di là del riferimento alla sola religione cattolica. Tuttavia l'espressa limitazione della previsione legislativa alle offese contro la sola religione cattolica è ritenuta dalla Corte, in tale sentenza, ancora giustificata, data « l'ampiezza delle reazioni sociali ... della maggior parte della popolazione italiana », ma viene aggiunto un richiamo: che, « per una piena attuazione del principio costituzionale della libertà di religione, il legislatore debba provvedere a una revisione della norma, nel senso di estendere la tutela penale contro le offese del sentimento religioso di individui appartenenti a confessioni diverse da quella cattolica ».

Da ultimo, la sentenza n. 925 del 1988, che rappresenta il punto di partenza per l'esame della questione ora riproposta alla Corte costituzionale, dichiara non fondato il dubbio di costituzionalità sulla vigente disciplina della bestemmia, ma in base a diverse affermazioni di principio che accantonano l'argomento numerico, sul quale fino ad allora si era motivato per escludere la violazione del principio di uguaglianza: « "la limitazione della previsione legislativa alle offese contro la religione cattolica" non può continuare a giustificarsi con l'appartenenza ad essa della "quasi totalità" dei cittadini italiani ... e nemmeno con l'esigenza di tutelare il sentimento religioso della "maggior parte della popolazione italiana" ... non tanto vi si oppongono ragioni di ordine statistico (comunque sia la religione cattolica resta la più seguita in Italia), quanto ragioni di ordine normativo. Il superamento della contrapposizione fra la religione cattolica, "sola religione dello Stato", e gli altri culti "ammessi", sancito dal punto 1 del Protocollo del 1984, renderebbe, infatti, ormai inaccettabile ogni tipo di discriminazione che si basasse soltanto sul maggiore o minore numero degli appartenenti alle varie confessioni religiose ». L'abbandono del criterio quantitativo, così argomentato dalla

Corte, significa che in materia di religione, non valendo il numero, si impone ormai la pari protezione della coscienza di ciascuna persona che si riconosce in una fede, quale che sia la confessione religiosa di appartenenza. Il primo comma dell'art. 8 della Costituzione trova così la sua piena valorizzazione.

Il riconoscimento da parte della sentenza n. 925 del 1988 della disparità di disciplina, derivante dalla « perdurante limitazione insita nel dettato dell'art. 724 », è dunque inevitabile, ma si afferma che la norma « possa trovare tuttora un qualche fondamento nella constatazione, sociologicamente rilevante, che il tipo di comportamento vietato dalla norma impugnata concerne un fenomeno di malcostume divenuto da gran tempo cattiva abitudine per molti », aggiungendosi peraltro che incombe sul legislatore « l'obbligo di addivenire ad una revisione della fattispecie ». La Corte costituzionale ha così nuovamente definito i beni protetti dalla norma del codice penale (beni attinenti l'uno alla religione e l'altro al buon costume) e ha ritenuto, per il momento e in attesa dell'intervento del legislatore, che le esigenze di tutela del secondo bene portassero ad escludere la declaratoria di incostituzionalità della norma, pur difettosa sul piano della tutela del primo, in ragione dell'imperativo di uguaglianza.

Nella riconsiderazione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 724, primo comma, del codice penale cui l'ordinanza del Tribunale di Milano chiama la Corte costituzionale, devono essere tenuti fermi due punti essenziali, affermati nell'ultima giurisprudenza ora richiamata: l'irrilevanza del criterio numerico nelle valutazioni costituzionali in nome dell'uguaglianza di religione e l'appartenenza della norma sanzionatrice della bestemmia (anche) all'ambito dei reati che attengono alla religione.

In particolare, non può essere condivisa la tendenza — risultante da alcune pronunce della giurisdizione penale di legittimità e di merito — volta ad attrarre senza residui la norma dell'art. 724 del codice penale solo all'ambito dei reati di malcostume. Di tale norma, infatti, si perderebbe la ragione d'essere caratteristica — cioè la sua attinenza alla protezione della sfera della religione — una volta che la si volesse intendere nell'ambito esclusivo della maleducazione verbale. Contro, stanno la sua origine, il riferimento testuale alla « religione dello Stato », poi mutato in riferimento alla religione cattolica, e la sua collocazione sistematica accanto alla disposizione che punisce il turpiloquio non ulteriormente qualificato (art. 726, secondo comma, del codice penale). Si potrà dire che la bestemmia — anche per la nostra legislazione — è un atto di inciviltà nei rapporti della vita sociale che non colpisce necessariamente soltanto i credenti, ma non si può trascurare che esso è caratterizzato dal suo attenere alla sfera della religione. La religione e i credenti sono

pur sempre cose diverse dalla buona creanza e dagli uomini di buona creanza.

Per questa ragione, i parametri costituzionali invocati — l'uguaglianza di fronte alla legge senza discriminazioni di religione (art. 3) e l'uguale libertà di tutti i culti (art. 8, primo comma) — sono pertinenti. Da essi deve trarsi ora la conseguenza della declaratoria d'incostituzionalità della norma che punisce la bestemmia, in quanto differenzia la tutela penale del sentimento religioso individuale a seconda della fede professata. A tale declaratoria, la sentenza n. 925 del 1988 non era per il momento pervenuta, in attesa di un intervento del legislatore penale (già auspicato fin dalla sentenza n. 14 del 1973) che valesse a sanare la discriminazione tra fedeli di diverse confessioni religiose. La perdurante inerzia del legislatore non consente — dopo sette anni dall'ultima sentenza, ribadita nei suoi contenuti dall'ordinanza n. 52 del 1989 — di protrarre ulteriormente l'accertata discriminazione, dovendosi affermare la preminenza del principio costituzionale di uguaglianza in materia di religione su altre esigenze — come quella del buon costume tutelato dall'art. 724 — pur apprezzabili ma di valore non comparabile.

La dichiarazione d'incostituzionalità dell'art. 724, primo comma, del codice penale deve tuttavia essere circoscritta alla sola parte nella quale esso comporta effettivamente una lesione del principio di uguaglianza. La fattispecie dell'art. 724, primo comma, del codice penale è scindibile in due parti: una prima, riguardante la bestemmia contro la Divinità, indicata senza ulteriori specificazioni e con un termine astratto, ricomprendente sia le espressioni verbali sia i segni rappresentativi della Divinità stessa, il cui contenuto si presta a essere individuato in relazione alle concezioni delle diverse religioni; una seconda, riguardante la bestemmia contro i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato. La bestemmia contro la Divinità, come anche la dottrina e la giurisprudenza hanno talora riconosciuto, a differenza della bestemmia contro i Simboli e le Persone, si può considerare punita indipendentemente dalla riconducibilità della Divinità stessa a questa o a quella religione, sottraendosi così alla censura d'incostituzionalità. Del resto, dal punto di vista puramente testuale, ancorché la formula dell'art. 724 possa indurre alla riconduzione unitaria delle nozioni di Divinità, Simboli e Persone nella tutela penalistica accordata alla sola « religione dello Stato », è da notarsi che, in senso stretto, il termine « venerati » impiegato nell'art. 724, è propriamente riferibile ai soli Simboli e Persone. Cosicché, dovendosi ritenere che il legislatore abbia fatto uso preciso e consapevole delle espressioni impiegate, il riferimento alla « religione dello Stato » può valere soltanto per i Simboli e le Persone.

La norma impugnata si presta così ad essere divisa in due parti. Una parte — esclusa restando ogni valenza additiva della presente pronuncia, di per sé preclusa dalla particolare riserva di legge in materia di reati

e di pene — si sottrae alla censura di incostituzionalità, riguardando la bestemmia contro la Divinità in generale e così proteggendo già ora dalle invettive e dalle espressioni oltraggiose tutti i credenti e tutte le fedi religiose, senza distinzioni o discriminazioni, nell'ambito — beninteso — del concetto costituzionale di buon costume (artt. 19 e 21, sesto comma, della Costituzione). L'altra parte della norma dell'art. 724 considera invece la bestemmia contro i Simboli e le Persone con riferimento esclusivo alla religione cattolica, con conseguente violazione del principio di uguaglianza. Per questa parte, delle due possibilità di superamento del vizio rilevato: l'annullamento della norma incostituzionale per difetto di generalità e l'estensione della stessa alle fedi religiose escluse, alla Corte costituzionale è data soltanto la prima, a causa del predetto divieto di decisioni additive in materia penale.

La scelta attuale del legislatore di punire la bestemmia, una volta depurata del suo riferimento ad una sola fede religiosa, non è dunque di per sé in contrasto con i principi costituzionali, tutelando in modo non discriminatorio un bene che è comune a tutte le religioni che caratterizzano oggi la nostra comunità nazionale, nella quale hanno da convivere fedi, culture e tradizioni diverse.

CORTE COSTITUZIONALE, 11 dicembre 1995 n. 497 - *Pres.* Ferri - *Red.* Ferri - Presidente del Consiglio dei Ministri (avv. Stato N. Bruni).

Procedimento penale - Decreto di citazione a giudizio - Avviso circa la facoltà del giudizio abbreviato - Omissione non sanzionata con nullità - Illegittimità.

(Cost., artt. 3, 24 e 97; c.p.p. art. 555).

È illegittima per violazione del principio di difesa la norma che elencando i casi di nullità del decreto di citazione a giudizio non vi ricomprende l'omissione dell'avviso circa la facoltà dell'imputato di chiedere il giudizio abbreviato (1).

(*omissis*) Il Pretore di Milano dubita, in riferimento agli artt. 3, primo comma, 24, secondo comma e 97, primo comma, della Costituzione, della legittimità costituzionale dell'art. 555, comma 2, del codice di pro-

(1) Le decisione in rassegna dimostra ancora una volta il grande rilievo che la Corte attribuisce ai riti abbreviati, quali peculiarità qualificanti del nuovo codice. Anche se la motivazione si impernia prevalentemente sulla lesione del principio della difesa, si ha l'impressione che gli strali della Corte siano soprattutto indirizzati alla irrazionalità della disposizione che, lasciando senza conseguenze l'omissione dell'avviso, lo rendeva di fatto facoltativo per il P.M.

cedura penale, « nella parte in cui non commina la nullità per mancanza degli avvisi prescritti alla precedente lettera e) ».

In sintesi, il giudice remittente ritiene che la disciplina risultante dalla norma impugnata, in quanto non prevede la nullità del decreto di citazione a giudizio nel caso di mancato avviso all'imputato della facoltà di richiedere riti alternativi, ovvero di presentare domanda di oblazione, contrasti:

— con l'art. 3 della Costituzione: perché rimetterebbe ad una scelta discrezionale del pubblico ministero l'avviso di cui alla lettera e) del cit. art. 555;

— con l'art. 97 della Costituzione: per violazione dei criteri di efficienza cui deve essere improntata ogni attività pubblica, in quanto, in mancanza dell'avviso, l'imputato non viene incentivato ad accedere ai riti alternativi, con gravi implicazioni organizzative e ritardi della fase dibattimentale;

— con l'art. 24 della Costituzione: per lesione del diritto di difesa, in quanto, non essendo prevista nel procedimento pretorile la fase dell'udienza preliminare, l'imputato può venire a conoscenza della facoltà di richiedere riti alternativi solo al momento del dibattimento, quando cioè il termine per richiedere il rito abbreviato è già decorso.

Va preliminarmente esaminata l'eccezione di inammissibilità, per genericità e mancanza di motivazione, dedotta dalla difesa del Presidente del Consiglio relativamente al profilo di illegittimità costituzionale sollevato dal remittente in riferimento all'art. 3 della Costituzione.

L'eccezione non può essere accolta.

Pur se fornito di assai scarna motivazione, nondimeno dal contesto del provvedimento di rimessione emerge con sufficiente chiarezza che il giudice remittente ha inteso censurare l'asserita discrezionalità con la quale, a suo avviso, il pubblico ministero può, in difetto di alcuna sanzione, inserire o meno l'avviso previsto dalla lettera e) del citato art. 555, e, conseguentemente, ha inteso indicare una possibile violazione dell'art. 3 della Costituzione sotto il profilo di una irragionevole disparità di trattamento tra imputati ai quali il decreto di citazione a giudizio sia stato notificato in forma completa, e imputati il cui decreto di citazione contenga tale omissione.

Nel merito, la questione è fondata in riferimento all'art. 24 della Costituzione.

Come può evincersi dalla Relazione al progetto preliminare del codice, il decreto di citazione a giudizio, il cui contenuto è disciplinato dalla norma impugnata, è strutturato come un « atto complesso » con il quale si intendono ottenere due effetti: « sollecitare l'imputato ad avvalersi di un rito abbreviato e contestualmente citarlo per il giudizio, ove tale sollecitazione non venga accolta ».

Tale impostazione costituisce, come già questa Corte ha avuto modo di rilevare (v. ordinanza n. 208 del 1991), espressione del *favor* per i riti differenziati — alternativi al dibattimento — la cui incentivazione mira in definitiva a perseguire quegli obiettivi di massima semplificazione e di « deflazione » del dibattimento stesso, più volte sottolineati dal legislatore.

Proprio a tal fine la disciplina posta dall'art. 555, nell'enunciare il contenuto del decreto di citazione a giudizio formato dal pubblico ministero, prevede esplicitamente, alla lettera e), l'avviso all'imputato della facoltà di ricorrere ai riti alternativi o di presentare domanda di oblazione.

Si è quindi in presenza di una norma che, da un lato, assicura una garanzia essenziale per il godimento di un diritto della difesa, dall'altro, non prevede alcuna conseguenza (*rectius*: alcuna tutela) nel caso in cui tale avviso venga omesso, pur essendo del tutto evidente che la norma stessa pone comunque un obbligo, e non una mera indicazione di principio, al pubblico ministero.

Un tale assetto normativo, oltre che irragionevole per l'assenza assoluta di un qualsiasi motivo apprezzabile di pubblico interesse (ove invece di deflazione del dibattimento e comunque di celerità del processo spingerebbero in senso contrario), è in realtà suscettibile di diminuire le potenzialità difensive dell'imputato, al quale, pur essendo attribuito, nel giudizio pretorile, uno *spatium* deliberandi di 15 gg. per l'eventuale scelta di riti alternativi, può accadere, in mancanza di una tempestiva conoscenza, di trovarsi decaduto dalla facoltà di richiedere quantomeno il giudizio abbreviato.

Sulla base del medesimo rilievo, inoltre, può escludersi che la garanzia della difesa tecnica, sancita alla lettera f) della norma, sia previsione di per sé sufficiente a scongiurare tale evenienza; del tutto evidente che, nell'ambito dei 45 giorni indicati dall'ultimo comma del citato art. 555 quale minimo intervallo temporale prima della celebrazione del giudizio, ben può accadere che l'imputato prenda contatto con il suo difensore oltre il 15° giorno dalla notifica del decreto di citazione, e cioè tempestivamente per l'esercizio dei suoi diritti di difesa in dibattimento ma irrimediabilmente tardi ai fini della previsione in esame.

Va pertanto dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 555, comma 2, del codice di procedura penale, in riferimento all'art. 24, secondo comma, della Costituzione, nella parte in cui non prevede la nullità del decreto di citazione a giudizio per mancanza o insufficiente indicazione del requisito previsto dal comma 1, lettera e).

I profili di illegittimità costituzionale sollevati in riferimento agli artt. 3 e 97 della Costituzione restano assorbiti.

SEZIONE SECONDA

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA E INTERNAZIONALE

Le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee pronunciate nel corso dell'anno 1995 in cause alle quali ha partecipato l'Italia.

Nel corso dell'anno 1995 la Corte di Giustizia delle Comunità europee ha emesso 23 sentenze (su un totale di 171) in cause nelle quali è intervenuto il Governo italiano (9 in ricorsi della Commissione delle Comunità europee contro l'Italia e 14 in cause pregiudiziali ai sensi dell'art. 177 del Trattato U.E.). Va aggiunta una sentenza emessa dal Tribunale di primo grado.

Oltre a quelle pubblicate in questa Rassegna nel presente numero e nei numeri precedenti del corrente anno, sono state emesse le seguenti sentenze:

— 16 febbraio 1995, nella causa C-425/93, Calle Grenzhop Andresen, la quale, in tema di *previdenza sociale dei lavoratori migranti*, ha statuito che « 1. — la situazione di un lavoratore danese, che risiede in Danimarca e dipende esclusivamente da un'impresa con sede nella Repubblica federale di Germania, il quale, nell'ambito di tale rapporto di lavoro, eserciti regolarmente, per più ore alla settimana e per un periodo non limitato a dodici mesi, parte della sua attività in Danimarca, rientra nell'art. 14, n. 2, lett. *b*), *i*), del regolamento n. 1408/71, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità; 2. — la nozione di « attività » ai sensi dell'art. 14, n. 2, lett. *b*), *i*), del regolamento (CEE) n. 1408/71 include la nozione di « attività subordinata ».

— 23 febbraio 1995, nella causa C-349/93, Commissione c. Italia in tema di *aiuti di Stato*, la quale ha dichiarato che « La Repubblica italiana, omettendo di esigere il rimborso degli aiuti indebitamente versati nel 1987 alla società Aluminia e alla società Comsal, appartenenti al gruppo EFIM, è venuta meno agli obblighi che le incombono in virtù del Trattato CEE e, in particolare, della decisione della Commissione 24 maggio 1989, 90/224/CEE, relativa agli aiuti erogati dal Governo italiano a Aluminia e Comsal, imprese appartenenti al settore pubblico dell'alluminio ».

— 4 aprile 1995, nella causa C-348/93, Commissione c. Italia, la quale, ancora in tema di *aiuti di Stato*, in questa occasione all'Alfa Romeo, conformemente a quanto statuito nella sentenza in pari data nella causa C-350/93 per gli aiuti in favore della Lanerossi (pubbl. in questa *Rassegna*, *ante*, I, 198), ha accolto il ricorso della Commissione solo relativamente alla tardività nel recupero delle somme, accogliendo viceversa le tesi italiane secondo cui l'aiuto doveva ritenersi recuperato attraverso il rimborso ottenuto dall'IRI da parte della Finmeccanica cui al momento della erogazione dell'aiuto apparteneva l'Alfa Romeo.

— 18 maggio 1995, nella causa C-57/94, Commissione c. Italia, dove, in materia di *appalti pubblici*, si è ritenuto che « avendo l'amministrazione provinciale di Ascoli Piceno aggiudicato a trattativa privata un appalto concer-

nente l'undicesima e la dodicesima perizia suppletiva di completamento del tratto di strada a scorrimento veloce « Ascoli-Mare », denominato « IV lotto - progetto 5134 », e omesso la pubblicazione di un bando di gara nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza della direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici ».

— 1 giugno 1995, nella causa C-40/93, Commissione c. Italia, secondo la quale « prorogando, con legge 31 ottobre 1988, n. 471, fino all'anno accademico 1984/1985, nei confronti dei laureati in medicina e chirurgia, il termine stabilito dall'art. 19 della direttiva del Consiglio 25 luglio 1978, 78/686/CEE, concernente il *reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli di dentista* e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi del detto articolo e dell'art. 1 della direttiva del Consiglio 25 luglio 1978, 78/687/CEE, concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative per le attività di dentista ».

— 1 giugno 1995, nella causa C-182/94, Commissione c. Italia, con la quale la Corte ha dichiarato che « la Repubblica italiana, non avendo adottato entro il termine prescritto le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva del Consiglio 14 giugno 1989, 89/392/CEE, concernente il *ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alle macchine*, e alla direttiva del Consiglio 20 giugno 1991, 91/368/CEE, che modifica la direttiva 89/392/CEE, è venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi del diritto comunitario ».

— 29 giugno 1995, nella causa C-135/94, Commissione c. Italia, dove si è statuito che « non adottando le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva del Consiglio 27 novembre 1989, 89/618/Euratom, sui provvedimenti di protezione sanitaria applicabili e sul comportamento da adottare in caso di emergenza radioattiva, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono ai sensi di tale direttiva ».

— 11 agosto 1995, nella causa C-1/94, Cavarzere Produzioni Industriali c. MAF, con la quale, in materia di *organizzazione comune del mercato dello zucchero*, si è statuito che: « 1. — Gli Stati membri non possono, per la campagna di commercializzazione che ha inizio il 1° luglio, esercitare il potere di manovra ad essi conferito dall'art. 25, n. 2, del regolamento (CEE) del Consiglio 30 giugno 1981, n. 1785, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore dello zucchero, dopo la data del 1° marzo prevista dal regolamento (CEE) del Consiglio 26 gennaio 1982, n. 193, che adotta le norme generali relative ai trasferimenti di quote nel settore dello zucchero, anche se il regolamento del Consiglio che fissa le quote e dichiara applicabile questo potere è stato emanato dopo il 1° marzo, dato che non è stato adottato alcun regolamento comunitario che deroghi espressamente a tale termine; 2. — Il potere di manovra riconosciuto agli Stati membri dall'art. 25 del citato regolamento n. 1785/81 può essere esercitato contemporaneamente ad una modifica di quote effettuata, ai sensi dell'art. 2 del pure citato regolamento n. 193/82, in seguito ad una cessione di imprese o di stabilimenti di produzione, purché siano rispettate le condizioni di applicazione proprie di ciascuna di tali disposizioni; 3. — L'art. 25, n. 2, del citato regolamento n. 1785/81 dev'essere interpretato nel senso che gli Stati membri possono ridurre la quota A e la quota B a concorrenza del

10 % ciascuna; 4. — Il margine di manovra del 10 % di cui all'art. 25, n. 2, primo comma, del citato regolamento n. 1785/81 verte sulle quote A e B assegnate all'impresa nell'ambito del regime di quote in vigore in forza di una decisione nazionale adottata dallo Stato membro in base all'art. 24 del suddetto regolamento, con la quale quest'ultimo ripartisce tra le imprese operanti nel suo territorio i quantitativi di base A e B attribuitigli; 5. — La nozione di « progetti di ristrutturazione » ai sensi dell'art. 25, n. 2, secondo comma, del citato regolamento n. 1785/81, che in Italia autorizza a modificare le quote senza applicare il limite del 10 %, va riferita a progetti riguardanti l'intero settore saccarifero in ambito nazionale o regionale ».

— 14 settembre 1995, nelle cause riunite T-480 e 483/93, Antillean Rice Miles c. Commissione, dove il Tribunale di 1° grado, in tema di *politica commerciale comune, nel regime di associazione dei paesi e territori d'oltremare*, ha accolto solo in parte il ricorso di alcune ditte importatrici e/o trasformatrici di riso grezzo nelle Antille olandesi in provenienza dal Surinam e dalla Guiana, diretto all'annullamento di una decisione della Commissione che aveva adottato misure di salvaguardia.

— 5 ottobre 1995, nella causa C-125/94, Aprile c. Amm.ne Finanze, la quale, in tema di *controlli nei trasporti di merci fra Stati membri*, ha precisato che: « 1. — Fatta salva l'applicazione di particolari disposizioni comunitarie in vigore che disciplinano gli scambi con taluni paesi terzi, la direttiva del Consiglio 1° dicembre 1983, 83/643/CEE, relativa all'agevolazione dei controlli fisici e delle formalità amministrative nei trasporti di merci tra Stati membri, come modificata dalla direttiva del Consiglio 15 dicembre 1986, 87/53/CEE e, in particolare, il suo art. 5, n. 1, lett. *a*), secondo trattino, non è applicabile alle operazioni doganali relative alle merci provenienti da paesi terzi e, segnatamente, dai paesi membri dell'EFTA; 2. — Gli Stati membri non possono imporre unilateralmente tasse di effetto equivalente negli scambi con i paesi terzi. Nell'ipotesi in cui il divieto di tasse di effetto equivalente figuri in accordi bilaterali o multilaterali conclusi dalla Comunità con uno o più paesi terzi al fine di eliminare gli ostacoli agli scambi come pure nei regolamenti del Consiglio relativi all'organizzazione comune dei mercati di vari prodotti agricoli per gli scambi con i paesi terzi, la portata di tale divieto è la stessa di quella riconosciutagli nel contesto del commercio intracomunitario ».

— 5 ottobre 1995, nella causa C-96/94, Centro Servizi Spediporto, che in tema di *concorrenza nei trasporti su strada*, ha deciso che: « 1. — Gli artt. 3, lett. *g*), 5, 85, 86 e 90 nonché l'art. 30 del Trattato CE non ostano a che la normativa di uno Stato membro preveda che le tariffe dei trasporti di merci su strada siano approvate e rese esecutive dalla pubblica autorità, sulla base di proposte di un comitato, se quest'ultimo è composto da una maggioranza di rappresentanti dei pubblici poteri, a fianco di una minoranza di rappresentanti degli operatori economici interessati, e deve rispettare nelle sue proposte determinati criteri di interesse pubblico e se, peraltro, i pubblici poteri non rinunciano alle loro prerogative, tenendo conto, prima della approvazione delle proposte, dei rilievi di altri enti pubblici e privati, o addirittura fissando le tariffe d'ufficio; 2. — La direttiva del Consiglio 7 dicembre 1992, 92/106/CEE, relativa alla fissazione di norme comuni per taluni trasporti combinati di merci tra Stati membri, non si applica ai trasporti combinati di merci tra paesi terzi e Stati membri ed il regolamento (CEE) del Consiglio 22 dicembre 1986, n. 4055, che applica il principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi tra Stati

membri e tra Stati membri e paesi terzi, non si applica ai trasporti su strada di merci sbarcate da navi ».

— 12 ottobre 1995, nella causa C-257/94, Commissione c. Italia, che ha dichiarato che « la Repubblica italiana, non avendo adottato nel termine previsto le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi al dettato della direttiva del Consiglio 11 dicembre 1991, 91/685/CEE, recante modifica della direttiva 80/217/CEE che stabilisce *misure comunitarie di lotta contro la peste suina classica*, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in virtù dell'art 2 della direttiva 91/685 ».

— 17 ottobre 1995, nella causa C-83/94, Leifer, dove la Corte, nell'ambito della *politica commerciale comune*, ha statuito che: « 1. — L'art. 113 del Trattato CE dev'essere interpretato nel senso che le disposizioni intese a limitare le esportazioni verso Stati terzi di merci a duplice uso rientrano nella sua sfera di applicazione e nel senso che la Comunità dispone di una competenza esclusiva in materia, la quale esclude pertanto la competenza degli Stati membri, salvo in caso di un'autorizzazione specifica rilasciata dalla Comunità; 2. — Uno Stato membro può eccezionalmente adottare, in forza dell'art. 11 del regolamento (CEE) del Consiglio 20 dicembre 1969, n. 2603, relativo all'instaurazione di un regime comune applicabile alle esportazioni, modificato da ultimo dal regolamento (CEE) del Consiglio 19 dicembre 1991, n. 3918, disposizioni nazionali volte a limitare l'esportazione di merci a duplice uso verso Stati terzi in quanto ciò è necessario onde evitare il rischio di una grave perturbazione dei rapporti esterni o della coesistenza pacifica dei popoli che può pregiudicare la pubblica sicurezza di uno Stato membro ai sensi di detto articolo; 3. — In presenza di una minaccia per la pubbblica sicurezza, circostanza che dev'essere esaminata dal giudice nazionale, l'obbligo per il richiedente di fornire la prova che le merci saranno esclusivamente usate per scopi civili o il diniego di una autorizzazione se le merci possono oggettivamente essere usate per scopi militari possono costituire prescrizioni proporzionate; 4. — Il diritto comunitario non osta a che le autorità nazionali assoggettino a sanzioni penali l'inosservanza del procedimento di autorizzazione, purché le pene applicabili non oltrepassino la misura di ciò che risulta proporzionato rispetto allo scopo perseguito della pubblica sicurezza; 5. — L'art. 1 del regolamento (CEE) n. 2603/69 conferisce ai singoli diritti che essi possono far valere in giudizio ».

— 26 ottobre 1995, nella causa C-143/94, Furlanis Costruzioni c. ANAS, nella quale la Corte ha dichiarato che « l'art. 29, n. 5, ultimo comma, della direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli *appalti di lavori pubblici*, come modificato dall'art. 1, punto 20, della direttiva del Consiglio 18 luglio 1989, 89/440/CEE, va interpretato nel senso che possono beneficiare della deroga ivi prevista soltanto le procedure in cui l'aggiudicazione definitiva ha avuto luogo al più tardi il 31 dicembre 1992 ».

— 26 ottobre 1995, nella causa C-144/94, Italittica, dove è stato statuito che: « 1. — L'art. 10, n. 2, terzo comma, della direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle *imposte sulla cifra d'affari* - Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, consente agli Stati membri di stabilire che l'incasso del prezzo è il fatto che, per tutte le prestazioni di servizi, rende l'imposta esigibile; 2. — Uno Stato membro che si avvale della deroga di cui all'art. 10, n. 2, terzo comma, della direttiva 77/388 non è tenuto a stabilire « un periodo determinato a decorrere dalla data in cui ha luogo il fatto ge-

neratore dell'imposta » entro il quale la fattura o il documento che ne fa le veci dev'essere emesso, ancorché non si sia ancora avuto l'incasso del prezzo; 3. — Lo Stato membro che si avvale della deroga di cui all'art. 10, n. 2, terzo comma, della direttiva 77/388 non è tenuto a stabilire modalità di documentazione ed annotazione della prestazione ultimata e del relativo corrispettivo ogni qualvolta non sia stata emessa la fattura o il documento che ne fa le veci, ovvero non si sia avuto l'incasso del prezzo ».

— 9 novembre 1995, nella causa C-479/93, Francovich, con la quale la Corte ha dichiarato che « 1. — La 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*, deve essere interpretata nel senso che si applica a tutti i lavoratori subordinati, ad eccezione delle categorie figuranti nel suo allegato, i cui datori di lavoro possono, secondo il diritto nazionale loro applicabile, essere assoggettati a procedimenti riguardanti il loro patrimonio volti a soddisfare collettivamente i creditori; 2. — Dall'esame della citata direttiva, nei limiti in cui essa tutela solo i lavoratori subordinati dipendenti da datori di lavoro assoggettati a procedimenti riguardanti il loro patrimonio volti a soddisfare collettivamente i creditori, non sono emersi elementi tali da inficiare la sua validità alla luce del principio di parità di trattamento ».

— 30 novembre 1995, nella causa C-55/94, Gebhard, dove, in tema di *libera prestazione dei servizi*, relativamente alla professione di avvocato, si è stabilito che: « 1. — Il carattere temporaneo della prestazione di servizi, previsto dall'art. 60, terzo comma, del Trattato CE, si deve valutare tenendo conto della durata, della frequenza, della periodicità e della continuità della prestazione stessa; 2. — Il prestatore di servizi, ai sensi del Trattato, può dotarsi, nello Stato membro ospitante, dell'infrastruttura necessaria per il compimento della sua prestazione; 3. — Un cittadino di uno Stato membro che, in maniera stabile e continua, esercita un'attività professionale in un altro Stato membro in cui, da un domicilio professionale, offre i propri servizi, tra l'altro, ai cittadini di questo Stato, è soggetto alle disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento e non a quelle del capo relativo ai servizi; 4. — La possibilità, per un cittadino di uno Stato membro, di esercitare il diritto di stabilimento, e le condizioni dell'esercizio di questo diritto devono essere valutate in funzione delle attività che egli intende esercitare nel territorio dello Stato membro ospitante; 5. — Allorché l'accesso a un'attività specifica non è sottoposto ad alcuna disciplina nello Stato ospitante, il cittadino di qualsiasi altro Stato membro ha il diritto di stabilirsi nel territorio del primo Stato e di esercitarvi tale attività. Diversamente, allorché l'accesso a un'attività specifica, o il suo esercizio, è subordinato, nello Stato membro ospitante, a determinate condizioni, il cittadino di un altro Stato membro che intenda esercitare tale attività deve, di regola, soddisfarle; 6. — I provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo; 7. — Gli Stati membri hanno l'obbligo di tenere conto dell'equivalenza dei diplomi e, se del caso, procedere ad un raffronto tra le cognizioni e le qualifiche richieste dalle proprie norme nazionali e quelle dell'interessato ».

— 30 novembre 1995, nella causa C-118/95, Commissione c. Italia, la quale ha dichiarato che « non avendo adottato le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva del Consiglio 28 aprile 1992, 92/33/CEE, relativa alla *commercializzazione delle piantine di ortaggi* e dei materiali di moltiplicazione di ortaggi, ad eccezione delle sementi, e alla direttiva del Consiglio 28 aprile 1992, 92/34/CEE, relativa alla commercializzazione dei materiali di moltiplicazione delle piante da frutto e delle piante da frutto destinate alla produzione di frutti, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi impostile dagli artt. 25 della direttiva 92/33 e 26 della direttiva 92/34.

— 7 dicembre 1995, nella causa C-472/93, Spano Fiat Goetech, dove la Corte ha precisato che « la 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, si applica al trasferimento di un'impresa quale l'impresa di cui sia stato dichiarato lo stato di crisi ai sensi dell'art. 2, quinto comma, lett. *c*), della legge italiana 12 agosto 1977, n. 675 ».

— 12 dicembre 1995, nella causa C-469-93, Min. Finanze c. Chiquita Italia, con la quale la Corte ha statuito, in tema di *politica commerciale comune*, che « 1. — *L'accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio* non contiene disposizioni atte a conferire ai singoli diritti di cui questi si possano valere dinanzi ai giudici nazionali per opporsi all'applicazione di norme nazionali incompatibili. La quarta convenzione ACP-CEE può contenere disposizioni del genere; 2. — Le convenzioni ACP-CEE ostano agli aumenti di un tributo interno sulle banane originarie degli Stati ACP quale l'imposta italiana di consumo qualora tali aumenti siano successivi al 1° aprile 1976 e abbiano l'effetto di porre le esportazioni di banane in una situazione meno favorevole di quella precedente per quanto riguarda l'accesso ai loro mercati tradizionali ed i vantaggi di cui fruiscono sui medesimi ».

— 14 dicembre 1995, nella causa C-387/93, Banchero, la quale, riguardo al *regime italiano della vendita al dettaglio dei tabacchi lavorati*, ha dichiarato che « 1. — L'art. 37 del Trattato CEE non è pertinente rispetto ad una normativa nazionale che, come quella italiana, riserva la vendita al dettaglio dei tabacchi lavorati a rivenditori autorizzati dalla pubblica amministrazione, allorché questa non interviene nelle scelte di rifornimento dei dettaglianti; 2. — Una normativa come quella italiana, che riserva la vendita al dettaglio dei tabacchi lavorati di qualsiasi provenienza a rivenditori autorizzati, ma non ostacola in tal modo l'accesso al mercato nazionale dei prodotti provenienti da altri Stati membri o non intralcia tale accesso più di quanto intralci l'accesso dei prodotti nazionali alla rete di distribuzione, non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 30 del Trattato CEE; 3. — Gli artt. 5, 90 e 86 del Trattato CEE non ostano a che una normativa nazionale, come quella italiana, riservi la vendita al dettaglio dei tabacchi lavorati a rivenditori autorizzati dalla pubblica amministrazione; 4. — L'art. 30 del Trattato CEE non osta a che una legislazione nazionale, come quella italiana, punisca come delitto di contrabbando la detenzione illegale, da parte di un consumatore, di tabacchi lavorati provenienti da altri Stati membri e per i quali non sia stata pagata l'imposta di consumo conforme al diritto comunitario, quando la vendita al dettaglio di tali prodotti, e dei prodotti nazionali dello stesso tipo, è riservata a rivenditori autorizzati dalla pubblica amministrazione ».

OSCAR FIUMARA

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, 4ª sez., 15 giugno 1995, nelle cause riunite C-422, 423, 424/93 - *Pres.* Kapteyn - *Rel.* Kakouris - *Avv. Gen.* Elmer - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunal Superior de Justicia della Comunidad Autonoma del Pais Vasco, nelle cause Zabale Erasun ed altri c. Instituto Nacional de Empleo. Interv.: Governo spagnolo (avv. Calvo Diaz) e Commissione delle C.E. (ag. Docksey e Joste Ruiz).

Comunità Europee - Corte di giustizia delle Comunità europee - Rinvio pregiudiziale - Presupposti per il mantenimento da parte del giudice nazionale delle questioni sollevate - Portata della competenza della Corte.

(Trattato CE, art. 177).

Il diritto comunitario non osta a che il giudice a quo constati, in forza del diritto nazionale, che vi è stata acquiescenza alle domande degli appellanti e che ciò ha eventualmente comportato l'estinzione delle cause principali. Finché il giudice a quo non abbia accertato che, in forza del suo diritto nazionale, l'acquiescenza non ha comportato siffatta estinzione, la Corte di Giustizia delle Comunità europee non è competente a pronunciarsi sulle questioni pregiudiziali (1).

(*Omissis*)

10. – La Corte, informata il 30 marzo 1994 dal Regno di Spagna che la causa dinanzi al giudice nazionale si orientava verso la rinuncia agli atti, ha chiesto a quest'ultimo se manteneva la domanda pregiudiziale.

11. – Il giudice a quo ha risposto che intendeva mantenere le questioni. Alla risposta ha allegato tre ordinanze 19 maggio 1994, che contengono una motivazione inerente, in particolare, al mantenimento delle questioni pregiudiziali.

12. – La motivazione di tali ordinanze solleva una questione preliminare relativa alla competenza della Corte. Essa va risolta prima di affrontare le questioni pregiudiziali.

---

(1) Con la sentenza citata in motivazione 16 dicembre 1981, nella causa 244/80 FOGLIA-NOVELLO, in *questa Rassegna*, 1982, I, 61, la Corte aveva precisato, al punto 19, in relazione ad una lite che era apparsa fittizia, che « essa non può, senza misconoscere i compiti che le incombono, restare indifferente di fronte alle valutazioni operate dai giudici degli Stati membri nei casi eccezionali in cui esse potrebbero influire sul corretto funzionamento del procedimento contemplato nell'art. 177 del Trattato CEE ». Nel nostro caso la Corte si è preoccupata di verificare che perduri la effettività della lite, che sembrava essere invece

13. – Secondo la giurisprudenza della Corte (v. sentenza 16 giugno 1981, causa 126/83, Salonia, Racc. pag. 1563, punto 6), l'art. 177 del Trattato, basato sulla netta separazione fra le funzioni dei giudici nazionali e quelle della Corte, non consente a quest'ultima di sindacare la motivazione del provvedimento di rinvio.

14. – Spetta infatti soltanto ai giudici nazionali, che sono investiti della controversia e devono assumersi la responsabilità della futura pronuncia pregiudiziale, valutare, in riferimento alle particolarità di ciascuna causa, tanto la necessità di una pronuncia pregiudiziale per poter emettere la loro sentenza quanto la rilevanza delle questioni che essi sottopongono alla Corte (v., ad esempio, sentenza 18 giugno 1991, causa C-369/89, Piageme e a., Racc. pag. I-2971, punto 10).

15. – Tuttavia, esercitando tale potere di valutazione, il giudice nazionale adempie, in collaborazione con la Corte di giustizia, ad una funzione loro attribuita congiuntamente al fine di garantire la legalità nell'applicazione e nell'interpretazione del Trattato. Pertanto, i problemi che possono derivare dall'esercizio, da parte del giudice nazionale del suo potere di valutazione nonché i rapporti che egli ha con la Corte nell'ambito dell'art. 177 sono esclusivamente disciplinati dalle norme del diritto comunitario (v. sentenza 16 dicembre 1981, causa 244/80, Foglia, Racc. pag. 3045, punto 16).

16. – Ora, se è vero che la Corte deve potersi rimettere, nella maniera più ampia, all'apprezzamento del giudice nazionale in ordine alla necessità delle questioni sottopostele, essa deve essere posta in grado di esprimere qualsiasi valutazione concernente l'espletamento della propria funzione, particolarmente al fine di verificare, se del caso, come vi è tenuto qualsiasi giudice, la propria competenza (medesima sentenza, punto 19).

17. – Inoltre, sebbene, secondo il sistema dell'art. 177, sia compito del giudice nazionale valutare la necessità di ottenere la soluzione delle questioni di interpretazione sollevate in ordine alle circostanze di fatto e di diritto che caratterizzano le controversie di merito, spetta tuttavia alla Corte esaminare, ove necessario, le condizioni in cui essa viene adita dal giudice nazionale al fine di verificare la propria competenza (stessa sentenza, punto 21).

---

venuta meno in pendenza del procedimento incidentale comunitario, senza un intervento risolutore del giudice remittente che erroneamente si era ritenuto ormai spogliato della causa.

Quanto, invece, ai limiti dell'obbligo del giudice di ultima istanza di adire in via pregiudiziale la Corte in presenza di una « questione di diritto comunitario », cfr. ancora la sentenza della Corte 6 ottobre 1982, nella causa 283/81, CILFIT, in *questa Rassegna*, 1983, I, 47, con nota di LAPORTA, *Manifesta infondatezza di questioni e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia delle C.E.*

18. – Nella fattispecie di cui alle cause principali, le ordinanze del 19 maggio 1994 vertono su due punti.

(*omissis*).

26. – In altri termini, il giudice proponente non potrebbe accettare l'acquiescenza, accertare l'estinzione del procedimento e ritirare le questioni pregiudiziali, anzitutto perché la causa non sarebbe più dinanzi ad esso pendente bensì oggetto di rinvio dinanzi alla Corte, e in secondo luogo perché le questioni avrebbero una rilevanza che travalica il dibattito fra le parti, in quanto l'interpretazione fornita dalla Corte avrebbe una portata generale.

27. – Si deve rilevare che i due punti di questa motivazione non rientrano nel diritto nazionale bensì nell'interpretazione dell'art. 177 del Trattato, le cui disposizioni sono tassativamente vincolanti per il giudice nazionale (v. sentenza 16 gennaio 1974, causa 166/73, Rheinmühlen, Racc. pag. 33, punto 3).

28. – Quanto al primo punto, emerge sia dal dettato sia dal sistema dell'art. 177 del Trattato e dell'art. 20 dello Statuto della Corte che gli organi giurisdizionali nazionali hanno la facoltà di adire la Corte in via pregiudiziale solo se è pendente dinanzi ad essi una controversia (v. sentenza 21 aprile 1988, causa 338/85, Pardini, Racc. pag. 2041, punto 11). Nel caso di un rinvio pregiudiziale, viene trasmessa alla Corte unicamente la domanda di interpretazione o la domanda di accertamento di validità, senza trasferimento del procedimento. Pertanto la causa resta devoluta al giudice nazionale, e continua ad essere pendente dinanzi ad esso. Vi è solo sospensione del procedimento dinanzi ad esso pendente fino a quando la Corte si sia pronunciata sulla questione pregiudiziale.

29. – Quanto al secondo punto della motivazione, va osservato che la ratio del rinvio pregiudiziale, e quindi della competenza della Corte, non consiste nell'esprimere pareri a carattere consultivo su questioni generali o ipotetiche (v. la citata sentenza Foglia, punto 18), bensì nella necessità di dirimere concretamente una controversia.

30. – Pertanto il diritto comunitario non osta a che, il giudice a quo constati, in forza del suo diritto nazionale, che vi è stata acquiescenza alle domande degli appellanti e che ciò ha eventualmente comportato l'estinzione delle cause principali. Finché il giudice a quo non abbia accertato che, in forza del suo diritto nazionale, l'acquiescenza non ha comportato siffatta estinzione, la Corte non è competente a pronunciarsi sulle questioni pregiudiziali (*omissis*).

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITA' EUROPEE, 6ª sez., 19 ottobre 1995, nella causa C-111/94 - *Pres.* Mancini - *Rel.* Kapteyn - *Avv.* Gen. Elmer - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Milano nel procedimento di volontaria giurisdizione nei confronti di Job Centre Coop. r.l. - Interv.: Governi tedesco (ag. Röder) e italiano (avv. Stato Del Gaizo) e Commissione delle C.E. (ag. Jonczy e Traversa).

Comunità Europee - Corte di giustizia delle Comunità europee - Rinvio pregiudiziale - Proposizione della domanda pregiudiziale da parte di organo di giurisdizione volontaria - Incompetenza della Corte.

(Trattato CE, art. 177; artt. 2189, 2330 e 2331 cod. civ.).

La Corte di giustizia delle Comunità europee è incompetente a pronunciarsi su questioni pregiudiziali propostele da un giudice nazionale nell'ambito di un procedimento di giurisdizione volontaria, dove egli svolge attività amministrativa senza dovere, al tempo stesso, decidere una controversia (1).

(*omissis*)

1. – Con ordinanza 31 marzo 1994, pervenuta in cancelleria il successivo 12 aprile, il Tribunale civile e penale di Milano ha sottoposto a questa Corte, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE, due questioni pregiudiziali relative all'interpretazione degli artt. 48, 55, 59, 60, 66, 86 e 90 del Trattato CE.

2. – Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una domanda di omologazione dell'atto costitutivo della società Job Centre (in prosieguo: la « JCC »), depositata dagli amministratori di quest'ultima dinanzi

(1) Sulla necessità che la questione pregiudiziale sottoposta alla Corte provenga da una « giurisdizione » nazionale cfr., oltre quelle citate in motivazione (fra le quali quella del 17 maggio 1994, nella causa C-18/93, in *questa Rassegna*, 1994, I, 266, e i precedenti ivi citati al punto 12, in cui si evidenzia che non è necessario un contraddittorio, cui *adde* 20 ottobre 1993, nella causa C-10/92, BALOCCHI, *ibidem*, 1993, I, 349), la sentenza della Corte 14 gennaio 1982, nella causa 65/81, REINA, in *questa Rassegna*, 1982, I, 70, con la giurisprudenza precendente citata in nota, nonché le sentenze 23 marzo 1982, nella causa 102/81 NORDSEE, *ibidem*, 1982, I, 675, che ha ritenuto inammissibile una domanda proposta da arbitro convenzionale; 5 marzo 1986, nella causa 318/85, GREIS, *ibidem*, 1986, I, 435, che ha escluso una domanda proposta dalla Commissione consultiva per le infrazioni valutarie presso il Ministero del Tesoro; 11 giugno 1987, nella causa 14/86, PRETORE DI SALÒ C. IGNOTI, *ibidem*, 1987, I, 295, che ha sottolineato come sia necessario e sufficiente che il giudice svolga una funzione giurisdizionale all'atto della proposizione della domanda, anche se altre funzioni che egli deve svolgere nello stesso procedimento che ha dato luogo al rinvio pregiudiziale non rivestono carattere strettamente giurisdizionale.

al Tribunale civile e penale di Milano, conformemente all'art. 2330, terzo comma, del codice civile italiano,

(*omissis*).

6. — La Commissione e il governo italiano hanno sollevato obiezioni in ordine alla ricevibilità delle dette questioni. Essi hanno osservato, segnatamente, che esse sono state sollevate nell'ambito di un procedimento di volontaria giurisdizione, non destinato a concludersi con una decisione volta a risolvere una controversia a seguito dell'instaurazione del contraddittorio, ma con una decisione di carattere amministrativo.

7. – Dall'esame degli atti risulta che in Italia la domanda di omologazione degli atti costitutivi delle società è esaminata nell'ambito del procedimento di giurisdizione volontaria. Nel caso di specie, la domanda è stata presentata al Tribunale civile e penale di Milano. Ai sensi dell'art. 2330, terzo comma, del codice civile italiano, il Tribunale, verificato l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge per la costituzione della società e sentito il pubblico ministero, ordina l'iscrizione della società nel registro. L'art. 2331, primo comma, dispone che con l'iscrizione nel registro la società acquista la personalità giuridica. I soggetti autorizzati dalla legge a richiedere l'omologazione o l'iscrizione nel registro possono proporre, nei confronti di una decisione di rifiuto, il reclamo previsto, rispettivamente, dagli artt. 2330, quarto comma, o 2189, terzo comma, del codice civile italiano.

8. – Ai sensi dell'art. 177 del Trattato, la Corte è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale, sull'interpretazione del Trattato stesso e degli atti compiuti dalle istituzioni della Comunità. Il secondo comma dello stesso articolo aggiunge che « Quando una questione del genere è sollevata dinanzi a una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alle Corte di giustizia di pronunciarsi sulla questione ».

9. – Anche se questa disposizione non subordina la competenza della Corte al carattere contraddittorio del procedimento nel corso del quale il giudice nazionale formula una questione pregiudiziale (v., da ultimo, sentenza 17 maggio 1994, causa C-18/93, Ras. 266, Corsica Ferries, Racc. pag. I-1783, punto 12), risulta tuttavia dall'art. 177 che i giudici nazionali possono adire la Corte unicamente se dinanzi ad essi sia pendente una lite e se essi siano stati chiamati a statuire nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale (ordinanze 18 giugno 1980, causa 138/80, Borker, Racc. pag. 1975, punto 4, e 5 marzo 1986, causa 318/85, Greis Unterweger, Racc. pag. 955, punto 4).

10. – Tale non è il caso di specie.

11. – Il giudice di rinvio, allorché statuisce secondo le disposizioni nazionali vigenti e nell'ambito di un procedimento di giurisdizione volontaria su una domanda di omologazione dell'atto costitutivo di una società ai fini dell'iscrizione di questa nel registro, esercita un funzione non giurisdizionale, che è tra l'altro affidata, in altri Stati membri, ad autorità amministrative. In effetti, esso svolge funzioni di autorità amministrativa, senza dovere, al tempo stesso, decidere una controversia. Soltanto nel caso in cui la persona autorizzata dalla legge nazionale a richiedere l'omologazione presenti reclamo contro il diniego di quest'ultima, e quindi contro il diniego di iscrizione nel registro, si può ritenere che il giudice adito eserciti una funzione di natura giurisdizionale, ai sensi dell'art. 177, avente ad oggetto l'annullamento di un atto lesivo di un diritto del richiedente (v. sentenza 12 novembre 1974, causa 32/74, Haaga, Racc. pag. 1201).

12. – Ne consegue che la Corte non è competente a pronunciarsi sulle questioni sollevate dal Tribunale civile e penale di Milano (*omissis*).

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITA' EUROPEE, *Plenum*, 9 novembre 1995, nella causa C-465/93 - *Pres.* Rodriguez Iglesias - *Rel.* Schockweiler - *Avv. Gen.* Elmer - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Verwaltungsgericht di Francoforte sul Meno nella causa dinanzi ad esso pendente Atlanta C. Bundesamt Für Ernährung und Forstwirtschaft - Interv.: Governi tedesco (ag. Röder), spagnolo (ag. Navarro Gonzales), francese (ag. de Salins), del Regno unito (ag. Lucinda Hudson) e italiano (avv. Stato Ferri) e Commissione delle C.E. (ag. Wölker).

Comunità Europee - Corte di giustizia delle Comunità europee - Rinvio pregiudiziale - Validità di un regolamento - Provvedimenti provvisori del giudice nazionale - Limiti.

(Trattato CE, artt. 177 e 189).

L'art. 189 del Trattato CE dev'essere interpretato nel senso che non esclude la competenza dei giudici nazionali a concedere provvedimenti provvisori che modifichino o disciplinino le situazioni di diritto o i rapporti giuridici controversi in ordine ad un provvedimento amministrativo nazionale fondato su un regolamento comunitario che forma oggetto di un rinvio pregiudiziale per accertamento di validità. Tali provvedimenti provvisori possono essere concessi da un giudice nazionale a condizione che: — tale giudice nutra gravi riserve sulla validità dell'atto comunitario e provveda direttamente ad effettuare il rinvio pregiudiziale, nell'ipotesi in cui alla Corte non sia già stata deferita la questione di

validità dell'atto contestato; — ricorrano gli estremi dell'urgenza, nel senso che i provvedimenti provvisori sono necessari per evitare che la parte che li richiede subisca un danno grave e irreparabile; — il giudice tenga pienamente conto dell'interesse della Comunità; — nella valutazione di tutti questi presupposti, il giudice nazionale rispetti le pronunce della Corte o del Tribunale di primo grado in ordine alla legittimità del regolamento o un'ordinanza in sede di procedimento sommario diretta alla concessione, sul piano comunitario, di provvedimenti provvisori analoghi (1).

(*omissis*)

1. — Con l'ordinanza 1° dicembre 1993, pervenuta alla Corte il 14 dicembre successivo, il Verwaltungsgericht di Francoforte sul Meno ha proposto, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE, due questioni pregiudiziali sull'interpretazione dell'art. 189 del Trattato CE, e più in particolare sul potere del giudice nazionale di emanare provvedimenti provvisori che rendano inapplicabile un regolamento in attesa che la Corte, adita in via pregiudiziale, si sia pronunciata sulla sua validità. (*omissis*)

Sulla prima questione relativa al principio della concessione di provvedimenti provvisori.

19. - Con la prima questione, il Verwaltungsgericht chiede sostanzialmente se l'art. 189 del Trattato debba essere interpretato nel senso che esclude il potere, da parte dei giudici nazionali, di concedere provvedimenti provvisori che modifichino o disciplinino le situazioni di diritto o i rapporti giuridici controversi in ordine ad un provvedimento

(1) Importante sentenza della Corte, che, sulla scia di precedenti pronuncie, pur citate in motivazione (in particolare la sentenza 21 febbraio 1991, nelle cause C-143/88 e C-92/89, ZUCKERFABRIK, in *Racc.* 415, nonché, sotto un profilo più generale, la precedente sentenza 19 giugno 1990, nella causa FACTORTAME, in *Racc.* 2433), ha riaffermato il potere dei giudici nazionali di adottare misure cautelari in relazione ad un provedimento amministrativo nazionale fondato su un regolamento comunitario la cui validità è messa in discussione dinanzi alla Corte, questa volta precisando che la misura può consistere non solo nella mera sospensione dell'esecuzione dell'atto contestato ma anche in un provvedimento positivo che renda provvisoriamente inapplicabile il regolamento.

La Corte ha inoltre precisato con puntualità i presupposti per la concessione dei provvedimenti provvisori, fra i quali in particolare quello che la questione di validità del regolamento comunitario sia stata deferita alla Corte, anche eventualmente ad opera di un giudice diverso da quello cui si chiede la misura cautelare (evitando così che si moltiplichino i rinvii pregiudiziali per la stessa questione) e quello che il giudice nazionale spieghi con precisione i motivi per i quali ritiene fondati i dubbi di validità (non essendo sufficiente la mera prospettazione di un dubbio).

amministrativo nazionale fondato su un regolamento comunitario che forma oggetto di un rinvio pregiudiziale per accertamento di validità.

20. – Al riguardo, occorre ricordare che la Corte ha dichiarato, nella sentenza Zuckerfabrik, che le disposizioni dell'art. 189, secondo comma, del Trattato non possono fare ostacolo alla tutela giurisdizionale che il diritto comunitario riconosce ai singoli. Nell'ipotesi in cui incomba alle autorità nazionali l'attuazione in via amministrativa di regolamenti comunitari, la tutela giurisdizionale garantita dal diritto comunitario comporta per i singoli il diritto di contestare, in via incidentale, la legittimità di tali regolamenti dinanzi al giudice nazionale e di indurre questo ultimo a rivolgersi alla Corte in via pregiudiziale (punto 16).

21. – Questa prerogativa verrebbe compromessa se, in attesa di una sentenza della Corte, unica competente a dichiarare l'invalidità di un regolamento comunitario (v. sentenza 22 ottobre 1987, causa 314/85, Foto-Frost, Racc. pag. 4199, punto 20), ai singoli non fosse concesso, nel ricorso di determinati presupposti, di ottenere una misura di sospensione che consenta di paralizzare nei loro confronti gli effetti del regolamento impugnato (sentenza Zuckerfabrik, punto 17).

22. – Come la Corte ha affermato nella sentenza Foto-Frost (punto 16), il rinvio a titolo pregiudiziale per l'accertamento di validità costituisce, al pari del ricorso d'annullamento, uno strumento del controllo di legittimità sugli atti delle istituzioni comunitarie. Orbene, l'art. 185 del Trattato CE attribuisce alla parte ricorrente nell'ambito del ricorso per annullamento la facoltà di domandare la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato e conferisce alla Corte la competenza per concederla. La coerenza del sistema di tutela cautelare impone che il giudice nazionale possa, allo stesso modo, ordinare la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale basato su un regolamento comunitario la cui legittimità sia in contestazione (sentenza Zuckerfabrik, punto 18).

23. – Peraltro, nella sentenza 19 giugno 1990, causa C-213/89, Factortame e a. (Racc. pag. I-2433), pronunciata in una causa vertente sulla compatibilità di una legge nazionale con il diritto comunitario, la Corte ha dichiarato, richiamandosi all'effetto utile dell'art. 177, che il giudice nazionale, che le aveva deferito questioni pregiudiziali interpretative allo scopo di essere messo in grado di statuire sul detto punto della compatibilità, doveva poter ordinare provvedimenti provvisori nonché sospendere l'applicazione della legge nazionale controversa fino al momento in cui avesse emesso la pronuncia conformemente all'interpretazione fornita ai sensi dell'art. 177 (sentenza Zuckerfabrik, punto 19).

24. – La tutela cautelare garantita dal diritto comunitario ai singoli dinanzi ai giudici nazionali non può variare a seconda che essi contestino la compatibilità delle norme nazionali con il diritto comunitario oppure la validità di norme del diritto comunitario derivato, vertendo la contestazione, in entrambi i casi, sul diritto comunitario medesimo (sentenza Zuckerfabrik, punto 20).

25. – Nella sentenza Zuckerfabrik la Corte ha pertanto dichiarato che l'art. 189 del Trattato dev'essere interpretato nel senso che non esclude la competenza dei giudici nazionali a concedere la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale adottato sulla base di un regolamento comunitario.

26. – Occorre ricordare che, nel presente procedimento pregiudiziale, il giudice nazionale interroga la Corte non sulla questione della sospensione dell'esecuzione di un provvedimento nazionale adottato sulla base di un regolamento comunitario, ma sulla concessione di un provvedimento positivo che renda provvisoriamente inapplicabile tale regolamento.

27. – A questo proposito occorre rilevare che, nell'ambito del ricorso d'annullamento, il Trattato non autorizza soltanto la Corte, all'art. 185, a ordinare la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato, ma le attribuisce altresì, all'art. 186, il potere di ordinare i provvedimenti provvisori necessari.

28. – La tutela cautelare che i giudici nazionali debbono garantire ai singoli, in forza del diritto comunitario, non può variare a seconda che questi ultimi chiedano la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale adottato sulla base di un regolamento comunitario o la concessione di provvedimenti provvisori che modifichino o disciplinino a loro vantaggio situazioni di diritto o rapporti giuridici controversi.

29. – Contrariamente a quanto hanno sostenuto i governi spagnolo e italiano, la concessione di tali provvedimenti provvisori non ha, per sua natura, ripercussioni più rilevanti sull'ordinamento giuridico comunitario della semplice sospensione dell'esecuzione del provvedimento nazionale adottato sulla base di un regolamento. L'incidenza del provvedimento urgente, qualunque esso sia, sull'ordinamento comunitario deve essere valutata nel raffronto tra l'interesse della Comunità e quello del singolo che forma oggetto della seconda questione pregiudiziale.

30. — Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre pertanto risolvere la prima questione dichiarando che l'art. 189 del Trattato deve essere interpretato nel senso che non esclude la competenza dei giudici nazionali a concedere provvedimenti provvisori che modifichino o di-

sciplinino le situazioni di diritto o i rapporti giuridici controversi in ordine ad un provvedimento amministrativo nazionale fondato su un regolamento comunitario che forma oggetto di un rinvio pregiudiziale per accertamento di validità.

Sulla seconda questione relativa ai presupposti per la concessione dei provvedimenti provvisori.

31. – Il Verwaltungsgericht chiede poi a quali condizioni i giudici nazionali possano ordinare siffatti provvedimenti provvisori.

32. – Al riguardo occorre ricordare che, nella sentenza Zuckerfabrik, la Corte ha dichiarato che la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale adottato in applicazione di un regolamento comunitario può essere concessa da un giudice nazionale a condizione che lo stesso giudice nutra gravi riserve in ordine alla validità dell'atto comunitario e provveda direttamente a effettuare il rinvio, nell'ipotesi in cui alla Corte non sia già stata deferita la questione di validità dell'atto contestato, ricorrano gli estremi dell'urgenza, sul richiedente incomba il rischio di subire un pregiudizio grave e irreparabile e il suddetto giudice tenga pienamente conto dell'interesse della Comunità.

33. – L'osservanza di tali condizioni è necessaria per la concessione, da parte del giudice nazionale, di qualsiasi provvedimento urgente, compreso un provvedimento positivo che renda provvisoriamente inapplicabile, a vantaggio del singolo, il regolamento la cui validità è contestata.

34. – Il contesto della presente controversia offre però alla Corte l'occasione di precisare tali condizioni.

35. – Nella sentenza Zuckerfabrik (punto 23), la Corte ha dichiarato che non possono essere adottati provvedimenti provvisori se non quando le circostanze di fatto e di diritto invocate dai ricorrenti inducano il giudice nazionale a convincersi dell'esistenza di gravi dubbi sulla validità del regolamento comunitario sul quale l'atto amministrativo impugnato è fondato. Solo la possibilità di un'invalidazione, riservata alla Corte, può infatti giustificare la concessione di provvedimenti provvisori.

36. – Questa condizione implica che il giudice nazionale non può limitarsi a proporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale per l'accertamento della validità del regolamento, ma deve precisare, al momento di concedere il provvedimento urgente, i motivi per i quali esso ritiene che la Corte sarà indotta a dichiarare l'invalidità di tale regolamento.

37. – Al riguardo, il giudice nazionale deve tener conto dell'ampiezza del potere discrezionale che, alla luce della giurisprudenza della Corte

deve essere riconosciuto alle istituzioni comunitarie a seconda dei settori interessati.

38 .- La Corte ha altresì affermato, nella sentenza Zuckerfabrik (punto 24), che la concessione dei provvedimenti deve mantenere carattere provvisorio. Il giudice nazionale, in sede di procedimento sommario, può quindi ordinare e mantenere in essere i provvedimenti provvisori solo fino a che la Corte non abbia dichiarato che dall'esame delle questioni pregiudiziali non sono emersi elementi tali da inficiare la validità del regolamento controverso.

39. - Poiché il potere dei giudici nazionali di concedere provvedimenti provvisori corrisponde alla competenza riservata alla Corte dall'art. 186 nell'ambito dei ricorsi ai sensi dell'art. 173 del Trattato, è necessario che detti giudici concedano tali provvedimenti solo alle condizioni previste per le domande di provvedimenti urgenti dinanzi alla Corte (sentenza Zuchkerfabrik, punto 27).

40. - Al riguardo, la Corte ha riconosciuto, nella sentenza Zuckerfabrik (punto 28), che da una giurisprudenza costante risulta che possono essere adottati provvedimenti provvisori soltanto se urgenti, in altri termini, se la loro adozione sia necessaria e se i loro effetti riguardino un momento precedente la decisione di merito, per evitare che la parte richiedente subisca un pregiudizio grave ed irreparabile.

41. - Quanto all'urgenza, occorre precisare che il pregiudizio invocato dal ricorrente deve potersi concretizzare ancor prima che la Corte abbia potuto statuire sulla validità dell'atto comunitario impugnato. Quanto alla natura del pregiudizio, la Corte ha più volte ribadito che un pregiudizio meramente pecuniario non può, in linea di massima, considerarsi irreparabile. Tuttavia, spetta al giudice del procedimento sommario esaminare le circostanze del caso di specie, valutando al riguardo gli elementi che consentono di accertare se l'immediata esecuzione dell'atto in ordine al quale è formulata l'istanza di provvedimenti provvisori, possa comportare in capo al richiedente danni irreversibili, che non potrebbero essere riparati qualora l'atto comunitario venisse dichiarato invalido (sentenza Zuckerfabrik, punto 29).

42. - Peraltro, il giudice nazionale chiamato ad applicare le norme comunitarie nell'ambito della propria competenza ha l'obbligo di garantire la piena efficacia del diritto comunitario e quindi, in caso di dubbi sulla validità dei regolamenti comunitari, di tener conto dell'interesse della Comunità affinché gli stessi regolamenti non vengano disapplicati senza una garanzia rigorosa (sentenza Zuckerfabrik, punto 30).

43. — Nell'adempiere tale obbligo, il giudice nazionale investito di una domanda di provvedimento provvisorio deve anzitutto verificare se l'atto

comunitario controverso non venga ad essere privato di ogni effetto utile in difetto di un'applicazione immediata (sentenza Zuckerfabrik, punto 31).

44. – Al riguardo, il giudice nazionale deve tener conto del pregiudizio che il provvedimento urgente può arrecare al regime giuridico istituito da tale regolamento in tutta la Comunità. Esso è tenuto a prendere in considerazione, da una parte, l'effetto cumulativo provocato, nell'ipotesi in cui una pluralità di giudici emanassero anch'essi provvedimenti urgenti per motivi analoghi, e, dall'altra, la specificità della situazione del richiedente che lo differenzia dagli altri operatori economici interessati.

45. – Qualora la concessione di provvedimenti provvisori possa comportare per la Comunità un rischio finanziario, il giudice nazionale deve peraltro poter imporre al richiedente la prestazione di sufficienti garanzie, quali la costituzione di una cauzione o di un sequestro a scopo conservativo (sentenza Zuckerfabrik, punto 32).

46. – Nella valutazione delle condizioni di concessione del provvedimento urgente, il giudice nazionale è tenuto, in forza dell'art. 5 del Trattato, a rispettare quanto è stato statuito dal giudice comunitario sulle questioni sottoposte al suo esame. Così qualora la Corte abbia respinto nel merito un ricorso d'annullamento contro il regolamento controverso o abbia dichiarato, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale per accertamento di validità, che dall'esame delle questioni pregiudiziali non è emersa l'esistenza di elementi tali da inficiare la validità di tale regolamento, il giudice nazionale non può più concedere provvedimenti urgenti o deve porvi un termine, a meno che i motivi di illegittimità dinanzi ad esso dedotti siano diversi dai motivi di annullamento o dai motivi di illegittimità che la Corte ha respinto nella sua sentenza. La stessa conclusione si impone ove il Tribunale di primo grado, in una sentenza passata in giudicato, abbia respinto nel merito un ricorso di annullamento contro il regolamento o un'eccezione di illegittimità.

47. — Nel caso in esame, investita dalla stessa fattispecie oggetto della controversia dinanzi al giudice nazionale, la Corte ha affermato che gli Stati membri, all'origine di un ricorso d'annullamento del regolamento, sono responsabili degli interessi, segnatamente economici e sociali, considerati come generali a livello nazionale e, in questa qualità, sono legittimati ad agire in giudizio per assicurarne la difesa. Di conseguenza, essi possono far valere danni che colpiscano un intero settore della loro economia, soprattutto qualora il provvedimento comunitario impugnato sia atto a causare ripercussioni negative sul livello dell'occupazione e sul costo della vita (ordinanza Germania/Consiglio, citata, punto 27).

48. – Spetta invero al giudice nazionale, chiamato a tutelare i diritti dei singoli, valutare in che misura il rifiuto di emanare un provvedimento urgente sia tale da pregiudicare in maniera grave e irreparabile interessi individuali importanti dei singoli.

49. – Tuttavia, nell'ipotesi in cui il richiedente non possa far valere una situazione specifica che lo differenzi dagli altri operatori economici del settore interessato, il giudice nazionale deve rispettare la valutazione eventualmente già operata dalla Corte sul carattere grave e irreparabile del danno.

50. – L'obbligo per il giudice nazionale di rispettare un'eventuale decisione della Corte vale in maniera del tutto particolare per la valutazione da parte della Corte dell'interesse della Comunità e del raffronto di tale interesse con quello del settore economico interessato.

51. – Dalle considerazioni che precedono risulta che la seconda questione sollevata dal Verwaltungsgericht di Francoforte sul Meno deve essere risolta nel senso che provvedimenti provvisori, in ordine ad un atto amministrativo nazionale adottato in esecuzione di un regolamento comunitario, possono essere concessi da un giudice nazionale a condizione che

— tale giudice nutra gravi riserve sulla validità dell'atto comunitario e provveda direttamente ad effettuare il rinvio pregiudiziale, nell'ipotesi in cui alla Corte non sia già stata deferita la questione di validità dell'atto contestato;

— ricorrano gli estremi dell'urgenza, nel senso che i provvedimenti provvisori sono necessari per evitare che la parte che li richiede subisca un danno grave e irreparabile;

— il giudice tenga pienamente conto dell'interesse della Comunità;

— nella valutazione di tutti questi presupposti, il giudice nazionale rispetti le pronunce della Corte o del Tribunale di primo grado in ordine alla legittimità del regolamento o un'ordinanza in sede di procedimento sommario diretta alla concessione, sul piano comunitario, di provvedimenti provvisori analoghi (*omissis*)

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITA' EUROPEE, 3ª sez., 23 novembre 1995, nella causa C-476/93 P - *Pres. rel.* Puissochet - *Avv. Gen.* Ruiz-Jarabo Colomer - Ricorso diretto all'annullamento di ordinanza del Tribunale di primo grado delle C.E. nella causa Nutral (avv.ti Cappelli e De Caterini) c. Commissione delle C.E. (ag. de March).

Comunità Europee - Politica agricola comune - Irregolarità e negligenze - Recupero delle somme perse - Competenza esclusiva degli Stati membri.

(Reg. CEE del Consiglio 21 aprile 1970, n. 729, art. 8; 24 luglio 1979, n. 1697; 4 marzo 1991, n. 595).

Comunità Europee - Corte di giustizia delle Comunità europee - Ricorso d'annullamento - Atto impugnabile.

(Trattato CE, art. 173).

Secondo il sistema istituzionale della Comunità e i principi che disciplinano i rapporti fra la Comunità e gli Stati membri, spetta a questi, in mancanza di una contraria disposizione del diritto comunitario, garantire sul loro territorio l'attuazione della normativa comunitaria, soprattutto nell'ambito della politica agricola comune: spetta quindi agli Stati membri, ai sensi dell'art. 8 del regolamento CEE del Consiglio 21 aprile 1970, n. 729, adottare le misure necessarie per recuperare le somme perse per irregolarità o negligenze (1).

Costituiscono atti o decisioni impugnabili davanti alla Corte di giustizia delle Comunità europee mediante ricorso per annullamento ai sensi dell'art. 173 del Trattato CE soltanto i provvedimenti che abbiano effetti giuridici vincolanti tali da incidere sugli interessi del ricorrente: nell'ambito della politica agricola comune, per il recupero delle somme perse per irregolarità o negligenze tali effetti possono essere prodotti solo dai provvedimenti adottati dalle autorità nazionali (2).

(1-2) **Il c.d. principio di assimilazione nelle frodi comunitarie: la funzione dell'Avvocatura dello Stato a tutela degli interessi nazionali e comunitari.**

1. — La sentenza annotata, nel riaffermare il principio che, ai sensi dell'art. 8 del reg. CEE del Consiglio 21 aprile 1970, n. 729, spetta agli Stati membri adottare le misure necessarie per recuperare le somme perse per irregolarità o negligenze nell'ambito del finanziamento della politica agricola comune, offre l'occasione di puntualizzare nuovamente le competenze degli Stati membri a tutela degli interessi comunitari e, parallelamente, il ruolo che svolge in materia l'Avvocatura dello Stato in Italia nell'esercizio delle sue funzioni istituzionali di organo di assistenza e difesa in giudizio delle amministrazioni dello Stato.

2. — Secondo un'enunciazione della Commissione delle C.E., costituiscono « frode comunitaria » « tutte le infrazioni, intenzionali o meno, ad una disposizione di carattere giuridico, commesse da persone od organismi privati ed aventi conseguenze finanziarie per il bilancio comunitario » (rapporto del 20 novembre 1987 sulla « intensificazione della lotta contro le frodi »). Pertanto integrano la nozione di « frode comunitaria » da un lato gli illeciti relativi alle *uscite* del bilancio comunitario (in particolare le provvidenze erogate nel quadro dell'attuazione delle politiche comunitarie), dall'altro le manifestazioni evasive che vanno ad incidere sulle *entrate* del bilancio comunitario stesso (mancata riscossione delle risorse proprie della Comunità). In entrambi i casi — uscita non dovuta, mancata entrata dovuta —, il bilancio comunitario può subire un pregiudizio, salva la ricaduta sul bilancio nazionale in sede di appuramento dei conti con la Comunità.

Senza entrare nella valutazione dell'adeguatezza della suddetta definizione di « frode comunitaria » e della sua coincidenza con la nozione di « frode » desumibile dal diritto interno, v'è dunque da rilevare la comune esigenza, sia a livello comunitario che a livello nazionale, di assicurare un'esatta erogazione della spesa ed una rigida riscossione delle entrate. L'enunciazione di cui all'art. 209 A del Trattato C.E. — secondo cui « gli Stati membri adottano per com-

(*omissis*)

11. – A sostegno del suo ricorso contro l'ordinanza del Tribunale, la Nutral deduce due motivi, il primo fondato sull'errata interpretazione della normativa comunitaria e il secondo sulla violazione della nozione giuridica di atto impugnabile.

Sul primo motivo d'impugnazione.

12. – La Nutral sostiene, in primo luogo, che il Tribunale, ai punti 26 e seguenti della sua ordinanza, ha operato un'interpretazione erronea dei regolamenti nn. 729/70 e 1697/79 in relazione al citato regolamento n. 595/91. Secondo la ricorrente, la competenza della Commissione è stata progressivamente ampliata nella materia considerata: tale istituzione è attualmente investita di un potere di decisione, almeno per quanto riguarda l'accertamento dei fatti relativi alle spese comunitarie irregolari nel settore agricolo, le prove e la loro qualificazione giuridica.

13. – La Commissione contesta tale primo motivo. A suo parere, il Tribunale ha fornito un'interpretazione esatta dei regolamenti nn. 729/70,

---

battere le frodi che ledono gli interessi finanziari della Comunità le stesse misure che adottano per combattere le frodi che ledono i loro interessi finanziari» (c.d. «principio di assimilazione») — non fa altro che ribadire la coincidenza sostanziale degli interessi comunitari con quelli nazionali.

3. — Come è noto, la massima parte delle entrate della Comunità e delle uscite a carico della medesima sono a cura degli organismi nazionali. Sono riscosse dagli organismi nazionali le risorse proprie, costituite da prelievi, supplementi, ecc., dazi della TDC ed altri diritti, IVA, ecc. — per essere devolute per quanto di spettanza al bilancio comunitario; e sono erogate dagli organismi nazionali (di intervento o altri) le provvidenze comunitarie in favore dei terzi, mediante utilizzo delle anticipazioni finanziarie e dei fondi di rotazione; salvo in ogni caso l'appuramento finale dei conti e le conseguenze finanziarie sul bilancio comunitario ovvero sul bilancio nazionale a seconda della responsabilità regolata in vario modo.

Limitatissimi sono i casi di erogazioni o riscossioni dirette da parte della Comunità. Fra questi si possono citare i prelievi e le sanzioni pecuniarie CECA, e, nel vigore del reg. 355/77, che aveva sostituito il reg. 17/64, le erogazioni eseguite fino alla fine del 1990, in forza di azioni comuni dirette a carico del FEOGA - sez. orientamento. Senza entrare nei dettagli di una disciplina articolata e complessa, appare sufficiente ricordare che, con la riforma dei fondi strutturali (FEOGA-orientamento, FSE e FESR), attuata con il reg. 2052/88 e i regolamenti di attuazione 4253-4-5-6/88 e poi con il reg. 866/90, mentre la concessione del finanziamento è a livello comunitario, il pagamento del contributo è eseguito a livello nazionale.

Non solo, dunque, in forza degli obblighi imposti in via generale dagli artt. 5 e 209 A del Trattato C.E., nonché delle varie norme specifiche sugli interventi comunitari, ma anche per il meccanismo stesso attraverso cui si riscuotono le entrate e si provvede alle uscite, gli organismi nazionali vengono comunque ad essere obbligati ad assicurare l'esattezza delle riscossioni e delle

1697/79 e 595/91, coerente con il sistema di controllo delle spese comunitarie agricole e conforme alla giurisprudenza della Corte.

14. – Occorre rilevare al riguardo che il Tribunale, facendo riferimento ad una pertinente giurisprudenza della Corte (sentenza 7 luglio 1987, cause riunite 89/86 e 91/86, Etoile commerciale e CNTA/Commissione, Racc. pag. 3005, punto 11) e alla formulazione stessa dell'art. 8, n. 1, del regolamento n. 729/70, ha ricordato, al punto 26 dell'ordinanza impugnata, che, secondo il sistema istituzionale della Comunità e i principi che disciplinano i rapporti tra la Comunità e gli Stati membri, spettava a questi, in mancanza di una contraria disposizione del diritto comunitario, garantire sul loro territorio l'attuazione della normativa comunitaria, soprattutto nell'ambito della politica agricola comune.

15. – Nella suddetta sentenza, la Corte ha peraltro aggiunto (punto 11, ultima frase) che, per ciò che più particolarmente riguarda le attività di finanziamento decise nell'ambito di detta politica, spettava agli Stati membri, ai sensi dell'art. 8 del regolamento n. 729/70, adottare misure necessarie onde recuperare le somme perse a seguito di irregola-

---

erogazioni per conto della Comunità. Al solo obbligo di leale cooperazione e di assistenza vanno invece ricollegati i compiti di vigilanza sulla correttezza delle operazioni svolte direttamente dalla Comunità.

All'obbligo imposto agli organismi nazionali di provvedere alla riscossione delle risorse proprie e all'erogazione delle provvidenze comunitarie corrisponde la loro legittimazione esclusiva ad agire, sia in sede amministrativa che in sede giudiziaria. In tal senso appare ancora fondamentale la sentenza della Corte di Giustizia C.E. 5 maggio 1977, nella causa 110/76, c.d. « Pretore di Cento » (in *questa Rassegna*, 1977, I, 615), secondo cui « gli Stati membri restano competenti per le azioni giudiziarie e le iniziative volte al recupero delle risorse proprie e continuano ad intervenire a tal fine nei confronti dei singoli », e « ne consegue che nell'attuale stadio di sviluppo del diritto comunitario solo gli Stati membri e i loro organi sono legittimati ad agire dinanzi ai giudici nazionali per chiedere il pagamento delle entrate comunitarie che costituiscono risorse proprie » (si noti che la sentenza fu emessa su domanda pregiudiziale di un Pretore italiano che chiedeva, in un procedimento penale promosso contro ignoti per sospetto di frode in un traffico di merci assoggettate alla TDC ed ai prelievi agricoli, se la Comunità potesse essere considerata « parte lesa »): il principio, enunciato per la riscossione delle risorse proprie, cioè per le entrate, è applicabile anche in relazione all'erogazione di provvidenze comunitarie, cioè per le uscite (si pensi, in particolar modo, agli aiuti per interventi di mercato in agricoltura a carico del FEOGA - sez. garanzia erogati dall'EIMA ad operatori agricoli). In questa stessa angolazione vanno lette le disposizioni comunitarie (cfr. art. 8 n. 1 ultimo cpv. del reg. 729/70 sul finanziamento della p.a.c.; l'art. 23 n. 1 ultimo cpv. reg. 866/90, citato, sui fondi strutturali) che impongono agli Stati di informare la Commissione dello stato dei procedimenti amministrativi e giudiziari.

Nel nostro ordinamento interno gli organismi nazionali curano la individuazione e la riscossione delle entrate e la definizione e la erogazione delle

rità o di negligenze. Tale norma è considerata l'espressione, per quanto riguarda il finanziamento della politica agricola comune, dell'obbligo generale di diligenza imposto dall'art. 5 del Trattato (sentenza 6 ottobre 1993, causa C-55/91, Italia-Commissione, Racc. pag. I-4813, punto 56).

16. – Il Tribunale ha poi sottolineato, al punto 27 dell'ordinanza impugnata, che, in forza dell'art. 2, n. 1, del regolamento n. 1697/79, quando le autorità competenti accertano che « i dazi all'importazione (...) non sono stati richiesti in tutto o in parte al debitore, esse iniziano una azione di recupero dei dazi non riscossi ». Inoltre, ai sensi dell'art. 4 dello stesso regolamento, « l'azione di recupero è esercitata dalle autorità competenti, nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia, nei confronti delle persone fisiche o giuridiche tenute al pagamento dei dazi all'importazione (...) ».

17. – Al punto 28 dell'ordinanza impugnata, il Tribunale ne ha dedotto che spetta agli Stati membri, in questo settore, dare attuazione alla normativa comunitaria e adottare, con riguardo agli operatori economici interessati, le decisioni individuali necessarie, conformemente ai principi

---

uscite avvalendosi dell'autoritarietà dei loro atti, espressione del potere d'imperio della P.A. In relazione ad essi e alla legalità dell'azione amministrativa il compito dell'Avvocatura dello Stato è di mero supporto, che si traduce essenzialmente nell'assistenza in sede consultiva a richiesta dell'amministrazione interessata o in via preventiva o in via di definizione in sede stragiudiziale delle divergenze insorte.

Allorché la vicenda, non composta in sede amministrativa, sfocia in sede giudiziaria, o perché — come di regola accade — la iniziativa giudiziaria è assunta dalle parti private o perché essa debba essere assunta dall'Amministrazione allorché non risulta idonea e/o sufficiente l'azione che essa può svolgere in via di autotutela, l'Avvocatura assume in via esclusiva la difesa della amministrazione competente e ne cura gli interessi. E naturalmente il compito dell'Avvocatura è quello di tutelare al meglio tali interessi, con assoluta coincidenza fra quelli propri dell'amministrazione nazionale e quelli dalla stessa curati per conto della Comunità.

4. — Per quanto riguarda le controversie dinanzi alla giurisdizione ordinaria civile e dinanzi alla giurisdizione amministrativa appare evidente (e nessuno dubita) che a tutela degli interessi nazionali e comunitari sta in giudizio l'amministrazione dello Stato competente, con la difesa dell'Avvocatura dello Stato. E ove si trattasse di controversia che riguarda la Comunità direttamente, senza la rappresentanza di un organismo nazionale, starebbe in giudizio l'esecutivo comunitario (arg., ad esempio, per prelievi CECA, da Corte di giustizia 2 febbraio 1990, nella causa C-221/88, CECA c. Fall. Acciaierie Buscemi, in *questa Rassegna*, 1990, 28), la quale potrà giovarsi in tal caso del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato (d.P.R. 17 febbraio 1981, n. 173).

5. — Per quanto riguarda la cura degli interessi comunitari dinanzi ai giudici penali sono sorte perplessità innanzitutto riguardo alla legittimazione alla costituzione di parte civile.

La capacità plurioffensiva di taluni reati e la presenza nel processo penale di figure affini, la cui definizione terminologica non è priva di talune ambiguità,

e alle modalità previsti dalla normativa nazionale, salvi restando i limiti stabiliti dal diritto comunitario, al fine di procedere al recupero delle somme che sono state indebitamente erogate, così come dichiarato dalla Corte al punto 12 della citata sentenza Etoile commerciale e CNTA/Commissione.

18. – L'interpretazione dei citati regolamenti adottata dal Tribunale è pertanto identica a quella della Corte.

19. – Occorre inoltre ricordare che, nell'ambito del sistema di controllo previsto dal regolamento n. 729/70, la Commissione svolge una funzione meramente complementare. Ciò viene espresso chiaramente all'ottavo « considerando » di quest'ultimo regolamento, secondo il quale, a complemento dei controlli che gli Stati membri effettuano di loro iniziativa e che restano essenziali, occorre prevedere verifiche da parte di agenti della Commissione nonché la facoltà per quest'ultima di appellarsi agli Stati membri (sentenze 9 ottobre 1990, causa C-366/88, Francia/Commissione, Racc. pag. I-3571, punto 20, e Italia/Commissione citata, punti 31 e 32).

---

hanno forse indotto taluni a ritenere in ogni caso possibile, nel processo stesso, la partecipazione della Commissione delle C.E. per la tutela dei suoi interessi. Il che, invece, sembra che debba essere escluso in via di principio, salvo quanto appresso si dirà, per tutti i casi in cui la cura degli interessi comunitari è affidata, come sopra si è detto, agli organismi nazionali. Restano, quindi, fuori da tali considerazioni i rari casi in cui la Comunità deve curare i suoi interessi direttamente.

Brevemente si ricorda che persona offesa (o lesa) dal reato è il soggetto passivo del reato stesso (soggetto passivo che, come è noto, si differenzia dalla persona oggetto materiale del reato, anche se in vari casi le due figure coincidono), cioè il titolare dell'interesse protetto dalla norma. Il soggetto passivo, oltre a subire il c.d. danno criminale, cioè l'offesa che è insita nel reato, vale a dire la lesione o messa in pericolo che è inerente al reato, può subire anche un danno risarcibile, patrimoniale o non patrimoniale, che se è conseguenza immediata e diretta del reato stesso, lo legittimano — e solo in tal caso — alla costituzione di parte civile. E parte civile può essere altresì colui che dal reato subisce un danno diretto e immediato, pur se non sia soggetto passivo del reato stesso.

Occorre, quindi, verificare se la Comunità possa definirsi « persona offesa » dal reato, allorché lo stesso coinvolga interessi comunitari, e possa costituirsi « parte civile » ove ritenga che quegli interessi siano stati pregiudicati. E la risposta in via generale dovrebbe essere negativa, « nell'attuale stadio di sviluppo del diritto comunitario », secondo quanto affermato dalla Corte di giustizia C.E. nella sentenza sopracitata. Se è vero che « solo gli Stati membri e i loro organi sono legittimati ad agire dinanzi ai giudici nazionali », cioè se è vero che la cura degli interessi comunitari è affidata agli Stati membri che vi provvedono attraverso i propri organi, saranno solo questi legittimati ad agire non solo in sede amministrativa, ma anche in sede giurisdizionale penale attraverso la costituzione di parte civile, e non sembra esservi ragione per la assun-

20. – Vero è che le modalità della cooperazione tra i servizi della Commissione e gli organismi nazionali al fine di rafforzare la lotta contro le irregolarità sono state precisate dal regolamento n. 595/91, ma, tenuto conto dell'esperienza acquisita, tale regolamento non ha modificato il sistema istituito dal regolamento n. 729/70. Contrariamente a quanto sostiene la Nutral, il regolamento n. 595/91 non ha affatto attribuito alla Commissione il potere di adottare atti coercitivi nei confronti degli operatori nell'ambito della prevenzione e della repressione delle irregolarità o delle negligenze nel finanziamento della politica agricola comune. Esso ha soltanto rafforzato il potere d'iniziativa e gli strumenti di informazione e di controllo della Commissione in questa materia.

21. – Infine, l'art. 209 A, quale inserito nel Trattato CE dal Trattato sull'Unione europea, conferma pienamente che la responsabilità della lotta contro le frodi che ledono gli interessi finanziari della Comunità incombe agli Stati membri.

22. – La Nutral non può quindi legittimamente sostenere che il Tribunale avrebbe dovuto riconoscere che la Commissione disponeva del

---

zione da parte della Comunità della veste di « persona offesa » dal reato con ogni effetto conseguenziale anche ai fini della comunicazione dell'informazione di garanzia (artt. 369 e 154 c.p.p.); e del resto proprio in occasione di un processo penale si è avuta la pronuncia di principio sopra indicata della Corte di Giustizia.

Deve, ciononondimeno, ritenersi possibile una costituzione di parte civile della Comunità in appoggio a quella dell'amministrazione nazionale (anch'essa magari con l'assistenza dell'Avvocatura dello Stato), allorché, per la particolare rilevanza della fattispecie, possa profilarsi un'offesa all'immagine e al prestigio della Comunità stessa rimarcandosi un danno non patrimoniale da essa subito e si intenda, quindi, con l'ingresso in campo dell'organo comunitario, sottolineare l'importanza di qualche particolare caso e dare un'impronta alla vicenda sensibilizzando l'opinione pubblica sulla gravità dei fatti. In questa ottica sembra che in effetti si sia mosso e intenda muoversi l'esecutivo comunitario che, nei rari casi in cui ha chiesto di costituirsi parte civile per frodi comunitarie di particolare gravità, ha ricordato che « benché il pregiudizio economico conseguente a tali frodi sia patito dal bilancio comunitario, è compito delle autorità nazionali procedere al recupero delle somme... » donde la sua richiesta alle autorità italiane di costituirsi (esse) parte civile nel processo, e l'opportunità « in considerazione della gravità della frode » di una costituzione aggiuntiva della Commissione « al fine di sostenere lo sforzo intrapreso dalle autorità nazionali e di far valere il pregiudizio morale (danno all'immagine) subito dalla Comunità europea in conseguenza dell'effettuazione di una frode di tale entità... », con la richiesta del « versamento della somma simbolica di 1 ecu ».

6. — La costituzione di parte civile della stessa amministrazione nazionale non appare, però, necessaria e indispensabile in tutti i processi in cui vengano in giuoco interessi comunitari.

La giurisdizione penale è investita non di qualsivoglia fatto che integri una « frode » intesa, come sopra ricordato, quale mera omissione o erroneità nella

potere di adottare atti opponibili agli operatori nella materia considerata. La ricorrente ammette altresì che l'art. 6 del citato regolamento n. 595/91 non autorizza la Commissione a sostituirsi agli Stati membri nella conduzione delle indagini in caso di presunzione di irregolarità.

23. – Nella replica, la Nutral sostiene tuttavia, a sostegno del suo primo motivo, che nella fattispecie la Commissione, e più precisamente l'UCLAF, non ha rispettato la procedura prevista all'art. 6 del regolamento n. 595/91: in contrasto con tale norma, le risultanze dell'indagine sono state formulate dalla Commissione stessa e non dalle autorità italiane, che si sarebbero limitate ad eseguirle.

24. – Su questo punto, la ricorrente non espone un nuovo aspetto del suo primo motivo, ma contesta in realtà la legittimità della decisione delle autorità italiane che le arreca pregiudizio. La Corte non è quindi competente a pronunciarsi al riguardo nell'ambito del presente ricorso. Spetta invece alla ricorrente avvalersi dei rimedi giurisdizionali nazionali ad essa offerti dall'ordinamento interno per contestare tale decisione dinanzi ai giudici nazionali.

25. – Da tutto quanto precede risulta che il primo motivo dedotto dalla Nutral a sostegno del suo ricorso contro l'ordinanza del Tribunale di primo grado deve essere respinto.

---

riscossione di un'entrata o nell'erogazione di una spesa, ma solo di quei fatti che integrano un illecito costituente reato (campo ora molto allargato dal disposto della legge 23 dicembre 1986 n. 898, contenente, tra l'altro, norme sulle sanzioni amministrative e penali in materia di aiuti comunitari nel settore agricolo). Nella sede civile e/o amministrativa si verifica la conformità a legge di una entrata o di una spesa, presupposto per procedere al recupero di quanto dovuto; nella sede penale si valuta il fatto ai fini della verifica della sua illiceità penale per l'applicazione delle conseguenti sanzioni, e l'azione civile per il recupero può in esso inserirsi «a latere» come mera facoltà per l'interessato (in alcuni ordinamenti giuridici essa addirittura non è consentita). Inoltre, la caduta, nel nostro ordinamento giuridico, della c.d. pregiudizialità penale e le limitazioni poste alla parte civile nel processo penale hanno reso ancor più eventuale il perseguimento degli interessi civili in sede penale, al di là della funzione di immagine che più spesso si persegue con l'esercizio dell'azione civile nel processo penale.

Di conseguenza la cura degli interessi delle amministrazioni nazionali e quindi, per coincidenza, degli interessi della Comunità, è completa ed assoluta, attraverso l'assistenza legale dell'Avvocatura dello Stato, in tutti i giudizi dinanzi alle giurisdizioni civili ed amministrative. Dinanzi alle giurisdizioni penali l'ntervento dell'Avvocatura dello Stato, con la costituzione di parte civile per le amministrazioni di volta in volta competenti, è solo eventuale e, anche per evidenti motivi di ordine pratico, può essere limitato ai casi di maggior rilievo (cfr. l'art. 1, co. 4, legge 3 gennaio 1991, n. 3, che richiede l'autorizzazione di caso in caso della Presidenza del Consiglio dei Ministri), salva, naturalmente, la possi-

Sul secondo motivo d'impugnazione.

26. – La Nutral sostiene, in secondo luogo, che il Tribunale, affermando, al punto 28 dell'ordinanza impugnata, che soltanto i provvedimenti adottati dalle autorità nazionali potevano produrre effetti giuridici obbligatori in grado di arrecare pregiudizio ai suoi interessi, ha commesso un errore di diritto nel rifiutare all'atto controverso la qualifica di atto impugnabile. Il Tribunale non poteva infatti dichiarare irricevibile il ricorso della ricorrente per il solo motivo che la Commissione era incompetente ad emanare, nella materia considerata, atti produttivi di effetti giuridici vincolanti nei suoi confronti. Esso avrebbe dovuto esaminare la portata effettiva dell'atto controverso.

27. – La Commissione nega invece che il Tribunale non si sia attenuto alla nozione di atto impugnabile ai sensi dell'art. 173 del Trattato. Esso ha effettivamente proceduto all'esame delle lettere della Commissione 3 e 23 marzo 1993 e, senza peraltro contestare la sua competenza ad inviare tali atti alle autorità italiane, è giunto alla conclusione che questi ultimi non avevano effetti vincolanti in grado di arrecare pregiudizio agli interessi della ricorrente.

28. – Come il Tribunale ha ricordato al punto 24 dell'ordinanza impugnata, per statuire sulla fondatezza dell'eccezione di irricevibilità sollevata dalla Commissione, si deve rilevare preliminarmente che, secondo

---

bilità di tutelarsi adeguatamente — ove necessario — davanti al giudice civile, senza il previo esperimento dell'azione civile nel processo penale.

Ciò, beninteso, non significa affatto che gli interessi nazionali e comunitari sottostanti non siano tutelati in sede penale. La cura dell'interesse pubblico alla repressione dei reati (e quindi anche degli interessi violati, che la previsione di una sanzione penale eleva ad un rango particolare) è affidata ad un ben individuato organo dello Stato quale è il Pubblico ministero, il quale, esercitando l'azione penale di cui è l'esclusivo titolare, mira a far accertare dall'organo giudiziario la realtà dei fatti con tutti gli effetti conseguenziali. In questa angolazione la costituzione della parte civile, soprattutto di una parte civile quale è lo Stato, attraverso l'Avvocatura dello Stato, risulta di mero supporto (a partire dal momento in cui può essere effettuata, cioè solo dopo la richiesta di rinvio a giudizio, quindi senza alcun coinvolgimento, salvo quelli derivanti dai limitatissimi poteri della «parte offesa», nella fase fondamentale delle indagini preliminari): donde la sua utilità e la sua effettiva opportunità (anche per i riflessi di immagine nell'opinione pubblica) solo in processi di un certo rilievo, ferma in ogni caso la collaborazione dell'amministrazione interessata con il P.M. e con il giudice, per fornire loro, a richiesta o *sua sponte*, tutti gli elementi necessari ed utili per un giudizio completo ed esaustivo.

OSCAR FIUMARA

la costante giurisprudenza della Corte, costituiscono atti o decisioni impugnabili mediante ricorso per annullamento ai sensi dell'art. 173 del Trattato soltanto i provvedimenti che abbiano effetti giuridici vincolanti tali da incidere sugli interessi del ricorrente (ordinanza della Corte 8 marzo 1991, cause riunite C-66/91 e C-66/91 R, Emerald Meats/Commissione, Racc. pag. I-1143, punto 26).

29. – Orbene, il Tribunale osserva immediatamente:

« Nella fattispecie, come si è sopra rilevato, la Commissione si è rivolta alle autorità italiane, al termine di un'inchiesta cui essa aveva partecipato a sua richiesta, chiedendo loro di procedere, da una parte, al recupero di alcuni aiuti assegnati alla ricorrente, qualificati dalla Commissione illegittimi, e, dall'altra, alla riscossione di alcuni dazi all'importazione, al cui pagamento la ricorrente era tenuta. A seguito delle comunicazioni inviate dalla Commissione alle autorità italiane queste hanno adottato varie misure miranti al recupero delle somme di cui la ricorrente avrebbe indebitamente beneficiato » (punto 25).

30. – Il Tribunale si è così limitato a constatare, giustamente, che le lettere inviate dalla Commissione alle autorità italiane si collocavano nell'ambito della cooperazione tra la Commissione e gli organismi nazionali incaricati di applicare la normativa comunitaria e costituivano mere raccomandazioni o pareri privi di efficacia giuridica. Esso ne ha dedotto, al punto 28, ultima frase, dell'ordinanza impugnata, che solo i provvedimenti adottati dalle autorità nazionali producevano effetti giuridici obbligatori nei confronti della ricorrente e, al punto 29 della stessa ordinanza, che gli atti impugnati non possono essere considerati decisioni in grado di incidere direttamente sulla situazione giuridica di questa ultima.

31. – L'ultima frase del punto 28 dell'ordinanza impugnata non può pertanto essere letta indipendentemente dall'insieme delle considerazioni da cui essa discende. Contrariamente a quanto sostiene la Nutral, il Tribunale ha inteso pronunciarsi solo sul caso particolare ad esso sottoposto e non sancire il principio secondo cui gli atti della Commissione nella materia considerata non potevano arrecare pregiudizio agli operatori per il solo motivo che la normativa comunitaria non attribuiva competenza a tale istituzione per prendere decisioni direttamente opponibili agli interessati.

32. – Di conseguenza, il Tribunale ha esattamente qualificato l'atto controverso e il secondo motivo della ricorrente deve essere respinto.

(*omissis*)

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITA' EUROPEE, *Plenum*, 15 dicembre 1995, nella causa C-415/93 - *Pres.* Rodriguez Iglesias - *Rel.* Mancini - *Avv. Gen.* Lenz - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte d'appello di Liegi nelle cause dinanzi ad essa pendenti fra ASBL, Royal club liégeois SA e UEFA c. Bosman - Interv.: Governi francese (ag. Duchène), italiano (avv. Stato Del Gaizo), danese (ag. Biering) e tedesco (ag. Röder) e Commissione delle C.E. (ag. Gonzales Diaz e de Bergues).

Comunità Europee - Libera circolazione dei lavoratori - Regole di concorrenza applicabili alle imprese - Calciatori professionisti - Trasferimenti - Pagamento di una indennità alle società di appartenenza - Illegittimità.

(Trattato CE, art. 48).

Comunità Europee - Libera circolazione dei lavoratori - Calciatori professionisti - Limitazione del numero dei calciatori cittadini di altri Stati membri - Illegittimità.

(Trattato CE, art. 48).

Comunità Europee - Libera circolazione dei lavoratori - Calciatori professionisti - Indennità di trasferimento, di formazione o di promozione non dovute - Limiti alle rivendicazioni.

(Trattato CE, art. 48).

L'art. 48 del Trattato CEE osta all'applicazione di norme emanate da associazioni sportive, secondo le quali un calciatore professionista cittadino di uno Stato membro, alla scadenza del contratto che lo vincola ad una società, può essere ingaggiato da una società di un altro Stato membro solo se questa ha versato alla società di provenienza una indennità di trasferimento, di formazione o di promozione.

L'art. 48 del Trattato CEE osta all'applicazione di norme emanate da associazioni sportive secondo le quali, nelle partite delle competizioni che esse organizzano, le società calcistiche possono schierare solo un numero limitato di calciatori professionisti cittadini di altri Stati membri.

L'effetto diretto dell'art. 48 del Trattato CEE non può essere fatto valere a sostegno di rivendicazioni relative a indennità di trasferimento, di formazione o di promozione che, alla data di questa sentenza, siano state già pagate o siano ancora dovute in adempimento di un'obbligazione sorta prima di tale data, fatta eccezione per coloro che, prima della stessa data, abbiano intentato azioni giudiziarie o esperito rimedi equivalenti ai sensi del diritto nazionale vigente in materia.

(*Omissis*)

Sull'interpretazione dell'art. 48 del Trattato con riguardo alle norme sui trasferimenti.

68. – Con la prima delle sue questioni il giudice a quo chiede in sostanza se l'art. 48 del Trattato osti all'applicazione delle norme, emanate da associazioni sportive, secondo le quali un calciatore professionista cittadino di uno Stato membro, alla scadenza del contratto che lo vincola a una società, può essere ingaggiato da una società calcistica di un altro Stato membro solo se questa ha versato alla società di provenienza un'indennità di trasferimento, di formazione o di promozione.

Sull'applicazione dell'art. 48 alle norme emanate da associazioni sportive.

69. – Su questo punto, occorre esaminare in limine taluni argomenti presentati relativamente all'applicazione dell'art. 48 alle norme emanate da associazioni sportive.

70. – L'URBSFA ha sostenuto che soltanto le maggiori società calcistiche europee possono essere considerate imprese, mentre società come il RCL esercitano un'attività economica trascurabile. Inoltre, la questione del giudice nazionale relativa alle norme sui trasferimenti non riguarda i rapporti di lavoro fra i calciatori e le società, ma i rapporti economici fra le società e le conseguenze della libertà di tesseramento presso una federazione sportiva. Pertanto, l'art. 48 del Trattato non si applicherebbe in un caso come quello di specie.

71. – Dal canto suo, l'UEFA ha fatto valere in particolare che le autorità comunitarie hanno sempre rispettato l'autonomia dell'attività sportiva, che è difficilissimo distinguere gli aspetti economici del calcio da quelli sportivi e che una pronuncia della Corte sulla situazione degli sportivi professionisti potrebbe rimettere in discussione l'intera organizzazione del gioco del calcio. Di conseguenza, anche se l'art. 48 del Trattato dovesse applicarsi ai calciatori professionisti, sarebbe necessario attenersi a criteri di elasticità in considerazione della specificità di tale attività sportiva.

72. – Il governo tedesco ha sottolineato anzitutto che nella maggior parte dei casi uno sport come il calcio non ha indole di attività economica. Ha poi rilevato che lo sport in generale presenta analogie con la cultura, ricordando che, ai sensi dell'art. 128, n. 1, del Trattato CE, la Comunità deve rispettare la diversità nazionale e regionale delle culture degli Stati membri. Infine, ha menzionato la libertà di associazione e l'autonomia di cui godono, in base al diritto nazionale, le federazioni

sportive per concludere che, secondo il principio di sussidiarietà, considerato come principio generale, l'intervento delle autorità pubbliche e, in particolare, della Comunità nella materia considerata deve essere limitato allo stretto necessario.

73. – A proposito di tali argomenti si deve ricordare che, considerati gli obiettivi della Comunità, l'attività sportiva è disciplinata dal diritto comunitario in quanto sia configurabile come attività economica ai sensi dell'art. 2 del Trattato (v. sentenza 12 dicembre 1974, causa 36/74, Walrave, Racc. pag. 1405, punto 4). E' questo il caso dell'attività dei calciatori professionisti o semiprofessionisti che svolgono un lavoro subordinato o effettuano prestazioni di servizi retribuite (v. sentenza 14 luglio 1976, causa 13/76, Donà, Racc. pag. 1333, punto 12).

74. – Si deve del pari osservare che, ai fini dell'applicazione delle norme comunitarie relative alla libera circolazione dei lavoratori, non è comunque necessario che il datore di lavoro abbia la qualità di imprenditore, giacché il solo elemento richiesto è l'esistenza di un rapporto di lavoro o la volontà di instaurare tale rapporto.

75. – L'applicazione dell'art. 48 del Trattato non è neppure esclusa dal fatto che le norme sui trasferimenti disciplinino i rapporti economici fra società calcistiche, anziché i rapporti di lavoro fra società e calciatori. Invero, la circostanza che le società datrici di lavoro siano tenute a versare indennità quando ingaggiano calciatori provenienti da altre società influisce sulla possibilità degli interessati di trovare un ingaggio, nonché sulle condizioni alle quali l'ingaggio è offerto.

76. – Per quanto riguarda la difficoltà di separare gli aspetti economici del calcio da quelli sportivi, la Corte ha riconosciuto, nella citata sentenza Donà, punti 14 e 15, che le norme comunitarie sulla libera circolazione delle persone e dei servizi non ostano a normative o a prassi giustificate da motivi non economici, inerenti alla natura e al contesto specifici di talune competizioni sportive. La Corte, però, ha sottolineato che tale restrizione della sfera d'applicazione delle dette norme deve restare entro i limiti del suo oggetto specifico. Pertanto, essa non può essere invocata per escludere un'intera attività sportiva dalla sfera d'applicazione del Trattato.

77. – Quanto alle eventuali conseguenze di questa sentenza per l'organizzazione del gioco del calcio nel suo complesso, va rilevato che, secondo una costante giurisprudenza, benché le conseguenze pratiche di ogni pronuncia giurisdizionale debbano essere vagliate accuratamente, ciò non può indurre a scalfire l'obiettività del diritto ed a compromettere la sua applicazione a motivo delle ripercussioni che tale pronuncia può provocare. Tutt'al più le dette ripercussioni potrebbero essere pre-

se in considerazione per decidere eventualmente, se necessario, di limitare l'efficacia di una sentenza nel tempo (v., in particolare, sentenza 16 luglio 1992, causa C-163/90, Legros e a., Racc. pag. I-4625, punto 30).

78. – Nemmeno può essere accolto l'argomento relativo alle pretese analogie fra sport e cultura, giacché la questione sollevata dal giudice nazionale verte non già sulle condizioni dell'esercizio di competenze comunitarie di rilievo limitato, come quelle basate sull'art. 128, n. 1, ma sulla portata della libera circolazione dei lavoratori, garantita dall'art. 48, che costituisce una libertà fondamentale nel sistema della Comunità (v. in particolare, sentenza 31 marzo 1993, causa C-19/92 Kraus, Racc. pag. I-1663, punto 16).

79. – Per quanto concerne gli argomenti relativi alla libertà di associazione, occorre riconoscere che tale principio, sancito dall'art. 11 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e scaturente dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fa parte dei diritti fondamentali che, secondo la costante giurisprudenza della Corte, peraltro riaffermata dal preambolo dell'Atto unico europeo e dall'art. F, n. 2, del Trattato sull'Unione europea, sono oggetto di tutela nell'ordinamento giuridico comunitario.

80. – Tuttavia, non si può ritenere che le norme emanate da associazioni sportive e menzionate dal giudice nazionale siano necessarie per garantire alle dette associazioni, alle società calcistiche o ai calciatori l'esercizio di tale libertà o ne costituiscano una necessaria conseguenza.

81. – Infine, il principio di sussidiarietà, come interpretato dal governo tedesco, ossia nel senso che l'intervento delle autorità pubbliche, e segnatamente delle autorità comunitarie, nella materia considerata dev'essere limitato allo stretto necessario, non può avere l'effetto che l'autonomia di cui godono le associazioni private per adottare normative sportive limiti l'esercizio dei diritti conferiti ai privati dal Trattato.

82. – Respinte le obiezioni relative all'applicazione dell'art. 48 del Trattato ad attività sportive come quelle dei calciatori professionisti, occorre ricordare che, come la Corte ha dichiarato nella citata sentenza Walrave, punto 17, il detto articolo non disciplina soltanto gli atti delle autorità pubbliche, ma si applica anche alle normative di altra natura dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato.

83. – La Corte, infatti, ha considerato che l'abolizione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone sarebbe compromessa se l'eliminazione delle limitazioni stabilite da norme statali potesse essere neutralizzata da ostacoli derivanti dall'esercizio dell'autonomia giuridica di associazioni ed enti di natura non pubblicistica (v. la citata sentenza Walrave, punto 18).

84. – Inoltre, la Corte ha rilevato che nei vari Stati membri le condizioni di lavoro sono disciplinate talvolta da norme di natura legislativa o regolamentare, talvolta da convenzioni e altri atti di natura privatistica. Pertanto, se l'oggetto dell'art. 48 del Trattato fosse limitato agli atti della pubblica autorità, potrebbero verificarsi disparità nella sua applicazione (v. la citata sentenza Walrave, punto 19). Tale rischio è particolarmente evidente in un caso come quello di specie poiché, come si è sottolineato nel punto 24 di questa sentenza, le norme sui trasferimenti sono state emanate da enti diversi o secondo tecniche differenti nei vari Stati membri.

85. – L'UEFA obietta che questa interpretazione si risolve nel conferire all'art. 48 del Trattato un valore più vincolante per i privati che per gli Stati membri, dato che solo questi ultimi possono avvalersi di limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica.

86. – Tale argomento poggia su una premessa errata. Nulla osta, infatti, a che le giustificazioni attinenti all'ordine pubblico, alla pubblica sicurezza e alla sanità pubblica siano invocate da privati. La natura pubblicistica o privatistica della normativa di cui trattasi non incide affatto sulla portata o sul contenuto delle dette giustificazioni.

87. – Si deve pertanto concludere che l'art. 48 del Trattato si applica a norme emanate da associazioni sportive come l'URBSFA, la FIFA, o l'UEFA per stabilire le condizioni alle quali gli sportivi professionisti esercitano un'attività retribuita.

Quanto al carattere puramente interno della situazione cui si riferisce il giudice nazionale.

88 – L'UEFA rileva che le cause pendenti dinanzi al giudice a quo si riferiscono ad una situazione puramente interna allo Stato belga, che esula dalla sfera d'applicazione dell'art. 48 del Trattato. Esse riguarderebbero infatti un calciatore belga il cui trasferimento non ha potuto aver luogo a causa del comportamento di una società belga e di un'associazione belga.

89. – Certo, risulta da una giurisprudenza costante (v., in particolare, sentenze 28 marzo 1979, causa 175/78, Saunders, Racc. pag. 1129, punto 11; 28 giugno 1984, causa 180/83, Moser, Racc. pag. 2539, punto 15: 28 gennaio 1992, causa C-332/90, Steen, Racc. pag. I-341, punto 9; e Kraus, citata, punto 15) che le disposizioni del Trattato in materia di libera circolazione dei lavoratori, e segnatamente l'art. 48, non possono essere applicate a situazioni puramente interne di uno Stato membro, ossia in

mancanza di qualsiasi criterio di collegamento ad una qualunque delle situazioni previste dal diritto comunitario.

90. – Tuttavia, dagli accertamenti di fatto compiuti dal giudice a quo risulta che il signor Bosman aveva stipulato un contratto di lavoro con una società di un altro Stato membro per esercitare un'attività retribuita nel territorio di tale Stato. Come ha giustamente osservato l'interessato, egli ha, ciò facendo, risposto ad un'offerta di lavoro effettiva ai sensi dell'art. 48, n. 3, lett. a).

91. – Poiché la situazione di cui alle cause a quibus non può qualificarsi puramente interna, l'argomento prospettato dall'UEFA dev'essere respinto.

Sull'esistenza di un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori.

92. – Occorre quindi accertare se le norme sui trasferimenti costituiscano un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori, vietato dall'art. 48 del Trattato.

93. – Come la Corte ha affermato più volte, la libera circolazione dei lavoratori costituisce uno dei principi fondamentali della Comunità e le norme del Trattato che garantiscono tale libertà hanno effetto diretto sin dalla fine del periodo transitorio.

94. – La Corte ha inoltre considerato che l'insieme delle norme del Trattato relative alla libera circolazione delle persone mira a facilitare ai cittadini comunitari l'esercizio di attività lavorative di qualsivoglia natura nel territorio della Comunità ed osta ai provvedimenti che potrebbero sfavorirli qualora intendano svolgere un'attività economica nel territorio di un altro Stato membro (v. sentenze 7 luglio 1988, causa 143/87, Stanton, Racc. pag. 3877, punto 13, e 7 luglio 1992, causa C-370/90, Singh, Racc. pag. I-4265, punto 16).

95. – In tale contesto i cittadini degli Stati membri dispongono, in particolare, del diritto, conferito loro direttamente dal Trattato, di lasciare il paese d'origine per entrare nel territorio di un altro Stato membro ed ivi soggiornare al fine di esercitare un'attività economica (v., in particolare, sentenze 5 febbraio 1991, causa C-363/89, Roux, Racc. pag. I-273, punto 9, e Singh, citata, punto 17).

96. – Le disposizioni che impediscano ad un cittadino di uno Stato membro di lasciare il paese d'origine per esercitare il suo diritto di libera circolazione, o che lo dissuadano dal farlo, costituiscono quindi ostacoli frapposti a tale libertà anche se si applicano indipendentemente dalla cittadinanza dei lavoratori interessati (v., anche sentenza 7 marzo 1991, causa C-10/90, Masgio, Racc. pag. I-1119, punti 18 e 19).

97. – D'altro canto, la Corte ha rilevato nella sentenza 27 settembre 1988, causa 81/87, Daily Mail and General Trust (Racc. pag. 5483, punto 16), che, sebbene le norme del Trattato relative alla libertà di stabilimento mirino in particolare a garantire il beneficio del trattamento nazionale nello Stato membro ospitante, esse ostano parimenti a che lo Stato d'origine ostacoli lo stabilimento in un altro Stato membro di un suo cittadino o di una società costituita secondo la sua normativa e corrispondente, peraltro, alla definizione dettata dall'art. 58. I diritti garantiti dall'art. 52 e seguenti del Trattato sarebbero vanificati se lo Stato d'origine potesse vietare alle imprese di lasciare il suo territorio per stabilirsi in un altro Stato membro. Le stesse considerazioni valgono, sotto il profilo dell'art. 48 del Trattato, per le norme che ostacolano la libera circolazione dei cittadini di uno Stato membro che intendano svolgere un'attività lavorativa subordinata in un altro Stato membro.

98. – Ora, è vero che le norme sui trasferimenti contestate nelle cause a quibus si applicano anche ai trasferimenti di calciatori fra società appartenenti a federazioni nazionali diverse nell'ambito dello stesso Stato membro e che norme analoghe disciplinano i trasferimenti fra società appartenenti alla stessa federazione nazionale.

99. – Tuttavia, come hanno fatto notare il signor Bosman, il governo danese e l'avvocato generale nei paragrafi 209 e 210 delle sue conclusioni, tali norme sono idonee a limitare la libera circolazione dei calciatori che vogliono svolgere la loro attività in un altro Stato membro poiché impediscono loro di lasciare le società cui appartengono, o li dissuadono dal farlo, anche dopo la scadenza dei contratti di lavoro che li legano ad esse.

100.– In effetti, prevedendo, come fanno, che un calciatore professionista può esercitare la sua attività in una nuova società stabilita in un altro Stato membro solo se quest'ultima ha versato alla società di provenienza l'indennità di trasferimento il cui importo è stato convenuto fra di esse o determinato ai sensi dei regolamenti delle federazioni sportive, le dette norme costituiscono un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori.

101. – Come ha rilevato correttamente il giudice nazionale, tale conclusione non è inficiata dal fatto che norme sui trasferimenti emanate dall'UEFA nel 1990 hanno disposto che i rapporti economici fra le due società non influiscono sull'attività del calciatore, il quale può giocare liberamente per la sua nuova società. Quest'ultima, infatti, resta tenuta a versare l'indennità di cui trattasi, a pena di sanzioni che possono giungere fino alla sua radiazione per debiti; e ciò le impedisce con altrettanta efficacia di ingaggiare un calciatore proveniente da una società di un altro Stato membro senza prima pagare la detta indennità.

102. – La conclusione dianzi esposta non è infirmata nemmeno dalla giurisprudenza della Corte, invocata dall'URBSFA e dall'UEFA, la quale esclude che l'art. 30 del Trattato si applichi a provvedimenti che limitano o vietano talune modalità di vendita, purché essi valgano per tutti gli operatori interessati che esercitano la loro attività nel territorio nazionale e incidano in uguale misura, in diritto come in fatto, sullo smercio dei prodotti nazionali e dei prodotti provenienti da altri Stati membri (v. sentenza 24 novembre 1993, cause riunite C-267/91 e C-268/91, Keck e Mithouard, Racc. pag. I-6097, punto 16).

103. – Basta rilevare, invero, che, sebbene le norme di cui si discute nelle cause a quibus si applichino anche ai trasferimenti fra società facenti parte di federazioni nazionali diverse nell'ambito dello stesso Stato membro e siano analoghe a quelle che disciplinano i trasferimenti fra società aderenti alla stessa federazione nazionale, resta pur sempre il fatto che esse condizionano direttamente l'accesso dei calciatori al mercato del lavoro negli altri Stati membri e in tal modo sono idonee ad ostacolare la libera circolazione dei lavoratori. Esse non possono quindi venire assimilate alle normative riguardanti le modalità di vendita delle merci che la sentenza Keck e Mithouard ha ritenuto esulare dalla sfera d'applicazione dell'art. 30 del Trattato (v. anche, in materia di libera prestazione di servizi sentenza 10 maggio 1995, causa C-384/93, Alpine Investments, Racc. pag. I-1141, punti 36-38).

104. – Di conseguenza, le norme sui trasferimenti costituiscono ostacoli alla libera circolazione dei lavoratori vietati, in linea di principio, dall'art. 48 del Trattato. Ad una diversa conclusione si potrebbe giungere solo se le dette norme perseguissero uno scopo legittimo compatibile con il Trattato e fossero giustificate da imperiosi motivi d'interesse pubblico. Anche in tale ipotesi, però, la loro applicazione dovrebbe essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non dovrebbe eccedere quanto necessario per farlo (v., in particolare, sentenza Kraus, citata, punto 32, e sentenza 30 novembre 1995, causa C-55/94, Gebhard, Racc. pag. 1-0000, punto 37).

Sull'esistenza di giustificazioni.

105. – L'URBSFA, l'UEFA e i governi francese e italiano hanno anzitutto sostenuto che le norme sui trasferimenti sono giustificate dall'intento di conservare l'equilibrio finanziario e sportivo fra le società e di sostenere la ricerca di calciatori di talento e la formazione dei giovani calciatori.

106. – Considerata la notevole importanza sociale dell'attività sportiva e, specialmente, del gioco del calcio nella Comunità, si deve ricono-

scere la legittimità degli scopi consistenti nel garantire la conservazione di un equilibrio fra le società, preservando una certa parità di possibilità e l'incertezza dei risultati, e nell'incentivare l'ingaggio e la formazione dei giovani calciatori.

107. – Per quanto riguarda il primo di questi scopi, il signor Bosman ha giustamente rilevato che l'applicazione delle norme sui trasferimenti non costituisce un mezzo adeguato per garantire la conservazione dell'equilibrio finanziario e sportivo nel mondo del calcio. Tali norme non impediscono alle società economicamente più forti di procurarsi i servigi dei migliori calciatori né impediscono che i mezzi finanziari disponibili costituiscano un elemento decisivo nella competizione sportiva e che l'equilibrio fra le società ne risulti notevolmente alterato.

108. Quanto al secondo scopo, si deve ammettere che la prospettiva di percepire indennità di trasferimento, di promozione o di formazione è effettivamente idonea ad incoraggiare le società a cercare calciatori di talento e ad assicurare la formazione dei giovani calciatori.

109. – Tuttavia, essendo impossibile prevedere con certezza l'avvenire sportivo dei giovani calciatori e poiché solo pochi di essi si dedicano all'attività professionistica, le dette indennità si caratterizzano per incertezza e aleatorietà e, comunque, non hanno alcun rapporto con le spese effettivamente sostenute dalle società per formare sia i futuri calciatori professionisti sia i giovani che non diventeranno mai tali. Ciò considerato, la prospettiva di ricevere indennità del genere non può svolgere un ruolo determinante nell'incentivare l'ingaggio e la formazione dei giovani calciatori né costituire un mezzo idoneo per finanziare tali attività, soprattutto nel caso delle società calcistiche di piccole dimensioni.

110. – Peraltro, come ha rilevato l'avvocato generale nei paragrafi 226 e seguenti delle sue conclusioni, gli stessi scopi possono essere conseguiti in modo almeno altrettanto efficace con altri mezzi che non intralcino la libera circolazione dei lavoratori.

111. – Inoltre è stato sostenuto che le norme sui trasferimenti sono necessarie a salvaguardare l'organizzazione mondiale del gioco del calcio.

112. – A questo proposito si deve rilevare che il presente procedimento verte sull'applicazione delle norme in esame all'interno della Comunità e non riguarda i rapporti tra le federazioni nazionali degli Stati membri e quelle dei paesi terzi. D'altra parte, l'applicazione di norme diverse ai trasferimenti fra società facenti parte delle federazioni nazionali della Comunità e ai trasferimenti fra tali società e quelle aderenti alle federazioni nazionali dei paesi terzi non può creare difficoltà parti-

colari. Infatti, come emerge dai precedenti punti 22 e 23, le norme che a tutt'oggi disciplinano i trasferimenti nell'ambito delle federazioni nazionali di alcuni Stati membri differiscono da quelle che si applicano a livello internazionale.

113. – Infine, l'argomento secondo cui le dette norme sono necessarie per compensare le spese che le società hanno dovuto sostenere per pagare indennità al momento dell'ingaggio dei loro calciatori non può essere accolto, giacché tende a giustificare la conservazione di ostacoli alla libera circolazione dei lavoratori con il semplice fatto che tali ostacoli possono essere esistiti in passato.

114. – Di conseguenza, la prima questione dev'essere risolta nel senso che l'art. 48 del Trattato osta all'applicazione di norme emanate da associazioni sportive secondo le quali un calciatore professionista cittadino di uno Stato membro, alla scadenza del contratto che lo vincola ad una società, può essere ingaggiato da una società di un altro Stato membro solo se questa ha versato alla società di provenienza un'indennità di trasferimento, di formazione o di promozione.

Sull'interpretazione dell'art. 48 del Trattato con riguardo alle norme sulla cittadinanza.

115. – Con la seconda questione il giudice nazionale chiede in sostanza se l'art. 48 del Trattato osti all'applicazione di norme emanate da associazioni sportive secondo le quali, nelle partite delle competizioni che esse organizzano, le società calcistiche possono schierare solo un numero limitato di calciatori professionisti cittadini di altri Stati membri.

Sull'esistenza di un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori.

116. – Come la Corte ha rilevato sopra, nel punto 87, l'art. 48 del Trattato si applica a norme emanate da associazioni sportive che determinano le condizioni alle quali gli sportivi professionisti esercitano una attività retribuita. Pertanto, occorre accertare se le norme sulla cittadinanza costituiscano un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori, vietata dall'art. 48.

117. – L'art. 48, n. 2, dispone espressamente che la libera circolazione dei lavoratori implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione basata sulla cittadinanza fra i lavoratori degli Stati membri per quanto riguarda l'occupazione, la retribuzione e le condizioni di lavoro.

118. – La citata disposizione è stata attuata, in particolare, dall'art. 4 del regolamento del Consiglio 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità (G.U. L. 257, pag. 2),

ai sensi del quale le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che limitano, per impresa, per ramo di attività, per regioni o su scala nazionale il numero o la percentuale degli stranieri occupati non sono applicabili ai cittadini degli altri Stati membri.

119. – Lo stesso principio osta a che le norme dei regolamenti delle associazioni sportive limitino il diritto dei cittadini di altri Stati membri di partecipare, come professionisti, ad incontri di calcio (v. sentenza Donà, citata, punto 19).

120. – A questo proposito, il fatto che tali norme non riguardino l'ingaggio dei detti calciatori, che non è limitato, ma la possibilità, per le società cui appartengono, di farli scendere in campo nelle partite ufficiali è irrilevante. Poiché la partecipazione a tali incontri costituisce l'oggetto essenziale dell'attività di un calciatore professionista, è evidente che una norma che limiti detta partecipazione incide anche sulle possibilità d'ingaggio del calciatore interessato.

Sull'esistenza di giustificazioni.

121. – Essendo stata accertata l'esistenza di un ostacolo, occorre verificare se esso possa essere giustificato con riguardo all'art. 48 del Trattato.

122. – L'URBSFA, l'UEFA e i governi tedesco, francese e italiano osservano che le norme sulla cittadinanza sono giustificate da motivi non economici, attinenti unicamente allo sport in sé e per sé.

123. – Infatti, esse servirebbero, in primo luogo, a preservare il legame tradizionale fra ogni società calcistica e il proprio paese, che è molto importante per consentire al pubblico di identificarsi con la squadra preferita e per far sì che le società che partecipano a gare internazionali rappresentino effettivamente il proprio paese.

124. – In secondo luogo, le dette norme sarebbero necessarie per costituire un'adeguata riserva di calciatori nazionali che consenta alle squadre nazionali di mettere in campo calciatori di alto livello in tutti i ruoli.

125. – In terzo luogo esse contribuirebbero a conservare l'equilibrio sportivo fra le società impedendo a quelle economicamente più forti di ingaggiare i migliori calciatori.

126. – Infine, l'UEFA sottolinea che la regola del « 3+2 » è stata elaborata di concerto con la Commissione e dev'essere riesaminata regolarmente in funzione dell'evoluzione della politica comunitaria.

127. – Va sottolineato al riguardo che nella citata sentenza Donà, punti 14 e 15, la Corte ha riconosciuto che le norme del Trattato in materia di libera circolazione delle persone non ostano a normative o prassi che escludano i calciatori stranieri da determinati incontri per motivi non economici, attinenti al carattere e all'ambito specifici di tali partite e che quindi hanno natura prettamente sportiva, come, ad esempio, nel caso di incontri fra le rappresentative di paesi diversi. La Corte ha sottolineato, però, che tale restrizione della sfera d'applicazione delle norme di cui trattasi deve restare entro i limiti del suo oggetto specifico.

128. – Nella fattispecie le norme sulla cittadinanza non riguardano incontri specifici fra rappresentative nazionali, ma si applicano a tutti gli incontri ufficiali tra società calcistiche e, quindi, alla parte essenziale dell'attività esercitata dai calciatori professionisti.

129. – Alla luce di quanto precede le norme sulla cittadinanza non possono essere considerate conformi all'art. 48 del Trattato. Questa norma sarebbe altrimenti privata del suo effetto utile e il diritto fondamentale di accedere liberamente a un'occupazione, che essa conferisce individualmente ad ogni lavoratore della Comunità (v., sentenza 15 ottobre 1987, causa 222/86, Heylens, Racc. pag. 4097, punto 14), sarebbe vanificato.

130. – Nessuno degli argomenti fatti valere dalle associazioni sportive e dai governi che hanno presentato osservazioni può inficiare tale conclusione.

131. – In primo luogo si deve rilevare che il legame fra una società calcistica e lo Stato membro nel quale essa è stabilita non può considerarsi inerente all'attività sportiva, in ogni caso non più del legame che unisce tale società al suo quartiere, alla sua città o alla sua regione, oppure, come nel caso del Regno Unito, al territorio di competenza di ciascuna delle quattro federazioni. Nei campionati nazionali, infatti, si affrontano società di regioni, di città o di quartieri diversi, ma nessuna norma limita, relativamente a tali partite, il diritto delle società di schierare in campo calciatori provenienti da altre regioni, da altre città o da altri quartieri.

132. – Inoltre, la partecipazione alle gare internazionali è riservata alle società che hanno ottenuto determinati risultati sportivi nel loro rispettivo paese, senza che la cittadinanza dei loro calciatori rivesta un ruolo particolare.

133. – In secondo luogo, va osservato che, anche se le squadre nazionali devono essere composte di calciatori cittadini del paese interessato, questi non devono essere necessariamente qualificati per le società di tale

paese. Peraltro, ai sensi dei regolamenti delle associazioni sportive, le società che hanno alle loro dipendenze calciatori stranieri sono tenute a permettere loro di partecipare a determinati incontri nelle file della nazionale del loro paese.

134. – Inoltre, se è vero che la libera circolazione dei lavoratori, rendendo accessibile il mercato del lavoro di uno Stato membro ai cittadini degli altri Stati membri, ha l'effetto di ridurre le possibilità dei lavoratori nazionali di trovare un'occupazione nel territorio dello Stato cui appartengono, è anche vero che essa offre loro in cambio nuove prospettive di occupazione negli altri Stati membri. Manifestamente, tali considerazioni valgono anche per i calciatori professionisti.

135. – In terzo luogo, per quanto riguarda l'equilibrio sportivo, occorre rilevare che le norme sulla cittadinanza, che impedirebbero alle squadre più facoltose di ingaggiare i migliori calciatori stranieri, non sono idonee a conseguire questo scopo giacché nessuna norma limita la loro facoltà di ingaggiare i migliori calciatori nazionali, che compromette in maniera non diversa il detto equilibrio.

136. – Infine, per quanto riguarda l'argomento relativo al fatto che la Commissione ha partecipato all'elaborazione della regola del « 3+2 », si deve ricordare che, al di fuori dei casi in cui tali competenze le sono espressamente attribuite, la Commissione non ha il potere di dare garanzie quanto alla compatibilità di un determinato comportamento con il Trattato (v., anche, sentenza 27 maggio 1981, cause riunite 142/80 e 143/80, Essevi e Salengo, Racc. pag. 1413, punto 16). Essa, in ogni caso, non dispone del potere di autorizzare comportamenti contrari al Trattato.

137. – Da quanto precede risulta che l'art. 48 del Trattato osta all'applicazione di norme emanate da associazioni sportive, secondo le quali, nelle partite delle competizioni che esse organizzano, le società calcistiche possono schierare solo un numero limitato di calciatori professionisti cittadini di altri Stati membri.

Sull'interpretazione degli artt. 85 e 86 del Trattato.

138. – Poiché i due tipi di norme menzionate nelle questioni pregiudiziali sono in contrasto con l'art. 48, non occorre pronunciarsi sull'interpretazione degli artt. 85 e 86 del Trattato.

Sugli effetti di questa sentenza nel tempo.

139. – Nelle loro osservazioni scritte e orali l'UEFA e l'URBSFA hanno attirato l'attenzione della Corte sulle gravi conseguenze che dalla sua sentenza potrebbero risultare per l'organizzazione del gioco del cal-

cio nel suo complesso, qualora essa giudicasse incompatibili con il Trattato le norme sui trasferimenti e le norme sulla cittadinanza.

140. – Dal canto suo, il signor Bosman, pur osservando che una soluzione in tal senso non è ineluttabile, ha rilevato che la Corte potrebbe limitare nel tempo gli effetti della sua sentenza per quanto riguarda le norme sui trasferimenti.

141. – Secondo una giurisprudenza costante, l'interpretazione che la Corte dà di una norma di diritto comunitario nell'esercizio della competenza attribuitale dall'art. 177 del Trattato chiarisce e precisa, se necessario, il significato e la portata della norma stessa, come deve o avrebbe dovuto essere intesa e applicata dal momento della sua entrata in vigore. Ne deriva che la norma così interpretata può e deve essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza che statuisce sulla domanda d'interpretazione, purché sussistano i presupposti per sottoporre al giudice competente una lite relativa all'applicazione della detta norma (v., in particolare, sentenza 2 febbraio 1988, causa 24/86, Blaizot, Racc. pag. 379, punto 27).

142. – Solo in via eccezionale la Corte, applicando il principio generale della certezza del diritto inerente all'ordinamento giuridico comunitario, può essere indotta a limitare la possibilità di qualunque interessato di far valere una norma, da essa interpretata, allo scopo di rimettere in discussione rapporti giuridici costituiti in buona fede. Tale limitazione può essere ammessa soltanto dalla Corte nella stessa sentenza che statuisce sull'interpretazione richiesta (v., in particolare, sentenze Blaizot, citata, punto 28, e Legros e a, citata, punto 30).

143. – Nel caso di specie i peculiari aspetti delle norme emanate dalle associazioni sportive per quanto riguarda i trasferimenti di calciatori fra società di Stati membri diversi, come pure il fatto che le stesse norme, o norme analoghe, si applicavano sia ai trasferimenti fra società aderenti alla stessa federazione nazionale sia ai trasferimenti fra società facenti parte di federazioni nazionali diverse nell'ambito dello stesso Stato membro, possono aver creato uno stato d'incertezza quanto alla compatibilità delle dette norme con il diritto comunitario.

144. – Pertanto, considerazioni imperative di certezza del diritto ostano a che situazioni giuridiche che hanno esaurito i loro effetti nel passato siano rimesse in discussione. Occorre prevedere, tuttavia, una eccezione a favore delle persone che abbiano preso tempestivamente iniziative per salvaguardare i loro diritti. Infine, si deve precisare che la limitazione degli effetti della detta interpretazione può essere ammessa solo per le indennità di trasferimento, di formazione o di promozione

che, alla data di questa sentenza, siano state già pagate o siano ancora dovute in adempimento di un'obbligazione sorta prima di tale data.

145. – Di conseguenza, si deve statuire nel senso che l'effetto diretto dell'art. 48 del Trattato non può essere fatto valere a sostegno di rivendicazioni relative a indennità di trasferimento, di formazione o di promozione che, alla data di questa sentenza, siano state già pagate o siano ancora dovute in adempimento di un'obbligazione sorta prima di tale data, fatta eccezione per coloro che, prima della stessa data, abbiano intentato azioni giudiziarie o esperito rimedi equivalenti ai sensi del diritto nazionale vigente in materia.

146. – Per quanto riguarda invece le norme sulla cittadinanza, la limitazione temporale degli effetti di questa sentenza non può essere ammessa. Infatti, alla luce delle citate sentenze Walrave e Donà, nessuno poteva ragionevolmente ritenere che le discriminazioni derivanti da tali norme fossero compatibili con l'art. 48 del Trattato. (*omissis*)

SEZIONE TERZA

GIURISPRUDENZA CIVILE
GIURISDIZIONE E APPALTI

CORTE DI CASSAZIONE, sez. un., 23 giugno 1995 n. 7087 - *Pres.* Panzarani - *Est.* Nicastro - *P.M.* Di Renzo (conf) - Tesoro (avv. Stato Mutarelli) c. Gullì.

Giurisdizione civile - Opposizione avverso ingiunzione fiscale ai sensi del t.u. 14 aprile 1910 n. 639 - Giurisdizione dell'AGO - Non sussiste - Controversia sul « quantum » di trattamenti pensionistici già erogati - Giurisdizione esclusiva della Corte dei Conti.

La giurisdizione esclusiva della Corte dei Conti in materia di trattamento pensionistico dei pubblici dipendenti si estende alle controversie relative ad atti di recupero di assegni di pensione già erogati in quanto relativi al quantum del trattamento predetto. Tale giurisdizione esclusiva non subisce deroga in favore di quella appartenente al giudice ordinario nel caso in cui si contesti l'esperibilità — ai fini del recupero delle somme già erogate — del procedimento per ingiunzione fiscale o la legittimità del procedimento medesimo (1).

Con l'unico motivo di ricorso il Ministero denuncia la violazione degli artt. 13 e 62 del T.U. 12 luglio 1934, n. 1214, ed il difetto di giurisdizione dell'A.G.O., con riferimento all'art. 360 n. 1 c.p.c.

Premesso che nella specie la Gullì ha opposto una pretesa inesistenza, in capo alla Pubblica Amministrazione, del potere di procedere al recupero delle somme indebitamente percette a titolo di pensione di guerra, la P.A. sostiene che, in tale ambito, rientrano nella giurisdizione della Corte dei Conti sia le controversie relative all'impugnazione dei provvedimenti positivi o negativi della P.A. in materia, che quelli che dispongono il recupero di somme indebitamente percette (ivi compresa

---

(1) La Suprema Corte descrive il principio sopra esposto quale *ius receptum,* richiamandosi ai numerosi precedenti in materia. Tra le sentenze più recenti v. Cass., S.U., 20 aprile 1994 n. 3733, in *Mass. Giust. Civ.* 1994, 530; Cass., S.U., 13 luglio 1989 n. 3284, in *Mass. Giust. Civ.,* 1989, fasc. 7; Cass., S.U. 3 febbraio 1989 n. 662, in *Mass. Giust. Civ.,* 1989, fasc. 2 riguardanti, peraltro, gli atti di recupero di somme indebitamente erogate a titolo di pensioni ordinarie, per i quali la giurisdizione della Corte è fondata sugli artt. 13 e 62 del r.d. 12 luglio 1934 n. 1214, che attribuiscono al giudice contabile la giurisdizione sui ricorsi « contro i provedimenti definitivi di liquidazione di pensione a carico totale o parziale dello Stato ».

Il medesimo principio viene esteso anche alle pensioni di guerra la cui attribuzione alla giurisdizione della Corte dei Conti viene fondata, oltre che sulla

l'istanza di sospensione della loro esecutività), ingiungendone il pagamento; a nulla rileverebbe, in particolare, che l'impugnazione sia rivolta contro l'ingiunzione, allorché i motivi di censura non attengano specificamente alla stessa, ma attengano, viceversa, al merito, contestandosene i presupposti .

Il ricorso è fondato.

Può considerarsi, ormai, *jus receptum* che « la giurisdizione esclusiva della Corte dei Conti in materia di trattamento pensionistico dei pubblici dipendenti si estende alle controversie relative ad atti di recupero di assegni di pensione già erogati, in quanto anch'essi investono il *quantum* di detto trattamento e non soffre deroga, in favore di quella del giudice ordinario, nel caso in cui si contesti l'esperibilità — ai fini del recupero di somme già erogate — del procedimento per ingiunzione fiscale » (fra le più recenti pronunce, Cass. 3 agosto 1989, n. 3591; Cass. 13 luglio 1989, n. 3284; Cass. 3 febbraio 1989, n. 662, e, anche sotto l'ultimo profilo, Cass. 20 aprile 1994, n. 3733).

Il principio, affermato per le pensioni ordinarie, è ancorato agli artt. 13 e 62 del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, che, come è noto, attribuiscono alla Corte dei Conti la giurisdizione sui ricorsi « contro i provvedimenti definitivi di liquidazione di pensione a carico totale o parziale dello Stato ».

Lo stesso principio vale anche per le pensioni di guerra, le cui controversie sono anch'esse attribuite alla Corte dei Conti dalle citate norme. È noto, anzi, che per i giudizi relativi alle pensioni di guerra sono state istituite — ed aumentate di tempo in tempo — apposite sezioni speciali (rispettivamente con il r.d. 18 febbraio 1923, n. 424, con l'art. 1 del r.d. l. 28 giugno 1941, n. 856, e con l'art. 116 del r.d.l. 10 agosto 1950, n. 648): la giurisdizione della Corte dei Conti risulta ora confermata anche dagli artt. 116-118 del testo unico approvato con d.p.r. 23 dicembre 1978, n. 915, modificati ed integrati dal d.l.vo 30 dicembre 1981, n. 834, e dalla l. 5 ottobre 1986, n. 656.

---

normativa generale appena richiamata, sul t.u. approvato con d.P.R. 23 dicembre 1978 n. 915, così come modificato e integrato da d. lgs. 30 dicembre 1981 n. 834 e legge 5 ottobre 1966 n. 656.

La giurisdizione esclusiva della Corte dei Conti anche per il caso in cui si contesti la legittimità dell'opposizione avverso l'ingiunzione fiscale emessa ai sensi del r.d. 639/1910 non viene meno nonostante l'espressa attribuzione al giudice ordinario competente per valore di tali giudizi operata dall'art. 3 del r.d. sopra richiamato.

Tale attribuzione, per il principio *lex specialis derogat generali*, è infatti superata dalle norme — di natura speciale — di riparto della giurisdizione *ratione materiae*.

In questa Rassegna, ma in tema di ammissibilità della domanda riconvenzionale nei giudizi di opposizione, v. *Rass. Avv. Stato* 1971, I, 1473; *idem*, 1971, I, 599.

È ben vero che, per l'art. 3 del r.d. 14 aprile 1910, n. 639, l'opposizione avverso l'ingiunzione va proposta dinanzi al giudice civile competente *ratione valoris* del luogo in cui ha sede l'ufficio che l'ha emessa, ma tale competenza generale trova deroga nelle norme, di natura speciale, che distribuiscono la competenza od attributive della giurisdizione *ratione materiae* (è sintomatico che l'art. 31 dello stesso decreto, dichiarando applicabili ai procedimenti relativi alla riscossione delle « tasse sugli affari » le disposizioni degli artt. da 5 a 29, esclude, per quest'ultimo, « la parte concernente il richiamo agli artt. 3 e 4 »).

La sentenza impugnata dev'essere, pertanto, cassata senza rinvio, dichiarandosi la giurisdizione della Corte dei Conti.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese dell'intero giudizio.

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 2 ottobre 1995, n. 10355 - *Pres. Borruso* - *Rel.* Salmè - *P.M.* Lo Cascio (diff.) - Ministero dei Beni Culturali ed Ambientali (avv. Stato di Tarsia) c. Torno Felice (avv. Marinangeli e Pellegatta) e Torno Elena, Paola e Luisa (avv. Ferrari e Campisi).

Antichità e Belle Arti - Cose d'interesse archeologico - Proprietà pubblica - Azione di rivendica - Privato possessore - Eccezione - Scoperta anteriore al 1909 - Onere della prova.

(Cod. civ., artt. 826, 840, 932, 948, 2697; legge 1 giugno 1939 n. 1089, tutela delle cose di interesse artistico o storico, artt. 24, 25, 43, 44, 46, 47, 49).

Le cose di interesse archeologico appartengono a titolo originario allo Stato, come emerge da una pluralità di disposizioni contenute nel codice civile e nella legge speciale n. 1089 del 1939, ed ancor prima dalla legge 20 giugno 1909, n. 364. Le ipotesi di proprietà « privata » di beni archeologici — cose ritrovate o scoperte dopo il 1909 ovvero cedute dallo Stato come indennizzo (art. 43), premio (artt. 44, 46, 47 e 49) o ad altro titolo (artt. 24 e 25 legge 1089/39) — rappresentano delle eccezioni rispetto al principio generale della proprietà statale. Ne deriva che la scoperta o il ritrovamento anteriori al 1909 devono essere qualificati, per volontà del legislatore non come fatti costitutivi, ma come circostanze che impediscono che si produca l'effetto dell'acquisto statale della proprietà dei reperti, cioè come fatti impeditivi (1-2).

---

(1) La proprietà statale delle cose d'interesse archeologico.

1. Il principio stabilito da questa lodevole sentenza, che ha accolto in pieno il ricorso proposto nell'interesse dell'Amministrazione, è frutto di una attenta valutazione della disciplina giuridica dei beni di interesse archeologico, che coglie per la prima volta il « novum » del sistema introdotto con le leggi di tutela. Non sembra infatti che, finora, la dottrina e la giurisprudenza fossero state in grado di trarre, dal complesso della legislazione in materia, quelle argomentazioni di sintesi che hanno consentito ai Giudici di legittimità di fare

(*omissis*) Il Ministero dei beni culturali e ambientali, con atto di citazione notificato il 10 e il 13 febbraio 1981, conveniva in giudizio davanti al Tribunale di Milano Felice, Elena, Paola e Luisa Torno e Nelly Schmid, chiedendo l'accertamento che alcuni reperti archeologici custoditi nella abitazioni di Felice Torno a Milano e a Castano Primo, già sottoposti a sequestro penale e ritenuti di interesse storico-artistico dalla Soprintendenza archeologica della Lombardia, appartenevano al patrimonio indisponibile dello Stato perchè i convenuti non erano stati in grado di giustificarne la provenienza e di fornire notizie sulle modalità e sull'epoca del ritrovamento.

I convenuti eccepivano l'inammissibilità e/o l'improcedibilità delle domande e ne chiedevano il rigetto nel merito, affermando che si trattava di beni pervenuti per successione dall'ing. Giuseppe Torno.

---

questo fondamentale passo avanti: *la proprietà delle cose d'interesse archeologico è di norma pubblica ed eccezionalmente privata.* Tanto più apprezzabile la chiarezza di questa affermazione in quanto, pur se conseguenza necessitata della corretta interpretazione delle disposizioni legislative, così come viene presentata nella limpida motivazione, essa non era pur tuttavia sostenuta da un esplicito dettato normativo (come, ad esempio, in tema di acque ha stabilito l'art. 1 della legge 5 gennaio 1994 n. 36).

Per la più chiara comprensione del problema è da tener presente, in fatto, che, introdotta dall'Amministrazione per i beni culturali ed ambientali un'azione di rivendicazione di una importante collezione di pezzi archeologici in possesso degli eredi Torno, il Tribunale e la Corte di appello avevano respinto la domanda in base al rilievo che, alla stregua delle leggi 20 giugno 1909 n. 364 e 1° giugno 1939, n. 1089, non poteva ritenersi che la proprietà e la legittimità del possesso dei beni di cui all'art. 1 della legge 1089/39 da parte dei privati costituisse una semplice eccezione alla regola della proprietà pubblica dei beni stessi, essendo numerosissime le fattispecie in cui le predette leggi prevedono la proprietà privata di beni di interesse storico, artistico e archeologico e, se pure fosse stata ipotizzabile, in concorso di circostanze significative, una presunzione di illegittimità del possesso di tali beni da parte dei privati, la presunzione avrebbe avuto valore solo per i reperti rinvenuti dopo il 1909, perché solo con la legge 364 è stato affermato per la prima volta il principio dell'appartenenza *ab origine* allo Stato dei beni stessi.

2. Come è facile arguire da questo brano, significativamente messo in risalto nell'esposizione in fatto della sentenza della Suprema Corte e che si è riportato per comodità di lettura, i giudici di merito avevano dato alle disposizioni legislative una valenza di norme eccezionali rispetto ad un sistema che a parer loro restava tuttavia di proprietà privata. Non vi era stata cioè la capacità di individuare conseguenze coerenti con le affermazioni di principio .

I Giudici di merito infatti, ed in particolar modo quello di secondo grado, avevano affermato correttamente che la normativa vigente, dalla legge 1909 a quella del 1939, ha stabilito il principio della appartenenza *ab origine* al patrimonio indisponibile dello Stato dei beni di interesse archeologico rinvenuti nel territorio nazionale, secondo il principio stabilito dall'art. 44 della legge n. 1089 del 1939. Non c'è dubbio che questa sia affermazione corretta: il principio generale solennemente statuito dal 1° comma dell'art. 44 della citata legge non consente dubbi quando afferma che « le cose ritrovate appartengono allo Stato ». Era invece sfuggito ai giudici di merito che a quasi 90 anni di distanza dall'in-

Il Tribunale, con sentenza 10 marzo 1986, rigettava le domande e la Corte d'Appello di Milano, con sentenza 10 novembre 1992, confermava tale decisione, salvo che per due reperti ritenuti appartenenti al patrimonio dello Stato.

Più precisamente, per quanto rileva in questa sede, la Corte milanese affermava che, alla stregua della legge 20 giugno 1909 n. 364 e della legge 1° giugno 1939 n. 1089, non può ritenersi che la proprietà e la legittimità del possesso dei beni di cui all'art. 1 della legge 1089 da parte dei privati costituisce una semplice eccezione alla regola della proprietà pubblica dei beni stessi, essendo numerosissime le fattispecie in cui le predetti leggi prevedono la proprietà privata di beni d'interesse storico, artistico ed archeologico. E se pure fosse ipotizzabile, in concorso di circostanze significative, una presunzione di illegittimità del possesso di tali beni

---

troduzione del nuovo regime giuridico, questo doveva considerarsi normale e ricorrente e che era da ritenersi verosimile che, proprio in virtù di tale generalissima disposizione, non solo la maggior parte delle cose ritrovate appartengono allo Stato — il che è addirittura ovvio — ma che le ipotesi da quello stesso articolo e da altre disposizioni disciplinate, che consentono l'acquisizione in proprietà ad altri (proprietario dell'immobile o ricercatore), sono ipotesi effettivamente eccezionali nel senso giuridico proprio del termine (*quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem...*). Ciò non può non persuadere della bontà dell'affermazione secondo la quale non possono porsi sullo stesso piano la proprietà statale e la proprietà privata dei beni rinvenuti, sia perché alla norma generale si oppone la norma eccezionale, sia perché lo strumento normativo è predisposto in modo da non consentire né una parità né una prevalenza quantitativa di titoli di proprietà privata rispetto a quelli di proprietà statale; *in altri termini, i casi di proprietà privata dei beni di interesse archeologico si riferiscono a situazioni giuridiche residuali, eccezionali, minime e tutte a titolo derivativo a seguito della attribuzione del premio da parte del proprietario-Stato, come si era rilevato nel ricorso e come la Cassazione ha riconosciuto.*

Non è perciò ragionevole porre sullo stesso piano la proprietà privata e la proprietà statale, per affermare che non si potrebbe ritenere che la proprietà e la legittimità del possesso da parte dei privati delle cose di cui all'art. 1 della legge n. 1089/1939 costituiscano una mera eccezione alla regola della proprietà pubblica delle cose suddette. A prescindere dalla erroneità dell'affermazione generica contenuta nella suddetta frase, che si leggeva nella sentenza di merito impugnata in Cassazione, in quanto diversa è la disciplina delle cose di interesse archeologico rispetto alle altre indicate nel citato articolo, tale espressione non coglie il punto fondamentale del problema ben messo in risalto invece dalla Corte Suprema, laddove introduce i concetti di normalità e di anormalità del sistema che sono alla base della distinzione fra regola ed eccezione.

Nel ricorso al giudice di legittimità si era posto in rilievo che insistere sull'onere dell'Amministrazione di fornire la prova del suo diritto di proprietà in quanto trattavasi di azione petitoria, significava in sostanza pretendere *contra legem* una dimostrazione del titolo di proprietà statale che, in virtù della legge del 1939 e del lungo tempo decorso dall'entrata in vigore del nuovo regime dei beni archeologici, avrebbe potuto considerarsi in *re ipsa* e nel pretendere perciò erroneamente una prova quasi impossibile del titolo, dando per contro valore a labili elementi probatori della proprietà privata. La Cassazione, accogliendo

da parte dei privati, la presunzione varrebbe solo per i reperti rinvenuti dopo il 1909, perché solo con la legge n. 364 è stato affermato per la prima volta il principio dell'appartenenza ab origine allo Stato dei beni stessi.

Pertanto l'amministrazione, che agiva per la rivendica dei reperti archeologici posseduti dai convenuti, aveva l'onere di provare innanzi tutto che gli oggetti erano stati scoperti in territorio italiano dopo il 1909. Tale prova, salvo che per due reperti che i c.t.u. avevano accertato essere stati scoperti in Italia in epoca recente, non sarebbe stata raggiunta, perché le circostanze dalle quali l'amministrazione pretendeva di dedurre presunzioni favorevoli alla sua tesi in realtà non erano utilizzabili. In particolare, la circostanza che i beni siano stati acquistati nel periodo che va dal 1930 al 1960, non potrebbe far presumere che siano

---

questi rilievi, ha annullato la decisione impugnata, ritenendo che la prova della proprietà statale fosse nella qualificazione delle cose, per legge di proprietà dello Stato e statuendo il principio di diritto secondo cui nell'azione di rivendica di beni archeologici promossa dall'amministrazione statale, il ritrovamento o la scoperta dei beni stessi in data anteriore all'entrata in vigore della legge 20 giugno 1909, n. 364, non è fatto costitutivo negativo del diritto azionato, ma fatto impeditivo che deve essere provato da chi l'eccepisce.

3. Ciò posto, appare evidente che il carattere di novità della decisione che si annota, non è soltanto nella constatazione che la «regola» della proprietà pubblica delle cose di interesse archeologico ha sostituito, dal 1909, quella della proprietà privata, ma nelle coerenti conseguenze che ne trae in ordine all'applicazione dell'art. 2697 c.c. ed all'individuazione del sistema di collegamento fra l'aspetto sostanziale e quello processuale, entrambi inclusi nel detto articolo, del quale fornisce un'apprezzabilissima chiave dinamica di interpretazione.

3.1. Per quanto concerne il primo punto infatti non consta che la dottrina e la giurisprudenza abbiano finora affrontato il problema sotto questo aspetto (v. peraltro i significativi studi di E. Vitaliani, *La giurisdizione nelle controversie inerenti al premio corrisposto in occasione di ritrovamenti di cose artistiche, storiche, archeologiche*, in questa *Rassegna*, 1977, I, 408 e di U. Gargiulo, *Se spetta il premio allo scopritore nel caso di omessa denuncia delle cose storiche o artistiche ritrovate, ivi*, 1977, I, 420, ove correttamente si rileva, con una serie di argomentazioni, che il premio spetta non *iure inventionis*, ma *ex lege*), nonostante la dovizia di studi e, rispettivamente, di casistica e purtuttavia si deve riconoscere che il terreno era preparato alla soluzione cui i Giudici di legittimità sono ora pervenuti. Dall'incisivo ed ovvio rilievo che il sistema di legge costituisce in favore dello Stato una riserva assoluta di appropriazione delle cose di interesse archeologico e riconduce sotto la sua potestà la ricerca archeologica (Alibrandi-Ferri, *I Beni Culturali e Ambientali*, 1985, p. 577), al «dominio eminente» statale sul sottosuolo archeologico (v. Grisolia, *La tutela delle cose d'arte*, 1952) alla varietà e rilevanza delle opinioni in ordine alla natura giuridica dei beni culturali che, pur non incidendo direttamente sul problema della titolarità dei beni (v. Alibrandi v. *Beni Culturali I*, in Enciclopedia del diritto Treccani, punto 4), ne hanno esaltato l'importanza nell'ordinamento, all'indirizzo della giurisprudenza penale che ritiene illecito il possesso di oggetti archeologici da parte di privati (talvolta con il correttivo di altri indizi: ad esempio, fra le sentenze citate in quella che si annota, v. Cass. III pen. 4 febbraio 1993 Gentili in *Il Foro It.*, 1993, II, p. 631 che, pur richiedendo altri dati

stati scoperti dopo il 1909. Altrettanto priva di significato univoco è la circostanza che gli eredi,a distanza di molti anni dall'acquisto da parte del de cuius, non abbiano la documentazione della provenienza dei beni, non potendo escludersi che, al momento dell'acquisto, i documenti fossero stati acquisiti e che successivamente fossero stati smarriti. Né comunque la mancanza di tale documentazione poteva dimostrare che la scoperta era successiva al 1909.

Avverso la sentenza ora riassunta ha proposto ricorso per cassazione l'Amministrazione sulla base di due motivi. Resistono con separati controricorsi, da una parte Felice Torno, che ha anche presentato memoria, e dall'altra Elena, Paola e Luisa Torno.

Motivi della decisione. Con il primo mezzo l'Amministrazione deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 44 della legge 1° giugno 1939

---

indiziarii, ritiene purtuttavia sospetto il possesso di reperti archeologici), si poteva già desumere quanto fosse conseguenziale superare la soglia della normalità nel riferimento al titolo privatistico della proprietà.

Solo una visione eccessivamente analitica dell'insieme di leggi in materia ha in realtà finora consentito di fermarsi a constatazioni, di per sé non decisive, quale quella secondo cui la legge 1° giugno 1939 n. 1089 prevede ed ammette la proprietà privata sulle cose d'antichità e d'arte di cui all'art. 1 e ne regola la disponibilità, la espropriazione e il rilascio in favore del proprietario e dello scopritore (Cass. 2 marzo 1972 in *Giust. Pen.* 1975, II, p. 322) o l'altra, secondo la quale gli artt. 4 e 5 della legge 2 agosto 1982 n. 512, nel disciplinare l'applicazione della imposta di successione e della imposta di registro sui beni culturali, assumendo come presupposto che tutti questi beni, comprese le opere d'arte e i reperti archeologici, possano essere trasferiti da privato a privato per atto tra vivi o *mortis causa,* riconoscono la proprietà privata dei beni stessi.

Tanto meno appare decisivo il riferimento all'art. 839 c.c. o rimarcare, come talune meno recenti decisioni avevano fatto, il carattere innovativo delle leggi del 1909 e del 1939 per escluderne una applicazione c.d. retroattiva.

Tutte queste disposizioni normative infatti non consentono altra affermazione, esatta e non contestabile, che la proprietà privata di cose di interesse archeologico è prevista dall'ordinamento e la Cassazione lo ricorda espressamente nella sua sentenza. Il punto è quello, diverso e determinante, di individuare la regola nella proprietà statale e l'eccezione in quella privata, dando il giusto valore all'assorbente affermazione di principio contenuta nella legislazione del 1909 e del 1939 che ha ribaltato il sistema. Il nuovo rapporto che così si instaura fra i due titoli di proprietà (pubblica e privata) non è resistito dall'art. 839 c.c. che stabilisce che le cose di proprietà privata che presentano interesse archeologico sono sottoposte alle disposizioni delle leggi speciali, perché è evidente che la norma prende in considerazione una fattispecie che è a valle del problema principale e disciplina proprio quelle situazioni residuali cui si è sopra accennato.

3.2. In base alla constatazione sostanziale che l'evoluzione storico-legislativa aveva, rivoluzionando il sistema, adottato strumenti più efficienti per garantire la migliore tutela del patrimonio archeologico nazionale in armonia con la più elevata attenzione sociale alla conservazione delle vestigia delle passate civiltà, la Suprema Corte ha poi stabilito degli importanti principi in ordine al problema dell'onere della prova, non limitandosi agli aspetti meramente processuali.

n. 1089. Secondo la ricorrente i casi di proprietà privata di beni di interesse archeologico (soggetti ad una disciplina diversa dagli altri indicati nell'art. 1 della legge citata) sono residuali, eccezionali e di minima portata e riguardano tutti acquisti a titolo derivativo dallo Stato, che è invece proprietario a titolo originario dei beni stessi. La Corte milanese avrebbe quindi errato nell'affermare l'opposto principio secondo il quale proprietà privata e proprietà statale starebbero sullo stesso piano. Tra l'altro, quando la notizia dell'esistenza dei beni di interesse archeologico risale a molti anni dopo l'entrata in vigore del principio della proprietà statale a titolo originario dei beni archeologici, non sarebbe neppure logico pretendere dall'amministrazione la prova quasi impossibile del titolo della proprietà che deve ritenersi in *re ipsa*, e cioè derivante dalla natura stessa del bene.

È infatti pacifico che la disposizione dell'art. 2697 c.c. è lo strumento per imporre al giudice comunque una decisione e nel contempo per condizionare quest'ultima (actore non probante reus absolvitur), ma queste considerazioni meramente processuali non avrebbero consentito di risolvere il problema e tanto meno lo stesso avrebbe trovato il suo naturale sbocco se il Giudice di legittimità si fosse fermato, come quelli di merito, al dato formale e statico che l'attore deve fornire la prova del suo diritto.

Nella sentenza che si annota invece si va oltre, perché da un lato si afferma — lo si deduce dall'insieme della motivazione — che il fatto costitutivo del diritto dell'attore deve essere individuato nel momento storico, alla luce del sistema di leggi vigenti. Quindi in modo dinamico e non statico sicché, se prima del 1909 era necessario dimostrare il titolo concreto della proprietà, dopo quell'anno e a maggior ragione dopo il 1939, il titolo di proprietà *è la legge non, si badi bene, deriva dalla legge*: un riferimento all'istituto della presunzione sarebbe altrettanto erroneo quanto ritenere che il lido del mare, le spiagge ecc. si presumono demaniali in virtù dell'art. 822 c.c. In entrambe le ipotesi — beni demaniali e cose di interesse archeologico — la disposizione legislativa non è la base sulla quale si fonda il titolo di proprietà, ma è il titolo di proprietà. Basta che consti la loro natura, con la inevitabile conseguenza che il diritto del proprietario può essere contrastato soltanto in sede di eccezione del convenuto con la prova di un concreto fatto impeditivo.

La Cassazione collega poi la norma sull'onere della prova non a criteri di astratta razionalità, come tali immutabili , ma a criteri di opportunità o, come più esattamente afferma poche righe dopo la stessa sentenza, di giustizia distributiva. Significativo è il brano nel quale la sentenza afferma che se l'obiettiva difficoltà di provare un fatto non giustifica un autonomo potere del giudice di distribuire l'onere della prova, e quindi di determinare la regola di giudizio per la soluzione del caso incerto in modo diverso da quello che risulta dalla legge, tale difficoltà, invece, è idonea a dare fondamento razionale alla scelta dallo stesso legislatore.

Quest'affermazione, che segue la considerazione secondo la quale il legislatore del 1939 ha fondatamente ritenuto che sia entrata nel patrimonio delle comuni conoscenze la «regola» della proprietà statale a titolo originario per cui è verosimile pensare (con ovvio riferimento alla ratio legis e quindi alla sua corretta interpretazione) che è più facile per il privato provare la legittimità del possesso del singolo bene da lui posseduto, che per lo Stato provare, rispetto a un numero considerevole di beni, che il ritrovamento o la

Con il secondo mezzo si deduce omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione. La ricorrente censura l'insufficienza della motivazione nella parte in cui esclude che l'epoca degli acquisti (dal 1930 al 1960) sia idonea a far presumere la scoperta successiva al 1909. Altrettanto doveva dirsi della mancanza dei titoli della proprietà da parte degli eredi, che non era affatto normale per l'importanza della collezione. Irrilevante sarebbe, infine, l'affermazione che gran parte della collezione era già nota alla fine del 1800, perché era comunque necessaria la prova che i singoli beni che componevano la collezione erano stati scoperti prima del 1909 o erano stati legittimamente acquistati.

Il ricorso è fondato.

La questione principale posta con il primo motivo è quella della distribuzione dell'onere della prova nell'azione di rivendica di cose di interesse archeologico promossa dall'Amministrazione statale nei confronti dei privati possessori.

---

scoperta sono posteriori al 1909, collega gli aspetti processuali con quelli sostanziali della disciplina dell'onere della prova: non si tratta di presunzione, né di inversione dell'onere probatorio, ma di una corretta lettura dell'art. 2697 c.c. interpretato alla luce delle modificazioni della legislazione sostanziale dalle quali non può essere svincolato.

Sembra perciò riduttivo riportare il problema su un piano meramente probatorio come fa il Benini (v. in *Il Foro It.* 1995, I, c. 2786 del quale però, v. utili spunti in tema di possibilità di autotutela).

PAOLO DI TARSIA DI BELMONTE

(2) Proprietà statale di beni archeologici, azione di rivendica ed onere della prova.

La questione centrale affrontata dalla sentenza in rassegna, concernente il delicato tema della proprietà dei beni archeologici, non era stata mai risolta dalla giurisprudenza civile nel senso di affermare la normalità del dominio dello Stato e l'eccezionalità di quello privato, ponendo a carico del singolo l'onere di provare la legittimità del suo possesso.

Ben vero, se si guarda al campo penale, dove la problematica aveva avuto modo di interessare la Suprema Corte a cagione della dinamica applicativa dell'art. 67 Lg. n. 1089/1939, si può agevolmente constatare come la pronuncia in esame si collochi, seppure con varianti, nell'alveo già tracciato da un indirizzo giurisprudenziale che, sebbene contrastato, appare oggi in via di consolidamento (anche grazie all'apporto di una parte). *Sulla inammissibilità della presunzione di provenienza delittuosa delle cose d'antichità e d'arte,* nota critica a Cass. Pen., 29 ottobre 1973, n. 2886, in *Riv. Pol.*, 1976, 557 e ss.).

1) I giudici di merito avevano respinto l'azione di rivendica di alcuni reperti archeologici rinvenuti in abitazioni private, proposta dal Ministero dei Beni Culturali, che non avrebbe assolto all'onere di provare l'illegittimità del possesso di tali beni da parte dei privati: poiché è stata la legge n. 364 del 1909 a fissare per la prima volta il principio della proprietà pubblica di tali beni, incomberebbe sull'Amministrazione la prova del rinvenimento dei beni nel territorio nazionale dopo il 1909. La Suprema Corte, con la pregevole sentenza che si commenta, accoglie l'impugnazione, negando a tale circostanza valore di presupposto costitutivo del diritto dello Stato.

La regola posta dall'art. 2697 c.c. è che, chi vuol far valere un diritto deve provare i fatti che ne costituiscono fondamento. Poiché l'individuazione dei fatti posti a fondamento del diritto azionato, ovvero l'individuazione dei presupposti di fatto, positivi o negativi, della nascita del diritto è operata dalla norma, ad essa deve ovviamente farsi riferimento, tenendo presente che, ai fini della distribuzione dell'onere della prova, il legislatore opera una semplificazione della fattispecie, dettata da criteri di opportunità, perché la scelta fra qualificare un fatto come presupposto necessario per la produzione dell'effetto, e quindi costitutivo, o ritenere la sua mancanza come elemento che impedisce la produzione dell'effetto, e cioè come fatto impeditivo, non risponde a criteri di astratta razionalità.

Ora, la proprietà statale dei beni archeologici è oggetto di una pluralità di disposizioni contenute nel codice civile e nella legge speciale

---

2) Il principio di appartenenza allo Stato delle cose d'antichità e d'arte è stato affermato solo dalla legge 20 giugno 1909, n. 364, anche se è stata poi la legge n. 1089 del 1939 a sancire in modo inequivocabile la regola che le cose *comunque rinvenute* appartengono allo Stato (tra le prime pronunce si segnalano: Cass., sez. un., 31 marzo 1942, n. 886 e Cass., sez. un., 24 maggio 1943, n. 1251, in *Giur. It.*, 1943, I, 384; sulla controversa ammissibilità dell'usucapione, si rinvia a CASSESE, *I beni pubblici*, Milano, 1969 85 e ss.). E tutto ciò in un contesto nel quale il mantenimento in vita dei valori artistici e storici è visto non come fine, ma come strumento per l'elevazione della cultura e l'affinamento delle attività dello spirito, la realizzazione dei quali è stata avvertita come un'esigenza indefettibile dallo stesso Costituente, che a tal fine introdusse la disposizione dell'art. 9 Cost. (che solennemente proclama la tutela del patrimonio storico ed artistico della Nazione) tra i « principi fondamentali » (sull'intera problematica si rinvia alla chiara e completa ricostruzione contenuta in ALIBRANDI-FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milano 1996).

Tuttavia, se le direttrici fondamentali di tutela del patrimonio artistico, storico ed archeologico sono indicate dalla Costituzione, ad esse fornisce risposta il sistema di diritto positivo costituito dalle norme del codice penale che sanzionano i reati contro il patrimonio; dall'art. 733 c.p. contenente una contravvenzione specifica che sanziona ogni ipotesi di danneggiamento contro cose d'arte; dalla legge 20 novembre 1971, n. 1062, sulla contraffazione o alterazione di opere d'arte; e, infine, dalla legge n. 1089 del 1939 che, costituendo un po' il « manifesto » della tutela dei c.d. beni culturali, finisce per generare un sistema di protezione chiuso e, per certi versi, autonomo.

La « funzione culturale » prevista dall'art. 9 Cost. viene vista come una specificazione e connotazione della « funzione sociale » che consente di regolare i modi di godimento e i vincoli della proprietà privata ex art. 42 co. II Cost., che consente dunque al legislatore di predisporre un regime vincolistico di tutela dei beni del patrimonio archeologico, storico ed artistico, al di là delle singole situazioni di appartenenza (BELLACOSA, voce *Patrimonio archeologico, storico ed artistico nazionale (tutela penale del)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, 1990). Ciò che ne deriva è comunque un sistema normativo articolato, nel quale la preoccupazione fondamentale appare quella di dar luogo ad una disciplina che si ponga il più possibile come il frutto di una mediazione tra le esigenze di un'integrale tutela pubblicistica delle cose d'arte e quelle di garanzia delle

1° giugno 1939, n. 1089. Innanzitutto, l'art. 826, 2° comma, c.c. dispone che: « Fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato... le cose d'interesse storico, archeologico, paletnologico, paleontologico e artistico, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo... ». Coerentemente l'art. 840 limita l'estensione della proprietà del suolo al sottosuolo, mediante il rinvio alla legge speciale sulle antichità e belle arti. Analogo limite e rinvio è effettuato dall'art. 932 per quanto riguarda l'applicazione della disciplina del tesoro al ritrovamento degli oggetti di interesse storico, archeologico, paletnologico, paleontologico ed artistico.

La legge speciale sulla tutela delle cose d'interesse artistico e storico, al capo V, che detta la disciplina dei ritrovamenti e delle scoperte, dispone che i reperti archeologici (o, in genere, le altre cose di cui all'art. 1 della stessa legge) ritrovati a seguito di ricerche effettuate dallo Stato, da concessionari o dai proprietari del suolo, debitamente

---

posizioni individuali (PIVA, voce *Cose d'arte,* in *Enc. diritto,* Milano, XI, 1962, 93 e ss.).

Particolare rilievo assume, in questo contesto, il citato art. 67 « *chiunque si impossessa di cose di antichità e d'arte, rinvenute fortuitamente, ovvero in seguito a ricerche o ad opere in genere, è punito ai sensi dell'art. 624 del codice penale* » (ai sensi dell'art. 625 c.p., invece, quando il reato sia commesso da coloro ai quali viene fatta la concessione o data l'autorizzazione di cui agli artt. 45 e 47). La norma ha offerto alla Cassazione Penale l'occasione di teorizzare la presunzione di legittimità del possesso privato delle cose d'arte, modellando il reato quale illecito sussistente in virtù del semplice possesso delle cose d'arte, fatta eccezione per il caso in cui il detentore degli oggetti d'interesse storico ed artistico ne giustifichi vailidamente il possesso attraverso l'esibizione del verbale di ripartizione, con il quale lo Stato cede in proprietà la cosa al privato ritrovatore, come quota premio. E questo essenzialmente perché la legge del '39 (artt. 44, 46, 47 e 49) attribuisce allo Stato italiano la proprietà delle cose ritrovate, anche quando il ritrovamento avvenga ad opera di enti o privati nel corso di scavi autorizzati, o fortuitamente, tranne per quella parte di esse che ritiene di rilasciare, in sostituzione dell'indennizzo in danaro, in proprietà, come quota-premio (quota che non può mai superare il quarto o la metà delle cose ritrovate, a seconda dei casi specificamente previsti dalla legge) ai ritrovatori.

Come si vede, il legislatore ha ritenuto opportuno affiancare alla disciplina generale dettata dal codice in tema di furto, e applicabile come tale anche alle cose d'arte, un'ipotesi particolare e, in un certo senso atipica, di impossessamento penalmente sanzionato; ed è proprio in virtù di questa atipicità che la giurisprudenza prevalente ritiene che l'art. 624 c.p. sia richiamato dall'art. 67 solo ai fini dell'applicazione della pena, dato che « tra furto comune e impossessamento di cose d'antichità e d'arte esistono notevoli differenze strutturali » (BELLACOSA, voce. cit., 4). È stato notato, infatti, che l'ipotesi prevista dall'art. 67 ha in comune con il furto esclusivamente l'elemento dell'impossessamento, e non anche quello della sottrazione al detentore, trattandosi in ogni caso di cose che non sono detenute da alcuno, prima del loro ritrovamento e passano *ipso iure* nel patrimonio indisponibile dello Stato (tanto che si è parlato di una sorta di dominio eminente), dopo che siano state comunque ritrovate nel sottosuolo.

autorizzati, ovvero fortuitamente scoperti, appartengono allo Stato (artt. 44. 1° comma; 47, 3° comma e 49, 1° comma).

Dalle richiamate disposizioni risulta, dunque, che le cose d'interesse archeologico appartengono a titolo originario allo Stato. In verità le disposizioni indicano l'oggetto della proprietà statale nelle cose di interesse archeologico ritrovate (a seguito di ricerche) o scoperte (fortuitamente), ma la specificazione appare pleonastica perché le cose di interesse archeologico si definiscono come cose appartenenti al passato e provenienti dal sottosuolo, e pertanto, a differenza degli altri beni di cui all'art. 1 della legge n. 1089, sono necessariamente oggetto di ritrovamento o di scoperta.

L'elemento dell'altruità della cosa deve essere visto, dunque in un'ottica parzialmente diversa e ad esso aggiungersi un elemento nuovo, e desumibile dalla stessa formula legislativa: si tratta del valore storico, artistico ed archeologico dei beni oggetto dell'impossessamento, valore che finisce per connotare la stessa previsione normativa e sul quale il giudice non potrebbe pronunciarsi senza invadere una sfera tradizionalmente riservata alla Pubblica Amministrazione. La conseguenza è che « la fattispecie penale deve operare su un'avvenuta saldatura tra la disciplina amministrativa e quella civile, per sanzionare la violazione del diritto dello Stato sulla cosa » (PIOLETTI, voce *Patrimonio artistico e storico nazionale* (*reati contro il*), in *Enc. diritto*, Milano, 1985, 386).

Per quanto riguarda, poi, l'ambito di applicazione dell'articolo in questione è stata proposta una lettura più ampia da parte di chi ha ritenuto opportuno interpretare l'espressione legislativa « chiunque si impossessi di cose... rinvenute » non nel senso per cui gli oggetti in questione debbano necessariamente essere rinvenuti da parte di chi li possiede, ma nel senso che il participio « rinvenute » sia semplicemente attributivo di una condizione nella quale le cose stesse devono trovarsi. Secondo questa interpretazione, pertanto, il reato può essere commesso anche su cose rinvenute da altri. L'interpretazione estensiva dell'art. 67, tuttavia, non è stata condivisa da quella parte della giurisprudenza che, dal carattere delittuoso del reato in esame ha fatto discendere una conseguenza di rilievo: commette il reato di ricettazione, ed è punibile a norma dell'art. 648 c.p., colui che, fuori del concorso nel reato di impossessamento, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto, acquista, riceve, occulta le cose suddette, oppure si intromette per farle acquistare (vedi in questo senso: *Cass. pen. 29 ottobre 1973, Fedele*, in *Foro It.*, 1974, II, 396; *Cass. pen. 5 ottobre 1984, Ponti*, in *Cass. pen.*, 1986, 488; *Cass. pen. 4 febbraio 1993, Gentili*, in *Giur. It.*, 1994, II, 773). Più precisamente, fuori dai casi in cui la cosa d'interesse artistico sia stata rinvenuta, fortuitamente o a seguito di ricerche, da chi ne è diventato poi il possessore, è preferibile parlare di ricettazione piuttosto che di furto; e, a ben guardare, questa interpretazione sembra adattarsi meglio al caso di cui sopra.

In ogni caso, su un punto in particolare la giurisprudenza della Corte di Cassazione è pressoché unanime, nel riconoscere cioè che il possesso da parte del privato di oggetti di interesse storico, artistico archeologico si deve ritenere illegittimo, a meno che il detentore non dimostri di averlo legittimamente acquisito. Il ragionamento seguito dalla giurisprudenza muove dalla premessa, ricavata dall'analisi della normativa vigente in materia, che la proprietà delle cose di interesse storico, artistico archeologico spetti allo Stato. Da ciò l'inferenza che il privato, possedendo tali beni, possegga beni altrui. Dunque, per acquisire la signoria di fatto su di essi ha commesso reato; in mancanza della

Unici presupposti che le norme individuate richiedono per la nascita della proprietà statale sono, pertanto, che il bene abbia natura archeologica e che sia conosciuto (mentre riguardo al sottosuolo archeologico incognito si potrebbe parlare di una sorte di dominio eminente: Cass. sez. III penale, 4 febbraio 1993, Gentili). In tal senso è chiarissima la lettera delle disposizioni che utilizzano, infatti, espressioni perentorie (art. 826, 2° comma c.c.: « Fanno parte del patrimonio indisponibile ... le cose d'interesse ... archeologico »; artt. 44, 46 e 47 della legge del '39: « Le cose ritrovate appartengono allo Stato »; art. 49 della stessa legge: « Le cose scoperte fortuitamente appartengono allo Stato »). Nessuna distinzione le norme prevedono fra ritrovamento e scoperta anteriori al 1909 o successivi a tale data e cioè all'entrata in vigore della legge 20

---

prova di uno specifico più grave reato, si profila la punibilità ex art. 67 cit. (*Cass. pen. 29 ottobre 1973, Fedele*, in *Foro It.*, 1974, II, 396; *Cass. pen. 8 gennaio 1980, Schiavo*, in *Giur. It.*, 1981, II, 12; *Cass. pen. 17 dicembre 1982, Waldner*, in *Cass. pen.*, 1984, 1785; *Cass. pen. 13 dicembre 1983, Di Ruvo*, in *Cass. pen.*, 1985, 459; *Cass. pen. 5 ottobre 1984, Ponti*, in *Cass. pen.*, 1986, 488). Al privato è consentito di spezzare questa catena inferenziale, dimostrando di aver legittimamente acquisto il possesso dei beni (ad es. rinvenendoli fortuitamente prima del 1909: in tal caso la proprietà sarebbe del privato) o di essersene impossessato in modo illegittimo, ma non criminoso (ad es., rinvenendoli nel periodo che va dal 1909 al 1939).

3) Non sono mancate riserve nei confronti di codesta impostazione, contestandosi da più parti il principio della presunzione di possesso illegittimo.

Le critiche traggono tutte ispirazione dai principi generali del diritto penale.

In primo luogo, infatti, si è constatato che l'enunciato della presunzione di possesso illegittimo non sembra considerare, in maniera adeguata, l'elemento psicologico del reato e, di conseguenza, le indicazioni delle più moderne impostazioni dottrinali, per le quali l'illecito è « illecito personale » (MAZZA, *Sulla inammissibilità della presunzione di provenienza delittuosa delle cose d'antichità e d'arte*, nota critica a Cass. pen., 29 ottobre 1973, n. 2886, op. cit., 557): più precisamente, per realizzarsi la fattispecie criminosa, il possesso di oggetti di interesse artistico, storico o archeologico (rinvenuti dopo il 1939) dovrebbe essere integrato dall'elemento del dolo, e, poiché il dolo deve investire tutti gli elementi qualificanti il fatto, è necessario che il soggetto agisca non solo con la volontà di impossessarsi della cosa, ma anche con la consapevolezza del valore culturale di essa. « Orbene — scrive un'altra voce critica — proprio la presenza dell'elemento normativo, costituito dalla culturalità del bene, fra le componenti dell'illecito in esame chiama il giudice ad una delicata indagine sull'esistenza del dolo e quindi del reato, indagine che non può essere surrogata da presunzione di sorta. Infatti il giudice, in conformità ai principi che regolano il nostro diritto penale, dovrà di volta in volta accertare se l'agente, in base alla sua cultura, intelligenza e capacità era in grado di conoscere il particolare valore del bene rinvenuto » (FALCONE, *In tema di presunzione di possesso illegittimo di cose d'antichità e d'arte*, in *Riv. Pen.*, 1986, 67). Per quanto riguarda poi il secondo aspetto, si afferma in dottrina che l'imputato non può essere condannato per il semplice fatto di non aver fornito al giudice la prova della propria innocenza in ordine ad una situazione illecita soltanto presunta, e che è il P.M., titolare dell'azione penale, che ha l'onere di provare la colpevolezza

giugno 1909, n. 364, che, disciplinando specificamente all'art. 15 i reperti archeologici, ha per la prima volta introdotto (con formula perentoria del tutto analoga a quelle già viste « Le cose scoperte appartengono allo Stato ») la regola della proprietà a titolo originario dello Stato sulle cose d'interesse archeologico. Una distinzione, infatti, avrebbe avuto senso all'atto di dettare la nuova disciplina, per ribadire (ovvero per limitare in tutto o in parte), con una norma transitoria, il principio generale della (tendenziale, in materia extrapenale) irretroattività delle norme nuove. Poiché il codice e la legge speciale hanno, invece, confermato una regola già esistente nell'ordinamento, è del tutto corretto e logico

---

dell'imputato al fine di ottenere la sentenza di condanna di questa. L'opposto orientamento conduce a configurare la fattispecie secondo lo schema del reato di mero sospetto, con tutte le conseguenti obiezioni che tale figura suscita (la denominazione di reato di mero sospetto si deve, come è noto, al MANZINI, *Tratt. dir. pen.*, vol. I, Torino, 1961-1964, 649; il BELLAVISTA, parlò invece di reati di posizione, in *I reati senza azione*, Napoli, 1939). Ciò anche in considerazione dei dubbi di legittimità costituzionale che hanno investito le due ipotesi caratteristiche contemplate negli artt. 707 e 708 c.p. Si tratta di fattispecie che svolgono una funzione repressiva sussidiaria, incriminando certi comportamenti, che, quando siano posti in essere da certi soggetti, verosimilmente preludono (o fanno seguito) alla commissione di un delitto. Ciò che è apparso iniquo è l'intento legislativo — per dirla col BRICOLA — di « arrestarsi al sospetto, e, quindi, di condananre per fatti che non sono idonei ad offendere (...) alcun interesse ». La dottrina prevalente ha tuttavia difeso la legittimità costituzionale di tali fattispecie, che sul piano del principio di materialità non porrebbero problemi, poiché nelle ipotesi in esame una condotta comunque sussiste, ed è rinvenuta nel possedere con coscienza e volontà o comunque nel venire in possesso delle cose (è questa la posizione di ANTOLISEI, in *Manuale Dir. Penale*, p. g., 185). E il legislatore ha in importanti occasioni fatto ricorso alla figura del reato di mero sospetto, proprio in funzione di repressione sussidiaria. Va al riguardo ricordato l'art. 12-*quinquies* del decreto legge « antimafia » 8 giugno 1992, n. 306 (convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 1992 n. 356), che puniva la disponibilità di beni di valore sproporzionato al reddito o all'attività economica da parte di coloro nei cui confronti pendesse procedimento penale per determinati reati (tra cui quelli di criminalità organizzata), ove costoro non giustificassero la legittima provenienza dei beni stessi. La Corte Costituzionale, dopo aver riconosciuto la legittimità delle norme codicistiche degli artt. 707 e 708 (sentt. n. 14 del 1971 e, quella più recente, n. 464 del 1992), ha invece affermato l'incostituzionalità (per contrasto con l'art. 27 secondo comma Cost.) della norma del secondo comma dell'art. 12-*quinquies* (C. Cost., sent, 17 febbraio 1994, n. 48 — *Pres.* Casavola, *Rel.* Vassalli, in *Corr. Giur.*, 1994, 446 e ss., con nota di CICALA; per completezza, si veda pure CICALA, *Presunzione di innocenza anche per le ricchezze?*, in *Corr. Giur.*, 1994, 5 e ss., dove si commenta l'art. 2 del d.l. 17 settembre 1993, n. 369, poi convertito, che introdusse una nuova ipotesi di possesso ingiustificato di valori in materia di reati contro la P.A., sotto l'impulso delle vicende giudiziarie di « Tangentopoli »).

Va infine ricordato che la categoria dei cosiddetti « reati di sospetto » è stata sottoposta nuovamente al vaglio di legittimità costituzionale, a seguito di recentissime ordinanze di remissione che hanno sollevato dubbi sulla costituzionalità degli artt. 707 e 708 cod. pen., che risulterebbero in contrasto con il prin-

che le disposizioni citate non abbiano previsto, come presupposto di fatto necessario per la nascita del diritto statale sui beni archeologici, che il ritrovamento o la scoperta siano successivi al 1909.

Il che, ovviamente, non significa che il ritrovamento o la scoperta prima di tale data siano giuridicamente irrilevanti, essendo anzi proprio questa una delle ipotesi di proprietà privata di beni archeologici ammessa anche nell'ordinamento vigente, ma porta, invece, ad affermare che una corretta interpretazione delle disposizioni vigenti, sulla base delle quali l'amministrazione ha agito per la rivendica dei beni di cui si tratta, esclude che il legislatore abbia voluto qualificare questa circostanza (e cioè la scoperta o il ritrovamento anteriori al 1909) come fatto

---

cipio di necessaria lesività del reato e cioè del *nullum crimen sine iniuria*. La Corte Costituzionale, con una innovativa e coraggiosa sentenza (Pres. Ferri - Rel Guizzi, in data 17 ottobre - 2 novembre 1996, n. 370, in Gaz. Uff., 1ª Serie Speciale - n. 45 del 6 novembre 1996), ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 707 del cod. pen., e, dopo una puntuale ricostruzione storica della contravvenzione del possesso ingiustificato di valori, ha finalmente sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 708 del cod. pen., perché viola gli artt. 3 e 25 della Costituzione.

4) In conclusione, la Cassazione civile, affermando il principio di diritto espresso nella sentenza sopra riportata, non sembra aver fatto altro che recepire l'orientamento, non pacifico ma prevalente, della giurisprudenza penale, accogliendo nella sostanza la tesi che spetta al privato dare dimostrazione del suo buon titolo e fornendogli migliore giustificazione tecnico-sistematica alla stregua dei principi civilistici in ordine all'onere della prova.

Si è così precisato: a) che secondo le leggi in materia, i presupposti costitutivi dell'acquisto a titolo originario, da parte dello Stato, della proprietà sui beni archeologici sono dati dalla natura peculiare del bene (appunto archeologica) e dalla sua qualità di essere « conosciuto » (venuto alla luce, potrebbe dirsi); b) che dall'analisi della normativa vigente non risulta che la circostanza del ritrovamento posteriore al 1909 sia considerata ulteriore presupposto fattuale necessario dell'acquisto statale; c) che tuttavia la circostanza del ritrovamento anteriore al 1909 non è irrilevante, atteso che le norme attributive della proprietà sui beni *de quibus* allo Stato sono sempre soggette, in mancanza di deroga espressa, al principio di irretroattività sancito dall'art. 11 disp. prel. c.c.; d) che detta circostanza va qualificata come elemento impeditivo del perfezionarsi dell'acquisto in capo allo Stato; e) che, pertanto, spetta al privato provarla, non allo Stato provare la circostanza contrapposta (ritrovamento posteriore), e ciò non in virtù di una presunzione fondata sull'*id quod plerumque accidit* che determina il rovesciamento dell'onere probatorio, ma semplicemente per causa della normale applicazione dell'art. 2697 citato.

Sembra peraltro che, se in materia civile ed ai fini dell'azione di rivendica l'affermazione per cui fa carico al privato provare la legittimità del possesso del singolo bene da lui detenuto risulta pienamente sostenibile, in materia penale la stessa affermazione, producendo in concreto l'effetto di esentare l'Accusa dal provare un fatto che è presupposto dell'incriminazione (l'impossessamento ingiustificato), possa condurre in alcune ipotesi a condanne aberranti, come mostra d'intendere quella giurisprudenza che sottolinea « l'estrema difficoltà » della prova della legittimità del possesso « sia perché non sempre l'Amministrazione osserva la complessa procedura per l'assegnazione della quota al proprietario dell'im-

costitutivo (negativo) del diritto. Ne deriva che la scoperta o il ritrovamento anteriori al 1909 devono essere qualificati, per volontà del legislatore, non come fatti costitutivi, ma come circostanze che impediscono che si produca l'effetto dell'acquisto statale della proprietà dei reperti, cioè come fatti impeditivi.

D'altra parte, anche se si potesse superare il silenzio del legislatore, che pure si è visto avere una spiegazione del tutto plausibile e razionale, e si volesse ipotizzare un implicito rilievo della data del ritrovamento o della scoperta, si dovrebbe arrivare a ritenere che la disposizione dovrebbe essere letta nel senso che all'esplicita affermazione che « le cose ritrovate o scoperte appartengono allo Stato » dovrebbe seguire l'implicita e inespressa limitazione « salvo che le cose siano state scoperte o ritrovate prima dell'entrata in vigore della legge 20 giugno 1909, n. 364 ». Ma solo a leggere questa formulazione, che non potrebbe essere certo diversa da quella che il legislatore, se lo avesse voluto, avrebbe utilizzato realmente, si comprende che la scoperta anteriore al 1909 non può che avere natura di fatto impeditivo, la cui prova grava sul convenuto.

Deve peraltro osservarsi che la scelta del legislatore, fatta palese dalla lettera delle disposizioni, non è giustificata da mere ragioni di tecnica legislativa, quale l'inutilità di prevedere la distinzione tra ritrovamenti e scoperte anteriori o successive al 1909, nel momento in cui la disciplina previgente era confermata, ma risponde anche ad esigenze di natura sostanziale. Quando, infatti, il legislatore costruisce la fattispecie, ai fini della distribuzione dell'onere della prova, certamente non ignora, come già osservato, criteri di opportunità o per meglio dire di giustizia distributiva. Ora, a distanza di tempo dall'introduzione nell'ordinamento del principio della proprietà statale a titolo originario di tutti i reperti archeologici, la regola deve essere stata ritenuta dal legislatore del 1939 ormai entrata nel patrimonio di comuni conoscenze. È pertanto fondato ritenere che il legislatore abbia valutato

---

mobile, all'inventore fortuito e al ricercatore autorizzato, sicché l'assegnazione è spesso informale, sia perché è difficile provare la provenienza quando sia trascorso del tempo e più soggetti si siano succeduti nel godimento della cosa » (Cass. pen. 4 febbraio 1993, Gentili, in Giur. It., 1994, II, 773).

D'altro canto, occorre anche dire che, oltre alle ragioni di stretto diritto, anche altre motivazioni, per così dire di politica criminale giudiziaria, stanno alla base del rigoroso orientamento che prevale nella giurisprudenza penale: esso sembra ispirato, infatti, dall'intento (di per sé lodevole) di non lasciare praticamente impuniti molti fatti di impossessamento abusivo di materiale archeologico, attesa la frequenza con cui tali illeciti si ripetono nella realtà sociale (si pensi ai c.d. « tombaroli ») e la lacunosità della normativa vigente in materia di tutela del patrimonio storico ed artistico nazionale.

FEDERICO BASILICA

che il privato entra o è in possesso di un bene archeologico, secondo l'ordinaria diligenza, si premunisca delle prove necessarie a dimostrare, nei confronti di un'eventuale rivendica dell'amministrazione statale, la legittimità del possesso stesso. Ne deriva che, secondo criteri di normalità, è verosimile pensare che è più facile per il privato provare la legittimità del possesso del singolo bene da lui posseduto, che per lo Stato provare, rispetto ad un numero considerevole di beni, che il ritrovamento o la scoperta sono posteriori al 1909. Se, come è pacifico, l'obiettiva difficoltà di provare un fatto non giustifica un autonomo potere del giudice di distribuire l'onere della prova, e quindi di determinare la regola di giudizio per la soluzione del caso incerto, in modo diverso da quello che risulta dalla legge, tale difficoltà, invece, è idonea a dare fondamento razionale alla scelta operata dallo stesso legislatore.

Può aggiungersi che, come è noto, anche la giurisprudenza di questa Corte (v. da ultimo Cass. 4337/95) utilizza come strumento interpretativo il ricorso alla distinzione tra regola ed eccezione, normale e anormale, nel senso che, in mancanza di diversi elementi, può ritenersi che il legislatore abbia voluto addossare la prova del fatto eccezionale o anormale su chi da tale fatto intende trarre effetti favorevoli, sollevando la controparte dall'onere di provare l'insussistenza dell'eccezione o del fatto anormale.

Nel caso di cui si discute, a quasi un secolo dall'introduzione del principio della proprietà statale dei reperti archeologici, tale proprietà non solo costituisce certamente la regola, ma rappresenta anche un fatto normale. È ben vero, infatti, che anche nel vigente ordinamento esistono ipotesi di proprietà privata di beni archeologici con riferimento a cose ritrovate o scoperte dopo il 1909 ovvero cedute dallo Stato come indennizzo (art. 43), premio (artt. 44, 46, 47 e 49) o ad altro titolo (artt. 24 e 25 l. 1089/39), ma è indubbio che tali ipotesi rappresentano delle eccezioni rispetto al principio generale della proprietà statale e comunque rappresentano fatti residuali e anormali rispetto al fatto normale della proprietà statale. Salvo che per gli acquisti anteriori al 1909, inoltre, si tratta di acquisti a titolo derivativo, che presuppongono la proprietà statale a titolo originario.

A conferma delle conclusioni raggiunte sull'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie si può richiamare anche l'indirizzo largamente prevalente della giurisprudenza penale di questa Corte, secondo il quale deve presumersi illecito il possesso di oggetti archeologici da parte dei privati (Cass. 5 ottobre 1984, Ponti; 13 dicembre 1983, Di Ruvo; 17 dicembre 1982, Waldner; 8 gennaio 1980, Schiavo; 29 ottobre 1973, Fedele e con alcune limitazioni anche la citata Cass. 4 febbraio 1993, Gentili), ed è ovvio che dalla presunzione di illiceità deriva che sul privato incombe l'onere di provare la legittimità del suo possesso.

Nel caso concreto, peraltro, l'affermazione della sentenza impugnata secondo la quale spetterebbe all'Amministrazione statale provare che i beni rivendicati sono stati scoperti dopo il 1909, oltre che erronea per quanto fin qui osservato, in relazione all'interpretazione delle norme applicabili che configurano il ritrovamento o la scoperta anteriori al 1909 come fatti impeditivi, non è corretta neppure con riferimento ai criteri generali di applicazione dell'art. 2697 c.c.

Infatti, dalla lettura della decisione impugnata risulta che i convenuti non si sono limitati a contestare genericamente l'assunto dell'Amministrazione, né hanno affermato che i beni di cui si tratta erano stati scoperti prima del 1909, ma si sono limitati ad opporre che i beni erano pervenuti per successione, invocando un titolo derivativo di acquisto di cui dovevano provare la legittimità e la prevalenza sul titolo originario invocato dall'amministrazione attrice (Cass. 22565/82).

E seppure potesse ritenersi implicitamente sollevata dai convenuti la questione della scoperta o del ritrovamento anteriori al 1909, tale questione avrebbe formato oggetto di una vera e propria eccezione, la cui prova incombeva sui convenuti stessi, come ebbe ad affermare questa Corte, nell'analogo caso in cui, di fronte all'attore che pretendeva il rispetto della distanza legale prevista dall'art. 909 c.c. per l'apertura delle finestre, il convenuto aveva sostenuto che le finestre erano state aperte nel vigore del codice del 1865 che consentiva una minor distanza dal confine (Cass. 564/1963).

L'accoglimento del primo motivo comporta l'assorbimento del secondo che ha carattere subordinato.

La decisione impugnata deve, quindi, essere cassata con rinvio ad altra sezione della Corte d'appello di Milano, che provvederà anche sulle spese di questo giudizio, attenendosi al seguente principio di diritto: « Nell'azione di revindica di beni archeologici promossa dall'Amministrazione statale, il ritrovamento o la scoperta dei beni stessi in data anteriore all'entrata in vigore della legge 20 giugno 1909 n. 364, non è fatto costitutivo negativo del diritto azionato ma fatto impeditivo che deve essere provato da chi l'eccepisce ».

Tribunale di Brescia, 20 settembre 1995 n. 2038 - *Pres.* Nora - *Rel.* Caprioli - Valetti Assunta (avv. L. Della Vite) Ministero dell'interno (avv. Stato Orcali).

Assistenza e Beneficenza Pubblica - Prestazioni dovute ex art. 149 disp. att. c.p.c. - Decorrenza degli interessi.

Nel caso di invalidità sopravvenuta ex art. 149 disp. att. codice procedura civile, gli interessi legali sulle prestazioni assistenziali dovu-

te sono dovuti con decorrenza dalla maturazione del diritto a tali prestazioni. (1)

L'appellante, sulla scorta delle osservazioni formulate dal proprio perito di parte, evidenzia una palese incongruenza fra i referti oggettivi riscontrati dal perito d'ufficio e le conclusioni medico-legali alle quali lo stesso perviene. Si legge infatti nella perizia che la Valetti affetta dal morbo di Parkinson, deambula in modo strascicato a piccolissimi passi, con necessità di appoggio: ha bisogno « dell'intervento di terzi per il mantenimento dell'igiene personale per l'assunzione di cibi e bevande per vestirsi e svestirsi ». Tali ultimi atti quotidiani possono, ad avviso del perito essere svolti autonomamente dall'interessata soprattutto quando le crisi di tremore si attenuano un poco.

Sulla base di tali elementi sarebbe stato ragionevole concludere — secondo l'appellante — per una condizione di incapacità di compiere gli atti quotidiani della vita.

L'appello è fondato.

La rinnovata C.T.U. medico-legale, tenendo conto dei rilievi critici mossi dall'appellante, ha accertato che « il complesso patologico che affligge Valetti Assunta è tale da non consentirle l'espletamento di al-

---

(1) Interessi a carico della P.A. e invalidità sopravvenuta ex art. 149 disp. att. c.p.c. Problemi in punto di decorrenza.

1) *Premesse.*

È noto come, in materia di interessi legali dovuti in relazione a controversie previdenziali — assistenziali, la giurisprudenza sia da tempo consolidata nel senso che tali interessi, di natura moratoria, inizino a maturare a seguito del decorso del termine di 120 giorni dalla domanda amministrativa; il legislatore ha recentemente recepito tale orientamento (art. 16 comma 6° legge n. 412/91).

Al decorso di tale termine viene infatti attribuito un significato equivalente alla volontà di non adempiere: l'art. 1219 n. 2 c.c. prevede che una manifestazione di volontà di tale genere valga a costituire il debitore in mora; quindi, pur trattandosi, nella fattispecie, di obbligazione *querable* (essendo dovuta da P.A., per la quale non è applicabile la mora *ex re* di cui all'art. 1219 n. 3 c.c., in quanto l'obbligazione della P.A. viene pagata al domicilio di questa: principio pacifico in giurisprudenza, tra le tante, Cass. 7617/91; 7071/90; 3742/71 e altre) il decorso di tale termine produce, a carico dell'Amministrazione, gli effetti della mora.

Tale costante giurisprudenza è applicabile ove la prestazione richiesta venga accordata con riferimento al momento della domanda amministrativa; ove invece, in applicazione dell'art. 149 disp. att. c.p.c., la data di insorgenza del diritto vada riferita a momento successivo alla domanda amministrativa, lo schema sopra accennato non sembrerebbe ad un primo esame applicabile, in mancanza dei presupposti (domanda amministrativa, rifiuto espresso *ex lege*) che ne sono la base.

In tal caso, la soluzione comunemente adottata nella prassi giurisprudenziale consiste nel far riferimento al momento di insorgenza del diritto, in coincidenza con il quale sorgerebbe anche il diritto di ricevere gli interessi; in tal senso si esprime la sentenza di cui sopra, in linea con Cass. 4559/95.

cuna attività lavorativa, giustificando il già riconosciuto stato di invalidità e raffigura inoltre i requisiti previsti dall'art. 1 l. 18/80 in quanto impedisce la deambulazione e l'espletamento autonomo degli atti elementari della vita che non possono essere svolti senza l'aiuto costante di terza persona ».

Il giudizio così formulato è il frutto di un attento esame della documentazione sanitaria in atti, della anamnesi lavorativa e della visita diretta del paziente.

Le risultanze peritali hanno evidenziato « ripetuti episodi di narcolessia con perdita dei riflessi posturali, mai riportati in passato, episodi ad insorgenza subdola, senza particolari indizi premonitori che, evi-

---

2) *Inadeguatezza della soluzione data dalla giurisprudenza.*

La soluzione data dalla sentenza che si commenta appare peraltro del tutto insoddisfacente.

Infatti:

A) non ricorrono, nel caso di invalidità sopravvenuta (salvo quanto si dirà al punto 4-A), le condizioni perché possano ritenersi maturati interessi moratori, in quanto non sussiste alcun elemento in relazione al quale individuare una posizione di mora in capo all'Ente Previdenziale/Amministrazione, mancando sia l'ipotesi di diffida ad adempiere, che quella di rifiuto (anche nella particolare forma di cui sopra) di adempiere; tanto meno vi è un'ipotesi di illecito.

Non sussiste neppure, più in generale, l'elemento che sta a base della possibilità stessa di configurazione della mora, e cioè la colpa (Cass. 1904/83, 11159/93); non potendosi certo qualificare colposo il comportamento dell'Amministrazione che non provveda in relazione ad una situazione di invalidità che non è stata posta in condizioni di conoscere, non essendo mai stata presentata una domanda amministrativa fondata sulle mutate condizioni cui si riferisce l'art. 149 c.p.c.; né soccorrono, in mancanza di questi, elementi di altro genere che consentano di affermare la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 1219 c.c.

B) Inoltre, il sistema previsto dall'art. 149 disp. att. c.p.c. appare, nel suo complesso, incompatibile con la possibilità di maturazione degli interessi moratori.

Si è detto infatti che la giurisprudenza, e la legge, fanno discendere la formazione della mora di cui sopra si è detto dal decorso del termine di 120 giorni dalla domanda amministrativa; ove, alla data di tale domanda, non sussistano le condizioni mediche considerate dalla legge, nessuna conseguenza è riconducibile al decorso di tale termine (salvo quanto si dirà al punto 4 a).

Qualora, a seguito di domanda amministrativa legittimamente rigettata (espressamente, o per decorso del termine), insorgano nuove condizioni, aggravamenti, tali da far sorgere in capo all'interessato la necessaria posizione legittimante, l'ipotesi più lineare sarebbe data dalla proposizione di nuova domanda, cui seguirebbe un nuovo decorso del termine di 120 gg., con la relativa (in caso di inutile decorso del termine) maturazione degli interessi moratori sulla provvidenza che, in tal caso, dovrebbe in seguito essere concessa.

In tali ultime condizioni, qualora, anziché riproporre la domanda amministrativa, si proponga domanda giudiziale, la norma di cui all'art. 149 disp. att. c.p.c., se consente che sia dato comunque rilievo alle invalidità sopravvenute anche in assenza di riproposizione della domanda amministrativa, non sembra possa consentire di giungere a conseguenze più favorevoli rispetto al

dentemente, rendono arbitrariamente rischioso ipotizzare la possibilità di atti quotidiani della vita che richiedono anche se saltuariamente, una postura eretta o, quantomeno, priva di appoggi (deambulazione, movimenti necessari per eseguire i più elementari bisogni fisiologici e di igiene personale) ».

« L'obiettività rilevata in occasione della visita peritale, che ha messo in evidenza la notevolissima difficoltà del soggetto per sollevarsi dal letto e la necessità, per compiere un breve tragitto a piccoli passi strascicati, di appoggiarsi ad un bastone oltre che essere sostenuta da un parente, dimostrano — secondo il perito — che tale atto elementare non può essere eseguito senza aiuto di terzi.

Sulla scorta di tali obbiettivi il consulente d'ufficio ha ritenuto che la situazione patologica che affligge l'appellante, notevolmente peggiorata dopo il gennaio 1993, sia tale da impedirle il compimento, in modo autonomo degli atti quotidiani della vita senza l'aiuto costante di

---

caso ordinario (rispetto al quale l'art. 149 dovrebbe costituire eccezione) di riproposizione della domanda amministrativa.

Sembrerebbe infatti del tutto al di fuori del sistema l'ipotesi (che pure, come si è detto, vige nella prassi) di una soluzione che consenta, per il caso di invalidità sopravvenuta, la decorrenza degli interessi collegata all'insorgenza del diritto, a detrimento della generale ipotesi del decorso posticipato ai 120 giorni successivi alla domanda amministrativa.

Si tratta, per contro, di probabilità che diviene realistica a seguire l'orientamento in questione; *si pensi, esemplificativamente, alla possibilità che l'invalidità rilevante insorga nei 120 giorni successivi alla domanda amministrativa; in tal caso, a seguire l'orientamento in questione, dovrebbero essere liquidati gli interessi (in ipotesi, ad esempio, dal 31° giorno dalla domanda) in misura proporzionalmente superiore a quelli spettanti al soggetto invalido sin dalla data della domanda amministrativa (che li riceverebbe dal 121°).*

C) La giurisprudenza che segue tale tesi, poi, appare alquanto oscura, in quanto non viene detto se, in tal caso, si tratti di interessi moratori o corrispettivi: e non vengono quindi individuati i concreti presupposti (la concreta fattispecie di mora o i requisiti di liquidità ed esigibilità del credito), che dovrebbero giustificare la sussistenza del diritto agli interessi.

D) Neppure appare possibile ricorrere al principio della decorrenza dal 121° giorno successivo, applicandolo con decorrenza dal verificarsi dell'insorgenza sopravvenuta o dall'accertamento (a mezzo di C.T.U.) della sussistenza dello stato di invalidità legittimante; ciò in quanto, mancando il collegamento con una domanda amministrativa, e con una qualsiasi ipotesi di rifiuto più o meno esplicito, non vi è luogo alla possibilità che sia individuata alcuna fattispecie di mora.

3) *Possibili soluzioni.*

Poste tali basi, ci si deve chiedere quale sia la soluzione da adottare per la situazione considerata, dovendosi ritenere:

— va esclusa, per le ragioni esposte sopra, salvo quanto si dirà al punto 4 A), la stessa possibilità di liquidazione di interessi moratori, non ricorrendo alcuna delle fattispecie legali;

— può quindi essere ipotizzata unicamente la sussistenza di interessi corrispettivi;

terze persone e ciò a decorrere dal 7.5.93 epoca in cui è stata riscontrata, in base alla documentazione clinica, l'insorgenza di episodi di narcolessia individuale.

Il Tribunale ritiene di far proprie tali conclusioni, condivise anche dai C.T.U. parte, in quanto sorrette da una indagine più approfondita e completa rispetto a quella svolta dal consulente in prime iure.

Pertanto in riforma della sentenza impugnata il Ministero è tenuto a corrispondere l'indennità di accompagnamento a decorrere dall'1.5.93.

Il Ministero è altresì tenuto a corrispondere gli interessi e rivalutazione sui ratei arretrati a decorrere da tale data secondo la disciplina prevista dalla l. 412/91 art. 16.

Il Collegio infatti ritiene di non condividere la tesi esposta dall'appellato secondo cui gli accessori, in ipotesi di insorgenza del diritto

---

— tali interessi, come noto, maturano soltanto quando il credito per cui si agisce abbia i necessari requisiti di liquidità ed esigibilità;

— nel caso di cui si tratta, tali requisiti, nel corso del procedimento amministrativo o giudiziale, sono evidentemente insussistenti, trattandosi di credito illiquido e non esigibile (oltre che incerto nell'*an* e nel quando);

— la possibilità di maturazione di interessi corrispettivi si pone, invece, quando a seguito della domanda amministrativa o giudiziale, sopraggiunga un provvedimento (amministrativo o giudiziale), che sia idoneo, in linea generale, a dotare il credito dei necessari requisiti; in tal caso, deve essere determinato da quando essi dovrebbero decorrere; e, al riguardo, sembra debba essere in via preliminare scartata l'ipotesi cui si rifà la giurisprudenza qui in rassegna, in quanto il raggiungimento *ex se* del livello di invalidità legittimante non sembra, all'evidenza, fatto di alcun rilievo al fine del concretizzarsi dei requisiti di cui sopra;

— la soluzione al problema sembra debba invece essere ricercata tra le seguenti ipotesi, che si formulano in via gradata:

A) Decorrenza individuata in base allo svolgimento del procedimento amministrativo volto al pagamento delle somme di cui è stata accertata la debenza nel procedimento conclusosi con la concessione/accertamento della prestazione richiesta (in base a noto principio, valevole in materia di decorrenza di interessi a carico della P.A.).

B) Decorrenza dalla data in cui la sentenza di condanna diviene esecutiva.

C) Decorrenza dalla data della domanda giudiziale.

4) *Quanto all'ipotesi sub* C).

Si tratta di ipotesi in cui, in astratto, può darsi luogo alla maturazione sia di interessi corrispettivi che moratori.

Quanto agli interessi moratori, tale possibilità (che trova riferimento nell'art. 1219 I co. c.c.) non appare concretamente configurabile, in quanto, a fronte di invalidità insorta al di fuori del procedimento amministrativo, appare chiaramente da escludere la possibilità che sussista uno degli elementi caratterizzanti della mora; e cioè la colpa, non potendosi imputare alcunché all'Ente/Amministrazione che non tenga conto di un elemento insorto al di fuori del procedimento amministrativo.

Quanto agli interessi corrispettivi, la possibilità della loro concreta sussistenza è basata su di un duplice presupposto: dal punto di vista giuridico, sulla retroattività degli effetti della sentenza, che andrebbero riferiti al momento

nel corso del procedimento amministrativo e giudiziale decorrerebbero dalla sentenza che accerti l'esistenza del diritto fatto valere.

Tale tesi si fonda sul presupposto che, non potendo operare il criterio di decorrenza della mora dal 121° giorno della domanda amministrativa ex art. 7 l. 533/73 per non essere a tale momento il diritto venuto ad esistenza nè potendosi ricorrere al criterio del carattere corrispettivo degli interessi ex art. 1282 cc, — trattandosi nella specie di obbligazioni non rimesse a tale data di scadenza certa ed identificabile —, l'unico dies a quo a partire dal quale l'obbligazione potrebbe ritenersi esigibile sarebbe costituito per l'appunto dalla data della sentenza di primo grado.

---

della domanda giudiziale; in fatto, sull'ipotesi che l'invalidità sopravvenuta preesista al momento della domanda giudiziale (ove l'invalidità richiesta insorgesse successivamente alla domanda, non sarebbe infatti possibile operare alcun utile riferimento al momento della proposizione di questa).

Quanto al primo presupposto, esso deve ritenersi difficilmente discutibile (v. Cass. 1904/83; 3782/85).

Quanto al secondo, esso è invece tale da rendere applicabile l'ipotesi nel solo caso di invalidità sopravvenuta precedentemente l'inizio della controversia giudiziale, con esclusione quindi delle ipotesi di invalidità sopravvenuta successivamente all'inizio della causa; in relazione ad esso (invalidità sopravvenuta antecedentemente all'inizio della causa), è necessario introdurre ulteriori distinzioni.

A) La sopravvenienza può infatti essersi verificata nel corso del procedimento amministrativo; in tal caso (a seguito di provvedimento esplicito di rigetto o del decorso del termine), sembrerebbe doversi ipotizzare una situazione di mora, analoga a quella che si forma con il decorso dei 120 gg., quando l'invalidità sussista da momento antecedente la domanda amministrativa.

Non si vedono infatti ragioni per distinguere le due situazioni, poiché, posto che sussiste, ex art. 149 disp. att. c.p.c., l'obbligo di tenere conto dell'invalidità sopravvenuta in corso di procedimento, il rifiuto implicito od esplicito (tale da dare luogo alla sussistenza di una mora rilevante per il decorso degli interessi) sussiste tanto nel caso di invalidità preesistente, quanto in quello di invalidità insorta nel corso del procedimento, sembrando che si debba escludere dall'applicabilità di tale ipotesi di mora soltanto l'invalidità insorta al di fuori del procedimento amministrativo.

In tal caso, quindi, dovrebbero considerarsi sussistenti i requisiti per la maturazione di interessi moratori, e non corrispettivi.

B) L'altra ipotesi si verifica quando l'invalidità insorge in momento successivo alla fase amministrativa, ed antecedente quella giudiziaria.

Tale caso, slegato dall'insorgenza nel corso di un procedimento amministrativo, sembra l'unico al quale possa ricondursi l'applicabilità degli interessi di cui si tratta, con decorrenza dalla data della domanda giudiziale.

Si pone, peraltro, un problema di carattere assolutamente preliminare basato sull'interpretazione dell'art. 149 disp. att. c.p.c.

Tale norma prevede, alla lettera «... deve essere valutato dal giudice anche l'aggravamento della malattia, nonché tutte le infermità comunque incidenti nel complesso invalidante che si siano verificate nel corso tanto del procedimento amministrativo che di quello giudiziario».

Dalla lettera di tale norma, e dalla duplicità di previsioni ivi contenute con riferimento all'aggravamento della malattia (preesistente) e ad altre infermità

Anzitutto detta tesi muove da una considerazione eminentemente formale-burocratica della mora nella materia previdenziale, che non tiene conto del fatto che la disciplina di cui all'art. 7 l. 533/83 si giustifica in virtù di un'esigenza di ponderazione, che rende necessario per l'amministrazione il decorso di un congruo spatium deliberandi anche al fine di evitare l'avvio inutile di cause giudiziali evitabili in sede amministrativa.

Ovviamente tale esigenza non è configurabile nelle ipotesi di insorgenza del diritto, per aggravamento delle condizioni del ricorrente, nel corso del giudizio, per le quali non a caso l'art. 149 disp. att. c.p.c. prevede l'esclusione della necessità del ricorso a nuova fase amministrativa, ed introduce il potere-dovere del giudice di tenere conto delle situazioni cliniche, come risultanti per effetto dell'aggravamento.

---

insorte *ex novo* successivamente, risulta, da un lato, che il giudice deve sempre tenere conto dell'aggravamento della malattia originariamente sussistente; ma, d'altro lato, che delle infermità sopravvenute *ex novo* egli dovrebbe tenere conto soltanto ove esse siano insorte nel corso di un procedimento amministrativo o giudiziario.

Su tale base, può ritenersi applicabile l'ipotesi di cui sopra, solo nell'ipotesi di aggravamento della malattia preesistente, in quanto nel caso di nuova infermità, stando all'art. 149, dovrebbe escludersi (oltre che il diritto agli interessi) lo stesso diritto ad ottenere la provvidenza che fosse fondato su di una situazione legittimante verificatasi soltanto in base alla sopravvenienza di una infermità nuova; in tal caso l'interessato, non risultando applicabile la norma di favore di cui all'art. 149, dovrebbe necessariamente proporre una nuova domanda amministrativa.

5) *Quanto all'ipotesi sub* B).

Si tratta di ipotesi applicabile nel caso di sopravvenienza nel corso di procedimento giudiziario; in tal caso infatti (salvi i dubbi che si esporranno al punto C)) la sentenza esecutiva di condanna appare evidentemente idonea a dotare il credito dei necessari requisiti di liquidità ed esigibilità, tali da dar luogo alla debenza di interessi corrispettivi.

6) *Quanto all'ipotesi sub* A).

Tale ipotesi è fondata sul presupposto, pacifico in giurisprudenza, che i crediti nei confronti di una P.A. divengono liquidi ed esigibili soltanto a seguito dell'esaurimento della fase amministrativa di liquidazione, con l'emissione del mandato di pagamento (si vedano Cass. 690/87 nonché 24-26-67/90).

Ora, tale generale presupposto appare pienamente applicabile nel caso di invalidità insorta nel corso di procedimento amministrativo; ove infatti intervenga, nei termini previsti, un provvedimento favorevole alla parte, di accoglimento della prestazione o provvidenza da questa richiesta, sembra che ciò non possa essere considerato rilevante al fine della maturazione degli interessi corrispettivi, essendo necessario a tal fine anche il perfezionamento del procedimento di liquidazione e la successiva emanazione del mandato di pagamento.

Tale tesi risulta rafforzata dalle recenti norme in materia di procedimento amministrativo, considerato che l'art. 2 della legge n. 241/90 prevede che le Amministrazioni fissino i termini entro i quali debbono concludersi i procedimenti amministrativi, valendo, in mancanza, il termine di 30 giorni stabilito da tale articolo.

Evidentemente, se ciò vale per la sorte capitale, deve altrettanto valere per gli accessori.

In caso contrario si assisterebbe all'assurda situazione per cui l'attore, dopo aver promosso un giudizio, nel dubbio sul raggiungimento o meno della soglia indennizzabile, per evitare la perdita del diritto agli accessori per il periodo antecedente la sentenza, sarebbe indotto a periodicamente reiterare l'istanza in sede amministrativa, così da conseguire gli effetti di cui all'art. 7 L. 533/73 in relazione al possibile aggravamento delle sue condizioni di salute. L'intento semplificatorio posto a base dell'art. 149 disp. att. cpc, verrebbe così del tutto frustrato determinandosi

---

È infatti evidente che, alla possibile soluzione — nel caso di ingiustificato ritardo dell'Amministrazione — consistente nel considerare il tempo, non previamente quantificato, ordinariamente necessario per il perfezionamento della procedura, decorso il quale decorrerebbero gli interessi moratori (elementi in tal senso possono essere tratti da Cass. 26/93, 4712/84) è preferibile una soluzione fondata su di un termine normativamente individuato, tale da poter costituire integrazione dell'art. 1183, I co. c.c.

Nel caso invece di procedimento giudiziale, tale soluzione (che comporterebbe, anche a seguito di sentenza esecutiva, la necessità di attendere i tempi di erogazione legati al relativo procedimento amministrativo, ai fini della decorrenza degli interessi corrispettivi), pur apparendo suggestiva, sembra trovare vari ordini di ostacoli, dati da:

— la funzione alternativa del procedimento giudiziale rispetto a quello amministrativo, dovendosi in particolare considerare l'evidente parallelismo sussistente, da un lato, tra concessione-accoglimento amministrativo dell'istanza, e sentenza di accertamento del diritto; dall'altro, tra provvedimento amministrativo di liquidazione del dovuto, e sentenza di condanna; funzione tale da rendere difficilmente giustificabile la necessità di effettuare un procedimento amministrativo, al fine di effettuare attività già sostituite dal provvedimento giudiziale. È pur vero che un procedimento amministrativo deve comunque seguire alla pronuncia giudiziale, per consentire il pagamento, da parte dell'Amministrazione, di quanto da essa derivante; ma si tratta di procedimento volto non alla liquidazione (valendo a tal fine il provvedimento giurisdizionale) ma alla semplice erogazione; sicché la necessità di tale procedimento non sembra poter incidere sulla sussistenza dei requisiti di liquidità ed esigibilità cui la sentenza esecutiva avrebbe già dato luogo, ma, semmai, su fatti interni all'Amministrazione, dei cui tempi essa dovrebbe necessariamente rispondere;

— il fatto che, a fronte di sentenza esecutiva, dotata dei requisiti di cui all'art. 474 c.p.c., sussisterebbero i presupposti per procedere esecutivamente nei confronti dell'Amministrazione (pignorando, ad esempio, somme liquide in possesso di questa): ciò che pare incompatibile con la possibilità che, al tempo stesso, si ritengano esclusi i presupposti di liquidità ed esigibilità del credito vantato nei confronti di questa; tra le due proposizioni, che appaiono inconciliabili, sembra debba necessarimente scegliersi quella in base alla quale, data una sentenza esecutiva di condanna, questa è necessariamente tale da dotare il credito in essa indicato dei necessari requisiti di liquidità ed esigibilità, anche nei confronti della P.A.

La tesi in questione sembra peraltro dover essere applicata in caso di sentenza di mero accertamento, a seguito della quale dovrebbe seguire un procedimento amministrativo volto a dotare il credito accertato dei requisiti, quanto-

invece l'opposto risultato della moltiplicazione di inutili istanze amministrative. L'assurdità della conseguenza dimostra l'erroneità della premessa.

Il richiamo poi alla disciplina della contabilità di stato appare non pertinente in questa sede, ove opera la speciale disciplina processuale — tanto per gli enti previdenziali ed assistenziali, quanto per le amministrazioni dello Stato allorché operino nel campo assistenziale — prevista dal codice e dalla L. 533/73 nonché dagli interventi della Corte Costituzionale per il sistema delle relazioni previdenziali ed assistenziali.

---

meno, di esigibilità; nonché nel caso di sentenza di condanna generica (salve ipotesi di provvisionale).

E, quindi, anche nei confronti di tutte le sentenze (numerosissime nella prassi giurisprudenziale) nelle quali si operi una condanna al pagamento di somme indeterminate nel quanto, essendo evidente, in tal caso, la mancanza di liquidità del credito e la necessità che a tali requisiti sia data integrazione attraverso un apposito procedimento amministrativo.

Ciò che varrebbe a rendere di pressoché generale applicazione in materia la tesi in questione.

7) *Conclusioni.*

Riassumendo, ritengo che la problematica in oggetto trovi una variegata serie di possibili soluzioni, a seconda della concreta questione che venga ad essere in rilievo.

Le principali ipotesi e le relative soluzioni sembrano le seguenti:

A) aggravamento o insorgenza di ulteriore infermità nel caso di procedimento amministrativo, con esito negativo della domanda: decorrenza di interessi moratori dal 121° giorno successivo alla domanda, trattandosi di fattispecie in cui si verifica una situazione di mora;

B) come sopra, con esito favorevole della domanda; decorrenza di interessi corrispettivi dall'esaurimento della fase amministrativa di liquidazione o, se questa fosse tardiva, dal decorso dei termini determinati ex art. 2 legge 241/90;

C) aggravamento o insorgenza di ulteriore infermità dopo l'esaurimento della fase amministrativa, e prima dell'inizio del procedimento giurisdizionale;

— non vi dovrebbe essere luogo a diritto alla provvidenza, e neppure ai relativi interessi, ove si tratti di nuova infermità, diversa dall'« aggravamento della malattia », in base all'interpretazione sopra svolta dell'art. 149 disp. att. c.p.c.;

— nel caso, invece, di aggravamento della malattia, dovrebbero essere accordati gli interessi corrispettivi a decorrere dalla domanda giudiziale;

D) Aggravamento o insorgenza di ulteriore infermità in corso di procedimento giudiziale: decorrenza di interessi corrispettivi dalla data della sentenza esecutiva di condanna.

E) Nei casi di cui ai punti C e D, ove la sentenza sia di accertamento, o di condanna generica, o comunque tale da non dotare il credito dei necessari requisiti di liquidità ed esigibilità, non vi sarà luogo alla decorrenza di interessi corrispettivi, che potranno decorrere solo in base ai criteri di cui al punto B, o in seguito ad ulteriore procedimento giudiziale volto ad ottenere la liquidazione del credito maturato in relazione al diritto accertato.

F) In nessuna delle fattispecie considerate, sembrano applicabili i principi affermati nella sentenza che si commenta.

L. ORCALI

SEZIONE QUARTA

GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

CONSIGLO DI STATO, sez, IV, 12 luglio 1995, n. 560 - *Pres.* Iannotta - *Est.* Numerico - Gambarata (avv. Verde) c. Cozzi (avv. Laudadio e Scotto), Consiglio Superiore della Magistratura (avv. Sorrentino) ed altro (n.c.).

Giustizia amministrativa - Esecuzione del giudicato - Giudizio di ottemperanza - Opposizione di terzo - Ammissibilità.

L'opposizione di terzo è ammissibile anche quando sia rivolta avverso pronunce emesse dal giudice dell'ottemperanza, in quanto — per la natura prevalentemente cognitoria del giudizio di ottemperanza — si presta ad essere intesa come un'opposizione « ordinaria » di terzo, la quale può esperirsi nel processo amministrativo in virtù della sentenza n. 177/1995 della Corte Costituzionale (1).

DIRITTO — 1) Le azioni del Consiglio superiore (alla Cassazione ed alla Corte costituzionale) non hanno effetto sospensivo sul giudizio di prosecuzione di ottemperanza attivato dal terzo dott. Gambarota.

2) Quest'ultimo promuove un'azione, da lui denominata « incidente di esecuzione », ma che dichiaratamente si riconduce all'opposizione di terzo agli atti esecutivi di cui all'art. 619 Cod. proc. civ.

In realtà, tuttavia, il giudizio di ottemperanza vede prevalere la sua natura cognitoria, per cui, semmai, il c.d. incidente può essere inteso proprio come un'opposizione di terzo ordinaria, la quale, nel giudizio amministrativo, allorché diretta contro pronuncia di ottemperanza, si rivestirebbe di alcuni aspetti dell'opposizione agli atti esecutivi.

3) Il magistrato in parola deduce in primo luogo di essere stato pretermesso irritualmente dal giudizio di ottemperanza sollevato a suo tempo dal dott. Mario Cozzi per ottenere, attraverso l'azione di ottem-

---

(1) Osservazioni sull'ammissibilità dell'opposizione di terzo nel giudizio di ottemperanza.

1. La decisione in rassegna riveste notevole interesse perché rappresenta la prima affermazione, da parte del Consiglio di Stato, dell'ammissibilità dell'opposizione di terzo nella fase del giudizio d'ottemperanza, all'indomani della nota sentenza *Caianiello* del 17 maggio 1995 n. 177, con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 36 e 28 della legge n. 1034/1971 (c.d. legge T.A.R.) nella parte in cui non prevedono l'opposizione di

peranza, il conseguimento della sede della Procura presso la Pretura circondariale di Napoli, in atto affidata proprio al dott. Gambarotta, per le complesse vicende descritte in fatto.

Egli assume che il processo di attuazione instaurato dal dott. Cozzi si è svolto senza il contraddittorio con la parte che poteva subire pregiudizio dall'accoglimento della domanda.

Occorre ricordare che il ricorso in ottemperanza non deve essere notificato ma semplicemente depositato.

La Segreteria della Sezione, dal canto suo non ha potuto avvertire il Gambarota, in posizione oggettivamente antitetica a quella del dott. Cozzi.

In vero, non fu svolto alcun cenno nel ricorso in ottemperanza di tale situazione. Né la condizione del dott. Gambarota era altrimenti conoscibile attraverso un riscontro del giudicato da attuare. In sostanza, l'assenza del contraddittorio fu dovuta ad un difetto di difesa del Consiglio superiore resistente che non svolse deduzioni sul punto.

---

terzo ordinaria fra i mezzi di impugnazione delle sentenze emesse dal Consiglio di Stato e di quelle dei T.A.R. passate in giudicato (1).

La sentenza, che amplia il catalogo dei mezzi di impugnazione esperibili nel processo amministrativo, riguardava, come è noto, la sola opposizione di terzo cd. «*ordinaria*», prevista dalla norma del primo comma dell'art. 404 c.p.c., da distinguere rispetto all'opposizione cd. «*revocatoria*», contemplata dal secondo comma dello stesso articolo per consentire ai creditori ed aventi causa di una delle parti di opporsi alla sentenza che sia frutto di dolo o collusione a loro danno. Anche se tra i primi commentatori non è mancato chi ha sostenuto che la mancata estensione della declaratoria di incostituzionalità anche all'opposizione revocatoria non ha implicazioni decisive sull'ammissibilità del rimedio nel processo amministrativo (2).

Fino all'intervento della Corte Costituzionale, l'applicabilità dell'art. 404 primo comma al processo amministrativo era stata sempre esclusa, dal momento che l'«importazione» di un istituto inerente ad un altro ordinamento processuale avrebbe urtato contro il principio della tipicità dei mezzi di impugnazione (3). Ma la mancata previsione del rimedio, come ha rilevato il giudice delle leggi, si poneva in contrasto con il diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost., nonché

(1) La decisione è pubblicata in *Cons. St.* 1995, II, 868, tra i primi annotatori si segnalano: San Giorgio, *Parificati i giudicati amministrativi e civili in applicazione del principio di uguaglianza*, in *Guida al diritto*, 1995, 23, 87 ss.; e ancora, Pagano, *L'opposizione di terzo «conquista» il processo amministrativo*, in *Corr. giur.*, 1995, 7, 814 ss.: e da ultimo, Lorenzotti, *Le impugnazioni nel processo amministrativo dopo la sentenza della Corte Costituzionale sull'opposizione di terzo*, in *Studium iuris*, 1996, 2, 141.

(2) Lo sostiene Cecchella, *L'opposizione di terzo nella giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 1995, I, 507. In generale, cfr. sull'argomento l'approfondito studio di Luiso, voce *Opposizione di terzo*, in Enc. giur. Treccani, Roma, 1990.

(3) Un tentativo di colmare la grave lacuna a livello legislativo era stato posto in essere nel corso della IX legislatura. Il testo del disegno di legge delega per la riforma della giustizia amministrativa — licenziato dalla Commissione Affari costituzionali il 29 maggio 1985 e decaduto per fine anticipata della legislatura — prevedeva infatti che fosse introdotta «l'opposizione di terzo nei confronti delle sentenze passate in giudicato, a tutela: *a*) del litisconsorte necessario, titolare di diritti soggettivi e di interessi legittimi, non chiamato in giudizio; *b*) del terzo titolare di un diritto soggettivo, pregiudicato dalla sentenza».

In ogni modo, la censura di difetto di contraddittorio non è stata rivolta avverso la decisione di merito 20 maggio 1993 n. 545, sul presupposto della quale l'originario ricorrente — oggi controinteressato all'« incidente di esecuzione » — instaurò il giudizio di ottemperanza.

Che l'eccezione di difetto di contraddittorio non sia rivolta verso la sentenza n. 545 del 1993 è dimostrato pure dal fatto che il dott. Gambarota muove essenzialmente da una tesi interpretativa di tipo riduttivo della pronuncia di merito, tesi posta a fondamento della principale critica formulata verso la decisione n. 1074 del 1994 di ottemperanza.

La constatata non irrituale assenza del dott. Gambarota rispetto a quest'ultimo giudizio esclude, sotto altro profilo, qualsiasi altra natura della sua domanda che non sia quella dell'opposizione di terzo, già indicata. D'altronde, tale assenza è ulteriore prova che egli fu e rimane un terzo in senso « tecnico » rispetto alla decisione medesima.

4) Quanto all'ammissibilità in astratto di una proposizione di opposizione del terzo pure nel corso dei processi amministrativi, la questione è stata risolta dalla recente sentenza costituzionale soprav-

---

col principio di eguaglianza (art. 3) nella particolare espressione di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della Pubblica Amministrazione (art. 113), in base al quale il rimedio in parola avrebbe dovuto essere previsto non solo allorquando la lesione provocata dalla sentenza riguardi un diritto soggettivo, ma anche ove si riferisca ad un interesse legittimo, dal momento che la tutela di tale situazione soggettiva « non può essere inferiore a quella riservata ai diritti soggettivi ».

Invero, nel processo amministrativo, non meno che in quello civile, esiste la possibilità che un soggetto, terzo rispetto ai destinatari della sentenza passata in giudicato, sia titolare di una situazione giuridica incompatibile con quella definita dalla pronuncia e, conseguentemente, si pone l'esigenza che a tale soggetto venga attribuito un mezzo di impugnazione idoneo a superare l'ostacolo del giudicato per rimuovere il pregiudizio da esso derivantegli.

Di certo l'onere imposto al ricorrente di chiamare nel processo tutti i controinteressati non è in grado di assicurare adeguatamente la tutela del terzo (4). Tanto più, che la norma impositiva di tale onere (art. 36 co. 2° r.d. 1054/1924), nella ristretta ottica del modello processuale del « giudizio sull'atto », prevede che il ricorso debba essere notificato « alle persone alle quali l'atto o il provvedimento direttamente si riferisce », trascurando che accanto a costoro (che vengono definiti « parti necessarie »), ben vi potrebbero essere altri controinteressati « sostanziali » non contemplati nel provvedimento impugnato (5), nei cui confronti è indubbio che si formi ugualmente il giudicato ogniqualvolta

(4) Così LASCHENA, *Profili innovatori della disciplina del processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.* 1985, 55.

(5) Si pensi al vicino del ricorrente che abbia ottenuto l'annullamento del diniego di licenza edilizia, o al vincitore di un concorso dal quale sia stato escluso, con provvedimento annullato dal giudice amministrativo, un concorrente che lo aveva preceduto nella graduatoria di merito (com'è noto, è proprio quest'ultimo caso che ha offerto alla Corte Costituzionale l'occasione di pronunciarsi sull'illegittimità della mancata previsione dell'opposizione di terzo nel processo amministrativo).

venuta n. 177 del 17 maggio 1995, dichiaratrice, con pronuncia additiva, dell'inserimento del rimedio nel giudizio avanti ai Giudici amministrativi.

Riprendendo qui uno spunto già svolto in precedenza, si può notare che, quand'anche si volesse intendere il giudizio di ottemperanza come semplice azione esecutiva, non potrebbe mancare l'opposizione pur nella predetta fase, sia per il fortissimo dubbio di costituzionalità che, in caso contrario, ne deriverebbe (per cui val meglio adeguarsi al già enunciato esposto della Corte costituzionale), sia perché la giurisprudenza, proprio in rapporto alla tutela del terzo pregiudicato da pronuncia conclusiva del giudizio, ha ammesso l'opposizione di terzo anche in carenza di una specifica previsione e disciplina in caso di giudizi diversi da quelli regolati dal Codice del rito civile (Cass. ss. uu. 13 ottobre 1986, n .5977, e *idem*, 24 ottobre 1988, n. 5743).

5) In concreto, di nuovo integrando notazioni già effettuate, occorre dare dimostrazione che il Gambarota non sia un semplice terzo, ma anche un terzo pregiudicato dalla pronuncia impugnata. Questa situazio-

---

la sentenza abbia accertato «un rapporto inscindibile o comunque connesso» con quello che li riguarda (6).

Difatti, come perspicuamente osservato nella motivazione della citata sentenza n. 177/1995 della Corte Costituzionale, «non di rado l'azione amministrativa, direttamente o indirettamente, coinvolge una pluralità di soggetti che non sempre sono ritenuti parte necessaria nelle controversie oggetto del giudizio». Per cui l'esigenza di dotare i soggetti che non abbiano partecipato al processo di un mezzo di tutela contro gli effetti pregiudizievoli del giudicato non rileva soltanto nell'ipotesi del controinteressato — parte necessaria che sia stato pretermesso, e pertanto non abbia potuto far valere le proprie ragioni nel giudizio: vi sono infatti ipotesi — assai frequenti — in cui l'attuazione della sentenza dà luogo, necessariamente, «ad altri procedimenti interferenti su rapporti facenti capo a soggetti che non dovevano o addirittura non potevano partecipare al processo». Pure costoro devono avere la facoltà di opporsi alla sentenza che li danneggia, che ha definito un giudizio, in cui si è giudicato (anche) contro di loro, senza di loro.

È stato dunque assai opportuno l'intervento della Corte Costituzionale che ha reso applicabile il rimedio dell'opposizione ordinaria al processo amministrativo; dal canto suo il Consiglio di Stato, con la sentenza che si annota, ha risolto il dubbio sull'ammissibilità del rimedio anche laddove si indirizzi avverso pronunce emesse nella fase del giudizio di ottemperanza (7).

(6) CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino 1994, 835.

(7) È ben noto come nel processo di esecuzione il contraddittorio, almeno a livello di disciplina positiva, sia limitato al minimo: l'art. 91 reg. Proc. C. di S. non prevede infatti che il ricorso sia comunicato a parti diverse dall'Amministrazione interessata. È vero che la giurisprudenza, sulla base di un'interpretazione mirante ad adeguare l'art. 91 ai principi costituzionali, ha da tempo assunto a presupposto della trattazione del ricorso la notifica di questo ai controinteressati. Ma alcuno di tali soggetti potrebbe non essere individuato o pretermesso, quindi restare estraneo al giudizio e riportare un danno dalla decisione. Di qui l'esigenza di estendere l'esperibilità dell'opposizione di terzo anche alla fase dell'ottemperanza.

ne si verifica in presenza di una stretta connessione della situazione del terzo con quella accertata nel giudizio, nel cui corso il terzo sia stato assente senza colpa.

Nella specie la connessione non è dubbia.

La situazione legittimante il Gambarota alla rituale proposizione delle censure avverso la decisione di ottemperanza del dicembre 1994 va identificata nel legame di dipendenza della posizione del magistrato dalla soluzione della vicenda concernente il dott. Cozzi. In vero, la permanenza del dott. Gambarota nell'ufficio di Procuratore presso la Pretura circondariale di Napoli, giusta il provvedimento del Presidente della Repubblica 15 giugno 1993, è subordinata alle scelte del Consiglio superiore, in sostanza già compiute (cfr. delib. 16 febbraio 1995 esibita all'udienza), per l'attuazione del giudicato, non essendo ipotizzabile che nello stesso ufficio possano permanere due magistrati: è in corso, infatti, lo studio per sistemare il Gambarota in altra collocazione, qualora le azioni nelle varie sedi presentate dal Consiglio superiore non trovino sbocchi positivi. Sotto altra prospettiva, il nesso di dipendenza deriva dall'avvenuta conclusione in un dato esito del procedimento che ha condotto alla pre-

---

Il problema, in realtà, non era privo di consistenza, poiché la sentenza additiva più volte citata della Corte Costituzionale ha introdotto tra i mezzi di impugnazione delle decisioni del Consiglio di Stato e dei TT.AA.RR. l'opposizione di terzo ordinaria di cui all'art. 404 c.p.c., e potevano nutrirsi delle perplessità sulla possibilità di ricondurre a tale ipotesi l'opposizione nei confronti delle sentenze del giudice dell'ottemperanza. Tant'è vero che il Consiglio di Stato si è preoccupato subito di escludere che l'azione promossa vada accostata all'opposizione di terzo agli atti esecutivi di cui all'art. 619 c.p.c., ed ha affermato che — essendo prevalente nel giudizio di ottemperanza la natura cognitoria — l'azione si presta ad essere intesa « proprio come un'opposizione di terzo ordinaria », salvo ad ammettere che essa si rivesta anche di taluni aspetti dell'opposizione agli atti esecutivi. Si è posto cioè innanzitutto un problema di qualificazione giuridica del rimedio.

Peraltro, in considerazione dei contrasti esistenti in dottrina e in giurisprudenza sul delicato tema della natura del giudizio di ottemperanza, il Consiglio di Stato ha ritenuto di dover precisare che « quand'anche si volesse intendere il giudizio di ottemperanza come semplice azione esecutiva, non potrebbe mancare l'opposizione di terzo pur nella predetta fase, sia per il fortissimo dubbio di costituzionalità che in caso contrario ne deriverebbe (per cui val meglio adeguarsi al già enunciato disposto della Corte Costituzionale), sia perché la giurisprudenza, proprio in rapporto alla tutela del terzo pregiudicato da pronuncia conclusiva del giudizio, ha ammesso l'opposizione di terzo anche in carenza di un'esplicita previsione e disciplina in caso di giudizi diversi da quelli regolati dal codice di rito civile ».

Invero, ci sembra di poter osservare che qualora si accogliessero le tesi di chi, sulla base di particolari eccezioni date ai termini « esecuzione » e « cognizione », preferisce sussumere il processo di ottemperanza fra i processi esecutivi, codesta qualificazione non muterebbe affatto la funzione, l'assetto e la struttura del giudizio di ottemperanza, quali risultano dalla legge e dalle concrete applicazioni giurisprudenziali, né, per quel che più rileva, la funzione

posizione del Gambarata sul posto valutato, dal giudicato e poi dalla decisione di ottemperanza, come spettante al Cozzi. La scelta procedimentale che ha favorito il primo è antitetica all'accoglimento delle aspirazioni dell'altro. Del resto, quest'ultimo, (dott. Cozzi) ha impugnato proprio questa scelta antitetica sia, in modo formale, in sede cognitoria avanti al T.A.R. sia, in forma più ambigua, nella causa di ottemperanza.

6) Nel merito, l'opposizione del terzo va disattesa.

6.1.) Sul tema della valutazione degli atti elusivi, salva la valutazione in sede revocatoria, si deve rilevare che, qualsiasi valutazione possa condursi nei confronti dell'azione del Consiglio superiore, è certo che il provvedimento di concreta nomina del dott. Gambarota sul posto di Procuratore della Pretura circondariale di Napoli è intervenuto il 15 giugno 1993, ben dopo la sentenza di merito di questo Consiglio, pubblicata il 20 maggio 1993.

Tanto basta per rispondere sul problema della contestata elusività ai fini della presente opposizione di terzo.

---

ed il significato dell'opposizione che in tale fase il terzo può avere interesse a proporre. Ed è proprio al modo in cui si atteggia l'opposizione nel giudizio di ottemperanza che bisogna guardare, per verificare se presenti realmente tali affinità con l'opposizione ordinaria da poter essere ricondotta ad essa, e di conseguenza sia ammissibile in forza della citata pronuncia additiva della Consulta (8).

In proposito, giova premettere che il terzo, quando propone l'azione di cui al primo comma dell'art. 404 c.p.c., lamenta l'ingiustizia di una decisione che ha giudicato, fra le parti, senza la sua presenza e nonostante che nel giudizio fosse implicata una sua posizione sostanziale.

Si duole, in altri termini, di non aver potuto contribuire alla determinazione della « regola del caso concreto » formatosi in quel giudizio.

Ciò è esattamente quel che lamenta il terzo che, nel giudizio amministrativo, fa opposizione alla pronuncia emessa in sede di ottemperanza (9).

Non varrebbe obbiettare che il giudizio di ottemperanza, secondo la prevalente dottrina, è « necessariamente di esecuzione », e solo « eventualmente di cognizione » (10).

(8) Questa dell'assimilazione sembra infatti l'unica via da seguire per giungere alla dimostrazione dell'ammissibilità: se l'opposizione di terzo nella fase di ottemperanza si ponesse come qualcosa di diverso dall'azione prevista dall'art. 404 comma 1° c.p.c. (e presentasse, poniamo, i caratteri dell'opposizione ex art. 619 c.p.c.), del « fortissimo dubbio di costituzionalità » relativo alla sua mancata previsione dovrebbe essere investita la Consulta.

(9) Questo terzo, infatti, non afferma (come fa chi agisce ex art. 619 c.p.c.) la propria totale estraneità al processo esecutivo, ma al contrario sostiene che avrebbe dovuto essere parte del precorso giudizio.

(10) NIGRO, *Giustizia Amministrativa*, Bologna 1994, 317 s.; PIGA, *L'ottemperanza: giudizio di cognizione o di esecuzione?*, in *Atti Varenna*, Milano 1988, 137 s.; conf. Consiglio di Stato, sez. IV, 13 maggio 1991 n. 805, in *Cons. St.* 1991, I, 940. Non si oppone a questa impostazione CAIANIELLO, Manuale cit., 852. Per la tesi del carattere del giudizio, v. per tutti VILLATA, Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza e attività successiva alla sentenza di annullamento, in *Dir. Proc. Amm.* 1989, 373 s.; per la tesi del carattere cognitorio, PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano 1962, 673 s.

6.2) Il tema del contendere allora si sposta sul vero contenuto del giudicato (punto 3 delle considerazioni di diritto del ricorso del dott. Gambarota).

Vale subito osservare, in proposito, che il giudizio di ottemperanza si è concluso con l'unica soluzione possibile, in quanto coerente con il giudicato del maggio 1993.

Scorrendo gli atti del processo che hanno condotto al giudicato, si scopre:

a) che il dott. Cozzi aveva fin dall'inizio domandato di far valere in suo favore la preferenza assoluta nei riguardi delle sedi da lui indicate in domanda, per prima quella di Procuratore presso la Pretura circondariale, in vista della soppressione delle Preture mandamentali in quanto tali;

b) che il primitivo ricorso al T.A.R. era stato volto a contestare non solo la nomina del dott. Coppola, ma in via presupposta. la determinazione della vacanza di posto di Procuratore;

Se è ben possibile che nell'ottemperanza il giudice sia chiamato semplicemente a garantire l'effettiva esecuzione di sentenze aventi un contenuto talmente puntuale da non richiedere ulteriori specificazioni (ed in casi siffatti non essendovi cognizione, non vi è un « giudizio » vero e proprio a cui il terzo possa dolersi di non aver partecipato), è agevole rendersi conto che proprio in tali casi il problema dell'ammissibilità di un'opposizione di terzo rivolta contro la pronuncia di ottemperanza in pratica non si pone neppure: poiché il pregiudizio sofferto dal terzo trova la sua fonte direttamente nella sentenza passata in giudicato, è contro di essa che sarà rivolta l'opposizione. L'opposizione esperita avverso una decisione di ottemperanza in tanto può avere un senso, in quanto è proprio quella pronuncia che arreca il pregiudizio al terzo, e ciò può accadere solo quando il giudizio di ottemperanza ha effettivamente assunto connotati cognitori, vale a dire quando il giudice non si è trovato di fronte ad una « normativa per il caso concreto », per così dire, preconfezionata, a cui adeguare la realtà fattuale, ma è stato chiamato, per determinare se la P.A. si sia realmente conformata al giudicato o per individuare le modalità di conformazione, a meglio precisare la portata effettiva delle statuizioni ordinarie contenute nella sentenza attuanda, e dunque a contribuire egli stesso alla formazione della regola del caso concreto.

L'ipotesi principale in cui può essere proposta l'opposizione ad una decisione emessa nella fase di ottemperanza si verifica, dunque, quando il giudice, nell'esplicitare la portata del giudicato, abbia dato ad esso un'interpretazione che il soggetto rimasto estraneo al processo di ottemperanza ritenga errata, e da cui può risultare pregiudicato in considerazione della futura conformazione della P.A. o di un intervento sostitutivo del giudice (11).

(11) Altra ipotesi potrebbe verificarsi quando il giudice abbia dichiarato nulli (o annullato) atti amministrativi favorevoli al terzo, ritenendoli in contrasto con il giudicato sulla base di un'interpretazione di questo dallo stesso terzo considerata erronea.

c) che il dott. Cozzi con lo stesso ricorso, aveva invocato il principio della preferenza, per i perdenti posto in forza di soppressione dell'ufficio, ex D.L.vo 31 maggio 1946 n. 511, come interpretato, in termini di preferenza assoluta, dalle circolari del medesimo C.S.M.;

d) che questa Sezione, con la decesione cui risale in giudicato, ha argomentato:

d.1) ricordando la disciplina legislativa del 1946 e la circolare 22 luglio 1988, n. 10271, la quale ultima dispone testualmente nel senso della precedenza assoluta per il magistrato interessato alla soppressione;

d.2) affermando che la vicenda delle Preture mandamentali di cui alla L. 1 febbraio 1989, n. 30, deve essere vista in termini di soppressione di ufficio, come ammesso esplicitamente dal Ministero di grazia e giustizia nella circolare applicativa di detta legge, 20 aprile 1989 n. 1039, prot. 62/4/8/9 (che definisce come soppressione quella delle Preture mandamentali in qualità di ex uffici autonomi) e da risposte a quesiti dello stesso Consiglio superiore;

d.3) deducendo la conseguenza che l'assegnazione a richiesta del dott. Cozzi dovesse avvenire in altro ufficio giudiziario della stessa o di altra sede non compresa fra quelle soppresse su sua richiesta;

d.4) traendo conferma all'esposta soluzione dal richiamo operato nell'art. 6 della L. soppressiva n. 30 del 1989 all'art. 2, terzo comma

---

2. Proprio una tale situazione ha occasionato l'opposizione che il Consiglio di Stato ha dichiarato ammissibile con la sentenza annotata.

La vicenda, in sintesi, si è svolta come segue. Resosi vacante nel 1989 il posto di Procuratore presso la Procura circondariale di Napoli, il Consiglio Superiore della Magistratura aveva preposto all'ufficio il dott. Coppola. Il provvedimento veniva impugnato dal dott. Cozzi, il quale lamentava di essere stato pretermesso nella nomina, nonostante il suo diritto alla preferenza assoluta nei riguardi delle sedi da lui indicate in virtù del principio della preferenza per i perdenti posto in forza di soppressione dell'ufficio, sancito dal d. l.vo n. 511/1946.

Accolto il ricorso con l'annullamento del provvedimento impugnato, e respinto l'appello, si formava il giudicato sulla sentenza n. 545/1993 del Consiglio di Stato.

Successivamente, in elusione del giudicato, il C.S.M. nominava Procuratore presso la Procura circondariale di Napoli il dott. Gambarota.

Non vedendosi nominato, il dott. Cozzi proponeva allora ricorso in ottemperanza, senza peraltro fare alcun cenno alla posizione del dott. Gambarota, cosicché quest'ultimo, anche per un difetto di difesa del C.S.M. che non svolse deduzioni sul punto, rimaneva estraneo al giudizio.

La decisione n. 1074/1994 esplicitava il giudicato disponendo che il C.S.M. provvedesse a nominare il Procuratore presso la Procura di Napoli, e tenesse conto che la posizione del dott. Cozzi non poteva essere messa a raffronto con quella di altri candidati non aventi il diritto di precedenza assoluta.

A questo punto, il dott. Gambarota proponeva un'azione che denominava « incidente d'esecuzione », in realtà riconducibile ad un'opposizione di terzo,

D.L.vo n. 411 del 1946, in cui si finisce per disporre che, ai fini di questo richiamo (cioè ai fini dell'aspettativa del magistrato addetto ad ufficio soppresso di essere assegnato ad altro ufficio della stessa o altra sede), si considera sede di Pretura ciascuno dei comuni compresi nel circondario;

d.5) concludendo che era incontroversa l'assenza di applicazione della preferenza spettante, sebbene ne ricorressero i presupposti di fatto e la loro invocazione da parte dell'interessato.

Ed allora il dato che il Consiglio di Stato abbia annullato « il provvedimento impugnato », al singolare, non è significativo, perché il giudicato si era formato — qui non si deve discutere se a giusto titolo o meno — sul punto che esisteva una situazione di soppressione, che a questa corrispondeva, per legge e circolare, un diritto di preferenza assoluta, almeno nei confronti dei trasferimenti ordinari, e che questo diritto non era stato rispettato.

In sostanza, rettamente la sentenza di ottemperanza ha esplicitato il giudicato nel senso che la posizione del dott. Cozzi non poteva essere messa a raffronto con quella di altri aspiranti non aventi il diritto di preferenza assoluta.

Questo giudicato non può essere messo in discussione, in vista delle inequivocabili espressioni contenute nella sentenza di cui fu chiesta l'ottemperanza.

Né, sotto altro profilo, sarebbe possibile ipotizzare la ridiscussione della controversia su cui si è formato il giudicato di merito.

---

diretta non contro la sentenza attuanda, bensì contro la pronuncia d'ottemperanza: il magistrato, in sostanza, si doleva del fatto che il non aver potuto partecipare al giudizio di ottemperanza gli avesse impedito di prospettare un'esegesi del giudicato diversa da quella accolta dal Consiglio di Stato, nel senso che la posizione del dott. Cozzi, dopo l'annullamento del provvedimento di nomina del dott. Coppola, dovesse essere ulteriormente comparata con quella di altri candidati.

Tale opposizione era ritenuta ammissibile dal Consiglio, in astratto (per le ragioni già esaminate) ed in concreto (poiché era evidente che il dott. Gambarota potesse considerarsi « terzo pregiudicato » dalla pronuncia opposta, visto il legame di dipendenza fra la sua posizione e l'esito della vicenda concernente il dott. Cozzi).

Nel merito, l'opposizione veniva però respinta, sulla base della considerazione che il giudizio di ottemperanza si fosse concluso con l'unica soluzione coerente con il giudicato del 1993: esso, infatti, si era formato anche sul punto che esisteva una situazione di soppressione d'ufficio, e che a questa corrispondeva, in virtù di legge, un diritto di preferenza assoluto in favore del dott. Cozzi, al quale pertanto spettava la nomina ove non fossero concorsi altri candidati in possesso del medesimo titolo di preferenza assoluta.

FEDERICO BASILICA
SEBASTIANO LELIO AMATO

Tanto vale, in primo luogo, perché il dott. Gambarota non lo impugna nemmeno, ma muove solamente da una sua erronea esegesi per prospettare la necessità di comparabilità tra la posizione del dott. Cozzi e quella di altri candidati, esegesi non condivisibile per le ragioni esposte.

In secondo luogo, il dott. Gambarota non poteva essere giusta parte del giudizio concluso con quel giudicato, avendo lo stesso giudizio oggetti posti a monte della situazione a lui pertinente.

6.3) Infine, il giudicato di base non potrebbe essere disconosciuto per il fatto che la deliberazione 15 maggio 1989 di preposizione del dott. Coppola all'ufficio di procuratore circondariale di Napoli era stata annullata a conclusione di una vertenza instaurata con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, proposto da altro magistrato, annullamento questo, intervenuto anteriormente alla conclusione del giudizio interposto dal dott. Cozzi davanti al Giudice amministrativo.

Giova obiettare, in argomento, che la notizia dell'annullamento è stata accennata dal dott. Gambarota e fornita, con riscontri documentali, dal Consiglio superiore solamente in questo giudizio; perciò ben oltre la formazione del giudicato.

Inoltre la medesima notizia, in quanto proveniente da una parte, come il C.S.M., che si è astenuta dal proporre impugnazioni avverso il giudicato di merito, non si può nemmeno interpretare come un'azione mirante alla revocazione, in ogni modo non formalmente dedotta, con il « ricorso » in esame.

Dal punto di vista del dott. Gambarota, pertanto, la deduzione di questa originale situazione procedurale non presenta alcuna utilità; egli stesso assume, comunque, la soluzione (non si comprende bene se del giudicato di base o della sentenza di ottemperanza) sarebbe stata diversa se, però, vi fosse stata una « corretta » difesa del Consiglio superiore, corretta difesa che in fatto non è stata presentata.

Per le considerazioni esposte, il ricorso in incidente di esecuzione, in realtà in opposizione di terzo, deve essere respinto.

I

CONSIGLIO DI STATO, sez. IV, 8 settembre 1995 n. 688 - *Pres.* Iannotta - *Est.* Tumbiolo - Crisonà (avv. Lorenzoni) c. Ministero degli Interni (avv. Stato Rago).

Atto amministrativo - Accesso - Diritto - Diniego.

Atto amministrativo - Atto emanato oltre i termini di legge - Ammissibilità - Giustizia amministrativa - Ricorso proposto per l'accesso ai documenti - Lesione di diritti soggettivi - Decadenza - Inapplicabilità.

Impiego pubblico - Impiegato dello Stato - Fascicolo personale - Visione di atti - Atti inclusi e poi eliminati - Applicabilità.

La pubblica amministrazione, indipendentemente dalla proposizione del ricorso giurisdizionale, conserva il potere di provvedere sia positivamente, sia enunciando un diniego esplicito, e anche in ritardo, sulla richiesta di accesso ai documenti amministrativi, ai sensi della legge 7 agosto 1990 n. 241 (1).

Il ricorso, proposto ai sensi dell'art. 25 di detta legge, è rivolto alla tutela di diritti soggettivi come definiti dall'art. 22, e pertanto non può essere soggetto a termini di decadenza (2).

Il pubblico dipendente, ai sensi dell'art. 29 del d.P.R. 3 maggio 1957 n. 686, può richiedere copia di tutti gli atti del fascicolo personale, anche di quelli che prima sono stati inclusi e poi eliminati (3).

II

CONSIGLIO DI STATO, sez. IV, 23 ottobre 1995 n. 830 - *Pres.* Iannotta - *Est.* Virgilio - Ministero Interno (avv. Stato Macaluso) c. Di Francesco (n.c.).

Atto amministrativo - Accesso ai documenti - Legittimazione - Individuazione.

La legittimazione all'accesso ai documenti amministrativi, ai sensi dell'art. 22 legge 7 agosto 1990 n. 241, è riconosciuta a chiunque possa dimostrare che gli atti del provvedimento abbiano dispiegato o siano idonei a dispiegare effetti diretti o indiretti anche nei suoi confronti, e ciò in modo indipendente dalla esistenza di una lesione della posizione giuridica del richiedente e della sua attuabilità.

I

1. L'Amministrazione resistente ha preliminarmente eccepito la tardività del ricorso di primo grado (con il quale è stato impugnato il diniego esplicito di accesso ai documenti richiesti, comunicato all'appellante in data 2 giugno 1994) dopo che erano trascorsi trenta giorni (termine previsto dall'art. 25, comma 5, della l. n. 241 del 1990) dalla forma-

(1-3) Questa giurisprudenza segna una tappa importante sulla interpretazione evolutiva della legge n. 241 del 1990, qualificando come diritto soggettivo le ragioni del richiedente l'accesso, non sottoposte pertanto a termine di decadenza perché prescinde dalla (eventuale) connessione con altro interesse sostanziale che possa giustificare la richiesta documentazione.

La legge n. 241 è ampiamente esaminata e interpretata da A. CINGOLO. *Brevi note in materia di profili processuali dell'accesso ai documenti amministrativi ex lege n. 241/90*, in questa *Rassegna*, 1992, I, 94.

zione, ai sensi del comma 4 dello stesso art. 25, del silenzio-rifiuto sulla richiesta dell'interessato in data 2 aprile 1994.

Assume l'Amministrazione che nessuna efficacia, se non meramente confermativa, può essere data alla tardiva comunicazione dell'atto, avvenuta in data 2 giugno 1994, dopo un mese che si era già formato il silenzio-rifiuto avverso il quale era onere del ricorrente proporre tempestivamente l'azione prevista dall'art. 25 l. n. 241 del 1990.

L'eccezione va disattesa.

A parte le considerazioni che saranno svolte nel successivo punto 2 in ordine al caso di specie, va subito evidenziato, in via generale, che il provvedimento esplicito di diniego di accesso ai documenti amministrativi non può considerarsi atto confermativo del rifiuto « tacito » già intervenuto.

Quest'ultimo non comporta l'impugnativa di un atto autoritativo o comunque un giudizio circa un atto autoritativo, ma consiste in un comportamento silenzioso dell'amministrazione, al quale la legge attribuisce il valore legale tipico di diniego di una istanza o richiesta indirizzatale.

In caso di gravame, il giudizio si conclude, nella maggior parte dei casi, con una sentenza dichiarativa: peraltro, il giudice amministrativo ha sempre la possibilità di verificare se — indipendentemente dalla censura di difetto di motivazione — sussistevano nella specie motivi idonei a giustificare il diniego ricollegato dalla legge al silenzio.

Tuttavia, in materia di accesso ai documenti amministrativi, « il rifiuto » la limitazione o il differimento dell'accesso richiesto in via formale sono motivati, a cura del responsabile del procedimento di accesso, con riferimento specifico alla normativa vigente, alla individuazione delle categorie di cui all'art. 24, comma 4, della l. 7 agosto 1990, n. 241, alle circostanze di fatto per cui la richiesta non può essere accolta così come proposta » (art. 7 comma 1, D.P.R. 27 giugno 1992, n. 352).

Quindi, il gravame avverso il silenzio-rifiuto può importare, ove difettino i presupposti per ordinare l'esibizione del documento (o dei documenti), art. 25, comma 6, l. 7 agosto 1990 n. 241, una decisione dichiarativa dell'obbligo dell'Amministrazione di decidere, motivando il suo eventuale diniego nei modi stabiliti dalla normativa.

È pacifico, d'altra parte, che la stessa Amministrazione, indipendentemente dalla proposizione di un ricorso giurisdizionale, conserva il potere di provvedere sia positivamente, sia enunciando un diniego esplicito. Anche in ritardo, può sempre pronunciarsi in modo esplicito sulla richiesta di accesso ai documenti amministrativi.

Ora, nei casi in cui l'Amministrazione adempia ad un suo preciso obbligo oltre i termini di legge, non può non ammettersi che il richiedente possa impugnare il provvedimento esplicito, anche se non ha proposto, a suo tempo, ricorso avverso il silenzio-rifiuto.

A parte il fatto che sarebbe del tutto irragionevole e iniqua la penalizzazione del cittadino richiedente, va ribadito che il provvedimento esplicito di diniego non può essere considerato atto confermativo del rifiuto tacito già intervenuto.

Il provvedimento intervenuto comporta un « *quid novi* » rispetto al silenzio-rifiuto, che abilita senz'altro l'interessato alla relativa impugnazione, anche se non ha proposto ricorso avverso il silenzio-rifiuto.

Appare inconcepibile che, in un sistema chiaramente ispirato ad una sempre più marcata parità tra cittadino ed amministrazione, il solo fatto di avere optato per la pronuncia esplicita, nel lodevole intento di evitare un giudizio avverso un mero comportamento silenzioso dell'Amministrazione, determini per il ricorrente il rischio elevato — nella vana attesa di una pronuncia esplicita — di non fare attenzione al decorso del termine per impugnare il silenzio-rifiuto e di precludersi così ogni altra possibilità di tutela.

Così, non appare possibile, sul piano della tecnica interpretativa, ricondurre alla nozione di « atto confermativo » il provvedimento esplicito di diniego, comunicato dopo lo scadere del trentesimo giorno (ex art. 25, comma 4, l. n. 241 del 1990), provvedimento che a differenza ovviamente del « diniego tacito » confermato, reca, per la prima volta, una motivazione con un esame reale della richiesta di accesso.

Va, per ultimo, richiamato l'art. 25, comma 5, della l. n. 241, il quale consente il ricorso giurisdizionale non soltanto contro il silenzio-rifiuto, ma anche contro tutte le determinazioni amministrative concernenti il diritto di accesso, senza subordinare, ovviamente, il ricorso contro queste ultime (ove tardive) alla pendenza di un giudizio avverso il silenzio-rifiuto.

2. Nel merito, l'appello è fondato.

Ai sensi dell'art. 29, primo comma, del D.P.R. 3 maggio 1957, n. 686, « l'impiegato può chiedere all'ufficio del personale di prendere visione degli indici del fascicolo personale e può ottenere altresì che gli siano rilasciati a sue spese estratti dello stato matricolare o copie degli atti cui abbia diritto ».

Tali atti, in assenza di maggiori specificazioni, non possono non essere anche tutti quelli che, legittimamente o no, siano stati inclusi nel fascicolo personale, ancorché siano stati poi eliminati, dato che, per il solo fatto della loro presenza nel fascicolo, essi hanno avuto potenziale capacità di incidere sulla carriera dell'impiegato, senza che al riguardo possa essere opposto all'interessato il segreto d'ufficio previsto dall'art. 15 D.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3, atteso il suo diritto di ottenere copie degli atti stessi (Cons. St. Sez. VI, 14 luglio 1988, n. 928).

L'appellante, titolare di siffatto diritto soggettivo, ha correttamente donato la sua richiesta secondo il procedimento introdotto dagli artt. 22

e segg. della l. n. 241 del 1992 e del relativo regolamento emanato con D.P.R. n. 352 del 1992. Ha precisato di essere « Agente Scelto della Polizia di Stato », facendo con ciò implicito riferimento all'art. 29 del D.P.R. n. 686 del 1957.

In ogni caso, trattasi di diritto soggettivo in materia di pubblico impiego e, sempre come diritto soggettivo, rientrante nella disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi (art. 22 e segg. l. n. 241 del 1990). E, sia per l'uno che per l'altro aspetto, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Trattasi quindi di controversia che non comporta l'impugnativa di un atto autoritativo e l'osservanza del termine di decadenza. E ciò in virtù di due distinte — ma convergenti — norme di legge; l'art. 29 del D.P.R. n. 686 del 1957 e l'art. 22 della l. n. 241 del 1990.

L'Amministrazione sostiene che l'appellante non poteva utilizzare lo speciale procedimento giurisdizionale dell'art. 25 l. n. 241, che gli ha consentito di beneficiare dei brevissimi termini previsti dalla stessa legge, a danno di molte migliaia di altri cittadini che, in presenza di atti negativi della P.A., si rivolgono al giudice amministrativo nella via ordinaria ed ottengono giustizia nei limiti di tempo consentiti dall'enorme carico di giudizi attualmente pendenti. Come se il signor Crisonà avesse voluto eludere le procedure superando scorrettamente molte migliaia di persone che attendono l'esito di ricorsi pendenti.

È appena il caso di osservare che trattasi di affermazione priva di qualsiasi fondamento.

Nel caso di specie, trattasi di un dipendente dello Stato che chiede copie di atti del suo fascicolo personale e, poiché esiste una legge che facilita l'accesso ai documenti amministrativi, è più che naturale che sia stata avanzata una richiesta di rilascio ai sensi della l. n. 241. Non si può certo ammettere che l'ingiustificato ritardo o rifiuto dell'amministrazione debba costringere l'interessato ad attendere i tempi tecnici per l'esito definitivo di un giudizio ordinario.

Trattandosi di un diritto soggettivo del pubblico dipendente, non era neppure necessaria una particolare motivazione della domanda di accesso.

Il dipendente vanta infatti una posizione giuridicamente tutelata alla conoscenza degli atti contenuti nel suo fascicolo personale. L'interesse serio (personale e concreto) del ricorrente ad avere accesso a tali atti è *in re ipsa*, nella circostanza, cioè, di essere un pubblico dipendente.

Non si può certo parlare di interesse emulativo, né riconducibile a mera curiosità. Ma, anche se l'interesse del dipendente fosse finalizzato ad una mera ricognizione storica degli atti che lo riguardano, non potrebbe essergli ugualmente negato l'accesso in presenza del diritto sancito dall'art. 29 del D.P.R. n. 686 del 1957.

E ciò a prescindere dal fatto che possa o meno scaturire, dall'esame dei documenti, un'azione giurisdizionale.

L'interesse alla esibizione di atti va valutato in astratto, senza che possa essere operata, con riferimento al caso specifico, alcuna valutazione in ordine alla fondatezza o ammissibilità della domanda giudiziale che l'interessato potrebbe eventualmente proporre.

3. L'appello va perciò accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso proposto in primo grado dal signor Giovanni Crisonà e va ordinato all'Amministrazione di rilasciare al medesimo copie dei documenti in materia disciplinare contenuti nel suo fascicolo personale.

CONSIGLIO DI STATO, sez. IV, 30 settembre 1995 n. 792 - *Pres.* Iannotta - *Est.* Giaccardi - M.G. srl c. Capelli, comune di Milano ed altri.

Giustizia amministrativa - Appello - Interventori ad « opponendum » in primo grado - Difetto di impugnazione della p.a. resistente - Rimessione all'Adunanza Plenaria.

Va rimessa all'Adunanza Plenaria la questione relativa alla sussistenza della legittimazione ad impugnare la sentenza di primo grado da parte degli interventori ad opponendum allorché non sia stato proposto appello dalla P.A. resistente (1).

(*Omissis*) 1. Con il ricorso di primo grado sono stati impugnati gli atti di adozione ed approvazione della variante al P.R.G. di Milano riguardante la zona speciale 22 denominata « Garibaldi-Repubblica », nonché, ove occorra, la deliberazione di approvazione del Piano di inquadramento operativo (P.I.O.), relativo alla medesima zona.

2. Gli originari ricorrenti sono: il Consiglio di zona, due condominii, una società che gestisce impianti di intrattenimento ed ottanta persone fisiche che si dichiarano residenti nella zona interessata dalla variante o in zone limitrofe.

La sentenza di primo grado ha negato la legittimazione attiva del Consiglio di zona e dei due condomini (pronunziandosi esplicitamente con riguardo ad uno solo di essi, ma con argomentazioni riferibili ad entrambi); ha invece riconosciuto la legittimazione attiva dell'impresa e dei privati cittadini.

---

(1) La questione esaminata è stata decisa, come rilevasi dalla motivazione, in modo contrastante, e quindi esattamente si è in attesa della pronuncia dell'Adunanza Plenaria.

Le relative statuizioni non hanno formato oggetto di impugnazione da parte delle odierne appellanti, società M.G. e Residenza Francesca, e sono quindi coperte da giudicato. È conseguentemente precluso al collegio il riesame della questione relativa ad asserito difetto di legittimazione dei residenti non proprietari, sollevata nel presente grado di giudizio soltanto da due parti intervenienti *ad adiuvandum* (Ferrovie dello Stato e CO.DE.MI).

3. È invece devoluta all'esame della Sezione, ed assume carattere logicamente pregiudiziale rispetto ad ogni altro profilo in rito ed in merito, la questione relativa alla legittimazione attiva all'appello delle società M.G. e Residenza Francesca, già intervenute *ad opponendum* nel giudizio dinanzi al T.A.R., stante la mancata impugnazione della sentenza ad iniziativa delle parti principali (Comune di Milano e Regione Lombardia) già resistenti in primo grado ed ivi rimaste soccombenti.

In stretta connessione con la questione pregiudiziale suindicata, viene poi all'esame quella relativa alla eventuale configurabilità, in capo alle medesime società appellanti e agli altri proprietari di aree comprese nella variante che beneficiano di diritti edificatori (taluni dei quali intervenuti *ad adiuvandum* nel presente grado di giudizio), della veste di soggetti controinteressati, a cui il ricorso in primo grado avrebbe dovuto essere notificato a pena di inammissibilità.

Si deve premettere che, a differenza di quanto sopra precisato con riguardo alla questione relativa alla legittimazione attiva dei ricorrenti in primo grado, i due profili che vengono ora in discussione non risultano coperti da giudicato.

Non lo è, ovviamente, la questione relativa alla legittimazione all'appello, estranea per definizione al contenuto precettivo della decisione resa dal T.A.R., questa essendo necessariamente limitata ai presupposti e alle condizioni processuali pertinenti a quel grado di giudizio, e non potendo interferire, in via preventiva, in ordine a presupposti e condizioni propri di un (eventuale) grado ulteriore. In tal senso, deve disattendersi l'assunto formulato in memoria difensiva aggiuntiva dall'appellante M.G., con il quale si pretende di inferire dal capo di decisione di primo grado — non impugnato in via incidentale —, che ha riconosciuto la legittimazione attiva all'intervento della stessa M.G. e della Residenza Francesca, in ragione della riconosciuta titolarità di un interesse sostanziale, diretto e personale, alla conservazione degli atti impugnati, conseguenze preclusive all'esame della ben diversa questione relativa alla idoneità del suddetto interesse sostanziale a radicare la legittimazione all'appello delle medesime società.

Neppure sussiste, d'altro canto, alcuna preclusione processuale all'esame della questione relativa all'integrità del contraddittorio di pri-

mo grado, in ragione dell'asserita esistenza di controinteressati non intimati, sebbene manchi la deduzione di una specifica censura in tal senso nell'atto di appello. Poiché infatti la decisione di primo grado ha totalmente omesso di pronunciarsi sul punto, ben può il giudice d'appello esaminare la questione anche d'ufficio, ovvero, come nella specie, a seguito di sollecitazione da parte degli interventori nel presente grado di giudizio (Ferrovie dello Stato, CO.DE.MI. e Impresa Rambelli).

4. Lo stato attuale della giurisprudenza in materia di identificazione delle parti private legittimate all'appello di sentenze del giudice amministrativo che, in accoglimento del ricorso di primo grado, abbiano annullato il provvedimento ivi impugnato, può essere così sintetizzato.

Secondo un orientamento più risalente nel tempo, da cui tuttavia questa sezione non si è, almeno dichiaratamente, mai discostata, la legittimazione compete soltanto alle parti sostanziali necessarie del giudizio di primo grado, e quindi, in particolare, ai controinteressati che siano direttamente contemplati dall'atto impugnato o che siano, in base ad esso, facilmente identificabili indipendentemente dalla circostanza che sia stato ad essi, o meno, notificato il ricorso introduttivo, o che gli stessi si siano, o meno, costituiti in giudizio (Cons. Stato, IV, 8 ottobre 1985, n. 414: 10 maggio 1988, n. 388; 19 ottobre 1989, n. 703; 18 novembre 1989, n. 801; 9 gennaio 1991, n. 18: 15 febbraio 1991, n. 108; 27 maggio 1991, n. 463; 9 ottobre 1991, n. 790; VI, 19 febbraio 1986, n. 19; 7 luglio 1986, n. 495; 29 settembre 1987, n. 785; 25 marzo 1991, n. 361; Cons. Giust. Sic., 28 maggio 1985, n. 68; 19 febbraio 1986, n. 19).

Secondo un più recente orientamento, in particolare della quinta e sesta sezione, la legittimazione ad appellare deve invece essere riconosciuta anche ai soggetti che, pur non essendo controinteressati in senso proprio, siano non di meno portatori di un interesse legittimo, e cioè di una posizione soggettiva di vantaggio, differenziata e qualificata, in ordine ad un bene della vita dipendente dal potere amministrativo a cui quel bene è soggetto, ma dotata di autonomia (Cons. Stato, V. 13 aprile 1989, n. 215; 11 aprile 1990, n. 372; 21 gennaio 1992, n. 72; 15 giugno 1992, n. 558; 22 febbraio 1993, n. 275; 7 maggio 1994, n. 447; 23 luglio 1994, n. 805; 26 novembre 1994, n. 1381; VI, 28 maggio 1993, n. 388; 15 luglio 1993, n. 535).

Conviene qui rilevare — sia pure incidentalmente, trattandosi di profilo non direttamente rilevante nel presente giudizio — che una parte delle decisioni da ultimo citate sembra abbinare il criterio di legittimazione sostanziale ivi enunciato ad un criterio formale, rappresentato dalla partecipazione del soggetto al giudizio di primo grado in qualità di interveniente *ad opponendum*. Altre decisioni (cfr., in particolare, sez.

VI, n. 535/1993 e sez. V, n. 447/1994 e 1381/1994) prescindono invece dichiaratamente dalla circostanza che il soggetto abbia, o meno, assunto la qualità di parte formale nel giudizio di primo grado, ritenendo a tal fine sufficiente la qualità di parte sostanziale, derivante dalla titolarità di una situazione soggettiva di interesse protetto sfavorevolmente incisa da una pronuncia giurisdizionale, ancorché resa *inter alios*.

Tale orientamento è stato, da ultimo, riaffermato in motivazione, e convalidato nella sostanza, dalla sentenza della Corte Costituzionale, 17 maggio 1995, n. 177, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 36 e 28 della l. n. 1034/1971 nella parte in cui non prevedono l'opposizione di terzo ordinaria fra i mezzi di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato e dei Tribunali Amministrativi Regionali passate in giudicato. L'effetto della decisione costituzionale è, invero, nel senso di un ulteriore ampliamento della sfera di tutela giurisdizionale offerta ai soggetti titolari di interessi sostanziali direttamente coinvolti nella controversia amministrativa, a prescindere dalla circostanza che gli stessi abbiano assunto, o meno, formalmente la veste di parte nei precedenti gradi di giudizio.

Può, infine, ritenersi pacifico l'orientamento giurisprudenziale che nega la legittimazione ad appellare al mero interventore adesivo — sia *ad adiuvandum* che *ad opponendum* — che non sia titolare di una posizione soggettiva sostanziale giuridicamente od autonomamente tutelata, ma soltanto di un interesse di fatto, dipendente da quello della parte principale cui l'intervento accede, salvo per quanto attiene ai capi della sentenza di primo grado che si siano pronunziati sull'ammissibilità dell'intervento e sulle spese del giudizio (Cons. Stato, IV, 19 ottobre 1989, n. 703; 18 novembre 1989, n. 801; 15 febbraio 1991, n. 108; 14 aprile 1993, n. 430; V, 4 maggio 1979, n. 223; 16 marzo 1995, n. 416; Cons. Giust. Sic. 28 maggio 1985, n. 68 e 16 novembre 1985, n. 181).

Il fondamento logico-giuridico di tale orientamento giurisprudenziale risiede, come noto, nel riconoscimento in capo all'interventore adesivo di una posizione soggettiva meramente accessoria e subordinata rispetto a quella della corrispondente parte principale, in quanto tale tutelabile solo in via derivata e riflessa, fin tanto che gli interessi direttamente coinvolti in giudizio non abbiano trovato definitiva composizione. Ne deriva che ove le parti principali soccombenti in primo grado abbiano — come nella specie — prestato acquiescenza alla decisione sfavorevole, non interponendo appello, non può riconoscersi alle parti accessorie la facoltà di rimettere in discussione la *res controversa*, mediante autonoma impugnazione (cfr., in termini, Cons. Stato IV, 17 gennaio 1978, n. 13).

CONSIGLIO DI STATO, sez. IV, 23 ottobre 1995 n. 831 - *Pres.* Iannotta - *Est.* Ferrari - ANAS (avv. Stato Cesaroni) c. Cardinale.

Impiego pubblico - Svolgimento di mansioni superiori - Retribuibilità - Formale provvedimento - Necessità.

Impiego pubblico - Svolgimento di mansioni superiori - Stipendi e assegni - Art. 2126 c.c. - Inapplicabilità.

Ai sensi dell'art. 51 legge 27 febbraio 1958 n. 119, il diritto del dipendente dell'Azienda nazionale autonoma strade-ANAS alle differenze retributive in conseguenza di superiori mansioni svolte presuppone il conferimento di dette mansioni con formale provvedimento, intendendosi per tale quello emanato dall'autorità competente a deliberare circa la promozione alla qualifica di cui si tratta.

In tema di retribuibilità delle mansioni superiori svolte nell'ambito del pubblico impiego, non può trovare applicazione l'art. 2126 c.c., che ha riguardo alle mansioni da considerarsi svolte in via di fatto in conseguenza del sopravvenuto annullamento dell'atto di nomina.

(*omissis*) 1. Nell'atto introduttivo del giudizio l'odierno appellato, dipendente dell'A.N.A.S. con qualifica di cantoniere (IV livello), aveva chiesto al T.A.R. che l'Amministrazione di appartenenza fosse condannata a corrispondergli la retribuzione spettante al capo cantoniere (V livello) per aver svolto le relative funzioni a seguito di ordine servizio del Capo compartimento. A fondamento della propria pretesa l'originario ricorrente aveva richiamato sia il principio giurisprudenziale, secondo il quale il pubblico dipendente ha diritto al trattamento economico corrispondente alle superiori mansioni svolte « quando l'Ente di appartenenza abbia, con formale provvedimento, conferito al dipendente stesso le dette mansioni » (pag. 2 del ricorso), sia l'art. 51 l. 27 febbraio 1958 n. 119 (applicabile al personale dell'A.N.A.S. per effetto del rinvio ad esso operato dall'art. 57 L. 7 febbraio 1961 n. 59) per il quale « al dipendente incaricato dell'esercizio di funzioni proprie della qualifica superiore spetta, dopo i primi mesi fino alla durata dell'incarico, lo stesso trattamento economico che gli sarebbe spettato qualora fosse stato promosso alla qualifica superiore » (pag. 3 del ricorso).

Su questo punto — e cioè sull'esistenza nella specie di un formale provvedimento d'incarico adottato sulla base ed in applicazione di una specifica previsione legislativa — si è svolto innanzi al T.A.R. il contraddittorio fra l'originario ricorrente e l'Amministrazione intimata, la quale ultima ha impostato infatti la propria difesa sulla contestazione, in fatto e in diritto, dell'unico presupposto sul quale il primo aveva fondato la propria pretesa, e cioè l'esistenza di un provvedimento che, ai sensi della normativa richiamata dall'interessato, assumesse connota-

zioni di atto formale attributivo di mansioni superiori (pag. 3 della memoria difensiva del 7 febbraio 1992).

Muovendo sulla base dell'impostazione data dalle parti in causa alla materia del contendere il T.A.R. ha accolto il ricorso ed ha riconosciuto il diritto del ricorrente alle differenze retributive pretese (eccezion fatta per i periodi coperti da prescrizione), con interessi e rivalutazione monetaria, « sussistendo sia una *specifica previsione normativa* e sia un *formale conferimento d'incarico* » (pag. 8 della impugnata sentenza).

L'impostazione originaria data dalle parti in causa alla materia del contendere e la decisione su di essa assunta dal primo giudice segnano ovviamente il confine entro il quale il giudice di appello è legittimato a svolgere il proprio sindacato di legittimità, risultando ininfluenti al fine del decidere eventuali argomentazioni svolte dal T.A.R. a sostegno della decisione assunta, ove risultanti estranee o, comunque, non pertinenti rispetto al *thema decidendum*, così come sopra individuato.

2. Esaminati gli atti di causa il Collegio esprime l'avviso che l'appello dell'A.N.A.S. debba essere accolto, risultando fondato ed assorbente il primo motivo d'impugnazione, con il quale l'Azienda contesta la premessa dalla quale il T.A.R. è partito nel suo argomentare, e cioè l'esistenza di un atto formale d'incarico conferito all'interessato sulla base ed in applicazione di una specifica norma di legge.

L'art. 51 L. n. 119 del 1958 riconosce infatti il diritto del dipendente alle differenze retributive in conseguenza delle superiori mansioni svolte ma, nel condizionarlo (come riconosciuto anche all'originario ricorrente) all'esistenza di un formale provvedimento d'incarico, espressamente chiarisce che è tale solo quello conferito dalla stessa Autorità che « sarebbe competente a deliberare circa la promozione alla qualifica di cui si tratta ». Per quanto riguarda il personale dell'A.N.A.S. non è contestabile che l'organo in questione è il Consiglio di amministrazione sicché nella specie, contrariamente a quanto sostenuto dall'originario ricorrente e condiviso dal T.A.R., è improprio e comunque non pertinente il richiamo al suddetto art. 51 per assegnare all'ordine di servizio del Capo compartimento connotazioni di atto legittimamente attributivo di mansioni superiori e delle connesse differenze stipendiali.

D'altro canto, anche a prescindere dall'inequivoco tenore letterale del cit. art. 51, è assorbente la considerazione che l'atto d'incarico, giustificativo della pretesa al relativo trattamento economico, è solo quello imputabile all'organo che, secondo l'ordinamento delle singole Amministrazioni, è competente a conferirlo. Ed invero, alla base di questa conclusione, pacifica nella giurisprudenza del giudice amministrativo, è una duplice esigenza: da un lato evitare che l'attribuzione degli incarichi risulti svincolata dai meccanismi selettivi a mezzo dei quali deve avvenire la progressione in carriera del pubblico dipendente e rimessa

invece alla libera scelta (se non all'arbitrio) del superiore gerarchico; dall'altro lato offrire tutela effettiva al principio di certezza della spesa pubblica, il quale non può tollerare che quest'ultima lieviti in conseguenza di iniziative non autorizzate di singoli dipendenti o al di fuori del controllo preventivo degli organi competenti.

Né può essere seguito il T.A.R. allorché oppone che questa conclusione, tendente a lasciare immune la singola Amministrazione da iniziative assunte dai propri dirigenti al di fuori degli schemi legali, comporterebbe un evidente pregiudizio per il dipendente, al quale non sarebbe consentito di sottrarsi agli ordini di servizio impartiti dai diretti superiori.

L'osservazione è a prima vista suggestiva, ma ad un esame attento tradisce la sua intrinseca debolezza.

L'ordinamento dell'Amministrazione di appartenenza deve infatti ritenersi noto al personale dipendente.

Quest'ultimo non può quindi ignorare che l'Amministrazione delibera sulla base di moduli procedimentali diversi, l'accesso ai quali è consentito solo agli organi investiti di attribuzioni riferibili alla determinazione che di volta in volta deve essere assunta.

Segue da ciò che ogni pubblico dipendente, specie ove sia destinatario di un ordine a durata indeterminata, ha sempre la possibilità di chiedere che l'ordine ricevuto dall'organo incompetente, al quale ha iniziato a dare esecuzione, sia ratificato ovvero annullato da quello che secondo l'ordinamento (a lui noto) è competente ad adottarlo.

Aggiungasi che l'ordinamento pone a disposizione dell'interessato gli strumenti, anche di natura giudiziaria, utili per reagire all'eventuale silenzio serbato dall'Amministrazione sulla sua istanza.

3. Le considerazioni fin qui svolte sono di per sé sole sufficienti all'accoglimento dell'appello, risultando *ictu oculi* l'erroneità della premessa sulla quale il T.A.R. ha fondato la propria decisione.

È ben vero che nella stesura della sentenza il primo giudice sembra essersi prefigurato le possibili obiezioni alle conclusioni che si accingeva ad adottare, ma le argomentazioni svolte al riguardo, oltre a risultare contraddittorie rispetto al *decisum*, come esattamente evidenziato dall'Azienda appellante, risultano non pertinenti rispetto al *thema decidendum*.

Ed invero, una volta accertato incontestabilmente che il ricorrente non era titolare di un incarico formalmente ricevuto dall'unica Autorità autorizzata dalla norma a conferirlo (il Consiglio di amministrazione), è inconferente la circostanza che l'ordine di servizio del Capo compartimento sarebbe stato ratificato dalla Direzione generale. Ed invero, anche a prescindere dal fatto che di tale circostanza l'interessato

ha fatto cenno solo nell'atto di diffida e messa in mora, e non anche nell'atto introduttivo del giudizio, e che di essa non ha comunque fornito neppure un inizio di prova, è assorbente la considerazione che la Direzione generale non era legittimata a sostituirsi al Consiglio di amministrazione in compiti che rientravano nell'esclusiva competenza di quest'ultimo e che pertanto l'asserito suo intervento ratificatorio non era in grado di assegnare all'ordine di servizio del Capo compartimento connotazioni di atto formale di conferimento d'incarico, come prefigurato dal cit. art. 51. Detta norma, come qualsiasi norma giuridica, va infatti letta nella sua interezza, e non può essere richiamata solo nella parte che sembrerebbe dare fondamento ad una certa tesi, considerando *tamquam non essent* le parti ulteriori che, se lette congiuntamente alla prima, condurrebbero inevitabilmente a conclusioni opposte.

4. Non è neppure pertinente, al fine del decidere, il richiamo finale fatto dal T.A.R. all'art. 2126 c.c. E ciò almeno per due ragioni: *a*) innanzi tutto perché, una volta affermata l'esistenza di una « norma *ad hoc* » (il cit. art. 51), sulla quale l'originario ricorrente legittimamente fonderebbe la propria pretesa ad essere retribuito in ragione dell'incarico formale ricevuto, è contraddittorio il richiamo all'art. 2126 c.c., il quale ha riguardo alle mansioni da considerarsi svolte in via di fatto in conseguenza del sopravvenuto annullamento dell'atto di nomina o del contratto di assunzione. Come si è avuto modo di ricordare *sub* 1), l'originario ricorrente non ha mai fatto riferimento a mansioni superiori svolte in via di fatto, bensì a mansioni superiori da lui esplicate in ottemperanza ad un ordine di servizio che, secondo la sua prospettazione, il Capo compartimento era competente ad adottare ai sensi del cit. art. 51 e di cui, conseguentemente, non ha mai chiesto l'annullamento; in secondo luogo perché l'art. 2126 c.c. è norma residuale che può trovare applicazione solo nei settori del pubblico impiego nei quali manchi una disciplina specifica per lo svolgimento delle mansioni superiori. Nell'ordinamento del personale dell'A.N.A.S. detta disciplina invece esiste e tutela adeguatamente e compiutamente le esigenze sia dell'Azienda che del personale dipendente, individuando un presupposto di retribuibilità (l'incarico conferito dall'organo competente), che soddisfa in egual misura le ragioni sia dell'una che dell'altro.

Segue da ciò che, in presenza di una norma *ad hoc*, che compiutamente regola la materia *de qua*, il richiamo al cit. art. 2126 c.c., oltre a risultare ultroneo per le ragioni già dette, si traduce in un inammissibile tentativo di eludere la disciplina che essa detta e di raggiungere, per altra via, un risultato che la norma in questione consente solo nel concorso di determinate condizioni, legittimamente imposte.

5 L'appello deve pertanto essere accolto.

CONSIGLIO DI STATO, sez. VI, 19 gennaio 1995 n. 41- *Pres.* Imperatrice - *Est.* Virgilio - Recca (avv. Rienzi) c. Società Italiana Autori ed Editori - S.I.A.E. (avv. Lubrano e Tomaselli) e Presidenza del Consiglio dei Ministri (avv. Stato Polizzi).

Giustizia amministrativa - Esecuzione del giudicato - Giudizio di ottemperanza - Termine per l'adempimento - Perentorietà - Atti adottati dall'Amministrazione dopo la scadenza - Possono essere confermati.

In sede di ottemperanza, il giudice amministrativo ha una giurisdizione estesa al merito, ex art. 27 n. 4 del t.u. n. 1054/1924: pertanto, ha la possibilità di sostituirsi all'Amministrazione, direttamente o nominando un commissario ad acta, in tutti i poteri di valutazione e di scelta ad essa demandati. Il termine per l'adempimento fissato dal giudice dell'ottemperanza ha carattere perentorio: al suo spirare l'Amministrazione perde il potere di provvedere e questo viene esercitato dal giudice direttamente o per il tramite di un suo ausiliario. Gli atti emessi dall'Amministrazione dopo la scadenza del termine non sono però da considerarsi radicalmente nulli: il giudice può confermarli quando idonei a soddisfare pienamente l'interesse dell'avente diritto. (1)

Il ricorrente premette di avere ottenuto la decisione n. 97/92, che ha annullato le elezioni di organi di gestione della SIAE ed altri atti, nonché la decisione n. 77/94 che, decidendo sul ricorso per l'ottemperanza, avrebbe fissato taluni principi per l'esecuzione del giudicato.

L'annullamento pertanto avrebbe travolto tutti gli atti e delibere, nonché tutti gli organi, direttamente e/o indirettamente emessi e/o derivati dagli organi annullati e perciò sarebbe elusivo del giudicato con-

---

(1) **Le nuove frontiere del giudizio di ottemperanza e il termine per l'esecuzione del giudicato.**

1. Sebbene il nucleo centrale della decisione che si commenta sia incentrato sulla natura del termine di adempimento fissato dal giudice dell'ottemperanza all'Amministrazione, che non si sia spontaneamente « conformata » al giudicato, rimuovendo la situazione antigiuridica accertata dal giudice, la complessa *querelle*, relativa al conflitto tra « iscritti » (i cd. « parenti poveri » della Società) e « soci » (la cui posizione di preminenza nella gestione della SIAE è stata ritenuta illegittima dal G.A.), offre al Consiglio di Stato l'occasione per precisare alcuni importanti principi sull'ampiezza dei poteri decisori del giudice dell'ottemperanza, in quanto giudice con cognizione « estesa al merito ».

L'elaborata sentenza resa dalla Sesta Sezione sollecita pertanto una rivisitazione della complessa problematica posta dal giudizio di ottemperanza, che è istituto centrale nel sistema di giustizia amministrativa, non a torto definito il vero « banco di prova » della capacità dell'ordinamento processuale di ga-

sentire agli stessi organi annullati e/o da questi derivanti di ottemperare dal giudicato medesimo. Il ricorrente rileva inoltre che l'Amministrazione deve ottemperare al giudicato nel termine di 180 giorni dalla decisione citata n. 77/94. In proposito la presidenza del Consiglio dei Ministri avrebbe deliberato un primo D.P.R. 20/7/1993, di poi il D.P.R. 4/1/1994 ed infine il D.P.R. 22/2/1994, con i quali ultimi ha nominato un commissario straordinario per l'ottemperanza suddetta, dichiarando decaduti retroattivamente gli organi della SIAE, ivi compreso il Presidente e il Direttore Generale, e ciò a seguito proprio della decisione n. 77/94, che aveva già annullato il D.P.R. 20/7/1993.

Tali due ultimi decreti di presunta ottemperanza al giudicato sarebbero peraltro anche essi elusivi del giudicato stesso e dovrebbero essere dichiarati nulli, procedendosi alla nomina di un commissario che provveda in conformità ai principi enunciati nelle anzidette decisioni.

In buona sostanza il ricorrente lamenta che la scelta del Commissario sia caduta su persona che ricopriva in passato la carica di presidente dell'ente e cioè organo la cui designazione doveva ritenersi illegittima secondo le decisioni citate in epigrafe.

Egli sottolinea poi tutta una serie di aspetti e considerazioni per cui al M° Vlad doveva negarsi la necessaria indipendenza ed imparzialità

---

rantire un'effettiva tutela ai privati lesi nei loro interessi sostanziali dall'azione della pubblica amministrazione (1).

Di ciò è sempre più consapevole la giurisprudenza, cui si deve l'elaborazione dell'istituto e la sua trasformazione — nonostante l'esiguità della disciplina normativa — in uno strumento di tutela agile e tendenzialmente satisfattivo (2).

L'evoluzione non è compiuta e procede non senza contrasti, frenata dalla preoccupazione che il giudice amministrativo, attraverso le ampie possibilità di intervento anche sostitutivo (quale giudice dell'ottemperanza) nello stesso campo d'azione della P.A., possa arrecare un grave « vulnus » all'ordinamento giuridico, provocando un'« indebita confusione di poteri e di funzioni » (3). Ma si tratta di un'evoluzione che difficilmente potrà arrestarsi, giacché in suo favore operano importanti fattori (ai quali qui può solo riservarsi un cenno): il dogma della necessaria separazione dei poteri perde sempre più terreno in favore di una concezione più moderna che ne ammette la possibile integrazione;

(1) L'espressione è di LUCE, *Ancora sul giudizio di ottemperanza*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1995, 801.

(2) Per una chiara e completa ricostruzione della storia dell'istituto, si rinvia a CARAMAZZA e RUSSO, *Effettività della tutela: ottemperanza*, in questa *Rassegna*, 1994, II, 93 ss.

(3) LUCE, *op. cit.*, 810. Tale preoccupazione è ritenuta infondata dal CAIANIELLO, in *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino 1994, 464, s., il quale fa rilevare che l'intervento del giudice in funzione esecutiva « attiene ad una fase successiva a quella in cui l'Amministrazione ha provveduto o avrebbe dovuto provvedere: riguarda la verifica di quella fase in cui l'Amministrazione stessa ha consumato il suo potere illegittimamente..., o l'ha consumato perché si sia rifiutata, anche tacitamente, di provvedere ».

ed elenca anche una serie di atti da lui adottati che sarebbero illegittimi. Conclude chiedendo l'annullamento degli anzidetti decreti presidenziali e, alternativamente, o la nomina di un commissario ovvero che si stabiliscano le modalità per la ottemperanza.

Si è costituita la Presidenza del Consiglio dei Ministri e la SIAE, la quale ultima ha puntualmente controdedotto producendo documenti e concludendo per il rigetto del ricorso.

Il ricorrente in più riprese ha depositato documenti e note aggiuntive. La Presidenza del Consiglio dei Ministri ha trasmesso una apposita relazione.

In Camera di Consiglio le parti hanno ulteriormente illustrato i propri assunti difensivi ed hanno altresì depositato documenti.

La causa è poi stata trattenuta in decisione.

(*omissis*) 2) Si osserva che innanzitutto alla data della Camera di Consiglio risulta decorso ampiamente il termine di 180 giorni concesso a far tempo dalla comunicazione della decisione n. 77/94, trasmessa dalla Segreteria alla SIAE ed alla Presidenza del Consiglio dei Ministri in data 29 gennaio 1994.

Né valgono ad escludere la inottemperanza i documenti depositati dalla SIAE nel corso del giudizio e quelli esibiti in sede di Camera di Consiglio.

---

la prassi del processo amministrativo ha già mostrato l'insofferenza dei giudici per le rigidità dello schema impugnatorio (4) e lo spostarsi dell'attenzione « dalla considerazione dell'atto e dalla determinazione della sua sorte alla considerazione e conformazione del modo d'esercizio del potere » (5); su tutti, lo sviluppo — in conseguenza del mutare dei rapporti Stato-cittadini — dell'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale (6), la quale giuoca nel senso di fare del processo amministrativo la sede in cui si dibatte e viene regolato, più che la controversia inerente alla legittimità dell'atto, il contrasto intorno all'assetto sostanziale da dare agli interessi coinvolti nel rapporto fra le parti pubblica e privata.

A fronte di questa trasformazione, ancora in corso, del nostro sistema di giustizia amministrativa, non possono che accrescersi l'importanza e la potenzialità del giudizio di ottemperanza, il cui ruolo precipuo di strumento per assicurare l'attuazione del contenuto sostanziale del giudicato deve potersi

(4) Fondamentale la ricostruzione del problema fatta da NIGRO, in *Giustizia amministrativa*, Bologna 1994, 227 ss. e da CAIANIELLO, *op. cit.*

(5) Così, testualmente, NIGRO, *op. cit.*, 237. L'annullamento dell'atto risulta satisfattivo quando il privato fa valere un interesse di tipo « oppositivo », non così in presenza di interessi « pretensivi », che sempre più frequentemente reclamano la loro tutela dinanzi al G.A.

(6) L'effettività della tutela giurisdizionale viene definita dal GUICCIARDI (*Giudicato amministrativo e ulteriore attività amministrativa*, in *Studi per il centenario della IV sezione*, Roma 1989, 903 s.) come capacità di incidere con efficacia e tempestività sull'assetto delle relazioni intersubiettive che costituiscono materia del contendere.

Da essi si evince soltanto che a tale data era in corso, anche avanzato, il procedimento di approvazione delle modifiche, che avrebbero dovuto dare attuazione alla riforma del regolamento SIAE resasi necessaria a seguito della decisione n. 97 del 10 febbraio 1992.

Al momento della Camera di Consiglio tuttavia tali modifiche non risultavano concretate in un atto avente giuridica efficacia.

A norma dell'articolo 27, n. 4, del T.U. 26 giugno 1924, n. 1054, risulta pertanto verificata la inottemperanza della Amministrazione nel termine da ultimo assegnatole (v. C.si 11 ottobre 1978, n. 202, e, da ultimo, Sez. VI, 17 luglio 1991, n. 469, e Sez. V, 22 luglio 1992, n. 681); l'inerzia peraltro si protraeva già dal 17 febbraio 1992 (data di notificazione della decisione n. 97/92).

Né può essere accolta la eccezione secondo cui sarebbe inammissibile o improcedibile l'attuale giudizio, in quanto la decisione n. 77/94, in cui si fissava il termine anzidetto, non è passata in giudicato, essendosi esperito avverso la medesima ricorso per motivi di giurisdizione alla Corte di Cassazione a Sezioni Unite. Al riguardo occorre rilevare che la necessità del passaggio in giudicato concerne la decisione della cui ottemperanza si tratta e non già quella pronunciata nel giudizio promosso per ottenere quest'ultima. Opinando diversamente potrebbe risul-

---

svolgere nel modo più rapido e satisfattivo, e nel maggior numero possibile di casi in cui perduri, posteriormente alla sentenza definitiva, una discrepanza fra lo stato di fatto e lo stato di diritto risultante dal giudicato.

Non vi è dunque nulla di anomalo se l'elaborazione giurisprudenziale dell'istituto si muova irreversibilmente in quella direzione, anche se spesso si registrano — come in qualsiasi processo evolutivo — arresti e riflussi, dovuti alla vischiosità della tradizione ed al timore delle non sperimentate conseguenze del nuovo.

Emblematica è la sentenza che si annota, la quale sembra a nostro avviso esprimere, se valutata nella sua interezza, con riguardo cioè anche alle affermazioni incidentali in essa contenute, posizioni in linea con le tendenze evolutive dell'istituto accanto a posizioni tradizionali che con quelle tendenze confliggono.

2. Il caso da cui prendono le mosse i temi trattati in motivazione presenta esso stesso un certo interesse: non sarà forse inopportuno offrirne una sintesi.

Un iscritto alla S.I.A.E., previo esperimento di ricorso di legittimità, otteneva, in forza della decisione n. 97/1992 della Sesta Sezione del Consiglio di Stato, l'annullamento dello Statuto dell'Ente (d.P.R. 1848/1962 e successive modifiche) nelle parti in cui, discriminando ingiustificatamente tra la categoria degli « *iscritti* » e quella dei « *soci* », precludeva ai primi la possibilità di essere preposti agli organi societari, li escludeva dalla partecipazione alla gestione dell'Ente, ne limitava l'elettorato attivo e li estrometteva dal sistema previdenziale riservato ai soci. Poiché in base allo Statuto « iscritti » sono tutti i titolari di diritti d'autore e « soci » quelli fra gli iscritti che abbiano ottenuto

tare vanificata la finalità del giudizio di ottemperanza con il semplice espediente di impugnare sistematicamente per Cassazione tutte le pronunce adottate nel corso di tale giudizio. Queste invero possono essere molteplici (v. A.P. 26 agosto 1991 n. 5) in relazione alle varie fasi del procedimento (prefissione di un termine per l'adempimento, nomina di un commissario, risoluzione di eventuali incidenti nel corso della attività di quest'ultimo, indicazione di linee di condotta o prefissione di adempimenti specifici etc.).

Se in relazione a ciascuna decisione emessa in sede di giudizio di ottemperanza fosse possibile riproporre ogni volta la questione di giurisdizione già risolta in precedenza in relazione alla decisione cui ottemperare (nella specie v. Cass. Sez. Un. 15 luglio 1993 n. 7841), in tal caso ci si potrebbe attendere, da parte di Amministrazioni riluttanti, la frapposizione di ogni sorta di ostacoli al solo fine di provocare decisioni di ottemperanza da gravare, a norma dell'art. 362 c.p.c. a meri fini elusivi e/o dilatori.

D'altra parte si è già in presenza di un giudicato ed il procedimento di cui all'art. 27, n. 4, del t.u. n. 1054/1924, pur concretandosi attraverso

---

determinati proventi grazie allo sfruttamento commerciale del diritto d'autore, le rilevanti discriminazioni operate dallo Statuto fra le due categorie finivano per attribuire un'incidenza eccessiva al fattore economico e si ponevano in contrasto con le esigenze di democraticità di gestione, particolarmente avvertite con riguardo ad un Ente pubblico (sia pure organizzato in forma societaria), ripetendo da ciò la loro illegittimità.

Successivamente, il privato adiva il Consiglio di Stato in funzione di giudice dell'ottemperanza e otteneva la decisione n. 77/1994, la quale fissava taluni principi per l'esecuzione del giudicato e prescriveva che l'Amministrazione provvedesse nel termine di 180 giorni.

Nelle more, la Presidenza del Consiglio dei Ministri approvava un testo regolamentare (adottato con d.P.R. 7 novembre 1994, n. 671) contenente alcune modifiche allo Statuto S.I.A.E., che tuttavia entrava in vigore quando il termine per l'esecuzione fissato era ormai scaduto ed il Consiglio di Stato era stato già nuovamente adito in sede di ottemperanza.

Il problema che il giudice amministrativo doveva porsi concerneva principalmente la sorte di tale regolamento, emanato per dare attuazione al giudicato. Il che implicava una presa di posizione sul quesito se il termine per l'adempimento fissato dal giudice in sede d'ottemperanza avesse carattere perentorio o meramente sollecitatorio.

Il Consiglio di Stato propende per la tesi del termine perentorio, affermando che la scadenza del prefissato termine (come pure la nomina del *Commissario ad acta*) comporta per l'Amministrazione la perdita del potere di provvedere.

La fissazione del termine, argomenta il Consiglio, presuppone l'accertata persistente inottemperanza della P.A. nonostante il giudicato e la rituale messa in mora da parte dell'interessato. Costituisce « l'ultimo tentativo per consentire

decisioni, concerne sempre il medesimo assetto di interessi che ha formato già oggetto di giudicato, anche sulla giurisdizione, e sul quale quindi non sembra astrattamente riproponibile una ulteriore identica questione.

Con ciò non si potrebbe affermare che le decisioni emesse in sede di giudizio di ottemperanza al giudicato non siano in nessuna ipotesi impugnabili a norma dell'art. 362 c.p. (si pensi, ad esempio, a motivi di forma), ma più semplicemente che in questo caso, a differenza che per la decisione cui ottemperare, dalla eventuale proposizione di tale ricorso non verrebbe a discendere automaticamente, a carico del giudice della ottemperanza, l'obbligo di sospendere la propria attività (v. A.P. ord. 19 febbraio 1988, n. 1), o la impossibilità di pronunciarsi in attesa che su una propria precedente decisione emessa ex art. 27 n. 4, t.u. 1054/1924 si decida sulla questione di giurisdizione.

In proposito si può rammentare come nella analoga materia del regolamento di giurisdizione si siano verificati in passato non pochi abusi a scopi dilatori avvalendosi proprio dell'obbligo di sospensione automatica del processo di merito sancita dall'art. 367, I comma, c.p.c.

---

all'Amministrazione di autoassoggettarsi al giudicato », ispirato più che altro da motivi di opportunità e non necessario: « il giudice dell'ottemperanza » avrebbe potuto sostituirsi immediatamente all'Amministrazione con l'effetto del radicale esautoramento della stessa a partire da quel momento ». In considerazione di ciò « non può ritenersi che il termine fissato abbia carattere meramente sollecitatorio di una attività già dovuta ». Nell'ipotesi di scadenza del termine, pertanto (come pure in quella di mancata concessione di esso), il giudizio di ottemperanza « assume contorni per molti aspetti simili ad un'esecuzione forzata in forma specifica, quale quella prevista dall'art. 2932 c.c., in cui il potere di concretare il giudicato viene esercitato dal giudice direttamente o per il tramite di un suo ausiliario » .

Ciò, peraltro, non implica che il giudice dell'esecuzione non possa concedere un altro termine. La vicenda, in tal caso, viene assimilata dal Consiglio di Stato ad una « rimessione in termine ».

Neppure deve ritenersi che gli atti emessi dall'Amministrazione dopo la scadenza del termine siano affetti da radicale, insanabile nullità, nel senso che il giudice non possa in alcun modo confermarli, laddove risultino idonei alla realizzazione dei precetti posti dal giudicato. Tali atti, afferma il Consiglio senza peraltro chiarire del tutto la loro condizione giuridica anteriormente alla presa in considerazione da parte del giudice dell'esecuzione, « rileveranno come fatti », di cui il giudice potrà tenere conto ai fini di economia del giudizio, confermandoli se in grado di soddisfare pienamente l'interesse dell'avente diritto. In caso contrario, poiché la scadenza del termine assoggetta l'Amministrazione a quanto verrà disposto dal giudice o dal suo ausiliario, quegli atti potranno essere sostituiti, modificati o potrà essere disposta la ripetizione del procedimento per la loro formazione.

Nella visione dell'estensore della sentenza in commento, il giudizio di ottemperanza va dunque scisso in due fasi. Nella prima, anteriore alla scadenza

La diffusione e la gravità degli anzidetti inconvenienti ha condotto, come è noto, alla riformulazione dell'art. 367, I comma, c.p.c. in forza dell'art. 61 della legge 26 novembre 1990, n. 353.

Attualmente, quindi, la sospensione del processo è rimessa all'apprezzamento del giudice davanti a cui pende la causa, il quale valuterà se la questione di giurisdizione sollevata sia o meno manifestamente inammissibile o infondata.

Tale disposizione, al pari della coeva modifica all'art. 398, quarto comma c.p.c., sottintende un principio generale di contrasto all'abuso del diritto, e potrebbe essere estensivamente applicata anche al caso di specie.

Ciò premesso, in punto di fatto si rileva che il ricorso proposto a norma dell'art. 362 c.p.c. avverso la decisione n. 97/92 è stato respinto con la già ricordata sentenza (Cass. Sez. Un. 15 luglio 1993, n. 7841) e che, in seguito al giudicato così formatosi (sia per i profili di merito che per quelli di giurisdizione) è stata emessa, in sede di giudizio di ottemperanza, la citata sentenza n. 77/94, anche essa ora gravata a norma dell'art. 362 c.p.c. con ricorso notificato il 31 marzo 1994 (v. doc. 14 della produzione del ricorrente acquisita il 21 giugno 1994).

---

del termine (eventualmente) fissato dal giudice, sopravvive il potere dell'Amministrazione di dare attuazione al giudicato. I provvedimenti emanati in tale fase (come pure quelli adottati prima dell'instaurazione del processo di ottemperanza) se ritenuti illegittimi o non satisfattivi, saranno « valutati in un giudizio ordinario secondo i consueti canoni di sola legittimità », salvo il caso in cui non risultino « apertamente elusivi o in palese violazione del giudicato ». Nella seconda fase, posteriore alla scadenza del termine o alla nomina del Commissario, « l'oggetto del giudizio e della pronuncia si traduce, più che in una valutazione di atti (...) nell'attuazione concreta del rapporto » intercorrente fra privato e Amministrazione, cristallizzato nei termini e nei limiti riconosciuti dal giudicato; la P.A. perde il potere di provvedere a tale attuazione, salva la possibilità del giudice dell'ottemperanza di confermare i provvedimenti eventualmente emessi « avvalorando una legittimazione a provvedere tardivamente esercitata) ».

Sulla base della surriferita impostazione teorica, nel caso di specie il Consiglio di Stato — avocato a sé il potere di attuazione del giudicato — sostituisce le sue determinazioni a quelle del Consiglio dei Ministri contenute nel d.P.R. 671/1994 (emanato per modificare lo Statuto S.I.A.E. in ottemperanza alle sentenze n. 97/1992 e n. 77/1994), dettando in tre pagine di dispositivo tutte le modifiche che devono essere apportate allo Statuto per renderlo conforme al giudicato.

3. Sembra che questa sia la prima volta in cui il giudice ha « riscritto » un regolamento al posto dell'Amministrazione, e lo ha fatto direttamente, non per il tramite del *Commissario ad acta* (contrariamente ad una consolidata prassi per cui il giudice si avvale di un ausiliario per fare adottare, in via sostitutiva, i provvedimenti attuativi). Per giunta, all'Amministrazione residua-

L'unico motivo di tale ultimo ricorso, peraltro, contrasta con la stessa giurisprudenza ormai pacifica della Corte di Cassazione a Sezioni Unite secondo cui, anche un eventuale ipotetico errore nel merito, pronunciato in sede di ottemperanza circa la interpretazione ed applicazione del precedente giudicato o delle norme che concernono l'ottemperanza allo stesso, atterrebbe comunque ai limiti interni della giurisdizione e non già a quelli esterni, per cui sarebbe in ogni caso inammissibile il ricorso proposto per tali motivi (v. Cass. Sez. Un. 24 aprile 1992, n. 4970; Sez. Un. 11 febbraio 1993, n. 1734; Sez. Un. cit. 15 luglio 1993, n. 7841; Sez. Un. 20 dicembre 1993, n. 12613).

Conseguentemente, in applicazione estensiva del vigente art. 367, I comma, c.p.c., non si ravvisa la sussistenza del presupposto per sospendere o dichiarare improcedibile il presente processo.

Neppure vale il richiamo, in questa sede, alla distinzione tra decisioni che contengono statuizioni tassative e puntuali e quelle che lasciano residuare margini di discrezionalità e quindi valutazioni riservate alla sola Amministrazione, nel senso che nei poteri di questa ultima non potrebbe surrogarsi comunque una autorità giurisdizionale.

Sotto il profilo della giurisdizione si deve infatti rammentare che il giudizio di cui all'art. 27, n. 4, T.U. 1054/1924 è esteso anche al merito

---

vano, dopo la decisione cui ottemperare, margini rilevanti di discrezionalità nel « quomodo ».

La decisione ripropone perciò l'annoso problema dell'ampiezza e dei limiti dei poteri decisori del giudice dell'ottemperanza, il quale può sì far ricorso a misure intimatorie (con ordini all'Amministrazione inottemperante da adempiere entro un certo termine), sanzionatorie (denunce) o anche repressive (degli atti elusivi o violativi del giudicato), ma può assicurare il risultato concreto cui aspira il ricorrente soprattutto attraverso l'adozione di misure sostitutive (con o senza la nomina di un *Commissario ad acta*).

Nel testo della decisione questo aspetto è rimarcato con particolare vigore, con l'affermazione che la fissazione di un termine all'Amministrazione inadempiente e la sua violazione, come condizione preliminare per l'esercizio dei poteri sostitutivi del giudice dell'ottemperanza è già di per sé frutto di un superato indirizzo giurisprudenziale che risale agli anni Cinquanta. L'Adunanza Plenaria, sin dalla nota decisione n. 1/1973, ha infatti affermato che il giudice dell'ottemperanza, per soddisfare il diritto soggettivo del privato all'esecuzione del giudicato, « può senza indugio sostituirsi all'Amministrazione, direttamente o tramite un Commissario (...), anche allo scopo di emanare atti discrezionali ». Si deve dunque alla prassi la prefissione del termine, che da condizione essenziale per passare a misure sostitutive è divenuta « l'ultimo tentativo di consentire all'Amministrazione di autoassoggettarsi al giudicato », cui si fa ricorso soprattutto quando si tratta di « attività complesse che implicano la ponderazione di numerosi interessi pubblici e/o privati, ovvero la necessità di scelte discrezionali ». Dopo di che, decorso inutilmente il termine, il giudizio di ottemperanza assumerà i connotati di un giudizio di esecuzione in forma specifica, in cui il potere di concretare il giudicato viene esercitato dal giudice direttamente.

e che quindi il giudice amministrativo o il commissario da esso nominato possono, a seconda dei casi, sostituirsi nella valutazione e nella attività di scelta, tra le varie soluzioni, tipica degli organi della Amministrazione attiva (v. A.P. 9 marzo 1973, n. 1, e A.P. 14 luglio 1978, n. 23).

3) Occorre darsi carico poi del problema, sollevato negli scritti difensivi anche con riferimento a specifiche censure rivolte avverso determinati atti, e cioè se il termine per l'adempimento fissato in sede di ottemperanza abbia o meno carattere perentorio, e se si debba tenere conto, ed in che limiti, degli atti emessi dall'Amministrazione, una volta scaduto il termine assegnatole.

La questione prende le mosse da un precedente orientamento consolidatosi in passato (v. Sez. VI, 16 ottobre 1952, n. 767, Sez. V. 10/2/1958, n. 65; Sez. V, 19 aprile 1958, n. 245 etc.), secondo il quale, nei casi in cui all'esito del giudicato, residuino ancora poteri discrezionali in capo alla Amministrazione soccombente, possa farsi luogo alla nomina di un commissario soltanto dopo la prefissione di un termine ed a seguito del suo inutile decorso.

Tutto ciò, sembra dire il Consiglio di Stato, non deve sorprendere: il potere di sostituzione del giudice dell'ottemperanza, anche nelle scelte discrezionali dell'Amministrazione, ha il suo fondamento positivo nell'inclusione del giudizio di ottemperanza tra i casi di giurisdizione estesa al merito (ex art. 27, n. 4, t.u. C.D.S.) ed appare l'unico strumento che consenta di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale del privato nei confronti della pubblica amministrazione.

Da tali premesse appare difficile dissentire. Ma un problema nasce nella definizione dei limiti di tale intervento sostitutivo, dal momento che il Consiglio di Stato ritiene, con la sentenza che si commenta, di poter esercitare « qualsiasi potere » assegnato dalla legge all'Amministrazione. Il che appare francamente eccessivo. L'effettività della tutela giurisdizionale non può essere un obiettivo da perseguire ad ogni costo, specie quando si traduca nell'adozione di misure che determinano un'eccessiva ingerenza nella sfera riservata all'Amministrazione, pure costituzionalmente garantita.

Non a caso, tra i primi commentatori, vi è stato chi si è spinto al punto di parlare della sentenza in parola come « il momento finale del processo di espropriazione da parte del G.A. del potere amministrativo » (7). L'intervento sostitutivo del giudice dell'ottemperanza, che arriva, nel caso che ci occupa, a « riscrivere » un regolamento, fa dunque riemergere le mai sopite dispute sulla natura di tale rimedio, che solo formalmente conserva natura giurisdizionale, poiché sostanzialmente ha carattere amministrativo (come spiegò l'Adunanza Plenaria nella notissima decisione n. 23 del 1978), essendo innegabile che il giudice diventa « amministratore », dettando una regola nuova del rapporto

(7) La critica è di LUCE, *op. cit.*, 806; ma le stesse considerazioni sono state sviluppate da TRAVI, *Il giudizio di ottemperanza e il termine per l'esecuzione del giudicato*, in *Giornale dir. amm.*, 1995, 981.

Come è noto, la Adunanza Plenaria, già con la citata decisione n. 1 del 9 marzo 1973, ha affermato chiaramente l'esistenza di un vero e proprio diritto del cittadino alla osservanza del giudicato e che quindi, in caso di inottemperanza, il giudice amministrativo può senza indugio sostituirsi ad essa direttamente o tramite un commissario (v. A.P. 11 marzo 1984, n. 6) anche allo scopo di emanare atti discrezionali.

Tracce del precedente orientamento residuano nella prassi, secondo cui sovente viene dapprima fissato un termine per l'adempimento (come nella specie), ovvero si fissa il termine e si nomina contestualmente il commissario che dovrà sostituire la Amministrazione alla scadenza del termine medesimo (v. Sez. V, 31 ottobre 1980, n. 902, Sez. V, 6 maggio 1977, n. 416; Sez. V, 1° luglio 1977, n. 692, Sez. VI, 23 aprile 1994, n. 587, e v. già A.P. 9 marzo 1973, n. 1, citata).

È opportuno rammentare in proposito che le già citate decisioni della A.P. n. 1 del 1973 e n. 23 del 1978 avevano affrontato il problema

---

(nel caso di specie, la rappresentanza proporzionale ai compensi percepiti in un quadriennio), e perciò operando in concreto « una scelta », che di per sé esclude la possibilità di soluzioni diverse che l'Amministrazione avrebbe potuto adottare.

La sentenza annotata si caratterizza per l'incisività dell'intervento dell'organo giudicante, il quale ha superato ogni ostacolo per giungere a sgombrare il campo da provvedimenti non completamente satisfattivi emessi dall'Amministrazione in attuazione del giudicato: si è sostituito, come ha meglio creduto, ad essa per tentare di realizzare in pieno l'interesse sostanziale dei ricorrenti.

Ed è proprio in questa tensione verso l'effettività della tutela, perseguita attraverso un esercizio spregiudicato dei poteri sostitutori, che si ravvisa l'aspetto della pronuncia maggiormente in linea con gli orientamenti evolutivi del giudizio di ottemperanza (9), ma che apre il rischio, come dice qualcuno, « che alla fine ci si trovi di fronte ad un giudice onnipotente, che assorbe in sé non solo la

(8) Peraltro non va disconosciuto che abbia un valore per così dire sintomatico del trattamento del dogma della separazione dei poteri il fatto che il Consiglio di Stato, per emanare un provvedimento non del tutto vincolato al giudicato e in sostituzione all'organo di vertice dell'apparato amministrativo, non si sia avvalso del *Commissario ad acta*. Com'è noto la fortuna di questa figura di creazione giurisprudenziale è legata (oltre che a ragioni pratiche, anche) alla possibilità che offre al giudice di intervenire nell'azione amministrativa non direttamente, ma attraverso un ufficio che — pur essendo emanazione giurisdizionale — sotto vari aspetti risulta assimilabile ad un ufficio amministrativo (cfr. Nigro, Giustizia, cit., 323).

(9) Si veda, *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. IV, 20 agosto 1991, n. 660 (in *Giust. It.* 1992, III, 381), in cui si afferma che « deve trovare piena attuazione il principio di effettività della tutela di cui sono espressione gli artt. 24, 100 e 103 della Cost. », e che il giudice amministrativo deve far conseguire al vincitore della lite « non solo una giustizia formale... ma anche una giustizia effettiva, e cioè il conseguimento reale del bene o dell'utilità riconosciuta dal giudicato ». Nella sent. 17 ottobre 1989, n. 389 del Consiglio Giust. Amm. Sicilia (in *Cons. Stato*, 1989, I, 1250) si legge che « il diniego o l'elusione del dovere di rendere giustizia effettiva costituisce una violazione o — peggio — una rottura dell'ordinamento costituzionale », con la conseguenza che il giudice amministrativo possa e debba « tendere al massimo la corda dell'interpretazione creatrice » al fine di giungere alla realizzazione dell'obiettivo dell'effettività. Va ricordata anche la sent. Consiglio di Stato, VI sez., 3 febbraio 1992, n. 59 (in *Giur. It.* 1992, III, 580) per la quale al giudizio di ottemperanza — che consente un intervento diretto del giudice nell'attività amministrativa giungente fino alla sostituzione — spetta il compito di garantire l'effettività realizzando in concreto la regola contenuta nel giudicato.

nel momento in cui la Amministrazione, a seguito della proposizione del giudizio di ottemperanza, veniva a dismettere ogni potere di provvedere in merito. Tale evento veniva ravvisato allorché venivano adottati dal giudice gli atti necessari ad ottemperare al giudicato ovvero nel momento in cui veniva nominato il commissario (v. anche Sez. V, 26 ottobre 1979, n. 640).

In sostanza, la Amministrazione verrebbe spogliata dal suo potere nel momento in cui viene assunta la decisione contenente i provvedimenti concreti in ottemperanza al giudicato.

Nel caso invece in cui la decisione emessa in sede di ottemperanza fissi alla Amministrazione un termine per l'adempimento, non sembra dubbio che esso, a questi fini rivesta carattere perentorio.

Ciò appare evidente nel caso in cui la prefissione del termine sia accompagnata dalla nomina del commissario, poiché dalla scadenza del termine il potere di provvedere si trasferisce automaticamente a tale soggetto, ma altrettanto deve ritenersi anche nella prima ipotesi.

Non va infatti dimenticato che la prefissione del termine è contenuta in una decisione di ottemperanza, la quale ha già registrato il mancato adempimento della Amministrazione, malgrado l'esistenza di un giudicato e la rituale messa in mora da parte dell'interessato.

---

funzione giurisdizionale, ma anche quella amministrativa e paradossalmente (come evidenzia il caso in questione) pure quella normativa » (10).

4. La sentenza suscita perplessità anche sotto altri profili, segnatamente con riferimento ad alcune enunciazioni teoriche in essa contenute.

Innanzitutto, l'estensore sembra manifestare la sua adesione ad un recessivo orientamento per cui i provvedimenti emanati dalla P.A. successivamente alla sentenza definitiva, anche se inattuativi del giudicato, possono essere dal privato impugnati in sede d'ottemperanza solo se risultano « apertamente elusivi o in palese violazione del giudicato ».

Poiché la questione dell'interpretazione del presupposto per l'esperibilità del rimedio (consistente ex art. 27 n. 4 t.u. cit. nell'inadempimento dell'obbligo gravante sulla P.A. di conformarsi al giudicato) costituisce uno dei capitoli più tormentati dell'elaborazione teorica e della prassi applicativa del giudizio di ottemperanza, non risulterà forse inutile aprire una breve digressione sul tema, prospettando in ordine di tempo le varie posizioni su cui si è attestata la giurisprudenza al riguardo.

Inizialmente, com'è noto, l'opinione concorde della giurisprudenza riteneva attivabile il rimedio solo in caso di « assoluta inerzia » dell'Amministrazione, sul presupposto che il compimento di una qualunque attività da parte della P.A. al fine di dare attuazione al giudicato avrebbe rappresentato nuova espressione del potere amministrativo, sottoponibile soltanto all'ordinario sindacato di legittimità. Ma tale impostazione offriva alla P.A. troppo agevole scappatoia per sottrarsi all'esecuzione: bastava emanare un atto al momento

(10) Sono parole di LUCE, *op. cit.*, 809.

La prefissione del termine costituisce quindi una misura alternativa alla adozione dei provvedimenti sostitutivi da parte del giudice od alla nomina di un commissario, ed è ispirata, più che altro, da motivi di opportunità per non turbare l'ordinario assetto degli organi amministrativi, specie allorquando si tratti di attività complesse che implicano la ponderazione di numerosi interessi pubblici e/o privati, ovvero la necessità di scelte discrezionali.

Ciò non toglie tuttavia che la prefissione del termine presuppone l'accertata persistente inottemperanza della Amministrazione e, in questa prospettiva, non può ritenersi che il termine fissato abbia carattere meramente sollecitatorio (v. Sez. IV, 27 febbraio 1979, n. 157) di una attività già dovuta. La prefissione del termine, accompagnata o meno dalla nomina del commissario, costituisce l'ultimo tentativo di consentire alla Amministrazione di autoassoggettarsi al giudicato. Decorso il termine (così come quando esso non viene concesso), il procedimento di ottemperanza assume contorni per molti aspetti simili ad una esecuzione forzata in forma specifica, quale quella prevista dall'art. 2932 C.C., in cui il potere di concretare il giudicato viene esercitato dal giudice direttamente o per il tramite di un suo ausiliario (v. Corte Cost. 12 maggio 1977 n. 75) e cioè il commissario.

---

opportuno, e si poteva differire « ad infinitum » l'instaurazione del giudizio d'ottemperanza, pur permanendo lo stato di inattuazione del giudicato.

Si giunse così ad equiparare all'inerzia assoluta i casi di inadempimento parziale (11) e di emanazione di atti preparatori non seguiti dal provvedimento definitivo (12).

Dall'inizio degli anni Settanta si è andata affermando la contrapposizione fra atti « macroscopicamente elusivi » e atti semplicemente « violativi » del giudicato. Palesemente elusivo è il provvedimento che « ignora e palesemente trascura il contenuto sostanziale del giudicato » e, quindi, « manifesta il reale intento dell'Amministrazione di sottrarsi al giudicato » (13). Violativi sono gli atti « formalmente e sostanzialmente diretti a dare esecuzione al giudicato », che tuttavia sono in contrasto con esso. Nella seconda ipotesi il privato per tutelarsi deve intentare un nuovo ricorso di legittimità, nella prima può esperire ricorso in ottemperanza.

La differenza di mezzi processuali, va sottolineato, implica una diversa « effettività » della tutela. Il giudice dell'ottemperanza, nell'esercizio dei poteri

(11) A partire da Consiglio di Stato, 4 giugno 1965, n. 558 (in *Cons. St.* 1965, I, 1178).

(12) Tra le prime, Consiglio di Stato, sez. VI, 6 novembre 1970, n. 732 (in *Cons. St.* 1970, I, 2038).

(13) Consiglio di Stato, sez. IV, 10 gennaio 1961, n. 4 (in *Cons. St.* 1961, I, 21). Inoltre Consiglio di Stato, sez. V, 10 aprile 1970, n. 387, in *Cons. St.* 1970, I, 639; Id., 6 aprile 1979, n. 321, in *Cons. St.* 1979, I, 608; Id., Ad. Plen. 19 marzo 1984, n. 6, in *Cons. St.* 1984, I, 238; Id., sez. V, 5 giugno 1985, n. 230, in *Cons. St.* 1985, I, 701; Id., sez. V, 15 ottobre 1986, n. 556, in *Cons. St.* 1987, II, 307; Id., sez. IV, 20 aprile 1988, n. 330, in *Cons. St.* 1988, I, n. 416; Id., sez. VI, 10 agosto 1988, n. 991, in *Cons. St.* 1988, I, n. 980; Id., sez. VI, 26 aprile 1991, n. 469 e sez. VI, 7 novembre 1991, n. 815, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 726, con nota MONTANARO, *Efficacia oggettiva del giudicato e attività ad esso successiva.*

In altri termini occorre rammentare che il giudice della ottemperanza — come in precedenza chiarito — in luogo della prefissione del termine avrebbe potuto sostituirsi immediatamente alla Amministrazione con l'effetto del radicale esautoramento della stessa a partire da quel momento (C.si 25 febbraio 1981, n. 1). Pertanto, l'acclaramento della inottemperanza, malgrado la diffida, conduce fisiologicamente a registrare il venir meno del potere dell'Amministrazione ed alla sua sostituzione.

Nel caso invece in cui venga concesso un ulteriore termine (accoppiato o meno alla nomina del commissario) non può non considerarsi che tale concessione interviene non solo dopo che è stata acclarata l'inottemperanza, ma anche che il nuovo termine discende soltanto da una espressa volontà del giudice. Di conseguenza, più che la sopravvivenza dell'ordinario potere dell'Amministrazione (tendenzialmente senza limiti temporali), la vicenda appare maggiormente assimilabile ad una remissione in termine di un soggetto che ha già dimostrato di non volere adempiere nel periodo assegnatogli in base alla legge (art. 90, secondo comma,

---

di giudizio anche in merito che gli sono conferiti dall'art. 27 n. 4 t.u. cit., è in grado di « provvedere ad una soluzione della questione idonea a considerare immediatamente le istanze di giustizia sostanziale di cui il ricorrente è portatore » (14); in sede di ordinario giudizio di legittimità il privato potrà ottenere solo l'annullamento dell'atto in violazione del giudicato, e la soddisfazione del suo interesse (a meno che questo non abbia natura meramente « oppositiva ») rimarrà condizionata all'ulteriore esercizio dei poteri amministrativi, con l'onere di impugnare di nuovo l'atto emanato che risulti ancora in violazione del giudicato.

La ragione che ha indotto la giurisprudenza a concepire l'artificiosa distinzione fra atti violativi e manifestamente elusivi del giudicato è stata individuata da autorevole dottrina (15) nell'intento compromissorio di estendere l'area di applicazione del rimedio esecutivo senza abbandonare del tutto il principio della separazione dei poteri. Ammettere il giudizio di ottemperanza solo nell'ipotesi di inerzia o di emanazione di atti elusivi — ossia nei casi in cui appare che l'Amministrazione abbia « abdicato » alla funzione, non esercitandola o esercitandola con malafede — ha consentito infatti di far salvo il dogma per il quale l'ingerenza del giudice nell'attività amministrativa è in linea di principio impossibile.

Attualmente la dottrina è pressoché concorde nel condannare la dicotomia, che si articola in concetti il cui discrimine può essere segnato solo dall'apprezzamento empirico del giudice, se non dal suo mero arbitrio (16). Infatti, come

(14) Così VERRANDO, *Atti di elusione e atti di violazione del giudicato innanzi al giudice dell'ottemperanza: definitivo superamento di un'utile dicotomia?*, in *Giur. It.* 1992, III, 586.

(15) NIGRO, *op. cit.*, 321.

(16) Le formule « atti in palese elusione » e « in violazione » del giudicato sono state definite « empiriche » e « scientificamente inaccettabili » dal Consiglio di Stato, sez. V, 15 ottobre 1986, citata (ma la forza di tali espressioni non deve illudere circa il definitivo abbandono della dicotomia da parte della giurisprudenza). In dottrina v. CAIANIELLO, *Manuale, cit.*, 862; PIGA, *Giudizio di ottemperanza e violazione del giudicato*, in *Foro amm.* 1981, I, 242, oltre agli Autori citati nelle seguenti note.

R.D. 17 agosto 1907, n. 642), che è automaticamente passibile di esautoramento, ed il cui potere è quindi intrinsecamente limitato al solo breve ulteriore periodo concessogli per adempiere.

La anzidetta conclusione non conduce peraltro alla conseguenza della radicale e insanabile nullità degli atti emessi dopo la scadenza del termine perché adottati in difetto di potere.

È opportuno in proposito ribadire che, dopo la inutile scadenza del termine, il giudizio di ottemperanza, come dianzi rilevato, assume i contorni di una esecuzione forzata nel cui ambito, quindi, l'oggetto del giudizio e della pronuncia si traduce, più che in una valutazione di atti (sotto l'aspetto dell'inadempimento in tutto o in parte o della elusione dei precetti del giudicato alla luce di una corretta riedizione del potere amministrativo), nella attuazione concreta del rapporto che si è instaurato tra ricorrente vittorioso ed Amministrazione soccombente nei termini e nei limiti riconosciuti dal giudicato (v. Sez. V, 27 maggio 1991, n. 874).

Di conseguenza, il giudice della ottemperanza, in questa fase, potrà tenere conto anche degli atti (siano essi provvedimenti, siano atti endoprocedimentali) compiuti dalla Amministrazione dopo la scadenza del termine, ma ciò a fini di economia di giudizio. In sostanza, ove venga

---

individuare la volontà di eludere il giudicato nel provvedimento amministrativo, che si pone alla foce di un'attività funzionale e procedimentalizzata rispetto alla quale la volontà non rappresenta un'entità naturalistica o psicologica ma semmai un « quid » di astratto (« volontà procedimentale ») e comunque irrilevante (17)? E a quale parametro riferirsi per graduare l'evidenza dell'elusività (18)?

Recentemente, alcune sentenze sembrano aver introdotto un nuovo criterio per l'individuazione dell'azione proponibile in caso di adozione di atti amministrativi non satisfattivi, criterio che risiederebbe nel carattere discrezionale o vincolato dell'attività amministrativa in seguito al giudicato (19). Nonostante l'emanazione di atti da parte della P.A. il privato resta legittimato a proporre l'azione e xart. 27 n. 4 t.u. cit. allorquando dal giudicato derivi un obbligo talmente puntuale che l'ottemperanza ad esso si concreti nell'adozione di un

(17) Sull'elemento psicologico nell'attività amministrativa, v. in generale GIANNINI, *Dir. Amm.*, Milano 1993, II, 550. Con riferimento al tema specifico VILLATA, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza e attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Studi per il centenario della IV sezione*, Roma, 1989, II, 953; FRANCARIO, *Inerzia ed ottemperanza al giudicato: spunti per una riflessione sull'atto di ottemperanza*, in *Foro amm.* 1985, 748; VERDE, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, in *Riv. Dir. Proc.* 1980, 688; MONTANARO, *Efficacia oggettiva*, *cit.*, 745.

(18) Cfr. VILLATA, *Riflessioni*, *cit.*, 954 s.; MONTANARO, *op. cit.*, 745. CAIANIELLO (*Manuale*, *cit.*, 863) segnala inoltre che l'apprezzamento del « maggior grado » di elusività implica una penetrante indagine di merito, ditalché una pronuncia di carattere processuale, com'è quella sull'ammissibilità del ricorso in ottemperanza, finisce col dipendere dal sindacato sul merito della controversia.

(19) L'orientamento viene inaugurato dalla sent. n. 6 11 marzo 1984 dell'Adunanza Plenaria (in *Cons. St.* 1984, I, 231). In linea, Consiglio di Stato, sez. VI, 7 marzo 1991, n. 138, in *Cons. St.* 1991, I, 491; Id., sez. VI, 31 maggio 1994, n. 899, in *Giur. It.* 1994, III, 593; Id., sez. VI, 20 giugno 1994, n. 1045; in *Giur. St.* 1994, III, 755.

emanato, a termine scaduto, un provvedimento interamente satisfattivo in relazione al giudicato, il giudice potrà confermarne il contenuto avvalorando una legittimazione a provvedere tardivamente esercitata dall'autorità amministrativa. Ciò appare evidente nel caso di giudicato che contiene precetti puntuali, ma lo stesso può ritenersi anche nella ipotesi in cui, all'esito del giudicato, necessiti la adozione di provvedimenti discrezionali.

Si deve ricordare ancora una volta che, per le peculiarità del giudicato amministrativo (in cui non sempre è possibile una pronuncia puntuale), il giudizio di ottemperanza è esteso al merito. Il giudice dell'ottemperanza, quindi, in questa fase, potrebbe condividere la ponderazione di interessi e la scelta adottata dalla Amministrazione, ancorché a termine scaduto, e confermarne il contenuto come nel caso precedente. In ogni altro caso il giudice, che ormai opera con gli stessi poteri dell'Amministrazione (pur nell'ambito di una funzione giurisdizionale), provvederà esso stesso (o tramite il commissario) a modificare o integrare l'atto che reputi solo parzialmente satisfattivo, ovvero a sostituirlo integralmente con un altro ove neppure parzialmente lo ritenga idoneo a concretare il giudicato.

---

provvedimento il cui contenuto è integralmente desumibile dalla sentenza, mentre, ove residuino margini per l'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione, l'atto va impugnato con ordinario ricorso di legittimità, anche quando si assume che si discosti dalle statuizioni ordinarie della sentenza. Nella prima ipotesi, si afferma, l'atto va sottoposto al giudice dell'ottemperanza in in quanto nullo, poichè emanato in carenza di potere (determinata proprio dagli obblighi promananti dal giudicato, talmente puntuali « da non lasciare spazio alcuno all'esercizio di poteri dell'Amministrazione » (20). Nella seconda, essendo gli atti frutto di un potere esistente, possono essere considerati solo viziati da illegittimità, da far valere nei modi e nei termini propri del ricorso ordinario.

Ad ogni modo, la regola per cui — perdurante la discrezionalità amministrativa — l'atto sfugge alla sottoponibilità di controllo del giudice dell'ottemperanza subisce un'importante deroga quando l'esplicazione della residua potestà discrezionale venga posta in essere dalla P.A. « senza alcuna considerazione delle statuizioni derivanti dalla sentenza (sì da risultare in modo concludente predeterminata ad eludere il giudicato) ».

E questa deroga (unitamente alla considerazione che laddove la sentenza attuanda abbia posto vincoli tali da azzerare ogni discrezionalità della P.A., l'atto da questa emanato avente un contenuto difforme da quello integralmente desumibile dalla sentenza altro non è che un'ipotesi sicura di « atto palesemente elusivo ») induce ad affermare che l'impostazione sopra descritta rappresenta solo un tentativo di perfezionamento o di migliore precisazione della vetusta tesi contrapponente gli atti elusivi a quelli violativi del giudicato.

Ma neppure questa più aggiornata versione risulta appagante.

Invero, se il giudizio di ottemperanza ex art. 27 n. 4 cit. ha la funzione di garantire l'adempimento dell'obbligo dell'Amministrazione di dare attuazione

(20) Adunanza Plenaria, 11 aprile 1984, n. 6, cit.

Conclusioni in parte analoghe possono essere raggiunte riguardo agli atti endoprocedimentali.

Anche riguardo ad essi il giudice valuterà (secondo i casi anche in merito) se, malgrado il decorso del termine, gli atti endoprocedimentali adottati in precedenza e/o successivamente al decorso del termine siano da ritenere correttamente compiuti (sempre alla luce dell'interesse del ricorrente alla attuazione del giudicato) e potrà mantenerli fermi in tutto o in parte, ovvero far ripetere la sequenza procedimentale dal momento in cui ravvisi uno scostamento rispetto alla finalità sopra enunciata.

In tale prospettiva risulta evidente che qualsiasi attività posta in essere dalla Amministrazione, in tanto può essere presa in considerazione nei sensi anzidetti (e cioè per confermarla o meno) in quanto sia stata non solo assunta, ma anche portata o venuta legalmente a conoscenza del giudice sino al momento in cui egli adotta la pronuncia in sede di ottemperanza.

Qualsiasi altra determinazione, o non conosciuta tempestivamente ovvero posta in essere dopo la adozione della decisione di ottemperanza, non potrà comunque spiegare alcun effetto, essendo stata essa già prevenuta o dal contenuto della pronuncia ovvero dall'operato del commissario che fosse contestualmente nominato.

---

al giudicato, esso deve poter essere attivabile in ogni caso in cui il privato lamenti l'inadempimento di tale obbligo, senza che rilevi se l'inosservanza sia voluta od obiettiva, palese od occulta, riguardi solo un vincolo che la sentenza poneva al potere discrezionale della P.A. o abbia dato luogo all'emanazione di un provvedimento difforme da quello il cui contenuto era integralmente desumibile dalla sentenza. È principio generale degli ordinamenti moderni, infatti, che gli adempimenti inesatti, ritardati, parziali rilevino come particolari forme di manifestazione di un'unica situazione sostanziale rappresentata dall'inadempimento (la quale di certo non muta i suoi caratteri a seconda della buona o mala fede soggettiva di chi la pone in essere) (21).

Il giudizio di ottemperanza deve dunque porsi come la sede naturale di ogni contestazione riferibile all'esecuzione del giudicato (22).

A tale posizione è di recente giunta parte della giurisprudenza, la quale ha ritenuto che il « *discrimen* » fra l'azione di cognizione e quella di ottemperanza sia segnato dal criterio del « *petitum sostanziale* »: sarà esperibile la prima allorché il ricorrente censuri l'atto dell'Amministrazione per difformità dalla legge sostanziale o dall'ordinamento giuridico. Sarà esperibile l'« *actio judicati* » introduttiva di un ricorso in ottemperanza allorquando il provvedi-

(21) Così NIGRO, *Giustizia, cit.*, 321 s.; GIANNINI, *Contenuto e limiti del giudizio di ottemperanza*, in *Atti del convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Milano 1962, 147 s.

(22) Sul punto concorda la dottrina prevalente. A titolo esemplificativo, NIGRO, *op. loc. ult. cit.*; CIANIELLO, *Manuale*, 863 ss.; ABBAMONTE, *Giudizio di ottemperanza e sindacato di legittimità sugli atti successivi al giudicato*, in *Foro Amm.* 1981, I, 1753 ss.; VILLATA, *Riflessioni*, cit., 965; PAJNO, *Il giudizio di ottemperanza come giudizio di esecuzione*, in *Foro Amm.*, 1987, I, 1650 ss.; SCOCA, *Aspetti processuali del giudizio di ottemperanza*, in *Il giudizio di ottemperanza*, Milano 1988, 212.

Opinando diversamente e cioè ritenendo che la Amministrazione possa agire anche dopo la adozione della decisione, o anche soltanto nelle more tra adozione e pubblicazione (o comunicazione) della decisione, significherebbe consentire in pratica la riedizione senza limiti di ulteriori giudizi per valutare l'ottemperanza successiva.

Occorre invece ribadire che l'inutile decorso del termine perentorio, assegnato già in sede di ottemperanza, assoggetta la Amministrazione a quanto verrà disposto dal giudice o dal suo ausiliario. La Amministrazione non può quindi pretendere che i suoi eventuali atti e comportamenti posteriori siano valutati in quanto tali in un giudizio ordinario secondo i consueti canoni di sola legittimità (ove non apertamente elusivi o in palese violazione del giudicato, cfr. Sez. VI, 7 marzo 1991, n. 138), perché ciò è tipico della attività amministrativa svolta prima della scadenza della fase anteriore, e cioè nel termine assegnato, ovvero della fase ancora anteriore alla sua prefissione da parte del giudice.

Apertasi, con la scadenza del termine, l'attività giurisdizionale sostitutiva, la Amministrazione non potrà più sottrarsi al giudizio anche nel merito e, in questa fase, gli atti compiuti rileveranno come fatti di cui

---

mento emanato sia ritenuto inficiato dal mancato rispetto di una delle statuizioni o «*normae agendi*» direttamente promananti dal giudicato (23).

Siffatta soluzione è anche la più indicata ad assicurare tutela alla legittima aspirazione del cittadino di conseguire prontamente ed effettivamente il soddisfacimento degli interessi sostanziali di cui sia stato riconosciuto titolare.

L'obiezione forte che può essere mossa a questa impostazione ampliativa dell'area di ammissibilità del giudizio di ottemperanza è quella che deduce l'impossibilità per il giudice di annullare l'atto inattuativo emanato dalla P.A. al di fuori di un ordinario giudizio di impugnazione.

Ma è obiezione superabile, ove si accolga quell'autorevole opinione — rispondente alla più evolutiva concezione dell'oggetto del giudizio amministrativo — secondo la quale il «giudizio amministrativo... incidendo direttamente sull'assetto giuridico del rapporto, sottrae all'Amministrazione il potere di provvedere in modo difforme dal giudicato, divenendo questo la fonte di qualificazione giuridica del rapporto stesso» (24). Poiché a seguito del giudicato l'unico

(23) L'indirizzo si riallaccia alla sentenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa 26 febbraio 1991, n. 1 (in *Foro Amm.* 1981, 380, con nota VACIRCA, *Giudizio di ottemperanza e provvedimenti sopravvenuti*). Si vedano inoltre Consiglio di Stato, sez. V, 15 ottobre 1986, n. 556, in *Giur. It.* 1987, III, 7 con nota F. TRIMARCHI; Id. sez. V, 27 maggio 1991, n. 874 in *Giur. It.* III, 392 con nota CANNADA-BARTOLI; Id. sez. VI, 3 febbraio 1992, n. 59 in *Giur. It.*, III, 580 con nota VERRANDO cit.; T.A.R. Lazio sez. III, 15 marzo 1995, n. 481 in *T.A.R.* 1995, 1553; T.A.R. Campania - Napoli sez. III, 21 luglio 1995, 536 in *T.A.R.* 1995, 4337; T.A.R. Abruzzo, 14 marzo 1995 n. 109, in *T.A.R.* 1995, 2438; T.A.R. Emilia Romagna - Bologna sez. II, 17 marzo 1955, n. 114 in *T.A.R.* 1995, 2359. Le sentenze del Consiglio di Stato sez. VI del 9 marzo 1995, n. 250 e del 27 aprile 1995, n. 373 (motivazioni inedite) parlano ancora di «atti palesemente elusivi del giudicato», ma, sembra, riconducendo nella nozione ogni ipotesi di difformità dell'atto rispetto al giudicato, quindi al di fuori della tradizionale dicotomia fra atti elusivi e semplicemente violativi.

(24) CAIANIELLO, *Manuale, cit.*, 867 s. Sullo spostamento dell'oggetto del giudizio dall'atto al rapporto — necessario per ricondurre il processo amministrativo nell'alveo assegnatogli dalla Costituzione — *ibidem*, 462 ss.

gli organi sostitutivi della Amministrazione si limiteranno a valutare la idoneità a soddisfare pienamente l'interesse dell'avente diritto e quindi la necessità e/o la opportunità di confermarli, di sostituirli in tutto o in parte, di reiterare in tutto o in parte il procedimento per la loro emanazione.

Le anzidette conclusioni appaiono coerenti con lo sviluppo giurisprudenziale dell'istituto nella prospettiva di assicurare maggiore effettività alla giustizia amministrativa (v. da ultimo Sez. IV, 9 agosto 1991, n. 660) che l'inerzia o il comportamento elusivo tende a frustare.

D'altra parte, occorre ricordare che la pronuncia che rileva la illegittimità del provvedimento o del comportamento della Amministrazione, anche se perviene all'annullamento, è soltanto un momento necessario, ma a volte non sufficiente per realizzare la effettiva tutela giurisdizionale che la Costituzione (art. 113) accorda anche agli interessi legittimi. La effettività della tutela, poi, come riconosce la costante giurisprudenza (v. A.P. cit. n. 1/1973, C.si 25 febbraio 1981, n. 1, cit.) si riferisce non solo al contenuto del giudicato, ma anche al fattore temporale, affermando che su entrambi non residua alcun potere discrezionale esclusivo della Amministrazione (v. da ultimo A.P. 21 febbraio 1994,

---

potere che residua all'Amministrazione è quello di darvi attuazione, l'atto amministrativo che disciplini il rapporto in modo contrastante col giudicato è da considerarsi «*tamquam non esset*»: non sarà dunque necessaria la proposizione di un ordinario ricorso di legittimità per toglierlo di mezzo, ma a tanto potrà provvedere lo stesso giudice dell'ottemperanza dichiarandone la nullità (25).

5. All'esito di questa breve digressione, risulta chiaro che l'orientamento cui l'estensore della sentenza in commento ha mostrato di aderire attraverso l'«*obiter dictum*» citato, non risponde alle più attuali tendenze di sviluppo dell'istituto.

In particolare, il fatto che l'elusione o la violazione del giudicato da parte dell'atto emanato dalla P.A. sia «palese» od «aperta» non dovrebbe costi-

(25) Si risolve pertanto «*de plano*» il problema del termine per proporre ricorso in ottemperanza nell'ipotesi di emanazione «medio tempore» di provvedimenti amministrativi: il termine non sarà quello decadenziale previsto in generale dalla legge per l'impugnazione di atti autoritativi illegittimi, ma il termine decennale previsto dall'art. 2953 c.c. per la prescrizione dell'*actio judicati*. In tal senso Consiglio di Stato, sez. VI, 3 febbraio 1992, n. 59, citata; Id., sez. VI, 9 marzo 1995, n. 250, citata; T.A.R. Emilia Romagna - Bologna, II sez., 17 marzo 1995, n. 114, citata. Interessante è la motivazione della prima pronuncia richiamata: «l'azione amministrativa perde, subendo l'effetto dell'accertamento giudiziale, la caratteristica idoneità a consolidarsi mediante il rapido conseguimento dell'inoppugnabilità delle sue estrinsecazioni: viene così meno l'interesse superiore, proprio di un ordinamento a diritto amministrativo, a rendere inattaccabile *ab externo* la manifestazione di volontà dell'Amministrazione; questa resta soggetta ad una verifica (titolo, si noti, non per un ulteriore annullamento, ma per una vera e propria dichiarazione di nullità) della sua corrispondenza al precetto giudiziale, e solo un'esigenza generale di certezza giuridica collega all'inerzia dell'interessato durata per l'ordinario termine di dieci anni la perdita del diritto a domandare la tutela esecutiva dell'utilità ormai garantita dal giudicato». Naturalmente, respingendo la tesi della nullità (come fa il Consiglio di Stato sez. V, sent. 31 maggio 1992 n. 269 in *Cons. St.* 1992, I, 269, definendola «in contrasto con i principi generali in tema di efficacia giuridica dell'atto amministrativo») il problema si riapre. Sul punto v. VILLATA, *Orientamenti recenti in tema di giudizio di ottemperanza*, in *Dir. Proc. Amm.* 1993, 194 ss.

n. 4), così come peraltro è dimostrato e comprovato dall'esigenza stessa e dalle caratteristiche del giudizio di ottemperanza.

In questo senso non appaiono decisivi né i documenti prodotti alla udienza di discussione e neppure le argomentazioni svolte dalla difesa delle Amministrazioni convenute a dimostrazione della impossibilità (essendo il provvedimento in fase di perfezionamento) di assumere qualsiasi statuizione nel merito e quindi, per altro verso, la inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso. Alla stessa stregua neppure rilevano le doglianze rivolte avverso i provvedimenti di nomina o di conferma del commissario straordinario della SIAE, nonché avverso taluni atti e comportamenti da questi posti in essere, poiché tutta la attività finora svolta verrà valutata — ripetesi — soltanto alla luce della obiettiva idoneità alla realizzazione dei precetti posti nel giudicato.

Ciò premesso in punto di diritto, va poi ribadito in punto di fatto che nella specie alla data di scadenza del termine assegnato con la decisione n. 77 del 28 gennaio 1994, l'ottemperanza (come dianzi rilevato) non era totale, ma solo parziale e che tale è rimasta anche sino alla data della Camera di Consiglio, in cui il nuovo regolamento della SIAE non risultava essere stato perfezionato nel senso di avere acquistato efficacia a norma dell'art. 17, comma 4, della legge 23 agosto 1988, n. 400.

---

tuire condizione per l'ammissibilità del ricorso ex art. 27 n. 4 cit., giacché — come s'è detto — il giudizio di ottemperanza va ormai considerato proprio la sede naturale nella quale verificare se la P.A. abbia o meno esattamente adempiuto all'obbligo conformativo scaturente dal giudicato.

Il giudice amministrativo, investito da un ricorso in ottemperanza, sussistendone i presupposti formali della preventiva diffida e della messa in mora di cui all'art. 90 co. 2° r.d. 642/1907, deve pertanto ammettere in ogni caso il ricorso quando con esso il privato censuri l'atto per il suo contrasto col giudicato, salvo poi respingerlo nel merito laddove il lamentato contrasto non sussista; mentre, nel caso in cui la configurazione data dalla parte al proprio ricorso non sia corretta per essere la censurabilità dell'atto in realtà supportata da violazioni di leggi o dell'ordinamento giuridico estranee ed al di fuori dello spettro degli effetti della sentenza attuanda, il giudice potrà provvedere a convertire (« *rectius* », a riqualificare) l'« *actio judicati* » in normale azione d'impugnazione, sempreché di questa presenti i requisiti di ammissibilità (26).

Al mancato ampliamento dello spazio per possibili interventi del giudice dell'ottemperanza a seguito dell'emanazione, successiva alla sentenza attuanda, di provvedimenti amministrativi in dichiarata esecuzione del giudicato, fa riscontro, nella decisione che si annota, un'estensione illimitata di tale spazio

(26) Ossia il rispetto del termine di decadenza per presentare l'impugnativa, la tempestività del successivo deposito, l'integrità del contraddittorio e la competenza per grado del giudice cui il ricorso è presentato. L'istituto della « conversione », di matrice pretoria ed ispirato ad ovvie ragioni di economia processuale, è ammesso dalla giurisprudenza prevalente. V., *ex multis*, Consiglio di Stato Adunanza Plenaria 16 febbraio 1982 n. 6, in *Cons. Stato* 1982, I, 413; Consiglio Giustizia Amministrativa 20 dicembre 1988 n. 212 in *Cons. St.* 1988, I, 1717; Consiglio di Stato sez. V, 9 febbraio 1989 n. 108 in *Cons. St.* 1989, I, 147; Consiglio Giustizia Amministrativa 22 marzo 1993 n. 114, in *Cons. St.* 1993, I, 434.

Vero è che prima della adozione della presente decisione è stato pubblicato in data 6 dicembre 1994, il d.P.R. 7 novembre 1994, n. 671, con il quale si apportano modifiche allo statuto della SIAE, ma, per quanto in precedenza osservato, tale regolamento potrà essere confermato nelle parti in cui non venga investito dalla presente decisione, mentre dovrà essere sostituito nei punti che verranno di seguito specificatamente indicati.

4) Passando alla determinazione concreta del modo di adempiere al giudicato formatosi sulla decisione n. 97/92, risulta evidente come la riconosciuta illegittimità delle norme dello statuto della SIAE di cui al d.P.R. 20 ottobre 1962, n. 1842, e successive modificazioni rende necessario apportare ulteriori modifiche al predetto, eliminandone i vizi.

---

posteriormente alla scadenza del termine per l'adempimento fissato dallo stesso giudice dell'ottemperanza o alla nomina di *commissario ad acta*: spirato detto termine, o nominato il commissario, l'Amministrazione è completamente esautorata ed il potere di provvedere si trasferisce automaticamente al giudice o al suo ausiliario.

Anche questa tesi ci pare discutibile, per la ragione fondamentale che nel sistema normativo — anche interpretato evolutivamente per adattarlo ai principi costituzionali — non dispone di alcun supporto.

Non si riscontra infatti alcun elemento a giustificazione dell'assunto che la funzione amministrativa (caratterizzata com'è dai principi di continuità e necessità) venga meno per il solo fatto della nomina del commissario *ad acta*: questi deve ritenersi investito di una competenza che non è alternativa, ma concorrente rispetto a quella dell'Amministrazione, la quale continua ad operare nell'ambito delle attribuzioni che la legge le ha riconosciute (27)

(27) In tal senso v. Consiglio di Stato, sez. IV, 4 giugno 1990, n. 448 in *Foro Amm.* 1990, 1430; Id., sez. VI, 27 aprile 1995, n. 373 (massima in *Foro Amm.* 1995, 988; motivazione inedita). La vicenda cui si riferisce quest'ultima pronuncia riguarda due soggetti dichiarati idonei in un concorso per l'avviso nei ruoli dell'Amministrazione PP.TT., i quali avevano ottenuto l'annullamento giudiziale del silenzio-rifiuto formatosi sulle loro istanze di assunzione. Poiché l'inerzia dell'Amministrazione perdurava, gli interessati avevano adito il giudice dell'ottemperanza, che aveva precisato il giudicato nel senso che dovesse essere effettuata dalla P.A. una valutazione comparativa degli interessi contrapposti delle parti, ed aveva fissato un termine di sessanta giorni per provvedere, nominando il commissario « *ad acta* » in previsione dell'ipotesi che l'inattuazione si fosse ulteriormente protratta. Spirato il termine, l'Ente Poste (subentrato alla soppressa Azienda Autonoma statale delle Poste nel cui ambito avrebbero dovuto essere effettuate le assunzioni) emetteva un provvedimento espresso, negativo per gli istanti, sulla base di una corretta comparazione degli interessi da loro vantati con l'interesse pubblico specifico di perseguire il risanamento economico-finanziario, anche in relazione al numero esuberante di personale dipendente. Ricorrevano nuovamente in ottemperanza i concorsisti, deducendo la nullità del provvedimento adottato dall'Ente dopo la scadenza del termine assegnato. Ma il Consiglio di Stato questa volta, con la citata pronuncia 373/95 respingeva il ricorso, disattendendo l'orientamento per cui l'Amministrazione conserva il potere-dovere di provvedere solo fino a quando non sia nominato il commissario « *ad acta* » e di conseguenza negando validità alla tesi dei ricorrenti per cui, una volta spirato il termine di sessanta giorni, unico organo competente a pronunciarsi sulla questione fosse il commissario. Tanto più, si è aggiunto a confutazione della predetta opinione, che l'anticipata nomina del commissario non significa automatico insediamento dello stesso nell'ufficio, poiché a tal fine occorre che il commissario riceva dagli interessati la comunicazione della persistente inottemperanza. Comunicazione che nella specie non era stata fatta. Nel senso della decisione n. 373/95, v. Consiglio di Stato sez. IV, 4 giugno 1990, n. 448, in *Cons. St.*, Seguono invece l'opinione critica: Consiglio di Stato sez. V, 10 marzo 1989, n. 165 e 23 aprile 1982, n. 304.

Occorre innanzitutto chiarire il significato del concetto di « assoluta preminenza dei soci » rispetto agli iscritti in cui la decisione predetta ha ravvisato il principale vizio di legittimità ed i modi per superarlo.

Il regolamento 20 ottobre 1962, n. 1842, presentava due categorie di soggetti nell'ambito della generale appartenenza alla Società e cioè gli iscritti (articoli da 7 a 14) ed i soci, (articoli da 18 e 24). I primi comprendevano tutti i soggetti titolari di diritti di autore (art. 7, primo comma), i secondi erano invece individuati tra i primi con anzianità quinquennale di iscrizione e purché avessero riscosso dalla Società determinate somme a titolo di proventi per diritti d'autore (art. 18, primo comma).

In sostanza, quindi, i soci venivano individuati secondo criteri di successo commerciale, anche variabili nel tempo, ma sempre su decisione dei soci stessi (v. art. 20). Inoltre, tutti gli organi societari erano composti da soci o da soggetti da essi eletti o designati (per il Presidente v. art. 31, primo comma; per il Consiglio di amministrazione v. art. 33, primo comma, per le commissioni di Sezione e la Assemblea delle commissioni v. art. 37, primo comma, ed art. 41, primo comma).

(tutt'al più si pone il problema di definire i rapporti fra il provvedimento della P.A. e l'eventuale provvedimento del commissario, per quel che concerne la rispettiva efficacia sulla « *res litigiosa* »).

Non sembra poi adeguato, al fine di sostenere l'asserto che il giudice dell'ottemperanza possa fissare termini « perentori » alla P.A., l'argomento « *a fortiori* » che muove dalla indiscussa possibilità per detto giudice di esercitare anche subito i suoi poteri sostitutivi, emettendo gli atti necessari all'esecuzione e così esautorando immediatamente l'Amministrazione. L'esautoramento dell'Amministrazione consegue, in tal caso, non al fatto che il giudice dell'ottemperanza le abbia tolto il potere di provvedere all'esecuzione, ma al fatto che, avendovi provveduto lo stesso giudice, non risulta più alcuno spazio per l'intervento attuativo della P.A.

Ancor meno utile ci appare l'argomento dello scarso significato che avrebbe il termine se considerato meramente sollecitatorio di un'attività già dovuta. Ciò che si dovrebbe dimostrare è che l'ordinamento normativo ammetta la possibilità che l'Amministrazione venga spogliata dal giudice dell'ottemperanza del potere di provvedere. Dunque il ragionamento seguito dal Consiglio di Stato potrebbe esser valido solo se la prefissione del termine fosse prevista direttamente da una norma di legge: in questo caso l'esautoramento dell'Amministrazione a seguito dell'inutile scadenza del termine indicato dal giudice verrebbe desunto da quella norma, per il tramite di un (opinabile) procedimento esegetico, volto a dare al precetto, nel dubbio, il significato in base al quale esprime la massima portata effettuale.

Poiché, invece, la prefissione del termine è conforme esclusivamente ad una prassi giurisprudenziale, il ragionamento sembra avvolgersi nelle spire di una petizione di principio.

FEDERICO BASILICA
SEBASTIANO LELIO AMATO

In tale situazione non era illogico ritenere che i soci, individuati — ripetesi — secondo il criterio del successo economico, avessero in realtà il monopolio dell'Ente sia per quanto concerneva la ripartizione dei proventi (art. 39, terzo comma ed art. 10, terzo comma), sia per quanto più in generale riguardava ogni aspetto della gestione della società (v. artt. 31, 34, 39 e 41 sui poteri del presidente, del consiglio di amministrazione, delle commissioni di sezione, della assemblea delle commissioni).

Ciò che la decisione n. 97/92 ha ritenuto insostenibile è stato il perdurare di una siffatta situazione in cui, in uno stesso ente pubblico, ad una categoria di appartenenti competeva ogni potere decisionale e l'altra era soltanto tenuta ad adeguarsi senza nemmeno poter esprimere il proprio avviso.

Da qui l'esigenza di consentire la rappresentatività anche di tale categoria del tutto pretermessa.

Nella ricerca di un punto di equilibrio va innanzitutto considerato che la SIAE, malgrado la forma societaria, in realtà è un ente pubblico economico (v. da ultimo Cass. Sez. Un. 15 luglio 1993, n. 7841).

La SIAE quindi non è assimilabile ad una società commerciale e cioè ad un soggetto il quale a norma dell'art. 2247 C.C., dovrebbe realizzare una finalità prevalentemente lucrativa, in cui i voti di ogni socio si pesano in relazione alla quota di capitale o numero di azioni possedute, ed in cui, almeno finora, non esiste una norma generale che imponga voti di lista e cioè la rappresentanza delle minoranze nei consigli di amministrazione e/o nei collegi sindacali.

L'accentramento del potere anche nelle società di capitali peraltro, non è assoluto, perché numerose norme tutelano sotto altri profili le minoranze, le quali, quanto meno, possono far sentire la propria voce ed impugnare eventuali delibere che le pregiudicano, ovvero possono agire contro gli amministratori (v. artt. 2370, 2378 e 2395 C.C.). Non appena ci si allontana poi dalla causa lucrativa, l'importanza del fattore economico nella gestione societaria decresce sensibilmente. Già nelle società su base mutualistica (cooperative) i voti si contano e non si pesano più (v. art. 2532, secondo comma C.C.). Ancora più in generale, negli enti pubblici economici, come è noto, i cosiddetti criteri di economicità di gestione (v. art. 3, primo comma della L. 22 dicembre 1956, n. 1589) non sono affatto assimilabili al fine lucrativo della massimizzazione del profitto, ma più semplicemente rappresentano un canone cui uniformare la gestione per conseguire le finalità di interesse pubblico che la istituzione dell'ente si propone e che, proprio perché pubbliche, trascendono (v. Cass. 11 luglio 1988, n. 4570) lo scopo del mero ed immediato profitto.

Tale è la situazione della SIAE la quale, oltre alla attività di intermediazione per uniformare e razionalizzare la utilizzazione economica del diritto di autore, attua anche la tutela del diritto medesimo e può

assumere attività di accertamento e riscossione di tributi (v. artt. 180 e 181 L. 22 aprile 1941, n. 633, v. artt. 49 e seguenti R.D. 18 maggio 1942, n. 1369, artt. 2, 3, d.P.R. 1842/1962 cit. e Cass. Sez. Un. citata n. 7841/1993).

Se la presenza di finalità tipicamente pubblicistiche impedisce che il criterio economico possa da solo costituire l'unico canone di scelta dei soggetti cui affidare la gestione, non va dimenticato peraltro che esso, sia pure soltanto in via di massima, può far presumere che la gestione venga meglio curata da chi ha anche un diretto interesse economico alla medesima.

Il punto di equilibrio sta nell'evitare da un lato possibili iscrizioni di mero comodo, che potrebbero condurre ad affidare la gestione a soggetti che di fatto non hanno alcun interesse all'esercizio ed alla tutela del diritto di autore. Dall'altro occorre altresì evitare di concentrare il potere in un'unica categoria ristretta con l'effetto di rendere possibile una gestione tanto interessata ai propri particolari interessi economici da perdere di vista quelli dell'altra categoria e quelli di interesse più propriamente generale.

Non si tratta quindi di abbandonare il principio della rappresentatività legata al successo economico parametrato ad una determinata soglia, bensì di contemperarlo con le esigenze di maggiore democraticità, modulando la soglia in modo tale da consentire la rappresentanza in sede gestionale a tutti gli appartenenti alla società che facciano tuttavia presupporre, anche a causa di un certo successo economico personale, l'interesse ad una seria e corretta gestione dell'Ente.

In questa prospettiva non appare incongrua la scelta operata dal Commissario straordinario di incidere sulle norme che regolano l'elettorato attivo e passivo alle cariche sociali.

Al riguardo si ritiene di tenere conto, nei sensi sopraindicati, della attività finora svolta dall'Amministrazione per cui, all'esito della presente decisione, non occorrerà reiterare alcuna fase relativa alla determinazione del contenuto del nuovo regolamento ivi compreso il parere del Consiglio di Stato ex art. 17, comma 4, L. 400/1988.

Sempre con riferimento alle scelte di fondo della Amministrazione (v. relazione illustrativa alle proposte di modifica regolamentare 30 marzo 1994 al n. 3 dei documenti depositati dal ricorrente il 24 maggio 1994) appare condivisibile anche quella di basare, come per il passato, il meccanismo dell'accesso all'elettorato passivo sul riferimento ad una certa anzianità di iscrizione ed alla riscossione di un certo ammontare medio di proventi in modo da assicurare, in base a parametri del tutto oggettivi, e quindi certi, che sussista un minimo di continuità e professionalità nella attività di autore od editore tale da far presupporre una utile e corretta partecipazione alla gestione. Si condivide quindi anche il criterio di distinguere l'elettorato attivo da quello passivo al fine di consentire una base più ampia di votanti, riservando tuttavia l'elettorato

passivo a chi abbia maggiore interesse al vincolo associativo traducibile in termini di produttività, di maggiore anzianità ed esperienza e, quindi, di professionalità (v. pag. 4, II paragrafo della citata relazione).

Attesa poi la esistenza in seno alla società delle due categorie di soci e iscritti, si condivide da ultimo anche la scelta di tenere elezioni separate per l'una e l'altra categoria e di predeterminare negli organi della società il numero dei rappresentanti di soci e degli iscritti in relazione al contributo economico arrecato dagli aventi diritto e cioè dall'una e dall'altra categoria (v. pag. 3 ultimo paragrafo della relazione di cui sopra).

A tale ultimo proposito occorre osservare che la Amministrazione valuta tale contributo nella misura del 70% per i primi e del 30% per i secondi (v. pag. 5, III paragrafo).

Conseguentemente, nella proposta di modifica del regolamento (v. n. 2 dei documenti depositati il 24 maggio 1994) all'articolo 33, relativo al consiglio di amministrazione, è prevista, su otto membri elettivi, la presenza di 2 iscritti e 6 soci. All'articolo 36 relativo alle commissioni di Sezione sono previsti per la Sezione lirica 6 commissari di cui 4 soci e 2 iscritti. Per la Sezione musica 26 commissari di cui 18 soci e 8 iscritti, di poi ridotti a 18 di cui 10 soci e 8 iscritti (v. pag. 10 parere Sez. I, 6 luglio 1994, n. 1555/94 depositato alla udienza del 28 ottobre 1994). Per la Sezione drammatica operette e riviste, 14 commissari di cui 10 soci e 4 iscritti. Per la Sezione opere letterarie ed arti figurative, 6 commissari di cui 4 soci e 2 iscritti. Per la Sezione cinema infine 6 commissari di cui 4 soci e 2 iscritti.

In proposito il ricorrente rappresenta la erroneità in punto di fatto delle cifre relative alla individuazione dei proventi riscossi da soci ed iscritti categoria per categoria.

Al riguardo si osserva che, una volta accettato come criterio guida per la rappresentatività negli organi di gestione quello del contributo economico della categoria nel suo complesso, non può assumere rilievo quanto esposto dal commissario straordinario e cioè che nell'ambito della categoria degli iscritti, numerosi di essi non abbiano maturato proventi o li abbiano riscossi in misura inferiore a un milione di lire. Tale affermazione non potrebbe condurre ad escludere dal coacervo i proventi, singolarmente esigui, ma che, cumulati, aumentano la rappresentatività della categoria degli iscritti ben oltre il 30% rilevato dalla Amministrazione.

Pertanto, ai fini in esame, alla luce dello stesso criterio da condividere, scelto dalla Amministrazione, occorreva confrontare sezione per sezione i dati complessivi dei proventi di tutti i soci e di tutti gli iscritti con riferimento all'ultimo periodo, che appare corretto individuare nell'arco dal 1989 al 1992, in quanto per tale periodo risultano già

elaborati dalla stessa SIAE i dati statistici relativi ai proventi prodotti dai soci e dagli iscritti nel loro insieme per ciascuna sezione.

Tali dati non sono stati contestati dalla Amministrazione, che non ha fornito alcuna prova contraria anche perché gli stessi, ripetesi, trovano riscontro nelle risultanze provenienti dallo stesso sistema informativo della SIAE di cui ai documenti 23a, 23b, 23c, 23d della produzione del ricorrente del 21 giugno 1994.

Ciò premesso, per la Sezione lirica sulla base dei dati risultanti dal doc. 23b, risultano prodotti dagli iscritti proventi per L. 782.950.811, pari al 9% circa, e dai soci proventi per L. 8.476.914.684, pari al 91% circa. Conseguentemente su 6 commissari proposti dalla Amministrazione ne spettano 5 ai soci ed 1 agli iscritti.

Per la Sezione musica risulta (v. doc. 23a) che gli iscritti hanno prodotto nel periodo suindicato proventi per L. 423.722.000.000, pari al 43% circa, a fronte di L. 570.605.000 pari al 57% circa, prodotti dai soci.

Appare quindi corretta, e comunque è congrua in relazione alle anzidette percentuali, la attribuzione di un totale di 19 commissari alla Sezione musica di cui 11 per i soci e 8 per gli iscritti.

Per la Sezione drammatica operette e riviste, (v. doc. 23c) i proventi assommano invece a L. 63.033.302.000, pari al 59% circa, per i soci a fronte di L. 43.365.650.000, pari al 41% circa, per gli iscritti. Conseguentemente, in relazione alle anzidette percentuali è congrua la attribuzione di 10 commissari, di cui ai soci ne spettano 6, ed agli iscritti 4 (e non già 14 di cui 10 ai soci e 4 agli iscritti).

Per la Sezione opere letterarie ed arti figurative (v. doc. 23d) risulta che i soci hanno maturato proventi per L. 221.788.000, pari al 35% circa, mentre gli iscritti L. 395.241.000, pari al 65% circa. Anche in questo caso in luogo dei due posti agli iscritti e quattro ai soci come proposto dall'Amministrazione, vanno assegnati 4 posti agli iscritti e 2 ai soci.

Per la Sezione cinema, atteso che tuttora, come riconosce la stessa Amministrazione, non può prendersi in considerazione una ripartizione di proventi per diritto d'autore, (v. pag. 6, I paragrafo della relazione) essendo troppo recente la normativa di cui alla L. 5 febbraio 1992, n. 93, (e quindi non ancora significativi i dati), appare equo prevedere 4 commissari di cui 2 soci e 2 iscritti in luogo dei 6 commissari (4 soci e 2 iscritti) proposti dal commissario.

In totale, quindi, alle commissioni di sezione verrebbero assegnati 45 commissari elettivi, di cui 26 della categoria soci pari al 56% circa, e 19 della categoria iscritti pari al 44% circa.

Nello stesso senso va anche dosata la rappresentanza nel consiglio di amministrazione, fissando i membri elettivi in numero di 9 (anziché 8 proposti dall'Amministrazione) di cui 5 spettanti ai soci e 4 agli iscritti (in luogo di 6 ai soci e 2 agli iscritti).

5) I problemi relativi all'elettorato attivo e passivo devono rapportarsi al criterio esposto in precedenza (ampio accesso all'elettorato attivo e limitazione a quello passivo) e quindi non appare coerente restringere l'elettorato attivo agli iscritti con anzianità almeno triennale e che abbiano incassato per quel periodo almeno il 25% degli incassi medi della sezione di appartenenza (v. pag. 4, III paragrafo della relazione 30 marzo 1994 più volte citata).

Come già accennato, la anzianità di iscrizione ed il successo commerciale possono fondare una aspettativa di serietà di gestione e quindi influire sull'elettorato passivo, ma non possono al tempo stesso condizionare anche l'elettorato attivo. Ciò sarebbe del tutto illogico e contrasterebbe con la stessa funzione primaria della società chiamata a tutelare il diritto di autore anche ed indipendentemente dall'essersi esso ancora concretato o meno sul piano economico. Di qui l'interesse ed il diritto esistente in capo a tutti gli iscritti ad eleggere propri rappresentanti, sia pure qualificati, negli organi sociali.

Tra l'altro non va dimenticato che i soci votano per i soci e gli iscritti per gli iscritti, ripartiti per le sezioni cui appartengono, e quindi, anche per tale motivo, non si giustificherebbe una limitazione all'elettorato attivo degli iscritti, poiché l'ampliamento della loro base elettorale non influisce di per sé sulle elezioni dei soci.

6) Per quanto concerne da ultimo il fondo di solidarietà, non può essere accolta la proposta del commissario di destinare un'aliquota fino al 10% indifferentemente a tale scopo nonché per lo studio di problematiche legate all'oggetto della società. Onde evitare che il fine della solidarietà venga frustrato per effetto della incertezza sia sull'ammontare dei fondi sia sulla loro destinazione, occorre innanzitutto fissare anche una aliquota minima, che si ritiene congruo determinare nel 4%, affinché non venga stabilita in misura irrisoria, ed occorre poi eliminare le altre possibili destinazioni estranee alla solidarietà medesima.

7) In conclusione, quindi, preso atto di quanto sopra, il testo del d.P.R. 20 ottobre 1962, n. 1842, con le modifiche apportate dai decreti presidenziali 14 novembre 1974, n. 859, 2 agosto 1986 n. 726, e 7 novembre 1994, n. 671 in ottemperanza al giudicato formatosi sulla decisione n. 97/1992 deve essere ulteriormente modificato come di seguito precisato in dispositivo.

Il ricorso pertanto deve essere accolto nei limiti sopraindicati. Attesa peraltro la novità della situazione in fatto ed in diritto ricorrono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Sezione Sesta, definitivamente pronunciando a norma dell'articolo 27, n. 4, del T.U. n. 1054/1924 dispone, in sostituzione della Società Italiana Autori ed Editori e della Presidenza del Consiglio dei Ministri, che al regolamento di cui al d.P.R. 20 ottobre 1962, n. 1842, e successive modifiche di cui ai decreti del Presidente della Repubblica 14 novembre 1974, n. 859, 2 agosto 1986, n. 726, e 7 novembre 1994, n. 671, vengano apportate le ulteriori modificazioni ed integrazioni di seguito elencate:

a) All'articolo 13 i commi 1 e 2 sono sostituiti dai seguenti:

« A fini di solidarietà fra soci e fra iscritti la Società deduce dalle somme riscosse per diritti d'autore nei territori di gestione diretta un importo da un minimo del 4% sino ad un massimo del 10% del totale al netto delle provvigioni.

La misura della deduzione è determinata dall'Assemblea delle Commissioni di Sezione, su proposta del Consiglio di Amministrazione, tenuto conto dell'andamento dell'esercizio finanziario, e può essere differenziata, sentite le singole Commissioni di Sezione, in relazione ai generi delle opere ed ai tipi di utilizzazione ».

b) All'articolo 33 il primo comma è sostituito dal seguente:

« Il consiglio di amministrazione è composto dal presidente della Società, che lo presiede e da nove membri, in possesso del diritto di elettorato attivo e passivo così distinti: quattro membri autori, eletti dall'assemblea delle commissioni di sezione, di cui un autore socio ed un autore iscritto per la sezione Musica, un autore socio ed un autore iscritto per la sezione Drammatica Operette e riviste (D.O.R.); cinque membri editori o produttori, eletti dall'assemblea delle commissioni di sezione, di cui due soci e un iscritto editori di musica, un socio ed un iscritto editori di opere letterarie o produttori di opere cinematografiche ».

c) All'articolo 34, terzo comma, della lettera C-*bis* introdotta con il d.P.R. n. 671/1994 sono soppresse le parole « e la destinazione ».

d) All'articolo 36, primo comma, le lettere a), b), c), d) ed e) sono sostituite dalle seguenti:

« a) per la sezione lirica cinque commissari soci ed uno iscritto, dei quali due soci ed un iscritto autori della parte musicale ovvero della parte letteraria di opere liriche, balletti oratori ed opere analoghe; tre soci editori di dette opere e congiuntamente concessionari di diritti di rappresentazione;

« b) per la sezione musica, undici commissari soci e 8 iscritti, dei quali: sei autori di musica ripartiti in due soci autori ed un iscritto di brani staccati di opere liriche, balletti, oratori e opere analoghe e di composizioni sinfoniche, due soci e un iscritto autori di composizioni varie; due soci ed un iscritto autori della parte letteraria di composizioni varie; sei soci e cinque iscritti editori di musica e congiuntamente concessionari di diritti di esecuzione;

« c) per la sezione drammatica, operette e riviste, sei soci e quattro iscritti commissari dei quali: due soci e un iscritto autori di opere drammatiche o di genere affine ovvero della parte letteraria di operette, riviste ed opere analoghe, un socio ed un iscritto autori della parte musicale, due soci ed un iscritto di opere create appositamente per la radiodiffusione e la televisione, un socio ed un iscritto concessionari o cessionari di diritto di rappresentazione ovvero editori e congiuntamente concessionari di diritti di rappresentazione;

« d) per la sezione opere letterarie e arti figurative, due soci e quattro commissari iscritti dei quali: un socio e due iscritti autori, un socio e due iscritti editori di opere letterarie o figurative;

« e) per la sezione cinema, due soci e due iscritti commissari dei quali: un socio ed un iscritto autori di opere cinematografiche o di opere a queste assimilate (autori di soggetti o sceneggiature di opere cinematografiche o a queste assimilate ovvero direttori artistici), un socio e un iscritto produttori o concessionari di opere cinematografiche o di opere a queste assimilate ».

e) All'articolo 37 il terzo comma è sostituito dal seguente:

« Hanno diritto di voto con esclusione degli eredi:

a) gli iscritti ordinari, che hanno diritto di essere votati a norma del n. 1 del comma precedente, nonché tutti gli altri iscritti ordinari;

b) i soci che rivestano tale qualità alla data in cui sono indette le elezioni e la conservino alla data della votazione.

f) All'articolo 41, primo comma dal numero 6-*bis* introdotto con d.P.R. n. 671/1994 sono eliminate le parole « e la destinazione ».

g) All'articolo 60-*bis* introdotto con d.P.R. n. 671/1994 la lettera b) del primo comma è sostituita dalla seguente:

b) hanno diritto di voto, con esclusione degli eredi gli iscritti ordinari produttori e concessionari, che abbiano diritto di essere votati a norma della precedente lettera a) nonché tutti gli altri iscritti ». (*omissis*)

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO, sez. I, 26 luglio 1995 n. 1472 - *Pres.* Schinaia - *Rel.* Zaccardi - Sr.l. Euronova (avv. Guarino e Mirabelli Centurione) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (avv. dello Stato Braguglia, Gentili e Sclafani) e Co.Da.Cons. (avv. Rienzi).

Concorrenza - Pubblicità ingannevole - Dovere di informazione secondo buona fede - Obbligo di veridicità e correttezza anche per le modalità di presentazione - Fattispecie in tema di concorso a premi.

Concorrenza - Pubblicità ingannevole - Concorso a premi - Autorizzazione rilasciata dal Ministero delle Finanze ai sensi dell'art. 54 r.d.l. 19 ottobre 1938 n. 1933 - Potere di intervento dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato - Sussistenza.

Concorrenza - Pubblicità ingannevole - Idoneità del messaggio ad ingannare i consumatori - Criteri di valutazione - Nozione di dolo secondo il diritto civile - Irrilevanza - Distinzione tra « dolus malus » e « dolus bonus » - Inapplicabilità.

Concorrenza - Pubblicità ingannevole - Clausola « soddisfatti o rimborsati » - Irrilevanza.

(d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74; r.d.l. 19 ottobre 1938, n. 1933, art. 54).

Ai sensi del d.lgs. 25 gennaio 1992 n. 74 i messaggi pubblicitari non possono contenere direttamente o indirettamente indicazioni non veridiche e devono oggettivamente rispondere, anche per le modalità di presentazione, ad un criterio di correttezza nella informazione che riproduce, in una fase del tutto anteriore e preliminare rispetto a quella negoziale, il dovere di informazione secondo buona fede che costituisce uno degli aspetti fondamentali della correttezza nei rapporti obbligatori (fattispecie relativa ad un messaggio promozionale abbinato ad un concorso a premi dichiarato ingannevole per insufficiente chiarezza delle regole del concorso) (1).

(1-4) È la prima sentenza del giudice amministrativo in tema di repressione della pubblicità ingannevole ai sensi del d.lgs. 25 gennaio 1992 n. 74.

Il TAR Lazio, dopo una copiosa giurisprudenza cautelare in buona parte favorevole all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, affronta con una accurata motivazione alcuni problemi di fondo della suddetta disciplina, con la quale è stata recepita la direttiva CEE 84/450 del Consiglio del 10 settembre 1984 concernente il riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole.

La fattispecie riguarda un messaggio promozionale abbinato ad un concorso a premi autorizzato dal Ministero delle Finanze ai sensi dell'art. 54 r.d.l. 19 ottobre 1938 n. 1933.

La prima questione affrontata concerne l'art. 7, dodicesimo comma, del d.lgs. 74/1992, il quale esclude la competenza dell'Autorità a giudicare la

L'autorizzazione rilasciata dal Ministero delle Finanze ai sensi dell'art. 54 r.d.l. 19 ottobre 1938 n. 1933 per lo svolgimento di un concorso a premi riguarda solo l'attendibilità e serietà del meccanismo concorsuale a tutela dell'affidamento dei partecipanti alla gara e non concerne anche la verifica del carattere non ingannevole della pubblicità a cui indirettamente assolve il concorso; pertanto il rilascio di tale autorizzazione non fa venir meno, ai sensi dell'art. 7, dodicesimo comma, del d.lgs. 25 gennaio 1992 n. 74, il potere di intervento dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato in materia di repressione della pubblicità ingannevole (2).

In materia di repressione della pubblicità ingannevole, ai fini della valutazione dell'idoneità del messaggio ad ingannare il consumatore, non assume rilevanza la nozione di dolo, quale vizio della volontà del negozio giuridico, né la distinzione tradizionale tra «dolus malus» (vietato) e «dolus bonus» (consentito) perché si è fuori dal rapporto interindividuale e dalla relativa tutela apprestata in materia negoziale dal codice civile; si tratta, infatti, di un ambito ben diverso caratterizzato dalla fissazione di regole di comportamento specifico per gli operatori del settore della pubblicità che devono far corrispondere i messaggi diffusi ad esigenze, positivamente affermate dal legislatore, di veridicità e correttezza (3).

La clausola «soddisfatti o rimborsati» — avente la funzione di evitare che difetti non visibili o caratteristiche del bene non corrispondenti a quelle reclamizzate possano pregiudicare la posizione dell'acquirente — non vale ad eliminare l'ingannevolezza di un messaggio pubblicitario, in quanto quest'ultima prescinde dalle scelte eventuali e successive alla stipulazione del contratto riservate all'acquirente (4).

---

pubblicità che sia stata «assentita con provvedimento amministrativo preordinato anche alla verifica del carattere ingannevole della stessa».

Sul punto il TAR osserva che l'autorizzazione del Ministero delle Finanze per lo svolgimento di un concorso a premi non riguarda la pubblicità, bensì soltanto la serietà ed affidabilità del meccanismo concorsuale, il quale si colloca in una fase anteriore e distinta rispetto alle forme e ai contenuti del messaggio pubblicitario. Inoltre, non rileva il fatto che l'Amministrazione delle Finanze abbia occasionalmente valutato anche l'ingannevolezza della pubblicità in via incidentale ed al di fuori di una sua specifica competenza, perché altrimenti si finirebbe per ridurre il ruolo dell'Autorità ad una competenza del tutto residuale che non si concilia con la lettera e con la *ratio* del d.lgs. 74/1992.

Tale interpretazione è pienamente condivisa dalla dottrina (FUSI, TESTA, COTTAFAVI, *La pubblicità ingannevole*, Giuffrè, 1993, p. 312, testo e nota 2; MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole*, Giappichelli, 1994, p. 139), secondo la quale nell'art. 54 del r.d.l. n. 1933/38 mancano i presupposti per la applicazione dell'art. 7, dodicesimo comma, del d.lgs. 74/92, in quanto alla base dell'autorizzazione ministeriale non v'è la verifica dell'ingannevolezza del messaggio

(*omissis*) 1) Appare utile, preliminarmente, puntualizzare alcune circostanze di fatto in modo da rendere più comprensibile la questione di diritto posta con l'atto introduttivo del giudizio.

A) La Società ricorrente ha diffuso in forma di pieghevole pubblicitario e tramite il servizio postale un messaggio promozionale relativo al concorso a premi: « vincita d'oro ».

L'operazione consisteva in un « concorso misto » fondato sulla consegna di un oggetto di valore eguale a tutti coloro che ordinassero merce per un minimo di L. 30.000 e sull'eventuale attribuzione di alcuni premi conseguente ad una estrazione a sorte.

Il pieghevole conteneva sul frontespizio tre gruppi di premi, a ciascuno dei quali corrispondevano sei numeri con l'indicazione che « il suo premio è in questo gruppo... se ha uno di questi numeri ». Nella copia depositata in atti, a titolo esemplificativo, da parte ricorrente alla Sig.ra Landi Barbara corrispondeva il n. 37 — come è desumibile da altro documento unito al pieghevole, la « busta premiazione » serie AB 1, con « apertura riservata al titolare del documento di vincita » e con la dizione « contiene il numero che da diritto al premio » — che era inserito tra i sei numeri del primo gruppo che comprende sei premi: una « Golf

---

pubblicitario (che peraltro può essere ideato successivamente all'autorizzazione stessa).

In secondo luogo il TAR sottolinea che con il d.lgs. 74/92 il legislatore ha imposto « oggettivamente » all'attività pubblicitaria l'obbligo di essere « palese, veritiera e corretta »; ciò « a difesa dei consumatori, considerati parte più debole a fronte del dispiegamento ad opera dell'impresa di mezzi e risorse molto consistenti nel settore pubblicitario ed in grado di forzare per tale via la formazione dei convincimenti dei singoli ».

L'uso dell'avverbio « oggettivamente » lascia intendere che la valutazione dell'ingannevolezza del messaggio deve prescindere sia dalle condizioni soggettive dei destinatari della campagna pubblicitaria, sia dalla nozione di consumatore medio o persona di normale diligenza, perché gli ampi obiettivi di tutela posti dal d.lgs. 74/92 escludono che possano pregiudizialmente restare senza protezione i soggetti più deboli e pongono a carico dell'impresa un onere di chiarezza e trasparenza commisurato anche ad essi.

Conseguentemente non assumono rilevanza le condizioni soggettive di una determinata tipologia di consumatori a cui la pubblicità si riferisce (ad esempio il livello culturale di una categoria professionale).

Anche qui la posizione del TAR Lazio è in linea con la dottrina, la quale non ha mancato di rilevare che l'illecito costituito dalla pubblicità ingannevole si fonda su un giudizio obiettivo di idoneità ad ingannare il quale prescinde completamente dalla colpa dell'operatore pubblicitario e dipende soltanto dalle caratteristiche del messaggio. Il che è coerente con la tendenza a reprimere su base oggettiva tutti gli illeciti in materia concorrenziale (MELI, *op. cit.*, p. 46).

Al riguardo nella sentenza in esame viene opportunamente sottolineato che la disciplina del d.lgs. 74/92 si muove in un ambito del tutto diverso rispetto a quello dei rapporti interindividuali (ed in particolare negoziali) presi in considerazione dalla disciplina del codice civile sul dolo.

F.S.

GTI », una macchina fotografica, un televisore, un videoregistratore, una radio ed una cinepresa. Anche sul foglio da rispedire con l'ordine di almeno L. 30.000 si da notizia della « busta premiazione » e si dice con evidenza « Lei ha vinto e può conoscere subito quale premio ha vinto Sig.ra Landi ». Su detto foglio è contenuta la garanzia « soddisfatti o rimborsati » e si precisa, nell'ambito della esplicazione della garanzia, che la restituzione della merce non fa perdere il diritto a mantenere i regali o i premi ricevuti ed a partecipare alla manifestazione « Euronova ». Soltanto nel Regolamento del concorso « vincita d'oro » posto sul retro del pieghevole con caratteri meno leggibili si chiarisce il vero contenuto del concorso stesso: a) il « premio certo assegnato a tutti gli acquirenti è un « foulard » o oggetto di pari valore — di cui nella istanza di autorizzazione al Ministero delle Finanze si indica un valore unitario di L. 712 —; b) i premi da sorteggiare sono solo 9 e potranno essere consegnati in gettoni d'oro o, su scelta del vincitore, in beni di pari valore « tipo quelli visualizzati », che sono 19; il valore dei premi si intende IVA compresa; c) i 9 premi sono: n. 1 da trenta milioni; n. 1 da tre milioni; n. 1 da un milione; n. 1 da cinquecentomila lire; n. 5 da centomila lire. Detti premi verrano sorteggiati tra tutti i soggetti che hanno spedito una ordinazione superiore a L. 30.000 entro il 31 dicembre 1993.

Il concorso in questione ha avuto svolgimento ed hanno risposto oltre 121.000 persone, nove sono stati i premi assegnati secondo le norme regolamentari cui si è fatto cenno.

L'Autorità ha ritenuto ingannevole il messaggio promozionale del concorso di cui trattasi essenzialmente perché: a) il numero di vincite richiamato nei pieghevoli e nella busta premiazione non ha alcuna specifica funzione posto che il sorteggio è tra tutti coloro che hanno effettuato ordini superiori a L. 30.000; b) chi ha effettuato detti ordini non vince alcunché: partecipa all'estrazione a sorte dei premi e riceve il « premio » che nella istanza di autorizzazione al Ministro delle Finanze è definito « premio omaggio » del valore di L. 712; c) molti degli oggetti che figurano nel pieghevole non sono sorteggiati ma sono stati raffigurati per motivi promozionali (il sorteggio prevede 9 vincitori e non concerne singoli beni ma somme da corrispondere in gettoni d'oro, commutabili con gli oggetti raffigurati); d) non è veridica la esistenza di una parte dei premi rappresentati nel pieghevole (solo 9 su 19 possono essere attribuiti); e) la presentazione del messaggio, per la scarsa evidenza data al regolamento e per gli altri elementi suddetti, può portare pregiudizio ai destinatari nei loro comportamenti economici.

2) È ora possibile esaminare, con i necessari elementi di fatto, le censure svolte con l'atto introduttivo del giudizio.

2.1) Con il primo motivo, proposto in via pregiudiziale, parte ricorrente sostiene che l'Autorità ha violato l'art. 7, XII comma, del d.lgs.

25 gennaio 1992 n. 74, di attuazione della Direttiva CEE n. 450/84 in materia di pubblicità ingannevole. Tale disposizione esclude, invero, l'intervento dell'Autorità « ove la pubblicità sia stata assentita con provvedimento amministrativo preordinato anche alla verifica del carattere non ingannevole della stessa ». Nel caso di specie è intervenuta l'autorizzazione del Ministro delle Finanze (n. 4/1397 del 26 marzo 1993) resa a tenore dell'art. 54 del r.d.l. 19 ottobre 1938, n. 1933. Secondo l'impostazione del motivo in esame poiché l'atto di assenso del Ministro delle Finanze è rivolto a garantire « in pieno la pubblica fede » si verterebbe in una ipotesi di esclusione del potere di intervento dell'Autorità.

La tesi non può essere condivisa.

La norma richiamata contempla un potere, assegnato al Ministro delle Finanze, o ad organi periferici del Ministero medesimo quando le operazioni riguardino una sola provincia, di verifica in ordine al « congegno dei concorsi e delle operazioni a premio » che, appunto, garantisca « in pieno la pubblica fede ». Ad avviso del Collegio, la garanzia di cui trattasi riguarda le regole di svolgimento dei concorsi e delle operazioni a premio in modo che i soggetti che partecipano alle estrazioni a sorte, ovvero ai procedimenti di assegnazione dei premi nelle operazioni in cui non opera il sorteggio, abbiano un ragionevole affidamento sulla attendibilità e serietà dei meccanismi in base ai quali si distribuiscono i premi e che solo indirettamente assolvono alla funzione di promozione della diffusione e dello smercio di determinati prodotti.

La pubblicità relativa a detti concorsi ed operazioni segue necessariamente l'autorizzazione del concorso (in tal senso è esplicito l'art. 62 del r.d.l. n. 1933 del 1938) e, fermo l'obbligo di citare gli estremi dell'autorizzazione prima di effettuare la pubblicità di cui trattasi (art. 62 II comma), per il resto, come ogni attività promozionale, anche quella diretta a pubblicizzare i concorsi e le operazioni a premio rientra nella definizione di pubblicità di cui all'art. 2, I comma, lett. a) del d.lgs. 74/92 e, conseguentemente, se ingannevole, nell'ambito dei poteri di intervento dell'Autorità.

Non esiste alcuna disposizione, ciò posto, che prevede un potere amministrativo preordinato anche alla verifica del carattere non ingannevole della pubblicità in questione e su tale base non può essere contestata fondatamente la competenza dell'Autorità.

Si tratta a ben vedere di due funzioni (quella assolta dal Ministero delle Finanze e quella riservata all'Autorità) del tutto peculiari e ben distinte: a) la prima mira a consentire una verifica della serietà dei « congegni » che regolano le vincite nei concorsi e nelle operazioni a premio in modo che all'effetto incentivante determinato dal punto di vista commerciale dal ricorso a tali strumenti di promozione corrisponda in concreto un certo onere per i promotori e conseguentemente la possibilità, per i partecipanti al concorso o alla operazione a premio, di av-

vantaggiarsi, con l'assunzione del rischio proprio di questa fattispecie e secondo regole predeterminate fissate nei singoli regolamenti dei concorsi a premi, con il conseguimento delle vincite; b) la seconda non concerne le regole ed i meccanismi dei concorsi e delle operazioni a premio, ma la fase, necessariamente successiva, della pubblicità di tali operazioni, della correttezza e veridicità della loro presentazione al pubblico e, quindi, della non ingannevolezza dei relativi messaggi pubblicitari come di ogni altra attività promozionale che integri una « pubblicità » in senso tecnico.

Cadono così le censure poste con il primo motivo di ricorso parte finale e con il secondo motivo. Non ha pregio, infatti, sostenere che l'Autorità dovesse adire il giudice amministrativo per rimuovere l'autorizzazione del Ministro delle Finanze o che di tale autorizzazione ha, in effetti, sospeso l'efficacia e la esecutorietà ovvero, ancora, che dovesse verificare se l'accertamento effettuato da un'altra Amministrazione fosse assorbente anche del profilo della ingannevolezza del messaggio. I due provvedimenti qui esaminati si muovono su piani diversi e corrispondono all'esercizio di distinti poteri amministrativi rispondendo ciascuno ad una competenza propria di una autorità amministrativa.

Il legislatore del 1938 ha inteso risolvere un problema ben diverso da quello della repressione della pubblicità ingannevole: in sede di regolamentazione a fini fiscali del lotto, degli altri giuochi e delle lotterie ha ricompreso tra le attività suscettibili di fornire una base imponibile di rilievo anche i concorsi e le operazioni a premio: in tale contesto è ben logico e coerente che unitamente al prelievo fiscale — commisurato alla massa dei premi — si sia preoccupato di garantire, attraverso una specifica autorizzazione, la serietà e l'affidabilità dei « congegni » dei singoli concorsi.

È del tutto coerente con quanto sin qui esposto che nell'apposito piano tecnico per il concorso « vincita d'oro » 1993/1994 presentato dalla Società ricorrente per conseguire l'autorizzazione ministeriale non fossero specificate le modalità della pubblicizzazione del concorso stesso (cfr. All. 4 all'atto introduttivo del giudizio) ma solo le regole per partecipare alla « vincita d'oro ».

Né possono trarre in inganno alcune espressioni, contenute sia nel decreto ministeriale n. 4/1397 del 1993 — di autorizzazione del concorso in parola — che nella nota n. 4/1397 del 21 marzo 1993, di trasmissione del decreto stesso, in cui si ribadisce che la pubblicizzazione della manifestazione svolta in modo equivoco e difforme dal piano tecnico nonché l'inosservanza di specifiche prescrizioni dell'Amministrazione finanziaria può comportare la sospensione o la revoca dell'autorizzazione. Si tratta di una prescrizione di cautela, correttamente imposta nel decreto di autorizzazione, e corrispondente al contenuto dell'art. 55, I comma, del r.d.l. n. 1933 del 1938 secondo cui l'inosservanza del decreto di au-

torizzazione e del relativo piano tecnico approvato così come la violazione delle norme di legge richiamate nella autorizzazione può portare alla revoca o alla sospensione dell'atto di assenso.

Fermi restando i poteri dell'Autorità in materia di pubblicità ingannevole è evidente il coordinamento tra i due procedimenti: dopo l'accertamento della ingannevolezza dei messaggi pubblicitari relativi ai concorsi a premio ed effettuato dall'Autorità ben potrà, anche per tale specifico aspetto, oltre che per gli altri collegati alla inosservanza del decreto di autorizzazione o alla violazione delle modalità del concorso, il Ministero delle Finanze sospendere o revocare l'autorizzazione.

Si tratta, in definitiva, di una misura diretta a rafforzare sia il prelievo fiscale che viene liquidato in via provvisoria, salvo conguaglio, nel decreto di autorizzazione che, correlativamente, le modalità di svolgimento del concorso approvate unitamente all'atto impositivo del prelievo stesso.

Tra le disposizioni richiamate nel decreto non figura il d.lgs. 74 del 1992 e ciò è solo una conferma della diversità del potere esercitato dall'Amministrazione finanziaria rispetto a quello riservato nell'ordinamento vigente all'Autorità.

2.2) Sono, altresì da disattendere le considerazioni svolte in memoria da parte ricorrente sullo specifico punto sin qui esaminato.

Muovendo dal presupposto della mancanza del r.d.l. n. 1933 del 1938 di una disposizione che preveda un potere preordinato alla verifica del carattere non ingannevole della pubblicità, la difesa di parte ricorrente tenta di spostare l'angolazione della censura osservando che, comunque, al di là di una specifica norma che contempli il potere cui si è fatto cenno, quando una diversa autorità amministrativa abbia valutato la ingannevolezza del messaggio, in tale caso viene la competenza dell'Autorità (cfr. pag. 3 della memoria presentata per l'udienza di discussione).

La tesi non può essere condivisa: basti considerare che l'Autorità verrebbe ad assumere in materia di pubblicità ingannevole una competenza per così dire « residuale » riservata cioè alle fattispecie in cui non si sia pronunciata una diversa autorità amministrativa anche incidentalmente ovvero al di fuori di competenze specifiche.

Si oppone ad una impostazione così riduttiva dei poteri dell'Autorità il d.lgs. n. 74 del 1992 proprio nel suo art. 7, II comma, che prevede la deroga nei confronti degli ordinari poteri e procedimenti delineati dallo stesso decreto legislativo solo nel caso che un provvedimento amministrativo emanato da diversa autorità sia « preordinato » alla verifica della non ingannevolezza del messaggio pubblicitario e, quindi, si radichi su una disposizione attributiva del relativo potere.

2.3.) Si può, ora, procedere all'esame delle altre censure poste in via subordinata rispetto al primo motivo di ricorso.

Ragioni logiche inducono ad esaminare con precedenza il quarto motivo di ricorso con cui la difesa della Società ricorrente sostiene che, nel caso di specie, mancherebbe l'elemento della induzione in errore dei destinatari del messaggio pubblicitario necessario per poter integrare il requisito della « ingannevolezza » della pubblicità. Trattandosi, nella fattispecie in esame, della pubblicità di concorsi ed operazioni a premio il carattere suddetto sarebbe escluso dalla possibilità offerta nel messaggio di conoscere chiaramente le modalità di partecipazione. Nel d.lgs. n. 74/92 si individuano alcune categorie di destinatari più deboli (bambini ed adolescenti) nei cui confronti sono dettate regole particolari di cautela; da ciò si può evincere — sempre nell'impostazione della difesa della Società Euronova — un principio secondo cui il messaggio pubblicitario va considerato non solo nei suoi contenuti oggettivi ma anche tenendo conto del profilo soggettivo cioè del livello di consapevolezza dei destinatari.

L'eventuale errore dei destinatari del messaggio sarebbe, quindi, imputabile ad una diligenza inferiore alla media nella « decodificazione » del messaggio pubblicitario. Il consumatore dovrebbe accorgersi della palese assurdità di certe offerte o proposte.

È opportuno ricordare che il d.lgs. n. 74 del 1992 fissa nell'art. 1, II comma, in termini positivi i caratteri che deve assumere la pubblicità che deve essere « palese, veritiera e corretta ».

Su tale base è escluso che i messaggi pubblicitari possano contenere direttamente o indirettamente indicazioni non veridiche ed, inoltre, è previsto che devono rispondere ad un criterio di correttezza nella informazione che riproduce, in una fase del tutto anteriore e preliminare rispetto a quella negoziale o contrattuale, il « dovere di informazione secondo buona fede » che costituisce uno degli aspetti fondamentali della correttezza nella nascita e nell'attuazione dei rapporti obbligatori.

Il legislatore ha inteso corredare l'attività promozionale della vendita di prodotti, che ha assunto una importanza crescente per la poderosa capacità di induzione propria dei moderni mezzi di comunicazione di massa e per la possibilità, capillare ed intensa, di raggiungere i destinatari dei messaggi anche attraverso forme di vendita per corrispondenza ed a domicilio, di alcune cautele essenziali riferite al comportamento del soggetto che si avvale dello strumento pubblicitario imponendo ai messaggi pubblicitari « oggettivamente » le caratteristiche delineate.

Si è voluto così bilanciare il rapporto tra impresa di pubblicità e potenziale consumatore prescrivendo alcune caratteristiche che la pubblicità deve rispettare a difesa dei consumatori, considerati parte più debole a fronte del dispiegamento ad opera della impresa di mezzi e risorse molto consistenti nel settore pubblicitario ed in grado di « forzare » per tale via la formazione dei convincimenti dei singoli.

È in questo contesto che assume particolare valore l'obbligo di correttezza nell'effettuazione di campagne pubblicitarie, nella formulazione dei singoli messaggi e nella loro presentazione.

Si tratta di un dovere specifico di assolvere ad una informazione tendenzialmente completa e piena ma anche chiara, non equivoca ed inidonea, anche per le modalità di presentazione, a determinare una induzione in errore che possa portare un pregiudizio economico ai destinatari del messaggio.

Nel caso di specie, ad avviso del Collegio, ciò non è avvenuto.

È sufficiente, per giustificare questo orientamento, considerare criticamente quanto si è riassunto sub 1 A) in ordine alle caratteristiche del messaggio pubblicitario in questione: a) il destinatario del messaggio anche se nella « busta premiazione » aveva rinvenuto uno dei numeri corrispondenti nel pieghevole ad uno dei tre gruppi di premi non aveva vinto alcunché posto che solo con il buono di ordine di L. 30.000 acquisiva il diritto al « premio-omaggio » del valore di L. 712 che viene definito « premio » nel pieghevole pubblicitario ma che, più correttamente, nel piano tecnico del concorso « vincita d'oro » viene definito « omaggio »; è significativo che il denunciante abbia lamentato la inesistenza dei premi in palio del secondo gruppo a cui aspirava; b) la circostanza è confermata dalla considerazione che tutti coloro che hanno inviato l'ordine — oltre 121.000 persone — hanno conseguito il diritto a partecipare all'estrazione dei vari premi; c) dal pieghevole pubblicitario si può, in effetti, dedurre che i premi ivi raffigurati siano in palio, mentre i premi sono solo 9 e non quanti sono gli oggetti, vengono corrisposti in gettoni d'oro e, solo previa commutazione, possono portare alla vincita di uno degli oggetti raffigurati nel pieghevole; d) la presentazione della pubblicità non è « corretta » posto che tende, chiaramente, a far ritenere che il destinatario si trovi in una posizione differenziata rispetto ad altri soggetti sulla base degli elementi sopraricordati mentre così non è e, soltanto con una lettura attenta e vigile del regolamento del concorso si può comprendere, non senza difficoltà e inesattezze (ad esempio si indica quale omaggio un « foulard » o altro oggetto mentre nel piano si parla di « bracciale più orecchini » del valore di L. 712) che la situazione è ben diversa; e) la diversità nella evidenziazione delle varie parti del messaggio pubblicitario (in particolare la collocazione del regolamento concorsuale e la sua non agevole lettura) costituiscono ulteriori elementi di una presentazione idonea ad indurre in errore il destinatario che nel procedere all'ordine è indotto a pensare di trovarsi in una posizione differenziata nel conseguimento dei premi raffigurati nel pieghevole. Non convince la spiegazione, resa in memoria da parte ricorrente, sulla necessità di restringere i caratteri del regolamento in considerazione del loro numero: sarebbe stata sufficiente una indicazione di rinvio ben chiara e appariscente (come le dizioni « Lei ha vinto ») per indurre il destinatario a prendere

visione con cura del regolamento stesso ferma restando la dimensione dei caratteri tipografici.

Le considerazioni che precedono sono utili per confutare il riferimento effettuato alla nozione di dolo, vizio della volontà del negozio giuridico, che non entra in gioco posto che nel caso di specie si è fuori dal rapporto interindividuale e della relativa tutela apprestata in materia negoziale dal codice civile e non assume, pertanto rilevanza alcuna la distinzione tradizionale e nota tra « dolus malus », vietato e « dolus bonus », consentito.

Siamo, come si è osservato in precedenza, in un ambito ben diverso di fissazione di regole di comportamento specifico per gli operatori del settore della pubblicità che devono far corrispondere i messaggi diffusi ad esigenze positivamente affermate dal legislatore, di veridicità e correttezza, anche nelle modalità di presentazione della pubblicità.

È significativo considerare a tal proposito, a conferma della diversità degli ambiti di disciplina qui delineati, che il sistema sanzionatorio previsto dal d.lgs. 74/92 si ferma, coerentemente con l'impostazione qui seguita, alla inibizione degli atti di pubblicità ingannevole, al divieto della loro continuazione ed alla rimozione degli effetti prodotti a danno della concorrenza e dei consumatori ma non si estende a sanzioni civili che sono invece previste nell'ordinamento generale della tutela della concorrenza e del mercato, segnatamente dalla legge n. 287 dl 1990.

Da ciò consegue che l'accertamento della ingannevolezza di un messaggio potrà avere rilievo o meno nell'ambito della tutela negoziale accordata nel caso di dolo se, in concreto, si presentino gli elementi richiesti per la sussistenza di detta figura e solo allora comporterà l'annullabilità del singolo specifico negozio giuridico.

In questo ordine di idee appare al Collegio ininfluente il richiamo alla figura del dolo, effettuato nelle difese della Società Euronova.

Peraltro, dalle considerazioni che precedono sono confutati anche il quinto motivo di ricorso con cui la parte ricorrente tenta di dimostrare la non ingannevolezza del messaggio pubblicitario di cui trattasi ed il sesto motivo con cui si mira invece a porre in risalto una prassi, consolidata nel settore, di ricorrere a pubblicità « suggestive » in guisa che la pubblicità di « Euronova », in linea con tale prassi, non poteva essere considerata ingannevole, in quanto acquisita in un certo mercato come dato usuale, senza determinare una disparità di trattamento con altri operatori.

2.4) Sono infondate le censure svolte con il terzo motivo di ricorso con cui si lamenta la disparità di trattamento intevenuta nei confronti della Società ricorrente rispetto ai provvedimenti presi, in situazioni analoghe, nei riguardi di una concorrente (Vestro) che in due casi non è stata sanzionata ed in un terzo, pur sanzionata con la inibizione della

pubblicità ritenuta ingannevole non ha, però, subito l'ulteriore misura della pubblicazione su due quotidiani di un comunicato diretto ad eliminare gli effetti distorsivi della pubblicità ingannevole.

Sul punto è sufficiente, a confutazione della tesi di parte ricorrente, richiamare indirizzi giurisprudenziali assolutamente pacifici in forza dei quali per poter individuare un eccesso di potere, nella figura sintomatica della disparità di trattamento, è necessario che in fatto sussistano situazioni identiche o comunque con presupposti comuni ed agevolmente comparabili.

Nel caso che qui interessa, come si può ben vedere dalla lettura dei tre provvedimenti cui si richiama la parte ricorrente, si tratta di situazioni oggettivamente diverse: *a*) il provvedimento n. 643 del 7 agosto 1992 si fonda essenzialmente sulla inapplicabilità del d.lgs. 74 del 1992 ad operazioni pubblicitarie precedenti alla sua entrata in vigore; in tale contesto assume un valore relativo l'assunto della non ingannevolezza del messaggio « segni zodiacali in oro » ed il rilievo attribuito alla clausola « soddisfatti o rimborsati » al fine di escludere il carattere ingannevole della pubblicità in questione; *b*) il provvedimento n. 1225 del 16 giugno 1993 si pronuncia su una situazione analoga a quella contestata alla Società attuale ricorrente e conclude per la non ingannevolezza del messaggio (cfr. ultimo capoverso a pag. 85 del Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato periodo 1° gennaio 1993 - 31 marzo 1994 nella parte relativa ai procedimenti in materia di pubblicità ingannevole) sulla base di una considerazione specifica del procedimento previsto per l'adesione del destinatario al concorso a premi. In particolare l'autorità ha ritenuto che l'omaggio offerto a tutti gli acquirenti di merce per un valore minimo di L. 30.000 (una « macchina per caffè espresso ») non potesse essere confuso con il premio ad estrazione (« macchina per caffè elettrica FAEMA ») in quanto per poter partecipare all'estrazione di detto premio l'acquirente doveva incollare sul buono d'ordine l'etichetta autoadesiva corrispondente sia al giorno di invio della sua risposta che all'oggetto di suo specifico interesse operando una scelta tra gli altri 5 premi ad estrazione, ma soprattutto effettuando una distinzione della « macchina per caffè espresso » inviata a tutti in omaggio e che è illustrata a parte in apposito tagliando garanzia che ne illustra tutte le caratteristiche. Per questo è stata esclusa la possibilità di induzione in errore. Si tratta di fattispecie ben diversa da quella esaminata nel presente giudizio; *c*) il provvedimento n. 1880 del 31 marzo 1994 ha ritenuto ingannevole un messaggio pubblicitario della Vestro senza prevedere come sanzione specifica la pubblicazione di un estratto su alcuni quotidiani correttivo degli effetti negativi della pubblicità ma soltanto la correzione della pubblicità. In effetti la tecnica di induzione in errore utilizzata in

questo caso (« 5 premi, 5 numeri vincenti »; « Lei ha vinto uno di questi? Allora ha vinto Sig..... » Se ha trovato un numero vincente lei ha già vinto uno dei 5 premi in palio » e « magari proprio la Fiat Tempra S.W. ») appare simile a quella impiegata dalla Società ricorrente e di cui si discute in questa sede. Ferma l'ingannevolezza è, invero, discutibile la scelta dell'autorità a fronte di 1.800.000 comunicazioni e 121.500 risposte di non procedere anche in questo caso all'ulteriore misura della eliminazione degli effetti nocivi della pubblicità ingannevole con la pubblicazione di apposito estratto su alcuni quotidiani. Da ciò però non può discendere l'illegittimità dell'atto impugnato in questa sede ma, semmai, quella del provvedimento n. 1880 del 31 marzo 1994 sullo specifico punto che poteva dalla attuale ricorrente essere fatta valere nelle competenti sedi ma che oggi non può, di certo, giustificare una pretesa di parità di trattamento alla « illegittimità » di un atto.

2.5) È utile osservare, ancora, per completezza, che i ripetuti richiami nella difesa di parte ricorrente alla « clausola soddisfatti o rimborsati » che varrebbe ad eliminare l'ingannevolezza del messaggio pubblicitario di cui trattasi non possono essere assecondati per un duplice motivo: *a*) la correttezza nella formulazione del messaggio pubblicitario attiene al comportamento dell'operatore che ricorre al sistema promozionale della pubblicità ed è indipendente dalle scelte eventuali e successive alla stipulazione del contratto riservate all'acquirente; *b*) la garanzia « soddisfatti o rimborsati » assolve, essenzialmente, nella vendita per corrispondenza, nelle telepromozioni e negli altri casi in cui non vi sia percezione diretta del bene acquistato da parte del compratore, alla funzione di evitare che difetti non visibili o caratteristiche del bene non corrispondenti a quelle reclamizzate possano pregiudicare la posizione del compratore che ha effettuato l'acquisto, da qui il diritto di recesso, ma non può integrare, sia pure indirettamente, uno strumento di legittimazione i comportamenti ingannevoli nella presentazione delle qualità dei prodotti. La disciplina di questi aspetti della pubblicità trova collocazione nel d.lgs. 74/92 che, come si è ricordato, nell'art. 1, II comma, contiene una norma fondamentale ed esaustiva.

SEZIONE QUINTA

GIURISPRUDENZA TRIBUTARIA

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 14 giugno 1995 n. 6729 - *Pres.* Rossi - *Est.* Pignataro - *P.M.* Gambardella (conf.) - Ministero delle Finanze (avv. Stato De Stefano) c. Maralsi.

Tributi in genere - Accertamento - Decadenza - Solidarietà - Notifica dell'atto ad uno degli obbligati - Estensione dell'effetto conservativo - Si verifica.
(c.c. art. 1310).

La notifica dell'avviso di accertamento ad uno dei debitori solidali impedisce la decadenza anche nei confronti degli altri debitori ai quali non è stato notificato (1).

(*omissis*) Con l'unico motivo di ricorso, denunziando violazione e falsa applicazione degli artt. 93 r.d. n. 3296/1923, 20 e 21 del r.d. n. 1639/1936 in relazione agli artt. 1310 e 2966 c.c. nonché vizi di motivazione, l'Amministrazione ricorrente invoca l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il compimento di atti conservativi del diritto validamente avvenuto nei confronti di un coobbligato solidale è idoneo ad evitare la decadenza nei confronti degli altri coobbligati e sostiene che la Commissione centrale abbia erroneamente tratto dal carattere scindibile dell'obbligazione solidale la conseguenza che la tempestiva e valida notifica dell'accertamento alla società venditrice non potesse spiegare alcun effetto nei confronti della coobbligata società acquirente e che per ciò l'Amministrazione fosse incorsa nella decadenza per non avere notificato l'accertamento direttamente a quest'ultima nel termine di cui al citato art. 21 del r.d.l. n. 1639/1936.

Il motivo è fondato.

Giova premettere che la Corte costituzionale, con sentenza n. 48 del 1968, ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 20 e 21 del r.d.l. n. 1639/1936 limitatamente alla parte in cui facevano decorrere dalla contestazione dell'accertamento di maggior imponibile nei confronti di uno solo dei coobbligati al pagamento dell'imposta i termini per l'impugnazione giurisdizionale nei confronti degli altri e che, pur essendo diverso il fondamento della decadenza rispetto a quello della prescrizione (in relazione

---

(1) Orientamento che si va a consolidare: Cass. 14 gennaio 1993 n. 406, in questa Rassegna, 1993, I, 124.

alla quale è dettato l'art. 1310 c.c.), è innegabile che l'atto che impedisce la decadenza e quello interruttivo della prescrizione hanno in comune la funzione di conservare il diritto senza incidere su alcuna posizione soggettiva del soggetto passivo del rapporto.

Sulla base di tali premesse questa Corte ha già più volte ritenuto (v. Cass. 3 aprile 1978, n. 1503; Cass. 23 luglio 1987, n. 6426; Cass. 14 gennaio 1993 n. 406) che, alla stregua della disciplina dettata dal codice civile con riguardo alla solidarietà fra coobbligati, applicabile — in mancanza di specifiche deroghe di legge — anche alla solidarietà fra debitori d'imposta, l'avviso di accertamento, tempestivamente notificato solo ad alcuni debitori, spiega nei confronti di costoro tutti gli effetti che gli sono propri mentre, nei rapporti tra l'Amministrazione finanziaria e gli altri condebitori ai quali non sia stato notificato validamente, pur non essendo idoneo a produrre effetti che possano comportare pregiudizio di posizioni soggettive dei contribuenti (quali il decorso dei termini di decadenza per impugnare l'accertamento medesimo) determina pur sempre l'effetto conservativo di impedire la decadenza dell'Amministrazione stessa dal diritto all'accertamento consentendole quindi la notifica o la rinnovazione della stessa anche dopo la scadenza del termine all'uopo stabilito. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 15 giugno 1995 n. 6730 - *Pres.* Cantillo - *Est.* Vitrone - *P.M.* Dettori (conf.) - Ministero delle Finanze (avv. Stato Arena G.) c. Soc. FI.GE.CO. (avv. Rastello).

Tributi locali - Imposta sull'incremento di valore degli immobili - Valore finale - Accertato occultamento di valore ai fini dell'imposta di registro - Non è utilizzabile per l'INVIM.

(d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 643, artt. 30 e 31; d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 634, art. 70).

L'occultamento di valore di cui all'art. 70 del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 634 è previsione esclusiva dell'imposta di registro non applicabile nella determinazione del valore finale dell'INVIM, che va accertato con il normale procedimento di valutazione (1).

(*omissis*) Con il quarto motivo si denuncia la violazione degli artt. 30 e 31 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 643, 70 e 74 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 634, e 16 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636, in relazione all'art. 360, nn. 3 e 5, cod. proc. civ. e si sostiene che l'omissione della notifica di un « formale » avviso di accertamento avrebbe dovuto esser considerata legittima, poiché l'accertamento presuppone la attribuzione di va-

(1) Non constano precedenti. La soluzione proposta desta perplessità.

lutazione da parte dell'Ufficio. Nel caso in esame, in cui si è verificato l'occultamento di parte del prezzo, il valore finale dell'accertamento è stato ritenuto coincidente col prezzo effettivo, senza alcuna necessità di valutare la congruità del valore finale dichiarato, essendo sufficiente l'accertamento della Guardia di Finanza che il prezzo indicato nei relativi contratti non corrispondeva all'importo effettivamente versato quale corrispettivo dagli acquirenti.

Conseguentemente gli avvisi di liquidazione, contenenti tutti gli elementi dell'avviso di accertamento attraverso l'indicazione del prezzo effettivo risultante dai verbali della Guardia di Finanza, rendevano superflua qualsiasi preventiva notificazione degli avvisi di accertamento, e giustificavano ampiamente l'estinzione della disciplina sanzionatoria prevista dalla legge di registro, che è diretta a colpire l'evasione a carico di entrambi i contraenti che avevano concordato l'occultamento di parte del prezzo di acquisto degli immobili venduti dalla S.I.S.E. - S.p.A.

La censura è infondata e appare formulata al limite della inammissibilità, esaurendosi nella riproposizione in sede di legittimità delle questioni già sottoposte all'esame delle commissioni tributarie, senza muovere alcun rilievo critico contro le argomentazioni svolte al riguardo dalla decisione impugnata.

Deve pertanto ribadirsi quanto affermato dalla Commissione Tributaria Centrale, la quale ha posto in evidenza che tra le fattispecie dell'occultamento parziale del prezzo, sanzionata dalle norme della legge di registro, e l'accertamento di un incremento di valore, al quale si applica esclusivamente l'I.N.V.I.M., non esiste alcuna equivalenza giuridica poiché l'applicazione di tale ultima imposta presuppone l'accertamento di un incremento del valore di un immobile nel periodo di riferimento, derivante da una accertata diminuzione del valore iniziale dichiarato e/o dall'accrescimento del valore finale. Il mero occultamento di parte del prezzo, invece, consuma unicamente un'evasione parziale dell'imposta di registro ed è opportunamente sanzionata dalle norme dettate per disciplinare quest'imposta. E, poiché l'occultamento di parte del prezzo non coincide necessariamente con un aumento di valore dell'immobile alienato — ben potendo ipotizzarsi una compravendita stipulata per un prezzo superiore al valore effettivo dell'immobile alienato — resta preclusa qualsiasi estensione della disciplina sanzionatoria prevista dalla legge di registro all'imposta sull'incremento di valore degli immobili, tanto più che il richiamo alle disposizioni della legge sull'imposta sulle successioni e sull'imposta di registro contenuta nell'art. 31 del d.P.R. n. 643 del 1972, consente il previsto rinvio solo per quanto non sia espressamente disciplinato dalla normativa in tema di I.N.V.I.M.: cioè impedisce, pertanto qualsiasi rinvio al sistema sanzionatorio, di altre imposte, poiché esso trova compiuta disciplina in sede propria, negli artt. 23 e 24 del d.P.R. n. 643 del 1972. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 15 giugno 1995 n. 6740 - *Pres.* Rossi - *Est.* Pignataro - *P.M.* Gambardella (conf.) - Ministero delle Finanze (avv. Stato De Bellis) c. Bufalini.

Tributi erariali indiretti - Imposta di registro e imposta sull'incremento di valore dei beni immobili - Condono - Solidarietà - Definizione agevolata della imposta di registro da parte dell'acquirente - Si estende all'INVIM a carico del venditore.

(d.l. 10 luglio 1982, n. 429, art. 31; c.c. art. 1292).

La determinazione del valore ottenuta con il condono ai fini della imposta di registro su istanza del compratore è vincolante anche ai fini del valore finale dell'INVIM a carico del venditore (1).

(*omissis*) Con l'unico mezzo di cassazione l'Amministrazione finanziaria, denunciando la violazione e falsa applicazione dell'art. 31, 1° e 4° comma del d.l. n. 429/1982 (nel testo risultante dalla legge di conversione n. 516/1982), 1304 e 1306 c.c., deduce che la Commissione tributaria centrale avrebbe di fatto ritenuto applicabili i principi contenuti nella sentenza delle Sezioni Unite di questa Corte n. 7053 del 22 giugno 1991 (che ha riconosciuto al condebitore solidale che non abbia impugnato l'avviso di accertamento la facoltà di avvalersi del giudicato favorevole ad altro condebitore) senza tener conto che nella fattispecie non si era in presenza di un giudicato di annullamento ma di un'istanza di condono presentata dall'acquirente, il quale soltanto si trovava nella condizione prevista dall'art. 31, 1° comma del citato d.l. n. 429/1982, e che in relazione all'Invim l'unico soggetto passivo di imposta è il venditore senza alcun vincolo di solidarietà con l'acquirente, responsabile per il solo tributo di registro.

La Commissione tributaria centrale avrebbe, inoltre, fatto un incongruo richiamo all'art. 6 del d.P.R. n. 643/1972 e non avrebbe considerato che, con le disposizioni dell'art. 31, 1° e 4° comma del d.l. n. 429/1982, il

---

(1) La pronunzia non può essere condivisa. Se, in assenza di un giudicato, il condono della imposta di registro richiesto dal compratore si estende al venditore, ciò è dovuto, come si legge nella prima parte della motivazione, al fatto che l'adempimento estingue *oggettivamente* l'obbligazione. Non si è in presenza della estensione della determinazione del valore della base imponibile che consente al condebitore di adempiere a sua volta; il condebitore si giova del fatto che l'obbligazione, quale che sia l'ammontare, è estinta.

Ma il condono dell'imposta di registro richiesto dal compratore non estingue l'obbligazione del venditore per INVIM; questa obbligazione deve essere ancora adempiuta dal venditore, che potrà giovarsi del condono se si trova nella situazione di poterne usufruire alle (eventualmente diverse) condizioni e nei termini stabiliti. A questo punto nessuna rilevanza potrà avere l'avvenuta estinzione dell'obbligazione di registro.

legislatore ha ipotizzato diverse situazioni nelle quali potevano venirsi a trovare i contribuenti, prevedendo i relativi meccanismi di liquidazione dell'imposta.

In particolare, al 1° comma, ha previsto l'ipotesi del contribuente che aveva pendente un ricorso avverso l'avviso di accertamento consentendogli di definire la controversia mediante il pagamento di un'imposta ridotta (calcolata sull'imponibile accertato ridotto del 50%) e ha disciplinato diversamente, al 4° comma, l'ipotesi di pendenza di altre controversie, consentendo in tal caso al contribuente di evitare il pagamento di sanzioni e pene pecuniarie mediante il versamento dell'intera imposta dovuta.

La tesi difensiva prospettata dall'Amministrazione ricorrente si basa sostanzialmente sul presupposto che la definizione agevolata della controversia tributaria ai sensi dell'art. 31, 1° comma del d.l. n. 429/1982 (convertito in legge n. 516/1982) effettuata dall'acquirente dell'immobile compravenduto ai fini dell'imposta di registro non possa avere alcun rilievo, ai fini dell'Invim, nei confronti del venditore dello stesso immobile che non abbia impugnato l'avviso di accertamento di maggior valore (finale).

Tale presupposto appare, però, erroneo.

Se è vero che per la soluzione di questa controversia non possono trovare diretta applicazione i principi affermati da questa Corte, con la sentenza citata dalla ricorrente, in tema di estensione ai coobbligati degli effetti del giudicato ottenuto da altri coobbligati ai sensi dell'art. 1306 c.c. perché, nella specie, non si è in presenza di un giudicato sulla determinazione del valore (finale) dell'immobile compravenduto, non può tuttavia negarsi che tra acquirente e venditore, ai fini dell'imposta di registro, vi è solidarietà passiva (art. 55, comma 1° d.P.R. n. 632 del 1972) e che la solidarietà tra coobbligati in materia tributaria non assume una configurazione diversa da quella civilistica, come da tempo ritiene questa Corte.

La solidarietà dell'obbligazione comporta, per il disposto dell'art. 1292 c.c., che l'adempimento da parte di uno dei condebitori libera anche gli altri giacché una sola è l'« eadem res debita », cioè la prestazione per cui tutti sono solidalmente obbligati.

Il « condono », per eliminare le liti e per fare conseguire al fisco le entrate in tempi brevi, opera una riduzione degli imponibili accertati ed incide sulla prestazione d'imposta dovuta dai condebitori d'imposta « oggettivamente » e non « soggettivamente ». Poiché nelle obbligazioni solidali la prestazione è oggettivamente una sola, la riduzione operata nei confronti di un singolo condebitore solidale comporta che l'effetto liberatorio conseguente al pagamento dell'unica prestazione così ridotta, si esplichi radicalmente ed oggettivamente, cancellando il debito nei confronti di tutti i condebitori che vengono a beneficiarne indifferenziatamente.

Pertanto, dal momento che l'adempimento di uno dei condebitori solidali libera anche gli altri secondo la regola fondamentale dettata dall'art. 1292 c.c., deve ritenersi che, una volta concesso il condono ad uno dei condebitori solidali ed una volta verificatosi (come nella specie per effetto del pagamento da parte dell'acquirente) l'effetto estintivo dell'obbligazione adempiuta nei confronti dell'Amministrazione finanziaria, tale effetto non può non ripercuotersi sugli altri condebitori che, indipendentemente dalla loro posizione soggettiva rispetto alla prestazione, identica per tutti, su cui ha operato il condono, si giovano oggettivamente della circostanza che la prestazione è stata ridotta e che rispetto alla medesima si è avuto adempimento con effetto liberatorio (v. Cass. n. 1109/1985).

Una volta che, per le esposte ragioni, ai fini dell'imposta di registro, la definizione agevolata della controversia ai sensi e per gli effetti dell'art. 31, 1° comma del d.l. n. 429/1982 coinvolge ed estingue l'intero rapporto tributario nella sua unitarietà anche nei confronti dei coobbligati solidali, il valore finale determinato ai fini della predetta imposta non può non valere anche ai fini del calcolo dell'Invim.

È vero che in relazione a quest'ultima imposta l'unico debitore è l'alienante e che vi è diversità di presupposti tra le due imposte, nella prima delle quali l'imponibile è rappresentato direttamente dal valore del bene compravenduto mentre nella seconda è rappresentato dalla differenza tra il valore finale al momento del trasferimento e quello iniziale al momento del precedente acquisto. Tuttavia nel paradigma della norma dettata dall'art. 6 del d.P.R. n. 643 del 1972 l'imponibile definito ai fini dell'imposta di registro è parametro vincolante al fine dell'applicazione dell'Invim.

La norma citata prevede, infatti, nel 2° comma — per quanto qui interessa — che per la determinazione della differenza tra valore finale e valore iniziale si assumono come valore finale quello dichiarato o quello maggiore definitivamente accertato per il trasferimento del bene ai fini dell'imposta di registro o di successione e quale valore iniziale quello analogamente dichiarato o accertato per il precedente acquisto.

La giurisprudenza di questa Corte è costante nel ritenere che, per la determinazione del valore iniziale nel caso di rivendita dell'immobile, il riferimento al valore definitivamente accertato ai fini dell'imposta di registro comprenda tutte le forme di accertamento definitivo di tale valore tra le quali rientrano anche le definizioni per condono o per altro meccanismo di definizione automatica della controversia di valutazione inerente all'atto di provenienza (v. per tutte: Cass. 16 marzo 1994 n. 2517; Cass. 23 maggio 1990 n. 4662).

Tale principio trova conferma nel 3° comma della legge n. 516/1982 e non può non valere anche con riguardo alla determinazione del valore finale dato che il criterio di identità del valore dello stesso bene ai fini dell'imposta di registro e dell'Invim sancito dal citato art. 6, 2° comma

del d.P.R. n. 643/1972 è unico ed opera pur nell'ambito di situazioni impositive distinte ma connesse parzialmente per l'oggetto e coinvolgenti un unico soggetto passivo di due imposte (il venditore). Ed è proprio con riferimento a detto criterio che questa Corte ha ritenuto che in tema di Invim, ai fini della determinazione del valore finale dell'immobile alienato, il venditore, ancorché non abbia impugnato l'accertamento di maggior valore, possa avvalersi, a norma dell'art. 1306 c.c., degli effetti favorevoli del giudicato riduttivo ottenuto dall'acquirente per l'imposta di registro (v. « ex plurimis »: Cass. 27 agosto 1993 n. 9097; Cass. 2 aprile 1992 n. 4024). (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 20 giugno 1995 n. 6963 - *Pres.* Baldassarre - *Est.* Rovelli - *P.M.* Carnevali (conf.) - Bucarelli c. Ministero delle Finanze (avv. Mari).

Tributi in genere - Contenzioso tributario - Disconoscimento di scrittura privata - Estraneità al processo tributario.
(c.c. art. 2702; c.p.c. art. 214).

La normativa sul disconoscimento della scrittura privata e sulla querela di falso, non esprimente un principio generale, non può avere applicazione diretta nel processo tributario (1).

(*omissis*) Con il ricorso si deduce la violazione degli artt. 2702 e 7704 c.c., 215 c.p.c., assumendosi che la ricevuta datata 9 ottobre 1973, non è stata tempestivamente disconosciuta dall'Ufficio, cosicché il documento ha acquisito valore di scrittura privata riconosciuta che fa fede, fino a querela di falso, non solo per quanto attiene alla provenienza ed al contenuto, ma anche per quanto riguarda la data appostavi.

Trattasi di censura non proposta avverso la decisione della Commissione di secondo grado, che aveva escluso l'efficacia probatoria della ricevuta datata 9 ottobre 1973, in quanto il motivo del gravame alla Corte di Appello, era circoscritto alla questione se i lavori menzionati nella fattura costituissero opera di natura tale, da potersene dedurre che la costruzione del fabbricato fosse in corso alla data del 1° gennaio 1974.

In ogni caso va esclusa l'applicabilità diretta al processo tributario della norma di cui agli artt. 214 e segg. c.p.c. non trattandosi di norma contenuta nel libro 1° del c.p.c., né esprimendo essa un principio generale del processo (comportando, anzi, il riferimento a istituti, quali la veri-

(1) Decisione interessante ma probabilmente troppo assoluta, specie in relazione alla posizione della parte privata.

ficazione giudiziale e la querela di falso, non compatibili con il processo tributario. Potendosi comunque rilevare, che anche nell'ordinario processo civile, le scritture provenienti da un terzo (che non sia dante causa della parte in giudizio) non sono soggetti alla disciplina di cui agli artt. 2702 c.c. e 214 c.p.c. (v. Cass. n. 2264 del 1980) (*omissi*).

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 24 giugno 1995 n. 7161 - *Pres.* Cantillo - *Est.* Senofonte - *P.M.* Martone (diff.) - Ministero delle Finanze (avv. Stato Lancia) c. Mercati.

Tributi in genere - Accertamento - Documenti di cui è rifiutata l'esibizione - Possesso dei documenti al momento della ispezione - È sufficiente ad integrare la preclusione.

(d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 33; d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, art. 52).

Agli effetti dell'art. 33 del d.P.R. n. 600/1973, e dell'art. 52 del d.P.R. n. 633/1972, perché si verifichi la preclusione alla utilizzazione dei documenti, libri, registri e scritture, è sufficiente che tali atti fossero posseduti al momento della richiesta e che non siano stati esibiti per qualsiasi ragione, anche indipendente da dolo o colpa (1).

(*omissis*) L'Amministrazione ricorrente, denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 33 d.P.R. 600/1973, dell'art. 52 d.P.R. 633/1972, dell'art. 25 d.P.R. 636/1972, del principio della domanda e del giudicato interno, nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su punto decisivo, addebita alla decisione impugnata di aver escluso che i documenti già in possesso del contribuente al momento della verifica e poi esibiti in sede contenziosa siano stati sottratti all'ispezione, ancorché la particolare ipotesi sia espressamente prevista dal comma quinto dell'art. 52 cit., a stregua del quale — si afferma — i documenti debbono intendersi sottratti alla verifica per il solo fatto che il contribuente, pur essendone in possesso, non li ha esibiti. Deduce, inoltre, che (come risulta dal verbale di ispezione) il Mercati, invitato dai verificatori a esibire la documentazione amministrativa-contabile dell'impresa, non dichiarò affatto di non riuscire a reperire i documenti successivamente prodotti, sì che anche sotto questo aspetto la decisione impugnata è errata e contraddittoriamente motivata: vizi, questi, ulteriormente aggravati dal fatto di non

(1) Decisione da condividere pienamente. Non è però esatta l'affermazione che l'elemento soggettivo presupposto delle sanzioni tributarie debba essere almeno la colpa; è stato precisato che per le sanzioni tributarie presupposto sufficiente è la volontarietà del comportamento (Cass. 8 gennaio 1993 n. 125; 4 novembre 1993 n. 10929, in questa *Rassegna*, 1993, I, 117 e 1994, I, 152).

aver considerato che il Mercati, dichiarando di non aver « nulla da eccepire » quanto ai risultati della contestuale verifica e, quindi, neppure a quella parte della medesima che attestava la documentazione solo di alcuni costi, aveva per implicito falsamente dichiarato di non essere in possesso dei documenti poi esibiti, al contrario di quanto ritenuto dalla Commissione di secondo grado, sul punto non censurata, per cui non avrebbe, comunque, potuto la c.t.c. privilegiare una diversa ricostruzione della realtà storica.

Il ricorso è fondato nei sensi appresso esplicitati.

Pur dovendosi convenire con l'Amministrazione ricorrente che, per le ragioni esposte, non avrebbe potuto la c.t.c. concedere che parte, almeno, dei documenti successivamente esibiti dal contribuente non fossero in suo possesso all'atto della verifica, devesi, tuttavia, precisare che la « ratio » della decisione impugnata (più presupposta, peraltro, che compiutamente argomentata) risiede nell'idea che il divieto fatto dal quinto comma dell'art. 52 cit. di prendere in considerazione documenti non esibiti in sede ispettiva postuli che il possessore li abbia deliberatamente sottratti all'ispezione.

Di avviso diametralmente opposto è la ricorrente, secondo la quale, in sintesi, il non esibire è già, oggettivamente, un sottrarre, qualunque ne sia il motivo e, quindi, anche se la mancata esibizione non sia soggettivamente qualificata da frode dell'autore, la quale — si aggiunge — non sarebbe necessaria neppure per assimilare al rifiuto (come la norma dispone) la dichiarazione di non possedere i documenti di cui si discute.

Questo, dunque, è il punto nodale della controversia, in altra occasione risolto da questa Corte nello stesso senso della decisione qui impugnata (Cass. 7804/1990, non appropriato, invece, è il riferimento a Cass. 8033 e 10373 del 1992, che non si sono pronunciate sulla questione specifica, avendo esaminato sotto altri aspetti la norma citata), che il Collegio non ritiene, tuttavia, di poter condividere, per le ragioni che seguono.

L'art. 52 cit. dispone « I libri registri, scritture e documenti di cui è rifiutata l'esibizione non possono essere presi in considerazione a favore del contribuente ai fini dell'accertamento in sede amministrativa o contenziosa. Per rifiuto di esibizione si intendono anche la dichiarazione di non possedere i libri, registri, documenti e scritture e la sottrazione di essi all'ispezione » (quinto comma).

Nel caso di specie, escluso, pacificamente, il rifiuto di esibizione e non risultando neppure che il contribuente abbia dichiarato, al momento dell'ispezione, di non possedere i documenti successivamente prodotti, rimane da stabilire se gli si possa addebitare di averli « sottratti » per il solo fatto di non averli in quel momento esibiti ovvero se, a questo fine, sia, altresì, necessario accertare che la mancata esibizione sia stata determinata dal deliberato intento di occultarli e di impedirne, quindi, la conoscenza da parte dei verificatori.

Conviene, a questo proposito, sottolineare che il divieto di prendere successivamente in considerazione documenti non esibiti all'atto dell'ispezione si porge come sanzione accessoria (giustificata, preminentemente, dalla volontà di scongiurare verifiche vanificabili dalla tardiva esibizione) della pena pecuniaria comminata per gli stessi fatti dall'art. 45 del d.P.R. 633/1972.

La questione che ne occupa si iscrive, dunque, nel dibattito (che evoca, a sua volta, il più ampio problema concernente la qualificazione soggettiva — tipo di colpevolezza — degli illeciti amministrativi in generale) relativo al se per la punibilità degli illeciti tributari (con o senza evento) di natura non penale sia necessario il dolo dell'autore o basti la colpa o, addirittura, la semplice coscienza e volontarietà della condotta. Quest'ultima tesi (per la quale v. Cass. 125/1993) risente di una interpretazione traslata dell'art. 42, ultimo comma, c.p. (« nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa) non più condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti, secondo le quali perché si configuri il reato contravvenzionale non occorre il dolo, ma è necessaria almeno la colpa. Un margine di sopravvivenza può, quindi, riconoscersi alla tesi menzionata limitatamente alle violazioni finanziarie per le quali siano comminate sanzioni non afflittive, mentre per le altre (segnatamente, soprattasse — v. Cass. 5246/1993 — e pene pecuniarie) dalla colpa non è dato prescindere, non diversamente da quanto si ritiene per gli illeciti amministrativi disciplinati dalla legge n. 689 del 1981, in riferimento al relativo art. 3.

In questo quadro, una diversa interpretazione dell'art. 52, V co., cit. si rivela priva di giustificazione: vuol dire, allora, che il divieto in esso contenuto deve ritenersi operante non solo nell'ipotesi di rifiuto (per definizione « doloso ») dell'esibizione, ma anche nei casi in cui il contribuente dichiari, contrariamente al vero, di non possedere o sottragga all'ispezione i documenti in suo possesso, ancorché non al deliberato scopo di impedirne la verifica, ma per errore non scusabile, di diritto (cfr. art. 39 *bis* d.P.R. 636/1972) o di fatto (dimenticanza, disattenzione, carenze amministrative, ecc.) e, quindi, per colpa (neppure questa necessaria, peraltro, ove al divieto ridetto si neghi la natura di sanzione accessoria rispetto alla pena pecuniaria comminata dall'art. 45 cit.).

Questa conclusione è rafforzata dall'equiparazione normativa, « quoad effectum », di codesti comportamenti al rifiuto di esibizione e dalla ragion d'essere di tale equiparazione, sicuramente individuabile nell'esigenza di contemperare il diritto di difesa del cittadino col principio di buona amministrazione, parimenti costituzionalizzato (art. 97 Cost.) e, quindi, non disinvoltamente sacrificabili in presenza di comportamenti che ne ostacolino ingiustificatamente la realizzazione.

Non è inutile aggiungere che la disposizione del quinto comma cit. si applica, per dettato espresso, anche nell'ipotesi prevista dal successivo

comma decimo (aggiunto dall'art. 33 d.P.R. 600/1973) e, quindi, anche se l'ispezione dei documenti sia stata impedita non direttamente dal contribuente, ma dalla (diversa) persona che li detiene in un'ipotesi, cioè, nella quale il dolo del primo è difficile da configuare, sì che, nel caso, egli risponde (nel senso che subisce il divieto sotto esame) per semplice « culpa in eligendo ».

Il che conferma, ulteriormente, la correttezza della soluzione qui accolta, giustificata nel caso concreto (conviene ribadirlo) dal fatto che i documenti prodotti in giudizio dal contribuente erano già in suo possesso al momento dell'ispezione (come irretrattabilmente sancito nel pregresso grado di appello) e che non furono allora esibiti (come ritenuto dalla stessa c.t.c.) per temporanea irreperibilità o per irregolare tenuta e, dunque, per circostanze a lui imputabili.

La decisione impugnata deve essere, pertanto, cassata, con rinvio alla stessa c.t.c., che si uniformerà ai principi di diritto sopra enunciati. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 5 luglio 1995 n. 7403 - *Pres.* Cantillo - *Est.* Graziadei - *P.M.* Palmieri (diff.) - Ministero delle Finanze (avv. Stato De Stefano) c. Melia (avv. Berliri e Cogliati Dezza).

Tributi in genere - Violazioni finanziarie e tributarie - Giudicato penale - Efficacia sul rapporto di imposta - Art. 12 d.l. 10 luglio 1982 n. 429 - Abrogazione ad opera del nuovo codice di procedura penale.

(d.l. 10 luglio 1982 n. 429, art. 12; cod. proc. pen., art. 654).

A seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale che, con l'art. 654, accentua i limiti soggettivi dell'efficacia del giudicato penale in altri giudizi stabilendo che il giudicato è opponibile solo a coloro che hanno partecipato al giudizio penale in veste di imputato, parte civile o responsabile civile, deve intendersi abrogato l'art. 12 del d.l. 10 luglio 1982 n. 429, mentre la nuova disciplina dell'art. 654 del cod. proc. pen. trova applicazione anche nei reati tributari (1).

(*omissis*) Con il primo motivo del ricorso, si addebita alla decisione impugnata di aver applicato una norma non più in vigore; il menzionato art. 12 in tema di effetti vincolanti del giudicato penale nella controversia

(1) Decisione di grandissimo rilievo teorico e pratico di cui è superfluo sottolineare il pregio. Sull'argomento è stato scritto moltissimo, ma ormai quel che conta è solo la motivazione della sentenza che ha aderito alle tesi dell'Avvocatura. Di particolare importanza è la precisazione che con la nuova disciplina del processo penale resta travolta anche la regola enunciata nella sentenza della Corte Cost. 23 marzo 1992 n. 120, che aveva destato serie perplessità.

tributaria, si sostiene, è stato implicitamente abrogato dall'art. 654 dell'attuale codice di procedura penale (esteso ai reati « speciali » dall'art. 207 delle disposizioni di attuazione), il quale esige, per detti effetti, che l'Amministrazione si sia costituita parte civile nel processo penale (situazione non verificatasi nella concreta vicenda).

Con il secondo ed il terzo motivo, si aggiunge, per l'evenienza della perdurante applicabilità dell'art. 12, che si sarebbe dovuto ugualmente negare forza di giudicato alla statuizione assolutoria del Tribunale di Velletri, non risultando che davanti al medesimo l'Amministrazione fosse stata messa in grado d'intervenire (condizione per l'autorità del giudicato penale, fissata dalla Corte Costituzionale, in sede di declaratoria della parziale illegittimità degli artt. 25 e 28 del codice di procedura penale del 1930, da intendersi operante anche ai fini in questione, esponendosi altrimenti l'art. 12 a dubbi di costituzionalità); si deduce, inoltre, sempre in relazione a detta eventualità, che la pronuncia penale non avrebbe potuto comunque influire nella presente contesa, non contenendo accertamenti sui fatti decisivi per la rettifica, cioè la disponibilità e la destinazione delle somme portate dagli assegni.

Il primo motivo è fondato.

In materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, il primo comma dell'art. 12 del d.l. 10 luglio 1982 n. 429 (convertito in legge 7 agosto 1982 n. 516, e modificato dal d.l. 15 dicembre 1982 n. 916, convertito in legge 12 febbraio 1983 n. 27) contiene due disposizioni: con la prima esclude la sospensione del processo tributario in pendenza del processo penale per reati finanziari; con la seconda prevede l'autorità vincolante della sentenza penale irrevocabile di condanna o di assoluzione, pronunciata in seguito a giudizio, per quanto concerne i fatti materiali che sono stati oggetto del giudizio stesso.

Nel raffronto con la disciplina dettata dal codice di procedura penale all'epoca vigente, la prima norma si appalesa inequivocamente e dichiaratamente introduttiva di deroga all'art. 3 di tale codice, sulla sospensione obbligatoria del procedimento civile od amministrativo, e, quindi, è speciale, mentre la seconda, facendo proprie, e sostanzialmente trascrivendo, con identiche espressioni, le regole dell'art. 28 del codice stesso, sull'autorità del giudicato penale nel giudizio civile od amministrativo, resta sul piano della conferma e riproduzione di principi generali.

Tale natura della seconda norma è confermata dall'avverbio « tuttavia », che la collega alla prima, esprimendo l'intento di ritornare alla disciplina comune dopo l'eccezione in precedenza introdotta, e non può essere messa in discussione facendo leva sulla carenza di un espresso riferimento alla sentenza della Corte Costituzionale n. 55 del 22 marzo 1971, dichiarativa dell'illegittimità dell'art. 28 cod. proc. pen. nella parte in cui assegna forza vincolante al giudicato penale anche nei confronti di coloro che non siano stati posti in condizione di partecipare al relativo processo;

l'omissione non è significativa, tenendosi conto che, nei reati tributari, l'Amministrazione delle finanze dello Stato è la parte offesa, e come tale deve essere obbligatoriamente citata nel dibattimento, a pena di nullità (art. 408 di detto codice).

La riscontrata consistenza dell'art. 12 primo comma del d.l. n. 429 del 1982, in punto di autorità della sentenza penale di condanna od assoluzione, porta a ritenere che la disposizione, in quanto meramente ricettizia di canoni codicistici, sul rapporto fra giudizio penale e giudizio civile od amministrativo, non può restare insensibile ad una successiva revisione dei canoni stessi.

Questa revisione è intervenuta con l'entrata in vigore dell'attuale codice di procedura penale (d.P.R. 22 settembre 1988 n. 447), il cui art. 654, mentre sostanzialmente ripropone l'art. 28 del codice precedente sui limiti oggettivi dell'efficacia vincolante del giudicato penale, accentua i limiti soggettivi, stabilendo che detta efficacia si produce soltanto nei confronti di coloro che abbiano concretamente partecipato al processo penale in veste d'imputato, di parte civile o di responsabile civile.

La nuova regola, con valenza pacificamente abrogativa e sostitutiva dell'art. 28 del vecchio codice, non può non spiegare analoghi effetti con riferimento ad una disposizione, inserita in una legge speciale, ma non di natura speciale, perché solo riproduttiva della norma abrogata.

Peraltro, l'art. 207 delle disposizioni di attuazione del nuoco codice di procedura penale ne estende l'applicazione ai reati previsti da leggi speciali, in difetto di espressa deroga posta dalle disposizioni stesse (quale quella dell'art. 235).

Ne deriva che, anche a voler prescindere dall'indicata natura della seconda parte dell'art. 12 primo comma, eventualmente cogliendo in essa una regola speciale correlata alle peculiarità dei reati fiscali, si dovrebbe pervenire alla medesima soluzione, in presenza di una chiara volontà del legislatore di rendere operante il nuovo rito anche per i reati contemplati da normative « di settore » (salva esplicita eccezione).

Di tale nuovo rito fa parte l'art. 654 in discorso, non solo per la sua collocazione formale, ma anche per il suo contenuto, dato che la regolamentazione degli effetti dell'atto finale del processo penale configura norma del processo stesso e si correla strettamente ai criteri che ne disciplinano lo svolgimento.

Alla conclusione raggiunta non è opponibile il rilievo che il d.l. 16 marzo 1991 n. 83, convertito in legge 15 maggio 1991 n. 154, ha parzialmente variato, dopo l'entrata in vigore del nuovo codice, la normativa del d.l. n. 429 del 1982, senza toccare le disposizioni dell'art. 12; la circostanza non è conferente, dato che quella variazione è circoscritta ad alcuni problemi ed investe solo specifiche norme, o quantomeno è « neutra », in quanto spiegabile anche con l'inutilità di riscrivere una norma già modificata.

La conclusione medesima non è poi contrastabile invocando la sentenza della Corte Costituzionale n. 120 del 23 marzo 1992, la quale ha riconosciuto la legittimità del secondo comma dell'art. 12, che si occupa dei riflessi del giudicato penale sui successivi atti amministrativi degli uffici finanziari (nuovi accertamenti in rettifica, ovvero revisione di quelli già effettuati).

Detta pronuncia muove dalla premessa della persistente applicabilità del primo comma dell'art. 12, ma non prende posizione circa il suo contenuto nella parte rilevante nel presente dibattito (né doveva prenderla, alla luce dei limiti del sindacato di costituzionalità devolutole).

Infine, con riguardo all'influenza nella fattispecie dell'innovazione di cui all'art. 654 dell'attuale codice di procedura penale, va osservato che la norma attiene ai poteri-doveri del giudice civile (od amministrativo) quando statuisce dopo il formarsi di giudicato penale, e, quindi, alla fase decisionale del relativo procedimento, di modo che deve trovare applicazione quando tale fase sia successiva alla sua entrata in vigore.

Da tanto consegue, con l'accoglimento del primo motivo del ricorso, e l'assorbimento delle altre censure (di tipo subordinato), l'annullamento della decisione della Commissione tributaria centrale, affinché in sede di rinvio, escludendosi il valore vincolante della sentenza penale del Tribunale di Velletri (davanti al quale è pacifico che l'Amministrazione delle finanze non si è costituita parte civile), si esaminino e si definiscano i quesiti sollevati dalle parti sulla legittimità o meno dell'accertamento in rettifica. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 30 agosto 1995 n. 9161 - *Pres.* Borrè - *Est.* Vignale - *P.M.* Maccarone (conf.) - Lazzerini c. Ministero delle Finanze (avv. Stato De Stefano).

Tributi in genere - Sanzioni - Società avente personalità giuridica - Amministratore - Responsabilità - Limiti.

(l. 7 gennaio 1929, n. 4, artt. 9, 10 e 12).

Tributi in Genere - Sanzioni - Responsabilità dell'amministratore - Modificazione del titolo della responsabilità nel giudizio di opposizione - Legittimità.

Tributi in genere - Sanzioni - Riscossione mediante ingiunzione - Opposizione - Onere della prova - È a carico dell'opponente.

A norma dell'art. 12 della legge 7 gennaio 1929 n. 4, l'amministratore della società avente personalità giuridica risponde direttamente della sanzione quando sia autore materiale delle violazioni; in tal caso la società

risponde solidalmente. Non può verificarsi al contrario responsabilità indiretta dell'amministratore per violazioni commesse dalla società (1).

L'Amministrazione ha il potere di integrare e modificare il titolo della pretesa sanzionatoria indicato nella ingiunzione nel corso del giudizio di opposizione e può pertanto qualificare come diretta la responsabilità dell'amministratore precedentemente qualificata come indiretta (2).

Nel giudizio di opposizione ad ingiunzione fiscale l'opponente è attore anche in senso sostanziale e su di esso grava l'onere della prova (3).

(*omissis*) Con il primo motivo di ricorso, il Lazzerini lamenta che la decisione impugnata — pur avendo affermato espressamente la responsabilità diretta dell'opponente in merito alle infrazioni contestategli — invece di procedere alla revoca dell'ingiunzione fiscale n. 245/82, che era stata fondata, invece, su una responsabilità indiretta del ricorrente, nella sua qualità di amministratore della società, aveva rigettato l'opposizione, così conferendo efficacia esecutiva all'ingiunzione.

Al riguardo, va innanzitutto rilevato che l'ingiunzione fiscale n. 245/82, contro la quale il ricorrente propose opposizione, ordinò il pagamento della pena pecuniaria *de qua*, al Lazzerini *responsabile personalmente* ai sensi dell'art. 12 della legge 7 gennaio 1929 n. 4, *quale ex amministratore della s.p.a. Italvoga.*

Orbene, gli artt. 9 e 10 della legge n. 4 del 1929 prevedono rispettivamente l'infrazione commessa da chi è soggetto all'altrui autorità, direzione o vigilanza (art. 9) e quella consumata da enti forniti di personalità giuridica (art. 10); in entrambi i casi, ricorrendo l'insolvibilità del condannato, il soggetto rivestito dell'autorità o incaricato della direzione o vigilanza e, rispettivamente, l'ente sono tenuti al pagamento dell'ammenda prevista.

Nessuna delle due norme sancisce la responsabilità di un amministratore di società avente personalità giuridica per le violazioni tributarie poste in essere dalla società. È chiaro, quindi, che in quest'ultimo caso,

---

(1-3) La prima e la seconda massima mettono in evidenza la fragilità del costrutto, ormai consolidato nella giurisprudenza (Cass. 27 marzo 1984 n. 2018, in questa *Rassegna,* 1984, I, 539), che ammette la responsabilità dell'amministratore solo come conseguente ad una (problematica) identificazione a suo carico della materialità del fatto costitutivo della violazione; la possibilità che la responsabilità diretta dell'amministratore sia allegata, modificando la motivazione del provvedimento sanzionatorio, nel corso del giudizio di opposizione, sta a dimostrare la poca chiarezza e la elasticità della individuazione dei soggetti responsabili.

Il vero è che la violazione è sempre imputabile alla società per la quale agisce necessariamente una persona fisica, sì che la solidarietà tra persona giuridica e amministratore nella previsione dell'art. 12, come nell'art. 98 del d.P.R. 602/1973 e nell'art. 6 della legge n. 689/1981 è generalmente sussistente.

La terza massima ripete una affermazione che trova sempre minore spazio.

si può ipotizzare una responsabilità solidale della società per i fatti commessi dal suo rappresentante, ma non viceversa. E lo stesso valga quando, per la violazione della legge finanziaria, il rappresentante sia stato dichiarato tenuto al pagamento di una soprattassa o di una pena pecuniaria (art. 12).

Ebbene, poiché, nella specie, l'Amministrazione delle finanze specificò che l'ingiunzione era stata rivolta al Lazzerini *personalmente*, già questa espressa specificazione sarebbe stata idonea a far venir meno ogni fondamento alla tesi del ricorrente, tutta basata sulla affermazione che l'Amministrazione delle finanze, avendogli rivolta l'ingiunzione di pagamento in quanto amministratore della società Italvoga, avrebbe erroneamente inteso ritenerlo obbligato indiretto e solidale della pena pecuniaria. Invero, una responsabilità del Lazzerini non poteva ipotizzarsi che in quanto responsabilità diretta e personale, così come, del resto, chiaramente precisato nell'ingiunzione fiscale.

Nel caso di specie, però, il giudice del merito è andato oltre questa interpretazione dell'ingiunzione; pur tuttavia, egli ha egualmente rigettato l'opposizione del Lazzerini, per il motivo che l'Amministrazione delle finanze aveva comunque dichiarato, nella comparsa di risposta, che la responsabilità dell'opponente doveva ritenersi personale e diretta, tal che, potendo la convenuta modificare il titolo della sua pretesa, per questo motivo l'opposizione doveva essere comunque rigettata. Un'affermazione, questa, la cui legittimità è stata contestata dal ricorrente, il quale sostiene che, quand'anche l'Amministrazione delle finanze fosse stata correttamente ammessa a modificare il titolo di tale responsabilità (mutandolo da responsabilità indiretta e solidale a responsabilità diretta dell'infrazione), il giudice avrebbe dovuto comunque revocare l'ingiunzione fiscale, mentre invece questa, per effetto della sentenza d'appello era divenuta esecutiva in base ad un titolo diverso da quello per il quale era stata emessa.

La censura, anche sotto questo profilo deve ritenersi infondata, giacché, non potendosi precludere all'Amministrazione delle finanze, in sede di opposizione all'ingiunzione fiscale, il potere di apportare modifiche al titolo della pretesa indicato nell'ingiunzione opposta, il giudice deve conoscere della pretesa stessa anche alla stregua delle modifiche ritualmente apportatevi nel giudizio di opposizione, senza che ciò comporti la necessità di revoca o di dichiarazione di illegittimità dell'ingiunzione, salvo che dalla nuova posizione prospettata dall'Amministrazione derivi un ampliamento del suo *petitum*.

Con il secondo motivo, il ricorrente contesta la tesi che nel giudizio di opposizione il contribuente assuma la posizione di attore e sostiene che, conseguentemente, sarebbe spettato all'Amministrazione delle finanze provare i fatti sui quali aveva fondato la sua richiesta.

Anche questa censura deve rigettarsi, atteso che, com'è giurisprudenza costante di questa Corte, nel giudizio di opposizione ad ingiunzione

fiscale, attore, anche in senso sostanziale, deve ritenersi l'opponente, giacché, stante la presunta legittimità dell'atto amministrativo, è su di lui che incombe l'onere di provare la mancanza dei presupposti della pretesa impositiva avanzata dall'Amministrazione (Cass. 30 maggio 1978, n. 2732; 13 giugno 1975, n. 2362; 10 gennaio 1975, n. 73). (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 9 settembre 1995, n. 9524 - *Pres.* Cantillo - *Est.* Rordorf - *P.M.* Arena (conf.) - Soc. COFID c. Ministero delle Finanze (avv. Stato Fiorilli).

Tributi erariali indiretti - Imposta di registro - Registrazione d'ufficio - Presupposti - Art. 15 lett. b) del d.P.R. 26 aprile 1986 n. 181 - È innovativo rispetto all'art. 15 del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 634.

(d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 634, art. 15; d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, art. 15).

I presupposti per la registrazione di ufficio delle scritture private non autenticate sono definiti diversamente nel d.P.R. 634/1972 e nel t.u. n. 131/1986, sì che è da escludere che la più recente normativa abbia portata interpretativa (1).

(*omissis*) 1. — Con il primo motivo di gravame le ricorrenti denunciano la violazione e la falsa applicazione degli artt. 15, primo comma, n. 2, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 634 (in relazione agli artt. 15, primo comma, lett. *b*), e 79 del d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131) e 17, terzo comma, della legge 12 aprile 1984, n. 68, nonché dell'art. unico della legge 24 dicembre 1985, n. 777, non disgiunte da vizi di illogicità e contraddittorietà della motivazione e di ingiustizia manifesta.

Secondo le ricorrenti, infatti, attribuendo alla disposizione dettata dall'art. 15, primo comma, lett. *b*), del d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, il significato di una mera chiarificazione del contenuto della precedente norma espressa dall'art. 15, primo comma, n. 2, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 634, la commissione centrale avrebbe finito per dare alla prima delle due citate disposizioni un valore inammissibilmente retroattivo, non giustificato dai caratteri generali del testo unico in cui tale disposizione è ricompresa: giacché le leggi di delega in base alle quali il testo unico dell'imposta di registro è stato emanato espressamente avevano autorizzato il governo anche ad apportare modificazioni al preesistente tessuto normativo. Sarebbe stato perciò violato l'esplicito tenore dell'art. 79 del medesimo d.P.R. n. 131, che assegna portata retroattiva alle sole disposizioni più favorevoli per il contribuente, tra le quali quella in esame non può certo essere annoverata.

---

(1) Decisione di evidente rilievo di cui bisogna prendere atto.

Con il secondo motivo di ricorso si censura invece l'impugnata decisione per aver violato e male applicato l'art. 1, primo comma, della parte seconda della tariffa allegata al citato d.P.R. n. 634 del 1972, in relazione agli artt. 2 e 4 della prima parte della stessa tariffa, nonché in relazione all'art. 79 del pure già citato d.P.R. n. 131 del 1986; e si denuncia altresì la contraddittoria ed insufficiente motivazione, nonché la manifesta ingiustizia, sul punto, di detta decisione.

A tal riguardo, le ricorrenti lamentano l'errore in cui sarebbe incorsa la commissione centrale nell'affermare che non vi era stata contestazione da parte loro in ordine all'assoggettabilità dei contratti di associazione in partecipazione al regime della registrazione in termine fisso; e sostengono che i contratti di associazione in partecipazione, nel vigore del d.P.R. n. 634 del 1972, non avrebbero potuto essere ricompresi tra le operazioni societarie di cui all'art. 4, parte prima, della tariffa allegato *A*), bensì tra i contratti di scambio previsti dal precedente art. 2: con la conseguenza che, trattandosi di atti formati mediante corrispondenza, risulterebbe per essi applicabile solo la registrazione in caso d'uso, giusta quel che dispone l'art. 1, lett. *a*), della parte seconda della citata tariffa, non essendo in proposito invocabile la nuova disciplina dettata dal sopravvenuto d.P.R. n. 131 del 1986, in quanto diversa e meno favorevole al contribuente.

2. — Il ricorso appare fondato e va perciò accolto.

Non sembra invero lecito dubitare che, nel vigore del d.P.R. n. 634/72, per le scritture non autenticate soggette a registrazione in termine fisso, il possesso dell'atto da parte della pubblica amministrazione costituisse un presupposto indispensabile per la registrazione d'ufficio dell'atto medesimo (e, quindi, per l'esazione della relativa imposta), ogni qual volta a tanto il contribuente già non avesse spontaneamente provveduto.

Molto si era discusso, in passato, sulla possibilità di registrare d'ufficio atti acquisiti non ritualmente dall'amministrazione, quando quegli atti fossero stati appresi nel corso di ispezioni o verifiche ad altri fini compiute. Quel che però il tenore letterale della normativa allora vigente rendeva assolutamente chiaro è che il possesso (comunque acquisito) dell'atto da parte della pubblica amministrazione era un requisito indispensabile ai fini della registrazione (cfr. Cass., sez. un. 8 agosto 1990, n. 8062). D'altro canto, comunque si voglia identificare la registrazione — come facente parte dello stesso presupposto del tributo, come condizione di esigibiltà dello stesso, o altrimenti — sta di fatto che, ove alla registrazione non si possa o non si debba far luogo, neppure è possibile, per il fisco, pretendere la riscossione della relativa imposta (che è un'imposta d'atto): onde lo stabilire se sussista o meno il requisito per la registrabilità d'ufficio, ai sensi del citato art. 15, automaticamente si riflette sulla fondatezza della pretesa tributaria in esame.

Ciò posto, è necessario por mente al fatto che l'art. 15, lett. *b*), del vigente testo unico dell'imposta di registro contiene una disposizione di sicuro non identica a quella formulata dall'art. 15, n. 2, del precedente d.P.R. n. 634 del 1972, in vigore al tempo dei fatti di causa. Due, in particolare, sono gli elementi di novità introdotti. La prima novità consiste nella specificazione secondo cui gli atti assoggettabili a registrazione d'ufficio, per essere venuti legittimamente in possesso dell'amministrazione, sono quelli acquisiti « in base ad una legge che (ne) autorizzi il sequestro »; la seconda attiene alla possibilità di assoggettare a registrazione d'ufficio anche le scritture (soggette a registrazione in termine fisso) di cui l'amministrazione « abbia avuto visione nel corso di accessi, ispezioni o verifiche eseguiti ai fini di altri tributi ». La prima innovazione, dunque, concerne i requisiti in base ai quali possa qualificarsi come « legittimo » il possesso dell'atto da parte della pubblica amministrazione; la seconda, assai più radicalmente, prevede situazioni in cui la registrazione possa essere eseguita prescindendo dal possesso dell'atto ed in base ad una semplice « visione » di questo.

Ora, nella stessa impugnata decisione della commissione centrale si riconosce che la citata disposizione del testo unico del 1986 non ha, rispetto alla corrispondente norma del precedente d.P.R. n. 634 del 1972, carattere interpretativo. Ed, invero, nulla autorizzerebbe a trarre una simile conclusione — quanto meno per quel che concerne la seconda delle due innovazioni normative cui sopra s'è fatto cenno — tanto più che anche l'esame dei lavori preparatori del testo unico del 1986 (ed, in specie, il parere della cosiddetta Commissione parlamentare dei trenta, da cui deriva la formulazione della norma poi recepita nel testo definitivo) conferma che lo scopo perseguito dal legislatore fu quello di dirimere i dubbi che la precedente normativa aveva fatto insorgere in ordine alla non meglio precisata nozione di « legittimo possesso » degli atti da parte della pubblica amministrazione, mentre la possibilità di procedere a registrazione d'ufficio anche per atti dei quali l'amministrazione sia solo venuta a conoscenza, senza tuttavia acquisirli, costituisce una previsione nuova che non si innesta su alcuna pregressa situazione d'incertezza interpretativa. Il che — è appena il caso di precisarlo — in nessun modo contrasta con le caratteristiche dello strumento normativo nella specie adoperato, giacché il testo unico è stato emanato in base a leggi di delega che espressamente autorizzavano il governo anche ad apportare modificazioni alla legislazione preesistente.

Stando così le cose, è evidente come non possa condividersi l'assunto della commissione centrale, secondo cui la disposizione introdotta dal citato art. 15, lett. *b*) del testo unico del 1986 avrebbe « portata identica » ed analogo « contenuto sostanziale » rispetto alla norma dettata dall'art. 15 del d.P.R. n. 634 del 1972, vigente all'epoca dei fatti di cui si discute.

Al contrario, l'elemento d'indubbia novità introdotto dal legislatore del 1986, con riferimento all'assoggettabilità a registrazione d'ufficio anche di atti dei quali l'amministrazione abbia avuto soltanto conoscenza in occasione di verifiche ad altri fini compiute, porta sicuramente ad escludere che tale previsione sia applicabile a fattispecie esauritesi nel vigore della normativa precedente. Tanto più che — come la difesa delle ricorrenti non manca di sottolineare — l'art. 79 del citato testo unico del 1986 espressamente esclude ogni possibilità di applicazione retroattiva di norme che non siano più favorevoli per il contribuente.

3. — L'impugnata decisione della commissione centrale va dunque cassata, alla stregua di quanto sopra rilevato, restando in ciò assorbito l'esame del secondo motivo di gravame.

Di conseguenza, la causa deve essere rinviata ad altra sezione della medesima commissione tributaria centrale, la quale deciderà attenendosi al principio di diritto secondo il quale, con riguardo ai fatti verificatisi prima dell'entrata in vigore del d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, la possibilità di procedere alla registrazione d'ufficio di scritture private non autenticate ed alla esazione della relativa imposta è subordinata alla previa acquisizione del possesso di dette scritture da parte della pubblica amministrazione. (*omissis*).

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 15 settembre 1995 n. 9770 - *Pres.* Senofonte - *Est.* Altieri - *P.M.* Amirante (diff.) - Ministero delle Finanze (avv. Stato Fiorilli) c. Soc. OSCA.

Tributi in genere - Contenzioso tributario - Revocazione - Documenti dichiarati falsi - Giudizio penale - Opponibilità del giudicato - Necessità.
(d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636, art. 41; c.p.c. art. 395, n. 2).

Per l'ammissibilità della revocazione ex art. 395 n. 2 (nel caso di falsità della relazione di notifica dell'accertamento) nell'ipotesi di documenti dichiarati falsi dal giudice penale, è necessario che il giudicato penale possa essere efficace nel giudizio tributario nei confronti delle altre parti, al che è necessario che abbiano partecipato o siano state poste in grado di partecipare al giudizio penale (1).

(*omissis*) Preliminarmente all'esame dei motivi di ricorso deve essere verificata l'ammissibilità della domanda di revocazione, fondata sul motivo di cui all'art. 395, n. 2, cod. proc. civ., il quale è stato accolto dalla decisione impugnata.

---

(1) Si applica alla revocazione la regola generale della rilevanza del giudicato penale; affermazione certamente esatta almeno nel caso che oggetto dell'accertamento del falso siano gli stessi atti del procedimento concluso con la sentenza da revocare.

Quest'ultima ha ritenuto la falsità di una prova decisiva (la relazione di notifica degli atti di accertamento, nella parte in cui veniva attestata la consegna nella sede della società) sulla base di una sentenza penale: ha ritenuto, cioè, che quest'ultima costituisse una « dichiarazione di falsità ».

In tal modo la decisione impugnata si è avvalsa dell'accertamento sulla falsità contenuto nella sentenza penale, accertamento sul quale si era — precedentemente alla domanda di revocazione — formato il giudicato.

Questa Corte ritiene, però, che la sentenza penale non possa svolgere efficacia nei confronti dell'Amministrazione finanziaria.

Secondo il principio costituzionale della piena tutela giurisdizionale dei diritti, stabilito dall'art. 24 Cost., l'accertamento contenuto in una sentenza penale non può svolgere efficacia — agli effetti civili — nei confronti dei soggetti che non abbiano partecipato al giudizio penale o non siano stati, quanto meno, posti in grado di parteciparvi (sentenze della Corte Costituzionale 22 marzo 1971, n. 55 e 27 giugno 1973, n. 99).

In applicazione di tale principio la giurisprudenza di questa Suprema Corte ha affermato (Sez. I, 11 agosto 1982 n. 4527) che la dichiarazione giudiziale di falsità contenuta in una sentenza penale, per poter operare come causa di revocazione ai sensi dell'art. 395 n. 2 cod. proc. civ., presuppone che il relativo accertamento possa svolgere efficacia nei confronti delle parti del giudizio civile.

Orbene, nella specie la revocazione della decisione è stata pronunciata esclusivamente — e pertanto erroneamente — sulla base di un accertamento non avente efficacia di giudicato nei confronti dell'Amministrazione finanziaria, pur non risultando che quest'ultima avesse partecipato al giudizio penale o fosse stata, comunque, posta in grado di parteciparvi.

La mancanza di dichiarazione giudiziale di falsità svolgente efficacia nei confronti dell'Amministrazione, costituendo presupposto per la pronuncia di merito sulla domanda di revocazione, fa ritenere quest'ultima inammissibile. (*omissis*)

TRIBUNALE DI MILANO, sez. I, 23 ottobre 1995 n. 9515 - *Pres.* Roda Bogetti - *Est.* Rosa - Valeri c. Ministero delle Finanze (avv. Stato Procchio).

Tributi erariali indiretti - Imposte doganali e di fabbricazione - Ingiunzione di pagamento - Compatibilità col sistema di riscossione a mezzo ruolo - Termine di impugnazione - Abrogazione.

L'art. 82 del t.u. 23 gennaio 1973 n. 43 risulta implicitamente abrogato dall'art. 130 del d.P.R. 23 gennaio 1988 n. 43, attraverso il richiamo al t.u. 14 aprile 1910 n. 639, nella parte in cui esso disciplina la riscossione

forzosa del diritto doganale o di fabbricazione, ma può ritenersi tuttora vigente con riguardo alla previsione del potere dell'Amministrazione di emettere l'ingiunzione quale atto di intimazione e di diffida, e prima ancora e ad un tempo, di accertamento e di liquidazione del tributo, secondo ed in ossequio a quella duplicità di funzioni pacificamente ritenuta operante prima dell'intervento della riforma esattoriale.

In ogni caso, sia che il citato art. 82 si consideri abrogato in toto, sia che si denunci l'inidoneità dell'atto a produrre gli effetti ivi previsti o presupposti, in quanto non perfezionato in tutti i suoi elementi costitutivi, il giudicante resta sollevato dal problema della decadenza per inutile decorso del termine di quindici giorni, costituendo esso l'oggetto di un'azione di mero accertamento in qualunque tempo (1).

(*omissis*) La sintetica narrativa che precede dà solo parziale conto della complessità delle problematiche agitate dalle parti in causa, tra le quali certamente preliminare è quella dell'ammissibilità dell'opposizione.

Sostiene la difesa erariale che la riassunzione a seguito del provvedimento di cancellazione della causa da ruolo (art. 38 c.p.c.) pronunciato dal Tribunale di Pavia — trattandosi di (in) — competenza funzionale (*rectius*: per territorio inderogabile) — non potrebbe determinare gli effetti conservativi di cui all'art. 50 c.p.c. (prosecuzione del processo) e — dunque — far salva l'efficacia dell'opposizione originariamente

---

(1) **La sopravvivenza dell'ingiunzione doganale.**

Fra le prime ad affrontare il problema con una buona dose di approfondimento, la sentenza del Tribunale di Milano ha per oggetto la permanenza in vigore o meno, in materia delle imposte doganali e di fabbricazione, dell'atto amministrativo tradizionalmente denominato « ingiunzione ».

Anteriormente all'entrata in vigore del d.P.R. 28 gennaio 1988 n. 43, nessuno aveva mai dubitato che l'ingiunzione cumulasse in sé le caratteristiche di atto di accertamento e di liquidazione del credito e di atto della riscossione, a sua volta corrispondente a quelli che in diritto civile vengono denominati « titolo esecutivo » e « precetto » (vedi per tutte Cass. 25 novembre 1976 n. 4444, in *Rass. Avv. Stato* 1977, I, 266).

Senonché l'art. 130 secondo comma del citato d.P.R. 43/88 prevede espressamente l'abrogazione di « tutte le disposizioni che regolano, mediante rinvio al r.d. 14 aprile 1910 n. 639, la riscossione coattiva delle imposte, dei diritti doganali, delle tasse sulle concessioni governative e di ogni altra entrata, diritto od accessorio di cui agli artt. 67 comma 1, 68 comma 1 e 69 commi 1 e 2... ».

Tale disposizione è apparsa di minor rilievo, laddove si tratti di imposte, dirette ed indirette, di competenza delle Commissioni tributarie ai sensi dell'art. 1 del d.P.R. 636/72 e successive modificazioni, in quanto, per esse, l'ingiunzione era sempre stata preceduta da un atto di accertamento variamente denominato; e quindi la nuova disciplina prevista dall'art. 67, secondo comma, lett. *a*) del d.P.R. 43/88 non ha fatto altro che mantenere in vigore tale atto di accertamento, solo sostituendo all'ingiunzione il ruolo, reso esecutivo dall'autorità finanziaria e consegnato al concessionario della riscossione, che ormai

interposta innanzi al Tribunale incompetente; conseguentemente, il presente giudizio dovrebbe intendersi quale nuovo ed autonomo rispetto al pregresso e — dunque — l'opposizione considerata tardiva ex art. 82 t.u. leggi doganali (d.P.R. 431/1972).

Il Collegio non ritiene di dover affrontare tale sistema argomentativo — il cui rigore formale andrebbe verificato alla luce dell'ampiezza delle fattispecie riconducibili in via diretta ed analogica all'art. 50 c.p.c. — avuto presente il «petitum» svolto dall'opponente, il quale — abbandonata nel corso del giudizio ogni contestazione di merito della pretesa tributaria (del resto relegata — in forma singolarmente oscura — nell'ultima parte della opposizione) — sembra concentrare i propri motivi di impugnazione sulla nullità/inesistenza dell'ingiunzione (confr. comparsa conclusionale Valeri). In particolare, si rileva — da un lato — la carenza di potere in capo all'Amministrazione nell'emissione dell'ingiunzione opposta, stante l'abrogazione delle norme in tema; dall'altro lato, l'assoluto difetto di motivazione dell'atto, dunque nullo per essere privo di uno degli elementi perfezionanti la fattispecie. Il contenuto di tali domande solleva il decidente dal problema della decadenza dall'opposizione per l'inutile decorso del termine di cui all'art. 82 t.u. dog., in quanto sotto il primo profilo tale disposizione sarebbe stata addirittura abrogata «in toto» (non solo nella parte in cui prevede il termine decadenziale) e — sotto il secondo — si denuncia l'inidoneità dell'atto a produrre effetti

---

costituisce lo strumento unico di riscossione delle imposte, oltre che di altre entrate patrimoniali come canoni, proventi, ecc. ecc.

Invece per le imposte doganali e di fabbricazione, per le quali è pure prevista la riscossione a mezzo ruoli (art. 67 primo comma d.P.R. 43/88), il problema è aggravato dal fatto che l'ingiunzione non era normalmente preceduta da atti di accertamento, ma, come si è detto, cumulava in sé le caratteristiche di atto di accertamento e di riscossione.

A questo punto le possibili soluzioni potevano essere due: o tentare di sganciare, in via interpretativa, il disposto dell'art. 82 del t.u. 43/73, nel senso di ritenere che l'ingiunzione doganale non fosse riconducibile al r.d. 639/1910, e quindi, in sostanza, non fosse stata abrogata dall'art. 130 del d.P.R. 43/88, essendo invece riconducibile alla normativa in materia doganale anteriore al r.d. 639/10; oppure ritenere che la elencazione degli atti di accertamento propedeutici all'emissione del ruolo di riscossione, quale contenuta nell'art. 67, secondo comma, lett. *a*) del d.P.R. 43/88, sia di carattere meramente esemplificativo, e quindi, pur non contemplando espressamente l'ingiunzione, possa lasciar sopravvivere un atto amministrativo così testualmente denominato, purché con efficacia di mero atto di accertamento.

Tale ultima soluzione, già adottata a scopo difensivo dall'Avvocatura dello Stato, viene ora condivisa *apertis verbis* dal Tribunale di Milano, il quale, escludendo che si possa far riferimento ad «obsolete normative doganali di incerta vigenza», ha riconosciuto la permanenza in vigore dell'ingiunzione come mero atto di accertamento della pretesa, motivando il suo convincimento, non solo con il riferimento alla funzione accertativa che tale atto già svolgeva nel pre-

perché non perfezionato in tutti i suoi elementi costitutivi, dunque — come tale — possibile oggetto di un'azione di (mero) accertamento in qualunque tempo.

Superata in tal guisa l'eccezione della difesa erariale, va affrontato il tema centrale della controversia, costituito dalla perdurante vigenza dell'ingiunzione fiscale quale mezzo di riscossione (c/o accertamento) di talune entrate tributarie. Naturalmente — e l'osservazione vale quale rettifica di talune inesattezze contenute nell'opposizione — l'abrogazione disposta dall'art. 130, 2° comma, d.P.R. 43/1988 (istitutivo del servizio di riscossione delle entrate dello Stato e degli altri Enti Pubblici) riguarda non già il t.u. 639/1930 ma «le disposizioni che regolano, mediante rinvio al r.d. 14 aprile 1930 n. 639, la riscossione coattiva delle imposte...»: dunque — per quanto qui occupa — l'abrogazione concerne l'art. 82 del d.P.R. 43/1973 (t.u. dog.) che, appunto, prevede(va) la riscossione dei diritti dovuti alla dogana attraverso il procedimento generale del t.u. 1930.

È, quindi, incontestabile che il sistema della riscossione mediante ruolo (formato dall'Amministrazione e posto in esecuzione dal concessionario) abbia sostituito quello ingiunzionale (attivato e portato avanti dall'Amministrazione).

La normativa di snellimento della procedura di riscossione (quanto alle incombenze ministeriali) ha, purtroppo, lasciato in ombra le problematiche

---

cedente regime, ma anche con «evidenti esigenze di economicità e di tutela del diritto di difesa» connesse alla circostanza che «il concessionario è obbligato a mettere in esecuzione il ruolo», e quindi una difesa limitata alla opposizione in via giudiziale di quest'ultimo potrebbe ingiustificatamente restringere i diritti del contribuente.

Facendo un passo più avanti, devesi infatti ricordare che, anche per quanto riguarda le imposte di competenza delle Commissioni tributarie, l'opposizione al ruolo è ammessa solo per vizi propri del ruolo, oppure perché esso non è stato preceduto dalla notifica dell'atto di accertamento o di irrogazione della sanzione.

In altre parole è strettamente necessario che rimanga in vigore un atto di accertamento, comunque denominato, per evitare che il contribuente, impugnando il ruolo, sia costretto a contestare, anche nel merito ed in contradditorio sia con il concessionario che con l'Amministrazione finanziaria, il fondamento della pretesa contro di lui azionata; e, dal lato opposto, per evitare che possa essere giudizialmente contestata una pretesa già «consolidata» per mancata tempestiva impugnazione dell'atto di accertamento.

Tuttavia questa soluzione finisce per sollevare anche il problema, strettamente connesso, se, oltre all'ingiunzione in materia doganale e ad essa equiparata, sia rimasto in vigore il termine decadenziale per l'opposizione di cui all'art. 82 secondo comma del t.u. 43/73.

Su questo punto il Tribunale di Milano è stato assai meno categorico, ma in sostanza ha rigettato l'eccezione al riguardo proposta dalla difesa dell'Amministrazione, ritenendo che, anche a non voler ritenere l'art. 82 del t.u. 43/73 «abrogato in toto», permarrebbe una «inidoneità dell'atto a produrre effetti, perché non perfezionato in tutti i suoi elementi costitutivi; dunque, come tale, possibile oggetto di un'azione di (mero) accertamento in qualunque tempo».

afferenti quei tributi per i quali (non sempre) la legge prevede un procedimento di accertamento del diritto erariale, con emissione di un provvedimento autonomamente impugnabile e la cui sorte (non impugnazione, conferma o riforma in sede di contenzioso) segni irrevocabilmente il contenuto della procedura esecutiva (sebbene di regola sia prevista la facoltà di intrapresa di quella procedura — in certi limiti — pur in pendenza del giudizio di impugnazione).

In tale quadro l'Amministrazione — che pure ha ritenuto per un certo periodo di poter utilizzare al riguardo obsolete normative doganali di incerta vigenza — ha ravvisato nel mezzo ingiunzionale un veicolo — ad un tempo — di accertamento e riscossione, dove la funzione attinente all'esazione non è più coincidente con quella esecutiva, essendo ormai il ruolo (e non più l'ingiunzione) l'unico atto idoneo a costituire titolo esecutivo (anche) per i diritti doganali.

Tale impostazione risponde — oltre che ad evidenti esigenze di economicità e tutela del diritto di difesa (non si dimentichi che il concessionario è obbligato a mettere in esecuzione il ruolo), in quanto la determinazione della pretesa erariale e la comunicazione al privato ne attiva, ad un tempo, la conoscenza e l'interesse a contraddire — anche a taluni principi affermati dalla giurisprudenza nel pregresso regime.

Una soluzione del genere, pur consequenziale alla esclusione della funzione esecutiva di cui era munita l'ingiunzione nel previgente sistema, desta non poche perplessità, in quanto ammettere che l'ingiunzione, nel nuovo sistema, possa essere giudizialmente opposta senza limiti di tempo (salva la decorrenza dei termini prescrizionali, come avveniva anteriormente al 3 dicembre 1987 per le opposizioni a decreti ministeriali in materia valutaria) significa lasciare che l'atto amministrativo non si consolidi mai, se non dopo la decorrenza dei detti termini; e quindi inevitabilmente duplicare le controversie che l'interessato sarà indotto a proporre sia contro l'ingiunzione che contro il successivo ruolo notificatogli dal concessionario.

D'altra parte il termine di quindici giorni per l'opposizione dell'ingiunzione è insito nella natura stessa dell'ingiunzione doganale, od assimilata alla doganale, e quindi non si vede come potrebbe ritenersi la permanenza in vigore di quest'ultima priva di uno dei suoi elementi essenziali, atti a conferire certezza alla situazione giuridica che ne scaturisce.

In tale prospettiva non è senza significato la recente normativa sulle accise di cui al testo unico approvato con d.lgs. 26 ottobre 1995 n. 504. Ed infatti, all'art. 14 primo comma, tale disposizione prevede che anche l'avviso di pagamento, il quale rappresenta il tipo più frequente di atto di accertamento secondo la normativa di cui al d.P.R. 43/73, fissi un termine di quindici giorni per l'adempimento, decorrente dalla data di spedizione del predetto avviso.

Ciò significa che, decorsi i quindici giorni senza opposizione, l'Amministrazione resta legittimata a ritenere «consolidata» la pretesa e ad emettere il relativo ruolo, avviando così la procedura di riscossione secondo la nuova normativa di cui al citato d.P.R. 43/88.

UBALDO PERRUCCI

Invero, è sempre stata costante l'affermazione (confr., da ultimo, Cass. 28 febbraio 1993 n. 2475) per la quale l'ingiunzione non preceduta (per legge) da accertamento avesse la funzione essa stessa (anche) accertativa, con conseguenze non solo teoriche ma altresì formali (in punto di diritto del contribuente a contestare la pretesa di termini per l'impugnazione, di motivazione dell'atto, etc.). In tali ipotesi — dunque — l'ingiunzione era, ad un tempo, mezzo di accertamento del tributo e di riscossione, nella duplice accezione di intimazione di pagamento e di primo atto del procedimento esecutivo disciplinato dagli artt. 5 e segg. t.u. 639 del 1910.

Dal punto di vista formale — cioè delle strutture normative — il sistema che residua dall'abrogazione disposta dal citato art. 130 d.P.R. 43/1988 va « ricostruito » muovendo dalla disposizione in questione, che attiene alle disposizioni che regolano (col rinvio al t.u. 1910) la *riscossione coattiva* dei tributi (per i quali non fosse già previsto il ruolo trasmesso all'esattore), senza pregiudizio di quella parte delle norme (oggetto dell'abrogazione) che attengano — in via diretta o « interpretativa » — a fasi diverse dalla esecuzione forzosa del credito erariale.

Dunque, venendo all'esame del caso di specie, l'art. 82 t.u. dog. risulta abrogato nella parte in cui disciplina la *riscossione forzosa* del diritto doganale attraverso il richiamo al t.u. 639/1910, cioè ai momenti procedimentali di cui agli artt. 5 e segg. di quel t.u. (ed all'ingiunzione quale primo atto dell'esecuzione coattiva); ma può ritenersi vigente con riguardo alla previsione del potere dell'Amministrazione di emettere l'ingiunzione quale atto di intimazione e diffida e — prima ancora ed ad un tempo — di accertamento e liquidazione del tributo (o del diritto) doganale, secondo (ed in ossequio a) quella duplicità di funzioni pacificamente ritenuta operante prima dell'intervento della riforma esattoriale.

Con l'altro motivo di opposizione il Valeri — come accennato — denuncia l'assenza di motivazione dell'atto, considerato qui — all'evidenza — come provvedimento di accertamento della pretesa erariale (in coerenza a quanto suesposto).

La deduzione risulta di stile, la motivazione « per relationem » essendo del tutto legittima volto che si riferisca ad atti a conoscenza della parte (qui, il p.u. N.R.P.T. Milano del 1° marzo 1990 — regolarmente sottoscritto dal Valeri — e la sentenza di « patteggiamento » del Tribunale di Pavia pronunciata il 16 aprile 1991) e la cui motivazione sia idonea a sostenere la pretesa erariale. Nella specie — può osservarsi per completezza — l'analitico processo verbale della G.d.F. dava contezza del meccanismo fraudolento posto in essere con il concorso del Valeri (pagg. 5 e segg.) e del tutto inconferenti apparivano le (confuse) contestazioni contenute nella opposizione sul punto, come detto da intendersi abbandonate nel corso del giurizio.

SEZIONE SESTA

GIURISPRUDENZA PENALE

TRIBUNALE DI ROMA, 7 febbraio 1995 - *G.U.P.* Pazienti - *P.M.* P. Giordano - imp. Francesco Sisinni ed altri (avv. Stato di Tarsia di Belmonte).

Giudizio penale - Indagini preliminari - Reati ministeriali - Competenza dello speciale collegio previsto dall'art. 7 della L. cost. 16 gennaio 1989 n. 1 - Decreto di archiviazione per il Ministro - Competenza per gli inquisiti laici - Sussiste.

(l. Cost. 16 gennaio 1989, n. 1, artt. 7, 8, 9 e 11; l. 5 giugno 1989, n. 219, art. 4).

La competenza del collegio per i reati ministeriali previsto dall'art. 7 della legge Cost. 16 gennaio 1989 n. 1 è competenza funzionale assimilabile a quella per materia, con la conseguenza che la stessa non viene meno quando il collegio, esprimendosi sull'operato del solo Ministro, abbia disposto l'archiviazione. Il Collegio è pertanto competente a pronunciarsi sullo stesso reato commesso, in concorso con il Ministro, dagli imputati laici (1).

---

(1) **In tema di vs attractiva del collegio per i reati ministeriali.**

1 - La sentenza che si annota merita consenso, pienamente conforme com'è alla lettera ed alla *ratio* delle due leggi, l'una costituzionale e l'altra ordinaria, che hanno previsto e disciplinato il collegio per i reati ministeriali e le sue funzioni. L'istituzione di quest'organo specializzato della giurisdizione ordinaria, come esattamente lo qualifica il GIP, è in funzione della ravvisata necessità del vaglio del Senato della Repubblica o della Camera dei Deputati, investiti dal potere di negare o concedere l'autorizzazione a procedere. Stabilisce infatti l'art. 9, terzo comma della legge Cost. n. 1 del 16 gennaio 1989 che, a seguito della richiesta di autorizzazione a procedere *ex* art. 96 Cost. inoltrata dal Procuratore della Repubblica a seguito della relazione motivata a questi inviata dal collegio (art. 8 legge Cost. n. 1/1989), l'assemblea della Camera competente può, a maggioranza assoluta dei suoi componenti, negare l'autorizzazione a procedere ove reputi, con valutazione insindacabile, che l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante, ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo.

Questa norma non solo è la chiave di volta per comprendere i contenuti sostanziali dell'articolo 1 della legge in esame — che, come è noto, all'insegna della sfiducia sui giudizi d'accusa previsti dal precedente testo dell'art. 96 della Costituzione, ha attribuito la competenza in materia alla magistratura ordinaria — consentendo il superamento delle varie interpretazioni che erano state proposte della formula « reati commessi nell'esercizio delle loro fun-

(*omissis*) Il reato contestato agli attuali imputati è lo stesso reato, *ex* art. 323 c.p., per il quale in data 9 ottobre 1993 il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma ha trasmesso gli atti al Collegio per i reati ministeriali perché procedesse nei confronti del Ministro Ronchey, operando la separazione processuale tra il Ministro ed i c.d. indagati laici. L'imputazione veniva meglio precisata nella richiesta del 4 luglio 1994.

---

zioni» adottata dal vecchio testo dell'art. 96 e mantenuta nel nuovo — ma costituisce anche il corretto riferimento per la disciplina processuale.

Dal punto di vista del diritto sostanziale infatti — che si richiama per il contributo di chiarezza che ne deriva alle soluzioni processuali — la precisa indicazione dei presupposti in presenza dei quali Camera e Senato possono negare l'autorizzazione, non consente di applicare il criterio di «contestualità cronologica» per definire a quali reati avesse posto mente il legislatore. Tale teoria, con la quale in definitiva si riteneva che la legge avesse espresso una mera relazione di contestualità temporale fra il comportamento incriminato e l'attività del Ministro (F. Chiarotti, *La giurisdizione penale della Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1957, p. 844 e ss.) è inidonea per difetto o per eccesso a comprendere tutte le ipotesi e solo quelle che il legislatore ha considerato.

Infatti, secondo tale teoria — che si basa sulla esclusione di forme di collegamento causale, tanto che il suo autore la sostiene rilevando che in tal caso il legislatore avrebbe usato altra espressione, del tipo «per ragione del proprio ufficio o servizio» come nel caso del peculato (314 c.p.) — anche un atto privato, per esempio un furto in ufficio quando contestuale all'esercizio delle funzioni rientrerebbe nella previsione dell'art. 96 Cost. e non, viceversa, un abuso d'ufficio se commesso a casa!

Per motivi analoghi non resiste alla lettura del citato articolo 9 la teoria di chi identificasse i reati ministeriali come i reati propri del pubblico ufficiale, sì da ricomprendervi, ad esempio, il reato di omessa denuncia di un reato che non abbia collegamento con la funzione esercitata (ad es.: un omicidio o una rapina cui il ministro abbia per caso assistito).

È perciò logico concludere che dal combinato disposto dell'art. 1 e dell'art. 9 della legge Cost. n. 1 del 1989 la sola possibile interpretazione è quella che identifica i reati ministeriali nelle fattispecie contrassegnate dall'abuso dei poteri o dalla violazione dei doveri specifici del Ministro o del Presidente del Consiglio dei Ministri, unici casi cui possa adattarsi il metro valutativo indicato dall'art. 9 (GUGLIELMO SCARLATO, *Reati ministeriali*, in Enciclopedia Giur. Treccani).

Da queste considerazioni di diritto sostanziale, sembra più agevole passare agli aspetti processuali che attengono ai soggetti cui la particolare normativa si applica e ai poteri delle Assemblee parlamentari: è evidente che l'art. 9 introduce un filtro politico-costituzionale in grado di impedire il pur obbligatorio esercizio dell'azione penale, quando si ravvisi un interesse ritenuto degno di una tutela assoluta o prioritaria. È in sostanza applicazione moderna dell'antico principio «salus reipublicae suprema lex» del quale l'ordinamento vigente offre altra significativa espressione nell'art. 202 c.p.p. sul segreto di Stato. Poiché è chiaro che il vaglio politico-costituzionale avviene sui soggetti che hanno agito commettendo il reato sul quale si indaga, è in funzione di questo e degli scopi delle condotte criminose che l'autorizzazione viene concessa

Ritiene questo G.I.P. che la separazione processuale non poteva essere operata in quanto il Collegio per i reati ministeriali doveva occuparsi anche della posizione dei laici insieme a quella del Ministro e tale competenza permane tutt'ora anche se il procedimento nei confronti del Ministro si è concluso con il decreto di archiviazione.

Invero lo spostamento di competenza non avviene per connessione ma per materia.

---

o negata, sicché ogni scissione che si volesse introdurre, distinguendo fra imputati laici e imputati ministeriali, teorizzando astrattamente sulla configurazione plurima del reato commesso dai concorrenti, o, peggio, configurando la competenza del collegio per i reati ministeriali come una mera competenza processuale per connessione, o, peggio ancora, ritenendo che le norme della citata legge costituzionale dettino regole per la sola fase del giudizio (opinioni, queste, che più volte sono state avanzate), frusterebbe lo scopo della norma in esame.

Beninteso, tenuto conto delle considerazioni di diritto sostanziale che si sono innanzi fatte, il filo conduttore che lega al Ministro o al Presidente del Consiglio le sorti degli indagati o imputati laici, va individuato nelle situazioni descritte negli articoli 12 c.p.p. e 110 c.p.

Dal punto di vista letterale, le due leggi, quella costituzionale già citata e quella ordinaria n. 219 del 5 giugno 1989, in più punti precisano che gli imputati laici seguono lo stesso *iter* di quelli ministeriali e che le due strade parallele non sono possibili. A prescindere dalla considerazione, ancora sistematica, che l'ordinamento tende, per quanto possibile, ad evitare contrasti di giudicati e che l'eccesso di consequenzialità della teoria pluralistica in tema di concorso di persone nel reato (dato e non concesso che l'adesione a questa imponga la doppia competenza!) porterebbe a risultati inaccettabili, è chiaro l'intento del legislatore di «un unico processo», come traspare dalle parole usate: l'art. 5 della legge Cost. prevede l'autorizzazione delle Camere anche per soggetti che non sono membri delle stesse e la troppo facile obiezione, che talvolta si è sentita nelle aule giudiziarie, secondo la quale la norma si riferirebbe a Ministri non parlamentari, è contraddetta dal richiamo all'art. 96 della Costituzione che prevede l'autorizzazione per il Presidente del Consiglio dei Ministri e per questi ultimi senza distinzione fra membri parlamentari e membri non parlamentari del governo. È del resto evidente che l'autorizzazione in esame è garanzia dell'attività di Governo e non di quella parlamentare. Ancor più esplicito è il successivo art. 11, laddove stabilisce i criteri di competenza territoriale per i reati commessi dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dai Ministri nell'esercizio delle loro funzioni, *e in concorso con gli stessi da altre persone* (vedremo dopo come sia improponibile altra interpretazione).

Coerentemente perciò e non in contrasto con la legge costituzionale, quella ordinaria, la n. 219 del 1989, prevede, nel suo art. 4, secondo comma, che se il procedimento è relativo ad un reato commesso da più soggetti in concorso tra loro, l'assemblea indica a quale concorrente, *anche se non Ministro né parlamentare*, non si riferisce il diniego, per assenza dei presupposti di cui al comma 3 dell'art. 9 della legge costituzionale 16 gennaio 1989 n. 1.

2 - Sulla questione che qui si esamina e sulla soluzione che correttamente è stata data dalla sentenza, sono state tuttavia manifestate talvolta dalle Procure della Repubblica ed in particolare da quella di Roma opinioni contrarie, tanto che si stava delineando una prassi secondo la quale, investito il Collegio per i

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite (v. n. 1816 in Cass. Pen. 1994 pagg. 2946 e segg.) ha precisato che il collegio per i reati ministeriali previsto dall'art. 7 legge Cost. 16 gennaio 1989 n. 1 non è un giudice speciale, né un organo della giustizia penale costituzionale, ma è soltanto un organo specializzato della giurisdizione ordinaria, dotato di una specifica competenza funzionale in relazione alla particolare qualificazione dei reati dei quali deve occuparsi.

---

reati ministeriali a norma della tassativa disposizione del secondo comma dell'art. 6 della legge Cost. n. 1 del 1989, per il solo Ministro, le indagini preliminari proseguivano innanzi al Procuratore della Repubblica per gli indagati non componenti del Governo. Il che non solo appariva in contrasto con la legge, ma portava a conseguenze assurde, come nel caso di quell'indagato laico, sentito innanzi al Collegio per i reati ministeriali come testimone imputato di reato connesso *ex* art 210 c.p.p., quando egli ed il Ministro erano indagati in concorso per lo stesso reato!

In un caso, fu proposto ricorso per Cassazione contro un'ordinanza del GIP, ma la questione non fu esaminata dalla Suprema Corte, essendosi questa limitata a dichiarare inammissibile il ricorso. Il G.I.P. si era dichiarato incompetente a decidere sulla richiesta di proroga del termine per le indagini preliminari, a causa della competenza dello speciale Collegio. Val tuttavia la pena di riferire le argomentazioni prospettate in quella sede.

Il G.I.P., nel dichiarare la propria incompetenza a provvedere (il P.M. stava conducendo indagini su indagati laici dello stesso reato per il quale erano stati inviati allo speciale Collegio gli atti con la richiesta di indagini a carico di due Ministri) aveva esattamente rilevato che i reati ministeriali ben difficilmente sono ipotizzabili senza concorrenti « laici » e che quindi opportunamente l'art. 11 della legge Costituzionale 16 gennaio 1989 n. 1 prevede che sia competente il medesimo Tribunale sia per i ministri che per i concorrenti « laici », ed osservava che non era condivisibile, perché non supportata da alcun dato normativo, l'opinione, espressa dal P.M., che detta norma regolasse la competenza per la sola fase del giudizio.

Infatti, in assenza di ogni specificazione, allorché una norma investe la competenza di un organo, lo investe in tutte le sue articolazioni ed in tutti gli uffici che lo compongono (per quanto riguarda il Tribunale, ad esempio, anche l'Ufficio del GIP) e siccome del « Tribunale del distretto di Corte d'Appello competente per territorio » fa sicuramente parte anche il Collegio previsto ed istituito dall'art. 7 della legge Costituzionale 16 gennaio 1989 n. 1, doveva ritenersi — proseguiva il G.I.P. — che la norma in questione attribuisse anche a detto collegio, con le funzioni delineate dall'articolo predetto e dal successivo art. 8 e dall'art. 1 n. 2 della legge 5 giugno 1989 n. 219, la competenza in ordine ai reati commessi, in concorso con il Presidente del Consiglio dei Ministri e dei Ministri nell'esercizio delle loro funzioni, dagli eventuali concorrenti « laici »; e siccome detto Collegio, ai sensi dell'art. 8 della legge 16 gennaio 1989 n. 1 compie le indagini preliminari, ne conseguiva che la competenza a compierle nei confronti dei concorrenti « laici » appartiene al Collegio previsto dall'art. 7 della stessa legge.

Con quella ordinanza il giudice per le indagini preliminari aveva esattamente centrato il problema e la necessità di un processo unico, perché questo era lo strumento individuato dal legislatore per consentire l'esercizio pieno di

Competenza funzionale significa sostanzialmente competenza per materia (alla quale quella funzionale è assimilabile), con riferimento alla materia di taluni reati, da chiunque commessi in concorso col Ministro, come si rileva dall'espresso dettato dall'art. 11 legge cit. che prevede la competenza sia per i ministri che per i concorrenti laici.

Precisa la Suprema Corte che l'area dei c.d. « reati ministeriali », previsti dall'art. 96 Cost., non è riducibile ai soli « provvedimenti » formali assunti da un ministro nell'ambito della sua competenza, posto che una tale limitazione oltre a non trovare giustificazione nel contenuto e nelle

---

quel potere politico-costituzionale, cui si è sopra accennato, riservato alla Camera ed al Senato.

Il P.M. impugnò l'ordinanza, sostenendo che la legge costituzionale non sposta la competenza per gli imputati laici; per arrivare a tale conclusione, che stride con la *ratio* e il tenore letterale dell'art. 11, affermò che quest'ultimo riguarderebbe la sola fase del giudizio, con questo argomento testuale: « Che la norma si riferisca soltanto alla fase del giudizio e non a quella delle indagini preliminari, emerge con certezza dal fatto che, nel secondo inciso del medesimo comma, la stessa norma esclude che possano far parte del collegio (*giudicante*) i magistrati del Collegio per i reati ministeriali, ossia i magistrati già facenti funzione di P.M./G.I.P.: se si escludono quei magistrati, addetti alle indagini preliminari, la norma non disciplina la fase delle indagini preliminari ».

È evidente l'errore in cui era incorso in quell'occasione il P.M., sia perché la norma, ai sensi dell'art. 11 della legge costituzionale, disciplinando la competenza per territorio della fase del giudizio, non può certo essere utilizzata per escludere che il Collegio per i reati ministeriali non abbia competenza per le indagini preliminari — posto che tutta la legge è impostata sulla base di una previsione iniziale di competenza — sia perché il secondo inciso del primo comma costituisce la più evidente prova del contrario, laddove appunto esclude la possibilità di partecipare al dibattimento di quei giudici che, quali membri dello speciale collegio, abbiano svolto indagini preliminari.

3 - Un'ultima annotazione, seppur marginale, sembra possa farsi, essendone lo spunto offerto dalla frequente violazione del termine di quindici giorni previsto dal secondo comma dell'art. 6 della legge costituzionale. Non si vuole affrontare il complesso problema della violazione dei termini c.d. ordinatori, né tentare una critica alla diffusa opinione che i termini sono perentori e quindi a pena di decadenza soltanto quando la legge o il giudice li prevedano espressamente come tali (sarebbe difficile o imbarazzante risalire alle ragioni che hanno indotto a far assumere ad una norma del processo civile, l'art. 152, secondo comma c.p.c., dignità di principio generale di diritto o domandarsi perché con tanta disinvoltura si svuota di contenuto una disposizione che, per esser di legge, dovrebbe avere le caratteristiche dell'obbligatorietà), ma porre solo degli interrogativi. Posto che il P.M. deve trasmettere al Collegio per i reati ministeriali entro quindici giorni dal rapporto, referto o denuncia, gli atti con le sue richieste e considerato che il Collegio è il solo organo deputato alle indagini, come si inquadra il ritardo? Nell'ambito dell'art. 191 c.p.p. con la conseguenza che le prove raccolte — alle fonti di prova pur si applica la norma — sono inutilizzabili? E può la previsione normativa, che impone che la trasmissione degli atti sia corredata dalla richiesta del P.M., indurre a intendere che, fin quando il P.M. non sia pronto a « richiedere » il termine possa essere valicato? se si interpretasse così l'art. 6, non si vanificherebbe la dispo-

finalità dell'art. 96 Cost. (il quale si riferisce indifferentemente a tutte le ipotesi di reato previste dall'ordinamento, molte delle quali realizzabili soltanto con atti diversi dalla deliberazione di un provvedimento formale), trascurerebbe un aspetto di decisiva rilevanza, e cioè che la attività funzionale di un ministro, nell'ambito del decastero da lui rappresentato e diretto, non si esaurisce nell'adozione di provvedimenti, ma comprende una serie di interventi che si sviluppano secondo un *iter* procedimentale più o meno complesso, nel quale possono confluire contributi necessari od eventuali di altri organi o di altri uffici della stessa o di una diversa amministrazione.

Tale competenza, proprio perché funzionale e non per connessione, non può venire meno allorché, come nella fattispecie, il collegio si sia già espresso sull'operato del ministro, disponendo l'archiviazione. (*omissis*)

---

sizione che vuole, come organo fin dall'inizio inquirente, il solo Collegio per i reati ministeriali? e non si interpreterebbe la norma come se l'espressione «omessa ogni indagine» non ci fosse?

In prima approssimazione si potrebbe dire che la duplice previsione (termine breve e richiesta) consente al P.M. di esprimere nella richiesta il parere desumibile *ictu oculi* dal contenuto della denuncia o dalla notizia e che se quindi la richiesta, trasmessa dopo i quindici giorni contenesse indicazioni (o riferisse di fatti) da quelle non desumibili, si verterebbe in tema di art. 191 c.p.p.? Ed infine, è più auspicabile che i P.M. rispettino il termine o più drastico sostenere che l'intero procedimento sia sotto la spada di Damocle dell'inutilizzabilità quand'anche la richiesta non avesse contenuti debordanti? Non risulta finora che siano sorte problematiche di questo tipo, ma è certo che il rispetto di un termine sia pur ordinatorio è pur esso rispetto di legge.

PAOLO DI TARSIA DI BELMONTE

TRIBUNALE DI ROMA, ordinanza 16 maggio 1996 - *G.U.P.* Trivellini - *P.M.* G. Andruzzi - imp. Carraro Franco, La Regina Adriano ed altri (avv. dello Stato di Tarsia di Belmonte).

Avvocatura dello Stato - Assunzione della difesa di impiegati ed agenti dello Stato - Questione di illegittimità costituzionale dell'art. 44 del r.d. 30 ottobre 1933 n. 1611 per violazione degli artt. 3, 24 secondo comma e 97 della Costituzione - Irrilevanza - Questione di illegittimità costituzionale dell'art. 44 per violazione dell'art. 24 primo comma della Costituzione - Manifesta infondatezza.

(*omissis*) Il Giudice sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 44 del r.d. 30 ottobre 1933 n. 1611, sollevata dal P.M. in riferimento agli artt. 3, 24 e 97 della Costituzione.

Osserva:

la questione sollevata dal P.M. investe la costituzione della difesa dell'imputato La Regina Adriano, che nel caso di specie è disciplinato dal-

l'art. 44 r.d. 1611/33. Va subito affermato quindi, che quel che importa è l'accertamento della regolarità della costituzione della difesa del suddetto imputato, onde evitare l'eventuale nullità *ex* art. 178 lett. *c*) c.p.p., ditalché soltanto a questi limitati fini è consentito in questa sede l'esame della compatibilità o meno del citato art. 44 con il contesto costituzionale. Ciò posto, la questione di legittimità del più volte citato art. 44 in riferimento al parametro di cui al 2° comma, art. 24 Cost., non ha rilevanza, in quanto non è prospettabile alcun pregiudizio al diritto della P.A. alla quale l'imputato La Regina è legato da rapporto organico, atteso che questa non figura come parte processuale, ma solo come persona offesa dal reato.

La tesi del P.M., secondo cui quando l'Avvocatura dello Stato ha assunto la difesa del dipendente della P.A. in un processo nel quale l'Amministrazione è persona offesa dal reato, si impedirebbe alla Amministrazione medesima (patrocinata *ex lege* dall'Avvocatura dello Stato) di costituirsi parte civile, e quindi, di agire per la tutela dei propri diritti, collidendo in tal modo con l'art. 24, 1° comma Cost., non può essere condivisa. Invero, l'art. 44 prevede la richiesta della difesa avanzata all'Avvocatura dello Stato da parte dell'Amministrazione alla quale il dipendente, per il quale si chiede l'assistenza dell'Avvocatura dello Stato, è legato da rapporto organico. E tale richiesta costituisce di certo un atto che esclude in radice la eventuale volontà della P.A. stessa di costituirsi parte civile, in quanto è espressione di riconoscimento formale della condotta, contestata al dipendente, come rientrante nei poteri del dipendente medesimo e per fini compresi fra quelli della P.A. Or, se così è, non può ritenersi che il citato art. 44 appaia in contrasto con l'art. 24, 1° comma Cost. La Corte Costituzionale, che già si è occupata della questione, sia pure con riguardo al solo profilo del comma 2°, art. 24 Cost., con la sent. n. 233 del 9-17 luglio '74 (sotto il profilo che lo Stato, cui compete la tutela dell'ordinamento, potrebbe provvedere alla difesa di chi è accusato di aver violato la legge penale) ha affermato che il dipendente, da non considerarsi colpevole sino a sentenza definitiva, deve essere difeso, ed è giusto che lo sia, ad opera di un organo tecnico, specializzato, dello Stato, quando l'azione incriminata è da lui compiuta nell'ambito dei suoi poteri e per fini che si riconoscono fra quelli della P.A., la cui volontà è da lei espressa in base al rapporto organico che ad essa lo lega. In sostanza, può affermarsi che anche in presenza di un conflitto potenziale, che ricorre sempre in casi in cui il reato contestato al dipendente rientri nei reati contro la P.A., il dipendente può essere difeso dall'Avvocatura dello Stato, se la stessa P.A., alla quale il dipendente è legato da rapporto organico, ne riconosce la necessità e l'Avvocato Generale ne riconosce l'opportunità. E tutto ciò appare compatibile con il parametro di cui all'art. 24, 1° comma Cost.

Non ha poi rilevanza la questione di legittimità del citato art. 44 in riferimento all'art. 3 Cost.

Il P.M. assume che il meccanismo delineato nel citato art. 44 può determinare una disparità di trattamento nei confronti dei dipendenti pubblici. La non rilevanza della questione sotto il profilo suddetto, sta nel fatto che, come si è già detto, ciò che interessa nel caso di specie, è l'accertamento della legittimità della costituzione della difesa dell'imputato La Regina, e pertanto, non è consentito in questa sede valutare la conformità o meno del citato art. 44 al parametro di cui all'art. 3 Cost., parametro questo non strettamente attinente alla costituzione della difesa dell'imputato. Comunque, la non rilevanza della questione in riferimento al predetto articolo della Costituzione, sussiste anche perché, nel caso di specie, è stata concessa all'imputato La Regina la possibilità di avvalersi dell'Avvocatura dello Stato, ditalché non può essere lamentata alcuna lesione da parte dell'imputato medesimo. Nell'ipotesi contraria semmai si sarebbe potuto porre il problema sollevato dal P.M.

Ad identica conclusione deve pervenirsi in merito al profilo della sospetta illegittimità dell'art. 44 in riferimento all'art. 97 Cost. Comunque, va osservato che il potere riconosciuto all'Avvocato Generale dello Stato dal citato art. 44, non si traduce in arbitrio ma costituisce un potere discrezionale che viene esercitato previa valutazione degli interessi pubblici da tutelare. Ed è appena il caso di aggiungere che non è questa la sede per sindacare la valutazione di opportunità cui è addivenuto l'Avvocato Generale dello Stato nel caso di specie.

P. Q. M.

Visto l'art. 23, legge 11 marzo 1953, n. 87.

Dichiara manifestamente irrilevante la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44 r.d. 1611/33, sollevata dal P.A. in riferimento all'art. 24, comma 2° ed agli artt. 3 e 97 della Cost.

Dichiara manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del suddetto art. 44 in riferimento all'art. 24, 1° comma Cost. (1). (*omissis*)

---

(1) La difesa degli impiegati ed agenti delle Amministrazioni dello Stato a norma dell'art. 44 r.d. 30 ottobre 1933 n. 1611.

1. — L'ordinanza che si annota — la seconda in breve volgere di tempo che dichiara la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Procura della Repubblica di Roma in ordine alla norma che consente all'Avvocatura dello Stato la difesa di impiegati ed agenti di Amministrazioni ed enti di cui abbia il patrocinio, nei giudizi civili e penali che li interessano per fatti e cause di servizio — è pienamente condivisibile. Per comprenderne il senso e la distinzione posta fra aspetti di rilevanza e aspetti

di manifesta infondatezza, occorre tener presente quanto il P.M. aveva osservato in proposito.

Preso atto dell'assunzione della difesa di un imputato da parte dell'Avvocatura dello Stato, il P.M. aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611 per violazione degli artt. 3, 24 e 97 della Costituzione, asserendone la rilevanza nel processo *de quo* in quanto la sua soluzione avrebbe influito sulla regolare costituzione *delle parti*. Il plurale era intenzionalmente usato dall'organo della pubblica accusa — che sulla questione aveva depositato dettagliata memoria — in quanto a perno delle sue argomentazioni veniva posta una asserita violazione del dovere dell'Amministrazione di tutelare se stessa. Dopo avere infatti ricordato che nell'interpretazione consolidata e costantemente seguita dall'Avvocatura dello Stato l'art. 44 consentirebbe alle Pubbliche Amministrazioni statali di richiedere all'Avvocatura stessa di assumere la difesa di impiegati ed agenti statali, indagati per qualsiasi ipotesi di reato, anche quelle in cui persona offesa sia proprio la stessa Pubblica Amministrazione richiedente, il P.M. osservava che in tal modo si determinava una situazione in cui il conflitto di interessi, tra presunto responsabile del reato e persona offesa del reato stesso, verrebbe sorprendentemente risolto, attribuendo alla Pubblica Amministrazione l'arbitrio di privilegiare la difesa degli interessi dell'autore del fatto rispetto all'esigenza istituzionale della difesa dei propri interessi. Sulla stessa falsariga, l'organo della pubblica accusa osservava ancora che nel caso di procedimento in cui la condotta dell'impiegato sia posta in essere in danno della Pubblica Amministrazione, il criterio della opportunità sarebbe ininterpretabile (se si prescinde dal principio generale innanzi enunciato) ed aprirebbe il campo ad una scelta arbitraria della Pubblica Amministrazione richiedente. Perciò, se l'opportunità si risolvesse nell'esercitare arbitrariamente la scelta a favore degli interessi privati del dipendente indagato, questo carattere di arbitrarietà si ripercuoterebbe inevitabilmente su quel riconoscimento da parte dell'Avvocato Generale. Orbene il connotato di arbitrarietà — proseguiva il P.M. — che caratterizza la facoltà del richiedente e la facoltà dell'Avvocato Generale di accogliere la richiesta, sarebbe incompatibile con i principi della inviolabilità del diritto di difesa e del buon andamento ed imparzialità della Pubblica Amministrazione, sanciti dalla Costituzione.

Da questa indicazione degli argomenti del P.M., emerge, a prescindere dagli errori di fondo che ne inficiano il ragionamento e dei quali si dirà appresso, che i profili di contrasto con l'art. 24, secondo comma Cost., con l'art. 97 Cost. e — sia pure implicitamente, poiché il P.M. lo citava senza offrire motivazione — con l'art. 3 Cost. erano riferiti non all'imputato, ma all'Amministrazione, che purtuttavia non era parte nel processo. Corretta appare quindi la dichiarazione di non rilevanza delle questioni suddette.

Altrettanto correttamente poi il giudice dell'udienza preliminare si è dato carico, in motivazione, anche degli aspetti di manifesta infondatezza della questione sollevata con riferimento agli artt. 24, secondo comma, 3 e 97 della Costituzione, richiamando gli argomenti che si leggono nella sentenza della Corte Costituzionale citata nell'ordinanza.

2. — Venendo ora all'esame dei problemi affrontati, un'osservazione fondamentale sembra debba porsi per una esatta lettura dell'art. 44 del r.d. n. 1611 del 1933 e dei complessi problemi che la sua applicazione talvolta comporta: quando si pose mano da parte del legislatore all'approvazione del nuovo testo unico sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato, inquadrando la materia in modo più organico e completo di quanto non fosse previsto dal r.d. 24 novembre 1913, n. 1304, facendo tesoro delle esperienze maturate nel corso del primo mezzo secolo di

attività dell'Istituto e si introdusse nella nuova legge per la prima volta la possibilità per l'Avvocatura di assumere la difesa di impiegati ed agenti dello Stato, si attribuì a questa, nonostante la collocazione dell'art. 44 in un diverso Titolo del r.d. del 33, un compito istituzionale non qualitativamente distinguibile da quelli da altre norme previsti.

Omettere questa considerazione come ha fatto il P.M. porta, lo si dirà in seguito, ad errori logici e giuridici. Non si può d'altro canto ignorare che la disposizione di legge in esame è tuttora in vigore, avendo attraversato indenne le pur profonde modificazioni costituzionali dello Stato italiano, ed avendo resistito vittoriosamente a denunce di illegittimità costituzionale e che è sempre più frequentemente applicata.

Quest'ultimo fenomeno è evidentemente determinato dalla notevole espansione dei compiti dello Stato, dal conseguente più elevato numero di dipendenti pubblici e della attività che sono poste in essere, con inevitabili maggiori possibilità di situazioni conflittuali sia civili che penali.

La così più elevata attenzione ad una funzione dell'Avvocatura che nei primi tempi di attuazione del r.d. del '33 risultava quantitativamente marginale (sintomatico è constatare che nella «Relazione dell'Avvocato Generale dello Stato al Presidente del Consiglio dei Ministri» per il decennio 1931-1940, una sola pagina è dedicata alla materia ed alla relativa casistica: vol. II, p. 799-800), induce ad esaminare natura e contenuti della norma e l'area della sua applicazione ed a stabilire se sia tuttora valida l'affermazione che si legge nella Relazione appena citata, secondo la quale «la funzione difensiva dell'Avvocatura soddisfa ad un'esigenza giuridica ed etica insieme: giuridica, in quanto diretta a patrocinare principi di giustizia e a far trionfare l'affermazione di criteri di massima; etica, in quanto assicura la legale assistenza all'agente che sia chiamato a rispondere penalmente di fatti occorsigli nell'esplicazione del servizio». (*op. loc. cit.*).

Che il legislatore avesse inteso assicurare a chi operava per lo Stato l'assistenza di quello stesso organo legale cui era demandata la difesa di quest'ultimo (sia pur con l'inevitabile differenza della obbligatorietà per la difesa dell'Amministrazione e dell'eventualità della difesa del dipendente, non essendosi ritenuto opportuno sacrificare il personalissimo diritto di scelta del difensore) per una ragione non solo di equità ma di coincidenza di interessi, è reso manifesto dalla formulazione dello stesso articolo 44.

Infatti, la duplice previsione dei soggetti legittimati, l'impiegato e l'agente (nel quale ultimo, proprio perché accostato al primo nella descrizione normativa, si deve riconoscere la figura di chi, al di fuori di un rapporto stabile che lo vincoli all'Amministrazione, operi nell'interesse di questa e per un suo fine) consente di affermare che la *ratio legis* è quella di consentire la possibilità di chiedere la difesa dell'Avvocatura dello Stato a chi per lo Stato abbia prestato la sua attività ed, a causa di questa, sia parte in giudizi civili e penali.

Questa ragione di legge è, strumentalmente, tradotta nell'art. 44, con le ben note condizioni: 1) che i giudizi concernano fatti o cause di servizio; 2) che la richiesta provenga dall'Amministrazione di appartenenza a ciò sollecitata da una espressa domanda dell'interessato, che della richiesta deve ritenersi presupposto necessario, pur se non previsto, in ossequio al principio della libera scelta del difensore ed allo spirito della norma che attribuisce un diritto; 3) che l'Avvocato Generale dello Stato riconosca l'opportunità della difesa.

Le tre condizioni appaiono collegate da un nesso di interdipendenza, poiché la norma tende palesemente ad assicurare che la difesa dell'impiegato o dell'agente non venga assunta per fatti estranei alla P.A. o per fatti e comportamenti in contrasto con gli interessi della stessa, devolvendo, nella sfera

delle rispettive competenze, all'Amministrazione di appartenenza ad all'Avvocato Generale dello Stato le valutazioni che debbono precedere la richiesta e la determinazione di assumere la difesa.

Il testo della norma non contiene altre condizioni per l'assunzione della difesa oltre quelle su indicate e attribuisce poteri largamente discrezionali agli organi dello Stato chiamati a manifestare in materia la loro volontà.

Soltanto l'interruzione del rapporto organico — individuabile, come è noto, tutte le volte che si accerti che il dipendente ha agito per un fine egoistico proprio, anziché per quello istituzionale della P.A. — vale ad escludere la applicabilità della norma, non potendosi più in tal caso riferire l'azione del dipendente all'Amministrazione e venendo perciò meno la ragione di accordargli la difesa in giudizio.

Va peraltro avvertito che, mentre l'attinenza a fatti o cause di servizio costituisce il presupposto di applicabilità della norma, questa stessa attribuisce all'Avvocato Generale dello Stato il potere di valutare, nell'esercizio di funzioni sue proprie ed esclusive, l'opportunità, caso per caso, di concedere la difesa.

Duplice è il contenuto della norma: da un lato assicura — sia pur in forma indiretta, stante il principio della responsabilità personale che permea il diritto penale — la tutela dell'azione amministrativa. La difesa accordata alle persone fisiche — organi della Pubblica Amministrazione per fatti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni è in sostanza difesa della legittimità dell'azione amministrativa che, mentre nel processo amministrativo è difesa dell'atto, nel processo penale è difesa del funzionario od agente che lo ha posto in essere.

3. — Non è pertanto *contra legem* affermare che la difesa è accordabile anche a dipendenti accusati di reati contro la Pubblica Amministrazione ed è proprio in tali ipotesi che viene in particolare risalto la valutazione dell'opportunità di concedere, di mantenere o eventualmente di revocare la difesa nell'esercizio di una specifica competenza tecnica-professionale spettante all'Avvocato Generale dello Stato.

Quest'aspetto merita tuttavia particolare attenzione, sia sotto il profilo dell'interpretazione delle norme, sia sotto quello degli sviluppi successivi alla determinazione di assunzione della difesa.

Per quanto concerne il primo punto, le ragioni che hanno consentito e consentono all'Avvocatura di assumere la difesa di indagati o imputati di reati contro la P.A. sono individuabili nell'esistenza di una norma (l'art. 44 in esame) che da un lato, nella sua dizione onnicomprensiva non consente di distinguere impiegati o agenti difendibili da quelli non difendibili a seconda del tipo di reato commesso e dall'altro nella previsione di mezzi (sempre indicati, come si è detto, nello stesso articolo) che il legislatore ha evidentemente ritenuto idonei a superare, in concreto, quel conflitto che *ictu oculi* appare, quando sia contestato un reato nel quale il danno criminale (cioè la lesione del bene protetto, l'essenza stessa del reato, secondo la nota definizione dell'Antolisei) sia riferito alla sfera della P.A.

Se, infatti, una norma dell'ordinamento statuale, di pari valore (*ex* art. 1 delle disposizioni sulla legge in generale) di quelle incriminatrici, di quelle che devolvono al P.M. l'esercizio obbligatorio dell'azione penale, di quelle che garantiscono la libertà di scelta del difensore e non in contrasto con quella costituzionale che vuole inviolabile il diritto di difesa, attribuisce all'Amministrazione ed al suo organo legale un autonomo e discrezionale potere di richiedere e rispettivamente di concedere la difesa, ciò significa che accanto all'altrettanto autonomo e intangibile potere di esercitare l'azione penale e di giudicare, esiste il potere amministrativo di previamente accertare i fatti e le condotte poste in essere da impiegati od agenti, di valutare se contrastino o no

con i fini dell'Amministrazione, di previamente delibare la fondatezza dell'accusa. È evidente che tutto ciò rientra nell'ambito della sfera di autonomia dell'Amministrazione e che le strade che sono percorse dai due diversi poteri dello Stato (quello amministrativo e quello giudiziario) non interferiscono vicendevolmente né tanto meno sono reciprocamente pregiudizievoli (salvo beninteso la fase finale, ove l'autorità del giudicato penale o civile si impone su ogni altro potere). Significativo è in proposito quanto si legge nella sentenza della Corte Costituzionale citata dal G.U.P.: alla valutazione del giudice penale remittente che aveva ravvisato contrasto dell'art. 44 con l'art. 21 della Costituzione in quanto, nonostante il conflitto di interessi, accorda la difesa dei dipendenti pubblici, imputati di aver violato norme di legge, a un organo dello Stato, che è tutore dell'ordinamento, la Consulta risponde negando il contrasto, osservando in via generale che tale posizione è concettualmente errata, perché basata sul presupposto che lo Stato vada considerato sempre nella sua unità e non anche nella pluralità e nell'articolazione dei suoi poteri ed organi.

Comunque, « il dipendente imputato », si legge ancora in quella sentenza, « da non considerarsi colpevole, come ogni altro cittadino, se non dopo la sentenza definitiva (art. 27, comma secondo, Costituzione), deve essere difeso, ed è giusto che lo sia ad opera di un organo tecnico specializzato dello Stato quando l'azione incriminata è da lui compiuta nell'ambito dei suoi poteri e per fini che si riconoscano fra quelli della Pubblica Amministrazione, la cui volontà è da lui espressa, in base al rapporto organico che ad essa lo lega ».

È certo d'altro canto che momenti di collegamento validi ad impedire situazioni antigiuridiche vi sono: uno è stato esattamente individuato dalla ripetuta sentenza della Corte Costituzionale laddove afferma: « se, in concreto, un contrasto di interessi si manifestasse, in sede processuale, fra le posizioni dello Stato e quelle del dipendente statale, di cui l'Avvocatura dello Stato ha assunto la difesa, e tale contrasto fosse così grave da far temere che l'imputato non potesse essere adeguatamente difeso in piena libertà morale dell'avvocato da quell'organo assegnatogli come difensore, il giudice non mancherebbe di rilevarlo ed emetterebbe in proposito le disposizioni previste dall'art. 133, primo comma, del codice di procedura penale » (ora art. 106 c.p.p. nuovo).

Altro momento di collegamento è costituito dalla sentenza passata in giudicato, poiché è certo che questa, con la sua autorità non solo consente il superamento di quella difformità, lecita e legittima, di opinioni fra chi ritiene incensurabile un comportamento e quindi accorda la difesa e chi invece ritiene configurabile un reato e perciò esercita l'azione penale, ma impone nuove valutazioni in ordine ad eventuali pretese risarcitorie dell'Amministrazione (in caso di condanna) che non potrebbero considerarsi pregiudicate dalla precedente scelta difensiva.

4. — Sin qui il discorso, condotto sulla base della duplice constatazione che l'art. 44 prevede il superamento in concreto di un conflitto astratto di interessi e che tale norma, di pari dignità giuridica delle altre dell'ordinamento, istituisce due vie parallele (non illimitatamente) fra attività amministrativa e attività giurisdizionale, non consentirebbe distinzioni fra i vari possibili reati contro la P.A. Tuttavia non può negarsi che merita attenzione, non solo sul piano fattuale di determinazione dell'assunzione della difesa, ma forse anche su quello della individuazione di differenti criteri di valutazione, la natura dei reati contestati. Assumere la difesa di imputati di abuso d'uffico, come nel caso di specie (difesa che è senz'altro prevalente rispetto ad imputati di altri reati contro la P.A.) presuppone valutazioni in cui la discrezionalità della scelta da un lato non cozza con condotte dettagliatamente descritte nella fattispecie astratta (per la necessaria genericità della condotta d'« abuso », tipica d'al-

tronde di un reato residuale qual è quello di cui all'art. 323 c.p.), dall'altro opera in un ambito in cui i confini fra abuso ed illegittimità amministrativa, già debolmente delineati dal legislatore (con l'indicazione espressa del dolo specifico), sono ancor più sfumati nella pratica giudiziaria. Questo discorso tuttavia porterebbe ben oltre i limiti di questa nota e potrà forse essere più utilmente ripreso in sede di approfondimento del reato di abuso d'ufficio.

Una corretta valutazione del bilanciamento dei poteri, di cui l'art. 44 costituisce applicazione, non può comunque consentire né al P.M. né al giudice di individuare una incompatibilità fra l'assunzione della difesa di un imputato e l'eventuale costituzione di parte civile dell'Amministrazione, come pur talvolta è accaduto, per l'ovvia ragione che né P.M. né giudice sono investiti del potere di stabilire se l'Amministrazione debba o no costituirsi parte civile (nel che si traduce l'erronea valutazione di incompatibilità), né gli art. 133 del vecchio c.p.p. e 106 del nuovo hanno contenuti riferiti ad altro che non sia l'incompatibilità della difesa di più imputati da parte di uno stesso avvocato.

È certo invece che la norma di cui all'art. 44 riferisce esclusivamente all'Amministrazione il potere discrezionale di scegliere fra difesa dell'imputato e costituzione di parte civile e che costituendo quest'ultima manifestazione di autonomia privata, a nessuno che non sia il titolare del diritto leso è dato ritornare sulla decisione o sindacare la scelta, mentre è del tutto ovvio rilevare che le due vie non possono essere simultaneamente percorse dall'Amministrazione, così come correttamente afferma l'ordinanza che si annota. È vero che da parte degli organi della pubblica accusa si è rilevato, ribadendolo nel caso in esame, che la difesa concessa agli imputati di reati contro la P.A. determina una situazione in cui il conflitto d'interessi, tra presunto responsabile del reato e persona offesa del reato stesso, viene risolto attribuendo alla Pubblica Amministrazione l'arbitrio di privilegiare la difesa degli interessi dell'autore del fatto rispetto all'esigenza istituzionale della difesa dei propri interessi e che di fronte alla decisione alternativa di richiedere che il proprio impiegato sia difeso dall'Avvocatura dello Stato ovvero che sia difesa sé stessa quale persona offesa, la Pubblica Amministrazione non può essere svincolata dalla prioritaria finalità istituzionale di tutelare se stessa, ma è altrettanto vero che questo argomentare cela, come si era premesso, errori logici e giuridici. Innanzitutto, infatti, come si è già accennato, non è vero che il compito istituzionale dell'Avvocatura sia quello di difendere l'Amministrazione e non i dipendenti, a meno che si voglia, da una constatazione meramente quantitativa, desumere una gerarchia, o peggio, una differenziazione qualitativa fra i compiti, tutti dalla stessa legge attribuiti all'Avvocatura stessa.

In secondo luogo nulla può desumersi dalla diversa collocazione nel testo del r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, dell'art. 13 e dell'art. 44, che non sia imputabile ad una mera opportunità di collocazione organica dei due articoli dettata unicamente dalla considerazione che il primo si riferisce alle funzioni obbligatorie ed esclusive ed il secondo a quelle eventuali e facoltative, ma tutte comunque rientranti nei compiti d'Istituto.

In terzo luogo, con specifico riferimento alle scelte dell'Amministrazione, affermare che questa «non può essere svincolata dalla prioritaria finalità istituzionale di tutelare se stessa» significa sindacarne inammissibilmente i poteri autonomi e arrogarsi il diritto di stabilire che, a causa della mera contestazione di un reato, le P.A. non hanno più poteri di accertamento e di valutazione autonoma.

A ben vedere, alla base delle interpretazioni restrittive dell'art. 44 che di tanto in tanto vengono proposte, vi è la convinzione, sostanzialmente erronea e sempre respinta nella prassi applicativa dell'Avvocatura, che in tanto la

difesa degli impiegati ed agenti possa essere accordata, solo in quanto attraverso essi si difenda indirettamente un interesse patrimoniale dello Stato-Amministrazione.

Questa limitazione interpretativa però, che impedirebbe di concedere le difese civili e penali in tutti quei casi in cui nessun nocumento patrimoniale possa farsi risalire all'Amministrazione (si pensi al reato di diffamazione in danno di un pubblico ufficiale), degraderebbe ad una questione meramente patrimoniale una norma che invece trova la sua *ratio* nel rapporto di immedesimazione organica fra funzionario, impiegato od agente e l'Ente Pubblico, rapporto sul quale si fondano quelle esigenze di difesa che l'ordinamento appresta ai suoi dipendenti tramite il suo organo legale.

Il testo dell'art. 44 e la sua *ratio,* come sopra evidenziati, consentono invero di continuare ad affermare che la difesa è assunta nell'interesse diretto del dipendente ed indiretto dell'Amministrazione.

5. — In conclusione, non v'è dubbio che l'assunzione della difesa di indagati o imputati di reati contro la P.A. imponga la più solerte attenzione e in sede di richiesta e in sede di determinazione positiva, per valutare in concreto l'inesistenza di quel contrasto di interessi presupposto dalla norma incriminatrice, ma non v'è nemmeno dubbio che la difesa, una volta assunta, è difesa piena dell'agente o del dipendente. Non è possibile infatti ritenere che esistano per l'Avvocato dello Stato difensore remore o doveri di comportamento che non siano quelli che siano previsti dai codici di procedura penale e civile, nessuna norma di legge potendo essere invocata che giustifichi differenze nell'esplicazione dell'attività difensiva, del tipo ad esempio di quella che, ponendo il Pubblico Ministero in una posizione differenziata rispetto a quella dei difensori delle parti, prevede per questi l'obbligo di svolgere accertamenti su fatti e circostanze a favore dell'indagato (art. 358 c.p.p.).

PAOLO DI TARSIA DI BELMONTE

PARTE SECONDA

RASSEGNA DI LEGISLAZIONE

QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

I - NORME DICHIARATE INCOSTITUZIONALI

codice penale, art. 146, primo comma, n. 3 [aggiunto dall'art. 2 del d.l. 14 maggio 1993,. n 139, convertito dalla legge 14 luglio 1993, n. 222] nella parte in cui prevede che il differimento ha luogo anche quando l'espiazione della pena possa avvenire senza pregiudizio della salute del soggetto e di quella degli altri detenuti.

Sentenza 18 ottobre 1995, n. 438, *G.U.* 25 ottobre 1995, n. 44.

codice penale, art. 724, primo comma, limitatamente alle parole: «o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato».

Sentenza 18 ottobre 1995, n. 440, *G.U.* 25 ottobre 1995, n. 44.

codice di procedura penale, art. 286-bis, primo comma, nella parte in cui stabilisce il divieto di custodia cautelare in carcere nei confronti delle persone ivi indicate, anche quando sussistono le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza di cui all'art. 275, quarto comma, del medesimo codice, e l'applicazione della misura possa avvenire senza pregiudizio per la salute del soggetto e di quella degli altri detenuti.

Sentenza 18 ottobre 1995, n. 439, *G.U.* 25 ottobre 1995, n. 44.

codice di procedura penale, art. 555, secondo comma, nella parte in cui non prevede la nullità del decreto di citazione a giudizio per mancanza o insufficiente indicazione del requisito previsto dal comma 1, lettera *e*).

Sentenza 11 dicembre 1995, n. 497, *G.U.* 20 dicembre 1995, n. 52.

decreto legislativo luogotenenziale 9 aprile 1946, n. 212, art. 4, quarto comma, nella parte in cui prevede che l'ammissione alle prestazioni economiche di malattia decorre dalla data del rilascio del certificato d'urgenza, anziché dalla data della domanda del medesimo.

Sentenza 10 novembre 1995, n. 483, *G.U.* 15 novembre 1995, n. 47.

legge 31 maggio 1965, n. 575, art. 3-quinquies, secondo comma, nella parte in cui non prevede che avverso il provvedimento di confisca possano proporsi le impugnazioni previste e con gli effetti indicati nell'art. 3-*ter*, secondo comma, della stessa legge.

Sentenza 20 novembre 1995, n. 487, *G.U.* 29 novembre 1995, n. 49.

d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156, art. 175, primo comma.

Sentenza 18 dicembre 1995, n. 508, *G.U.* 27 dicembre 1995, n. 53.

d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, art. 52, secondo comma, lett. b), nella parte in cui non prevede che il coniuge del debitore possa proporre opposizione di terzo per i beni mobili ad esso pervenuti per atto di donazione di data anteriore al verificarsi del presupposto dell'imposta.

Sentenza 24 ottobre 1995, n. 444, *G.U.* 2 novembre 1995, n. 45.

legge 26 luglio 1975, n. 354, art. 4-bis, primo comma [nel testo sostituito ad opera dell'art. 15, primo comma, del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito dalla legge 7 agosto 1992 n. 356] nella parte in cui prevede che la concessione di ulteriori permessi premio sia negata nei confronti dei condannati per i delitti indicati nel primo periodo del comma 1 dello stesso art. 4-*bis*, che non si trovino nelle condizioni per la applicazione dell'art. 58-*ter* della legge 26 luglio 1975, n. 354, anche quando essi ne abbiano già fruito in precedenza e non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata.

Sentenza 14 dicembre 1995, n. 504, *G.U.* 20 dicembre 1995, n. 52.

legge 24 novembre 1981, n. 689, art. 23, quinto comma, nella parte in cui prevede che il pretore convalidi il provvedimento opposto in caso di mancata presentazione dell'opponente o del suo procuratore alla prima udienza senza addurre alcun legittimo impedimento, anche quando l'amministrazione irrogante abbia omesso il deposito dei documenti di cui al secondo comma dello stesso art. 23.

Sentenza 18 dicembre 1995, n. 507, *G.U.* 27 dicembre 1995, n. 53.

legge reg. Campania 2 agosto 1982, n. 41, art. 1, nella parte in cui prevede la concessione di sovvenzioni annuali alle strutture regionali dei coltivatori diretti limitatamente alle associazioni ivi indicate, anziché alle associazioni professionali dei coltivatori diretti maggiormente rappresentative nella Regione.

Sentenza 4 dicembre 1995, n. 492, *G.U.* 13 dicembre 1995, n. 51.

legge reg. Basilicata 16 febbraio 1987, n. 2, art. 13, undicesimo comma.

Sentenza 26 ottobre 1995, n. 459, *G.U.* 2 novembre 1995, n. 45.

legge reg. Basilicata 16 febbraio 1987, n. 2, art. 13, dodicesimo e tredicesimo comma.

Sentenza 26 ottobre 1995, n. 459, *G.U.* 2 novembre 1995, n. 45.

legge reg. Abruzzo 8 febbraio 1989, n. 13 art. 1.

Sentenza 22 dicembre 1995, n. 514, *G.U.* 27 dicembre 1995, n. 53.

legge 11 febbraio 1994, n. 109, art. 1, secondo comma, nella parte in cui dispone che costituiscono norme fondamentali di riforma economico-sociale e principi della legislazione dello Stato «le disposizioni della presente legge» anziché solo «i principi desumibili dalle disposizioni della presente legge».

Sentenza 7 novembre 1995, n. 482, *G.U.* 15 novembre 1995, n. 47.

legge reg. Lombardia riapprovata l'8 marzo 1995.

Sentenza 31 ottobre 1995, n. 478, *G.U.* 8 novembre 1995, n. 46.

legge reg. Lombardia riapprovata l'8 marzo 1995.

Sentenza 31 ottobre 1995, n. 479, *G.U.* 8 novembre 1995, n. 46.

legge reg. Molise riapprovata l'8 marzo 1995, art. 4, secondo comma.

Sentenza 20 novembre 1995, n. 486, *G.U.* 29 novembre 1995, n. 49.

II - QUESTIONI DICHIARATE NON FONDATE

codice di procedura civile, art. 669-terdecies (artt. 3 e 24 della Costituzione).

Sentenza 11 dicembre 1995, n. 501, *G.U.* 20 dicembre 1995, n. 52.

codice penale, art. 371, secondo comma (art. 3 della Costituzione).

Sentenza 20 novembre 1995, n. 490, *G.U.* 29 novembre 1995, n. 49.

codice di procedura penale, art. 34 (artt. 3, 24, 25 e 76 della Costituzione).

Sentenza 24 ottobre 1995, n. 448, *G.U.* 2 novembre 1995, n. 45.

codice di procedura penale, art. 441, primo comma (artt. 3, 76 e 25 della Costituzione).

Sentenza 10 novembre 1995, n. 484, *G.U.* 15 novembre 1995, n. 47.

legge 3 febbraio 1963, n. 69, art. 56, secondo comma (artt. 3, primo comma, e 24, secondo comma, della Costituzione).

Sentenza 14 dicembre 1995, n. 505, *G.U.* 20 dicembre 1995, n. 52.

legge 31 maggio 1965, n. 575, art. 3-quinquies (art. 27, primo comma, della Costituzione).

Sentenza 20 novembre 1995, n. 487, *G.U.* 29 novembre 1995, n. 49.

d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, art. 10, quinto comma (artt. 3 e 24 della Costituzione).

Sentenza 11 dicembre 1995, n. 499, *G.U.* 20 dicembre 1995, n. 52.

d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 643, art. 6 (artt. 3, 53 e 97 della Costituzione).

Sentenza 31 ottobre 1995, n. 473, *G.U.* 8 novembre 1995, n. 46.

d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, art. 52, secondo comma, lett. b) (art. 24, primo comma, 3 e 113, secondo comma, della Costituzione).

Sentenza 24 ottobre 1995, n. 444, *G.U.* 2 novembre 1995, n. 45.

d.l. 23 dicembre 1976, n. 857, art. 4, primo e terzo comma [convertito in legge 26 febbraio 1977, n. 39] (art. 3 della Costituzione).

Sentenza 24 ottobre 1995, n. 445, *G.U.* 2 novembre 1995, n. 45.

legge 18 febbraio 1983, n. 47, art. 1 (artt. 1, 3, 4 e 38, secondo comma, della Costituzione).

Sentenza 18 dicembre 1995, n. 509, *G.U.* 27 dicembre 1995, n. 53.

d.P.R. 29 settembre 1987, n. 454, art. 32 (artt. 3, 24 e 113 della Costituzione).

Sentenza 11 dicembre 1995, n. 500, *G.U.* 20 dicembre 1995, n. 52.

d.l. 13 marzo 1988, n. 69, art. 2 [convertito in legge 13 maggio 1988, n. 153] (art. 3 della Costituzione).

Sentenza 22 dicembre 1995, n. 516, *G.U.* 27 dicembre 1995, n. 53.

d.l. 14 marzo 1988, n. 70, art. 12 [convertito in legge 13 maggio 1988, n. 154] (art. 24, secondo comma, della Costituzione).

Sentenza 24 ottobre 1995, n. 463, *G.U.* 2 novembre 1995, n. 45.

d.P.R. 31 marzo 1988, n. 148, art. 43 (artt. 3, 24 e 113 della Costituzione).

Sentenza 11 dicembre 1995, n. 500, *G.U.* 20 dicembre 1995, n. 52.

legge 27 ottobre 1988, n. 482, art. 6, terzo e quarto comma (artt. 3 e 36 della Costituzione).

Sentenza 11 dicembre 1995, n. 498, *G.U.* 20 dicembre 1995, n. 52.

d.l. 2 marzo 1989, n. 66, art. 23, quarto comma [convertito in legge 24 aprile 1989, n. 144] (artt. 3 e 24 della Costituzione).

Sentenza 24 ottobre 1995, n. 446, *G.U.* 2 novembre 1995, n. 45.

legge 7 febbraio 1990, n. 19, art. 9, secondo comma (artt. 3, 4 e 97 della Costituzione).

Sentenza 24 ottobre 1995, n. 447, *G.U.* 2 novembre 1995, n. 45.

legge 11 febbraio 1994, n. 109, art. 1, terzo comma (artt. 115, 117, 118, 119, 125, 97, 3 e 11 della Costituzione).

Sentenza 7 novembre 1995, n. 482, *G.U.* 15 novembre 1995, n. 47.

legge 11 febbraio 1994, n. 109, art. 1, quarto comma (artt. 115, 117, 118, 119, 125, 97, 3 e 11 della Costituzione).

Sentenza 7 novembre 1995, n. 482, *G.U.* 15 novembre 1995, n. 47.

legge 11 febbraio 1994, n. 109, art. 2, secondo comma (d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670, artt. 8, nn. 1 e 17, 16, 54, primo comma, n. 5, e 107; legge 26 febbraio 1948, n. 3, artt. 3, lett. *a*) ed *e*), 6, 46, e 56, nonché 2, lett. *a*) ed *f*), 4 e 43 e art. 70 della Costituzione).

Sentenza 7 novembre 1995, n. 482, *G.U.* 15 novembre 1995, n. 47.

legge 11 febbraio 1994, n. 109, art. 3 (artt. 115, 117, 118, 119, 125, 97, 3 e 11 della Costituzione).

Sentenza 7 novembre 1995, n. 482, *G.U.* 15 novembre 1995, n. 47.

legge 11 febbraio 1994, n. 109, art. 4 (artt. 115, 117, 118, 119, 125, 97, 3 e 11 della Costituzione).

Sentenza 7 novembre 1995, n. 482, *G.U.* 15 novembre 1995, n. 47.

legge 11 febbraio 1994, n. 109, art. 7, primo, secondo, terzo e quinto comma (artt. 115, 117, 118, 119, 125, 97, 3 e 11 della Costituzione).

Sentenza 7 novembre 1995, n. 482, *G.U.* 15 novembre 1995, n. 47.

legge 11 febbraio 1994, n. 109, art. 8, ottavo comma (artt. 115, 117, 118, 119, 125, 97, 3 e 11 della Costituzione).

Sentenza 7 novembre 1995, n. 482, *G.U.* 15 novembre 1995, n. 47.

legge 11 febbraio 1994, n. 109, art. 14 (artt. 115, 117, 118, 119, 125, 97, 3 e 11 della Costituzione).

Sentenza 7 novembre 1995, n. 482, *G.U.* 15 novembre 1995, n. 47.

legge 11 febbraio 1994, n. 109, art. 19, primo comma (artt. 115, 117, 118, 119, 125, 97, 3 e 11 della Costituzione).

Sentenza 7 novembre 1995, n. 482, *G.U.* 15 novembre 1995, n. 47.

legge 11 febbraio 1994, n. 109, art. 20, secondo comma (artt. 115, 117, 118, 119, 125, 97, 3 e 11 della Costituzione).

Sentenza 7 novembre 1995, n. 482, *G.U.* 15 novembre 1995, n. 47.

legge 11 febbraio 1994, n. 109, art. 24 (artt. 115, 117, 118, 119, 125, 97, 3 e 11 della Costituzione).

Sentenza 7 novembre 1995, n. 482, *G.U.* 15 novembre 1995, n. 47.

d.l. 7 novembre 1994, n. 621, art. 1 [convertito dalla legge 17 dicembre 1994, n. 737] (artt. 8, n. 21, e 16 dello statuto speciale Trentino-Alto Adige).

Sentenza 24 ottobre 1995, n. 458, *G.U.* 2 novembre 1995, n. 45.

legge reg. Toscana riapprovata il 28 febbraio 1995 (art. 117 della Costituzione).

Sentenza 20 novembre 1995, n. 488, *G.U.* 29 novembre 1995, n. 49.

legge reg. Basilicata riapprovata il 6 marzo 1995 (artt. 97 e 117 della Costituzione).

Sentenza 31 ottobre 1995, n. 477, *G.U.* 8 novembre 1995, n. 46.

deliberazione legislativa della reg. Toscana riapprovata il 7 marzo 1995, artt. 1, secondo comma; 3, primo comma; 5; 6; 8, terzo comma (artt. 42, primo, secondo e terzo comma, 117, 119, primo e quarto comma, 121, quarto comma, della Costituzione).

Sentenza 26 ottobre 1995, n. 462, *G.U.* 2 novembre 1995, n. 45.

d.l. 3 aprile 1995, n. 101, art. 4-bis, primo comma, lett. a) [convertito in legge 2 giugno 1995, n. 216] (art. 116 della Costituzione e 2 e 4 della legge 26 febbraio 1948, n. 4).

Sentenza 7 novembre 1995, n. 482, *G.U.* 15 novembre 1995, n. 47.

CONSULTAZIONI

ANTICHITÀ E BELLE ARTI - *Area soggetta a vincolo archeologico - Espropriazione per p.u. - Criteri indennitari.*

Quali siano i criteri da usare per la determinazione della indennità di esproprio di terreni soggetti a vincolo archeologico (cs. 2978/95).

AVVOCATURA DELLO STATO - *Onorari per attività svolta a favore di Ente da lei assistito - Percezione per attività consultiva svolta a favore dell'Università degli Studi di Reggio Calabria - Possibilità.*

Se l'Avvocatura dello Stato possa percepire, dall'Università degli Studi di Reggio Calabria, onorari per un parere reso a quest'ultima (cs. 771/95).

CALAMITÀ PUBBLICHE - *Interventi della Pubblica Amministrazione - Legge 219/81 e t.u. 76/90 - Rendiconti della gestione degli interventi effettuati a seguito degli eventi sismici dell'80/81 - Delibere Corte dei Conti che hanno dichiarato l'irregolarità dei rendiconti - Effetti di queste sull'attuale gestione trasferita al Ministero dell'Industria.*

Delibere della Corte dei Conti sez. Controllo n. 12 e 13 del 1995 che hanno dichiarato l'irregolarità dei rendiconti per gli anni 1982, 1983, 1984, 1985 e 1986 della gestione extrabilancio effettuata dal Ministero per la Protezione Civile e poi dal Ministero per gli Interventi Straordinari nel Mezzogiorno ai sensi della legge 219/81 (provvedimenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici dell'80/81 e per la ricostruzione e lo sviluppo delle aree interessate da questi) e del successivo t.u. 30 marzo 1990 n. 76; effetti di tali pronunzie sull'attuale gestione trasferita, per il settore delle attività produttive, al Ministero dell'Industria per effetto dell'art. 12 d. lgs. 96/93 (cs. 1929/95).

Provvidenze economiche - Speciale elargizione per i familiari delle vittime del disastro aereo di Ustica - A quali soggetti spetta.

Quali siano i soggetti cui spetta la speciale elargizione concessa ai familiari delle vittime del disastro aereo di Ustica (cs. 8677/95).

CIRCOLAZIONE STRADALE - *Accertamento delle infrazioni - Personale dell'Azienda Tranviaria Torinese distaccato presso l'Ufficio di viabilità del comune - Utilizzabilità.*

Se il comune di Torino possa avvalersi, per l'accertamento di violazioni in materia di circolazione stradale, di personale dipendente dall'Azienda Tranvie Municipali distaccato presso l'Ufficio comunale di viabilità (cs. 9467/94).

Conducente di veicoli - Patente di guida - Conferma di validità - Soggetti ai quali prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice della strada è stata integralmente applicata misura di sicurezza personale (o di prevenzione) - Possibilità.

Se la persona sottoposta a misura di sicurezza personale o di prevenzione anteriormente alla data di entrata in vigore del Nuovo Codice della Strada

(d. lgs. 30 aprile 1992 n. 285) e nei cui confronti a tale data la misura sia stata integralmente applicata (e che non abbia conseguito la riabilitazione o la revoca del provvedimento di rimpatrio con foglio di via obbligatorio) possa conseguire la conferma di validità della patente (cs. 8054/95).

COMMERCIO - *Finanziamenti ex art. 2 d.l. 251/81 (a imprese italiane esportatrici in paesi non rientranti nella Comunità Economica Europea) - Recupero da parte di Mediocredito Centrale - Stipulazione da parte di questo di transazioni - Possibilità.*

Se nell'ambito dell'attività, affidata al Mediocredito Centrale, di recupero dei finanziamenti concessi a carico del fondo istituito con l'art. 2 del d.l. 251/1981 (e destinato alla concessione di finanziamenti a tasso agevolato ad imprese esportatrici italiane per programmi di penetrazione commerciale in paesi extra-CEE) sia compreso anche il potere di stipulare transazioni (cs. 3871/95).

COMUNITÀ EUROPEA - *Fatti di reato - Che producano conseguenze finanziarie per il bilancio della Comunità Economica Europea - Costituzione di parte civile della Comunità nel processo penale relativo a quei fatti - Possibilità.*

Se la Comunità Economica Europea possa costituirsi parte civile in procedimento penale riguardante fatti che abbiano conseguenze finanziarie per il bilancio comunitario (cs. 2541/95).

CONTABILITÀ PUBBLICA - *Spese pubbliche - Ordinamento degli uffici della P.A. - Amministrazione governativa centrale e locale - Prefetto - Poteri - Ordine al Capo della Ragioneria di dar corso ad impegni di spesa ex art. 64, 2° comma, legge contabilità di Stato - Possibilità.*

Se il potere riconosciuto al Ministro, dall'art. 64 legge di contabilità dello Stato, di ordinare al capo della Ragioneria Centrale, di dar corso ad impegni di spesa, ritenuti da quest'ultimo irregolari, possa essere esercitato anche dal Prefetto nell'ambito del suo ufficio (cs. 6857/95).

DEMANIO - *Costruzioni nella zona di rispetto del demanio marittimo - Regime giuridico.*

Regime giuridico delle costruzioni nella zona di rispetto del demanio marittimo, con particolare riferimento alla possibilità di consolidamento, per decorso del tempo, delle situazioni di abusivismo (cs. 3326/95).

EDILIZIA POPOLARE ED ECONOMICA - *Istituti Autonomi Case Popolari - Cessione alloggi ex art. 29 legge 8 agosto 1977 n. 513 - Autorizzazione della Regione - Se sia atto costitutivo della fattispecie di acquisto.*

Cessioni di alloggi ai sensi dell'art. 29 legge 8 agosto 1977 n. 513 (che prevede che, su proposta dello IACP, la regione può autorizzare il trasferimento in proprietà, agli assegnatari, di determinati alloggi di edilizia residenziale pubblica): se ad esse si applichino i criteri di determinazione del prezzo previsti dalla legge 24 dicembre 1993 n. 580, ove, alla data di entrata in vigore della ridetta legge 580/93 (15 gennaio 1994) non sia ancora intervenuta l'autorizzazione della regione (cs. 3929/95).

ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ - *Addestramento di militari su aree private - Procedimento per la individuazione di queste - Tutela dei proprietari.*

Utilizzazione di aree private per lo svolgimento di attività di addestramento militare: in particolare procedimento per la loro individuazione e tutela dei proprietari (cs. 2138/95).

Verificarsi in corso di procedimento di occupazione appropriativa - Indennità depositata c/o Cassa Depositi e Prestiti - Svincolo a favore del proprietario del bene già da espropriare - Nulla osta della P.A. espropriante - Possibilità.

Se, verificatasi l'occupazione appropriativa di un immobile sottoposto a procedimento di espropriazione, l'Amministrazione (nel caso di specie ANAS), possa esprimere il richiesto nulla-osta allo svincolo, in favore del proprietario, della indennità di esproprio depositata (cs. 4462/93).

FALLIMENTO ED ALTRE PROCEDURE CONCORSUALI - *Effetti per i creditori - Ripartizione dell'attivo tra creditori privilegiati, ipotecari e pignoratizi - Privilegio - Interessi prefallimentari su crediti assistiti da privilegio - Ammissione al passivo fallimentare - Se in privilegio o in chirografo.*

Interessi, su crediti privilegiati, maturati prima della dichiarazione di fallimento: se vadano ammessi al passivo fallimentare siccome assistiti da causa di prelazione (cs. 5089/95).

IGIENE E SANITÀ PUBBLICA - *Distribuzione all'ingrosso di medicinali - Direttiva (CEE) del Consiglio 92/95 - D. lgs. 538/92 attuativo di questa - Questioni.*

D. lgs. 30 dicembre 1992 n. 538 per l'attuazione della direttiva 92/95 CEE del Consiglio sulla distribuzione all'ingrosso dei medicinali; questioni interpretative: *a*) se sia possibile affidare ad un farmacista titolare di farmacia la direzione di un magazzino di medicinali; *b*) quale debba essere l'orario di lavoro del direttore tecnico di magazzino (di medicinali); *c*) se la regione possa autorizzare la distribuzione, anche in regioni diverse da quella in cui ha sede la ditta distributrice (cs. 5320/95).

Sanità dell'ambiente - Stoccaggio di rifiuti tossici e nocivi - Autorizzazione regionale - Richiesta di garanzia patrimoniale per il rilascio - Amministrazioni statali - Se siano tenute a prestarla.

Se le Amministrazioni dello Stato (nella specie: Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato) siano tenute a prestare le garanzie patrimoniali richieste dalle regioni per il rilascio delle autorizzazioni allo stoccaggio dei rifiuti tossici o nocivi (cs. 8937/94).

IMPIEGO PUBBLICO - *Impiegati dello Stato - Disciplina - Sospensione cautelare dal servizio in pendenza di procedimento penale - Disciplina dettata dal contratto collettivo di lavoro del personale dei Ministeri per il periodo 94/97 - Sospensioni adottate prima della sottoscrizione del contratto - Applicabilità.*

Se la nuova disciplina della sospensione cautelare dal servizio in pendenza di procedimento penale, stabilita per i dipendenti dei Ministeri dall'art. 27 del contratto collettivo di lavoro relativo al periodo 94/97 approvato con DPCM 3 marzo 1995, si applichi anche ai provvedimenti emanati prima della sottoscrizione del summenzionato contratto (cs. 5608/95).

INDUSTRIA - *Energia elettrica - Nazionalizzazione - Energia nucleare (atomica) - Chiusura centrali nucleari - Indennizzo degli oneri subiti dall'Enel - Delibere CIP 21 marzo 1991 n. 6 e 26 febbraio 1992 n. 3 - Legittimità di queste.*

Se siano legittime le delibere 21 marzo 1991 n. 6 e 26 febbraio 1992 n. 3 del CIP che, nel determinare l'entità degli oneri subiti dall'Enel per effetto dell'interruzione dei lavori di costruzione di centrali nucleari e le modalità rateali del loro ristoro, ha anche disposto la corresponsione di interessi per il tempo della rateazione (cs. 2730/94).

Provvidenze all'industria cantieristica - Contributo per la costruzione di nave estera - Certificato rilasciato dal R.I.N.A. - Ministero dei Trasporti - Poteri di annullamento o di modifica del certificato - Sussistenza.

Se il Ministero dei Trasporti e della Navigazione abbia il potere di annullare o modificare il certificato rilasciato dal Registro Italiano Navale, attestante caratteristiche della nave, al cantiere italiano che intende ottenere il contributo di costruzione di nave estera (di cui alla legge 122/80) (cs. 9935/94).

LAVORO - *Lavoro subordinato - Associazione sindacale - Requisiti essenziali.*

Quali siano i requisiti che qualificano come sindacale una associazione (cs. 6212/95).

OPERE PUBBLICHE - (APPALTO DI) - *Appalto di opera pubblica - Aggiudicazione - Pendenza di procedimento penale per irregolarità di quest'ultima - Cautele e contegni da adottare da parte dell'Amministrazione appaltante.*

Pendenza di procedimento penale riguardante irregolarità nell'aggiudicazione di appalto di opera pubblica e suoi riflessi nello svolgimento del rapporto contrattuale (cs. 3003/95).

D.l. 193/95 (misure urgenti per il rilancio economico ed occupazionale dei lavori pubblici) - Art. 6 (definizione del contenzioso in materia di opere pubbliche) - Commissioni di valutazione di procedure di affidamento o esecuzione di opere sospese da almeno quattro mesi - Valutazioni - Oggetto e limiti.

Quesiti relativi all'interpretazione dei primi 3 commi dell'art. 6 d.l. 26 maggio 1995 n. 193 (secondo i quali: «1) Il Ministero dei Lavori Pubblici, di propria iniziativa o su istanza delle imprese interessate, valuta le procedure di affidamento o di esecuzione di opere di propria competenza che per qualunque motivo risultino sospese, anche in via di fatto da almeno quattro mesi, ad eccezione dei casi di provvedimento di sequestro adottati dall'autorità giudiziaria nell'ambito di procedimenti penali — 2) La valutazione di cui al comma 1 ha per oggetto il perdurare dell'interesse pubblico alla realizzazione dei lavori, fino al lotto funzionale, gli aspetti di tutela ambientale e di sicurezza, i riflessi derivanti all'amministrazione appaltante da provvedimenti giurisdizionali che eventualmente hanno determinato la sospensione dei lavori, sulla base di appositi criteri fissati con decreto del Ministro dei Lavori Pubblici — 3) Per i fini di cui ai commi 1 e 2 il Ministero dei Lavori Pubblici nomina una o più commissioni...»): *a)* se tra «i casi di provvedimento di sequestro adottati dall'Autorità giudiziaria nell'ambito di procedimenti penali» rientrino, oltre i casi di sequestro di cantieri o beni strumentali, anche quelli di sequestro dei documenti relativi all'affidamento; *b)* se nell'ambito delle valutazioni di competenza delle Commissioni debbano rientrare i casi in cui

l'Amministrazione abbia provveduto a revocare l'affidamento dei lavori; e nell'affermativa se le Commissioni stesse debbano valutare la legittimità della revoca; *c)* se le Commissioni siano tenute a valutare la legittimità dell'affidamento dei lavori; *d)* se le Commissioni possano valutare se l'impresa istante sia idonea a compiere i lavori; *e)* se rientrino nell'ambito delle competenze delle Commissioni i casi in cui occorra procedere all'affidamento della residua esecuzione dell'opera appaltata ma realizzata solo in parte, a causa di sopraggiunta difficoltà (cs. 5173/95).

Formazione del contratto - Gare di appalto soggette alla normativa comunitaria - Offerte anomale ex art. 7 d.l. 101/95 - Esclusione automatica - Possibilità.

Offerte anomale in gare di appalto sottoposte alla normativa comunitaria: se le amministrazioni possano escluderle automaticamente dalle gare in applicazione del comma 1-*bis* dell'art. 21 della legge 11 febbraio 1994 n. 109 (introdotto dall'art. 7 del d.l. 3 aprile 1995 n. 101) (cs. 8665/95).

Informatica nella Pubblica Amministrazione - Contratti di grande rilievo per la realizzazione di sistemi informatici - Attività di monitoraggio ex art. 13, secondo comma, d. lgs. 39/93 - Natura.

Natura dell'attività di monitoraggio (prevista dall'art. 13, secondo comma, d. lgs. 39/93) relativa all'esecuzione dei contratti (delle pubbliche amministrazioni) di grande rilievo per la realizzazione di sistemi informatici (cs. 4807/94).

Lavori pubblici di competenza del Ministero della Difesa - Di importo non superiore a Lit. 150.000.000 - Applicabilità art. 5, terzo comma legge 741/81 (sostituzione del certificato di collaudo con il «certificato di regolare esecuzione»).

Se per i lavori di competenza dell'Amministrazione della Difesa, il cui importo non superi 150 milioni di lire, il certificato di collaudo possa essere sostituito dal certificato di regolare esecuzione di cui all'art. 5, terzo comma, legge 10 dicembre 1981 n. 741 (cs. 4242/95).

ORDINE E SICUREZZA PUBBLICA - *Disposizioni contro la mafia (legge 575/65) - Unità immobiliare definitivamente confiscata - Oneri condominiali afferenti al periodo antecedente la confisca definitiva - Pagamento - Ministero competente.*

Se, per il pagamento degli oneri condominiali, concernenti l'unità immobiliare confiscata (definitivamente), a persona sospettata di appartenere alla mafia, ai sensi dell'art. 2-*ter* legge 575/65, e relativi a periodo antecedente la definitività del provvedimento di confisca, sia competente il Ministero di Grazia e Giustizia o il Ministero delle Finanze (cs. 5250/94).

Misure di prevenzione - Disposizioni contro la mafia (legge 575/65) - Beni mobili non costituiti in azienda - Destinazione ad uso di Amministrazioni statali dopo la confisca definitiva - Possibilità.

Se i beni mobili (non costituiti in azienda) confiscati — a persona sospettata di appartenere alla mafia — ai sensi dell'art. 2-*ter* legge 575/65, una volta che la confisca sia divenuta definitiva, possano essere destinati ad uso di Amministrazioni statali (cs. 5250/94).

PENSIONI - *Impiegato statale - Decesso - Congiunto fruitore di pensione di riversibilità - Trattenute su di questa per recuperare un credito dell'Amministrazione nei confronti del defunto - Possibilità.*

Se possano essere operate ritenute, sulla pensione di riversibilità spettante al congiunto di un impiegato statale, al fine di recuperare un credito dello Stato nei confronti dell'impiegato defunto (cs. 2066/95).

POSTE E RADIOTELECOMUNICAZIONI PUBBLICHE - *Servizi di telecomunicazione - Apparecchi telefonici senza filo (cordless) - Privi della certificazione di cui all'art. 398 d.P.R. 156/73 - Vendita di più apparecchi da parte di un commerciante - Pena pecuniaria da irrogare a quest'ultimo - Determinazione.*

Come vada calcolata la pena pecuniaria da irrogare al commerciante che abbia venduto più apparecchi telefonici senza filo (c.d. cordless), privi di certificazione di conformità alle norme poste per la prevenzione ed eliminazione dei disturbi alle radiotrasmissioni e alle radiorecezioni (cs. 4310/93).

Servizi di telecomunicazione - Convenzione tra Ministero Poste e OMNITEL Pronto Italia approvata con d.P.R. 2 dicembre 1994 - Art. 36 comma 3 - Interpretazione.

Interpretazione dell'art. 36 comma 3 della convenzione tra il Ministero delle Poste e Telecomunicazioni e OMNITEL Pronto Italia, approvata con d.P.R. 2 dicembre 1994, avente ad oggetto il servizio pubblico radiomobile di telecomunicazione in tecnica numerica denominato G.S.M. (cs. 2826/95).

Servizi di telecomunicazione - Impianti e concessioni - Convenzione tra Ministero PP.TT. e OMNITEL Pronto Italia approvata con d.P.R. 2 dicembre 1994 - Art. 36 comma 3 - Interpretazione.

Interpretazione dell'art. 36, terzo comma, della convenzione tra il Ministero delle Poste e Telecomunicazioni e OMNITEL Pronto Italia, approvata con d.P.R. 2 dicembre 1994, avente ad oggetto il servizio pubblico radiomobile di telecomunicazione in tecnica numerica denominato G.S.M. (cs. 2826/95).

PRESCRIZIONE CIVILE - *Provvidenze ad invalidi civili - Interessi e rivalutazione monetaria sulle stesse - Prescrizione - Durata del termine - Decorrenza - Interruzione.*

Quale sia il termine di prescrizione degli interessi e della rivalutazione monetaria relativi a provvidenze economiche (assegno di invalidità, pensione di inabilità, indennità di accompagnamento) spettanti agli invalidi civili, da quando decorra detto termine e se il pagamento della sorte capitale interrompa il corso della prescrizione (cs. 9026/94).

PREVIDENZA - *Assegno per il nucleo familiare - Decesso del lavoratore - Riduzione del nucleo ad una sola persona - Persona diversa dal figlio del lavoratore - Se per fruire dell'assegno debba sempre avere la qualità di orfano.*

Assegno per il nucleo familiare istituito con l'art. 2 d.l. 69/88: se dopo il decesso del lavoratore, in caso di nucleo familiare, ridottosi, per effetto di tale decesso, a una sola persona (diversa dal figlio del lavoratore), la considerata prestazione previdenziale possa spettare unicamente a chi abbia la qualità di orfano (cs. 87/95).

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - *Amministrazioni statali - Debiti pecuniari - Interessi sugli stessi - Dies ad quem*

Debiti pecuniari dello Stato: fino a quale data siano dovuti gli interessi sugli stessi (cs. 8525/94).

RISCOSSIONE DELLE IMPOSTE - *Aggio esattoriale per la riscossione dei tributi statali fissato dall'art. 1-*bis *del d.l. 2/86 - Applicabilità agli esattori operanti in Sicilia.*

Se l'aggio esattoriale per la riscossione dei tributi dello Stato, come fissato dall'art. 1 *bis* del d.l. 2/86 sia applicabile anche ai concessionari del servizio di riscossione operanti nella regione siciliana (cs. 31/95).

SPETTACOLI PUBBLICI - *Enti teatrali - Spese di pubblicità ex art. 5 legge 67/87 - Spese per locandine e manifesti.*

Se le spese che i teatri pubblici (nella specie Teatro Regio di Torino) sostengono per le locandine e i manifesti rientrino nelle spese pubblicitarie previste dal primo comma dell'art. 5 legge 67/87 (secondo il quale: « le amministrazioni statali e gli enti pubblici non territoriali, con esclusione degli enti pubblici economici, sono tenuti a destinare alla pubblicità su quotidiani e periodici una quota non inferiore al cinquanta per cento delle spese per la pubblicità iscritte nell'apposito capitolo di bilancio ») (cs. 8913/92).

TRIBUTI ERARIALI INDIRETTI - *Imposta di successione - Periodo massimo di dilazione di pagamento dell'imposta - Riduzione da dieci a cinque anni ex art. 23 legge 413/91 - Dichiarazioni presentate prima del 1° gennaio 1993 - Applicabilità.*

Se le modalità di dilazione per il pagamento dell'imposta di successione, introdotte dall'art. 23 legge 413/91, si applichino anche alle dichiarazioni presentate prima del 1° gennaio 1993 (cs. 7501/95).