ANNO XLVIII - N. 2 - 3 - 4

Spedizione in abbonamento postale 70%
Filiale di Roma

APRILE - DICEMBRE 1996

Av.
CINGOLO

RASSEGNA AVVOCATURA DELLO STATO

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO

ROMA 1997

Progetto grafico dell'architetto CAROLINA VACCARO.

5. — La Merck e la Beecham ritengono di essere legittimate ad opporsi alle importazioni parallele di un medicinale di cui esse detengono il brevetto quando, come nella causa principale, queste importazioni provengono da uno Stato membro nel quale il loro prodotto è commercializzato, ma non era ivi brevettabile.

6. —La Primecrown e la Europharm, dal canto loro, fanno riferimento alla giurisprudenza della Corte relativa agli artt. 30 e 36 del Trattato ed in particolare al principio dell'esaurimento dei diritti così come è stato interpretato dalla Corte nella sentenza 14 luglio 1981, causa 187/80, Merck (Racc. pag. 2063; in prosieguo: la «sentenza Merck»). A loro parere da tale sentenza si deduce che, alla scadenza dei periodi transitori previsti dagli artt. 47 e 209 dell'Atto di adesione, esse sono autorizzate ad importare dalla Spagna e dal Portogallo i prodotti di cui trattasi che sono stati messi in commercio in tali Stati dai titolari dei brevetti o con il loro consenso.

7. — Nella sentenza Merck, la Corte ha fatto riferimento alla sua giurisprudenza relativa agli artt. 30 e 36 del Trattato, in base alla quale il titolare di un diritto di proprietà industriale e commerciale protetto dalla normativa di uno Stato membro non può far valere questa normativa per opporsi all'importazione di un prodotto che è stato lecitamente immesso sul mercato di un altro Stato membro dal titolare stesso di questo diritto o con il suo consenso, ed ha dichiarato che questa giuri-

---

non può sopportare le compartimentazioni che il primo potrebbe imporgli, la Corte, con la sentenza 14 luglio 1981, nella causa 187/80, *Merck c. Stephar*, in *Racc.*, 2063, aveva individuato nella *libera* messa in commercio del prodotto da parte del titolare del brevetto il momento in cui questo perde la disponibilità del prodotto, che acquista così la piena attitudine a circolare liberamente. «Le norme del Trattato CEE in materia di libera circolazione delle merci, compreso quanto dispone l'art. 36 — aveva statuito la Corte —, vanno interpretate nel senso che esse ostano a che il titolare di un brevetto relativo ad un medicinale, che vende tale prodotto in un primo Stato membro in cui esiste la tutela del brevetto, indi lo ponga in vendita in un altro Stato membro ove detta tutela non esiste, si valga del diritto, attribuito dalla normativa del primo Stato membro, d'impedire lo smercio in detto Stato del prodotto importato dall'altro Stato membro». «Spetta infatti al titolare del brevetto — aveva precisato la Corte nel punto 10 — decidere, con piena cognizione di causa, circa il modo in cui egli pone in commercio il prodotto, ivi compresa la possibilità di distribuirlo in uno Stato membro in cui la legge gli impedisce di brevettarlo. Se esso decide in questo senso, deve accettare le conseguenze della sua scelta per quel che riguarda la libera circolazione del prodotto nell'area comunitaria, principio fondamentale che rientra fra gli aspetti giuridici ed economici di cui il titolare del brevetto deve tener conto nello stabilire le modalità d'attuazione del suo diritto di esclusiva».

La stessa Corte, con la sentenza 9 luglio 1985, nella causa 19/84, *Pharmon* c. *Hoechst*, in *Racc.*, 2281 (e in *questa Rassegna*, 1985, I, 748), coerentemente, dopo aver ricordato che (punto 23) «il titolare del brevetto, se potesse vietare

e 209 dell'Atto relativo alle condizioni di adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese e agli adattamenti dei Trattati (GU 1985, L 202, pag. 23; in prosieguo: l'« Atto di adesione »), nonché degli artt. 30 e 36 del Trattato CE.

2. — Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di ricorsi presentati, nel procedimento C-267-95, dalle società Merck & Co. Inc. Merck Sharp & Dohme Ltd, Merk Sharp & Dohme International Services BV (in prosieguo: la « Merck ») contro la società Primecrown Ltd, Ketan Himatlal Mehta, Bharat Himatlal Mehta, e la società Necessity Supplies Ltd (in prosieguo: la « Primecrown »), e, nel procedimento C-268/95, dalla Beecham Group plc (in prosieguo: la « Beecham ») contro la Europharm of Worthing Ltd (in prosieguo: la « Europharm »).

3. — La Merck sostiene che la Primecrown ha contraffatto i suoi brevetti britannici relativi ad un medicinale contro l'ipertensione, commercializzato con i marchi Innovace nel Regno Unito e Renitec altrove, ad un medicinale prescritto nella cura della prostata, commercializzato con il marchio Proscar, e ad un medicinale contro il glaucoma, commercializzato con il marchio Timoptol. Essa accusa la Primecrown di aver proceduto ad importazioni parallele di questi prodotti verso il Regno Unito. Il Renitec e il Proscar sono stati importati dalla Spagna, mentre il Timoptol è stato importato dal Portogallo.

4. — La Beecham ha convenuto la Europharm per contraffazione di suoi brevetti britannici relativi ad un antibiotico denominato Augmentin nel Regno Unito e Augmentine in Spagna. La Beecham addebita alla Europharm di aver importato questo prodotto dalla Spagna nel Regno Unito in attesa di chiedere alle autorità competenti una licenza di importazione che le consentisse di importare maggiori quantità di tale prodotto.

---

altri Stati in cui tale protezione esiste, importazione favorita da un regime di prezzi molto bassi imposti nel primo Stato. In particolare venivano in discussione alcune reimportazioni di prodotti farmaceutici dalla Spagna e dal Portogallo verso il Regno Unito donde provenivano in origine, alla data di scadenza (non individuabile con certezza) del regime transitorio fissato dai trattati di adesione spagnolo e portoghese alla Comunità europea. Si paventavano massicci approvvigionamenti di prodotti farmaceutici attraverso il mercato parallelo con notevoli distorsioni di traffico, situazione suscettibile di ripresentarsi in futuro con l'allargamento della Comunità o per via di nuovi accordi commerciali della Comunità con altri paesi.

Il principio della libera circolazione delle merci è uno dei cardini del sistema comunitario. Il Trattato CE, però, si preoccupa anche di tutelare la proprietà industriale e il livello di protezione deve essere tale da garantire oggettivamente il titolare del brevetto dalle invadenze altrui.

Nella ricerca di un difficile equilibrio fra due esigenze, quella del titolare del brevetto che è il *dominus* del prodotto e quella del libero mercato che

verni del Regno unito (ag. Lindsey Nicoll), belga (ag. Devadder), ellenico (avv. Kontolaimos), spagnolo (ag. Navarro Gonzales e Silva de Lapuerta), italiano (avv. Stato Fiumara), danese (ag. Biering), francese (ag. Martinet) e svedese (ag. Brattgard e Sandsström) e Commissione delle C.E. (ag. Wainwright).

Comunità Europee - Atto di adesione della Spagna e del Portogallo - Brevetto per prodotti farmaceutici - Periodo transitorio - Data di cessazione.

(Atto di adesione alla C.E. del Regno di Spagna e della Rep. portoghese 12 giugno 1985, artt. 47 e 209).

Comunità Europee - Libera circolazione delle merci - Tutela della proprietà industriale e commerciale - Brevetto per prodotti farmaceutici - Importazioni parallele di prodotti farmaceutici non brevettabili.

(Trattato C.E., artt. 30 e 36).

I periodi transitori previsti agli artt. 47 e 209 dell'Atto relativo alle condizioni di adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese e agli adeguamenti dei Trattati (riguardo ai brevetti per prodotti farmaceutici) sono scaduti, per il Regno di Spagna, il 6 ottobre 1995, e, per la Repubblica portoghese, il 31 dicembre 1994.

Gli artt. 30 e 36 del Trattato CE ostano all'applicazione di una normativa nazionale che concede al titolare di un brevetto relativo ad un prodotto farmaceutico il diritto di opporsi all'importazione da parte di un terzo di questo prodotto proveniente da un altro Stato membro quando il titolare ha commercializzato il prodotto per la prima volta in questo Stato dopo l'adesione di quest'ultimo alla Comunità europea, ma in una data in cui il prodotto non poteva essere protetto mediante un brevetto in tale Stato, a meno che il titolare del brevetto non possa dimostrare che egli è assoggettato ad un obbligo giuridico reale ed effettivo di commercializzare il prodotto in tale Stato membro (1).

(*omissis*) 1. — Con due ordinanze in data 13 luglio 1995, pervenute alla Corte l'8 e il 9 agosto seguenti, nei procedimenti C-267/95 e, rispettivamente, C-268/95, la High Court of Justice, Chancery Division, Patents Court, ha proposto alla Corte, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE, alcune questioni pregiudiziali relative all'interpretazione degli artt. 47

---

(1) **Le importazioni parallele di prodotti farmaceutici non brevettabili e il principio dell'esaurimento comunitario.**

La causa risolta con la sentenza annotata riguardava le c.d. importazioni parallele di prodotti farmaceutici da uno Stato membro in cui essi erano stati commercializzati senza che fosse consentita una protezione brevettuale, verso

Sulla censura relativa alla violazione dell'art. 59 del Trattato.

29. — La Commissione sostiene che l'obbligo di esercitare le attività di intermediazione mobiliare nella forma di società avente sede in Italia è in contrasto con l'art. 59 del Trattato poiché osta, in maniera assoluta, alla prestazione di servizi in Italia da parte degli intermediari degli altri Stati membri. A suo parere, un obbligo del genere non è indispensabile e neppure necessario, in tutti i casi, per raggiungere gli obiettivi di tutela degli investitori e di stabilità dei mercati che la legislazione italiana legittimamente persegue.

30. — Il governo italiano sostiene, per i motivi indicati ai punti 15 e 19 della presente sentenza, che un siffatto obbligo è non soltanto necessario ma ugualmente indispensabile per raggiungere tali obiettivi.

31. — L'obbligo imposto agli operatori economici degli altri Stati membri di stabilirsi, in via principale, in Italia è la negazione stessa della libera prestazione dei servizi e, come risulta dai punti 20-24 della presente sentenza, non costituisce una condizione indispensabile per raggiungere lo scopo perseguito. Esso viola quindi l'art. 59 del Trattato (v. sentenza 4 dicembre 1986, causa 205/84, Commissione/Germania, Racc. pag. 3755, punto 52).

32. — Allo stesso modo il governo italiano non può fondarsi sull'art. 66 del Trattato CE, per motivi identici a quelli indicati al punto 26 della presente sentenza. Esso non può neppure far valere gli inadempimenti commessi da altri Stati membri per giustificare il proprio inadempimento.

33. — Di conseguenza, la censura fondata sulla violazione dell'art. 59 del Trattato deve anch'essa essere accolta.

34. — Alla luce di quanto sopra si deve constatare che, riservando le attività di intermediazione mobiliare, oltre che alle banche, alle società con sede legale in Italia, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli artt. 52 e 59 del Trattato.

(*omissis*)

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITA' EUROPEE, *Plenum*, 5 dicembre 1996, nelle cause riunite C-267 e C-268/95 - *Pres.* Rodriguez Iglesias - *Rel.* Guimann - *Avv. Gen.* Fennelly) - Domande di pronuncia pregiudiziale proposte dalla High Court of Justice - Chancery Division - Patents Court (R.U.) nei procedimenti Merck e C. Inc. c. Primecrown Ltd. e Beecham Group c. Europharm. Interv.: Go-

consenta, da un lato, di garantire che gli operatori rispettino le norme di esercizio dell'attività di intermediazione mobiliare emanate dal legislatore italiano e, dall'altro, di assoggettare efficacemente a sanzioni gli operatori che trasgrediscano tali norme.

22. — Come precisa la Commissione, è possibile richiedere alle società di intermediazione che intendono operare in Italia di accettare di sottoporsi ai controlli o di fornire i documenti e le informazioni necessari alle autorità italiane per accertarsi che tali società soddisfino i requisiti imposti dalla legge italiana. È, in particolare, concepibile richiedere a tali società di fornire informazioni e documenti riguardanti specificamente l'attività dei loro stabilimenti secondari insediati in Italia.

23. — In ordine alla solvibilità degli operatori, è possibile subordinare l'attività in Italia alla costituzione di garanzie finanziarie sul territorio italiano in maniera da rendere sicure le operazioni effettuate su tale territorio.

24. — Inoltre, si può anche concepire che le autorità italiane concludano accordi di cooperazione in materia di vigilanza sui mercati e sugli intermediari, così come avviene con i paesi terzi. D'altro canto, come si è detto in precedenza, una tale eventualità è espressamente prevista dall'art. 20, ottavo comma, della legge.

25. — Il governo italiano non può neppure utilmente basarsi sull'art. 56 del Trattato CE per sostenere che la sua legislazione è conforme al diritto comunitario.

26. — Anche supponendo che gli obiettivi perseguiti dalla legge italiana possano essere considerati come obiettivi « d'ordine pubblico », ai sensi di tale norma, risulta a fortiori da quanto precede che gli obblighi controversi non sono indispensabili per conseguire tali obiettivi e che essi non possono quindi considerarsi giustificati alla luce della norma stessa (v. sentenza 5 dicembre 1989, causa C-3/88, Commissione/Italia, Racc. pag. 4035, punto 15).

27. — Infine, il governo italiano non può far valere il mancato rispetto del principio di reciprocità o fondarsi su un'eventuale violazione del Trattato da parte di un altro Stato membro per giustificare il proprio inadempimento (v. sentenze 25 settembre 1979, causa 232/78, Commissione/Francia, Racc. pag. 2729, punto 9, e 14 febbraio 1984, causa 325/82, Commissione/Germania, Racc. pag. 777, punto 11).

28. — Di conseguenza, va accolta la censura relativa alla violazione dell'art. 52 del Trattato.

mentari a cui non sono soggetti gli intermediari italiani. Esso sostiene semplicemente che tale disparità di trattamento è oggettivamente giustificata.

15. — Il governo italiano considera così che non è possibile comparare le condizioni poste dalla legge italiana e quelle poste dagli altri Stati membri, come propone la Commissione. Esso fa valere che ciò è vero in particolare per le garanzie in materia di fondi propri che sono determinate secondo un metodo che differisce da quello impiegato negli altri Stati membri.

16. — Tuttavia, come rileva la Commissione, la stessa legislazione italiana ammette la possibilità di procedere ad una comparazione tra normativa nazionale e normative straniere. In particolare, ai sensi dell'art. 20, ottavo comma, della legge, la Consob è autorizzata a stipulare con le autorità di controllo degli altri paesi accordi per il riconoscimento reciproco dei mercati mobiliari regolamentati e ad essa spetta accertare che un certo numero di parametri, tra i quali le norme di vigilanza sui mercati e sugli intermediari, siano « di effetto equivalente a quello della normativa vigente in Italia ».

17. — Inoltre, secondo la Commissione, che non è stata smentita al riguardo, i diversi metodi utilizzati dagli Stati membri per determinare i requisiti in materia di fondi propri garantiscono globalmente una sicurezza equivalente anche se, caso per caso, un metodo può rivelarsi più protezionista di un altro.

18. — Occorre pertanto respingere l'argomento secondo cui le norme di accesso alla professione di intermediario nei diversi Stati membri, specie in ordine ai fondi propri delle società, non sono comparabili.

19. — Il governo italiano considera altresì che non è possibile vigilare sugli intermediari e assoggettarli a sanzioni se non sono stabiliti in via principale in Italia. Esso ritiene infatti che solo la presenza dello stabilimento principale, e in particolare della sede sociale, sul territorio nazionale permetta di disporre di tutte le informazioni necessarie al controllo di tutti gli elementi che garantiscono l'efficacia delle sanzioni.

20. — Neppure un siffatto argomento può essere accolto. Il governo italiano non ha dimostrato infatti che la presenza dello stabilimento principale dell'intermediario sul territorio italiano sia il solo mezzo per vigilare sull'intermediario stesso e per assoggettarlo efficacemente a sanzioni se desidera operare in Italia.

21. — Anche se è vero che l'obbligo di avere la propria sede sociale in Italia facilita la vigilanza nei confronti degli operatori sul mercato e il loro controllo, tuttavia un siffatto obbligo non è il solo mezzo che

timamente perseguiti dalla legge italiana. Sarebbe infatti possibile prevedere una procedura, come una procedura di autorizzazione o di approvazione, destinata a verificare se gli intermediari degli altri Stati membri siano soggetti, nel relativo Stato membro d'origine, a norme equivalenti a quelle previste dalla legge italiana.

9. — In forza dell'art. 52, secondo comma, del Trattato, la libertà di stabilimento si esercita alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini.

10. — L'accesso ad alcune attività autonome e il loro esercizio posso no così essere subordinati al rispetto di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, giustificate dall'interesse generale, come norme in tema di organizzazione, di qualificazione, di deontologia, di controllo e di responsabilità (sentenze 28 aprile 1977, causa 71/76, Thieffry, Racc. pag. 765, punto 12, e 30 novembre 1995, causa C-55/94, Gebhard, Racc. pag. I-4165, punto 35). Tali disposizioni possono prevedere, in particolare, che l'esercizio di un'attività specifica sia riservato alle persone che presentino talune garanzie e siano sottoposte ad una determinata disciplina o a un determinato controllo.

11. — Allorché l'accesso a un'attività specifica, o l'esercizio di questa, è subordinato, nello Stato membro ospitante, a tali condizioni, il cittadino di un altro Stato membro che intenda esercitare tale attività deve, di regola, soddisfarle (sentenza Gebhard, citata, punto 36).

12. — Tuttavia, come la Corte ha già rilevato, l'art. 52 del Trattato, che costituisce una delle norme fondamentali della Comunità, è diretto in particolare a garantire, in materia di stabilimento, il beneficio del trattamento nazionale a qualunque cittadino di uno Stato membro che intenda stabilirsi, anche solo in via secondaria, in un altro Stato membro per esercitarvi un'attività autonoma.

13. — Tale articolo vieta qualsiasi discriminazione nei confronti dei cittadini di altri Stati membri che derivi dalle leggi, dai regolamenti o dalle prassi nazionali (v., in questo senso, sentenze 28 gennaio 1986, causa 270/83, Commissione/Francia, Racc. pag. 273, punti 13 e 14, e 30 marzo 1993, causa C-168/91, Konstantinidis, Racc. pag. I-1191, punto 12). Esso vieta, in particolare, qualsiasi norma nazionale che sia tale da porre i cittadini degli altri Stati membri in una situazione di diritto o di fatto svantaggiata riguardo a quella riservata, nelle stesse circostanze, ad un cittadino dello Stato membro di stabilimento (sentenza Konstantinidis, citata, punto 13).

14. — Il governo italiano non contesta che la sua legislazione impedisca agli intermediari degli altri Stati membri di utilizzare talune forme di stabilimento secondario e che essa imponga loro costi supple-

di intermediazione mobiliare » (in prosieguo: le « SIM ») che vi siano state autorizzate dalla « Commissione nazionale per le società e la borsa » (in prosieguo: la « Consob »).

4. — Per essere autorizzate all'esercizio dell'attività di intermediazione mobiliare, le SIM devono soddisfare taluni requisiti relativi, in particolare, alla loro forma giuridica, all'ammontare del loro capitale iniziale, all'onorabilità dei loro dirigenti e azionisti.

5. — Ai sensi dell'art. 3, secondo comma, lett. *a*), della legge:

La società (di intermediazione mobiliare) deve essere costituita nella forma della società per azioni o di una società in accomandita per azioni, deve ricomprendere nella denominazione sociale le parole « società di intermediazione mobiliare » e avere sede legale nel territorio dello Stato (...) ».

6. — Con lettera di diffida del 20 dicembre 1991, la Commissione ha informato le autorità italiane che talune disposizioni della legge e, in particolare, quelle dell'art. 3, secondo comma, lett. *a*), erano incompatibili con gli artt. 52 e 59 del Trattato. Nella loro risposta del 6 febbraio 1992, le autorità italiane hanno contestato tale punto di vista. Il 19 ottobre 1992 la Commissione ha quindi emanato un parere motivato in cui contestava alla Repubblica italiana il fatto di essere venuta meno all'obbligo ad essa incombente in forza degli artt. 52 e 59 del Trattato limitando l'esercizio delle attività di intermediazione mobiliare alle sole società con sede legale in Italia e rispondenti a condizioni che non potevano essere soddisfatte dagli intermediari degli altri Stati membri. In risposta a tale parere motivato, le autorità italiane, con lettera in data 8 gennaio 1993, hanno ribadito che la loro legislazione era conforme alle disposizioni del Trattato.

7. — Di conseguenza, la Commissione ha proposto il presente ricorso. Come risulta sia dalla fase precontenziosa sia dalle memorie presentate alla Corte, tale ricorso riguarda essenzialmente, se non esclusivamente, le disposizioni di cui all'art. 3, secondo comma, lett. *a*), della legge.

Sulla censura relativa alla violazione dell'art. 52 del Trattato

8. — La Commissione sostiene che l'obbligo di esercitare l'attività di intermediario mobiliare nella forma di una società con sede legale in Italia è incompatibile con l'art. 52 del Trattato. Essa fa valere che una disposizione di questo genere impedisce agli intermediari degli altri Stati membri di utilizzare talune forme di stabilimento, quale l'agenzia o la succursale, e crea una discriminazione a loro danno obbligandoli a sopportare il costo di costituzione di una nuova società. A suo parere, un siffatto obbligo non è necessario per conseguire gli obiettivi legit-

Italia, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli artt. 52 e 59 del Trattato C.E. (1).

(*omissis*) 1. — Con atto introduttivo depositato in cancelleria il 22 marzo 1994, la Commissione delle Comunità europee ha proposto a questa Corte, ai sensi dell'art. 169 del Trattato CE, un ricorso diretto a far dichiarare che, riservando le attività di intermediazione mobiliare, oltre che alle banche, alle società con sede legale in Italia, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli artt. 52 e 59 del Trattato CE.

2. — La legge 2 gennaio 1991, n. 1, recante disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari (*GURI* n. 3 del 4 gennaio 1991, pag. 3; in prosieguo: la « legge »), si applica, ai sensi del suo art. 1, primo comma, alle seguenti attività, da essa qualificate come « attività di intermediazione mobiliare ».

a) negoziazione per conto proprio o per conto terzi, ovvero sia per conto proprio che per conto terzi di valori mobiliari;

b) collocamento e distribuzione di valori mobiliari con o senza preventiva sottoscrizione o acquisto a fermo, ovvero assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente;

c) gestione di patrimoni, mediante operazioni aventi ad oggetto valori mobiliari;

d) raccolta di ordini di acquisto o vendita di valori mobiliari;

e) consulenza in materia di valori mobiliari;

f) sollecitazione del pubblico risparmio effettuata mediante attività anche di carattere promozionale svolta in luogo diverso da quello adibito a sede legale o amministrativa principale dell'emittente, del proponente l'investimento o del soggetto che procede al collocamento (...) ».

3. — Ai sensi dell'art. 2, primo comma, della legge, l'attività professionale di intermediazione mobiliare può essere svolta in Italia, nei confronti del pubblico, oltre che dalle banche, solamente dalle « società

---

(1) Cfr. ora il decreto legislativo 23 luglio 1996, n. 415, di « recepimento della direttiva 93/22/CEE del 10 maggio 1993 relativa ai servizi di investimento del settore dei valori mobiliari e della direttiva 93/6/CEE del 15 marzo 1993 relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi », che ha abrogato l'art. 3, comma 2, lett. *a*), della legge 1/1991, dettando una specifica normativa — l'art. 14 — per le imprese di investimento comunitarie.

La sentenza della Corte, citata in motivazione, 30 novembre 1995, nella causa C-55/94, GEBHARD, è pubblicata in questa *Rassegna*, 1996, I, 48.

Spagna e del Portogallo, per i prodotti agricoli elencati nell'allegato al regolamento (CEE) del Consiglio 20 dicembre 1990, n. 3835, che modifica i regolamenti (CEE) n. 3831/90, (CEE) n. 3832/90 e (CEE) n. 3833/90 per quanto riguarda il regime di preferenze tariffarie generalizzate applicato a taluni prodotti originari della Bolivia, della Colombia, dell'Ecuador e del Perù, non si applica alle importazioni di conserve di tonno all'olio di oliva provenienti dalla Spagna. 2) Compete al giudice nazionale stabilire se ricorrano le condizioni previste dall'art. 5, n. 2, del regolamento (CEE) del Consiglio 24 luglio 1979, n. 1697, relativo al ricupero « a posteriori » dei dazi all'importazione o dei dazi all'esportazione che non sono stati corrisposti dal debitore per le merci dichiarate per un regime doganale comportante l'obbligo di effettuarne il pagamento. Per determinare se l'errore commesso dalle autorità potesse o non potesse venire regionevolmente scoperto dal debitore, va tenuto conto, in particolare, della natura dell'errore, dell'esperienza professionale dell'operatore economico in questione e del grado di diligenza di cui ha dato prova. Tra gli elementi pertinenti da prendere in considerazione vi sono la complessità della legislazione, la formulazione dell'obiettivo delle disposizioni in esame, la ripetizione dell'errore in questione in altri atti dello stesso Stato membro e le divergenze di opinione tra gli Stati membri quanto all'interpretazione da dare alle disposizioni rilevanti ».

— 12 dicembre 1996, nelle cause riunite C-320/94 ed altre, Reti Televisive Italiane s.p.a. ed altre, in materia di *radiotelediffusione*, con la quale la Corte ha statuito che: « la direttiva del Consiglio 3 ottobre 1989, 89/552/CEE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive e, in particolare, gli artt. 1, lett. *b*), e 18 della medesima vanno interpretati nel senso che l'espressione « forme di pubblicità come le offerte fatte direttamente al pubblico », di cui all'art. 18, nella disciplina comunitaria riveste, per quanto attiene alla possibilità di elevare in termini percentuali il limite massimo di affollamento pubblicitario giornaliero e portarlo al 20%, carattere esemplificativo, con la conseguenza che essa può parimenti riguardare altre forme di pubblicità quali le « telepromozioni », che, al pari delle « offerte fatte direttamente al pubblico », necessitino, in considerazione delle loro modalità di presentazione, una durata più lunga rispetto agli spot pubblicitari; 2) la direttiva 89/552 e, in particolare, l'art. 17, n. 1, lett. *b*), vanno interpretati nel senso che essi non ostano all'inserzione del nome e/o del logotipo dello sponsor in momenti diversi dall'inizio e/o dalla fine del programma ».

OSCAR FIUMARA

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITA' EUROPEE, *Plenum*, 6 giugno 1996, nella causa C-101/94 - *Pres.* Rodriguez Iglesias - *Rel.* Puissochet - *Avv. Gen.* Lenz - Commissione C.E. (ag. Abate) c. Repubblica italiana (avv. Stato Braguglia).

Comunità Europee - Libertà di stabilimento - Libera prestazione dei servizi - Attività di intermediazione mobiliare - Società di intermediazione mobiliare (SIM).

(Trattato C.E., artt. 52 e 59; legge 2 gennaio 1991, n. 1).

Riservando, con la legge 2 gennaio 1991 n. 1, le attività di intermediazione mobiliare, oltre che alle banche, alle società con sede legale in

merci; l'art. 12, n. 2, lett. *b*), della prima direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, 89/104/CEE, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, dev'essere interpretato nel senso che non si oppone a che la commercializzazione di prodotti provenienti da uno Stato membro in cui sono lecitamente in commercio sia vietata per il fatto che recano un marchio il cui uso è esplicitamente vietato al suo titolare nello Stato membro di importazione poiché esso è stato ivi dichiarato idoneo a indurre in inganno i consumatori ».

— 5 dicembre 1996, nella causa C-69/95, Italia c. Commissione, la quale ha respinto il ricorso italiano diretto all'annullamento parziale della decisione della Commissione in ordine alla *liquidazione dei conti FEOGA per l'esercizio 1991*, nella parte in cui non aveva riconosciuto imputabile al Fondo una spesa per l'acquisto di quote latte effettuata dall'Italia nell'ambito di un programma di ristrutturazione della produzione lattiera.

— 12 dicembre 1996, nella causa C-302/95, Commissione c. Italia, in tema di *ambiente* (*trattamento delle acque reflue*), dove la Corte ha dichiarato che « 1) non avendo emanato le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva del Consiglio 21 maggio 1991, 91/271/CEE, concernente il trattamento delle acque reflue urbane, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi dell'art. 19 della stessa direttiva ».

— 12 dicembre 1996, nella causa C-38/95, Foods Import s.r.l., sulla *tariffa doganale comune*, la quale ha ritenuto che: « 1) le voci doganali 03.02 A.I.b) e 03.02. A.II.a), menzionate all'art. 20 del regolamento (CEE) del Consiglio 29 dicembre 1981, n. 3796, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore dei prodotti della pesca, devono essere interpretate nel senso che l'elencazione delle specie la cui denominazione scientifica è indicata tra parentesi è tassativa e non comprende la molva, scientificamente denominata « Molva molva », con la conseguenza che tale pesce non può essere importato in esenzione da dazi doganali; 2) per valutare se l'errore compiuto dalle autorità competenti « non poteva ragionevolmente essere scoperto dal debitore », ai sensi dell'art. 5, n. 2, del regolamento (CEE) del Consiglio 24 luglio 1979, n. 1697, relativo al ricupero a posteriori dei dazi all'importazione o dei dazi all'esportazione che non sono stati corrisposti dal debitore per le merci dichiarate per un regime doganale comportante l'obbligo di effettuarne il pagamento, si deve tener conto, in particolare, della natura dell'errore, dell'esperienza professionale dell'operatore interessato e della diligenza di cui quest'ultimo ha dato prova; tra gli elementi rilevanti per valutare la natura dell'errore va considerata la confusione che può derivare dalla terminologia utilizzata, il carattere poco evidente di una modifica normativa ed il tempo impiegato dalle autorità competenti stesse per individuare tale modifica; spetta al giudice nazionale valutare, avvalendosi di questa interpretazione, se l'errore che ha causato la mancata riscossione dei dazi potesse o meno essere scoperto dal debitore ».

— 12 dicembre 1996, nelle cause riunite C-47/95 ed altre, Olagasasti e c. s.r.l., in tema di *dazi all'importazione e all'esportazione*, dove è stato dichiarato che: « 1) la sospensione dei dazi residui applicabili alle importazioni dalla Spagna nella Comunità dei Dieci in forza dell'art. 75, n. 1, dell'Atto di adesione, disposta dall'art. 1, n. 1, del regolamento (CEE) della Commissione 25 novembre 1991, n. 3416, relativo a taluni dazi residui applicabili nel 1991 nell'ambito delle riduzioni successive previste dall'atto di adesione della

pubblica di tale Stato non può far valere il detto art. 3 nei confronti di un singolo; 3) il diritto comunitario non comporta un meccanismo che consenta al giudice nazionale di eliminare disposizioni interne in contrasto con una disposizione di una direttiva non trasposta, qualora tale disposizione non possa essere fatta valere dinanzi al giudice nazionale».

— 26 settembre 1996, nella causa C-117/95, Commissione c. Italia, dove la Corte ha dichiarato che «la Repubblica italiana, non avendo adottato nei termini stabiliti le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva del Consiglio 29 aprile 1992, 92/35/CEE, che fissa le *norme di controllo e le misure di lotta contro la peste equina*, nonché alla direttiva del Consiglio 19 maggio 1992, 92/40/CEE, che istituisce delle misure comunitarie di lotta *contro l'influenza aviaria*, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza, rispettivamente, degli artt. 20 e 22 delle dette direttive».

— 7 novembre 1996, nella causa C-315/95, Commissione c. Italia, dove, in relazione alla mancata trasposizione di alcune *direttive in materia di agricoltura*, la Corte ha dichiarato che «la Repubblica italiana, non avendo adottato entro il termine prescritto le misure legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi: — alla direttiva della Commissione 23 giugno 1993, 93/48/CEE, che stabilisce la scheda sui requisiti da rispettare per i materiali di moltiplicazione delle piante da frutto e per le piante da frutto destinate alla produzione di frutti, conformemente all'art. 4 della direttiva del Consiglio 92/34/CEE; — alla direttiva della Commissione 23 giugno 1993, 93/49/CEE, che stabilisce la scheda sui requisiti da rispettare per i materiali di moltiplicazione delle piante ornamentali e per le piante ornamentali, conformemente all'art. 4 della direttiva del Consiglio 91/682/CEE; — alla direttiva del Consiglio 24 giugno 1993, 93/52/CEE, recante modifica della direttiva 89/556/CEE, che stabilisce le condizioni di polizia sanitaria per gli scambi intracomunitari e le importazioni da paesi terzi di embrioni di animali domestici della specie bovina; e — alla direttiva della Commissione 2 luglio 1993, 93/61/CEE, che stabilisce le schede relative ai requisiti da rispettare per le piantine e i materiali di moltiplicazione di ortaggi, ad eccezione delle sementi, conformemente alla direttiva del Consiglio 92/33/CEE; è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli artt. 10 della direttiva 93/48, 8 della direttiva 93/49, 2 della direttiva 93/52 e 7 della direttiva 93/61».

— 26 novembre 1996, nella causa C-313/94, F.lli Graffione s.n.c., in tema di *marchi*, dove è stato statuito che gli artt. 30 e 36 del Trattato CE devono essere interpretati nel senso che si oppongono a che la protezione contro la concorrenza sleale sia fatta valere per vietare ad un'impresa di fare uso del suo diritto di importare in uno Stato membro e di mettere in commercio in esso con un certo marchio taluni prodotti provenienti da un altro Stato membro dove essi sono lecitamente in commercio, quando gli altri operatori economici dispongono dello stesso diritto, anche se non ne fanno uso; per contro, essi non si oppongono a che, per motivi di tutela dei consumatori, la commercializzazione di prodotti provenienti da uno Stato membro in cui essi sono lecitamente in commercio sia vietata per tutti gli operatori economici, a condizione che questo divieto sia necessario per assicurare la tutela dei consumatori e sia proporzionato a tale finalità, la quale, da parte sua, non possa essere perseguita con provvedimenti che ostacolino in misura minore gli scambi intracomunitari. A tal riguardo il giudice nazionale deve in particolare esaminare se il rischio di inganno dei consumatori sia sufficientemente grave per poter prevalere sulle esigenze della libera circolazione delle

base ad un sistema di calcolo forfettario, di riserve differenziate per varietà di tabacco, allo scopo della loro ripartizione tra i produttori che hanno subito un calo della loro produzione a causa di circostanze eccezionali, senza che si tenga conto della perdita effettivamente subita dai singoli produttori; 3) gli artt. 2, terzo trattino, e 21 del regolamento n. 3477/92 ostano ad una normativa nazionale che non consente il rilascio di un certificato unico di coltivazione o di una quota unica di produzione ad un'associazione di produttori costituita allo scopo di promuovere e favorire la coltura del tabacco da parte dei suoi soci, assicurandone al tempo stesso la prima trasformazione nei propri stabilimenti; 4) l'art. 9, n. 3, del regolamento (CEE) del Consiglio 30 giugno 1992, n. 2075, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore del tabacco greggio, deve essere interpretato nel senso che le imprese di trasformazione possono essere ripartite in sette distinti gruppi, a condizione che la determinazione della quota di trasformazione sia effettuata in base ai criteri di calcolo prescritti per il gruppo al quale la sottocategoria in questione è riconducibile. L'art. 9, n. 1, del regolamento n. 3477/92 deve essere interpretato nel senso che ai produttori possono essere applicati criteri differenti di calcolo della quota di trasformazione, in funzione della impresa a favore della quale hanno effettuato conferimenti durante il periodo di riferimento ».

— 17 settembre 1996, nelle cause riunite C-246 e 249/94, Coop. Agricola Zootecnica S. Antonio, dove la Corte ha statuito che: « 1) l'art. 2, lett. *d*) della direttiva del Consiglio 25 giugno 1979, 79/623/CEE, relativa all'*armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'obbligazione doganale*, ha effetto diretto ed attribuisce ai singoli diritti che possono essere fatti valere nei confronti di uno Stato membro che non abbia trasposto in diritto nazionale la detta direttiva, e che i giudici nazionali devono tutelare; 2) l'art. 2, lett. *d*), della direttiva 79/623 si applica anche in caso di violazione del regolamento (CEE) della Commissione 24 marzo 1977, n. 612, che stabilisce le modalità di applicazione relative al regime speciale all'importazione di taluni giovani bovini maschi destinati all'ingrasso, come modificato dal regolamento (CEE) della Commissione 27 giugno 1977, n. 1384 ».

— 17 settembre 1996, nella causa C-289/94, Commissione c. Italia, in tema di *ravvicinamento delle legislazioni*, con la quale è stato dichiarato che « avendo adottato i quattro decreti del ministero della Sanità 1° agosto 1990, n. 256, 1° agosto 1990, n. 257, nonchè 1° settembre 1990 e 7 giugno 1991, senza averli notificati alla Commissione allo stato di progetto, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi dell'art. 8 della direttiva del Consiglio 28 marzo 1983, 83/189/CEE, che prevede una procedura di informazione nel settore delle *norme e delle regolamentazioni tecniche*, come modificata con direttiva del Consiglio 22 marzo 1988, 88/182/CEE ».

— 26 settembre 1996, nella causa C-168/95, Arcaro, in tema di *ambiente* (*scarichi di cadmio nel sistema idrico*), dove la Corte ha dichiarato che: « 1) l'art. 3 della direttiva del Consiglio 4 maggio 1976, 76/464/CEE, concernente l'inquinamento provocato da certe sostanze pericolose scaricate nell'ambiente idrico della Comunità, dev'essere interpretato nel senso che subordina qualunque scarico di cadmio, a prescindere dalla data di entrata in funzione dello stabilimento da cui proviene, al rilascio di una previa autorizzazione; 2) in mancanza di trasposizione completa, entro il termine stabilito, della direttiva 76/464, e quindi dell'art. 3 della medesima, nonché della direttiva del Consiglio 26 settembre 1983, 83/513/CEE, concernente i valori limite e gli obiettivi di qualità per gli scarichi di cadmio, da parte di uno Stato membro, un'autorità

— 29 febbraio 1996, nella causa C-122/94, Commissione c. Consiglio, con l'intervento dell'Italia, in tema di *aiuti di Stato*, con la quale la Corte ha respinto il ricorso della Commissione avverso l'annullamento di due decisioni del Consiglio relative alla concessione di un aiuto straordinario alla distillazione di taluni vini in Italia e in Francia, ritenendolo compatibile con il mercato comune per la riconosciuta esistenza di circostanze eccezionali.

— 29 febbraio 1996, nella causa C-307/94, Commissione c. Italia, in materia di *libera circolazione delle merci*, con la quale la Corte ha dichiarato che « la Repubblica italiana, avendo rinviato al 1° novembre 1990 il termine finale di attuazione del 1° ottobre 1987 stabilito dall'art. 5 della direttiva del Consiglio 16 settembre 1985, 85/432/CEE, concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti talune attività nel settore farmaceutico, e avendo mantenuto fino a tale data programmi di formazione in farmacia incompatibili con la direttiva summenzionata, è venuta meno agli obblighi ad essa imposti dalla direttiva 85/432, e in particolare dagli artt. 1, 2 e 5 della medesima ».

— 14 marzo 1996, nella causa C-238/95, Commissione c. Italia, dove è stato dichiarato che « non avendo adottato entro il termine prescritto i provvedimenti legislativi, regolamentari e amministrativi necessari per conformarsi alla direttiva della Commissione 20 luglio 1993, 93/67/CEE, che stabilisce i principi per la valtuazione dei *rischi per l'uomo e per l'ambiente* delle sostanze notificate ai sensi della direttiva 67/548/CEE del Consiglio, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza dell'art. 8 della direttiva 93/67 ».

— 6 giugno 1996, nella causa C-198/96, Italia c. Commissione, con la quale la Corte ha respinto il ricorso italiano diretto all'annullamento di una decisione della Commissione di *liquidazione parziale dei conti FEOGA - esercizio 1991* relativa all'imputabilità al Fondo di una spesa sostenuta per la fornitura di carni bovine in scatola alla popolazione dell'Unione Sovietica.

— 20 giugno 1996, nella causa C-237/95, Commissione c. Italia, dove la Corte ha dichiarato che « non avendo adottato entro il termine impartito le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva del Consiglio 8 giugno 1989, 89/369/CEE, concernente la *prevenzione dell'inquinamento atmosferico* provocato dai nuovi impianti di incenerimento dei rifiuti urbani, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in virtù dell'art. 12, n. 1, della medesima direttiva ».

— 11 luglio 1996, nella causa C-303/95, Commissione c. Italia, con la quale è stato 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 18 marzo 1991, 91/157/CEE, concernente *le pile e gli accumulatori contenenti sostanze pericolose*, è venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi della stessa direttiva ».

— 12 settembre 1996, nelle cause riunite C-254, 255 e 269/94, Fattoria Autonoma Tabacchi ed altri, con la quale è stato statuito, in tema di *organizzazione comune di mercato del tabacco greggio*, che: « 1) l'esame delle questioni deferite non ha posto in luce alcun elemento atto ad inficiare la validità degli artt. 3, n. 3, 9 e 10 del regolamento (CEE) della Commissione 1° dicembre 1992, n. 3477, relativo alle modalità di applicazione del regime delle quote nel settore del tabacco greggio per i raccolti 1993 e 1994; 2) l'art. 9, n. 3, del regolamento n. 3477/92 non osta alla costituzione, in via preventiva e in

SEZIONE SECONDA

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA E INTERNAZIONALE

Le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee pronunciate nel corso dell'anno 1996 in cause alle quali ha partecipato l'Italia.

Oltre a quelle pubblicate nei numeri del corrente anno della presente *Rassegna*, sono state emesse le seguenti sentenze in cause cui ha partecipato l'Italia (in totale 22 sentenze, di cui 9 in ricorsi della Commissione CE contro l'Italia, 2 in ricorsi dell'Italia contro la Commissione, 1 in un ricorso della Commissione contro il Consiglio CE con intervento dell'Italia, 10 in cause pregiudiziali ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE su rinvio di giudici nazionali o di altri paesi comunitari).

— 1 febbraio 1996, nella causa C-164/94, Aranitis, in tema di *riconoscimento di diplomi di istruzione superiore*, con la quale la Corte ha statuito che « il combinato disposto degli artt. 1, lett. *c*), e 1, lett. *d*), della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, 89/48/CEE, relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni, dev'essere interpretato nel senso che una professione non può essere qualificata regolamentata quando nessuna disposizione di legge, di regolamento o amministrativa regoli nello Stato membro ospitante l'accesso alla detta professione, il suo esercizio o una delle sue modalità di esercizio, anche se l'unica formazione che vi conduca sia costituita da un ciclo di studi superiori di almeno quattro anni e mezzo, sanzionato da un diploma e, di conseguenza, soltanto i titolari di tale diploma di studi superiori si presentino, di norma, sul mercato del lavoro ed esercitino nel detto Stato tale professione ».

— 8 febbraio 1996, nella causa C-166/94, Pezzullo Molini Pastifici Mangimifici s.p.a., in tema di *libera circolazione delle merci* (regime di perfezionamento attivo: prelievi agricoli e IVA), dove si è statuito che: « 1) la direttiva del Consiglio 4 marzo 1969, 69/73/CEE, relativa all'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti il regime del perfezionamento attivo, vigente all'epoca dei fatti, consentiva che uno Stato membro prevedesse che, in caso di immissione al consumo nella Comunità di merci precedentemente vincolate al regime di perfezionamento attivo, il prelievo agricolo dovuto venisse assoggettato ad interessi moratori per il periodo compreso tra l'importazione temporanea e l'importazione definitiva; 2) la 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 d'imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, non consente che uno Stato membro imponga la riscossione di interessi moratori, per il periodo compreso tra l'importazione temporanea e quella definitiva, sull'IVA dovuta in caso di immissione al consumo nella Comunità di merci precedentemente vincolate al regime del perfezionamento attivo ».

4. — Delle residue questioni, quella concernente il trattamento edittale minimo dell'art. 708 del codice penale è superata per la sopravvenuta illegittimità costituzionale della disposizione. L'altra, quella relativa all'art. 707, va dichiarata infondata, rientrando nella discrezionalità del legislatore la determinazione delle quantità e qualità della sanzione, purché si osservi il limite della ragionevolezza. Che non è violato nel caso di specie, considerando la diversità delle situazioni comparate e, particolarmente, il riferimento a ipotesi di reato distanti dalla contravvenzione esaminata.

---

della sua matrice autoritaria. L'inclinazione a concepire il diritto penale secondo un modello prevalentemente repressivo e sostanzialistico, che sottovaluta le garanzie individuali, trova nella sentenza della Corte una importante battuta di arresto: la Costituzione diventa effettivamente il punto di riferimento normativamente sovraordinato che consente di « rifondare » il diritto penale, orientandolo verso una nuova politica dei beni giuridici penalmente tutelabili, che vede in primo piano le esigenze di garanzia, con le quali devono necessariamente fare i conti quelle di difesa sociale (rinviamo per chiudere alle belle pagine di FERRAJOLI, in *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, 472 ss., e alla sua prospettiva « minimalistica » del diritto penale, sulla quale si vedano le puntuali osservazioni di FIANDACA, in *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *Questione giustizia*, 1991, 39 ss.).

FEDERICO BASILICA

disposizione va, pertanto, dichiarata illegittima, perché viola gli artt. 3 e 25 della Costituzione, restando assorbito l'ulteriore profilo denunciato.

3. — La previsione dell'art. 707 del codice penale conosce una storia solo parzialmente analoga.

Parimenti trasmessa alle moderne codificazioni dall'archetipo costituito dall'art. 277 del codice napoleonico nell'ambito delle medesime categorie di « devianti » (ma con la più severa sanzione della detenzione da due a cinque anni), recepito nell'attuale disposizione attraverso gli artt. 461 del codice albertino del 1839 (con una pena massima di tre anni), 448 del codice penale del Regno sardo del 1859 e 492, secondo comma, del codice Zanardelli (ove la pena detentiva massima non superava i sei mesi di arresto), non risulta affatto abbandonato dalla legislazione europea vigente, compresa quella britannica (Thaft Act del 26 luglio 1968).

3.1. — La questione non è fondata.

La determinazione del fatto-reato circa questa ipotesi criminosa è data infatti dalla tipologia stessa degli oggetti detenuti (le « chiavi alterate o contraffatte », le « chiavi genuine », gli « strumenti atti ad aprire o a sforzare serrature ») in ordine ai quali è pleonastica la mancata giustificazione della loro attuale destinazione. Ciò, ovviamente, se ben s'intende sia il riferimento agli strumenti atti allo scasso (in relazione alle caratteristiche medie delle serrature o delle difese adottate), sia il presupposto soggettivo con riguardo ad altra commissione di fatti specifici.

---

soggetti che svolgono professionalmente attività connesse alla circolazione della ricchezza mobiliare.

La Corte Costituzionale richiama a tal proposito la norma dell'art. 12-*quinquies* del d.l. n. 306/92, sulla quale tuttavia, come si è detto, era in precedenza intervenuta, con sentenza n. 48 del 1994, per dichiararne la illegittimità costituzionale. La Corte Costituzionale infatti si è trovata a spiegare per quale motivo il possesso ingiustificato di danaro od altro fosse da considerarsi lecito, laddove realizzato da alcune persone, ed illecito se realizzato da altre categorie di persone. La Consulta in passato aveva risolto il problema, spiegando che il fatto punibile risiedeva proprio nella possibilità di dare soddisfacente spiegazione del possesso di un valore non confacente allo stato del soggetto. Tuttavia non aveva eliminato il riferimento alla condizione sociale abituale, che ormai non appariva più in linea con l'attuale contesto storico-politico-sociale.

7) Per concludere, ci limitiamo a far notare che, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 708, la Corte ha reso una sentenza di grandissima importanza. In presenza di tanti interventi novellistici e settoriali, e, soprattutto, in assenza di una riforma globale del diritto penale, la Corte mostra di saper svolgere il ruolo che l'ordinamento le assegna con grande coerenza, contribuendo in modo sostanziale a ridisegnare il volto del vecchio codice Rocco, che si spoglia sempre più, grazie ad interventi illuminati come questo,

dizioni, instabili come ogni *status* processuale, non legittimano alcun apprezzamento in termini di disvalore» (sentenza n. 48 del 1994). In ciò ravvisando una significativa differenza strutturale rispetto alla sua matrice contravvenzionale, individuata appunto nell'art. 708.

2.2. — Con le decisioni menzionate, la Corte doveva spiegare come mai il possesso di valori mobiliari o la mera detenzione di chiavi fossero da ritenere condotte lecite — se poste in essere da alcune persone — mentre integrassero condotte punibili, per se stesse considerate, ove realizzate da altre. Si trattava di un dubbio di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 25 della Costituzione ,che penetrava fin dentro alla conformazione tipica della figura di reato; dubbio che la Corte sciolse affermando che l'indicazione precisa del fatto punibile risiedeva proprio nella «possibilità di dare una soddisfacente spiegazione del possesso di un valore non confacente alle abituali condizioni di vita» del sospettato. Ma in tal modo non si eliminò dalla fattispecie quella condizione sociale abituale che non è certo più concepibile in un orizzonte storico diverso da quello originario. Essa era indispensabile per separare i fatti di possesso punibili da quelli leciti, che si sottraggono a ogni forma di controllo. E ciò in quanto si voleva infliggere comunque una pena per quei fatti sfuggiti all'accertamento dell'azione delittuosa del responsabile del reato contro il patrimonio, utilizzando un surrogato contravvenzionale, tipizzato attraverso la riferibilità del fatto, di per sé neutro, a un pregiudicato per alcune classi di precedenti penali.

Tale *deficit* di tassatività conferma l'irragionevolezza della limitazione delle condizioni soggettive punibili a una sola categoria di persone. La

---

La Corte Costituzionale, dopo una breve ma puntuale ricostruzione storica della contravvenzione del possesso ingiustificato di valori, nata nel secolo scorso per arginare la piaga della mendicità, ma presto estesa anche ad altre «persone sospette» (oziosi, vagabondi e via dicendo), spiega l'inadeguatezza dello strumento ottocentesco rispetto alle «nuove dimensioni della criminalità, non più rapportabile, necessariamente, a uno stato o a una condizione personale».

La Corte Costituzionale è pervenuta in tal modo alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma denunciata, sostenendo che nell'odierna società sia ravvisabile un dato nuovo, in passato difficilmente riscontrabile e valutabile: l'esistenza cioè di fenomeni di arricchimento personale ottenuto mediante vie illecite ed occulte. Di fronte a questo «nuovo» comportamento lo strumento apprestato dalla norma dell'art. 708 c.p. è risultato insufficiente, in quanto descrittivo di un'ipotesi marginale; e non giustificata è apparsa la discriminazione nei confronti di una categoria di soggetti composta da pregiudicati «per delitti determinati da motivi di lucro e per contravvenzione concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio». La fattispecie denunciata è stata quindi considerata anacronistica ed indeterminata, perché il sempre maggiore accrescimento della ricchezza mobiliare e la sua circolazione in ambito internazionale ha comportato una situazione nella quale gli eventuali danni all'economia e alla collettività provengono da quegli stessi

trollo rendono infatti questo strumento ottocentesco di difesa sociale del tutto inadeguato a contrastare le nuove dimensioni della criminalità, non più rapportabile, necessariamente, a uno « stato » o a una « condizione personale ». Irragionevole è, dunque, la discriminazione nei confronti d'una categoria di soggetti composta da pregiudicati per reati di varia natura o entità contro il patrimonio (a volte assai risalenti nel tempo) che siano colti in possesso di « denaro o di oggetti di valore o di altre cose non confacenti al [loro] stato ». Riferimento, questo, che si palesa indeterminato per la genericità del disposto normativo e non più adeguato a perseguire i fenomeni degli arricchimenti illeciti quali risultano dall'osservazione della realtà criminale di questi ultimi decenni. Ed è evidente che i danni all'economia e alla convivenza civile provengono da persone che — svolgendo professionalmente attività legate alla circolazione della ricchezza mobiliare o a questa prossime — hanno modo di eludere, anche per lunghi periodi di tempo, i controlli legali.

Di tali mutamenti si è peraltro reso conto pure il legislatore, che ha introdotto nell'ordinamento giuridico (con il d.-l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella legge 7 agosto 1992, n. 356) una nuova figura di reato con cui si puniva la disponibilità di beni di valore sproporzionato al reddito o alla propria attività economica. Ma modellando la previsione sulla falsariga dell'art. 708 del codice penale ha finito per travalicarlo, poiché ha esteso la categoria dei « sospetti » ai semplici indagati di alcuni e più gravi reati, violando il principio della presunzione di non colpevolezza affermato nell'art. 27, secondo comma, della Costituzione. Sì che questa Corte ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, sostenendo che « il fatto penalmente rilevante deve essere tale a prescindere dalla circostanza che il suo autore sia o meno indagato o imputato », perché siffatte « con-

---

secondo comma, Cost. Se infatti il « denaro » e gli « oggetti di valore » rinviano a dati oggettivi tali da soddisfare pienamente il principio di tassatività, il riferimento alle « cose non confacenti al suo stato » violerebbe palesemente il principio di sufficiente determinatezza della fattispecie incriminatrice, in quanto la genericità delle « cose » è tale da indurre il giudice ad effettuare una valutazione sullo stato sociale « attuale » del soggetto, già precedentemente condannato, con conseguente ampliamento ingiustificato della norma incriminatrice.

La violazione dell'art. 24, secondo comma, Cost., viene addotta sulla base dell'argomento, già in precedenza richiamato, che la giustificazione della provenienza delle cose obbligherebbe l'imputato a fornire all'autorità giudiziaria la notizia della propria (confessione) o altrui (denuncia) commissione di un altro reato. La fattispecie in questo modo violerebbe il riconosciuto diritto costituzionale alla difesa, che tra le sue modalità prevede anche che il soggetto possa avvalersi del silenzio.

Infine, la fattispecie incriminatrice dovrebbe essere dichiarata costituzionalmente illegittima, quanto meno con riferimento al trattamento sanzionatorio minimo, che si assume irrazionale per l'eccessività della pena edittale minima.

del 22 luglio 1992 — hanno eliminato il reato del « possesso ingiustificato di valori », mentre hanno conservato, in varia guisa, la disciplina del possesso di grimaldelli, chiavi false e oggetti simili. E in una prospettiva adeguatrice ai principi della Costituzione, questa Corte dichiarò significativamente, con la sentenza n. 110 del 1968, l'illegittimità costituzionale dell'art. 708 del codice penale, limitatamente però « alla parte in cui fa richiamo alle condizioni personali di condannato per mendicità, di ammonito, di sottoposto a misure di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta » (decisione poi ripetuta, con la sentenza n. 16 del 1971, anche per la figura del reato di cui all'art. 707), così depurando la norma incriminatrice da tutte quelle categorie di soggetti nei cui confronti il « sospetto » si sarebbe potuto dire ingiustificato.

2.1. — Il ragionamento svolto nelle due decisioni menzionate va ora sviluppato e portato a compimento.

È oggi visibile nella società un nuovo dato, ch'era in passato più difficile da cogliere: l'esistenza di preoccupanti fenomeni di arricchimento personale ottenuto mediante vie illecite e occulte. Di fronte a queste tendenze degenerative della vita economica e civile, la previsione incriminatrice contenuta nell'art. 708 del codice penale è una ipotesi assolutamente marginale e ormai irragionevole nella sua esclusiva riferibilità a coloro che sono pregiudicati « per delitti determinati da motivi di lucro e per contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio ». La crescita della ricchezza mobiliare, la sua circolazione in ambito internazionale e l'uso dello schermo societario per il suo con-

---

L'art. 12-*quinquies*, secondo comma, proprio perchè elaborato alla stregua dei modelli tipici del procedimento di prevenzione, basa sulla qualità di indagato o di imputato il presupposto soggettivo che rende possibile un dato fatto, cioè la sproporzione non giustificata tra beni e reddito, che altrimenti non sarebbe perseguito. Quindi, il soggetto indiziato o imputato, ancorchè presunto non colpevole, è, per ciò solo, assoggettato a pena, relativamente ad una condotta che, qualora posta in essere da un qualsiasi altro soggetto, non darebbe adito a nessuna conseguenza penale.

Infine, « *ad ulteriore e conclusiva conferma di come sia stato lo stesso legislatore ad aver maturato la consapevolezza di essersi sospinto sul pericoloso crinale di una possibile compromissione di valori fondamentali* » sta la sorte toccata alla nuova ipotesi di possesso ingiustificato di valori, introdotta nel testo del d.l. 17 settembre 1993, n. 269, in relazione agli imputati di taluni delitti contro la P.A., che, vivacemente contestata nel corso dei lavori parlamentari, fu soppressa dalla legge di conversione n. 461 del 1993.

6) La sentenza Vassalli dichiarando l'illegittimità costituzionale del reato di sospetto introdotto dall'art. 12-*quinquies*, segna un vero e proprio *revirement*, che non poteva non riaprire la questione di costituzionalità degli artt. 707 e 708, ed infatti con una serie di ordinanze di rimessione la questione è stata riproposta alla Corte che ha deciso con la sentenza in rassegna n. 370 del 1996.

Con particolare riferimento all'art. 708 c.p., la norma viene censurata in quanto violerebbe innanzitutto il principio di tassatività di cui all'art. 25,

vigore dal 1° gennaio 1811: « Ogni mendicante o vagobondo a cui saranno trovati indosso uno o più oggetti di un valore che ecceda le lire cento, e che non ne giustificherà la provenienza, sarà punito », ai sensi del'art. 276, « con detenzione da sei mesi a due anni ».

La norma non costituiva invero una novità assoluta, dal momento che in altre forme si era già fatto impiego, nelle legislazioni preunitarie, di analoghi schemi puntivi per coloro che fossero colti nel possesso di valori anche « rurali », segnatamente i prodotti della terra, secondo una disposizione rinvenibile nella codificazione dello Stato pontificio. Ispirandosi al modello francese — con la significativa dissonanza del codice per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla del 1820 — quasi tutte le codificazioni successive adottarono la situazione incriminatrice. L'acquisì il codice albertino del 1839, allargando però il novero dei soggetti attivi in un ambito più composito, quello delle « persone sospette », tanto da ricomprendere, agli artt. 460 e 462, gli oziosi, i vagabondi, i mendicanti validi, i sorvegliati speciali, gli stranieri clandestini, i diffamati per crimini o per delitti, e singolarmente per grassazioni, estorsioni, furti e truffe.

Essa è stata quindi recepita nell'art. 708 del codice vigente, e prima negli artt. 449 del codice penale del Regno sardo del 1859 (poi esteso al Regno d'Italia) e 492 del codice Zanardelli, intitolato « Del possesso ingiustificato di oggetti e valori », ma caratterizzato da sanzioni meno severe, quale l'arresto di soli due mesi.

Le legislazioni penali europee — compresa la Francia che si è di recente uniformata con il nuovo codice adottato mediante quattro leggi

---

tualmente, anche in parte, con il provento di alcuni reati contro la P.A., dichiara la illegittimità costituzionale della norma incriminatrice denunciata.

Per i giudici della Consulta, infatti, il legislatore ha ingenerato una commistione pericolosa tra la norma incriminatrice, volta ad impedire, attraverso il sequestro e la confisca, l'accumulazione di beni di sospetta provenienza e la struttura che caratterizza, ai medesimi fini, il diverso istituto delle misure di prevenzione di carattere patrimoniale. Tale interferenza evidenzia infatti l'esistenza di un'area all'interno della quale i presupposti che devono assistere la sanzione criminale finiscono per essere ambiguamente confusi con quelli che viceversa consentono l'applicazione di una misura di sicurezza preventiva.

La Corte Costituzionale esaurisce la sua analisi facendo queste considerazioni. Essa afferma che se non viola i principi costituzionali la norma che, al fine di attivare norme di tipo preventivo, desume, dalla qualità di indiziato per taluni reati, il sospetto che la sproporzione tra beni posseduti e reddito dichiarato possa essere frutto di illecita attività, altrettanto non può dirsi ove l'analoga situazione venga ricondotta all'interno di una previsione incriminatrice, in questo caso infatti troverebbe un ostacolo insuperabile nel principio di presunzione di non colpevolezza dell'art. 27, secondo comma, Cost. Da tale norma costituzionale discende infatti che non è possibile desumere, dalla qualità di persona sottoposta a procedimento penale, alcuna presunzione che valga a qualificare una specifica condotta che il legislatore ritenga meritevole di sanzione penale.

della funzione rieducativa della pena con riguardo, come *tertium comparationis*, alla previsione generale del citato art. 25, a quella particolare dell'art. 708 del codice penale (in base al presupposto soggettivo comune) e alla previsione degli artt. 624 (furto semplice, nel cui ambito la giurisprudenza include l'ipotesi di furto nei grandi magazzini con l'asportazione della piastra magnetica) e 625 (furto aggravato, nell'ipotesi in cui il giudicante ravvisi le attenuanti generiche).

1.1. — Sono dunque al vaglio di legittimità costituzionale quattro distinte questioni sulle menzionate figure dei reati di sospetto: due attengono alla struttura dei reati, e due al trattamento sanzionatorio minimo che si assume irrazionale rispetto alla tavola degli altri valori penalistici. Conviene quindi che i relativi giudizi siano riuniti; e pare opportuno, per comodità espositiva, che si muova dall'esame della questione concernente la struttura del reato di possesso ingiustificato di valori (art. 708 del codice penale).

2. — La questione è fondata.

La contravvenzione del possesso ingiustificato di valori venne introdotta nella moderna legislazione penalistica dal codice napoleonico del 1810 per colpire (o almeno arginare) la piaga della mendicità, com'è desumibile dall'art. 378, che si cita nell'edizione ufficiale per il Regno d'Italia in

---

« divieto all'autoincriminazione ». Se in passato la giurisprudenza della Cassazione, in riferimento all'art. 708 c.p., aveva superato il problema, spiegando che la giustificazione della provenienza delle cose possedute veniva sollecitata in un momento anteriore a quello giudiziale, e quindi precedente al momento dell'assunzione della qualità di indagato, analogo discorso non poteva essere ripetuto quando chiamato a giustificarsi ex art. 12-*quinquies*, secondo comma, era proprio il soggetto che aveva già assunto la qualità di indagato.

Nelle numerose ordinanze di remissione era ricorrente il rilievo che la fattispecie punisse « la disponibilità di beni di valore sproporzionato al reddito o alla attività economica, ove di tale disponibilità non venisse giustificata la legittima provenienza da parte di coloro nei cui confronti pendeva procedimento penale per determinati reati »: una condizione meramente « processuale », che in virtù della presunzione di non colpevolezza, dovrebbe ritenersi ininfluente, viene invece assunta come presupposto del « sospetto », desunto dal possesso ingiustificato di quei beni. Veniva poi censurata la ingiustificata discriminazione, relativa al trattamento tra le persone indagate per il reato *de quo* ed altre che sono, invece, sottoposte ad indagini per reati diversi.

Con la sentenza n. 48 del 1994 (*Pres.* CASAVOLA, *est.* VASSALLI, in *Corr. giur.*, 1994, 446, con nota di CICALA; ma anche in *Giust. pen.*, 1994, 20, con note di SANTORIELLO e SANTACROCE) la Corte dopo aver esposto le ragioni di politica criminale, che avevano indotto il Governo ad intervenire con il d.l. n. 306/92, nonché il legislatore ad intervenire nel 1993 per estendere l'applicazione delle misure di prevenzione di carattere patrimoniale previste dalla legge n. 575/65 a coloro che, sulla base di elementi di fatto rappresentati dall'essere sottoposti a procedimento penale per delitti determinati da motivi di lucro, vivono abi-

alla nozione generica di « cose » di valore costringe il giudice a motivare sul carattere di esse;

b) contrasterebbe con l'art. 3 per la traslazione della portata incriminatrice della norma, incentrata in via esclusiva (e, perciò, irragionevolmente) sullo stato sociale, attuale, del soggetto in precedenza condannato;

c) lederebbe il principio per cui *nemo tenetur se detegere*, enucleabile dall'art. 24, secondo comma, giacché impone indirettamente a chi abbia commesso un altro reato di assumerne la responsabilità o di indicare il responsabile al fine di sottrarsi all'accusa mossagli, in tal modo costruendo un irragionevole obbligo alla confessione, o alla denuncia dell'autore del fatto, per il soggetto colto in possesso « non giustificato » di un valore (irragionevolezza *ex* art. 3 della Costituzione);

3) se l'art. 708 del codice penale, nel prevedere una pena edittale minima di tre mesi di arresto, sia costituzionalmente illegittimo, perché in tal modo verrebbe paradossalmente riservato al reo di alcuni gravi delitti contro il patrimonio un trattamento in concreto più favorevole rispetto a questa contravvenzione, grazie alla possibilità d'un giudizio di valenza delle circostanze (ad esempio nel furto aggravato) o in ipotesi di reati affini, ma meno gravi come la ricettazione di particolare tenuità, per effetto della qualificazione del fatto nella sentenza;

4) se l'art. 707 del codice penale, nella parte in cui stabilisce il minimo edittale di sei mesi di arresto, anziché quello di cinque giorni previsto dall'art. 25 del codice penale, violi i principi di ragionevolezza e

---

Il tentativo di far emergere realtà di crimine organizzato attraverso il controllo specifico dei traffici finanziari si era però troppo spesso imbattuto in ostacoli difficili da superare e l'art. 12-*quinquies* appariva lo strumento idoneo a superare tali difficoltà, secondo un modello di anticipazione della tutela chiaramente mutuato dalle contravvenzioni degli artt. 707 e 708 c.p., in materia di prevenzione dei delitti contro il patrimonio.

È proprio tale « discendenza » che ripropose tuttavia i dubbi che, in passato, la « concezione poliziesca » (per dirla con COPPI, *op. cit.*, 1715) sottesa agli articoli citati, aveva sollevato. Si trattava allora di accertare se la ricerca di strumenti sempre più raffinati, per la lotta alla criminalità organizzata, si fosse paradossalmente risolta in un ritorno al passato, ovvero il legislatore si fosse limitato ad utilizzare uno strumento già collaudato, calandolo però in un contesto del tutto diverso.

Soprattutto alla dottrina (MUCCIARELLI, *Commento all'art. 12-quinquies d.l. n. 306 del 1992*, in *Leg. pen.*, 1992, 157) non era poi sfuggita la grande differenza data dal fatto che con la nuova disposizione il legislatore aveva trasformato la fattispecie basata sul « sospetto di reato » da contravvenzione a « delitto ». Ma la conseguenza di maggior rilievo veniva ravvisata nel contrasto tra la disposizione in esame e l'art. 24, secondo comma Cost., inteso come

pericolosità della detenzione di un grimaldello da parte d'un pregiudicato rispetto al danno criminale derivante dal furto semplice. E ciò anche a voler tralasciare la diversità fra i due tipi di pena, (reclusione e arresto) fra loro non comparabili.

Considerato in diritto

1. — Il tribunale dei minorenni dell'Aquila, il pretore di Varese e il pretore di Milano ripropongono alcune questioni di legittimità costituzionale concernenti i cosiddetti « reati di sospetto », come la dottrina cataloga le previsioni di cui agli artt. 707 e 708 del codice penale. In particolare questa Corte è chiamata a valutare:

1) se l'art. 707 del codice penale contrasti con il principio *nullum crimen sine iniuria*, a dire del giudice *a quo* costituzionalizzato dagli artt. 25, 27 e 3 (quest'ultimo in relazione all'art. 13) della Costituzione, perché attraverso di esso, secondo una visione formalistica del reato, costituirebbe illecito penale anche la violazione del dovere di obbedienza alle norme statali, pure in mancanza di un pericolo concreto (come per tutte le figure di reato di pericolo presunto);

2) se l'art. 708 del codice penale sia costituzionalmente illegittimo, in quanto:

a) violerebbe il principio di tassatività delle norme penali contenuto nell'art. 25, secondo comma, della Costituzione, poiché il riferimento

---

costituzionale dell'art. 708, richiamando correttamente la precedente sentenza n. 14 del 1971, che aveva già puntualmente replicato ad ogni singola censura.

5) Tutte le perplessità che avevano investito le fattispecie degli art. 707 e 708 si riversano pressoché integralmente sul secondo comma dell'art. 12-*quinquies* della legge n. 356 del 1992, con la quale era stato convertito, con modificazioni, il d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa) ed anzi si amplificano ulteriormente, aggiungendosi ad esse dubbi ulteriori derivanti dalle peculiarità della innovativa disposizione che il Governo, che l'aveva proposta, considerava uno strumento di grande rilevanza nell'ambito della lotta contro la criminalità organizzata (Di Giovine, *Antichi schemi e nuove prospettive nella lotta alla criminalità organizzata. Dall'art. 708 c.p. all'art. 12-quinquies del d.l. 8 giugno 1992, n. 306*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 117 ss.).

La norma sembrava il prodotto di una più evoluta concezione del fenomeno mafioso, valutato in chiave economica e con particolare attenzione alla fase in cui si articola il riciclaggio del danaro proveniente da attività criminose. In questo contesto si inserivano innanzitutto gli artt. 416 *bis*, 648 *bis* e 648 *ter* c.p., nonché la legge n. 197 del 1991, con la quale si era introdotto, da un lato, il divieto di compiere transazioni economiche, sopra un certo importo, attraverso l'uso del contante e, dall'altro, l'obbligo per gli intermediari finanziari di denunciare alle autorità competenti eventuali operazioni sospette.

l'asportazione della piastra magnetica applicata agli oggetti esposti sui banchi dei grandi magazzini).

Il possesso anche di un unico attrezzo (cacciavite, forbici, chiave inglese), che in sé non sarebbe significativo di alcuna particolare pericolosità del soggetto, oltre a essere sottoposto a una sanzione sproporzionata vanificherebbe la finalità rieducativa della pena. Di contro a quanto questa Corte ha affermato con la sentenza n. 341 del 1994, riferendo l'art. 27, terzo comma, della Costituzione pure alla fase cognitiva del processo e sostenendo che « il principio di proporzionalità nel campo del diritto penale equivale a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni o valori offesi dalle predette incriminazioni ».

3.1. — È intervenuto il Presidente del Consiglio dei Ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, concludendo per l'inammissibilità — in considerazione della discrezionalità del legislatore con riguardo alla politica di prevenzione dei reati — o, in subordine, per l'infondatezza della questione.

Nella specie, comunque, la condotta sanzionata dall'art. 707 del codice penale avrebbe una potenzialità plurioffensiva rispetto a quella dell'art. 708; né la predetta ipotesi potrebbe essere comparata con quella del furto semplice, in quanto il legislatore avrebbe valutato la maggiore

---

che di per se stessa non costituirebbe infrazione di alcun comando o divieto penale, ma che è incriminata solo per il sospetto che desta ».

La norma veniva poi censurata per violazione dell'art. 42 Cost., a cagione cioè della ingiustificata comparazione fra le diverse situazioni del possessore di strumenti indicati dall'art. 707 c.p. e quella del possessore di valori indicati nell'art. 708 c.p. Mentre infatti sarebbe concepibile il divieto di detenere strumenti atti ad aprire o forzare serrature, per assicurare l'esigenza di ostacolare la commissione di altri reati, nonostante la condotta non sia di per sé offensiva, non sarebbe invece concepibile una sanzione per il possesso di denaro di cui non si sia accertata l'illegittima provenienza, perché tale possesso costituirebbe una situazione soggettiva costituzionalmente garantita.

Si argomentava infine sulla norma dell'art. 24, secondo comma Cost., che verrebbe violata se si includesse nella fattispecie incriminata il rifiuto di fornire giustificazione sulla provenienza del denaro e delle altre cose in esso indicate. In questa ipotesi infatti la norma sanzionerebbe il rifiuto di confessare modi illegittimi di acquisto delle suddette cose, contrastando quindi con il principio « *nemo tenetur se detegere* », che non potrebbe non essere ricompreso nel diritto costituzionale di difesa.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 464 del 1992 (che si deve alla penna dello stesso giudice estensore dell'ultima decisione che commentiamo, il prof. Francesco Guizzi) dichiarò non fondata la questione di legittimità

criminosa, il pretore di Milano ha sollevato con altrettante ordinanze, riferite tutte agli artt. 3, primo comma, e 27, terzo comma, della Costituzione, identica questione di legittimità costituzionale del citato articolo, nella parte in cui prevede il minimo edittale di sei mesi di reclusione (*recte*: di arresto), anziché di cinque giorni, stabilito dall'art. 25 dello stesso codice.

Osserva il pretore che la pena minima prevista dalla disposizione di cui dubita determinerebbe conseguenze risolvibili soltanto in seguito alla declaratoria di illegittimità costituzionale. Con una previsione generale, valida qualora specificamente non derogata, l'art. 25 del codice penale stabilisce infatti che la pena dell'arresto ha una soglia minima di cinque giorni; e l'art. 708, che ha in comune con la incriminazione *de qua* il presupposto soggettivo, statuisce che il minimo non superi la pena di tre mesi di arresto. Infine, il furto semplice viene punito con un minimo di quindici giorni di pena detentiva che finisce per essere applicabile, attraverso il giudizio di equivalenza fra le circostanze di reato, anche quando sia stato ipotizzato un furto aggravato ai sensi dell'art. 625 dello stesso codice. Ne conseguirebbe un trattamento sicuramente deteriore per coloro che pongono in essere quei semplici atti preparatori, in sé non punibili, ma sottoposti a sanzione dall'art. 707 in considerazione dei soli precedenti penali dell'imputato, e si tratterebbe, certo, di una sanzione detentiva assai più severa di quella che è normalmente irrogabile nel caso dell'esecuzione di un furto semplice (quand'anche sia commesso mediante l'uso di piccole pinze, o strumenti analoghi, o con

---

menzionate nell'art. 707 c.p., e dichiarò la illegittimità parziale dell'art. 708 c.p., nella parte in cui faceva richiamo alle condizioni personali di condannato per mendicità, di ammonito, di sottoposto a misura di sicurezza personale e a cauzione buona condotta.

Ma la soluzione lasciava senza risposta i dubbi di fondo che investivano la figura e la generale insoddisfazione della dottrina, lasciava presagire che presto o tardi la questione sarebbe stata riproposta. Superate le obiezioni inerenti alla descrizione strutturale della fattispecie, rimanevano in piedi gli altri problemi, tra i quali quello che suscitava i dubbi maggiori era senz'altro l'inversione dell'onere probatorio, operata dalla norma in questione e risolta dalla Corte in maniera poco convincente. E tuttavia le resistenza della Corte fecero registrare negli anni successivi una serie di pronunce di manifesta infondatezza della questione (sent. n. 14/1971, in *Foro it.*, 1971, I, 534; ord. n. 88/1972, in *Foro it.*, 1972, I, 1883; ord. n. 65/1981, in *Giur. cost.*, 1981, I, 362).

I problemi perciò rimanevano irrisolti e a distanza di dieci anni, con un'ordinanza di rimessione dell'ottobre del 1991, la Corte è stata nuovamente investita del problema della legittimità costituzionale dell'art. 708 c.p.

Si prospettava innanzitutto la violazione del principio di materialità ex art. 25, secondo comma Cost., che parlando di «fatto commesso» presuppone che ogni reato debba essere caratterizzato da una condotta commissiva o omissiva. Secondo un'ottica che riecheggia chiaramente la vecchia tesi di Manzini e Bellavista, si deduceva che la fattispecie incriminatrice denunciata incriminerebbe solo il «mero sospetto», cioè «una situazione individuale,

2.3. — L'articolo in esame dovrebbe, in subordine, essere dichiarato costituzionalmente illegittimo, ancora in riferimento all'art. 3, per l'eccessività — così conclude l'ordinanza — della pena edittale minima prevista.

Pur a conoscenza dell'indirizzo della giurisprudenza costituzionale in senso preclusivo circa la possibilità d'intervenire sulla qualità e misura della pena, il giudice *a quo* richiama la sentenza n. 49 del 1989 (di parziale fondatezza) che concerne altro reato di sospetto, e la contrappone al precedente specifico costituito dall'ordinanza n. 270 del 1984. L'irragionevolezza del trattamento minimo stabilito nella disposizione denunciata si manifesterebbe con riguardo al diverso regime edittale riservato ad alcuni delitti contro il patrimonio, rispetto ai quali la contravvenzione al presente vaglio di legittimità costituzionale costituirebbe un *minus* (il furto e altre figure criminose, la cui punibilità sarebbe, in concreto, opportunamente modulabile sia attraverso il giudizio di valenza delle circostanze, sia attraverso gli spazi attribuiti alla discrezionale qualificazione del fatto, com'è nel caso della ricettazione di particolare tenuità).

2.4. — È intervenuto il Presidente del Consiglio dei Ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, concludendo per la non fondatezza di entrambe le questioni sollevate dal pretore di Varese, la prima delle quali appare identica a quella decisa con la sentenza n. 464 del 1992.

3. — Nel corso del procedimento penale a carico di Leone Marco Luciano, imputato del reato di cui all'art. 707 del codice penale, nonché nel corso di altri cinque procedimenti penali relativi alla stessa ipotesi

---

conseguente violazione del principio di tassatività ex art. 25, secondo comma Cost. (per l'uso dell'inciso «...o di altre cose non confacenti al suo stato»). Ed infine si prospettava la violazione dell'art. 3 Cost., in quanto il riferimento della fattispecie incriminatrice denunciata alle «condizioni personali», indicate nell'art. 707 c.p., creerebbe una ingiustificata discriminazione, a parità di condizioni soggettive, tra chi in precedenza è stato condannato per mendicità o altre cause, e chi non si trovi in tale situazione.

La Corte Costituzionale escluse la violazione dell'art. 27, secondo e terzo comma Cost. spiegando, da un lato, che «il principio di non colpevolezza» non investe il modo di provare i «fatti di reato»; e, dall'altro, che la violazione del principio della funzione rieducativa della pena non può essere invocata per escludere la legittimità delle norme l'oggetto specifico della cui tutela è la prevenzione di taluni delitti contro il patrimonio. La Corte escluse pure la violazione dell'art. 25, secondo comma Cost., in quanto la norma incriminatrice offrirebbe un'indicazione precisa del «fatto punibile» e perciò porrebbe il soggetto nella condizione di conoscere il divieto che forma oggetto della disposizione incriminatrice, dandogli la possibilità di fornire una esauriente spiegazione del possesso di denaro od altro che non fosse confacente alle sue abituali condizioni di vita.

La Corte Costituzionale ritenne, invece, fondata la censura di violazione dell'art. 3 Cost. per l'ingiustificata discriminazione alla quale dava luogo la norma dell'art. 708 c.p., richiamandosi alle eterogenee categorie di persone

La questione sarebbe rilevante nel giudizio *a quo*, essendosi il pubblico ministero riferito al possesso della valuta angolana, non confacente a suo avviso allo stato di indigenza dell'imputato derivante dalla disoccupazione; e ciò come se si trattasse di « cose » e non d'una « somma di denaro ».

2.2. — L'art. 708 del codice penale contrasterebbe altresì con l'art. 24, secondo comma, della Costituzione, per violazione del principio sostanziale (e processuale) secondo cui *nemo tenetur se detegere*. Seguendo l'orientamento giurisprudenziale in ordine alla giustificazione richiesta dalla disposizione denunciata — l'attendibile e circostanziata spiegazione del possesso di valori — si obbligherebbe di fatto l'accusato a fornire all'autorità giudiziaria la notizia della commissione di un altro reato, pur di essere scagionato da quell'accusa. Ogni qual volta la provenienza di cose, oggetti di valore e danaro sia illecita, la persona sottoposta a controllo potrà infatti evitare di rispondere della contravvenzione di cui all'articolo 708, dichiarando l'avvenuta commissione (da parte propria o di altri) di un diverso reato; quanto al momento temporale, la portata del principio costituzionale del diritto di difesa non potrebbe essere confinato alla fase processuale del giudizio.

La disposizione censurata violerebbe infine l'art. 3 della Costituzione, perché creerebbe un irragionevole obbligo di denuncia — sanzionato in via indiretta — in capo al soggetto colto in possesso di valori.

---

mente di polizia, e non da quello di reprimere il probabile reato da cui le cose provengono. Si voleva punire colui che, « per i suoi precedenti », « per il suo stato » e « per il suo possesso attuale » era sospettato di aver acquistato delittuosamente le cose che deteneva. La punizione aveva quindi lo scopo di prevenire, mediante i motivi inibitori che l'inflazione della pena creava, una « futura » attività del soggetto contro il patrimonio altrui.

Ma, come si è detto, la dottrina ha da tempo dubitato della legittimità costituzionale della norma, sotto molteplici profili, e sin dagli anni Sessanta la Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del possesso ingiustificato di valori.

4) Conviene perciò ripercorrere, nei suoi tratti essenziali, l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, prendendo le mosse dalla sentenza n. 110 del 1968 (in *Foro it.*, 1968, I, 2356, con nota di PIZZORUSSO, *Su un « espediente » del ministro borbonico di giustizia*; ma si segnala anche la gustosa nota di COPPI, *Osservazioni sui « reati di sospetto »*, in *Giur. cost.*, 1968, 1713), che fu sollecitata con due ordinanze di rimessione del marzo e settembre del 1967, le quali prospettavano l'illegittimità costituzionale dell'art. 708 c.p. sotto diversi profili.

Si deduceva innanzitutto la violazione dell'art. 27, secondo e terzo comma Cost., introducendo la fattispecie incriminatrice denunciata una presunzione legale di colpevolezza, in contrasto peraltro con la funzione rieducativa della pena: essa presupponeva la provenienza illecita degli oggetti posseduti e poneva a carico del possessore la prova della legittima provenienza di tali oggetti, non considerando sufficiente la prova che non provenivano da delitto. Si contestava poi l'insufficiente determinatezza del fatto punibile, con la

legislazione degli Stati preunitari, con la finalità di rafforzare l'attività di polizia, e sarebbe stato di recente rivitalizzato per un breve periodo dalla previsione dell'art. 12-*quinquies* del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella legge 7 agosto 1992, n. 356, e dichiarato costituzionalmente illegittimo da questa Corte con la sentenza n. 48 del 1994.

2.1. — Osserva il rimettente che tale figura non può essere censurata sotto il profilo della mancanza d'una qualsivoglia condotta — nonostante l'opinione della prevalente dottrina e malgrado alcuni precedenti giurisprudenziali — riflettendo il reato una condotta addirittura complessa, perché comprensiva sia dell'atto di acquisizione delle cose sia del loro consapevole possesso. Dubbi di costituzionalità si dovrebbero invece appuntare, con maggior fondamento, sull'oggetto del possesso. Se, infatti, il « denaro » e gli « oggetti di valore » sembrano rinviare a dati oggettivi, naturalistici, tali da soddisfare il principio di tassatività della fattispecie penale, le « cose » — parimenti ivi contemplate — paleserebbero un difetto assoluto di tassatività di questa parte della norma. Sotto siffatto aspetto la disposizione denunciata contrasterebbe con l'art. 25, secondo comma, della Costituzione (e con l'art. 3 per i motivi già esaminati nella sentenza n. 110 del 1968 che dichiarò la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 708 del codice penale). Il riferimento generico alle « cose » comporterebbe invero la necessità, per il giudice, d'una valutazione relazionale con lo « stato » del soggetto, amplificando la portata incriminatrice della norma, fino a incentrarla in modo esclusivo e irragionevole sullo stato sociale (attuale) del soggetto in precedenza condannato.

---

3) Quanto alla fattispecie dell'art. 708 c.p., la dottrina prevalente sosteneva che era caratterizzata da una condotta complessa o mista. Il possesso ingiustificato di valori sarebbe cioè costituito da una condotta positiva: « il possesso degli oggetti »; e da una condotta omissiva: « la mancata giustificazione della legittima provenienza degli oggetti ».

La sua *ratio* giustificatrice veniva individuata nell'esigenza di « *prevenire* » future aggressioni al patrimonio. Sospettandosi infatti la provenienza delittuosa di danaro o di altre cose detenute senza giustificazione e non potendo procedere per il reato da cui esse presumibilmente provenivano, il legislatore aveva ritenuto opportuno, al fine di prevenire nuove aggressioni al patrimonio, incriminare il fatto, a titolo contravvenzionale, in base al solo sospetto desunto da elementi soggettivi e oggettivi. Altri (NUVOLONE, *op. cit.*, 286) ritenevano invece che la *ratio* della norma non fosse preventiva, ma « repressiva », essendo diretta a reprimere un fatto che si presume essere conseguenza di un reato contro il patrimonio. Questa impostazione portava a sostenere la tesi dell'art. 708 c.p. come reato di sospetto, ma, non in relazione al futuro, bensì al passato, con la conseguenza che esso non sarebbe stato un reato di pericolo.

Questa tesi si scontrava tuttavia con l'indirizzo seguito dal legislatore che configurava chiaramente il possesso ingiustificato come « *reato di pericolo* » perché: 1) nessun danno può essersi determinato in relazione al passato; 2) il sospetto, che determina l'incriminazione, si fonda non già sulle cose possedute, ma sulle qualità personali del possessore. La tutela del patrimonio, apprestata dall'art. 708 c.p., era quindi determinata da uno scopo essenzial-

1.3. — È intervenuto il Presidente del Consiglio dei Ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, concludendo per l'infondatezza della questione.

Il reato di cui all'art. 707 del codice penale avrebbe, ad avviso dell'Avvocatura, una funzione finalistica di prevenzione, essendo teso a evitare la commissione di delitti contro il patrimonio. Un reato di pericolo, senza dubbio, che parte della dottrina ricomprende, però, nella categoria dei reati di pericolo relativamente presunto, nei quali il legislatore presumerebbe *iuris et de iure* la messa in pericolo del bene giuridico protetto, ammettendo nel contempo l'imputato a provare, in concreto, l'inesistenza del pericolo.

2. — Nel corso del procedimento penale a carico di Ferraresi Bruno, già condannato per il reato di emissione di assegno senza provvista e colto in possesso di valuta angolana (477.500 kwansaz, pari a un controvalore di circa 27.000 lire, all'epoca del fatto, e di circa 1200 lire, al momento del giudizio), imputato pertanto della contravvenzione di cui all'art. 708 del codice penale, il pretore di Varese ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 24, secondo comma, e 25, secondo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale del predetto articolo.

Il giudice *a quo* premette che questo tipo di incriminazione — classificabile nell'ambito dei cosiddetti reati di sospetto — era presente nella

---

Questa impostazione è rimasta, tuttavia, isolata. La dottrina prevalente (NUVOLONE, *Il possesso nel diritto penale*, Milano, 1942, 283 ss.; GALLO, voce *Dolo*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 754 ss.; BRICOLA, *Reati di sospetto*, in *Giust. Cost.*, 1973, 108 ss.) ha infatti escluso l'esistenza della categoria dei reati di sospetto quale *tertium genus* accanto ai reati di azione e ai reati di omissione. Più che di « reato di sospetto » si dovrebbe parlare piuttosto del « *sospetto di reato* » (DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, 143), spiegando che il possesso è solo un indice della possibilità di commissione di un altro reato, non un elemento del reato. Non sono, in pratica, reati senza condotta, perché « il possedere è senza dubbio una azione o per lo meno la presuppone necessariamente, tanto è vero che, se il possesso non è volontario, come nel caso che gli oggetti vengano collocati da altri presso il soggetto a sua insaputa, il reato non sussiste » (ANTOLISEI, *Manuale dir. pen.*, Milano, 1982, 185). Essi perciò non contrastano con il principio di materialità, perché non incriminano uno stato individuale, ma il fatto materiale del possedere. E tuttavia tale fatto non viene punito in quanto tale, ma per il suo valore « indiziante », ed è perciò che, per la più autorevole dottrina, i reati di sospetto « rappresentano una plurianomalia, perché investono i principi costituzionali non solo di offensività, ma della presunzione di non colpevolezza e della difesa (nel diritto al silenzio, alla non collaborazione), dovendo provare non il giudice la illiceità, ma il sospettato la liceità del fatto (titolo possessorio o detenzione della cosa). In mancanza di una *probatio liberatoria plena*, per ragioni anche da lui non dipendenti, egli viene punito, in definitiva, per un supposto più grave reato, anche se non l'ha commesso o non ha intenzione di commetterlo » (MANTOVANI, *Dir. pen.*, Padova, 1984, 207 ss.).

zazione — postulando entrambi gli articoli una distinzione ontologica dei fatti — si ricaverebbe altresì dall'art. 25, ove si fa uso del termine « fatto » in senso materiale, e dall'art. 27, ove si distingue fra la pena e la misura di sicurezza.

1.2 — La fattispecie incriminatrice denunciata consisterebbe in un comportamento non lesivo (e non pericoloso) per gli interessi meritevoli di tutela penale, in tal modo enucleando, però, una figura tipica del diritto penale sintomatico o preventivo, che è limite estremo al diritto penale. E ciò non tanto perché sarebbe violato il principio di materialità (non essendo tale figura priva di una condotta esteriore e non colpendo, perciò, un mero stato personale o una semplice intenzione), quanto perché la condotta verrebbe punita in sé, come indizio della commissione d'un illecito qualora esso risulti in connessione con determinate condizioni personali dell'agente. In mancanza di prova per fatti criminosi ipotetici, non ancora compiuti, l'imputato verrebbe punito per l'eventuale intenzione di commetterli (anche se, nella specie, avesse voluto ad esempio servirsi del cacciavite sequestrato per riparare un ciclomotore). Di qui, l'opportunità — sottolineata dal giudice *a quo* — d'un riesame del reato di pericolo presunto, alla luce del principio di offensività, giacché questo tipo di reato si giustificherebbe soltanto in una visione formalistica volta a sanzionare la violazione del dovere di obbedienza delle norme statali.

---

timità costituzionale dei reati senza offesa si veda: FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, 279).

La ricostruzione della figura ha visto contrapposti due diversi indirizzi ermeneutici.

La dottrina più risalente qualificò i reati di sospetto come reati « senza azione » (il BELLAVISTA li denominava infatti « reati di posizione », in *I reati senza azione*, Napoli, 1937) e per la pacifica configurabilità di reati consistenti in uno stato individuale (i cui esempi più eloquenti erano rappresentati dalle fattispecie degli artt. 707 e 708) escludeva che un comportamento materiale fosse sempre indispensabile per l'esistenza del reato. Fu in particolare il MANZINI (in *Trattato di diritto penale it.*, V ed., 1981, vol. I, 602 ss. e 649), a coniare la definizione « reato di sospetto » proprio in relazione alle due contravvenzioni in questione, che incriminando il possesso ingiustificato di chiavi alterate o grimaldelli ed il possesso ingiustificato di valori, sanzionavano in sostanza una « *situazione individuale* », che considerata in sé non costituisce violazione di alcun comando o divieto, ma che viene punita per il solo « *sospetto* » che desta. Il reato si concreta per un evento che, tuttavia, anziché dipendere da un'azione od omissione, è determinato da un apprezzamento dell'Autorità giudiziaria in base a determinati elementi stabiliti dalla legge. Ciò non significa che il sospetto sia sufficiente a supplire la prova di un determinato reato, ma è proprio « *il destare sospetto* » che costituisce esso stesso reato, indipendentemente dal fatto che si sospetta commesso. Il possesso, si dice, non è né un'azione, né un'omissione ma una « *situazione* ». L'azione è di chi scopre il possesso, quindi l'omissione della giustificazione non può considerarsi elemento costitutivo del reato, essa è invece condizione di punibilità.

l'intenzione dell'agente; per la seconda, il reato consisterebbe essenzialmente nella violazione delle norme morali, fino ad appiattirsi sul peccato. Il diritto penale moderno dovrebbe ricercare invece, a parere del giudice *a quo*, una sintesi fra i due estremi, privilegiando però il principio di offensività, secondo cui il reato dovrebbe estrinsecarsi nell'offesa o, quanto meno, nella messa in pericolo di un bene giuridico, non essendo concepibile un reato senza l'offesa di un bene: onde la necessaria materialità del fatto, vera e propria garanzia contro le incriminazioni degli atteggiamenti umani che toccano la sfera interna del soggetto.

Il principio di offensività troverebbe il suo fondamento nella Costituzione, che ha costruito una nozione di reato come illecito tipico, comprensiva fra l'altro del requisito dell'offesa del bene tutelato. Sì che la categoria del bene giuridico si porrebbe quale limite all'arbitrio del legislatore, restringendo la cerchia dei fatti meritevoli di trattamento penale soltanto a quelli effettivamente dannosi per la convivenza sociale.

La costituzionalizzazione del principio *nullum crimen sine iniuria* verrebbe desunta dal principio generale della libertà personale, sancito nell'art. 13 della Costituzione, e potrebbe essere limitata dalla sanzione penale solo quando ricorra l'esigenza di tutelare un altro interesse di rango costituzionale (l'integrità fisica, la proprietà, ecc.). Ma la costituzionaliz-

---

cipi fondamentali cui si ispira il moderno diritto penale del fatto, che deve prendere in considerazione soltanto fatti positivi dai quali si possa indurre concretamente la condotta illecita e la sua offensività. Con i modelli delittuosi in cui si incrimina il « possesso in sé », così come nei reati di pericolo astratto o nei reati di pericolo indiretto, il legislatore avrebbe invece operato un'inammissibile anticipazione della tutela, con la conseguenza che, svuotando i fatti incriminati di ogni contenuto offensivo, graverebbe sulle relative norme incriminatrici un'ombra di illegittimità costituzionale, per violazione del principio di offensività.

Certo non si può escludere che il legislatore fascista, pur avendo accolto dichiaratamente, nel codice del 1930, il modello liberale del reato come offesa a un bene giuridico (cfr. per tutti DOLCINI, *Cod. penale, in* MARINUCCI e DOLCINI, *Studi di diritto penale*, 1991, 24) se ne sia discostato nel configurare questa o quella ipotesi delittuosa o contravvenzionale. Ma è chiaro che essendo più o meno pacifica (a parte qualche voce isolata, pur autorevole: VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Pioletti*, 1982, 617; PADOVANI, *Dir. penale*, 1993, 102) la tesi secondo la quale il principio di offensività è un principio di rango costituzionale (in tal senso è infatti orientata la dottrina assolutamente prevalente, anche manualistica — ad es. MANTOVANI e FIANDACA-MUSCO: cfr. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1968, 8; BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, 1973, 82; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, 1974, 116; MARINUCCI e DOLCINI, *op. cit.*, e più di recente in *Corso dir. pen.*, Milano, 1995, 75 ss.), qualora la norma, come accadeva per l'art. 708, si distacchi dallo schema del reato come offesa a un bene giuridico non si presti ad una interpretazione conforme alla Costituzione, non rimarrà che sancirne la sua illegittimità costituzionale, come correttamente ha fatto la Corte con la sentenza in rassegna (per una serrata critica alla tesi che, pur riconoscendo la rilevanza costituzionale del principio, afferma la legit-

mità costituzionale che riguardano l'art. 707, in relazione alle stesse norme costituzionali. (1)

(*omissis*) 1. — Nel corso del procedimento penale a carico di Stankovic Beta, trovata in possesso d'un cacciavite della lunghezza di 38 centimetri, il tribunale per i minorenni dell'Aquila ha sollevato, in relazione agli artt. 3, 25 e 27 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 707 del codice penale.

Pur non ignorando che la denunciata disposizione è stata più volte sottoposta al vaglio di questa Corte (la quale, con la sentenza n. 14 del 1971, mentre espungeva le condizioni personali ritenute non compatibili con l'art. 3 della Costituzione, dichiarava tuttavia l'infondatezza delle altre questioni sollevate), il giudice *a quo* ritiene di poterla riproporre sotto nuovi profili.

1.1. — Alle origini del diritto penale moderno vi sarebbe, per il Collegio rimettente, la dialettica fra il principio di offensività del reato e la concezione dell'illecito penale quale mera violazione d'un dovere giuridico; fra la concezione oggettiva e quella soggettiva del reato. In base alla prima, verrebbe punita l'offesa al bene protetto a prescindere dal-

---

(1) **Osservazioni sui reati di sospetto alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale.**

1) Sembra chiaramente ispirata ad esigenze di razionalizzazione e di « svecchiamento » del sistema penale la magistrale sentenza della Corte che si commenta, con la quale coraggiosamente il giudice delle leggi incide sul modello delittuoso dei c.d. reati di mero sospetto, dichiarando l'illegittimità costituzionale della contravvenzione dell'art. 708 c.p., che invece viene esclusa in relazione alla norma dell'art. 707 c.p. « Insomma, Max Weber aveva ragione: solo tutelando una razionalità intrinseca al diritto in quanto tale si può garantire l'indipendenza del sistema giuridico » (HABERMAS, in *Morale. Diritto. Politica*, Torino, 1992, 54). E la Corte sembra pervenire a tale risultato privilegiando un modello di rapporto tra la parte generale e la parte speciale del codice penale, che vede la prima prender corpo mediante l'insediamento dei principi in essa contenuti nelle singole fattispecie incriminatrici che compongono la seconda, scongiurando in tal modo il pericolo di ridurre la parte generale a « cieca forma » priva di utilità pratica (come spiega autorevole dottrina: PADOVANI e STORTONI, in *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna, 1991, 15, che riprendono il pensiero di FINCKE, *Das Verhaltnis des Allgemeinem zum Besonderen Teil des Strafrechts*, Berlin, 1975, 26).

2) Il reato di sospetto costituisce un modello delittuoso che molti considerano il retaggio di un'impostazione poliziesca e moralistica del diritto penale, anche se non costituisce una figura esclusiva del diritto penale, ed infatti se ne trovano esempi anche nel diritto canonico (*suspicio vehemens et magna* di eresia). In ogni caso, si tratta di modello delittuoso che, già in quanto storicamente caratterizzato « da un senso di preconcetta sfiducia dello Stato verso certe categorie di persone, da una visione paternalistica e tutoria, quando non proprio poliziesca, dei rapporti dello Stato verso i cittadini » (COPPI, *Osservazioni sui « reati di sospetto »*, in *Giur. cost.*, 1968, 1713), è stato da sempre oggetto di vivaci critiche, apparendo a molti in contrasto con i prin-

dell'art. 33 della stessa legge, principi fondamentali per i fini dell'art. 117 della Costituzione, cui dovranno seguire ulteriori interventi di individuazione e sostituzione della precedente disciplina specificamente incompatibile (art. 32, comma 3, della legge n. 36 del 1994, come sostituito dall'art. 12 del d.l. 8 agosto 1994, n. 507, convertito, con modificazioni, nella legge 21 ottobre 1994, n. 584: v. sentenza n. 174 del 1996).

5. — Sulla base delle predette considerazioni risulta la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge 5 gennaio 1994, n. 36 in riferimento a tutti i parametri invocati.

Ed anzi detta norma costituisce, come scelta non irragionevole operata dal legislatore, un modo di attuazione e salvaguardia di uno dei valori fondamentali dell'uomo, come innanzi delineato, e nello stesso tempo principio generale per una disciplina omogenea dell'uso delle risorse idriche.

---

che il legislatore ha ragionevolmente previsto che l'incidenza del nuovo concetto di acqua pubblica possa estendere i casi in cui a corsi d'acqua venga riconosciuta l'attitudine ad usi di pubblico generale interesse. Ancora: l'opportunità di allungare il termine a norma dell'art. 34 risulta con maggior evidenza ove si consideri che le profonde modificazioni introdotte dalla legge 36 sul regime delle acque hanno indotto lo stesso legislatore a prevedere un regolamento di attuazione della stessa. Infatti, nonostante il riferimento, contenuto nell'art. 32, al secondo anziché al primo comma dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988, non può porsi in dubbio che la legge non sia immediatamente applicabile, chè altrimenti non avrebbe avuto senso deferire al Ministro dei Lavori Pubblici, di concerto con altri Ministri interessati, e addirittura previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, la emanazione di regolamenti che individuino le disposizioni normative incompatibili ed indichino i termini della relativa abrogazione.

PAOLO di TARSIA di BELMONTE

CORTE COSTITUZIONALE, 2 novembre 1996, n. 370; *Pres.* Ferri, *Est.* Guizzi; interv. Pres. Cons. Ministri (avv. Stato di Tarsia).

Reato in genere - Reati cd. di sospetto - Possesso ingiustificato di valori ex art. 708 c.p. - Violazione dell'art. 25 secondo comma, 3 e 24 secondo comma Cost. - Illegittimità costituzionale - Possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli ex art. 707 c.p. - Violazione dei principi di offensività e di ragionevolezza (artt. 25, 27 e 3 Cost.) - Insussistenza.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 708 cod. pen. perché viola l'art. 3 e 25 Cost., mentre non appaiono fondate le questioni di legitti-

del bilancio idrico ad evitare eccedenze di prelievi rispetto alle disponibilità nell'area di riferimento (art. 28, comma 5, in relazione all'art. 3 della legge n. 36 del 1994).

È, inoltre, previsto un periodo transitorio per l'esercizio del diritto al riconoscimento o alla concessione di acque a salvaguardia di coloro che utilizzavano acque che hanno assunto natura pubblica (art. 34, della legge n. 36 del 1994).

Vale la pena, infine, di segnalare che, a norma del comma 4 dell'art. 1 della legge in esame, le acque termali minerali e per uso geotermico non rientrano nella disciplina della legge n. 36 del 1994, essendo, invece, regolate da leggi speciali.

Concludendo, la norma denunciata (art. 1, comma 1, della legge n. 36 del 1994) certamente rientra tra le disposizioni costituenti, ai sensi

---

slatore che fornisce l'interpretazione autentica e con eccezionale tempestività, visto che la legge n. 37 viene immediatamente dopo quella n. 36! In effetti, che senso avrebbe, dopo una categorica affermazione di demanialità di tutte le acque, il richiamo di una normativa che tuttora presuppone l'esistenza di acque non pubbliche nel senso tradizionale del termine? E ancora: che senso avrebbe la previsione di acque private, implicita, ma univoca nell'ultimo inciso dell'ultimo comma dell'art. 942 così come modificato, ove si legge «laghi, lagune e stagni appartenenti al demanio pubblico?».

La nuova legge quindi, e la lettura che ne ha dato la Corte Costituzionale, fermo il significativo spostamento da demanialità a disciplina dell'utilizzazione, sembra non incompatibile con un permanente libero diritto di privati.

È quindi possibile immaginare, salvo approfondimento sul contenuto giuridico di quello che la Corte Costituzionale definisce uso in regime di libertà (è un diritto reale? è un uso di un c.d. bene globale, in via esclusiva? e se così fosse, c'è una categoria nuova, tanto lontana da uno *ius in re*, quanto da un uso eccezionale di un bene demaniale?) che la ben nota «attitudine» delle acque a soddisfare un generale interesse, secondo il sistema del T.U. del 1933, sia tuttora concetto applicabile ed operativo.

È alla luce di questa esigenza che si deve forse intendere la norma transitoria di cui all'art. 34, pur essa richiamata dalla Corte Costituzionale. Questa norma estende da uno a tre anni il termine stabilito a pena di decadenza dagli artt. 3 e 4 del T.U. 11 dicembre 1933, n. 1775, per far valere il diritto al riconoscimento o alla concessione di acque «che hanno assunto natura pubblica a norma dell'art. 1, primo comma, della presente legge». Premesso che nessun argomento a sostegno di una tesi contraria a quella sin qui esposta può trarsi dall'aver l'art. 34 ribadito il concetto di natura pubblica delle acque, ben noto essendo che corretto criterio ermeneutico non è certamente quello di interpretare la definizione prevista da una legge utilizzando una norma transitoria che sui concetti generali e sulla natura degli istituti previsti dalla legge non può che essere ripetitiva, si deve osservare che lo spostamento del termine è stato razionalmente previsto dal legislatore proprio per tener conto della nuova rilevanza pubblica delle acque e della prevedibile modificazione dei criteri per l'iscrizione delle stesse negli elenchi. Infatti nel sistema legislativo del 1933 vi era, netta, la distinzione fra acque private ed acque pubbliche e non era posta in risalto la rilevanza pubblica delle acque indipendentemente dalla loro attribuzione al demanio dello Stato. È in questo senso

analoghe raccolte di acque piovane destinate a singoli edifici con ambito collegato all'edificio e pertinenze relative (art. 28, commi 3 e 4, della legge n. 36 del 1994).

L'utilizzazione delle acque sotterranee per usi domestici continua ad essere regolata dalle ampie possibilità accordate dall'art. 93, secondo comma, del r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775 (Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici) al proprietario del fondo, restando compresi tra gli usi domestici non solo quelli strettamente inerenti a casa di abitazione, ma anche l'innaffiamento di giardini ed orti (intesi, secondo l'interpretazione della giurisprudenza, come unità colturale familitare), e l'abbeveramento del bestiame. È stata introdotta espressamente la soggezione ad un obbligo generale di non compromettere l'equilibrio

---

far riferimento all'istituto della proprietà. Così, ad esempio, la legge 26 dicembre 1977, n. 968, stabilisce che la fauna selvatica costituisce patrimonio indisponibile dello Stato ed è tutelata nell'interesse della comunità nazionale, ove è nettissima la duplicità di affermazione e la distinzione fra diritto di proprietà (pubblica) e funzione di tutela (pubblica anch'essa).

Se il legislatore avesse davvero inteso istituire proprietà demaniale su tutte le acque, non avrebbe usato l'incongrua espressione « la raccolta di acque piovane ... è libera » nel terzo comma dell'art. 28: l'aggettivo ha invero un senso (pure nell'uso e nella tecnica legislativa) con riferimento ad una *res comunis omnium* come la pioggia ed è correttamente usato in un corpo di norme che preveda una serie più o meno diversificata di limiti o condizioni o modalità di utilizzazione di un c.d. bene globale, per quei casi in cui l'ordinamento ritenga di non dover ulteriormente sacrificare la libertà dei singoli.

Non è invece affatto conseguenziale né tecnicamente corretto che si usi quell'aggettivo in una situazione che, per essere di affermazione di dominio assoluto e totale, potrebbe consentire la previsione di una concessione, di un uso cioè eccezionale di un bene demaniale, previsione che è espressamente esclusa dal successivo comma dello stesso articolo.

Nel sistema di utilizzazione di acque piovane per uso agricolo o per singoli edifici, poiché è previsto che la raccolta è libera, non richiede né licenza né concessione, ma non è limitata alla pioggia che direttamente cade nella cisterna o nell'invaso, giacché è considerata la possibilità di realizzazione di manufatti quali dighe e sbarramenti che necessariamente presuppongono acque correnti (art. 28, quarto comma), è giocoforza ipotizzare acque private o perlomeno acque di privata utilizzazione, come in effetti ipotizza la Corte. Un corretto principio ermeneutico impone allora di ritenere l'armonia fra l'art. 1 e l'art. 28 anziché il contrasto, contrasto che vi sarebbe se il « pubbliche » usato nel primo articolo della legge significasse « demaniale », senza considerare una pratica impossibilità di applicazione della legge: come si fa a stabilire quale sia l'acqua piovana fluente verso la diga e di cui sia libera la raccolta?

Si deve ancora osservare che la legge n. 37, promulgata in quello stesso giorno 5 gennaio 1994 in cui fu promulgata la n. 36, modificando l'art. 942 del codice civile — che disciplina la proprietà di acque ed alvei — nel suo secondo comma afferma che « si intendono per acque correnti i fiumi, i torrenti e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia ».

Qui non solo si ha la prova che l'interpretazione soprasostenuta dall'art. 1 della legge 36 è quella corretta ed unica possibile, ma addirittura è il legi-

spostamento del baricentro del sistema delle acque pubbliche verso il regime di utilizzo, piuttosto che sul regime di proprietà.

Inoltre, non vi è una generalizzata ed indiscriminata forma di pubblicità (e regime concessorio di uso) di tutte le acque, in quanto la stessa legge prevede, privilegiandole, talune utilizzazioni tradizionali caratterizzate da esclusione di interesse generale.

Vige un regime di libertà (nel senso che non è richiesta licenza o concessione di derivazione, ferma l'osservanza delle norme edilizie e di sicurezza e delle altre speciali) per la raccolta di acque piovane in invasi e cisterne, purché siano al servizio dei fondi agricoli cui si riferisce l'invaso o la cisterna, in quanto l'acqua raccolta viene restituita al suolo e non altera l'ambiente naturale. La stessa libertà sussiste per

---

In questa prospettiva l'assoluta mancanza, nella relazione alla legge, di ogni riferimento alla affermazione che di per sé sarebbe stata rivoluzionaria (se il « pubbliche » dell'art. 1 dovesse leggersi « demaniali »), lungi dal poter essere indice di superficialità del facitore di leggi, come pur da taluno si era sospettato, va invece considerato proprio sintomo importante della *voluntas legis* di considerare l'aggettivo usato in senso nettamente diverso da quello accolto nel T.U. del 1933 e nello stesso codice civile (art. 822), frutto di una elaborazione coeva e che a quel Testo unico rinviava. E ciò a maggior ragione, in quanto dai verbali dei lavori parlamentari risulta che riferimenti alla demanialità delle acque erano stati pur espressamente posti, ma evidentemente l'attenzione si era rivolta alla ben più determinante necessità della tutela delle risorse idriche (v. ad esempio, seduta della Camera dei Deputati martedì 15 giugno 1993, pag. 56, Sottosegretario di Stato Cutrera: « ... tale posizione dell'esecutivo deriva ... dalla constatazione che il provvedimento prevede idonee disposizioni per il riconoscimento del valore sociale di una più ordinata distribuzione della risorsa idrica compatibilmente con le problematiche ambientali ... »; *ivi* giovedì 4 marzo 1993, pag. 41, il relatore Galli che pur prende la parola dopo gli interventi dei Ministri interessati fra i quali il Ministro Merloni, che aveva fatto riferimento all'introduzione del principio della generalizzata demanializzazione di tutte le acque sotterranee e superficiali, peraltro senza approfondirlo — martedì 2 marzo 1993, pag. 66 —, affronta esclusivamente i problemi attinenti al controllo delle risorse idriche; è vero che da parte di relatori di minoranza — Valerio Calzolaio, *ivi*, pag. 42 — era stato fatto riferimento al principio di pubblicità intesa come demanialità, ma è altrettanto vero che altri avevano sostenuto il principio contrario — v. Augusto Rizzi, *ivi*, 25 marzo 1993, pag. 33 — sicché in definitiva è alla formulazione legislativa della norma così come definitivamente approvata che deve farsi riferimento).

Le espressioni usate dal legislatore nella legge, le loro concatenazioni e l'esaltazione dell'aspetto finalistico sono in linea con quanto sin qui detto: infatti la dichiarazione di pubblicità è immediatamente congiunta, come ha esattamente notato la Corte Costituzionale, (« e costituiscono ») con l'affermazione della necessità della salvaguardia e della utilizzazione della risorsa secondo criteri di solidarietà, con una accentuazione di questi aspetti, nel terzo comma dell'art. 1 (ma tutta la legge è impostata su queste esigenze: v. art. 2, art. 3, art. 5, ecc.) che è tipico dei sistemi di norme sulla tutela ambientale. « Pubblico » perciò non in antitesi a « privato »: ben diverso è il tenore delle leggi e diverse sono le espressioni usate quando si è voluto

future) all'integrità del patrimonio ambientale, nel quale devono essere inseriti gli usi delle risorse idriche (art. 1, commi 2 e 3, della legge n. 36 del 1994).

In sostanza, la « pubblicità delle acque » ha riguardo al regime dell'uso di un bene divenuto limitato, come risorsa comune, mentre il regime (pubblico o privato) della proprietà del suolo in cui esso è contenuto diviene indifferente in questa sede di controllo di costituzionalità dell'art. 1, comma 1, della legge n. 36 del 1994, potendo formare oggetto di una questione di legittimità costituzionale solo in presenza di acquisizione coattiva di manufatti e opere o terreni necessari per la captazione o l'utilizzo.

4. — La dichiarazione anzidetta di pubblicità di tutte le acque non deve indurre ad un equivoco: l'interesse generale è alla base della qualificazione di pubblicità di un'acqua, intesa come risorsa suscettibile di uso previsto o consentito; ma questo interesse è presupposto in linea di principio esistente in relazione alla limitatezza delle disponibilità e alle esigenze prioritarie (specie in una proiezione verso il futuro), di uso dell'acqua, suscettibile, anche potenzialmente, di utilizzazione collimante con gli interessi generali. La nuova legge n. 36 del 1994 ha accentuato lo

---

È soltanto con l'acquisita sensibilità ai problemi dell'ambiente e con la consapevolezza che l'aumento notevole della popolazione mondiale imponeva la necessità di un controllo dell'uso di beni che, pur finiti come le risorse idriche, i mari, l'atmosfera terrestre, erano, fino a cinquanta anni fa, in un rapporto tale rispetto alla loro utilizzazione, da poterli considerare praticamente inesauribili, che inizia una legislazione tendente a disciplinare l'uso delle c.d. risorse mondiali. È in queste leggi che si trovano espressioni di *riferimento agli organismi pubblici delle funzioni di salvaguardia delle risorse.* V. ad esempio la legge 10 marzo 1976, n. 319, sulla tutela delle acque dall'inquinamento, la legge 13 luglio 1966, n. 615, c.d. antismog, la legge 8 luglio 1986, n. 349, che, istituendo il Ministero dell'Ambiente cui attribuisce la funzione di conservazione e valorizzazione del patrimonio nazionale e la difesa delle risorse naturali dall'inquinamento, consente di affermare la rilevanza giuridica (ed il potere d'intervento pubblico su) dell'« ambiente » in una accezione ben diversa da quella che caratterizza il rapporto bene-diritto di proprietà (in dottrina — v. autori citati in voce « Ambiente » nell'Enciclopedia giuridica Treccani — si pone l'accento, nonostante posizioni diversificate, sul concetto di tutela).

Sotto questo profilo è significativo che lo stesso relatore della legge n. 36 del 1994, nel suo specifico intervento, riportato in parte nella nota (1), pubblicato nella guida operativa alla nuova legge (ed. IRSI), già citata, abbia sentito la necessità di una precisazione in merito alla questione della pubblicità delle acque ed abbia espressamente rilevato che, con la dichiarazione contenuta nell'art. 1, non si è tanto voluto statalizzare quello che era nella disponibilità privata, bensì recuperare una moderna accezione di « beni comuni globali ».

È significativo ancor più che proprio il relatore della legge abbia marcato il concetto che l'art. 1 ha praticamente introdotto nella legislazione e nella prassi amministrativa valori tesi a riorganizzare i servizi idrici per guidare in modo rigoroso gli usi della risorsa-acqua. Come si vede, siamo lontani dal concetto inadeguato, angusto e meramente proprietario della demanialità.

idrico, ad adottare una serie di misure di tutela e di priorità dell'uso delle acque intese come risorse, con criteri di utilizzazione e di reimpiego indirizzati al risparmio, all'equilibrio e al rinnovo delle risorse medesime.

Di qui la esigenza avvertita dallo stesso legislatore di un maggiore intervento pubblico concentrato sull'intero settore dell'uso delle acque, sottoposto al metodo della programmazione, della vigilanza e dei controlli, collegato ad una iniziale dichiarazione di principio, generale e programmatica (art. 1, comma 1, della legge n. 36 del 1994), di pubblicità di tutte le acque superficiali e sotterranee, indipendentemente dalla estrazione dal sottosuolo. Tale dichiarazione è accompagnata dalla qualificazione di « risorsa salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà ». Questa finalità di salvaguardia viene, subito dopo, in modo espresso riconnessa al diritto fondamentale dell'uomo (e delle generazioni

---

bero potuto essere ragionevolmente escluse quelle acque che per la loro estrema saltuarietà non lasciano tracce permanenti di alvei e ripe, il che avrebbe consentito di includere nella previsione legislativa le fiumare, saltuarie sì nel loro scorrere, ma permanenti negli alvei e ripe, ma di escludere i rigagnoli lungo la strada e simili) non c'è dubbio che l'identificazione fra pubblico e demanio comportava conseguenze assurde che il legislatore non poteva aver voluto.

Già questa, perciò, sembrava essere una buona strada di partenza per indagare *se un significato di « pubblico » diverso da quello « immaginato » e temuto* prima facie, *fosse accettabile.*

E ciò che la sentenza della Corte Costituzionale ha intuito con chiarezza quando, partendo dalla osservazione che « le innovazioni introdotte nella legge denunciata non sono del rilievo e del segno affermati dall'ordinanza del giudice a quo », ha raccordato la dichiarazione di pubblicità di tutte le acque — significativamente definita « di principio, generale o programmatica » — con la finalità di salvaguardia, subito aggiungendo che tale dichiarazione di pubblicità « non deve indurre ad un equivoco ». Quale sia questo equivoco, che la Corte autorevolmente invita ad evitare, è la sentenza stessa, con il suo pur prudente argomentare, nel quale la contrapposizione fra utilizzazione e proprietà è appena accennata, a darlo sostanzialmente per scontato: le esigenze di salvaguardia non escludono ipotesi di proprietà privata.

Diversa, infatti è, sembra suggerire la Corte Costituzionale, innanzitutto la valenza dell'aggettivo « pubblico » nella accezione del legislatore del 1933 rispetto a quello del 1994.

Allora non era nella sensibilità sociale, né nell'attenzione del legislatore, né nell'elaborazione della dottrina giuridica il riferimento di pubblico ad una funzione amministrativa di tutela dell'ambiente e si privilegiava il momento proprietario su quello funzionale: ne rende convinti la stessa antinomia fra pubblico e privato riferito all'attitudine delle acque ad un uso di pubblico generale interesse. Del resto lo stesso art. 822 del codice civile, approvato nel 1942, ma frutto di una elaborazione più che decennale, dichiara appartenenti al demanio dello Stato i « fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia » in un contesto legislativo in cui pubblico si identificava con demanio. Non per nulla il secondo comma dello stesso articolo stabilisce che « fanno parimenti parte del demanio pubblico... ».

Comunità europea, e della raggiunta consapevolezza della limitata disponibilità idrica, è emerso un maggiore interesse per la protezione delle acque.

In particolare l'attenzione si è soffermata sull'acqua (bene primario della vita dell'uomo), configurata quale « risorsa » da salvaguardare, sui rischi da inquinamento, sugli sprechi e sulla tutela dell'ambiente, in un quadro complessivo caratterizzato dalla natura di diritto fondamentale a mantenere integro il patrimonio ambientale.

L'aumento dei fabbisogni derivanti dai nuovi insediamenti abitativi e dalle crescenti utilizzazioni residenziali anche a seguito delle tecnologie introdotte nell'ambito domestico, accompagnato da un incremento degli usi agricoli produttivi e di altri usi, ha indotto il legislatore (legge 5 gennaio 1994, n. 36), di fronte a rischi notevoli per l'equilibrio del bilancio

---

cessive all'emanazione della legge — le pur giuste osservazioni dell'onorevole Giancarlo Galli (1).

Se si fosse dovuto dare per scontato che pubblico significhi demaniale, sarebbe stato difficile evitare l'assurdità di certe conseguenze: sono pubbliche le acque scorrenti nei compluvi al cui interno si raccolgono le acque piovane? sono pubbliche le acque piovane correnti nelle cunette a lato delle strade? sono pubbliche le acque che scorrono — pur alimentate da sorgenti — in rigagnoli di minime dimensioni? e, se così dovesse affermarsi, la distanza prevista dall'art. 96, lett. *f*) del r.d. 25 luglio 1904, n. 523, dovrebbe essere rispettata in ognuno di questi casi? ed altrettanto la distanza di 150 metri prevista dalla legge « Galasso » (n. 431 del 1985), come zona di rispetto lungo i corsi d'acqua iscritti negli elenchi delle acque pubbliche? e sullo Stato avrebbe gravato l'obbligo di manutenzione delle rive e degli argini di ogni rigagnolo? e la violazione di questo obbligo — di impossibile rispetto — avrebbe comportato responsabilità per danni della P.A. e illeciti penali per i suoi dipendenti?

Anche se ad alcune di queste domande si sarebbe potuto trovare una soluzione meno drammatica di quella che viene presupposta (ad esempio, avreb-

(1) Osservazioni che sono illuminanti della preoccupazione che potesse arrivarsi a concludere che il legislatore « *plus dixit quam voluit* »! Val la pena di riportarne in questa nota i brani più significativi:

« A questo punto mi pare necessaria una precisazione in merito alla questione della " pubblicità delle acque ". Con la dichiarazione contenuta all'art. 1 non si è tanto voluto " statalizzare " ciò che era nella disponibilità privata, bensì recuperare — per quanto possibile — la nozione introdotta dal " rapporto Brundtlant " di " beni comuni globali " (oceani, spazio cosmico, ecc.) ».

« Nel nostro caso in particolare, si tratta di far emergere una questione su cui lo stesso rapporto Brundtlant tace: quella del *dominus* ».

« Nel sistema giuridico la nozione di bene è infatti legata a quella di *dominus* ».

« Non c'è quindi dubbio che occorre sciogliere il nodo legato alla individuazione dei soggetti titolari del " dominio " sui beni ambientali: gli stati oppure i cittadini del pianeta? Le generazioni presenti o anche le generazioni future? ».

« È evidente come in prospettiva vi sia la necessità di un diritto comune internazionale intorno ai beni non definibili in senso classico, ma che svolgono una funzione insostituibile ed il cui valore è pari a quello che si può attribuire alla vita ».

« Allora dichiarare la natura pubblica della risorsa acqua non significa tanto " statalizzare " quanto porsi in questa nuova prospettiva, lavorare per una forma di Stato che consenta di attuare i principi di solidarietà economica e sociale per realizzare uno sviluppo sostenibile ».

« Si profila così la concezione di uno Stato portatore di valori non immanenti alle presenti generazioni ed aperto al superamento di tutti i confini ».

« In conclusione, porre i principi dell'art. 1 a fondamento della riorganizzazione dei servizi idrici significa introdurre nella legislazione e nella prassi amministrativa precisi valori (morali ed ambientali) capaci di guidare in modo coerente e rigoroso gli usi della risorsa-acqua e dei servizi connessi ». Così si esprime l'on. Galli, nella « Guida operativa » della legge pubblicata dall'I.R.S.I., 1994, p. 32.

acque del lago in contestazione sarebbe già stato affermato nella sentenza di primo grado sulla base di una indagine tecnica.

L'eccezione è infondata, in quanto la natura pubblica del lago era stata oggetto di appello, ed è implicito nella ordinanza di rimessione che la sopravvenuta legge 5 gennaio 1994, n. 36, art. 1, comma 1 (della cui costituzionalità si dubita) viene ad incidere sulla soluzione della controversia pendente avanti al giudice *a quo*, relativa al carattere pubblico o meno delle acque, attesa l'interpretazione dello stesso giudice di indiscriminata (e contestata) pubblicità di tutte le acque senza distinzione.

3. — Nel merito, la questione non è fondata.

Le modificazioni legislative del regime di utilizzazione o di proprietà di determinate categorie di beni, caratterizzati da pubblico interesse, non sono, di per sé, contrarie a Costituzione, sulla base dei parametri denunciati (artt. 2, 3 e 42 della Costituzione) quando siano intervenute trasformazioni della rilevanza pubblica di tali beni e dell'interesse generale.

Né le innovazioni introdotte nella legge denunciata sono del rilievo e nel segno affermati dall'ordinanza del giudice *a quo*. I criteri discretivi delle acque pubbliche e private hanno subito, sotto il profilo storico, dallo scorso secolo (e non solo in Italia), una evoluzione progressiva con caratterizzazione in crescendo dell'interesse pubblico, correlata all'aumento dei fabbisogni, alla limitatezza delle disponibilità e ai rischi concreti di penuria per i diversi usi (residenziali, industriali, agricoli), la cui preminenza è venuta nel tempo ad assumere connotati diversi.

Nello stesso tempo, soprattutto sotto la spinta di una serie di iniziative in ambito europeo (a cominciare dalla Carta europea dell'acqua, approvata il 16 maggio 1968 dal Consiglio d'Europa) e di direttive della

---

Veniva infatti spontaneo, a chi avesse consuetudine con la previgente normativa in materia, immaginare che il legislatore avesse voluto innovare profondamente il sistema precedente, nel quale l'attitudine delle acque a soddisfare un pubblico generale interesse costituiva il discrimine fra acque demaniali ed acque private e ad identificare perciò la dichiarazione di pubblicità indiscriminata con una altrettanto indiscriminata dichiarazione di proprietà demaniale, con le varie considerazioni che sono state fatte; v. ad esempio, Ernesto Conte (*Il demanio idrico secondo la legge 5 gennaio 1994, n. 36*, in *Rass. Giur. dell'energia elettrica*, 1994, p. 613) il quale, pur criticando la legge e giungendo a sospettarla di illegittimità costituzionale, illegittimità poi sollevata dal Tribunale Superiore delle acque pubbliche, e pur avendo tenuto presente il possibile duplice significato di pubblico (con riferimento cioè alla tutela ambientale e alla proprietà demaniale), concludeva nel senso che il nuovo legislatore aveva effettivamente inteso porre una equivalenza fra « ambiente » e « demanio » e ne criticava giustamente le assurde conseguenze.

In effetti è questa identificazione o equivalenza, come in sostanza ha ben evidenziato con la sua prudente motivazione (nella quale infatti non si parla mai di demanialità) la sentenza che si annota, che era eccessiva, pur se la lettera della legge poteva suscitare inquietudini derivanti fors'anche da un uso improprio dei termini, a correggere i quali poco valevano — perchè suc-

(*omissis*) 1. — La questione sottoposta all'esame della Corte riguarda l'art. 1, comma 1, della legge 5 gennaio 1994, n. 36 (Disposizioni in materia di risorse idriche), nella parte in cui stabilisce che « tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche ». Tale norma, ad avviso del Tribunale superiore delle acque pubbliche, si porrebbe in contrasto con gli artt. 2, 3, e 42 della Costituzione, in quanto parificherebbe tutte le acque indiscriminatamente, sia che abbiano attitudine ad usi di pubblico interesse, sia che non la abbiano, e le sottrarrebbe integralmente alla proprietà privata, trascurando i limiti della solidarietà economica e sociale, nonché i motivi che consentono una ragionevole parificazione di cose diverse o discriminazione di cose uguali, e le ragioni che possono giustificare la proprietà pubblica, e creando un nuovo demanio pubblico, in cui l'interesse pubblicistico assume caratteri generalissimi. Secondo l'ordinanza del collegio rimettente, l'acqua sarebbe un bene essenziale della vita, ma non un bene unitario, esistendo quantità infinite di acque che non suscitano pubblico interesse o non sono unificabili. La ragione ispiratrice della legge risiederebbe nella tutela ambientale, che, peraltro, tuttora non giustificherebbe la proprietà pubblica di tutti i territori dello Stato in cui vi sia presenza di acqua. Le norme costituzionali richiamate non consentirebbero, infatti, « l'integrale trasferimento di tutte le acque (e relativi terreni di contenimento) nell'ambito del pubblico demanio idrico, con abolizione di ogni proprietà privata ».

2. — Preliminarmente deve essere esaminata l'eccezione — proposta dalla difesa dei Comuni di Artena e di Cori — di inammissibilità per irrilevanza della questione sotto il profilo che il carattere pubblico delle

---

La Corte Costituzionale, con questa decisione estremamente equilibrata, ove l'appena accennato sembra dimostrare una saggezza giuridica non inferiore a quella che trapela dalla motivazione esplicita, ha dichiarato infondata la questione sollevata dal Tribunale Superiore delle acque pubbliche, dando dell'art. 1 della legge 5 gennaio 1994, n. 36, una interpretazione meno drastica di quella che il giudice remittente aveva fatto propria ed in base alla quale aveva affermato un'assoluta sottrazione al dominio privato di tutte le acque.

La questione esaminata e risolta dalla Corte in un senso che conforta l'opinione in precedenza espressa dall'estensore di questa nota, merita particolare attenzione per la delicatezza della materia e per l'allarmismo che aveva suscitato.

La legge n. 36 del 1994, nota come legge Galli, contenente disposizione in materia di risorse idriche, si apre con una dichiarazione (art. 1, primo comma) che, nella sua assolutezza, aveva suscitato non poche perplessità: a fronte di un sistema che correva sul duplice binario del privato e del pubblico e che a questo perveniva soltanto a seguito della constatazione dell'attitudine delle acque, superficiali od estratte, a soddisfare un pubblico interesse, parve a molti inapplicabile e soprattutto viziata di illegittimità costituzionale, una norma che, innovando totalmente il sistema precedente e introducendo deroghe di difficile comprensione (v. ad es., art. 28 della legge), stabiliva categoricamente che tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche e costituiscono una risorsa che è salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà.

1.1. — Così verificata l'intrinseca ragionevolezza della norma, si può osservare che, assicurando alle parti strumenti di segno opposto ma di identica natura interinale, sia quanto a presupposti di concessione sia quanto a stabilità nel corso del processo, quali quelli contenuti negli artt. 648 e 649 cod. proc. civ., il legislatore ha in definitiva realizzato la « parità delle armi » che a torto è dal rimettente considerata lesa, e che invece sarebbe compromessa proprio ove si venisse a consentire l'invocata revocabilità della clausola.

Argomenti in senso contrario non possono utilmente trarsi dai novellati testi degli artt. 283 e 351 cod. proc. civ., dove la scomparsa della possibilità di revoca si giustifica con la generale previsione di provvisoria esecutività introdotta dall'art. 282.

Ancor meno pertinente è da considerarsi il richiamo alla nuova normativa sul reclamo dettata con riguardo al procedimento cautelare uniforme, attesa l'evidente estraneità del tema della *revisio prioris instantiae* rispetto alle condizioni di eseguibilità del decreto in pendenza di opposizione.

Quanto infine al *tertium comparationis* costituito dall'art. 186-*ter* cod. proc. civ., questa Corte, nella citata sentenza n. 65 del 1996, ha già precisato che l'ordinanza prevista da tale norma inerisce ad un diverso contesto processuale, sì che il regime cui essa è assoggettata non può essere comparato con quello relativo ai provvedimenti che sospendano o concedano la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo.

CORTE COSTITUZIONALE, 19 luglio 1996 n. 259 - *Pres.* Ferri - *Red.* Chieppa - Presidente del Consiglio dei Ministri (avv. Stato Fiumara).

Acque pubbliche e private - Acque superficiali e sotterranee non estratte dal sottosuolo - Carattere pubblico - Sottrazione al dominio privato di tutte le acque in modo indiscriminato a prescindere dalla sussistenza di un interesse pubblico da tutelare - Modificazioni legislative del regime di utilizzazione o di proprietà giustificate da intervenute trasformazioni della rilevanza pubblica dei beni e dell'interesse generale - Risorsa salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà - Ragionevolezza della scelta del legislatore - Non fondatezza.

(Cost., artt. 2, 3 e 42, art. 1, l. 5 gennaio 1994, n. 36).

L'art. 1 della legge 5 gennaio 1994 n. 36 che dichiara che tutte le acque, superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche, ha inciso sul regime di utilizzo delle acque imponendo la salvaguardia di una risorsa divenuta limitata, piuttosto che sul regime di proprietà. (1)

---

(1) Il contenuto giuridico della dichiarazione di pubblicità delle acque affermata dalla legge n. 36 del 1994.

l'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo. La finalità generale di cautela del credito fatto valere — ricollegata ad una serie di atti privilegiati oppure alla positiva valutazione in ordine all'esistenza del « pericolo di grave pregiudizio nel ritardo » — risulta altresì confermata dalla possibilità ulteriore, prevista dall'ultimo comma dello stesso articolo, di autorizzare l'esecuzione senza l'osservanza del termine di cui all'art. 482 cod. proc. civ.

Tale esigenza cautelare, una volta instauratosi il giudizio di opposizione, trova il suo logico limite nella possibilità che ai sensi del denunciato art. 649 il giudice istruttore, ricorrendo gravi motivi, sospenda l'esecuzione provvisoria. E in tal modo, alla provvisoria esecutività del decreto si contrappone un'altrettanto temporanea paralisi della sua efficacia, idonea ad impedire l'inizio o la prosecuzione del processo esecutivo già iniziato.

La ragionevolezza della scelta di legare le condizioni di esecutorietà del titolo allo sviluppo dell'esame del merito, e quindi all'esito della controversia intorno al fondamento del credito, risulta ancor più esplicita nell'art. 653, primo comma, cod. proc. civ., dove si disciplina la (non più provvisoria) efficacia esecutiva in caso di rigetto o accoglimento parziale dell'opposizione.

Si è quindi in presenza di un coerente sistema di bilanciamento dei contrapposti interessi dedotti in giudizio, che — a fronte di un titolo già formatosi all'esito del procedimento monitorio — prevede la possibilità di quiescenza della sua attitudine a far iniziare o a sostenere il processo esecutivo. Trattasi, all'evidenza, dell'ipotesi inversa rispetto a quella della concessione della clausola *ex* art. 648 cod. proc. civ., già esaminata da questa Corte nella sentenza n. 65 del 1996. Identico è il meccanismo processuale, implicante in quel caso un interinale apprezzamento degli argomenti di contestazione del titolo attraverso un giudizio di prognosi, e richiedente qui una valutazione della ricorrenza dei gravi motivi: in entrambe le ipotesi il giudice compie una valutazione di massima, destinata a permanere per il tempo necessario alla ordinaria cognizione, secondo una *ratio* intesa a far si che non resti vanificata la pregressa fase monitoria. Questa sarebbe infatti l'ovvia conseguenza della revoca invocata dai rimettenti, ove si consentisse al giudice istruttore di compiere in via definitiva un'operazione logica inversa a quella di cui all'art. 642, rimuovendo *ex tunc* l'efficacia esecutiva.

La conservazione degli atti in ipotesi già compiuti, quali il pignoramento o l'iscrizione dell'ipoteca, si palesa pienamente giustificata nella descritta ottica di attesa dell'esito del processo senza pregiudizio per la possibilità di realizzazione del credito: finalità, quest'ultima, alla quale mira appunto la salvezza di quanto sia stato posto in essere sino alla sospensione prevista dal denunciato art. 649.

Risulta, pertanto, evidente che anche la norma impugnata va ricondotta a questo quadro, che concorre a qualificarla non come norma di sanatoria per responsabilità amministrative imputabili a singoli ministri in relazione a comportamenti omissivi bensì come scelta legislativa volta ad evitare che, nelle more della trattativa condotta dal Governo con gli organi comunitari, ricadessero sui singoli produttori le conseguenze della responsabilità che lo Stato aveva ritenuto di assumere verso la Comunità.

Tutto questo conduce, dunque, a escludere che la norma impugnata — correttamente inquadrata nell'indirizzo politico che ha concorso a determinarla — possa ritenersi incostituzionale per il fatto di aver perseguito un fine diverso da quello desumibile dal suo contenuto dispositivo o, comunque, viziato sul piano della ragionevolezza. (*omissis*)

CORTE COSTITUZIONALE, 17 giugno 1996, n. 200 - *Pres.* Ferri - *Rel.* Ruperto.

Processo civile - Opposizione a decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo - Revoca della provvisoria esecuzione da parte del giudice istruttore - Omessa previsione - Non fondatezza.

(c.p.c., artt. 642 e 649).

È infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.c., sollevata in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui non prevede, oltre la sospendibilità, anche la revocabilità della provvisoria esecuzione concessa ex art. 642 c.p.c. (1)

(*omissis*) 1. — Il legislatore ha previsto che nella fase monitoria il giudice debba ovvero possa — rispettivamente, nelle due diverse ipotesi descritte dall'art. 642, primo e secondo comma, cod. proc. civ. — concedere

(1) La rilevanza pratica e il significato sistematico della questione sottoposta all'esame della Corte è stata sottolineata da MUTARELLI, che ricostruisce puntualmente le diverse posizioni dottrinali e giurisprudenziali (*All'esame della Consulta il problema della revocabilità della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo*, in *Corr. giur.*, 1996, 569). Lo stesso A. commentando la sentenza in rassegna (v. anche in *Giur. Cost.*, 1996, 1804) critica la soluzione della Consulta (*La irrevocabilità della provvisoria esecuzione concessa inaudita altera parte ex art. 642 c.p.c. riceve un inappagante imprimatur della Consulta*, in *Foro nap.*, 1996, 181). Per la dottrina si può rinviare a: VACCARELLA e SASSANI, *«Revoca» e sospensione dell'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo opposto*, in *Giur. It.*, 1995, IV, 273; BELLI, *Questioni vecchie e nuove in tema di opposizione ad ingiunzione*, in *Giur. It.*, 1996, I, 2, 813; MONNINI, *Art. 649 c.p.c.: interpretazioni vecchie e nuove circa l'ammissibilità della revoca della clausola di provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo*, in *Foro It.*, 1994, I, 1225; RICCARDI, *Revoca dell'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo: art. 649 c.p.c. e principio di eguaglianza*, in *Giur. Merito*, 1995, 709.

FEDERICO BASILICA

nitarie sia la misura della quota latte spettante all'Italia sia le modalità applicative del prelievo supplementare. Questo indirizzo veniva giustificato con l'esigenza di tutelare gli interessi della produzione nazionale (una produzione, a differenza di quella di altri paesi, non eccedentaria ma deficitaria), nonché con la necessità di aumentare l'importo della quota latte assegnata, in quanto calcolata sulla base di dati statistici non più rispondenti alla realtà produttiva. A questo si aggiungeva la difficoltà di calcolare il prelievo supplementare da applicare ai singoli produttori, stante il numero elevatissimo dei centri di produzione — per lo più di dimensioni modeste — operanti nel territorio nazionale.

L'azione del Governo si svolgeva nell'arco di più anni e, attraverso complesse trattative, conduceva a risultati graduali (come l'aumento della quota assegnata e la riduzione dell'importo complessivo dei prelievi supplementari non percepiti nei vari anni), ma non impediva la condanna dell'Italia da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee per violazione degli obblighi derivanti dai regolamenti comunitari (sentenza 17 giugno 1987), con il conseguente addebito, in sede di liquidazione dei conti del FEOGA, degli importi complessivi non riscossi a titolo di prelievo supplementare.

Nella fase conclusiva di questa vicenda interveniva la legge n. 201 del 1991, dove si stabiliva: *a*) di far decorrere dal periodo 1991-92 il nuovo termine per applicare il prelievo supplementare su tutto il territorio nazionale (art. 1, comma 3); *b*) di trattenere le somme eventualmente percepite a titolo di prelievo negli anni precedenti (art. 1, comma 4); *c*) di imputare alla gestione finanziaria dell'AIMA i saldi contabili con la Comunità europea derivanti dal calcolo del prelievo supplementare dovuto per i periodi dal 1987-88 al 1990-91 (art. 1, comma 9).

A tale disciplina parziale seguiva quella organica introdotta con la legge n. 468 del 1992 — adottata a seguito degli sviluppi della trattativa condotta dal Governo in sede comunitaria — dove si poneva una regolamentazione completa delle quote latte e del prelievo supplementare, destinata a prendere vigore dal periodo 1993-94. Quest'ultima legge, tra l'altro, qualificava, sempre con riferimento al settore lattiero-caseario, il progressivo adattamento del mercato agricolo interno all'assetto economico comunitario, « anche mediante la differita attuazione della normativa comunitaria », come atto di indirizzo di politica agraria (art. 12, comma 1).

Da questi dati emerge che la disciplina introdotta con la legge n. 201 del 1991 — e poi completata con legge n. 468 del 1992 — è stata determinata da scelte politiche adottate in sede parlamentare e governativa e destinate, da un lato, a graduare nel tempo l'attuazione della normativa comunitaria in tema di prelievo supplementare (che veniva messa a regime solo a decorrere dal periodo 1993-94), dall'altro, ad imputare alla gestione dell'AIMA le conseguenze economiche della responsabilità assunta dallo Stato verso la Comunità in relazione a tale ritardo.

dalla valutazione sull'effettiva sussistenza di un contrasto tra la norma impugnata e la normativa comunitaria — il parametro costituzionale si presenta, nella specie, erroneamente invocato.

Questa Corte, con giurisprudenza costante, ha avuto modo di affermare come l'art. 10, primo comma, della Costituzione, nel richiamare, ai fini dell'adeguamento del diritto interno, le « norme del diritto internazionale generalmente riconosciute », abbia inteso riferirsi soltanto alle norme internazionali di natura consuetudinaria e non a quelle di natura pattizia (v. sentenze n. 15 del 1996, n. 323 del 1989, n. 157 del 1987; ordinanze n. 75 del 1993, n. 496 del 1991). Devono, pertanto, ritenersi escluse dalla sfera di operatività dell'art. 10, primo comma, della Costituzione le norme del Trattato di Roma istitutivo delle Comunità europee che, in quanto pattizie, trovano la loro copertura costituzionale nelle limitazioni di sovranità richiamate, al fine di consentire la partecipazione dell'Italia ad organizzazioni di natura sovranazionale, dall'art. 11 della Costituzione (v. sentenze nn. 96 del 1982, 81 del 1979, 183 del 1973). Conseguentemente, anche l'ipotesi di conflitto tra norme di diritto interno e norme di diritto comunitario, che viene nella specie denunciata, non può essere ricondotta al campo di azione dell'art. 10, primo comma, bensì a quello dell'art. 11 della Costituzione.

Sotto il profilo in esame la questione dev'essere, pertanto, dichiarata infondata, stante la non pertinenza del parametro richiamato.

Infondata si presenta anche la censura prospettata in relazione al vizio di eccesso di potere legislativo sotto il profilo dello sviamento: vizio che discenderebbe dal fatto che la norma impugnata, al di là del suo apparente contenuto dispositivo, sarebbe stata adottata soltanto al fine di sottrarre determinati soggetti (ex ministri) ad una responsabilità amministrativa già maturata e, conseguentemente, al giudizio per danno erariale attivato contro gli stessi dalla Procura generale della Corte dei conti.

L'esame di tale censura — che comporta, nella sostanza, un giudizio sulla ragionevolezza della norma impugnata riconducibile al profilo dell'art. 3 della Costituzione — richiede un breve richiamo alle vicende che hanno condotto all'adozione della legge 10 luglio 1991, n. 201, e, successivamente, della legge 26 novembre 1992, n. 468, che (anche se in parte derogata dalla legge 24 febbraio 1995, n. 46, che ha convertito il decreto-legge 23 dicembre 1994, n. 727) ha comportato il definitivo assetto della disciplina attuativa dei regolamenti comunitari relativi alla materia delle quote latte e del prelievo supplementare.

Come risulta dai lavori preparatori di tali leggi e dagli atti governativi richiamati nelle memorie delle parti, il Governo italiano — dopo l'approvazione del regolamento del Consiglio CEE n. 856 del 1984, che introduceva il prelievo supplementare a carico dei produttori di latte — aveva adottato, anche sulla scorta di indirizzi espressi in sede parlamentare, una linea di politica agraria diretta a rinegoziare con le autorità comu-

Si osserva, inoltre, che nella disposizione impugnata non è riscontrabile alcuna disparità di trattamento, dal momento che la scelta legislativa corrisponderebbe ad esigenze di un settore dell'economia, e non sarebbe volta a beneficio degli ex ministri, ma dei produttori di latte.

Per quanto riguarda la violazione dell'art. 24, oltre a ribadire che non è configurabile alcuna responsabilità amministrativa, si rileva che la disposizione impugnata non comprimerebbe in alcun modo il diritto d'azione del Procuratore della Corte dei conti, che può continuare ad esercitare l'azione in tutti i casi in cui sussistano gli estremi per la configurazione di una responsabilità per danno erariale.

Si esclude, infine, la violazione dell'art. 97, dal momento che proprio l'osservanza del principio di buon andamento avrebbe indotto il legislatore alla ponderazione tra diversi interessi operata con la norma impugnata.

Considerato in diritto

La Corte dei conti — sezione prima giurisdizionale — dubita della legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 3, della legge 10 luglio 1991, n. 201, dove si stabilisce che « gli obblighi derivanti dalle disposizioni in materia di prelievo supplementare sul latte di vacca di cui al regolamento CEE n. 804/68 del 27 giugno 1968 e successive modificazioni e integrazioni, si applicano a partire dal periodo 1991-92 su tutto il territorio nazionale ».

Ad avviso del giudice rimettente tale disposizione — per il fatto di aver differito l'inizio dell'applicazione della normativa comunitaria in tema di prelievo supplementare sul latte di vacca e, conseguentemente, di avere sanato la responsabilità amministrativa dei soggetti (ministri dell'agricoltura) tenuti a tale applicazione — sarebbe incostituzionale: a) per violazione dell'art. 10, primo comma, della Costituzione, ponendosi in contrasto con i regolamenti del Consiglio (nn. 856/84 e 857/84) e della Commissione CEE (n. 1371/84), che hanno imposto il prelievo supplementare a partire dal 1984; b) per eccesso di potere legislativo, sotto il profilo dello sviamento — o del vizio del fine o della causa — per avere la stessa disposizione posto nel nulla un'ipotesi di responsabilità amministrativa già realizzatasi a carico di soggetti determinati; c) per violazione degli artt. 3, 24 e 97 Costituzione, dal momento che la disposizione in questione: — risulterebbe in contrasto con il principio di eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge; — verrebbe a limitare il potere di azione del Procuratore generale della Corte dei conti ad agire in giudizio per la tutela del diritto dell'erario al risarcimento del danno; — verrebbe a contrastare con i principi di buon andamento e di imparzialità che devono ispirare l'organizzazione della pubblica amministrazione.

La questione non è fondata.

Per quanto concerne l'asserita lesione dell'art. 10, primo comma, della Costituzione, va preliminarmente rilevato che — indipendentemente

Per queste ragioni, che impedivano al Governo italiano di accettare una diminuzione della produzione pari a quella imposta ai paesi eccedentari, il ministro Pandolfi, agendo sempre su indicazioni del Governo, aveva condotto una lunga trattativa in sede comunitaria. Tale azione consentiva di ottenere adattamenti dei criteri di determinazione delle quote, un aumento del quantitativo assegnato all'Italia ed una deroga alle ulteriori limitazioni di produzione stabilite con il regolamento CEE n. 775/1987.

La conclusione di questo processo conduceva, in sede nazionale, all'approvazione delle leggi n. 201 del 1991 e n. 468 del 1992, attraverso cui si è provveduto alla graduale attuazione della normativa comunitaria; in sede comunitaria, all'aumento del quantitativo globale di produzione concesso all'Italia con il regolamento CEE n. 1560/93.

L'azione negoziale del ministro — prosegue la memoria — ha avuto sempre il pieno sostegno del Governo e del Parlamento (come dimostrato dai dibattiti parlamentari, oltre che dalle due leggi richiamate) ed ha consentito di evitare un grave danno all'economia nazionale, quale si sarebbe prodotto ove le statuizioni comunitarie fossero state pedissequamente attuate.

La memoria si sofferma poi sulle singole censure di costituzionalità rivolte alla norma impugnata.

Per quanto riguarda quella basata sull'art. 10 della Costituzione, si afferma che non vi è stata alcuna violazione dei regolamenti comunitari e che, comunque, è improprio il richiamo a tale norma, in quanto la preminenza delle norme comunitarie nell'ordinamento italiano è garantita non dall'art. 10, ma dall'art. 11.

Per quanto riguarda la censura di eccesso di potere legislativo, la difesa del Pandolfi rileva come la legge n. 201 del 1991 rappresenti una tappa di un lungo itinerario, relativo all'atteggiamento dell'Italia nei confronti del regime comunitario delle quote latte ed ispirato all'esigenza politica di rinegoziare questo regime.

Tale legge — completata dalla successiva legge n. 468 del 1992, nata nel quadro di un accordo con la Commissione CEE — non tendeva ad adottare una sanatoria per i ministri ma soltanto a determinare, per esigenze dell'economia nazionale, il subentro dello Stato ai produttori negli obblighi derivanti dai regolamenti comunitari. Essa, pertanto, ha rappresentato un momento di convalida parlamentare della politica agricola costantemente perseguita dall'Italia.

La memoria contesta, poi, la fondatezza della censura riferita all'art. 3 della Costituzione. La norma impugnata non porrebbe nel nulla un'ipotesi di responsabilità amministrativa perché, nella specie, non sarebbe configurabile una responsabilità amministrativa, né vi sarebbe stato alcun danno, dovendosi considerare gli atti compiuti dal ministro come atti politici (o di alta amministrazione) e non potendosi configurare come sanzione l'importo addebitato all'Italia.

diritto all'integrità dell'erario, questo può essere bilanciato, da parte del legislatore, con quello della produzione nazionale.

Quanto alla pretesa violazione dell'art. 97 della Costituzione, proprio l'osservanza del principio di buon andamento avrebbe indotto il legislatore, nella ponderazione degli interessi, a considerare prevalente quello di attribuire stabilità agli assetti della produzione, così come si sono consolidati nel tempo.

Inoltre, la difesa del Mannino si sofferma sull'inesistenza dell'eccesso di potere legislativo, dal momento che mancherebbe il presupposto per costruire l'attività legislativa che, in quanto politica, è libera nel fine, come attività discrezionale, vincolata nel fine.

La stessa difesa sottolinea, infine, la valenza politica delle scelte che vennero operate dal ministro, avendo dovuto questi provvedere a conciliare la disciplina comunitaria, che penalizzava l'economia italiana — fondandosi anche sopra una inesatta rilevazione della produzione lattiera — con le esigenze di quest'ultima. Ciò sarebbe confermato dai rapporti, a vari livelli politici, tra l'Italia e gli organi comunitari e dall'ottenimento, infine, dell'aumento della quota latte assegnata all'Italia.

Nel giudizio è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, che ha concluso per l'infondatezza della questione.

In primo luogo non sussisterebbe alcun contrasto con l'art. 10 della Costituzione, dal momento che tale articolo riguarda solo le norme internazionali consuetudinarie e non quelle comunitarie. Inoltre, sarebbe insussistente la denunciata incostituzionalità per eccesso di potere legislativo — sotto i profili degli artt. 3, 24 e 97 della Costituzione — perché la norma di diritto sostanziale che regola una situazione, anche pregressa, senza violare un giudicato né modificare il contenuto di una sentenza non sottrae al giudice alcuna controversia, ma gli fornisce il diritto che egli deve applicare.

In prossimità dell'udienza, la difesa dell'on. Filippo Maria Pandolfi ha presentato un'ampia memoria, dove si ricostruisce l'intera vicenda dell'applicazione delle quote latte in Italia.

In tale memoria si rileva, in particolare, come il sistema delle quote latte, adottato a partire dal 1984 per il contenimento della produzione di latte in ambito comunitario, si fosse rivelato fin dall'inizio particolarmente svantaggioso per l'Italia: sia in quanto volto a favorire i paesi eccedentari (mentre l'Italia è tra i paesi deficitari), sia per essere stata la quota italiana stabilita sulla base di dati statistici inattendibili e quindi ampiamente inferiore alla produzione effettiva. Inoltre, il sistema delle quote individuali (relative alle singole aziende), adottato da tempo nei paesi eccedentari per il regime degli ammassi, si presentava di attuazione particolarmente difficile in Italia, data l'estrema frammentazione dei centri di produzione.

che hanno disciplinato tale prelievo (regolamenti del Consiglio n. 856/84 e 857/84; regolamento della Commissione n. 1371/84).

In secondo luogo la norma impugnata, per il fatto di comportare l'esclusione di un danno erariale e, quindi, di porre nel nulla un'ipotesi di responsabilità amministrativa già realizzata a carico di soggetti determinati, integrerebbe un'ipotesi di eccesso di potere legislativo.

Dopo aver richiamato l'orientamento dottrinale favorevole a includere nel sindacato di legittimità delle leggi anche il controllo sull'eccesso di potere legislativo conseguente dalla violazione di principi impliciti nel sistema costituzionale, l'ordinanza rileva che, nella specie, l'eccesso di potere viene a configurarsi sotto il profilo dello sviamento, come « vizio del falso scopo » ovvero come « falsità di causa e falsità di fine ».

Infine, la norma impugnata verrebbe a violare: a) l'art. 3 della Costituzione, « in quanto la disposizione di legge che ponga nel nulla un'ipotesi di responsabilità amministrativa contrasta con il principio di eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge »; b) l'art. 24 della Costituzione, « in quanto la disposizione di legge che pone nel nulla un'ipotesi di responsabilità amministrativa già realizzatasi in concreto appare lesiva del diritto del Procuratore generale della Corte dei conti ad agire in giudizio per la tutela del diritto dell'erario al risarcimento dei danni »; c) l'art. 97 della Costituzione, « in quanto la medesima disposizione esclusiva della responsabilità amministrativa appare in contrasto con i principi di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione che devono presiedere all'organizzazione degli uffici della pubblica amministrazione ».

Si è costituito in giudizio l'ex ministro Filippo Maria Pandolfi per chiedere che questa Corte dichiari la questione sollevata irrilevante ovvero manifestamente infondata.

Si è pure costituito l'ex ministro Calogero Mannino per chiedere che la Corte dichiari la questione inammissibile o infondata.

Secondo la difesa del Mannino, con riferimento all'art. 10 della Costituzione, la questione sarebbe inammissibile sotto due profili: in primo luogo perché sarebbe errato il richiamo al parametro costituzionale, essendo pacifico che il contrasto tra diritto interno e diritto comunitario non è regolato dall'art. 10, ma dall'art. 11 della Costituzione; in secondo luogo perché, in caso di contrasto tra diritto interno e diritto comunitario, si porrebbe un problema di disapplicazione e non di costituzionalità.

Con riferimento all'art. 3 della Costituzione, si sottolinea, poi, che il giudice rimettente ha omesso di motivare sotto il profilo della disparità di trattamento e si afferma la ragionevolezza della norma in quanto diretta a tutelare determinati interessi.

Neppure fondato sarebbe il dubbio di costituzionalità dedotto con riferimento all'art. 24 della Costituzione. Al riguardo si sostiene che non esiste un diritto di tutela giurisdizionale riferibile ad un organo singolo quale il Procuratore generale della Corte dei conti e che, se esiste un

ai vari paesi. La mancata applicazione del prelievo supplementare per gli anni successivi al 1984 ha comportato una condanna dello Stato italiano da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee (sentenza 17 giugno 1987), con il conseguente addebito allo stesso, in sede di liquidazione dei conti FEOGA, della somma di L. 77.558.842.190, riferita all'omessa riscossione del prelievo negli anni 1985-86 e 1986-87. Di tale importo sono stati chiamati a rispondere, a titolo di danno erariale, gli ex ministri Pandolfi e Mannino, in quanto ritenuti responsabili della omessa applicazione dei regolamenti comunitari.

Senonché, nel corso del giudizio, è sopravvenuta la legge 10 luglio 1991, n. 201, che, con l'art. 1, comma 3, ha fatto decorrere dal periodo 1991-92 l'applicazione degli obblighi derivanti dalla normativa comunitaria in tema di prelievo supplementare.

In conseguenza di tale nuova disciplina, la difesa dei due ex ministri ha eccepito l'insussistenza del danno erariale ed il conseguente venir meno del presupposto dell'azione di responsabilità.

La Corte dei conti ritiene, pertanto, rilevante la questione di costituzionalità prospettata, non potendo decidere indipendentemente da essa in ordine all'azione di responsabilità che è stata iniziata.

Per quanto concerne il merito della stessa questione l'ordinanza prospetta più profili di incostituzionalità.

In primo luogo, risulterebbe violato l'art. 10, primo comma, della Costituzione, secondo il quale l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, dal momento che l'art. 1, comma 3, della legge n. 201 del 1991, avendo fatto decorrere il prelievo supplementare sul latte di vacca a partire dal periodo 1991-92, si sarebbe posto in contrasto con i regolamenti comunitari

---

Costituzionale, che si limita a classificarla nell'ambito dei giudizi sulla ragionevolezza della norma impugnata onde ricondurla al parametro costituzionale dell'art. 3.

Si direbbe dunque che la Corte abbia ammesso la sindacabilità in generale dell'atto legislativo sotto questo peculiare profilo, che talora era stato ammesso per le c.d. leggi provvedimento, in cui trovava una più naturale ambientazione processuale.

La Corte infatti non esita ad entrare nel merito della questione e quindi ad analizzare la politica del Governo italiano nel tempo intermedio tra la direttiva CEE e la legge denunciata, onde arrivare alla conclusione che essa va inquadrata in scelte politiche volte ad evitare che nelle more delle trattative condotte con gli organi comunitari, ricadessero sui singoli produttori le conseguenze della responsabilità che lo Stato aveva ritenuto di assumere verso la Comunità.

Rimane il dubbio che giudicare sul carattere politico di una scelta legislativa non comporti un sindacato di merito sulle stesse, quale sembra emergere dall'apprezzamento favorevole che la Corte manifesta rispetto all'iter culminato nella legge, per dichiararla non viziata da eccesso di potere.

G.P.P.

1992 gli obblighi derivanti all'Italia dalle disposizioni in materia di prelievo supplementare sul latte di vacca di cui al regolamento CEE 804/1968, ha sortito l'effetto di vanificare un giudizio di responsabilità amministrativa avviato dalla Corte dei Conti a carico di Ministri dell'Agricoltura responsabili del ritardo (1).

Con ordinanza del 27 maggio - 17 giugno 1994 la Corte dei conti — sezione prima giurisdizionale — ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 3, della legge 10 luglio 1991, n. 201, recante « Differimento delle disposizioni di cui alla legge 8 novembre 1986, n. 752 (legge pluriennale per l'attuazione di interventi programmati in agricoltura) », in riferimento agli artt. 3, 10, 24 e 97 della Costituzione, nonché per eccesso di potere legislativo.

La norma impugnata prevede che gli obblighi derivanti dalle disposizioni in materia di « prelievo supplementare » sul latte di vacca, di cui al regolamento CEE n. 804/68 e successive modificazioni ed integrazioni, si applicano, a partire dal periodo 1991-1992, su tutto il territorio nazionale.

L'ordinanza di rimessione pone in luce che il Procuratore generale della Corte dei conti, con citazione in data 21 marzo 1991, aveva iniziato azione di responsabilità nei confronti degli ex ministri dell'agricoltura Filippo Maria Pandolfi (in carica nel periodo 1984-1987) e Calogero Mannino (in carica nel 1988), deducendo l'omessa applicazione in Italia del regime delle « quote latte » previsto dalla normativa comunitaria (in particolare, dai regolamenti del Consiglio CEE n. 804/68, come modificato dal n. 856/84, e n. 857/84, nonché dal regolamento della Commissione n. 1371/84) che, per contenere gli eccessi di produzione nel settore lattiero-caseario, hanno introdotto, come sanzione finanziaria, il c.d. « prelievo supplementare » sulle quantità di latte eccedenti la quota di produzione assegnata

---

(1) Si pubblica l'intero testo della sentenza comprensivo del fatto, poiché esso giova a cogliere la peculiarità di questo giudizio di costituzionalità originato da una ordinanza della Corte dei Conti, essa stessa di grande interesse.

Risulta infatti innovativa l'iniziativa della magistratura contabile di chiamare a rispondere personalmente i Ministri competenti delle conseguenze patrimoniali della condanna subita dall'Italia dinanzi alla Corte di Giustizia CEE per essere rimasta inadempiente rispetto ad obblighi nascenti da regolamenti comunitari.

Sembra poi particolarmente ardita l'ipotesi formulata dal giudice remittente secondo cui la legge denunciata per sospetta illegittimità costituzionale potrebbe essere viziata per eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento in quanto essa, al di là del suo apparente contenuto dispositivo, sarebbe stata adottata al solo fine di sottrarre gli ex ministri dell'agricoltura alla responsabilità amministrativa maturata e quindi al relativo giudizio.

La peculiarità del vizio denunciato (e la sua specifica appartenenza alla tipologia dei giudizi amministrativi) non impressiona minimamente la Corte

partecipato al collegio investito dell'appello nei confronti delle ordinanze in materia di misure cautelari personali riguardanti chi si trovi a essere imputato in tale giudizio, deve essere tuttavia limitata, alla stregua della consolidata giurisprudenza di questa Corte sopra richiamata che esclude il sorgere dell'incompatibilità nel caso in cui il primo giudizio abbia riguardato aspetti solo formali della causa, al caso in cui il tribunale dell'appello sia stato chiamato a sindacare valutazioni sostanziali, precedentemente compiute dal giudice che ha disposto sulla misura. Pertanto, non sussiste ragione di estendere l'incompatibilità ai casi in cui, in sede d'appello, il tribunale si sia pronunciato soltanto su aspetti meramente formali dell'ordinanza che dispone sulla misura cautelare personale, senza influenza sull'esistenza degli indizi di colpevolezza ovvero sulla sussistenza delle esigenze cautelari le quali possono, comunque, riflettersi sulla posizione sostanziale dell'imputato nel giudizio. In tali eventualità, le valutazioni relative al merito dell'ipotesi accusatoria restano del tutto estranee al giudizio del tribunale e non vi è ragione di ritenere che il giudice si sia preformato un giudizio di merito capace di pregiudicare l'imparzialità della decisione conclusiva del processo.

Nell'assumere la sua decisione, questa Corte è pienamente consapevole delle difficoltà di ordine pratico che, come conseguenza della propria giurisprudenza, possono derivare alla formazione concreta degli organi giudicanti. Ciò, tuttavia, non la esime dalla propria essenziale funzione di garanzia, quando se ne richieda l'intervento in presenza di norme costituzionalmente illegittime. Alle anzidette difficoltà, con appropriati interventi e riforme di ordine normativo e organizzativo, devono porre rimedio altre istanze costituzionali alle quali appartengono i relativi doveri e le relative responsabilità. Per questo, nel pervenire alla presente, ulteriore pronuncia d'incostituzionalità in difesa del principio del giusto processo e dell'imparzialità e della terzietà del giudice, questa Corte deve rivolgere, anzi rinnovare (v. sentenza n. 496 del 1990) un pressante invito agli organi competenti affinché pongano mano con urgenza a quegli interventi e a quelle riforme che gli indisponibili principi della Costituzione richiedono in ordine al buon funzionamento della giurisdizione penale. (*omissis*)

CORTE COSTITUZIONALE, 7 maggio 1996, n. 146 - *Pres.* Ferri - *Red.* Cheli - Presidente del Consiglio dei Ministri (avv. Stato Fiumara).

Comunità Europee - Regolamento comunitario - Inadempimento da parte dell'Italia - Giudizio di condanna - Responsabilità contabile - Corte dei Conti - Legge di sanatoria - Eccesso di potere legislativo - Infondatezza.

(Cost., artt. 3, 10, 24, 97; legge 10 luglio 1991, n. 201; legge 8 novembre 1986, n. 752).

Non è viziata per eccesso di potere legislativo sotto il profilo dello sviamento la norma che, rendendo applicabile a partire dal periodo 1991-

del riesame è messo nelle condizioni di conoscere tutti gli elementi su cui si è fondata la richiesta del pubblico ministero al giudice per ottenere la misura cautelare in questione, nonché tutti gli elementi, anche sopravvenuti, a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive ch'egli abbia depositate. Le determinazioni che esso può prendere, conformemente alla natura del riesame, spaziano dall'annullamento del provvedimento impugnato, alla riforma in senso favorevole all'imputato anche per motivi diversi da quelli enunciati, alla conferma per le stesse o per altre ragioni, diverse da quelle indicate nella motivazione del provvedimento oggetto del riesame (comma 9). Nessun dubbio, quindi, che il riesame dell'atto che dispone la misura cautelare comporta valutazioni di merito del medesimo genere di quelle che, compiute dal giudice per le indagini preliminari, hanno indotto questa Corte, nella sentenza n. 432 del 1995, a dichiarare l'incostituzionalità della mancata previsione della relativa causa di incompatibilità nell'art. 34, comma 2, cod. proc. pen.

Quanto all'appello contro le ordinanze in materia di misure cautelari personali, esso è configurato dall'art. 310 cod. proc. pen. come strumento di controllo sulle ordinanze che provvedono al riguardo, attivabile tanto dal pubblico ministero quanto dall'imputato e dal suo difensore. A differenza del riesame — rimedio processuale dal significato « unidirezionale » in quanto previsto solo su iniziativa e nell'interesse dell'imputato — l'appello è accordato per far valere tanto le ragioni della cautela (su iniziativa del pubblico ministero), quanto le ragioni della libertà (su iniziativa dell'imputato e del suo difensore) le quali non abbiano avuto successo in prima istanza. Inoltre, mentre la richiesta di riesame conferisce al tribunale la cognizione piena sul provvedimento cautelare, l'effetto devolutivo dell'appello è limitato dai motivi contestualmente enunciati (art. 310, comma 1, cod. proc. pen.).

Le suddette differenze tra il giudizio di riesame e il giudizio d'appello non escludono peraltro che, anche nel secondo caso, il tribunale competente (lo stesso del riesame, a norma del comma 2 dell'art. 310) possa essere investito, a seconda dei motivi dell'appello, della valutazione di profili di merito che attengono all'esistenza di « gravi indizi di colpevolezza » ovvero alla sussistenza di una o più esigenze cautelari, tra quelle indicate dall'art. 274 cod. proc. pen., elementi tutti che costituiscono le condizioni in presenza delle quali la misura può essere legittimamente disposta. Pertanto, sotto questo profilo, anche nei confronti dei giudici che abbiano preso parte al collegio del tribunale che si è espresso in sede di appello contro ordinanze in tema di misure cautelari personali valgono le medesime sopraddette ragioni di incompatibilità alla partecipazione alla funzione di giudizio sul merito dell'accusa.

La dichiarazione d'incostituzionalità dell'art. 34, comma 2, cod. proc. pen. che si rende dunque necessaria in relazione alla mancata previsione della incompatibilità alla partecipazione al giudizio del giudice che abbia

dizioni che legittimerebbero il proscioglimento in conseguenza dell'esistenza di cause di giustificazione, di non punibilità, di estinzione del reato o della pena (art. 273, comma 2, cod. proc. pen.), si è espressamente prevista altresì la valutazione circa l'impossibilità per l'imputato di ottenere, con la sentenza di condanna (nemmeno indicata come «eventuale»), la sospensione condizionale della pena (art. 275, comma 2-*bis*, introdotto dalla ricordata riforma del 1995).

In questo quadro, così mutato rispetto al codice previgente e anche rispetto alla formulazione originaria del codice attuale — indipendentemente dal rapporto funzionale e strutturale esistente tra procedimenti cautelari e processo di cognizione — questa Corte, guardando alla sostanza, ha riconosciuto che le valutazioni compiute dal giudice in relazione all'adozione di una misura cautelare personale comportano un pregiudizio sul merito dell'accusa: tali valutazioni infatti, secondo le norme vigenti, devono indurre il giudice a ritenere l'esistenza di una ragionevole e consistente probabilità di colpevolezza e quindi di condanna dell'imputato e, addirittura, di condanna ad una pena superiore a quella che consente la concessione della sospensione condizionale della pena.

La garanzia della libertà personale, secondo la linea direttiva della Costituzione, richiede che le misure limitatrici siano prese con il massimo di prudenza e, per questo, si prevede il suddetto, incisivo giudizio prognostico, tanto lontano da una sommaria delibazione e tanto prossimo a un giudizio di colpevolezza, sia pure presuntivo, poiché condotto «allo stato degli atti» e non su prove ma su indizi. Ma proprio l'intensità di tale garanzia in sede cautelare, se non ne seguisse il divieto, per il giudice che si è pronunciato in quella sede, di prendere parte al giudizio sul merito dell'accusa, si tradurrebbe in un grave pregiudizio per l'imputato: il *favor libertatis* che giustifica tanto rigore in sede cautelare, si rovescerebbe infatti, proprio a causa di tale rigore, in prevenzione in danno dell'imputato in sede di giudizio.

Sulla base delle suddette argomentazioni, questa Corte è pervenuta, nella citata sentenza n. 432 del 1995, alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 34, comma 2, cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedeva che non potesse partecipare al giudizio dibattimentale il giudice per le indagini preliminari il quale avesse applicato una misura cautelare personale nei confronti dell'imputato. Rispetto alla questione allora così decisa, quella ora da decidere presenta innegabili analogie.

Secondo l'art. 309 cod. proc. pen., il tribunale del riesame (comma 7) è investito di una cognizione piena, di legittimità e di merito, in ordine all'ordinanza che dispone la misura cautelare personale (comma 1). Il tribunale (comma 6) non è vincolato alle prospettazioni di parte, le quali possono anche mancare, essendo possibile che esso sia chiamato semplicemente a rifare integralmente le valutazioni in precedenza affidate al giudice che ha adottato l'ordinanza cautelare. Conseguentemente, il collegio

l'ordinanza di trasmissione degli atti al pubblico ministero, perché il fatto risulta diverso da come contestato (sentenza n. 445 del 1994).

Infine, con la sentenza n. 432 del 1995 — alla quale tutte le ordinanze di rimessione fanno espresso riferimento e che costituisce precedente specifico per la decisione della questione in esame — questa Corte ha ritenuto che i principi in precedenza affermati valgano non solo nel rapporto tra fasi diverse del giudizio ma anche nel rapporto tra assunzione di provvedimenti cautelari personali e giudizio sul merito dell'imputazione. Superando il suo precedente orientamento, volto a configurare il merito dell'accusa e le cautele come àmbiti distinti per oggetto e funzione e a escludere conseguentemente che le pronunce sulla libertà personale, comprese quelle assunte in sede di riesame o di appello, comportassero valutazioni idonee a tradursi in un giudizio che interferisce con quello sul merito della *res judicanda*, tale da compromettere (o far apparire compromessa) l'imparzialità della decisione conclusiva sulla responsabilità dell'imputato (sentenza n. 124 del 1992; ordinanza n. 516 del 1991 e sentenza n. 502 del 1991), questa Corte ha considerato viceversa che tale pregiudizio possa verificarsi, in quanto le pronunce cautelari presuppongono sempre un giudizio prognostico di segno positivo sulla responsabilità, ancorché basato su indizi e non ancora su prove.

Sull'anzidetto sviluppo giurisprudenziale è stato influente il mutamento del quadro normativo determinato non solo dalla entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, ma anche dalla legge 8 agosto 1995, n. 332. La nuova disciplina oggi in vigore, per potenziare le garanzie della libertà personale nel processo penale e valorizzare l'eccezionalità delle misure restrittive della stessa, richiede un giudizio probabilistico in ordine alla colpevolezza, assai più approfondito che non in passato e tale da superare, ai fini della valutazione circa l'esistenza del pregiudizio in ordine alla decisione sulla responsabilità, la distinzione tra valutazioni di tipo indiziario, rilevanti in sede di cautele, e giudizio sul merito dell'accusa in sede dibattimentale. Il comma 1 dell'art. 273 cod. proc. pen. stabilisce, come presupposto comune a tutte le misure cautelari personali che possono essere disposte nei casi previsti dall'art. 274 cod. proc. pen., l'esistenza di « gravi indizi di colpevolezza » (in ciò differenziandosi dalla previsione dei « sufficienti indizi », contenuta nel codice previgente) e l'art. 292, comma 2, lettera *c*), cod. proc. pen. richiede al giudice che dispone la misura cautelare di esporre « 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 ». E, alla pregnanza delle valutazioni richieste al fine di pervenire alla misura, con la riforma contenuta nella citata legge del 1995, si è aggiunta l'esigenza che il giudice esponga altresì « i motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi di prova forniti dalla difesa » (art. 292, comma 2, lettera *c-bis*, cod. proc. pen.) e, oltre alla valutazione negativa circa l'esistenza di con-

risultanze processuali (ordinanza n. 24 del 1996; sentenze nn. 455 e 453 del 1994; ordinanza n. 157 del 1993; sentenze nn. 339, 186 e 124 del 1992).

Infine, le valutazioni in questione, rilevanti ai fini dell'insorgere dell'incompatibilità, appartengono a fasi diverse del processo, essendo più che ragionevole che, in ciascuna di esse, sia preservata l'esigenza di continuità e di globalità. Essa comporta che il giudice sia investito delle valutazioni, tanto formali che di contenuto, che a tale fase attengono e che ne costituiscono lo svolgimento procedimentale. Conseguentemente, il giudice chiamato al giudizio di merito non incorre in incompatibilità tutte le volte in cui compie valutazioni preliminari, anche di merito, destinate a sfociare in quella conclusiva (sentenza n. 448 del 1995). In caso contrario, si determinerebbe una « assurda frammentazione » del procedimento — inteso quale « ordinata sequenza di atti, ciascuno dei quali legittima, prepara e condiziona quello successivo » —, con l'aberrante conseguenza di dover disporre, per la medesima fase del giudizio, di tanti giudici diversi, quanti sono gli atti da compiere (ordinanza n. 24 del 1996; sentenza n. 124 del 1992).

La disciplina legislativa dell'incompatibilità del giudice, stabilita nell'art. 34 cod. proc. pen. alla stregua della direttiva al legislatore delegato contenuta nell'art. 2, n. 67), della legge n. 81 del 1987, si fonda sulla necessità di evitare la duplicazione di giudizi della medesima natura presso lo stesso giudice e quindi sulla suddetta esigenza di proteggere il giudizio del merito della causa dal rischio di un pregiudizio, effettivo o anche solo potenziale, derivante da valutazioni di sostanza sulla ipotesi accusatoria, espresse in occasione di atti compiuti in precedenti fasi processuali. E, nello svolgimento della medesima esigenza, questa Corte, a iniziare dalla sentenza n. 496 del 1990, ha provveduto in varie circostanze a integrare le lacune costituzionalmente illegittime, contenute nell'art. 34, comma 2, del codice di procedura penale, statuendo che l'incompatibilità alla partecipazione al giudizio deve valere anche in ipotesi non espressamente contemplate. Esse riguardano principalmente il giudice per le indagini preliminari, tanto presso la pretura che presso il tribunale, che abbia pronunciato l'ordine al pubblico ministero di formulare l'imputazione (oltre alla già menzionata sentenza n. 496 del 1990, sentenze nn. 502 e 401 del 1991); il rigetto della richiesta di emissione del decreto penale di condanna per inadeguatezza della pena (sentenza n. 502 del 1991); il rigetto, in diverse circostanze, della richiesta di applicazione di pena concordata (sentenze nn. 439 del 1993, 339, 186 e 124 del 1992); il rigetto della domanda di oblazione (sentenza n. 453 del 1994). Ma il principio dell'incompatibilità fatto valere da questa Corte si estende al di là del rapporto tra il giudice per le indagini preliminari e il giudice del giudizio, come mostra la riconosciuta incompatibilità al giudizio del giudice, che come componente del collegio del tribunale, ha pronunciato

La questione è fondata.

Il « giusto processo » — formula in cui si compendiano i principi che la Costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio — comprende l'esigenza di imparzialità del giudice: imparzialità che non è che un aspetto di quel carattere di « terzietà » che connota nell'essenziale tanto la funzione giurisdizionale quanto la posizione del giudice, distinguendola da quella di tutti gli altri soggetti pubblici, e condiziona l'effettività del diritto di azione e di difesa in giudizio.

Le norme sulla incompatibilità del giudice sono funzionali al principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione e ciò ne chiarisce il rilievo costituzionale.

Questa Corte, in numerose pronunce, ha affermato che le incompatibilità dei giudici determinate da ragioni interne allo svolgimento del processo sono finalizzate a evitare che condizionamenti, o apparenze di condizionamenti, derivanti da precedenti valutazioni cui il giudice sia stato chiamato nell'ambito del medesimo procedimento, possano pregiudicare o far apparire pregiudicata l'attività di « giudizio » (non anche altre attività processuali anteriori o propedeutiche al giudizio: ordinanza n. 24 del 1996, sentenza n. 401 del 1991). E, come questa Corte ha precisato (sentenze nn. 439 del 1993, 261 del 1992; ordinanza n. 180 del 1992; sentenza n. 502 del 1991), con tale locuzione deve intendersi non il solo giudizio dibattimentale ma qualsiasi tipo di giudizio, cioè ogni processo che in base a un esame delle prove pervenga a una decisione di merito, compreso quello che si svolge con il rito abbreviato.

La portata generale di tale affermazione è stata fatta oggetto di una quadruplice precisazione.

Innanzitutto, il presupposto di ogni incompatibilità endoprocessuale è la preesistenza di valutazioni che cadono sulla medesima *res judicanda* (sentenze nn. 455 del 1994, 439 del 1993, 186 e 124 del 1992).

In secondo luogo — per quanto l'architettura del nuovo rito penale richieda che le conoscenze probatorie del giudice si formino nella fase del dibattimento — rilevante ai fini della incompatibilità non è la semplice « conoscenza » di atti anteriormente compiuti, riguardanti il processo: l'incompatibilità sorge quando il giudice sia stato chiamato a compiere una « valutazione » di essi, al fine di una decisione (sentenze nn. 455 e 453 del 1994, 186 e 124 del 1992 e 502 del 1991).

In terzo luogo, non tutte le valutazioni anzidette danno luogo a un pregiudizio rilevante ma solo quelle « non formali, di contenuto », cosicché le condizioni dell'incompatibilità si determinano quando il giudice si sia pronunciato su aspetti che riguardano il merito dell'ipotesi d'accusa, ma non anche quando abbia preso determinazioni soltanto in ordine allo svolgimento del processo, sia pure in seguito a una valutazione delle

riesame (art. 309 cod. proc. pen.) o dell'appello (art. 310 cod. proc. pen.), chiamato a pronunciarsi su provvedimenti in materia di misure cautelari personali.

Tale omissione, ad avviso comune dei giudici rimettenti, violerebbe gli articoli 3, 24, secondo comma, e 27, secondo comma, della Costituzione in quanto distinguerebbe irrazionalmente l'ipotesi in questione da altre analoghe dove vale l'incompatibilità, determinando una disparità di trattamento a seconda che nella composizione del giudice del dibattimento figurino o non figurino giudici che abbiano partecipato al collegio del riesame o dell'appello in tema di misure cautelari personali, con violazione del diritto di difesa e, in generale, della garanzia del giusto processo, nonché del diritto dell'imputato a non essere considerato colpevole fino alla condanna definitiva.

La suddetta questione di legittimità costituzionale è posta in termini identici o analoghi in tutte le ordinanze di rimessione. I relativi giudizi possono pertanto essere riuniti per essere decisi con la medesima sentenza.

---

dirompente della loro giurisprudenza: in particolare va sottolineato che essi richiedono ai fini dell'incompatibilità non la semplice previa *conoscenza* di atti riguardanti il processo, ma la loro specifica *valutazione*, ed una valutazione non sugli aspetti formali del procedimento, ma bensì estesa al merito dell'ipotesi accusatoria.

D'altra parte, anche la nuova sensibilità in ordine alla applicazione delle misure cautelari susseguente all'entrata in vigore della legge 332/1995 ha comportato l'estensione dell'ambito di valutazione della compatibilità alla partecipazione a questi procedimenti. Da qui la affermazione contenuta nella sentenza 432/95 relativa al giudice che aveva disposto una misura cautelare rispetto alla quale le incompatibilità sancite dalla sentenza in rassegna sono direttamente conseguenziali.

È bastato verificare la misura della cognizione del tribunale del riesame e del giudice dell'appello in ordine alla stessa misura cautelare, per trarne le inevitabili conseguenze sul piano delle incompatibilità.

Non è rimasto alla Corte altro da fare se non limitare la portata della pronuncia escludendone il caso in cui il tribunale dell'appello abbia deciso su aspetti meramente formali della ordinanza che dispone la misura cautelare personale, ma senza poter « salvare » neppure il giudizio sulle esigenze cautelari, che è parso comunque avere riflessi sulla posizione sostanziale dell'imputato.

Nel rinnovare l'invito al legislatore per un sollecito intervento, la Corte dichiara la propria consapevolezza circa le difficoltà di ordine pratico che possono derivare dalla pronuncia, rivendicando tuttavia l'autonomia della propria funzione di garanzia rispetto a siffatte preoccupazioni.

C'è da auspicare che mentre si provvede a colmare le lacune, anche negli organici, determinate dall'aumento delle ipotesi di incompatibilità, non si allarghi ancora la spirale delle possibilità, sulla spinta di eccezioni che finiscono con il dilatare i tempi del processo penale.

G.P.P.

traddetto la sentenza n. 307 del 1990 di questa Corte, nella quale il riconoscimento dell'obbligo di assicurare protezione alle vittime della vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica non trovava particolari limitazioni di carattere temporale.

La dichiarazione di incostituzionalità che si rende dunque necessaria colpisce le norme impugnate nella parte in cui escludono il diritto a un indennizzo per il tempo anteriore all'entrata in vigore della legge e conduce, come conseguenza, a ripristinare, per quel tempo, la portata della sentenza della Corte costituzionale illegittimamente ridotta. Pertanto, a coloro i quali abbiano subìto un danno da vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica, direttamente o anche indirettamente, a causa dell'assistenza personale prestata ai primi — come si ebbe a precisare nella sentenza n. 307 del 1990 — spetta, per il danno patito dal momento del manifestarsi dell'evento dannoso fino all'ottenimento dell'indennizzo previsto dalla legge, un equo ristoro determinato alla stregua dei criteri indicati dalla predetta decisione di incostituzionalità.

CORTE COSTITUZIONALE, 24 aprile 1996 n. 131 - *Pres.* Ferri - *Red.* Zagrebelsky.

Procedimento penale - Giusto processo - Incompatibilità - Giudice del dibattimento - Partecipazione precedente a collegi giudicanti su misure cautelari - Mancata previsione - Illegittimità - Limiti.

(Cost., artt. 3, 24 e 27; c.p.p. artt. 34, 309 e 310).

Secondo il principio del giusto processo, va ritenuto incompatibile rispetto al giudizio dibattimentale il giudice che abbia fatto parte del collegio del tribunale del riesame o dell'appello, chiamato a pronunciarsi su misure cautelari personali, a meno che in tali fasi procedimentali il giudice non si sia pronunciato solo su aspetti meramente formali, senza valutazione degli indizi di colpevolezza (1).

(*omissis*) Le quindici ordinanze indicate in epigrafe sollevano questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, del codice di procedura penale, che regola l'incompatibilità del giudice determinata da atti compiuti nel procedimento, nella parte in cui non esclude dal giudizio dibattimentale il giudice che abbia fatto parte del collegio del tribunale del

(1) La sentenza sopra riportata ha sollevato gravi e non ingiustificate preoccupazioni nel mondo degli operatori del processo penale, nonostante la prevedibilità di questa nuova tappa della Corte sul cammino dell'affermazione di un più ampio grado di incompatibilità nell'ambito del concetto del « giusto procedimento ».

Va detto che i giudici costituzionali hanno puntualizzato il proprio orientamento con quattro precisazioni che dovrebbero contenere in parte l'effetto

L'art. 1 della impugnata legge n. 210 del 1992 prevede — secondo il titolo della legge stessa — un « indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati ». Le ipotesi ivi previste sono assai varie, dal punto di vista tanto del tipo di danno, quanto dei soggetti indennizzabili. Circa il danno, si tratta di menomazioni permanenti, di qualsiasi tipo, da vaccinazioni obbligatorie, di infezioni da HIV, da somministrazione di sangue e suoi derivati e di epatite post-trasfusionale. Quanto ai soggetti, si tratta, a seconda dei casi, di persone giuridicamente obbligate, semplicemente necessitate o non obbligate al trattamento medico, di persone sottoposte al trattamento o di persone entrate in contatto con soggetti infetti per qualsiasi motivo, ovvero per ragioni attinenti all'esercizio di professioni sanitarie. Questa complessa casistica non si presta a una valutazione unitaria, alla stregua della anzidetta ricapitolazione tripartita. Per questa ragione, le conclusioni cui si deve pervenire in ordine al diritto all'indennizzo dei soggetti colpiti, senza colpa di altri, da menomazioni conseguenti a vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica non possono ritenersi di per sé estensibili a tutte le altre ipotesi previste dall'art. 1 della legge in questione.

L'ascrivibilità all'anzidetta ipotesi *sub* b) (v. par. n. 6) della situazione giuridica propria dei soggetti colpiti da menomazione a seguito di vaccinazione antipoliomielitica spiega come questa Corte, con la sentenza n. 307 del 1990, abbia potuto non solo dichiarare l'incostituzionalità della legge 4 febbraio 1966, n. 51 (Obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica), perché non prevedeva alcuna indennità a carico dello Stato a favore di coloro che avessero subìto conseguenze menomanti la loro salute, ma altresì dichiarare, attraverso l'applicazione diretta della norma costituzionale anche in questo caso, l'esistenza del diritto di costoro a ottenere un equo indennizzo, demandandone al giudice la quantificazione in concreto, fino a quando — si intende — il legislatore non fosse intervenuto in materia.

Ciò è avvenuto con la legge n. 210 del 1992, la quale ha operato la quantificazione dell'indennizzo e ha precisato le modalità per far valere la pretesa dell'indennizzo medesimo, così dando seguito alla pronuncia della Corte costituzionale, del riferimento alla quale i lavori preparatori portano traccia abbondante. Ma contemporaneamente, l'impugnato art. 2, comma 2, in connessione con l'art. 3, comma 7, ha stabilito una limitazione temporale, che equivale ad una riduzione parziale del danno indennizzabile: limitazione che risulta inammissibile alla stregua della natura del diritto che deve essere riconosciuto ai danneggiati, un diritto — come si è visto — che il legislatore può modellare equitativamente soltanto circa la misura. La disciplina impugnata, per la parte che interessa la presente questione di costituzionalità, pertanto, non soltanto si è posta contro il diritto alla salute sancito dall'art. 32 della Costituzione, ma ha altresì con-

l'inderogabile dovere di solidarietà che, in questi casi, incombe sull'intera collettività e, per essa, sullo Stato. Si tratta di una misura che, pur non potendo essere irrisoria e — come anche ha precisato la suddetta sentenza (n. 307 del 1990) — pur dovendo tenere conto di tutte le componenti del danno stesso, ha natura equitativa.

Il necessario collegamento, come condizione di legittimità costituzionale, che questa Corte ha affermato doverci essere tra la previsione legislativa dell'obbligo di sottoporsi a vaccinazione e l'indennizzabilità del pregiudizio da essa derivante, rende palese la differenza tra questa e tutte le altre evenienze in cui, in nome della solidarietà, la collettività assuma su di sé, totalmente o parzialmente, le conseguenze di eventi dannosi fortuiti e comunque indipendenti da decisioni che la società stessa abbia preso nel proprio interesse. Nella prima ipotesi — che è quella della sentenza n. 307 del 1990 e anche quella su cui cade la presente decisione — la solidarietà non implica soltanto, come invece nella seconda, un dovere al quale il legislatore possa dare seguito secondo quei criteri di discrezionalità e quella necessaria ragionevole ponderazione con altri interessi e beni di pari rilievo costituzionale che valgono per i diritti previsti da norme costituzionali a efficacia condizionata all'intervento del legislatore (sentenza n. 455 del 1990), ma comporta un vero e proprio obbligo, cui corrisponde una pretesa protetta direttamente dalla Costituzione.

Si tratta perciò di un obbligo avente uno speciale carattere. Per la collettività è in questione non soltanto il dovere di aiutare chi si trova in difficoltà per una causa qualunque, ma l'obbligo di ripagare il sacrificio che taluno si trova a subire per un beneficio atteso dall'intera collettività. Sarebbe contrario al principio di giustizia, come risultante dall'art. 32 della Costituzione, alla luce del dovere di solidarietà stabilito dall'art. 2, che il soggetto colpito venisse abbandonato alla sua sorte e alle sue sole risorse o che il danno in questione venisse considerato come un qualsiasi evento imprevisto al quale si sopperisce con i generali strumenti della pubblica assistenza, ovvero ancora si subordinasse la soddisfazione delle pretese risarcitorie del danneggiato all'esistenza di un comportamento negligente altrui, comportamento che potrebbe mancare.

Riassumendo con ordine, la menomazione della salute derivante da trattamenti sanitari può determinare una di queste tre conseguenze: a) il diritto al risarcimento pieno del danno, riconosciuto dall'art. 2043 del codice civile, in caso di comportamenti colpevoli; b) il diritto a un equo indennizzo, discendente dall'art. 32 della Costituzione in collegamento con l'art. 2, ove il danno, non derivante da fatto illecito, sia stato subìto in conseguenza dell'adempimento di un obbligo legale; c) il diritto, a norma degli artt. 38 e 2 della Costituzione, a misure di sostegno assistenziale disposte dal legislatore, nell'ambito dell'esercizio costituzionalmente legittimo dei suoi poteri discrezionali, in tutti gli altri casi.

la vaccinazione antipoliomielitica non è così —, la decisione in ordine alla sua imposizione obbligatoria apparterrà a questo genere di scelte pubbliche.

L'anzidetto carattere della vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica, in un ordinamento come è il nostro, orientato a riconoscere valore fondamentale alla persona come individuo (art. 2 della Costituzione), comporta una condizione da cui ne dipende la legittimità, condizione ulteriore rispetto a quelle prescritte nel secondo comma dell'art. 32 della Costituzione — quasi un altro elemento di rafforzamento della riserva di legge ivi prevista — secondo quanto è chiarito nella sentenza n. 307 del 1990 di questa Corte, la quale costituisce il necessario punto di riferimento della presente decisione.

In quell'occasione la Corte costituzionale ha affermato che il rilievo dalla Costituzione attribuito alla salute in quanto interesse della collettività, se è normalmente idoneo da solo a « giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale », cioè a escludere la facoltà di sottrarsi alla misura obbligatoria (si veda, altresì la sentenza n. 258 del 1994), non lo è invece quando possano derivare conseguenze dannose per il diritto individuale alla salute. Impregiudicato qui il problema del rilievo da riconoscersi all'obiezione di coscienza nei confronti dei trattamenti medicali, in nome del dovere di solidarietà verso gli altri è possibile che chi ha da essere sottoposto al trattamento sanitario (o, come nel caso della vaccinazione antipoliomielitica che si pratica nei primi mesi di vita, chi esercita la potestà di genitore o la tutela) sia privato della facoltà di decidere liberamente. Ma nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri. La coesistenza tra la dimensione individuale e quella collettiva della disciplina costituzionale della salute nonché il dovere di solidarietà che lega il singolo alla collettività, ma anche la collettività al singolo, impongono che si predisponga, per quanti abbiano ricevuto un danno alla salute dall'aver ottemperato all'obbligo del trattamento sanitario, una specifica misura di sostegno consistente in un equo ristoro del danno. Un ristoro, occorre aggiungere, dovuto per il semplice fatto obiettivo e incolpevole dell'aver subìto un pregiudizio non evitabile, in un'occasione dalla quale la collettività nel suo complesso trae un beneficio: dovuto dunque indipendentemente dal risarcimento in senso proprio che potrà eventualmente essere richiesto dall'interessato, ove ricorrano le condizioni previste dall'art. 2043 del codice civile. E, mentre la tutela contro l'illecito predisposta dalla norma menzionata ha necessariamente effetti risarcitori pieni anche del danno alla salute in quanto tale — secondo la « fermissima » giurisprudenza di questa Corte (sentenze nn. 455 del 1990, 1011 e 992 del 1988, 559 del 1987, 184 del 1986 e 88 del 1979) —, non altrettanto è per l'indennizzo in questione, il quale prescinde dalla colpa e deriva dal-

obbligatoria, verificatisi anteriormente all'entrata in vigore della legge: indennità solo parziale che risulta dal combinato disposto degli artt. 2, comma 2, e 3, comma 7, che devono ritenersi le norme in concreto impugnate.

L'esatto inquadramento del problema di costituzionalità che la Corte è chiamata a risolvere presuppone la chiarificazione del significato del diritto costituzionale alla salute con riferimento al caso in cui la sua dimensione individuale confligga con quella collettiva, ipotesi che può ricorrere tipicamente nei casi di trattamenti sanitari obbligatori, tra i quali rientra la vaccinazione antipoliomielitica.

La disciplina costituzionale della salute comprende due lati, individuale e soggettivo l'uno (la salute come « fondamentale diritto dell'individuo »), sociale e oggettivo l'altro (la salute come « interesse della collettività »). Talora l'uno può entrare in conflitto con l'altro, secondo un'eventualità presente nei rapporti tra il tutto e le parti. In particolare — questo è il caso che qui rileva — può accadere che il perseguimento dell'interesse alla salute della collettività, attraverso trattamenti sanitari, come le vaccinazioni obbligatorie, pregiudichi il diritto individuale alla salute, quando tali trattamenti comportino, per la salute di quanti ad essi devono sottostare, conseguenze indesiderate, pregiudizievoli oltre il limite del normalmente tollerabile.

Tali trattamenti sono leciti, per testuale previsione dell'art. 32, secondo comma, della Costituzione, il quale li assoggetta ad una riserva di legge, qualificata dal necessario rispetto della persona umana e ulteriormente specificata da questa Corte, nella sentenza n. 258 del 1994, con l'esigenza che si prevedano ad opera del legislatore tutte le cautele preventive possibili, atte a evitare il rischio di complicanze. Ma poiché tale rischio non sempre è evitabile, è allora che la dimensione individuale e quella collettiva entrano in conflitto. Il caso da cui trae origine il presente giudizio di costituzionalità ne è un esempio. La vaccinazione antipoliomielitica comporta infatti un rischio di contagio, preventivabile in astratto — perché statisticamente rilevato — ancorché in concreto non siano prevedibili i soggetti che saranno colpiti dall'evento dannoso. In questa situazione, la legge che impone l'obbligo della vaccinazione antipoliomielitica compie deliberatamente una valutazione degli interessi collettivi ed individuali in questione, al limite di quelle che sono state denominate « scelte tragiche » del diritto: le scelte che una società ritiene di assumere in vista di un bene (nel nostro caso, l'eliminazione della poliomielite) che comporta il rischio di un male (nel nostro caso, l'infezione che, seppur rarissimamente, colpisce qualcuno dei suoi componenti). L'elemento tragico sta in ciò, che sofferenza e benessere non sono equamente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri.

Finché ogni rischio di complicanze non sarà completamente eliminato attraverso lo sviluppo della scienza e della tecnologia mediche — e per

Con altra norma di portata altrettanto generale, l'art. 2, dopo aver determinato al comma 1 la struttura e l'ammontare dell'indennizzo, al comma 2 ne stabilisce la decorrenza dal primo giorno del mese successivo a quello della presentazione della domanda intesa ad ottenerlo.

Tale domanda, secondo l'art. 3, comma 1, nel caso di vaccinazione obbligatoria, deve essere presentata al Ministero della sanità entro 3 anni. La decorrenza del triennio tuttavia è diversa a seconda che il danno si sia verificato in epoca successiva o anteriore all'entrata in vigore della legge. Nel primo caso, il triennio decorre dal momento della conoscenza del danno; nel secondo, dall'entrata in vigore della legge (art. 3, comma 7).

Le norme richiamate sono dunque chiare nel prevedere che gli eventi *ante legem*, al pari di quelli *post legem*, sono indennizzabili e che, tanto per gli uni che per gli altri, la decorrenza del diritto all'indennizzo è fissata al primo giorno del mese successivo alla presentazione della domanda. Perciò, coloro che abbiano subìto il danno in epoca anteriore all'entrata in vigore della legge non potranno essere indennizzati che per il periodo successivo. Essi sono, per così dire, rimessi in termini ma solo proceduralmente, essendo loro consentito il presentare domanda anche oltre il triennio dall'evento (ma comunque entro il triennio dall'entrata in vigore della legge), non anche — per dir così — sostanzialmente, valendo il previsto indennizzo soltanto per il tempo successivo alla domanda.

Questa disciplina è tuttora vigente, pur essendo stata riconsiderata dal legislatore in sede di conversione in legge del decreto-legge 29 aprile 1995, n. 135 (Disposizioni urgenti in materia di assistenza farmaceutica e di sanità), nono decreto-legge di una serie che continua tuttora ed è giunta alla quattordicesima reiterazione (decreto-legge 26 febbraio 1996, n. 89). Con un emendamento all'art. 6 del suindicato decreto-legge n. 135 del 1995, approvato tanto dalla Camera dei deputati (sedute del 17 maggio 1995, in prima lettura, e del 28 giugno 1995 in seconda lettura) quanto dal Senato della Repubblica (seduta del 21 giugno 1995), si era riconosciuto il principio dell'indennizzabilità temporalmente piena, estendendo la decorrenza dell'indennizzo al tempo passato, dal primo giorno del mese successivo a quello in cui l'avente diritto avesse riportato la lesione o l'infermità. Tale innovazione non si è peraltro tradotta in una modifica delle norme impugnate, poiché la legge di conversione, rinviata alle Camere dal Presidente del Senato della Repubblica nell'esercizio delle funzioni di Presidente della Repubblica, a norma dell'art. 74 della Costituzione (messaggio del 28 giugno 1995), in relazione precisamente alle nuove norme contenute nell'art. 6 del decreto-legge, come modificato nel corso del procedimento di conversione in legge, non è stata riapprovata e la catena dei decreti-legge, spogliati dell'innovazione suddetta, ha ripreso a scorrere.

Di qui la presente questione di costituzionalità, essendo data a tutto oggi l'indennizzabilità temporalmente solo parziale, cioè esclusivamente per il futuro, degli eventi dannosi derivanti da vaccinazione antipoliomielitica

della domanda » intesa ad ottenerlo e che « per coloro che, alla data di entrata in vigore della ... legge hanno già subìto la menomazione ..., il termine [per la presentazione della domanda] decorre dalla data di entrata in vigore della legge ». Ad avviso del giudice rimettente, le norme suddette si porrebbero in contrasto con l'art. 32 della Costituzione che tutela la salute « come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività », in quanto non garantirebbero un'indennizzabilità temporalmente piena a favore di coloro che abbiano subìto menomazioni da vaccinazione obbligatoria nel tempo anteriore alla legge in questione.

La parte privata, nei suoi atti difensivi, prospetta altresì una censura di incostituzionalità in ordine alla misura dell'indennizzo prevista dalla legge impugnata. Ma tale censura non può trovare accesso nel giudizio, i cui termini sono fissati nell'atto introduttivo nei limiti testè indicati.

Deve innanzitutto essere chiarita la portata della denunciata disciplina della legge n. 210 del 1992, in relazione agli eventi dannosi alla salute verificatisi in epoca anteriore alla sua entrata in vigore.

L'art. 1, comma 1, stabilisce con norma generale che « chiunque abbia riportato, a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria italiana, lesione o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica, ha diritto ad un indennizzo da parte dello Stato, alle condizioni e nei modi » che la legge stessa stabilisce negli articoli seguenti.

Su questa premessa (la cui solidità non è però priva di dubbi specialmente nel caso della poliomelite che, come la stessa Corte non ignora, oggi colpisce « rarissimamente ») la sentenza costruisce il diritto all'indennizzo, connotandolo sia quanto alla consistenza (che ha natura equitativa, ma non deve essere di misura irrisoria) sia quanto alla decorrenza, che era propriamente l'oggetto della questione in esame.

Nel dichiarare quindi l'illegittimità della decorrenza temporale stabilita dalla legge per un'epoca successiva alla propria entrata in vigore, anche rispetto ai casi verificatisi in precedenza, la Corte trova il modo di puntualizzare che questa decisione non si applica agli altri soggetti previsti dalla legge 210/92, che si riferisce a varie categorie colpite da malattia anche a prescindere da trattamenti obbligatori (ad es. malati HIV contratto per somministrazione di sangue o per epatite post-trasfusionale), proprio perché in questi altri casi è diversa la ratio che induce l'ordinamento a scaricare sulla collettività il peso economico della malattia.

Da sottolineare peraltro in punto di diritto, l'inconsueto riferimento al parametro di costituzionalità costituito da precedente sentenza della Corte, rispetto alla quale viene sancita una sorta di inottemperanza; mentre infatti la precedente pronuncia, dichiarando l'illegittimità della legge 51/1966, aveva demandato al giudice a quo la quantificazione dell'indennizzo, il legislatore, pur dettando i criteri di determinazione dello stesso, lo aveva regolato in modo tale da renderlo inoperante per il passato, riducendone di fatto l'ammontare, per i soggetti colpiti prima della legge 210/92, che già in base alla sentenza 307/1990 avevano maturato un diritto all'indennizzo.

G.P.P.

dei suoi effetti mediante un meccanismo di rettifica in senso maggioritario con incidenza variabile a seconda della linea di bilanciamento prescelta. (*omissis*)

CORTE COSTITUZIONALE, 18 aprile 1996, n. 118 - *Pres.* Ferri - *Red.* Zagrebelsky.

Sanità - Diritto alla salute - Danni da vaccinazione obbligatoria antipolio - Indennizzo - Obbligo dello Stato - Inadempimento sentenza Corte Costituzionale - Limiti temporali - Illegittimità.

(Cost., art. 32; legge 25 febbraio 1992, n. 210, artt. 2 e 3).

La norma che, prevedendo l'indennizzo per il danno derivante da vaccinazione obbligatoria contro la poliomelite, stabilisce la decorrenza dal giorno successivo alla domanda per coloro che all'entrata in vigore della legge avevano già contratto la malattia, è illegittima non solo per violazione del diritto alla salute, ma altresì per contrarietà alla sentenza 307/1990 con cui la Corte aveva già affermato l'obbligo dello Stato di assicurare un'adeguata protezione alle vittime della vaccinazione senza porre limitazioni di carattere temporale (1).

(*omissis*) Il Pretore di Firenze solleva di fronte a questa Corte questione di legittimità costituzionale degli artt. 2 e 3 della legge 25 febbraio 1992, n. 210 (Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati), nella parte in cui stabiliscono che l'indennizzo per il danno derivante da vaccinazione obbligatoria « ha decorrenza dal primo giorno del mese successivo a quello della presentazione

(1) Una sentenza di grande importanza questa che la Corte ha pronunciato sull'indennizzo dovuto a chi abbia contratto la poliomelite a seguito della vaccinazione obbligatoria. Essenziali i concetti del diritto alla salute nella dimensione individuale ed in quella collettiva e sopratutto l'analisi del problema del conflitto tra i due profili.

La « scelta tragica » del diritto che impone l'obbligo della vaccinazione in nome dell'interesse collettivo, nella consapevolezza che statisticamente questa vaccinazione di massa comporta un rischio di contagio per pochi non prevedibili casi, viene vista dalla decisione alla luce dell'art. 32 Cost. come una decisione affidata alla legge, fino a quando il rischio di complicanze non sarà superato dall'evoluzione della scienza e della tecnologia medica.

Incidentalmente sembra che la Corte abbia voluto lasciare impregiudicato il problema dell'obiezione di coscienza, ammettendo invece che chi deve essere sottoposto al trattamento sanitario sia privato della facoltà di decidere liberamente, salvo prevedersi un diritto all'indennizzo a favore di chi abbia sacrificato la propria salute per quella degli altri.

A maggior ragione non contrasta con i parametri evocati l'ipotesi (considerata dal giudice rimettente) in cui il rischio di ingovernabilità è minore perché non c'è una maggioranza precostituita favorevole al sindaco, ma neppure ce n'è una di una lista contrapposta o non collegata. Maggiori quindi sono gli spazi per la mediazione politica, ferma restando anche in tal caso la facoltà di dimissioni con conseguente scioglimento del consiglio.

La affermata esclusione della violazione sia del principio di eguaglianza e di ragionevolezza, sia di quello del buon andamento dell'amministrazione pubblica non vuol dire, anche, che l'articolato disegno complessivo del legislatore (frutto di un ampio dibattito parlamentare proprio in ordine alle condizioni di operatività del premio di maggioranza) sia privo di inconvenienti in linea assoluta; anzi si deve ammettere che possono derivarne situazioni al limite, nelle quali tali inconvenienti assumono particolare rilevanza, come appunto si è verificato nel caso di specie, nel quale la lista collegata al candidato eletto sindaco al primo turno ha mancato per pochi voti la maggioranza assoluta, ma ha pur sempre ottenuto un'ampia maggioranza relativa, in presenza della quale può apparire una forzatura logica ravvisare una bocciatura, da parte dell'elettorato, del collegamento tra il sindaco e la sua lista. Tuttavia la ragionevolezza del sistema va valutata globalmente, e nel suo insieme, e non già isolando ipotesi limite che enfatizzano inconvenienti soltanto di fatto che possono verificarsi, ma che di per sé non inficiano la logica complessiva del meccanismo elettorale. Tanto più quando si tratta di inconvenienti che risultano avvertiti, anche ripetutamente, nel corso dei lavori parlamentari, ma evidentemente giudicati recessivi in sede di scelta finale del sistema ritenuto migliore dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità.

Certamente possono ipotizzarsi condizioni meno rigorose per l'attribuzione del premio di maggioranza al primo turno, quale il conseguimento della maggioranza relativa (invece che assoluta) ovvero di una meno elevata perventuale di voti (ed infatti, nel corso dei lavori parlamentari, prima che fosse varato il testo poi approvato, la condizione richiesta era costituita dal conseguimento del 40 %, invece che del 50 %, dei voti validi: cfr. emendamento 7.89 nel testo presentato nella seduta del 21 ottobre 1992 della menzionata prima Commissione permanente della Camera). Ed è probabile che in tal modo i possibili inconvenienti diminuirebbero; è certo però che si ridurrebbe anche il rispetto della volontà dell'elettorato quanto alla possibile bocciatura del collegamento del candidato eletto sindaco. In realtà, come si è già accennato, si tratta di moduli diversi, alternativi a quello recepito dalla disposizione censurata, la eventuale adozione dei quali è rimessa alla discrezionalità del legislatore, in quanto implicano la collocazione lungo più possibili linee del delicato bilanciamento tra la previsione (ed il rispetto) del voto disgiunto e la correzione

In conclusione non sono comparabili, al fine dell'attribuzione del premio di maggioranza, le due situazioni raffrontate: quella dell'elezione del sindaco al primo turno (in cui c'è il voto anche per una lista; c'è la possibilità del voto disgiunto e c'è la competizione di più liste e più candidati) e quella dell'elezione del sindaco al turno di ballottaggio (in cui il voto è unico; non si votano le liste collegate e sono parimenti possibili nuovi collegamenti; i candidati sono solo due).

D'altra parte la coerenza del disegno complessivo emerge anche dall'andamento dei lavori parlamentari, i quali mostrano che, quando il voto disgiunto non era previsto (ed anzi era espressamente comminata la sua nullità in un primo testo unificato, elaborato in seno alla prima Commissione permanente della Camera: art. 7, comma 4, del testo presentato nella seduta del 31 luglio 1992), il premio di maggioranza operava allo stesso modo al primo turno ed al turno di ballottaggio. Una volta ammesso il voto disgiunto al primo turno è stato necessario, per coerenza intrinseca della scelta operata, distinguere anche il premio di maggioranza tra i due turni, riducendolo sensibilmente al primo turno per lasciarlo nella sua originaria consistenza ed effettività soltanto al turno di ballottaggio.

Neppure sussiste la violazione del canone del buon andamento della pubblica amministrazione, unitamente a quello della ragionevolezza.

Una volta che non è contestata — come il giudice *a quo* non contesta — la legittimità costituzionale del principio del voto disgiunto, e si ammette che l'adozione di tale principio rientra nei possibili modelli elettorali che il legislatore può, nell'esercizio della sua discrezionalità, disegnare, deve necessariamente riconoscersi anche che la governabilità dell'ente locale non è assunta come un valore assoluto, ma è apprezzata come valore specificamente tutelabile (giustificandosi la alterazione del criterio proporzionale) soltanto nel caso, di maggior allarme, della frammentazione dei consensi espressi, che è quello del sindaco « debole » collegato ad una o più liste « deboli » (nel senso sopra precisato). D'altra parte, che la governabilità non sia un valore assoluto è dimostrato proprio dall'ipotesi, che può verificarsi e della cui legittimità non si dubita, della maggioranza assoluta conseguita (al primo turno) dalla lista contrapposta, o comunque non collegata, al candidato eletto sindaco. In questo caso (in cui il rischio della c.d. ingovernabilità è massimo) il sindaco, salva la facoltà di dimettersi così provocando lo scioglimento del consiglio, deve convivere con una maggioranza a sé contrapposta; ma ciò è conseguenza della divaricazione del consenso espresso dall'elettorato con il voto disgiunto, divaricazione, che il legislatore intende rispettare per non premiare (se non proprio penalizzare, come si è prima ricordato: paragrafo 2.2) il sindaco che si è collegato alla lista che non riscuote sufficienti consensi.

È invece rispettosa della logica del voto disgiunto la modesta correzione rappresentata dal premio di maggioranza operante al primo turno che — come ha esattamente rilevato il tribunale rimettente — vale solo a rafforzare una maggioranza assoluta già conseguita; peraltro solo eventualmente (perché non opera non solo se a conseguire la maggioranza assoluta sia stata una lista non collegata al sindaco, ma anche se la lista collegata abbia conseguito già più del 60% dei voti validi) ed in misura mobile (perché fa pari al 60% ogni percentuale di maggioranza assoluta inferiore a tale livello).

Nel turno di ballottaggio, invece, la prospettiva cambia sensibilmente.

Non c'è più la possibilità di voto disgiunto, perché si vota soltanto il candidato sindaco collegato ad una o più liste. L'elettore quindi non può più esprimere il consenso al candidato, contemporaneamente, però, bocciando il collegamento dal medesimo prescelto: la sua manifestazione di volontà è necessariamente unica e quindi più non sussiste alcun ostacolo intrinseco a valorizzare il collegamento — nuovamente espresso in questo secondo turno mediante l'abbinamento grafico tra il nome del candidato sindaco ed i simboli delle liste a lui collegate — al fine di introdurre un più rigido effetto di trascinamento attribuendo alla lista collegata al sindaco la maggioranza assoluta dei seggi nella percentuale del 60% come premio di maggioranza. Salva solo in questo caso l'ipotesi del già avvenuto conseguimento, nel primo turno, della maggioranza assoluta da parte di una lista non collegata al sindaco, eccezione questa che rappresenta la residua proiezione, anche nel turno di ballottaggio, dell'esigenza di tener conto del voto disgiunto.

Inoltre la evenienza in cui il premio di maggioranza è attribuito al turno di ballottaggio è — per definizione — quella in cui il corpo elettorale si presenta particolarmente frammentato posto che né alcun candidato sindaco, né alcuna lista hanno ottenuto la maggioranza assoluta dei voti validi al primo turno. Frammentazione che invece manca nel caso in cui già il primo turno riveli l'esistenza di un candidato sindaco « forte » che riesce a raggiungere la maggioranza assoluta dei consensi, e l'esistenza, insieme, di una lista a lui collegata altrettanto « forte » per aver anch'essa conseguito la maggioranza assoluta. Frammentazione che neppure si verifica nella ipotesi che vede contrapporsi ad un candidato sindaco « debole », perché costretto a ricorrere al ballottaggio, una lista di opposizione « forte », tanto da avere conseguito la maggioranza assoluta al primo turno. È questo carattere frammentato del voto espresso al primo turno che vale a connotare e differenziare ulteriormente il turno di ballottaggio con premio di maggioranza; e conseguentemente giustifica una diversa valutazione del legislatore che, consentendo nuovi collegamenti e prevedendo un ben più sostanzioso premio di maggioranza, mira ad incentivare nel secondo turno una aggregazione delle forze in campo più accentuata di quella rivelatasi insufficiente al primo turno .

seguita, invece nel secondo turno vi è (o vi può essere) una ben più sensibile alterazione del criterio proporzionale.

La questione non è fondata.

Innanzi tutto non è leso il principio dell'eguaglianza del voto (art. 48, comma 2, Cost.), giacché questo esige che l'esercizio del diritto di elettorato attivo avvenga in condizioni di parità, donde il divieto del voto multiplo o plurimo, ma non anche che il risultato concreto della manifestazione di volontà dell'elettorato sia proporzionale al numero dei consensi espressi, dipendendo questo invece dal concreto atteggiarsi delle singole leggi elettorali (sent. nn. 39 del 1973, 6, 60 e 168 del 1963, 43 del 1961); fermo restando in ogni caso il controllo di ragionevolezza.

Né è leso il principio di eguaglianza, non essendo comparabili il primo turno di votazione ed il turno di ballottaggio che rispondono a logiche diverse.

Nel primo turno l'elettorato è chiamato ad esprimersi sia per i candidati alla carica di sindaco, sia per le liste che concorrono per la composizione del consiglio comunale. Quindi, ancorché espresso in un'unica scheda, il voto è doppio e, secondo una precisa e consapevole opzione del legislatore, può essere anche disgiunto, nel senso che è possibile che l'elettore voti per un candidato sindaco e, contemporaneamente, per una lista ad esso non collegata.

L'ammissibilità del voto disgiunto comporta conseguentemente che è ben possibile che in consiglio vi sia una maggioranza contrapposta al sindaco, come anche che vi sia una situazione di equilibrio tra consiglieri eletti nella lista o nelle liste collegate al sindaco e consiglieri eletti in altre liste. Il legislatore, con una scelta che rientra nell'ambito della sua discrezionalità, ha deliberatamente escluso di assicurare comunque la maggioranza in consiglio al candidato eletto sindaco, il quale quindi non può adagiarsi (e puntare esclusivamente) sul suo prestigio personale, ma è stimolato a collegarsi a liste che abbiano un effettivo consenso nell'elettorato. Il sindaco « forte » (perché eletto al primo turno), ma collegato ad una lista « debole » (nel senso che non raggiunge anch'essa la maggioranza dei consensi al primo turno), risulta in qualche modo penalizzato (come si è fatto cenno nel corso della discussione parlamentare) per un collegamento rifiutato da una parte del suo elettorato che, pur votando lui, non ha però votato anche la sua lista o addirittura ha votato per una lista contrapposta. In questa situazione il sindaco dovrà cercare una maggioranza in consiglio perché l'elettorato, utilizzando la possibilità di voto disgiunto, non gliel'ha assicurata. Ed il legislatore ha ritenuto di non alterare tale situazione che riflette il possibile (e legittimo) scostamento tra il livello dei consensi confluiti sul candidato sindaco e quelli raccolti dalla lista (o dalle liste) ad esso collegata.

triplice profilo: *a*) non viene attribuita (negandosi l'assegnazione del premio di maggioranza) una stabile maggioranza al sindaco eletto al primo turno, ancorché nessuna delle liste o gruppi di liste che si sono contrapposte al candidato eletto sindaco abbiano ottenuto la maggioranza assoluta, e quindi non viene assicurata la governabilità dell'ente locale; *b*) vengono trattate in modo eguale situazioni diseguali che richiederebbero una disciplina differenziata (quella in cui la coalizione di liste a sostegno del sindaco eletto al primo turno non abbia conseguito più del 50% dei voti validi, pur riportando la maggioranza relativa, e quella in cui il gruppo di liste che appoggiano il sindaco eletto nel turno di ballottaggio abbia riportato un numero di suffragi inferiore alla lista o gruppo di liste antagonista che ha conseguito al primo turno la maggioranza assoluta); *c*) si determina una disparità di trattamento della lista o gruppo di liste collegate al candidato eletto sindaco perché, in presenza di una stessa esigenza di assicurare la governabilità dell'ente locale, è prevista una disciplina più favorevole per il secondo turno che non per il primo, richiedendosi solo per quest'ultimo il requisito del raggiungimento della maggioranza assoluta, laddove nel caso di ballottaggio può conseguire il premio di maggioranza, perché collegata al sindaco eletto, una lista riuscita largamente minoritaria, così che, mentre nel primo turno vi è una mera integrazione di una maggioranza assoluta già con-

---

del sindaco favorito dal premio maggioranza solo quando la sua lista abbia raggiunto la maggioranza assoluta dei voti. Nel caso di specie, il sindaco di Teramo eletto al primo turno era collegato a liste che avevano ottenuto poco più del 49% dei voti e sfioravano quindi quel premio di maggioranza che verosimilmente avrebbero conseguito nel turno di ballottaggio.

Per giustificare il maggior favore accordato alle liste del sindaco eletto nel ballottaggio, la Corte rileva che la stessa necessità di questo secondo turno dimostra l'esistenza di una frammentazione elettorale che impone un incentivo per l'aggregazione dei consensi e quindi va riequilibrato attraverso un premio volto ad attribuire al sindaco debole almeno una maggioranza forte.

Così la Corte può ritenere che non siano comparabili ai fini del premio di maggioranza le due situazioni che si verificano nel primo e nel secondo turno.

In tale contesto è interessante anche rilevare il grado di tutela che la Corte riconosce alla governabilità (sub specie di buon andamento della P.A.), affermando che essa non deve essere considerata un valore assoluto, ed è apprezzata dalla legge in esame solo nel caso maggiormente allarmante di frammentazione dei consensi e quindi di elezione di un sindaco debole sostenuto da liste altrettanto deboli.

Opportunamente in chiusura la motivazione riconosce che il sistema introdotto può dare luogo ad inconvenienti, come quello nato dalla situazione limite verificatasi nel comune di Teramo, ma ritiene che la ragionevolezza della disciplina sia da valutare globalmente, ed in questa visione d'insieme il modulo prescelto dal legislatore non può essere sindacato se non sul piano delle scelte rispetto a moduli alternativi che rientrano nella discrezionalità normativa.

G.P.P.

GIURISPRUDENZA

SEZIONE PRIMA

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

CORTE COSTITUZIONALE, 4 aprile 1996, n. 107 - *Pres.* Ferri - *Red.* Granata.

Elezioni - Sindaco e Consiglio comunale - Primo turno - Premio di maggioranza - Condizioni - Maggioranza assoluta - Legittimità.

(Cost., artt. 3, 48 e 97; legge 25 marzo 1993, n. 81, art. 7).

Non è illegittima la norma sull'elezione diretta del Sindaco nella parte in cui richiede il conseguimento della maggioranza assoluta quale condizione per l'attribuzione del c.d. premio di maggioranza (60% dei seggi del consiglio comunale), in favore delle liste o del gruppo di liste collegate al candidato proclamato sindaco al primo turno (1).

È stata sollevata questione incidentale di legittimità costituzionale — in riferimento agli artt. 3, primo comma, 48, secondo comma, e 97 della Costituzione — dell'art. 7, comma 6, della legge 25 marzo 1993, n. 81 (Elezione diretta del sindaco, del presidente della provincia, del consiglio comunale e del consiglio provinciale) nella parte in cui richiede il conseguimento della maggioranza assoluta (con le parole « ma abbia superato il 50% dei voti validi ») quale condizione per l'attribuzione, del 60% dei seggi del consiglio comunale in favore delle liste o del gruppo di liste collegate al candidato proclamato sindaco al primo turno. In particolare il giudice rimettente sospetta la violazione dei parametri indicati sotto un

(1) Si pubblica la sentenza 107/96 poichè essa contiene importanti considerazioni sulla logica del sistema elettorale introdotto dalla legge sull'elezione diretta del Sindaco e fornisce quindi un utile contributo alla comprensione di meccanismi che al TAR remittente erano sembrati, non a torto, privi di una coerenza intrinseca. Ferma infatti la discrezionalità del legislatore la cui ampiezza è riconosciuta dalla Corte, è interessante notare come i giudici costituzionali identificano nel caso di elezione al primo turno elettorale la figura del sindaco forte con una lista debole, in alternativa ad un'accentuazione del potere

PARTE PRIMA

Proprio per tali ragioni nel nostro sistema l'organo deputato ad intervenire nel giudizio a tutela dell'interesse della comunità è stato individuato nel Governo, e nel Presidente del Consiglio che lo rappresenta, il quale, mediante l'ausilio tecnico dell'Avvocatura, ha la capacità di valutare l'atteggiamento da assumere nel giudizio di costituzionalità, e, al tempo stesso, è titolare di una legittimazione rappresentativa collegata a quella del Parlamento, costituendo esso l'espressione della maggioranza di quest'ultimo.

Nel compiere tale valutazione il Presidente del Consiglio concorre a realizzare lo stesso interesse pubblico di carattere generale che ispira il giudizio della Corte e, così, non deve stupire che lo scopo del suo intervento possa essere anche la dichiarazione di illegittimità costituzionale, come è avvenuto — con ampia risonanza nell'opinione pubblica — nel recente procedimento sfociato nella sentenza della Corte n. 60 del 1996, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 270 del codice penale militare di pace, che non prevedeva la costituzione di parte civile nei giudizi penali dinanzi ai tribunali militari.

Invero l'atteggiamento assunto dal Presidente del Consiglio in quella sede non confligge con la sua posizione processuale di parte che esprime il punto di vista del legislatore e con l'iniziativa ad esso riservata di formulare proposte di legge per l'abrogazione o la modificazione della norma sospettata di illegittimità costituzionale.

Nel giudizio di costituzionalità l'intervento dell'Avvocatura in rappresentanza del Governo costituisce un punto di riferimento per la Corte, espressione di un costante contributo dialettico ispirato alla difesa degli stessi valori e delle stesse libertà civili, cui tale giudizio è preordinato.

Ed è con questa consapevolezza, rafforzata dall'esperienza maturata nel corso di quarant'anni di attività difensiva svolta dinanzi alla Corte, che oggi ad essa rinnoviamo i sensi della nostra profonda considerazione in piena consonanza con il comune sentire della intera Comunità del Paese, con l'augurio di proseguire in modo proficuo il cammino sin qui percorso nella difesa della Costituzione, dei diritti e delle libertà fondamentali.

del Ministro di Grazia e Giustizia(sentenza n. 7 del 1996). Ovvero quando, chiamata per ben tre volte a decidere in ordine all'ammissibilità di referendum sulle leggi per le elezioni delle Assemblee parlamentari, ha avuto modo di precisare meglio i limiti dell'istituto referendario in tale materia, soprattutto con riguardo all'esigenza dell'immediata applicabilità della normativa di risulta, ribadendo con vigore il fondamentale principio secondo cui « gli organi costituzionali o di rilevanza costituzionale non possono essere esposti all'eventualità, anche soltanto teorica, di paralisi di funzionamento » (sentenze nn. 47 del 1991; 32 del 1993; 5 del 1995).

Tutte le volte che si è svolto l'intervento dell'Avvocatura dello Stato nelle materie suddette esso ha costituito il punto di riferimento della posizione del Governo nei conflitti che lo coinvolgevano, ovvero è consistito in un'opera di sollecitazione, nell'interesse della Comunità statale, volta alla comune ricerca ed alla precisazione dei limiti costituzionali oggettivi del ricorso alla consultazione referendaria.

Il doveroso apprezzamento della funzione svolta dalla Corte Costituzionale nell'affermazione, nel consolidamento e nell'evoluzione degli equilibri istituzionali dell'ordinamento repubblicano non sminuisce, però, ed anzi eleva al massimo la considerazione che il « giudice delle leggi » ha — in quarant'anni di esistenza — conseguito, presso le stesse istituzioni e nel cuore del popolo sovrano, per lo svolgimento dell'altro essenziale compito di costante difesa della legalità costituzionale nei giudizi incidentali di costituzionalità.

Frutto dell'opera di adeguamento ed armonizzazione dello *ius conditum* ai principi ed ai precetti della Carta fondamentale, nella quale tale attività si estrinseca, sono senza dubbio la difesa e l'esaltazione dei valori democratici, delle libertà collettive ed individuali, che hanno sottolineato l'attività della Corte anche nell'ultimo decennio.

Nei giudizi di legittimità costituzionale la Corte ha sempre svolto la propria funzione con alto senso di responsabilità e di profonda lealtà alla Costituzione, improntando la propria attività al superamento dei contrasti tra i poteri dello Stato.

Voglio ricordare in particolare che, per quanto concerne il potere legislativo, il giudice costituzionale ha instaurato, negli anni, un fattivo rapporto di collaborazione, che si estrinseca, attraverso il migliore esercizio del *self-restraint*, nel rispetto della discrezionalità del legislatore, cui accennavo prima, e, nel contempo, nello svolgimento di un'opera di costante suggerimento ed esortazione, che testimoniano anche la costante consapevolezza della Corte di agire nell'interesse generale dell'intera comunità.

Un analogo spirito di collaborazione e un interesse di pari ampiezza e rilevanza qualificano l'intervento del Governo svolto dall'Avvocatura Generale dello Stato, poiché esso è finalizzato alla necessaria realizzazione della dialettica processuale e del principio del contraddittorio.

delle istituzioni repubblicane, fu, come ricordò il Presidente Paladin in occasione della celebrazione del trentennale della Corte, coessenziale alla stessa introduzione di una Carta Costituzionale di tipo rigido, che si contrapponeva alla flessibilità del precedente Statuto albertino, e, perciò, indispensabile ai fini della salvaguardia dei principi fondamentali dell'ordinamento e dello stesso assetto politico ed istituzionale che avrebbe retto la moderna Repubblica.

È, dunque, altrettanto naturale che, una volta istituita e messa in condizione di operare, la Corte abbia esercitato una funzione preminente per l'evoluzione dello Stato democratico, assumendo una posizione di prestigio e di importanza centrali nell'assetto istituzionale del Paese, come è, d'altronde avvenuto in maniera in qualche modo analoga, anche nel caso della Corte di Giustizia europea nella fase di formazione e di sviluppo istituzionale della nuova realtà comunitaria.

Nell'adottare quelle che sono state felicemente definite come « scelte concretizzatrici della Costituzione », la Corte ha, peraltro, sempre saputo svolgere tale delicatissima funzione con raro e sapiente equilibrio, anche quando ha assunto la veste di mediatrice dei conflitti sociali tra esponenti di interessi fisiologicamente confliggenti, ovvero quando ha rivelato una sua natura propositiva, per il tramite delle decisioni « interpretative », « additive » e « manipolative », rimanendo sostanzialmente fedele all'impostazione kelseniana del « legislatore negativo », senza mai concretamente porre in discussione la discrezionalità politica e l'indipendenza dell'attività valutativa del Parlamento.

In un recente significativo intervento, sviluppato e approfondito nel discorso odierno, il Presidente Ferri ha avvertito che l'esperienza degli ultimi anni « ridimensiona la tradizionale opinione della centralità del ricorso in via incidentale nell'ambito dei giudizi » commessi alla Corte, essendosi accresciuta l'evidenza, per numero complessivo e per rilevanza delle questioni trattate, dei giudizi in via principale, dei conflitti di attribuzione tra enti e tra poteri, dei giudizi di ammissibilità di referendum. In virtù della proliferazione di questi due ultimi tipi di giudizio « si è esaltato il ruolo arbitrale della Corte costituzionale anche sulle vicende più attuali e coinvolgenti primari interessi politici degli schieramenti contrapposti ».

Tale ruolo, peraltro, ha assunto una portata ed una rilevanza indiscutibili nell'intero corso dell'ultimo decennio, allorché la Corte è stata chiamata ad assolvere il compito di individuare i confini che delimitano le attribuzioni costituzionali di poteri dello Stato in materie delicatissime, come nel giudizio relativo alla legittimità della sottrazione al controllo della Corte dei Conti degli atti legislativi emanati dal Governo (sentenza n. 406 del 1990), in quello relativo al potere del Ministro di Grazia e Giustizia di dar corso a deliberazioni del Consiglio superiore della Magistratura di conferimento degli uffici direttivi (sentenza n. 379 del 1992), nel conflitto scaturito dalla approvazione di mozione di sfiducia nei confronti

Signor Presidente della Repubblica,

Signor Presidente e Giudici della Corte Costituzionale,

Signori Presidenti del Senato e della Camera,

Signor Presidente del Consiglio dei Ministri,

Signore e Signori,

Intervenire, oggi, alla celebrazione dei quarant'anni di attività della Corte Costituzionale è non soltanto un grande privilegio, ma costituisce anche fonte di viva emozione per l'Istituto che ho l'onore di rappresentare.

L'entrata in vigore della Costituzione del 1948, l'affermazione dello Stato Repubblicano e le scelte istituzionali ad esse connesse hanno, infatti, prodotto profondi mutamenti nel ruolo e nelle funzioni dell'Avvocatura dello Stato, la cui veste di difensore istituzionale del Governo e delle Amministrazioni statali dinanzi alla giustizia comune, si è andata via via trasformando in quella di rappresentante dell'interesse pubblico inteso in senso più ampio, con l'assunzione del patrocinio delle Regioni, ovvero dell'interesse generale dello Stato Comunità, mediante l'assunzione della tutela dello Stato e del Governo dinanzi alla Corte di Giustizia europea e nei processi costituzionali.

Di tali trasformazioni la più significativa è proprio quella concernente il patrocinio dinanzi al giudice delle leggi, poiché in quella sede la normale attività difensiva svolta dall'Avvocatura diviene più complessa e articolata, estrinsecandosi, di volta in volta, nel ruolo di *amicus curiae* — definito dalla Corte nella sentenza n. 10 del 1972 « rappresentante dello Stato nella sua unità » — nei giudizi di ammissibilità dei referendum; in quello di tutore di attribuzioni costituzionali specifiche, proprio della difesa del Governo nei conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Poteri dello Stato; nella veste di contraddittore necessario tipico dei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi.

Tutto ciò costituisce per l'Avvocatura motivo di impegno e soddisfazione professionali assai intensi e caratterizza tradizionalmente la sua presenza dinanzi alla Corte nel ruolo di interlocutore costante e appassionato al tempo stesso.

La scelta del legislatore costituzionale di istituire un organo *super partes*, cui attribuire il compito di sindacare la costituzionalità delle leggi, quello di risolvere i conflitti che avrebbero potuto insorgere tra i poteri dello Stato, nonché di sanzionare gli illeciti costituzionali compiuti dagli organi supremi di governo a garanzia

CELEBRAZIONE DEL
QUARANTESIMO ANNIVERSARIO
DI ATTIVITÀ DELLA CORTE COSTITUZIONALE

INTERVENTO
DELL'AVV. GIORGIO ZAGARI
AVVOCATO GENERALE DELLO STATO

4 giugno 1996

Caro Amico,

a seguito della Sua decisione di lasciare la direzione della Rassegna dell'Avvocatura dello Stato desidero esprimerLe — anche a nome di tutti i colleghi — il più vivo ringraziamento per la preziosa collaborazione che ha fornito in oltre trent'anni di proficua ed intensa attività.

Abbiamo tutti a suo tempo apprezzato la Sua generosa disponibilità a mantenere il gravoso impegno professionale pur dopo il Suo collocamento a riposo, il che ha consentito a tutti noi di sentirLa sempre vicino e di potere arricchirci della Sua straordinaria preparazione e cultura giuridica — sia nell'aspetto accademico che professionale — della serietà e dell'impegno da Lei posti nell'espletamento dell'incarico e delle Sue elette doti personali di alta umanità e di profonda saggezza.

Nel prendere ora atto della Sua dcisione, desidero rinnovarLe i sensi della più viva gratitudine del nostro Istituto, anche per l'opera di formazione e di insegnamento che ha potuto compiere con i giovani colleghi che hanno collaborato con Lei alla redazione della nostra gloriosa Rivista.

Con gli auguri più fervidi per la Sua attività che Ella certamente continuerà a svolgere con lo spirito giovanile che l'ha sempre contraddistinto, Le invio cordiali, affettuosi saluti.

GIORGIO ZAGARI

PER I LETTORI

L'Avvocato Gargiulo, che ha diretto la Rassegna dal 1966 — anche successivamente al collocamento a riposo — ha chiesto di essere sollevato da tale incarico per motivi personali.

L'Avvocato Generale, nell'accogliere la richiesta, ha affidato a me la direzione della nostra antica e gloriosa Rivista.

Mentre mi propongo sin d'ora di impegnarmi a rendere per il futuro la Rassegna sempre più adeguata alle crescenti esigenze di una tempestiva informazione giurisprudenziale e di un'elaborazione critica adeguata allo sviluppo dell'Avvocatura e dei suoi compiti, non saprei meglio sottolineare questo momento di passaggio della rivista che riportando in questo numero, l'ultimo firmato dall'Avvocato Gargiulo, la lettera di saluto indirizzatagli dall'Avvocato Generale.

Saluto in cui — nel richiamo al quasi cinquantennale percorso sin qui compiuto dalla Rassegna — confido che possa cogliersi un fiducioso auspicio per l'avvenire.

PLINIO SACCHETTO

PARTE SECONDA

QUESTIONI . . . . . *pag.* 29

RASSEGNA DI LEGISLAZIONE:

QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE:

I - *Norme dichiarate incostituizonali* . . . . . » 70

II - *Questioni dichiarate non fondate* . . . . . » 78

CONSULTAZIONI . . . . . » 89

RASSEGNA DI DOTTRINA . . . . . » 101

GIURISDIZIONI AMMINISTRATIVE

CONSIGLIO DI STATO

Ad. Plen., ord. 19 aprile 1996, n. 2 . . . . . *pag.* 315
10 luglio 1996, n. 13 . . . . . » 319
7 agosto 1996, n. 17 . . . . . » 324
17 settembre 1996, n. 19 . . . . . » 330
Sez. IV, 4 luglio 1996, n. 820 . . . . . » 334
Sez. VI, 25 maggio 1996, n. 727 . . . . . » 338
25 ottobre 1996, n. 1408 . . . . . » 340
12 novembre 1996, n. 1555 . . . . . » 344

GIURISDIZIONI PENALI

CORTE DI CASSAZIONE

Sez. VI, penale, 4 gennaio 1996, n. 1687 . . . . . *pag.* 400

TRIBUNALE DI ROMA

Sez. I, penale, 25 febbraio 1997 . . . . . » 409

INDICE CRONOLOGICO DELLA GIURISPRUDENZA

CORTE COSTITUZIONALE

4 aprile 1996, n. 107 . . . . . *pag.* 179
18 aprile 1996, n. 118 . . . . . » 185
24 aprile 1996, n. 131 . . . . . » 192
7 maggio 1996, n. 146 . . . . . » 199
17 giugno 1996, n. 200 . . . . . » 208
19 luglio 1996, n. 259 . . . . . » 210
2 novembre 1996, n. 370 . . . . . » 219

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE

Plenum, 6 giugno 1996, nella causa C-101/94 . . . . . *pag.* 243
Plenum, 5 dicembre 1996, nelle cause riunite C-267 e C-268/95 . . . . . » 249

CORTE DI CASSAZIONE

Sez. I, 8 maggio 1995, n. 5020 . . . . . *pag.* 348
Sez. I, 21 novembre 1995, n. 12037 . . . . . » 355
Sez. I, 29 dicembre 1995, n. 13151 . . . . . » 357
Sez. I, 6 aprile 1996, n. 3240 . . . . . » 362
Sez. I, 9 aprile 1996, n. 3264 . . . . . » 368
Sez. I, 10 aprile 1996, n. 3317 . . . . . » 369
Sez. Un., 12 aprile 1996, n. 3458 . . . . . » 374
Sez. I, 12 aprile 1996, n. 3486 . . . . . » 369
Sez. I, 19 aprile 1996, n. 3736 . . . . . » 370
Sez. I, 23 aprile 1996, n. 3845 . . . . . » 382
Sez. I, 26 aprile 1996, n. 3909 . . . . . » 384
Sez. I, 17 giugno 1996, n. 5568 . . . . . » 388
Sez. Un., 19 giugno 1996, n. 5623 . . . . . » 267
Sez. I, 20 giugno 1996, n. 5716 . . . . . » 392
Sez. Un., 21 giugno 1996, n. 5731 . . . . . » 392
Sez. I, 8 luglio 1996, n. 6193 . . . . . » 396
Sez. Un., 10 agosto 1996, n. 7410 . . . . . » 272
Sez. I, 3 settembre 1996, n. 8053 . . . . . » 276
Sez. I, 9 settembre 1996, n. 8176 . . . . . » 282
Sez. Un., 1 ottobre 1996, n. 8590 . . . . . » 285
Sez. Un., 4 ottobre 1996, n. 8682 . . . . . » 297
Sez. I, 11 ottobre 1996, n. 8875 . . . . . » 398
Sez. Un., 4 novembre 1996, n. 9523 . . . . . » 302
Sez. I, 17 dicembre 1996, n. 11278 . . . . . » 286

bile in comunione fra coniugi uno solo dei quali imprenditore - Assoggettamento per intero all'IVA e ad imposta fissa di registro, 398.

— Tassa sulle concessioni governative - Iscrizione delle società nel registro delle imprese - Incompatibilità con la normativa comunitaria - Rimborso - Decadenza triennale - Sussiste, 374.

— Tassa sulle concessioni governative - Iscrizione delle società nel registro delle imprese - Incompatibilità con la normativa comunitaria - Rimborso - Spettanza, 374.

TRIBUTI IN GENERE

— Accertamento - Imposta sul valore aggiunto - Prova - Difetto - Effetti - Difetto di potere, 384.

— Accertamento - Istruttoria - Invio di questionari - Segreto bancario - Inopponibilità, 368.

— Contenzioso tributario - Appello - Motivi - Sufficienza, 355.

— Contenzioso tributario - Controversia iniziata dal curatore del fallimento - Revoca del fallimento - Continuazione da parte dell'ex fallito - Limitazioni, 392.

— Interessi - Privilegio - Fallimento - Esclusione, con nota di G. Aiello, 348.

TRIBUTI LOCALI

— Imposta sull'incremento di valore degli immobili - Liquidazione - Spese incrementative - Inammissibilità - Esclusione dalla base imponibile in sede di registrazione - Illegittimità, 362.

n. 223 del 1990 - Immodificabilità impianti - Eccezione - Potere dell'amministrazione di controllo e di tutela del servizio pubblico - Sussistenza - Giurisdizione amministrativa, con nota di F. QUADRI, 267.

PROCEDIMENTO PENALE

— Giusto processo - Incompatibilità - Giudice del dibattimento - Partecipazione precedente a collegi giudicanti su misure cautelari - Mancata previsione - Illegittimità - Limiti, 192.

PROCEDURA PENALE

— Applicazione della pena su richiesta delle parti - Concessione delle attenuanti generiche - Rilevanza agli effetti della prescrizione - Esclusione - Ragioni, con nota di P. DI TARSIA DI BELMONTE, 400.

PROCESSO CIVILE

— Opposizione a decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo - Revoca della provvisoria esecuzione da parte del giudice istruttore - Omessa previsione - Non fondatezza, 208.

REATO

— Continuazione tra reati - Applicabilità tra reati già giudicati e da giudicare - Costume di vita - Medesimo disegno criminoso - Insussistenza, con nota di W. FERRANTE, 409.

REATO IN GENERE

— Reati c.d. di sospetto - Possesso ingiustificato di valori ex art. 708 cod. pen. - Violazione dell'art. 25, secondo comma, 3 e 24, secondo comma Cost. - Illegittimità costituzionale - Possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli ex art. 707 cod. pen. - Violazione dei principi di offensività e di ragionevolezza (artt. 25, 27 e 3 Cost.) - Insussistenza, con nota di F. BASILICA, 219.

SANITÀ

— Diritto alla salute - Danni da vaccinazione obbligatoria antipolio - Indennizzo - Obbligo dello Stato - Inadempimento sentenza Corte Costituzionale - Limiti temporali - Illegittimità, 185.

TRASPORTI

— Servizi internazionali disciplinati con Regolamento CEE - Principio della libera concorrenza, 344.

TRIBUTI ERARIALI DIRETTI

— Accertamento - Liquidazione dell'imposta - Art. 36 *bis*, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 - Condizioni e limiti, 396.

— Imposta sul reddito delle persone fisiche - Redditi di capitale - Capitali dati a mutuo - Presunzione di interessi - Non è operante nei confronti del sostituto di imposta, 357.

— Imposta sul reddito delle persone fisiche - Reddito di impresa - Costi ed oneri non imputati al conto economico - Art. 74 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597 - Accertamento di maggiori ricavi - Deduzione dei costi, 369.

— Imposta sul reddito delle persone fisiche - Reddito di impresa - Costi ed oneri non imputati al conto economico - Art. 74 d.P.R. 29 settembre 1973 e successive modificazioni - Deducibilità - Condizioni, 370.

— Imposta sul reddito delle persone fisiche - Reddito di impresa - Costi ed oneri non imputati al conto economico - Art. 74 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597 e successive modifiche - Portata, 369.

TRIBUTI ERARIALI INDIRETTI

— Imposta di registro - Consolidazione del criterio di tassazione - Normativa vigente - Si applica, 382.

— Imposta di registro - Incompatibilità con la normativa comunitaria - Rimborso - È soggetto alla decadenza triennale, 392.

— Imposta sul valore aggiunto - Variazioni dell'imponibile - Operazione fatturata che viene meno - Momento della detrazione riferito al fatto che è causa della variazione - Necessità della certezza - Esclusione, 388.

— Imposta sul valore aggiunto e imposta di registro - Vendita di immo-

CORTE DEI CONTI

— Giurisdizione - Pensioni a carico dello Stato e di altri enti pubblici - Controversie relative all'*an* ed al *quantum* del trattamento pensionistico - Sussistenza - Controversie nei confronti degli eredi a titolo universale del pensionato - Estensione, 297.

DELIBAZIONE (GIUDIZIO DI)

— Dichiarazione di efficacia di sentenze straniere - Convenzione dell'Aja del 15 aprile 1958 - Pronuncia successiva di modifica di sentenza originaria di condanna agli alimenti in favore di minori già delibata - Delibabilità - Sussistenza, con nota di P. PALMIERI, 286.

— Dichiarazione di efficacia di sentenze straniere - Sentenza straniera recante condanna agli alimenti ai sensi della Convenzione dell'Aja - Azione di delibazione - Prescrizione - Esclusione, con nota di P. PALMIERI, 285, 286.

— Dichiarazione di efficacia di sentenze straniere - Sentenza straniera recante condanna agli alimenti - Delibazione a norma della Convenzione di New York del 20 giugno 1956 - Potere di attivazione del Ministro degli Interni quale rappresentante speciale - Configurabilità - Presupposti - Procura o mandato del creditore - Necessità - Esclusione, con nota di P. PALMIERI, 286.

ELEZIONI

— Sindaco e Consiglio comunale - Primo turno - Premio di maggioranza - Condizioni - Maggioranza assoluta - Legittimità, 179.

ESECUZIONE FORZATA

— Esecuzione forzata mobiliare presso terzi - Pignoramento di retribuzioni del dipendente statale - Sentenza n. 231 del 1994 della Corte Costitu zionale - Competenza territoriale Pretore del luogo della sede dell'Uf ficio pagatore del credito pignorato - Sussistenza, 282.

FALLIMENTO

— Effetti per i creditori - Debiti pecuniari - Compensazione - Eccezione del convenuto nei confronti del curatore in via ordinaria per un credito del fallito - Necessità della preventiva verifica della sussistenza del credito del convenuto - Esclusione, 277.

— Effetti per i creditori - Divieto di azioni esecutive del singolo creditore - Divieto di azioni cautelari - Credito del fallito nei confronti dello Stato - Ammissibilità del fermo amministrativo - Esclusione, 276.

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

— Giudizi in materia di espulsione di cittadini extracomunitari - Riduzione alla metà dei termini processuali - Termine per il deposito dell'appello - Applicabilità - Errore scusabile - Concessione d'ufficio - Istanza di parte - Esclusione, 315.

IMPUGNAZIONI CIVILI

— Ricorso per Cassazione ex art. 111 Cost. avverso le sentenze del Consiglio di Stato - Motivi attinenti alla giurisdizione - Individuazione - Criteri, 272.

ISTRUZIONE E SCUOLE

— Insegnante medio - Sessione riservata per il conseguimento di abilitazione all'insegnamento - Docenti di ruolo - Partecipazione alla sessione riservata per diversa classe di concorso - Possibilità, 319.

PENA

— Funzione retributiva - Giudizio di congruità nel patteggiamento - Valutazione sfavorevole - Rigetto dell'istanza, con nota di W. FERRANTE, 409.

POSTE E RADIOTELECOMUNICAZIONI

— Emittenti radio televisive - Autorizzazione provvisoria per l'esercizio degli impianti esistenti al momento dell'entrata in vigore della legge

PARTE PRIMA

INDICE ANALITICO - ALFABETICO DELLA GIURISPRUDENZA

ACQUE PUBBLICHE E PRIVATE

— Acque superficiali e sotterranee non estratte dal sottosuolo - Carattere pubblico - Sottrazione al dominio privato di tutte le acque in modo indiscriminato a prescindere dalla sussistenza di un interesse pubblico da tutelare - Modificazioni legislative del regime di utilizzazione o di proprietà giustificate da intervenute trasformazioni della rilevanza pubblica dei beni e dell'interesse generale - Risorsa salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà - Ragionevolezza della scelta del legislatore - Non fondatezza, con nota di P. DI TARSIA DI BELMONTE, 210.

ATTO AMMINISTRATIVO

— Accesso ai documenti - Diritto - Requisiti - Individuazione, 338.

— Accesso ai documenti - Domanda di accesso - Motivazione - Necessità - Limiti, 338.

— Documenti rappresentativi di mera attività interna dell'amministrazione - Accesso ai documenti - Configurabilità, 334.

— Procedimento - Legge n. 241 del 1990, artt. 7 e 8 - Comunicazione formale dell'avvio del procedimento - Necessità - Limiti, 340.

AVVOCATURA DELLO STATO

— Rappresentanza e difesa in giudizio - Competenza per territorio - Foro erariale ex art. 25 cod. proc. civ. - Estensione agli enti od organi dello Stato dotati di personalità giuridica autonoma - Esclusione, 302.

— Rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e delle Regioni - Rappresentanza delle Regioni a statuto ordinario - Art. 107 del d.P.R. n. 616 del 1977 (regime « facoltativo ») e art. 10 legge n. 103 del 1979 (regime « sistematico ») - Necessità di uno specifico mandato della Regione all'Avvocatura dello Stato - Esclusione, 302.

COMUNITÀ EUROPEE

— Atto di adesione della Spagna e del Portogallo - Brevetto per prodotti farmaceutici - Periodo transitorio - Data di cessazione, con nota di O. FIUMARA, 250.

— Libera circolazione delle merci - Tutela della proprietà industriale e commerciale - Brevetto per prodotti farmaceutici - Importazioni parallele di prodotti farmaceutici non brevettabili, con nota di O. FIUMARA, 250.

— Libertà di stabilimento - Libera prestazione dei servizi - Attività di intermediazione mobiliare - Società di intermediazione mobiliare (SIM), 243.

— Regolamento comunitario - Inadempimento da parte dell'Italia - Giudizio di condanna - Responsabilità contabile - Corte dei Conti - Legge di sanatoria - Eccesso di potere legislativo - Infondatezza, 199.

CONTABILITÀ PUBBLICA

— Indennità buonuscita E.N.P.A.S. - Computo - Criteri - Personale polizia di Stato - Indennità pensionabile ex art. 43, terzo comma, legge n. 121 del 1981 - Esclusione, 330.

— Stipendi, assegni, indennità - Interessi e rivalutazione monetaria su emolumenti prescritti - Rinuncia tacita delle P.A. alla prescrizione - Esclusione ,324.

CORTE COSTITUZIONALE

— Giudizio di legittimità in via incidentale - Decisione di accoglimento - Effetti sui rapporti giuridici sorti anteriormente - Applicabilità dell'art. 5 cod. proc. civ. - Esclusione, 282.

ARTICOLI, NOTE, OSSERVAZIONI, QUESTIONI

Celebrazione del quarantesimo anniversario di attività della Corte Costituzionale: intervento dell'Avv. GIORGIO ZAGARI, Avvocato Generale dello Stato XV

G. AIELLO, *Interessi su crediti tributari, privilegio e fallimento* . . . . . I, 348

F. BASILICA, *L'evoluzione dell'« occupazione appropriativa »* . . . . . II, 101

F. BASILICA, *Osservazioni sui reati di sospetto alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale* . . . . . I, 220

F. BASILICA e P. TROIANO, *Il ritardato adempimento dei crediti di lavoro, previdenziali ed assistenziali ed il problema del cumulo di interessi e rivalutazione monetaria* . . . . . II,

P. DI TARSIA DI BELMONTE, *Il contenuto giuridico della dichiarazione di pubblicità delle acque affermata dalla legge n. 36 del 1994* . . . . . I, 210

P. DI TARSIA DI BELMONTE, *La richiesta di patteggiamento contiene anche l'implicita rinuncia alla prescrizione del reato?* . . . . . I, 400

W. FERRANTE, *Congruità della pena e continuazione nel patteggiamento: il giudice non è un mero ratificatore dell'accordo delle parti* . . . I, 410

O. FIUMARA, *Le importazioni parallele di prodotti farmaceutici non brevettabili e il principio dell'esaurimento comunitario* . . . . . I, 250

O. FIUMARA, *Le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee pronunciate nel corso dell'anno 1996 in cause alle quali ha partecipato l'Italia* . . . . . I, 238

A. MANCINI, *I terzi e l'esecuzione del giudicato amministrativo* . . . . II, 29

L. MAZZELLA, *La responsabilità per danni da fumo. Un caso giudiziario* II, 43

L. ORCALI, *L'art. 734 cod. pen. e l'attività autorizzativa della P.A.* . . . II, 58

P. PALMIERI, *L'imprescrittibilità dell'azione di delibazione di sentenze straniere di condanna agli alimenti in favore di minori emanate ai sensi della Convenzione di New York e della Convenzione dell'Aja. Un deciso révirement della Cassazione* . . . . . I, 285

INDICE

Saluto dell'Avvocato Generale all'avvocato *Gargiulo*, che lascia la direzione della Rassegna . . . . . pag. XII

Celebrazione del quarantesimo anniversario di attività della Corte Costituzionale: intervento dell'avv. *Giorgio Zagari*, Avvocato Generale dello Stato . . . . . » XV

Parte prima: GIURISPRUDENZA

Sezione prima: GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE *(a cura dell'avv. Giovanni Paolo Polizzi)* . . . . . pag. 179

Sezione seconda: GIURISPRUDENZA COMUNITARIA E INTERNAZIONALE *(a cura dell'avv. Oscar Fiumara)* . . . . » 238

Sezione terza: GIURISPRUDENZA CIVILE, GIURISDIZIONE E APPALTI *(a cura degli avvocati Giuseppe Stipo e Antonio Cingolo)* . . . . . » 267

Sezione quarta: GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA *(a cura dell'avv. Raffaele Tamiozzo)* . . . . . » 315

Sezione quinta: GIURISPRUDENZA TRIBUTARIA *(a cura dell'avv. Carlo Bafile)* . . . . . » 348

Sezione sesta: GIURISPRUDENZA PENALE *(a cura dell'avv. Paolo di Tarsia di Belmonte)* . . . . . » 400

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

QUESTIONI . . . . . pag. 29

RASSEGNA DI LEGISLAZIONE . . . . . » 70

CONSULTAZIONI . . . . . » 89

RASSEGNA DI DOTTRINA . . . . . » 101

ABBONAMENTI ANNO 1996

ANNO	L. 65.000
UN NUMERO SEPARATO	L. 17.000

Per abbonamenti e acquisti rivolgersi a:
ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO
Direzione Marketing e Commerciale

Piazza G. Verdi, 10 – 00100 Roma
c/c postale n. 387001

Stampato in Italia – Printed in Italy
Autorizzazione Tribunale di Roma – Decreto n. 11089 del 13 luglio 1966

(9219064) Roma, 1997 – Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato – P.V.

ANNO XLVIII N. 2 3 4 APRILE - DICEMBRE 1996

RASSEGNA AVVOCATURA DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO

ROMA 1997

sprudenza si applica anche qualora l'immissione in commercio sia stata effettuata dal titolare o con il suo consenso in uno Stato membro in cui il prodotto non era brevettabile.

8. — L'art. 42, che riguarda il Regno di Spagna, e l'art. 202, che riguarda la Repubblica portoghese, dell'Atto di adesione aboliscono, a decorrere dal 1º gennaio 1986, con riferimento implicito agli artt. 30 e 34 del Trattato, le restrizioni quantitative all'importazione e all'esportazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente tra la Comunità e questi due nuovi Stati membri.

9. — Gli artt. 47 e 209 dell'Atto di adesione prevedono in sostanza, l'uno per la Spagna e l'altro per il Portogallo, che, in deroga agli artt. 42 e 202 dello stesso Atto, la regola derivante dalla giurisprudenza Merck non si applica ai prodotti farmaceutici durante un determinato periodo transitorio.

10. — Infatti gli artt. 47 e 209 prevedono al n. 1 che il titolare, o il suo avente diritto, di un brevetto per un prodotto chimico, farmaceutico o fitosanitario depositato in uno Stato membro a un'epoca in cui non era possibile ottenere in Spagna o in Portogallo un brevetto per tale prodotto può avvalersi del diritto che il brevetto gli conferisce, allo scopo di impedire l'importazione e la commercializzazione del prodotto in questione nello Stato membro attuale o negli Stati membri attuali in cui il prodotto è protetto dal brevetto, anche se questo prodotto è immesso per la prima volta in commercio in Spagna o in Portogallo dallo stesso titolare o suo avente diritto o con il suo consenso.

11. — In base al n. 2 dei due articoli soprammenzionati, questo diritto può essere fatto valere fino al fine del terzo anno successivo all'introduzione, da parte della Spagna e, rispettivamente, del Portogallo della possibilità di ottenere un brevetto per questi prodotti.

---

l'importazione di prodotti tutelati, posti in commercio in un altro Stato membro da lui o col suo consenso, avrebbe la possibilità di isolare i mercati nazionali e di porre così in essere una restrizione nel commercio fra gli Stati membri, senza che una restrizione del genere sia necessaria per garantirgli la sostanza dei diritti esclusivi derivanti dai brevetti paralleli », aveva precisato (punto 25) che « quando le competenti autorità di uno Stato membro ... attribuiscono ad un terzo una licenza obbligatoria consentendogli di compiere atti di produzione e di smercio che il titolare del brevetto ha normalmente il diritto di vietare, non si può ritenere che questi abbia acconsentito agli atti compiuti da tale terzo ... ».

La Corte aveva, quindi, considerato impeditivo dell'esercizio del diritto di tutela brevettuale il consenso espresso dal titolare del brevetto alla messa in commercio, osservando, in sostanza, che tale consenso si fonda su una libera scelta commerciale del titolare stesso, che valuta vantaggi e svantaggi cui va incontro. Nel caso di licenza obbligatoria, non sarebbe individuabile un consenso del titolare, subendo questi l'iniziativa altrui.

12. — I Protocolli nn. 8 e 19 dell'Atto di adesione impongono al Regno di Spagna ed alla Repubblica portoghese di rendere compatibile la loro legislazione sui brevetti con il livello di protezione della proprietà industriale raggiunto nella Comunità. A tal fine essi prevedono che questi due Stati devono aderire alla Convenzione di Monaco del 5 ottobre 1973 sul brevetto europeo ed introdurre, entro un certo termine, la brevettabilità dei prodotti farmaceutici. In conformità a queste disposizioni, la brevettabilità dei prodotti farmaceutici è stata introdotta il 7 ottobre 1992 in Spagna e il 1º gennaio 1992 nel Portogallo.

13. — Nell'ordinanza di rinvio il giudice nazionale osserva che le cause principali trovano la loro origine nel fatto che i titolari dei brevetti di cui è causa non hanno, e non avrebbero mai potuto avere, alcuna protezione del loro brevetto in Spagna e nel Portogallo per i medicinali di cui trattasi, che i prezzi in questi Stati membri sono inferiori a quelli praticati nell'Unione europea e che i medicinali che i titolari dei brevetti vendono ai grossisti vengono immediatamente riesportati invece di essere messi in commercio presso i consumatori spagnoli o portoghesi.

14. — Il giudice nazionale ritiene che le cause principali sollevino due problemi distinti di interpretazione del diritto comunitario, cioè, in primo luogo, quello relativo alla durata del regime transitorio previsto dall'Atto di adesione e, in secondo luogo, quello di accertare se il principio dell'esaurimento del diritto di brevetto, quale sancito dalla Corte nella giurisprudenza Merck, non debba essere riconsiderato date le circostanze specifiche fatte valere nell'ordinanza di rinvio.

15. — Alla luce di queste considerazioni, la High Court ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

A questo principio dell'« esaurimento comunitario » del diritto di brevetto si sono poi ispirati non solo gli stessi accordi di adesione del 1985 della Spagna e del Portogallo di cui alla causa trattata, ma anche esplicitamente la successiva normativa comunitaria (cfr., ad esempio, la direttiva 89/104/CEE sul ravvicinamento delle legislazioni in materia di marchi di impresa, e la sentenza della Corte ad essa relativa 11 luglio 1996, nelle cause riunite C-427, 429 e 436/93).

Non v'è dubbio, però, che possano accadere delle « deviazioni » di traffico che, almeno in alcuni casi, ben assumono le caratteristiche di vere e proprie « distorsioni », come tali non rispondenti alla logica di un corretto mercato.

Nel caso dei prodotti farmaceutici la mancanza di un brevetto determina il fiorire di una o più copie del prodotto altrove protetto: così avveniva in Italia allorché non era consentita la brevettabilità dei medicinali, così accadeva in Spagna e Portogallo finché i prodotti non erano brevettabili e accade probabilmente ancora oggi per i prodotti che non possono più essere brevettati per la mancanza del requisito della novità. È ovvio che la copia del

1. — Se le disposizioni dell'art. 47 del trattato di adesione spagnolo alle Comunità europee continuino ad applicarsi a prodotti farmaceutici

1.1. importati dalla Spagna; o

1.2. immessi in commercio per la prima volta in Spagna fino

a) al 7 ottobre 1995; o

b) al 31 dicembre 1995; o

c) al 7 ottobre 1996; o

d) al 31 dicembre 1996; o

e) alla fine del terzo anno successivo al momento in cui il prodotto farmaceutico di cui trattasi, protetto da brevetto in uno o più Stati membri dell'Unione europea e precedentemente non brevettabile in Spagna, è divenuto brevettabile in Spagna

e quale di queste date sia applicabile sulla base di tali atti.

2. — Se le disposizioni dell'art. 209 del trattato di adesione portoghese alle Comunità europee continuino ad applicarsi ai prodotti farmaceutici.

2.1. — importati dal Portogallo; o

2.2. — immessi in commercio per la prima volta in Portogallo fino

a) al 1° gennaio 1995; o

b) al 31 dicembre 1995; o

c) al 1° giugno 1998; o

d) al 31 dicembre 1998; o

e) alla fine del terzo anno successivo al momento in cui il prodotto farmaceutico di cui trattasi, protetto da brevetto

---

prodotto può essere posta in vendita ad un prezzo molto più basso del prodotto originale, poiché esso non sconta quantomeno le spese di ricerca (vuoi che esse siano riferite al prodotto stesso, vuoi che esse rappresentino una quota delle spese della ricerca generale). In considerazione dell'esistenza sul mercato di prodotti a così basso costo, l'autorità cui compete la fissazione dei prezzi al consumo (laddove esiste un regime di prezzi imposti) è indotta a fissare un prezzo relativamente basso. A questo punto il titolare del brevetto in altro paese è posto dinanzi al dilemma: o accettare il basso prezzo di mercato o rinunciare al mercato di quel paese. Nel primo caso egli si espone al ritorno del prodotto con il fenomeno delle importazioni parallele; nel secondo caso egli, oltre a perdere il mercato, si espone ad una diminuzione di prestigio sul mercato comune e comunque al possibile ritorno del prodotto copiato, se questo viene — come non è difficile — abilmente camuffato (come accade con i c.d. prodotti sostitutivi). Una logica politica commerciale fa propendere naturalmente per la scelta della prima via.

in uno o più Stati membri dell'Unione europea e precedentemente non brevettabile in Portogallo, è divenuto brevettabile in Portogallo

e quale di queste date sia applicabile sulla base di tali atti.

3. — Se, dopo la scadenza dell'art. 47 (e/o rispettivamente dell'art. 209), nel caso in cui:

3.1. — un'impresa sia titolare di un brevetto in uno o più Stati membri delle Comunità europee (in prosieguo: lo « Stato membro ») per un prodotto farmaceutico;

3.2. — il prodotto farmaceutico sia stato immesso per la prima volta in commercio dal titolare in un paese dopo l'adesione di quest'ultimo alle Comunità europee ma in un'epoca in cui il prodotto farmaceutico non poteva essere protetto da un brevetto in tale paese;

3.3. — un terzo importi il prodotto farmaceutico da tale paese nello Stato membro;

3.4. — e la normativa in materia di brevetti dello Stato membro garantisca al titolare del brevetto il diritto di agire in giudizio contro l'importazione del prodotto farmaceutico da tale paese

le norme del Trattato CE sulla libera circolazione delle merci ostino a che il titolare si avvalga del diritto di cui al punto 3.4, in particolare qualora:

a) il titolare avesse e continui ad avere l'obbligo giuridico e/o morale di immettere in commercio e di continuare a distribuire il prodotto farmaceutico in tale paese; e/o

b) la normativa di quel paese e/o comunitaria richieda effettivamente che, una volta che il prodotto farmaceutico sia immesso in commercio in quel paese, il titolare fornisca e continui a fornire quantitativi sufficienti per soddisfare il fabbisogno nazionale e/o

---

Viene fuori, allora, il problema delle importazioni parallele. Certo un modesto flusso di traffico all'indietro si potrebbe dire fisiologico e come tale accettabile. In alcuni settori commerciali esso potrebbe essere addirittura perseguito dal produttore originale.

Sembra, però, che sovente il fenomeno degeneri, come appare avvenire per i prodotti farmaceutici.

Astrattamente sono possibili delle soluzioni di specie. Nel caso esaminato dalla Corte si era parlato stragiudizialmente di una rinegoziazione degli accordi, con uno slittamento delle date di cessazione del periodo transitorio; e si era esaminata anche la possibilità dell'adozione di misure di salvaguardia. Ma non se ne era fatto nulla: non uno slittamento dei termini, che avrebbe forse solo spostato nel tempo il problema; non le misure di salvaguardia, per la eccezionalità del rimedio e la difficoltà di dimostrare un'attuale distorsione di traffico. In ogni caso, però, si sarebbe trattato di misure più o meno valide per il caso di specie, che avrebbero lasciato inalterata la problematica generale

c) la normativa di quel paese conferisca alle proprie autorità, e le proprie autorità esercitino, il diritto di fissare il prezzo di vendita del prodotto farmaceutico in tale paese e la legge ne vieti la vendita a qualunque altro prezzo; e/o

d) il prezzo del prodotto farmaceutico in quel paese sia stato fissato dalle autorità a un livello tale che si attendono massicce esportazioni del prodotto farmaceutico da tale paese verso lo Stato membro, talché il valore economico del brevetto risulterebbe sensibilmente diminuito e la ricerca e lo sviluppo di altri prodotti farmaceutici progettati dal titolare ne sarebbero sensibilmente pregiudicati, in contrasto con la ratio sottesa alla recente introduzione da parte del Consiglio dell'Unione del certificato protettivo complementare ».

16. — Con ordinanza del presidente della Corte 6 settembre 1995 i procedimenti C-267/95 e C-268/95 sono stati riuniti ai fini della fase scritta ed orale del procedimento e della sentenza.

Sulle prime due questioni

17. — Con le sue prime due questioni, che occorre esaminare insieme, il giudice nazionale chiede alla Corte di precisare le date in cui sono scaduti i periodi transitori previsti dagli artt. 47 e 209 dell'Atto di adesione.

18. — Occorre ricordare che, in base a ciascuna di queste disposizioni, il titolare di un brevetto per un prodotto farmaceutico può, fino alla fine del terzo anno successivo all'introduzione da parte del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese della possibilità di ottenere un brevetto per questo tipo di prodotti, avvalersi del diritto che il brevetto gli conferisce allo scopo di impedire l'importazione e la commercializzazione di prodotti farmaceutici immessi in commercio in Spagna e nel Portogallo da esso stesso o con il suo consenso. Questa brevettabilità è stata introdotta in Spagna il 7 ottobre 1992 ed in Portogallo il 1° gennaio 1992.

---

di più vasto interesse con riguardo, ad esempio, ai rapporti con gli altri paesi che sarebbero entrati nella Comunità o in accordi con essa.

Al di fuori di queste misure di specie le soluzioni che si presentavano alla Corte erano sostanzialmente tre:

— o lasciare le cose inalterate, riaffermando i principi della sentenza *Merck* del 1981, attribuendo quindi alla scelta del titolare del brevetto le conseguenze della sua politica commerciale;

— o interpretare la sentenza *Merck* nel senso che il consenso deve essere assolutamente libero e non condizionato da alcunché, nell'ambito della medesima *ratio* che aveva ispirato la sentenza *Pharmon* del 1985 sulle licenze obbligatorie;

— o addirittura abbandonare il principio del c.d. esaurimento comunitario e ribaltare quindi le conclusioni cui si era pervenuti con la sentenza *Merck*.

19. — Per quanto riguarda le varie date di scadenza del regime transitorio considerate nelle prime due questioni pregiudiziali, occorre constatare che, per i motivi indicati dall'avvocato generale ai paragrafi 181-194 delle sue conclusioni, solo due date per Stato possono ragionevolmente essere prese in considerazione come indicative della fine del terzo anno successivo all'introduzione della possibilità di ottenere un brevetto per i prodotti farmaceutici, cioè il 6 ottobre e il 31 dicembre 1995 per il Regno di Spagna ed il 31 dicembre 1994 e 31 dicembre 1995 per la Repubblica portoghese.

20. — La scelta tra queste due date per ciascuno di questi due Stati membri interessati dipende da se il periodo transitorio scada esattamente dopo tre anni a decorrere dalla brevettabilità dei prodotti farmaceutici, cioè il 6 ottobre 1995 per la Spagna ed il 31 dicembre 1994 per il Portogallo, o se esso scada alla fine del terzo anno civile trascorso dopo la data dell'introduzione della brevettabilità, cioè il 31 dicembre 1995 per questi due Stati.

21. — Tale questione non può in ogni caso essere risolta sulla sola base della formulazione degli artt. 47 e 209 dell'Atto di adesione (« jusqu'à la fin de la troisième année après », « indtil udgangen af det tredje år efter », « bis zum Ende des dritten Jahres nachdem », « μέχρι το τέλος του τρίτου έτους από », « hasta el final del tercer año después », « until the end of the third year after », « alla fine del terzo anno successivo », « tot het einde van het derde jaar », « até três anos após »). Infatti, anche se, nella maggior parte delle versioni linguistiche, le espressioni utilizzate si pongono a sostegno della prima soluzione, in altre versioni, per contro, queste espressioni privilegiano la seconda soluzione.

22. — Occorre quindi tener conto di altri elementi di interpretazione, ed in particolare della struttura generale e della finalità della normativa di cui le disposizioni di cui trattasi fanno parte.

Non erano mancate voci a favore della prima soluzione: oltre ai privati interessati in tal senso, anche il Regno di Spagna e il Governo ellenico. Essa, invero, faceva leva su una stretta ed invero asfittica interpretazione della sentenza *Merck* del 1981, nonché sul rilievo di una piena libertà di scelta commerciale da parte del titolare del brevetto, ma, sotto il primo profilo, la sentenza *Merck* presuppone un consenso vero e proprio, ed esso non sembra che possa riscontrarsi laddove la presunta scelta di non commercializzare il prodotto per non subire il ritorno di esso con importazioni parallele può apparire come obbligata: esporre così drasticamente il titolare del brevetto alle ritorsioni del mercato significa in effetti negare validità al brevetto, limitare oltre misura la protezione della proprietà industriale, scoraggiare la ricerca e la sperimentazione, il tutto contro la politica stessa della Comunità che questi scopi persegue e incoraggia; e il tutto in nome di un rispetto del principio della libera circolazione delle merci che, sacrosanto in sé, verrebbe in questo caso portato ben al di là dei suoi scopi, venendo a favorire non la

23. — A tal riguardo è importante ricordare che gli artt. 47 e 209 dell'Atto di adesione introducono una deroga al principio della libera circolazione delle merci e che costituisce giurisprudenza consolidata il fatto che tali deroghe debbano essere interpretate in senso stretto (v., in tal senso, sentenza 27 ottobre 1992, causa C-191/90, Generics e Harris Pharmaceuticals, Racc. pag. I-5335, punto 41).

24. — Queste disposizioni devono quindi essere interpretate in modo che i periodi transitori scadano alla data che assicuri al più presto possibile, nel settore interessato, l'applicazione del principio della libera circolazione delle merci in Spagna ed in Portogallo.

25. — Di conseguenza occorre risolvere le prime due questioni nel senso che i periodi transitori previsti dagli artt. 47 e 209 dell'Atto di adesione sono scaduti, per il Regno di Spagna, il 6 ottobre 1995, e, per la Repubblica portoghese, il 31 dicembre 1994.

Sulla terza questione

26. — Con la terza questione il giudice nazionale chiede se gli artt. 30 e 36 del Trattato si oppongano all'applicazione di una normativa nazionale che concede al titolare di un brevetto relativo ad un prodotto farmaceutico il diritto di opporsi all'importazione da parte di un terzo di questo prodotto da un altro Stato membro quando il titolare ha messo in commercio il prodotto per la prima volta in tale Stato dopo l'adesione di quest'ultimo alla Comunità europea, ma in una data in cui il prodotto non poteva essere tutelato mediante brevetto in tale Stato. A tal riguardo il giudice nazionale menziona talune circostanze specifiche e chiede quale importanza occorra attribuire ad esse.

27. — Pertanto la High Court chiede in sostanza, in via principale, se si debba riconsiderare la giurisprudenza derivante dalla sentenza Merck e, in subordine, se, in considerazione di queste circostanze specifiche, occorra limitare la portata di tale giurisprudenza.

---

libertà dei mercati ma l'abilità di chi riesce a ben muoversi nelle maglie del diritto.

Quanto alla terza soluzione, della negazione del principio dell'esaurimento comunitario, certamente qualche dubbio sulla effettiva consistenza del principio stesso era stato pur sollevato, non potendosi negare che il fenomeno delle importazioni parallele è fortemente limitativo del diritto di brevetto, essendo idoneo a far subire al suo titolare un ribasso dei prezzi su tutto il mercato comunitario, il che è contro la logica della protezione della proprietà industriale; e non sembra potersi rilevare puramente e semplicemente il fatto che tale fenomeno è la conseguenza del consenso del titolare alla commercializzazione, perché tutti sappiano che la politica commerciale è tale da imporre spesso come capestri certe scelte, sicché il consenso può essere molto relativo. Ma non poteva non opporsi al ribaltamento della sentenza *Merck* la constatazione che un eccesso di protezione della proprietà industriale rischia

28. — Secondo la Merck e la Beecham, seri motivi si pongono a favore di un abbandono della giurisprudenza Merck. Esse sostengono innanzi tutto che un importante cambiamento di situazione è intervenuto dopo la sentenza Merck. Infatti, quando la Corte ha pronunciato questa sentenza, la brevettabilità dei prodotti farmaceutici in Europa costituiva l'eccezione piuttosto che la regola. Attualmente questi prodotti sono brevettabili in tutti i paesi dello spazio economico europeo, ad eccezione dell'Islanda. Inoltre le istituzioni comunitarie hanno sottolineato l'importanza dei brevetti nel settore farmaceutico, in particolare con l'adozione del regolamento (CEE) del Consiglio 18 giugno 1992, n. 1768, sull'istituzione di un certificato protettivo complementare per i medicinali (GU L. 182, pag. 1). La Merck e la Beecham fanno valere poi le gravi e crescenti conseguenze finanziarie che deriverebbero dal mantenimento della giurisprudenza Merck e che ridurrebbero sensibilmente il valore dei brevetti rilasciati nella Comunità. Esse sostengono infine che l'oggetto specifico di un brevetto può essere esaurito solo se il prodotto di cui trattasi viene commercializzato con la protezione di un brevetto e che la sentenza Merck è incompatibile con la giurisprudenza successiva della Corte.

29. — Occorre innanzi tutto ricordare il ragionamento seguito dalla Corte nella sentenza Merck.

30. — In questa sentenza la Corte ha fatto riferimento alla sentenza 31 ottobre 1974, causa 15/74, Sterling Drug (Racc. pag. 1147), nella quale essa ha constatato, ai punti 8 e 9, che l'art. 36 del Trattato pur contemplando una deroga, per motivi di tutela della proprietà industriale e commerciale, ad uno dei principi fondamentali del mercato comune consente tuttavia tale deroga solo nei casi in cui è in gioco la salvaguardia dei diritti che costituiscono l'oggetto specifico di detta proprietà, che, in fatto di brevetti, è in particolare quello di garantire al titolare, per compensare lo sforzo creativo concretatosi nell'invenzione, il diritto

---

di compartimentare i mercati e di rendere il titolare del brevetto un *dominus* dispotico di essi.

Non restava quindi che la soluzione intermedia, quella cioè, — sostenuta, sia pur con diverse sfumature, dalla maggior parte dei governi intervenuti, fra cui quello italiano, e dalla Commissione —, secondo cui occorre dimensionare il concetto di consenso del titolare del brevetto (pur nello spirito delle sentenze *Merck* del 1981 e *Pharmon* del 1985). Esso è idoneo ad esaurire il diritto solo se è il frutto di una libera scelta di mercato; non lo è invece se è frutto di una scelta praticamente obbligata. Non si nascondeva, invero, la difficoltà di distinguere quando l'immissione in commercio è realmente libera e quando essa è praticamente obbligata dalle circostanze, posto che, spettando ovviamente al giudice nazionale, con riferimento al caso concreto, le valutazioni non sarebbero uniformi e l'assenza di regole precise, l'incertezza del diritto, potrebbero creare delle difficoltà all'operatore e all'interprete. Si era

esclusivo di valersi di questa per la produzione e la prima immissione in commercio di beni industriali, sia direttamente, sia mediante concessione di licenze a terzi, nonché il diritto di opporsi alle contraffazioni.

31. — Ai punti 9 e 10 della sentenza Merck, la Corte ha poi precisato che dalla definizione dell'oggetto specifico del brevetto scaturisce che la sostanza del diritto del brevetto consiste essenzialmente nell'attribuzione all'inventore di un diritto esclusivo di prima messa in circolazione del prodotto e che questo diritto di prima messa in circolazione, riservandogli il monopolio di sfruttamento del prodotto, consente all'inventore di ottenere la ricompensa per il suo sforzo creativo, senza tuttavia garantirgliela in qualsiasi circostanza.

32. — La Corte ha constatato infine ai punti 11 e 13 della sentenza Merck che spetta al titolare del brevetto decidere, con piena cognizione di causa, circa il modo in cui egli pone in commercio il prodotto, ivi compresa la possibilità di distribuirlo in uno Stato membro in cui la legge gli impedisce di brevettarlo. Se decide in tal senso, deve accettare le conseguenze della sua scelta per quel che riguarda la libera circolazione del prodotto nell'area comunitaria, principio fondamentale che rientra tra gli aspetti giuridici ed economici di cui il titolare del brevetto deve tener conto nello stabilire le modalità d'attuazione del suo diritto di esclusiva. In base a queste considerazioni, consentire all'inventore o ai suoi aventi causa di valersi del diritto di brevetto di cui sono titolari in un primo Stato membro per opporsi all'importazione di un prodotto che essi hanno liberamente posto in vendita in un altro Stato membro in cui lo stesso prodotto non era brevettabile, implicherebbe un isolamento dei mercati nazionali incompatibile con gli scopi del Trattato.

33. — È importante rilevare che, per i motivi esposti qui di seguito, gli argomenti dedotti a favore di un riesame della giurisprudenza Merck non sono tali da rimettere in discussione il ragionamento della Corte che è alla base di tale giurisprudenza.

34. — Anche se, come sostengono la Merck e la Beecham la brevettabilità dei prodotti farmaceutici è ormai divenuta la regola, tuttavia

---

suggerito, in particolare nella difesa del Governo italiano, che in linea generale per potersi parlare di libero consenso del titolare del brevetto, idoneo ad esaurire il diritto, occorrerebbe che costui possa anche determinare il prezzo, o più in generale le condizioni di commercializzazione, anziché subirle, soprattutto se l'immissione in commercio in ogni luogo risponde all'esigenza di fornire il mercato di un prodotto di grande utilità.

La Corte ha accolto in sostanza questa soluzione intermedia, confermando la sua precedente giurisprudenza sull'esaurimento comunitario, ma ricordando come in essa si fosse sottolineata « l'importanza del fatto che il titolare ha deciso liberamente e con piena cognizione di causa di commercializzare il suo prodotto » e si fosse precisato « che il titolare di un brevetto che è privato

da una tale evoluzione non risulta che i motivi sui quali si basa la giurisprudenza Merck siano oggi superati.

35. — Lo stesso vale per quanto riguarda gli argomenti basati sia sugli sforzi effettuati dalle istituzioni comunitarie per fornire ai titolari dei brevetti su prodotti farmaceutici una protezione rafforzata sia sulle conseguenze del mantenimento di questa giurisprudenza sullo sforzo di ricerca e di sviluppo dell'industria farmaceutica.

36. — Infatti, così come al tempo in cui è stata pronunciata la sentenza Merck, è pacifico che il titolare del brevetto, se potesse vietare l'importazione di prodotti protetti, messi in commercio in un altro Stato membro da lui stesso o con il suo consenso, avrebbe la possibilità di ripartire i mercati nazionali e di operare in tal modo una restrizione nel commercio fra gli Stati membri. Inoltre rimane sempre vero che il titolare di un brevetto, se decide con piena cognizione di causa di mettere in commercio un prodotto in uno Stato membro nel quale esso non è brevettabile, deve accettare le conseguenze della sua scelta per quanto riguarda la possibilità di importazioni parallele.

37. Gli argomenti svolti nelle presenti cause non hanno dimostrato che la Corte abbia commesso un errore di valutazione conciliando in tal modo il principio della libera circolazione delle merci nella Comunità con quello della protezione dei diritti dei titolari dei brevetti, anche se questa conciliazione implica che il diritto di opporsi all'importazione di un prodotto può esaurirsi con l'immissione in commercio in uno Stato membro nel quale il prodotto non è brevettabile.

38. — È importante a tal riguardo far presente che i provvedimenti transitori previsti dagli artt. 47 e 209 dell'Atto di adesione sono stati adottati alla luce della giurisprudenza Merck. Benché gli Stati membri abbiano ritenuto necessario rinviare, per un lungo periodo, gli effetti di questa giurisprudenza, essi hanno tuttavia previsto l'applicazione integrale, dopo la scadenza del regime transitorio, degli artt. 30 e 36 del Trattato, così come interpretati da questa giurisprudenza, agli scambi

---

del suo potere di decidere liberamente circa le condizioni di commercializzazione dei suoi prodotti nello Stato di esportazione può opporsi all'importazione ed alla commercializzazione di questi prodotti nello Stato in cui il brevetto è in vigore». Ad avviso della Corte, però, una situazione in cui il titolare del brevetto è privato del suo potere di decidere liberamente circa le condizioni in cui egli commercializza il suo prodotto è riscontrabile solo ove sia provato da parte del titolare stesso che vi sia un obbligo giuridico, in virtù del diritto nazionale o del diritto comunitario, di commercializzare il prodotto, irrilevante rimanendo un obbligo puramente morale: con limiti così angusti sarà difficile riscontrare un caso in cui possa dirsi che il titolare del brevetto non abbia «liberamente» scelto la commercializzazione del prodotto.

OSCAR FIUMARA

tra la Spagna ed il Portogallo, da un lato, e i precedenti Stati membri, dall'altro.

39. — Inoltre occorre osservare che le situazioni sulle quali la giurisprudenza Merck prende posizione, tendono a scomparire poiché la brevettabilità dei prodotti farmaceutici è stata introdotta in tutti gli Stati membri e che se, in occasione dell'adesione di nuovi Stati alla Comunità, dovessero riapparire situazioni di tale tipo, gli Stati membri potrebbero adottare le misure che dovessero essere considerate necessarie, come si è verificato al momento dell'adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese.

40. — Occorre infine respingere l'argomento della Merck e della Beecham secondo cui la giurisprudenza della Corte successiva alla sentenza Merck, ed in particolare le sentenze 9 luglio 1985, causa 19/84, Pharmon (Racc. pag. 2281), e 17 maggio 1988, causa 158/86, Warner Brothers e Metronome Video (Racc. pag. 2605), può essere fatta valere a sostegno della loro tesi.

41. — Infatti, contrariamente a quanto è stato asserito, dalla sentenza Pharmon, soprammenzionata, risulta che la Corte ha confermato i principi sanciti nella giurisprudenza Merck. Nella sentenza Pharmon la Corte ha messo in evidenza l'importanza del consenso del titolare del brevetto all'immissione in circolazione del prodotto di cui trattasi. Essa ha dichiarato al punto 25 che, quando le competenti autorità di uno Stato membro attribuiscono ad un terzo una licenza obbligatoria consentendogli di compiere atti di produzione e di smercio che il titolare del brevetto ha normalmente il diritto di vietare, non si può ritenere che questi abbia acconsentito a tali atti, per cui può opporsi all'importazione del prodotto fabbricato dal beneficiario della licenza obbligatoria.

42. — Per quanto riguarda la sentenza Warner Brothers e Metronome Video, soprammenzionata, occorre ricordare che, in tale causa, contrariamente alle presenti cause, era in discussione una normativa dello Stato d'importazione che consentiva all'autore di un'opera musicale o cinematografica non solo di controllare la prima vendita, ma anche di opporsi al noleggio di videocassette di quest'opera finché egli non avesse dato un'autorizzazione specifica in tal senso. In tale sentenza la Corte, tenuto conto del fatto che esisteva un mercato specifico del noleggio distinto da quello della vendita, ha dichiarato che un tale diritto specifico sarebbe stato svuotato di contenuto se il suo titolare non fosse stato in grado di autorizzare il noleggio, anche quando si trattava di videocassette già messe in commercio con il suo consenso in un altro Stato membro, la cui normativa consentiva all'autore di controllare la prima vendita, senza dargli il diritto di vietare il noleggio.

43. — Dato che nessuno degli argomenti a favore di un riesame della giurisprudenza Merck finora esaminati ha potuto essere accolto, occorre valutare se, in considerazione delle circostanze specifiche fatte valere dal giudice nazionale, la portata di questa giurisprudenza debba essere limitata.

44. — Si tratta innanzi tutto di accertare se la giurisprudenza Merck si applichi anche nel caso in cui il titolare del brevetto sia giuridicamente o moralmente obbligato a commercializzare o a continuare a commercializzare il prodotto nello Stato di esportazione. In tale contesto, il giudice nazionale chiede che gli sia precisata l'importanza che occorre attribuire al fatto che la normativa di questo Stato o la normativa comunitaria richiedono che, una volta che il prodotto è stato immesso sul mercato in tale Stato, il titolare fornisca e continui a fornire quantitativi sufficienti per soddisfare le necessità dei pazienti locali.

45. — In secondo luogo, si pone la questione se la giurisprudenza Merck si applichi quando la normativa dello Stato di esportazione non solo concede alle sue autorità il diritto, da queste ultime esercitato, di fissare il prezzo di vendita del prodotto, ma ne vieta la vendita ad un qualsiasi altro prezzo. In tale contesto il giudice nazionale chiede quale portata possa avere il fatto che queste autorità hanno fissato il prezzo del prodotto ad un livello tale che si possono prevedere esportazioni massicce di questo prodotto verso lo Stato membro di importazione.

46. — La Merck e la Beecham sostengono in particolare che, nelle circostanze indicate nell'ordinanza di rinvio, la loro facoltà di decidere liberamente circa le condizioni in cui esse commercializzano i loro prodotti è annientata o notevolmente ridotta. Dalla sentenza Pharmon risulterebbe che in tal caso la regola derivante dalla giurisprudenza Merck non trova applicazione.

47. — Innanzi tutto occorre osservare che, benché l'imposizione di controlli dei prezzi costituisca effettivamente un fattore che può, a certe condizioni, falsare la concorrenza fra gli Stati membri, tale circostanza non può tuttavia giustificare una deroga al principio della libera circolazione delle merci. Infatti da una giurisprudenza costante risulta che si deve rimediare alle distorsioni causate da una diversa normativa sui prezzi in uno Stato membro con misure adottate dalle autorità comunitarie e non mediante l'adozione da parte di un altro Stato membro di provvedimenti incompatibili con le norme relative alla libera circolazione delle merci (v. sentenze della Corte 31 ottobre 1974, causa 16/74, Winthrop, Racc. pag. 1183, punto 17; 20 gennaio 1981, cause riunite 55/80 e 57/80, Musik-Vertrieb membran e K-tel International, Racc. pag. 147, punto 24, e 11 luglio 1996, cause riunite C-427/93, C-429/93 e C-436/93, Bristol-Myers Squibb e a., non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 46).

48. — Occorre poi esaminare la questione intesa ad accertare in quale misura la regola derivante dalla giurisprudenza Merck si applichi nel caso in cui i titolari di brevetto siano assoggettati ad obblighi giuridici di commercializzare i loro prodotti nello Stato di esportazione.

49. — A tal riguardo occorre ricordare che, nella giurisprudenza Merck, la Corte ha sottolineato l'importanza del fatto che il titolare ha deciso liberamente e con piena cognizione di causa di commercializzare il suo prodotto e che dalla sentenza Pharmon deriva che il titolare di un brevetto che è privato del suo potere di decidere liberamente circa le condizioni di commercializzazione dei suoi prodotti nello Stato di esportazione può opporsi all'importazione ed alla commercializzazione di questi prodotti nello Stato in cui il brevetto è in vigore.

50. — Ne deriva che, quando il titolare di un brevetto è giuridicamente obbligato in virtù del diritto nazionale o del diritto comunitario a commercializzare i suoi prodotti in uno Stato membro, non si può ritenere che egli abbia dato il suo consenso alla commercializzazione ai sensi della giurisprudenza Merck ed egli è pertanto legittimato ad opporsi all'importazione ed alla commercializzazione di questi prodotti nello Stato in cui il prodotto è tutelato.

51. — Spetta al titolare del diritto di brevetto fornire, dinanzi al giudice nazionale cui è stato chiesto di vietare l'importazione, la prova che esiste un obbligo giuridico di commercializzazione nello Stato di esportazione. Egli deve al riguardo dimostrare, ad esempio mediante decisioni delle autorità o dei giudici nazionali o comunitari competenti, che l'obbligo è reale ed effettivo.

52. — Occorre osservare, come ha rilevato l'avvocato generale ai paragrafi 152 e 153 delle sue conclusioni, che, in base alle informazioni fornite alla Corte nell'ambito del presente procedimento, tali obblighi non esistono affatto relativamente alle importazioni di cui è causa.

53. — Infine, per quanto riguarda l'argomento secondo cui obblighi morali possono imporre ai titolari di brevetto di rifornire di medicinali gli Stati membri in cui essi sono necessari, anche se non sono ivi brevettabili, occorre constatare che, in mancanza di qualsiasi obbligo giuridico, tali considerazioni non sono idonee a circoscrivere adeguatamente le situazioni in cui il titolare è privato del suo potere di decidere liberamente circa le condizioni in cui egli commercializza il suo prodotto Infatti, queste considerazioni sono, in ogni caso, nel presente contesto, difficili da comprendere e da distinguere da considerazioni di ordine commerciale. Tali obblighi morali non possono quindi giustificare una deroga alla regola relativa alla libera circolazione delle merci derivante dalla giurisprudenza Merck.

54. — In considerazione di quanto precede, occorre risolvere la terza questione nel senso che gli artt. 30 e 36 del Trattato ostano all'applicazione di una normativa nazionale che concede al titolare di un brevetto relativo ad un prodotto farmaceutico il diritto di opporsi all'importazione da parte di un terzo di questo prodotto proveniente da un altro Stato membro quando il titolare ha commercializzato il prodotto per la prima volta in questo Stato dopo l'adesione di quest'ultimo alla Comunità europea, ma in una data in cui il prodotto non poteva essere protetto mediante un brevetto in tale Stato, a meno che il titolare del brevetto non possa dimostrare che egli è assoggettato ad un obbligo giuridico reale ed effettivo di commercializzare il prodotto in tale Stato membro. (*omissis*)

SEZIONE TERZA

GIURISPRUDENZA CIVILE
GIURISDIZIONE E APPALTI

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Un., 19 giugno 1996 n. 5623 - *Pres.* Fanelli - *Rel.* Corona - *P.M.* Leo (conf.). - Radio Flash Italia (avv. Pujatti) c. Ministero Poste (avv. Stato Polizzi).

Poste e radiotelecomunicazioni - Emittenti radio televisive - Autorizzazione provvisoria per l'esercizio degli impianti esistenti al momento dell'entrata in vigore della legge n. 223 del 1990 - Immodificabilità impianti - Eccezione - Potere dell'amministrazione di controllo e di tutela del servizio pubblico - Sussistenza - Giurisdizione amministrativa.

Il verbale di conciliazione intervenuto tra emittenti private, non essendo equiparabile ad un provvedimento di organo giurisdizionale, non costituisce eccezione al principio di immodificabilità degli impianti sancito dall'art. 32 della legge 6 agosto 1990, n. 223.

Nel regime di autorizzazione provvisoria ex art. 32 della legge n. 223 del 1990, l'azione del privato, titolare ed esercente di emittente via etere su scala locale, il quale non abbia conseguito o sia in attesa di provvedimento autorizzatorio della p.a., contro il provvedimento di chiusura degli impianti disposto dall'autorità amministrativa per l'uso di frequenza non consentita, va proposta dinanzi al giudice amministrativo, avendo la posizione fatta valere natura e consistenza di interesse legittimo. (1)

---

(1) La decisione offre due spunti di riflessione quanto all'applicazione della disciplina transitoria dettata dall'art. 32 della legge 6 agosto 1990, n. 223.

Riguardo al primo punto (in ordine di priorità, sebbene secondo in quello di trattazione da parte della S.C.), concernente la natura della situazione giuridica soggettiva vantata dall'emittente autorizzata a proseguire in via provvisoria e transitoria nell'esercizio degli impianti per la radiodiffusione sonora o televisiva in atto all'entrata in vigore della legge ed alle condizioni ivi previste, la Suprema Corte conferma, sul solco di una giurisprudenza consolidata e puntualmente richiamata (Cass. Sez. Un., 20 ottobre 1995, n. 10919 e Cass. Sez. Un., 1 giugno 1993, n. 6062, cui vanno aggiunte Cass. Sez. Un., 27 ottobre 1995, n. 11172, oltre alle più risalenti pronunce della Cass. Sez. Un., 12 dicembre 1988, n. 6766 e 3 dicembre 1984, n. 6339) il principio secondo cui, a fronte di un potere pubblicistico dell'amministrazione di controllo delle emittenti locali e di tutela del servizio pubblico radiotelevisivo, può configurarsi esclusivamente una posizione di interesse legittimo, con conseguente devoluzione al giudice

(*Omissis*) 1. — Osserva la ricorrente che, nel regime introdotto dalla legge n. 223 del 1990, la norma di cui all'art. 32, che ha stabilito una sorta di *prorogatio* in favore di tutte le emittenti in esercizio munite dei requisiti oggettivi e soggettivi, raffigura una autorizzazione *ex lege* a proseguire l'irradiazione del segnale. Da questa norma è derivato un vero e proprio riconoscimento giuridico pieno, non più fondato sulla mera priorità possessoria, e tale da concretare in capo all'esercente un diritto soggettivo perfetto, come tale tutelabile dal giudice ordinario. Per conseguenza, l'Amministrazione postale aveva ordinato la disattivazione dell'impianto in totale carenza di potere, con un provvedimento inidoneo ad affievolire il diritto soggettivo dell'emittente.

Risponde l'Amministrazione che nell'ordinamento non è previsto un diritto soggettivo perfetto relativo all'uso dell'etere.

Permanendo in capo alla Pubblica Amministrazione il potere di controllare l'uso dell'etere, un diritto in tale materia può essere acquisito dal privato soltanto in seguito ad una concessione amministrativa, con la conseguenza che, prima della concessione, il privato può vantare soltanto una posizione di interesse legittimo.

La norma di cui all'art. 32 della legge n. 223 del 1990 ha delineato una situazione prodromica rispetto alla concessione, mirando a garantire un regime giuridico delle emittenti private già in attività, in attesa del provvedimento concessorio: donde la natura di interesse legittimo della situazione soggettiva del privato. La ricordata legge n. 223 del 1990, che ha confermato il principio generale secondo cui la radiodiffusione ha carattere di preminente interesse generale (art. 1), ha previsto soltanto la ultrattività, nella fase di passaggio al nuovo sistema radiotelevisivo, delle normative previgenti, che attribuivano al privato una posizione di mero interesse legittimo.

---

amministrativo del sindacato sulla controversia sorta a seguito di ordine di disattivazione degli impianti per interferenze.

Non sembra, tuttavia, che il giudice di legittimità abbia colto appieno l'occasione offertagli per verificare il consolidato principio nel particolare caso sottoposto al suo esame, in cui argutamente era stata prospettata dal ricorrente la sussistenza di una posizione di diritto soggettivo, per effetto del riconoscimento dell'autorizzazione *ex lege* ai sensi dell'art. 32 della legge n. 223/90.

La Cassazione, invero, sul punto si limita a richiamare quanto già affermato da Cass. Sez. Un., n. 6766/88, ritenendo sussistente un potere di controllo e di intervento, anche in via preventiva, dell'amministrazione «anche in un sistema di liceità delle diffusioni radiotelevisive via etere in ambito locale ed in mancanza di una specifica disciplina delle stesse» ed affermando che le norme di salvaguardia dettate dall'art. 32 non comporterebbero innovazioni quanto alla consistenza delle posizioni giuridiche soggettive in considerazione.

Appare tuttavia necessario osservare che il regime di liceità cui i precedenti richiamati si riferiscono non è perfettamente equiparabile a quello

2. — L'art. 32 della L. 6 agosto 1990, n. 223, intitolato « Autorizzazione alla prosecuzione nell'esercizio », al n. 1 dispone che « I privati, che alla data di entrata in vigore della presente legge eserciscono impianti per la radiodiffusione sonora o televisiva in ambito nazionale o locale e i connessi collegamenti di telecomunicazione, sono autorizzati a proseguire nell'esercizio degli impianti stessi, a condizione che abbiano inoltrato domanda per il rilascio della concessione di cui all'art. 16 entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore dello presente legge e fino al rilascio della concessione stessa ovvero fino alla reiezione della domanda e comunque non oltre settecentotrenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge ».

Al n. 2 aggiunge che « Nel tempo che intercorre tra la data di entrata in vigore della presente legge ed il rilascio della concessione stessa ovvero fino alla reiezione della domanda ovvero ancora la scadenza dei settecentotrenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge non è ammessa modifica della funzionalità tecnico-operativa degli impianti di cui al comma 1, ad eccezione di interventi derivanti da provvedimenti di organi giurisdizonali o del Minstro delle poste e delle telecomunicazioni ... ».

---

autorizzatorio introdotto, in via transitoria, dall'art. 32 della legge n. 223/90. Non sembrano, invero, essere state vagliate a fondo le specifiche argomentazioni di parte ricorrente, né le difese dell'Amministrazione condotte sul rilievo che il termine « autorizzazione alla prosecuzione nell'esercizio » non può essere inteso nel senso — comunemente accolto dal diritto amministrativo — di atto eliminativo di un ostacolo all'esercizio di un diritto preesistente in capo al soggetto autorizzato, bensì assume il senso di atto con cui un soggetto attribuisce ad altri la facoltà di intromettersi nella sua sfera giuridica in attesa di concessione.

Occorre, peraltro, considerare che anche il regime autorizzatorio transitorio comporta l'utilizzazione di un bene comune — l'etere — naturalmente limitato e perciò non fruibile da tutti (c.d. *phisical scarcity*), ma soggetto a limiti e controlli da parte della P.A. (così Cons. St., Sez. VI, 28 aprile 1994, n. 620; Cons. St., Sez. VI, 26 marzo 1992, n. 184; Cons. St., Sez. VI, 14 novembre 1992, n. 874).

Ma ancor più agevole è richiamare in merito il rilevante precedente costituito dalla pronuncia della Corte Costituzionale 26 marzo 1993, n. 112 (in *Foro It.*, 1993, I, 1339, con nota di Caringella) in cui l'autorizzazione ex art. 32 viene ricondotta al generale « principio della concessione », essendo l'avvenuta presentazione della domanda di concessione condizione per essere legittimati *ex lege* alla prosecuzione dell'esercizio degli impianti di radiodiffusione televisiva.

Seguendo tale ragionamento, non sembrano esservi dubbi che la situazione soggettiva nascente per effetto dell'art. 32 — avente lo scopo, secondo la Corte Costituzionale, di congelare in via provvisoria la situazione di fatto esistente al momento di entrata in vigore della legge — non possa che configurarsi come di interesse legittimo (sui precedenti della Corte in materia vedasi, dopo una singolare apertura al riconoscimento del diritto soggettivo,

Conviene sottolineare che il verbale di conciliazione intervenuto tra la società Radio Flash e la società Seprat, ricordato sopra, non può essere equiparato ai provvedimenti degli organi giurisdizionali, di cui fa parola il comma 2 dell'art. 32 cit. Per la verità, si tratta di un atto tra privati, nel quale non si manifesta alcun potere giurisdizionale, e che non può considerarsi fonte di situazioni soggettive vincolanti non soltanto tra i privati stipulanti, ma anche nei confronti della Pubblica Amministrazione.

3. — Premesso ciò, in questa materia dalla Suprema Corte si afferma che qualora il privato, titolare di una emittente via etere di programmi radiotelevisivi in ambito locale, il quale non abbia ottenuto alcun provvedimento autorizzativo o concessorio dalla Pubblica Amministrazione, insorga contro il provvedimento di chiusura degli impianti, adottato dalla competente autorità amministrativa a causa dell'uso di frequenza non consentita o « protetta », (ovvero dell'uso di frequenza implicante interferenza nelle trasmissioni delle reti gestite dalla RAI), deve negarsi la giurisdizione del giudice ordinario e deve affermarsi quella del giudice amministrativo, atteso che l'opposizione soggettiva del suddetto privato, nel rapporto con l'Amministrazione, ha natura e consistenza non di diritto soggettivo, ma di mero interesse legittimo. Si pone, infatti, un potere pubblicistico dell'Amministrazione medesima di

---

sebbene relativo alle sole trasmissioni in ambito locale, operata da Corte Cost., 28 luglio 1976, n. 202, il ritorno alla configurazione dell'interesse legittimo all'uso dell'etere in Corte Cost., 21 luglio 1981, n. 148; Corte Cost., 15 novembre 1988, n. 1030; Corte Cost., 2 marzo 1990, n. 102, nonchè nella celeberrima Corte Cost., 7 dicembre 1994, n. 420, in *Foro It.*, 1995, I, 4, con nota di Pardolesi, che dichiara illegittimo l'art. 15, quarto comma, della legge n. 223/90, nella parte in cui consente ad uno stesso soggetto di essere titolare di tre delle nove concessioni assentibili ai privati. Sul pluralismo per l'etere — nelle diverse angolazioni di pluralismo quantitativo e qualitativo — vedasi PLINIO SACCHETTO, *Cultura e televisione* in *Da sudditi a cittadini* — Gli utenti della TV, Milano, 1997, 175).

E — va sottolineato — l'argomento non è di scarsa attualità, considerato che una norma transitoria di portata non dissimile, sotto i profili richiamati, dall'art. 32 è contenuta nella legge 31 luglio 1997, n. 249, recante « Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sul sistema radiotelevisivo ».

L'art. 3, comma 1 della legge, infatti, prevede che « E' consentita ai soggetti legittimamente operanti alla data di entrata in vigore della presente legge la prosecuzione dell'esercizio della radiodiffusione sonora e televisiva in chiaro in ambito nazionale e locale fino al rilascio delle nuove concessioni ovvero fino alla reiezione della domanda e comunque non oltre il 30 aprile 1998 » (per un'analisi della riforma in via di approvazione GIORGIO D'AMATO, *L'Autorità di garanzia nel settore delle comunicazioni di massa*, Milano, 1997).

controllo delle emittenti locali e di tutela del servizio pubblico svolto dall'ente concessionario delle trasmissioni radiotelevisive, potere che deve ritenersi sussistente anche in un sistema di liceità delle diffusioni radiotelevisive via etere in ambito locale e di mancanza di una specifica disciplina delle stesse. Tale potere pubblicistico dell'Amministrazione deve ritenersi sussistente anche nel periodo di vigenza della disciplina transitoria disposta dalla norma di cui alla legge n. 223 del 1990 e della successiva normativa di cui al decreto legge n. 323 del 1993, convertito nella legge n. 422 del 1993, trattandosi di disposizioni non incidenti sulla natura e sulla consistenza dell'indicata posizione soggettiva del privato (Cass., Sez. Un., 20 ottobre 1995, n. 10919). In particolare, la legge 6 agosto 1990, n. 223, pur dettando all'art. 32 norme di salvaguardia per gli impianti autorizzati alla prosecuzione del loro esercizio, non fa da ciò discendere una disciplina innovativa della materia, quanto alla consistenza delle posizioni giuridiche soggettive che vengono in considerazione (Cass. Sez. Un., 1 giugno 1993, n. 6062).

L'orientamento è consolidato.

Relativamente all'azione del privato — il quale sia titolare ed esercente di una emittente via etere su scala locale, ma che non abbia conseguito alcun provvedimento autorizzatorio della P.A., o che sia in attesa di conseguirlo — proposta contro il provvedimento di chiusura dei

---

2. Quanto al secondo profilo, riguardante l'interpretazione del secondo comma dell'art. 32, la Cassazione mostra di non ammettere, tra le deroghe al generale divieto di mutamento degli impianti in regime di autorizzazione transitoria, le variazioni derivanti da verbale di concilazione intervenuto tra le emittenti in contrasto, sul rilievo che il verbale di conciliazione è atto tra privati e quindi non riconducibile ad un provvedimento di organo giurisdizionale.

La pronuncia è conforme ad una costante giurisprudenza della Corte (Cass., 14 ottobre 1993, n. 10162; Cass., Sez. Lav., 29 aprile 1993, n. 5032; Cass., 25 gennaio 1992, n. 816; Cass., 5 giugno 1987, n. 12690; Cass., Lav., 20 febbraio 1988, n. 1806) che riconosce al verbale di conciliazione, sebbene redatto alla presenza del giudice, natura negoziale, in quanto costituente un incontro di volontà tra le parti.

Sorgono piuttosto dubbi su cosa la legge abbia voluto intendere per « interventi derivanti da provvedimenti di organi giurisdizionali », tenuto conto della riserva in favore della Pubblica Amministrazione dell'esercizio dei poteri riguardanti la pianificazione e l'assegnazione delle frequenze.

Se, infatti, si rinvengono molti precedenti (Cass. Sez. Un., 21 gennaio 1994, n. 549; Cass., 28 aprile 1993, n. 4999; Cass., Sez. Un., 16 giugno 1992, n. 7380; Cass., 19 aprile 1991, n. 4243) nel senso che spetta al titolare dell'impianto in ambito locale adire il giudice ordinario, in sede petitoria o possessoria, al fine di ottenere tutela del diritto al pre-uso delle onde elettromagnetiche e

suoi impianti, disposto dall'Autorità Amministrativa per l'uso di frequenza non consentita, al fine di conseguire l'adozione di provvedimenti urgenti, non sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, ma quella del giudice amministrativo: atteso che la posizione soggettiva del privato, nel rapporto con l'amministrazione, ha natura e consistenza non di diritto soggettivo, ma di mero interesse legittimo, ponendosi appunto di fronte ad un potere pubblicistico dell'Amministrazione in tema di controllo delle emittenze locali (Cass., Sez. Un., 26 luglio 1990, n. 7563; Cass., Sez. Un., 8 febbraio 1990, n. 864; Cass., Sez. Un., 3 dicembre 1984, n. 6326).

4. — Pronunziando sull'istanza di regolamento preventivo di giurisdizione, la Corte deve dichiarare la giurisdizione del giudice amministrativo.

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Un., 10 agosto 1996, n. 7410 - *Pres.* Bile - *Rel.* Baldassarre - *P.M.* Leo - Ministero Sanità ed altri (avv. Stato Fiorilli) c. Cappelli ed altri.

Impugnazioni civili - Ricorso per Cassazione ex art. 111 Cost. avverso le sentenze del Consiglio di Stato - Motivi attinenti alla giurisdizione - Individuazione - Criteri.

Le decisioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale sono soggette al controllo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione soltanto per motivi attinenti alla giurisdizione, cioè all'individuazione del giudice munito del potere di decidere la controversia ovvero alla verifica del-

---

della proprietà degli impianti eserciti nei confronti di altra emittente privata che arrechi disturbi o interferenze, non risultano né paiono ammissibili provvedimenti giurisdizionali contenenti ordini — diversi da quelli di sola cessazione di interferenze o disturbi — in relazione a modalità di esercizio degli impianti, la cui fissazione è demandata in via esclusiva alla P.A.

Sembrerebbe comunque da escludere che pronunce dell'autorità giudiziaria possano contrastare i provvedimenti delle Amministrazioni in questo campo, quando l'Amministrazione stessa non sia stata parte del relativo giudizio e i suoi atti non abbiano costituito ivi oggetto di sindacato.

Tanto per evitare un uso surrettizio dello strumento giurisdizionale da parte delle emittenti che preferiscono fare risolvere i propri contrasti dalla autorità giudiziaria piuttosto che rimettersi alle determinazioni delle Amministrazioni preposte alla tutela del relativo interesse.

Un diverso orientamento aprirebbe la strada ad una serie di conflitti di giurisdizione destinati ad accrescere la confusione in un settore come quello radiotelevisivo che solo ora si avvia all'auspicabile definitiva sistemazione.

FRANCESCA QUADRI

l'osservanza dei limiti esterni delle attribuzioni di detto giudice, con esclusione di ogni sindacato sul modo di esercizio della funzione giurisdizionale (1).

(*Omissis*) 1) — Appare opportuno riassumere i tre motivi di ricorso, sia perché tutti pongono il problema dei limiti dell'impugnazione delle decisioni del Consiglio di Stato, sia in considerazione dei collegamenti esistenti tra le distinte censure.

Le Amministrazioni ricorrenti addebitano, infatti, alla decisione impugnata:

1) Eccesso di potere giurisdizionale in danno della Corte di giustizia della Comunità Europee, violazione dell'art. 164 del Trattato, per avere ritenuto direttamente applicabili le direttive comunitarie nell'ordinamento nazionale e consentito al giudice nazionale di disapplicare la normativa di recepimento, ove ritenuta in contrasto con le direttive medesime, essendo, invece, giudice della validità di tali provvedimenti legislativi nazionali unicamente la Corte di giustizia, alla quale spetta l'interpretazione del diritto comunitario; con la conseguenza che il giudice nazionale — qualora dubiti della violazione dell'art. 5 del Trattato istitutivo della comunità europea — non può esimersi dal sollevare la questione d'interpretazione ai sensi dell'art. 177 del Trattato stesso.

2) Eccesso di potere giurisdizionale nei confronti del giudice ordinario, violazione dell'art. 29 del T.U. 26 giugno 1924, n. 1054, per non avere considerato che, anche a voler ammettere che il giudice italiano abbia il potere di procedere all'immediata applicazione di una normativa comunitaria non recepita (ovvero parzialmente o impropriamente recepita) nell'ordinamento nazionale, tale giudice sarebbe quello ordinario, in quanto — dovendo essere la direttiva incondizionata e sufficientemente precisa — si verterebbe in una situazione pienamente tutelata, senza margini di discrezionalità, configurante, quindi una posizione di diritto soggettivo, di cui il giudice amministrativo potrebbe conoscere solo nell'ambito della giurisdizione esclusiva, non ricorrente nella specie.

---

(1) Il principio è assolutamente pacifico in giurisprudenza. Tra le tante si veda Cass., S.U., 24 febbraio 1997, n. 1671, secondo cui il sindacato della Suprema Corte non può riguardare i vizi concernenti la motivazione, la valutazione delle situazioni di illegittimità denunciate e l'interpretazione degli atti amministrativi; Cass., S.U., 14 gennao 1997, n. 313, in *Foro it.*, 1997, I, p. 639, che ha ritenuto configurabile il vizio di eccesso di potere giurisdizionale solo quando l'indagine svolta non sia rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato; Cass., S.U., 14 ottobre 1996, n. 8959; Cass., S.U., 28 dicembre 1994, n. 11226, la quale ha precisato che non rientra tra i motivi attinenti alla giurisdizione la denuncia della violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato; Cass., S.U., 15 novembre 1994, n. 9595, in *Foro it.*, 1995,

3) Eccesso di potere giurisdizionale in danno del giudice costituzionale, violazione dell'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948 n. 1, per avere operato una valutazione negativa di legittimità di un provvedimento legislativo (il d. lgs. n. 257/1991, il quale riserva un punteggio solo agli specializzati secondo la normativa europea), riconoscendo tale punteggio a tutti gli specializzandi.

2) — Le censure in esame non denunziano l'eccesso di potere giurisdizionale in assoluto, che ricorre quando il giudice speciale e, in particolare, il giudice amministrativo, invada il campo riservato alla pura discrezionalità della P.A. in assenza di posizioni suscettibile di qualsivoglia tutela giurisdizionale; bensì l'approvazione da parte del T.A.R. del Lazio e del Consiglio di Stato di poteri riservati a giurisdizioni diverse.

Gli addebiti mossi al giudice amministrativo con i motivi primi e terzo presentano un ulteriore aspetto comune, quello cioè di avere travalicato i limiti imposti al giudice del rapporto controverso nell'attività di cognizione della legge in concreto applicabile, sostituendosi agli organi designati a determinare l'incidenza delle direttive comunitarie sulle norme dell'ordinamento dello Stato.

3) — La questione, così posta, non è riconducibile all'ambito delle doglianze di cui agli artt. 111 Cost., 362 cod. proc. civ. e 48 R.D. 26 giugno 1924 n. 1054.

Alla stregua di tali norme, le decisioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale sono soggette al controllo delle Sezioni unite della Corte di cassazione soltanto per motivi attinenti alla giurisdizione, cioè all'individuazione del giudice munito del potere di decidere la controversia ovvero alla verifica dell'osservanza dei limiti esterni delle attribuzioni di detto giudice, con esclusione di ogni sindacato sul modo di esercizio della funzione giurisdizionale.

Proprio questa funzione viene messa in discussione, invece, quando si addebiti al giudice, sia ordinario che speciale, di avere — al fine limitato e specifico di decidere una determinata controversia — assegnato ad una norma di legge quella portata precettiva che avrebbe potuto assumere solo a seguito dell'intervento interpretativo della Corte di giu-

---

I, 2340, secondo cui in detta sede non possono essere dedotti i cc.dd. errori in «*iudicando*» ed in «*procedendo*». La dottrina si è soffermata ad analizzare i limiti del sindacato della Suprema Corte sulle sentenze dei giudici speciali sotto il profilo del ruolo di nomofilachia e di controllo sulla giurisdizione da tale organo rivestito. Così MARINO IGNAZIO M., *Corte di Cassazione e giudici «speciali»* (sull'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost.), in *Giur. it.*, 1993, IV, p. 14 ss. Analizza i limiti del giudizio della Corte di Cassazione sulle sentenze rese nei giudizi di ottemperanza TUTINELLI V., *Brevi riflessioni sul sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze rese in seguito a giudizio di ottemperanza*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 431 ss.

stizia della Comunità Europea, ovvero di quello demolitore della Corte costituzionale.

In entrambi i casi si denuncia infatti un errore nell'applicazione delle norme sostanziali riferibili al caso controverso o di quelle procedurali disciplinanti il giudizio, delle quali al giudice amministrativo era stata chiesta la concreta attuazione.

4) — Con la decisione in esame il Consiglio di Stato — dati i limiti derivanti dai motivi degli appelli — non ha compiuto « *ex professo* » il riesame delle questioni di diritto afferenti al merito e si è limitato a recepire i « capisaldi sui quali il TAR ha fondato la propria decisione (e cioè la diretta e immediata applicabilità delle direttive comunitarie negli ordinamenti degli Stati membri e la possibilità per il giudice adito di disapplicare la normativa nazionale, ove contrastante con la prima) ».

Il rilievo che precede non implica formazione del giudicato in ordine alla giurisdizione, essendo stati rimessi in discussione con le impugnazioni avverso la sentenza di primo grado tutti i capi di domanda; con la conseguenza che la sostanziale adesione delle stesse Amministrazioni alle tesi accolte in diritto dal primo giudice non preclude le questioni relative alla competenza giurisdizionale qui poste.

Da quanto sopra si ricava, comunque, la conferma testuale della ritenuta attinenza dei problemi interpretativi al merito della decisione.

Alla stessa conclusione si perviene facendo riferimento — come si deve per decidere in ordine alla giurisdizione — al « *petitum* » sostanziale, costituito, nella specie, dalla domanda di annullamento dei provvedimenti amministrativi di cui in narrativa, rispetto alla quale la disapplicazione della norma interna per contrasto con la normativa europea risulta meramente strumentale.

Vanno, per tanto, respinti i motivi primo e terzo.

5) — Il secondo mezzo — dichiaratamente e logicamente gradato al rigetto degli altri due — si articola nella denuncia d'invasione da parte del Consiglio di Stato della giurisdizione di un'autorità giudiziaria (quella ordinaria), che decide sui rapporti giuridici (e non sulle leggi) nell'ambito dell'ordinamento italiano.

Individuata, come dal precedente paragrafo, la pretesa azionata dai medici istanti, risulta agevole rilevare come la stessa sia diretta alla tutela di interessi legittimi e non di diritti soggettivi.

La Corte di giustizia CEE (v. sent. 23 febbraio 1994 causa 236/92, 22 giugno 1989 causa n. 103/88, 9 marzo 1978 causa n. 106/77) ha avuto modo di chiarire che in tutti i casi in cui le disposizioni delle direttive comunitarie appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle valere innanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato (e le relative pubbliche amministrazioni sono, del pari, tenute ad applicarle), sia che lo Stato medesimo non

abbia recepito tempestivamente la direttiva nel diritto nazionale, sia che l'abbia recepita in modo inadeguato.

La direttiva del Consiglio CEE 75/363 del 16 giugno 1975 (integrata dalla successiva 82/76 del 26 gennaio 1982), in particolare all'art. 2, ha imposto agli Stati membri una serie di obblighi riguardanti la formazione dei medici specialisti, elecando le condizioni essenziali (« almeno ») per il conseguimento del relativo diploma.

Si tratta di principi generali e regole che, trasferiti nell'ordinamento italiano dalla legge 29 dicembre 1990 n. 428 e dal D.L. vo 8 agosto 1991 n. 257, richiedono — al pari delle norme comunitarie a cui tali provvedimenti normativi danno attuazione — un'attività organizzatoria, con largo margine di discrezionalità, dell'Amministrazione statale (« dovrà comunque assicurare ... »).

Il delineato quadro normativo configura, quindi, norme di azione, in quanto queste disciplinano nell'interesse generale l'attività amministrativa nel settore dei corsi di specializzazione dei medici, conferendo ai Ministeri competenti i poteri necessari per l'organizzazione, la programmazione e il funzionamento dei corsi, nonché per la determinazione del numero e la distribuzione degli stessi e delle borse da assegnare.

In conseguenza gli istanti, impugnando i predetti provvedimenti amministrativi generali, emessi in forza delle citate norme di legge, hanno fatto valere non diritti soggettivi, ma i legittimi loro interessi al corretto uso dei poteri conferiti alla P.A. nell'interesse della generalità (v. sent. 11 novembre 1994 n. 9418).

6) — Non esclude posizioni di interesse legittimo e la loro tutela nella sede della giurisdizione generale di legittimità la diretta applicazione, nel caso in esame richiesta e operata, della normativa CEE, essendo stato già, senza contrasti, stabilito che, ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, la posizione giuridica (diritto soggettivo o interesse legittimo) dedotta dal privato contro la pubblica amministrazione in forza di norme comunitarie, va individuata e qualificata con esclusivo riferimento ai criteri dell'ordinamento giuridico interno e in base al cosiddetto « *petitum* sostanziale », nulla rilevando che l'ordinamento comunitario non contempli la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi (sent S.U. 27 luglio 1993 n. 8385, 18 giugno 1981 n. 3967).

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 3 settembre 1996 n. 8053 - *Pres.* Rossi - *Rel.* Bibolini - *P. M.* Gambardella - Ministero Poste (avv. Stato Figliolia) c. Curatela Fall. Di Meo.

Fallimento - Effetti per i creditori - Divieto di azioni esecutive del singolo creditore - Divieto di azioni cautelari - Credito del fallito nei

confronti dello Stato - Ammissibilità del fermo amministrativo - Esclusione.

Fallimento - Effetti per i creditori - Debiti pecuniari - Compensazione - Eccezione del convenuto nei confronti del curatore in via ordinaria per un credito del fallito - Necessità della preventiva verifica della sussistenza del credito del convenuto - Esclusione.

I crediti dell'Amministrazione pubblica nei confronti di un imprenditore fallito in relazione agli esiti di pregressi rapporti di appalto sono soggetti alla disciplina concorsuale, così come a tale disciplina sono soggetti i crediti del fallito nei confronti della Pubblica Amministrazione in esecuzione degli stessi rapporti. Ne deriva che, in applicazione dell'art. 51 della legge fallimentare, sono privi di efficacia i provvedimenti cautelari legittimamente ottenuti prima dell'apertura del fallimento, ivi comprese quelle situazioni espresse in forme di autotutela per il singolo creditore, tra le quali rientra il fermo amministrativo previsto dall'art. 69 del RD n. 2440 del 1923 (nel caso di specie la Suprema Corte ha escluso che, nel decidere sulla sussistenza di un'ipotesi di compensazione, il giudice sia condizionato da detto provvedimento) (1).

L'eccepibilità in compensazione di un credito del terzo verso il fallito contro un credito del fallito verso il terzo non è condizionata alla preven-

---

(1) La sentenza in esame non ha condiviso la tesi dell'Amministrazione, secondo cui attraverso il fermo amministrativo ex art. 69 del r.d. n. 2440 del 1923 non si opera un incameramento di somme, ma si provvede a praticare iniziative di tutela delle ragioni creditorie che non comportano alcun effetto estintivo, che potrà verificarsi solo dopo l'accertamento del credito della P.A. e con la conseguente compensazione. Secondo la Corte, invece, il fermo amministrativo, alla stregua di tutte le misure cautelari, diviene inefficace a seguito della sentenza dichiarativa di fallimento, atteso che tra la specialità del procedimento amministrativo e la specialità di quello concorsuale la prevalenza deve essere data a quest'ultima. La giurisprudenza ritiene che il divieto, posto dall'art. 51 della legge fallimentare, di iniziare o proseguire, dal giorno di detta dichiarazione, azioni esecutive individuali sui beni compresi nel fallimento comprende non solo le azioni esecutive vere e proprie, ma anche quelle cautelari che abbiano funzione conservativa del patrimonio del debitore e carattere strumentale rispetto al processo esecutivo. In tal senso Cass., Sez. I, 3 febbraio 1995, n. 1335, in *Fall.*, 1995, p. 933; Cass., Sez. II, 21 luglio 1994, n. 6809, in *Fall.*, 1995, p. 259. Sulla funzione del fermo amministrativo di impedire temporaneamente il pagamento delle somme delle quali l'Amministrazione sia debitrice si veda Cass., S.U., 25 marzo 1993, n. 3573, in *Giur. it.*, 1994, I, p. 1835. In dottrina sul rapporto tra le misure cautelari ed il fallimento De Gregorio G., *Effetti della dichiarazione di fallimento e misure cautelari reali disposte su patrimonio del fallito*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 699 ss.; Quartaro B., *Appunti sugli articoli 51 e 52 legge fallimentare. Il divieto di azioni esecutive e cautelari ed il diritto di ritenzione nel fallimento*, in *Riv. dottori commercialisti*, 1993, p. 793 ss.

tiva verifica di detto credito, fino a che si rimanga nell'ambito dell'eccezione riconvenzionale. L'eventuale eccedenza del credito della Pubblica Amministrazione verso il fallito non potrà, tuttavia, costituire oggetto di sentenza di condanna nei confronti del fallimento, ma dovrà essere fatta valere attraverso il procedimento di insinuazione al passivo (2).

(*Omissis*) I°) Con il primo mezzo di cassazione la ricorrente deduce la violazione e la falsa applicazione dell'art. 69 L. Cont. Stato, artt. 4 e 5 L. Cont. Amm. artt. 51 e ss. e 56 L.F.; art. 1241 e ss. C.C.; art. 360 n. 3 c.p.c.

Sostiene la ricorrente P.A. che il fermo amministrativo ex art. 69 R.D. 18 novembre 1923 n. 2440, costituisce un provvedimento provvisorio di carattere cautelare, preordinato a consentire il conseguimento di una compensazione tra crediti e debiti verso le amministrazioni statali. L'Amministrazione, quindi, lungi dall'operare un incameramento di somme, provvede a praticare iniziative di tutela delle proprie ragioni creditorie non imponendo attualmente alcun comportamento solutorio e non spiegando allo stato alcun effetto estintivo, che potrà eventualmente verificarsi solo dopo l'accertamento del credito della p.a. e con la compensazione.

Da ciò conseguirebbe che (cass. S.U. 15 giugno 1967 n. 1389; cass. 10 gennaio 1970 n. 391) l'Amministrazione conserva sempre il potere di attuare ritenute cautelative a tutela degli interessi erariali senza tuttavia praticare atti di disposizione definitiva delle somme in contestazione; con il ché sarebbe erronea la pronuncia impugnata nel punto della sostenuta disapplicazione del provvedimento di fermo Amministrativo.

Detto strumento può essere utilizzato anche in sede giudiziale, come effetto di eccezione di compensazione.

II°) Con il secondo motivo l'Amministrazione ricorrente deduce la violazione e la falsa applicazione degli art. 24 e 56 L.F.; 34 e 35 c.p.c., oltre

---

(2) La Suprema Corte ribadisce la tesi per cui la semplice eccezione di compensazione, volta a paralizzare la pretesa della curatela — purchè il credito del terzo rimanga nei limiti di valore del credito azionato dalla curatela — non impedisce al giudice di pronunciare la compensazione ove sussistano i presupposti di cui all'art. 56 della legge fallimentare e di condannare la P.A. al pagamento dell'eccedenza. Sul punto si veda Cass., Sez. I, 6 marzo 1995, n. 2574, in *Fall.*, 1995, p. 1033, dove si precisa che la dichiarazione della compensazione da parte del giudice risponde alla *ratio* cui si ispira il citato art. 56, e cioè di evitare che il creditore che soddisfa interamente il proprio debito verso il fallimento sia poi esposto al rischio di realizzare il proprio credito in moneta fallimentare. Distingue, nell'ambito dell'istanza di compensazione avanzata nei confronti del fallimento, tra domanda riconvenzionale e semplice eccezione

ad omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia; art. 360 n. 3 e 5 c.p.c..

La doglianza coglie la motivazione della sentenza della Corte del merito nel punto in cui sostiene la necessità della preventiva verificazione del credito della p.a. verso il fallito per potere sostenere la compensazione tra situazioni giuridiche contrapposte.

Rileva la ricorrente che, secondo la giurisprudenza della Cassazione, la preventiva verifica è richiesta per la compensazione dedotta come domanda riconvenzionale, non per la semplice eccezione di compensazione tendente soltanto a paralizzare la domanda della curatela. Ciò si è verificato nella specie.

Trattando unitariamente i due aspetti della questione sottoposta al giudice di legittimità, stante la loro indubbia connessione e consequenzialità, occorre innanzi tutto rilevare che gli eventuali crediti dell'Amministrazione pubblica nei confronti di un imprenditore fallito in relazione agli esiti di pregressi rapporti di appalto, sono soggetti alla disciplina concorsuale, purché situazioni anteriori alla soglia degli eventi della concorsualità sistematizzata, così come alla disciplina concorsuale sono soggetti i crediti del fallito nei confronti della pubblica amministrazione in esecuzione degli stessi rapporti.

Ancorché l'art. 81 L.F. faccia salve le norme relative al contratto di appalto di opere pubbliche, detto inciso assume rilievo in relazione alla facoltà del curatore di esercitare la prosecuzione del rapporto, prosecuzione preclusa ai sensi dell'art. 339 L. 20 marzo 1865 n. 2248, sopratutto dopo che l'entrata in vigore del nuovo capitolato con d.P.R. 18 luglio 1962 n. 1063 non disciplina più espressamente la sorte dell'appalto di opere pubbliche nell'ipotesi di fallimento dell'appaltatore.

Ciò non toglie che lo scioglimento del rapporto ex lege disposto dall'art. 81 L.F. si verifichi per effetto della dichiarazione di fallimento; che

---

Cass., Sez. I, 21 maggio 1984, n. 3113, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, p. 1284, secondo cui la domanda riconvenzionale di compensazione è improcedibile nella sede ordinaria, dovendo inderogabilmente essere proposta e trattata nelle forme e secondo il procedimento concorsuale di accertamento e di verificazione dello stato passivo. Ancora relativamente alla domanda riconvenzionale di compensazione Cass., Sez. I, 21 febbraio 1983, n. 1302, ne ha affermato la esclusiva proponibilità davanti al tribunale che ha dichiarato il fallimento, il quale è competente per tutte le azioni che ne derivano ma non anche per le eccezioni. Il tema della compensazione nel fallimento ha costituito oggetto di approfondimento in dottrina. Si veda INZITARI B., *La compensabilità del credito verso il fallito con il controcredito non scaduto nel fallito stesso: la prevalenza nel diritto comune per l'inesigibilità invertita nel fallimento*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1995, I, p. 47 ss. Con particolare riferimento alle operazioni bancarie in conto corrente si veda PONTI L., *A proposito di una delle ultime oasi di autodifesa contro la revocatoria fallimentare: la compensazione tra i saldi di più rapporti o più conti.*

lo scioglimento abbia effetto *ex nunc;* che, di conseguenza, siano escluse l'azione di risoluzione ed il diritto al risarcimento del danno inerente allo scioglimento del rapporto per fallimento, sempre che la relativa pretesa non sia stata proposta prima del fallimento in relazione alla già verificatasi risoluzione del rapporto. Nell'ambito di tale iter logico, quindi, il fallimento di opere pubbliche si presenta alla soglia degli eventi di rilevanza concorsuale, sotto il profilo delle situazioni debitorie o creditorie reciproche che alla disciplina concorsuale sono soggette nelle modalità di attuazione (ancorché ai fini compensativi previsti dall'art. 56 L.F.), sia attive che passive.

Conseguente è, quindi, da un lato la legittimazione della curatela all'esercizio dei diritti di credito vantati dal fallito (art. 43 L.F.), nell'esplicazione della funzione di ricostruzione della massa attiva fallimentare per la soddisfazione globale, e tendenzialmente paritaria, delle situazioni creditorie verso il fallito; conseguente, ancora, la sottoposizione alla disciplina concorsuale (pur nella determinazione dei limiti di eccezionale sottrazione al concorso di singole situazioni creditorie, come nell'ipotesi dell'art. 56 L.F.) dei crediti verso il fallito. In definitiva il contratto è ridotto alle situazioni soggettive, eventualmente reciproche, che da esso abbiano fonte, per cui i rapporti reciproci sono regolati dalla disciplina concorsuale delle situazioni giuridiche soggettive.

In questa linea logica, infine, trova applicazione la disciplina concorsuale relativa ai provvedimenti cautelari e conservativi del credito verso il fallito, disciplina che viene superata dalla funzione conservativa che il fallimento esercita a favore della massa nella sua figura globale di esecuzione concorsuale.

Di conseguenza, così come vengono privati di efficacia i provvedimenti cautelari legittimamente ottenuti prima dell'apertura del fallimento (e sono *ab origine* privi di efficacia quelli emessi nel corso della stessa procedura), identicamente lo stesso regime, sostitutivo dell'istituto fallimentare nelle sue varie funzioni ai provvedimenti con finalità cautelare singolare, si estende alle situazioni espresse in forme di autotutela per il singolo creditore, salve rimanendo quelle forme di autotutela che lo stesso ordinamento settoriale del concorso prevede e conserva.

Nell'enunciazione di questi principi di carattere generale, si inserisce anche quella forma di autotutela con funzione cautelare disciplinata espressamente, per la pubblica amministrazione, dall'art. 69 R.D. 18 novembre 1923 n. 2440 relativo all'amministrazione del patrimonio ed alla contabilità generale dello stato.

Sulla natura cautelare del mezzo speciale a tutela dei diritti della p.a. e, in particolare, anche dell'eventuale compensabilità tra situazioni giuridiche contrapposte, non vi è contrasto tra le parti in coerenza con

plurime pronunce di questa Corte (Cass. 16 giugno 1984 n. 3611; 19 gennaio 1979 n. 391; 7 marzo 1983 n. 1673; 15 giugno 1967 n. 1389). Contrasto esiste, invece, sul potere di emettere il provvedimento in pendenza di fallimento, ovvero in ordine all'efficacia nel corso del fallimento di un provvedimento emesso in periodo anteriore.

Sul punto corretta è stata l'interpretazione della Corte napoletana. Tra la specialità amministrativa e la specialità concorsuale, decisa prevalenza deve essere data a quest'ultima (la quale trova unica e globale applicazione nella specie), una volta ritenuto che il rapporto originario sia ridotto alle situazioni giuridiche soggettive reciproche, regolate dalla disciplina del concorso, disciplina che si estende necessariamente ai mezzi direttamente o indirettamente satisfattivi delle situazioni giuridiche soggettive.

Ne consegue, da un lato, che il giudice ordinario può decidere sull'eventuale compensazione tra situazioni contrapposte, secondo la disciplina dell'art. 56 L.F.; ne consegue, d'altro lato, che il giudice ordinario, adito nella specie dalla curatela, non è condizionato nella sua pronuncia dal provvedimento amministrativo cautelare, e può provvedere all'eventuale condanna al pagamento della p.a., se ed in quanto esistano i presupposti di un credito certo ed esigibile del fallito.

Ciò malgrado, fondato appare il ricorso, nella parte in cui si duole del mancato riconoscimento della richiesta compensazione, a causa e per l'effetto della mancata e preventiva verificazione del credito della p.a. verso il fallito.

E' giurisprudenza di questa corte che l'eccepibilità in compensazione di un credito del terzo verso il fallito contro un credito del fallito verso il terzo, non è condizionato alla preventiva verifica, quanto meno finché si rimanga nell'ambito dell'eccezione riconvenzionale e non si decampi nella domanda riconvenzionale. In definitiva, finché il credito del terzo rimane nell'ambito di valore del credito, della stessa natura, azionato dalla curatela, non esistono preclusioni né al riconoscimento della compensazione di cui sussistano i presupposti delineati dall'art. 56 L.F., né alla condanna della p.a. per l'eventuale eccedenza. Per contro un'eventuale eccedenza del credito della p.a. verso il fallito, non potrà essere oggetto di sentenza di condanna nei confronti del fallimento, ma dovrà essere oggetto di autonomo procedimento di insinuazione al passivo (Cass. 21 febbraio 1983 n. 1302; cass. 20 maggio 1986 n. 208).

Per quanto di ragione, e nei limiti ora indicati, il ricorso deve essere accolto ed il giudice di rinvio dovrà valutare se, indipendentemente dalla preventiva verificazione, il credito vantato dalla p.a., se dimostrato, abbia le caratteristiche disciplinate dall'art. 56 L.F., nei limiti della possibiltà di contrastare l'azione di condanna proposta dalla curatela.

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 9 settembre 1996 n. 8176 - *Pres.* Cantillo - *Rel.* Graziadei - *P.M.* De Nunzio - Banca Carige spa c. Ministero Difesa ed altro (avv. Stato Russo N.).

Corte Costituzionale - Giudizio di legittimità in via incidentale - Decisione di accoglimento - Effetti sui rapporti giuridici sorti anteriormente - Applicabilità dell'art. 5 c.p.c. - Esclusione.

Esecuzione forzata - Esecuzione forzata mobiliare presso terzi - Pignoramento di retribuzioni del dipendente statale - Sentenza n. 231 del 1994 della Corte Costituzionale - Competenza territoriale - Pretore del luogo della sede dell'Ufficio pagatore del credito pignorato - Sussistenza.

Il principio secondo cui la norma riconosciuta costituzionalmente illegittima perde efficacia dal giorno successivo a quello della pubblicazione della pronuncia della Corte Costituzionale (art. 30 della legge n. 87 del 1953 e art. 136 Cost.) non tocca la natura di detta pronuncia, che è un atto non di abrogazione « ex nunc » ma di annullamento « ex tunc ». Ne deriva che la dichiarazione di incostituzionalità — che non rientra tra i « mutamenti della legge » di cui all'art. 5 cpc — ha efficacia relativamente ai rapporti giuridici non ancora esauriti, ancorché sorti anteriormente, con il limite di quei rapporti per i quali siano decorsi i termini di prescrizione o di decadenza per l'esercizio dei relativi diritti e per i quali si sia formato il gudicato (1).

---

(1) La sentenza in esame decide su un ricorso per regolamento di competenza proposto dalla società creditrice, a seguito della declinatoria della propria competenza effettuata dal Pretore di Roma adito in sede di pignoramento mobiliare presso terzi. La Suprema Corte afferma un principio più volte enunciato dalla giurisprudenza di legittimità, al fine di individuare gli esatti limiti di applicabilità delle sentenze della Suprema Corte che dichiarano l'incostituzionalità di una norma. Si afferma, infatti, che la disposizione di cui all'art. 30 della legge n. 87 del 1953, nella parte in cui stabilisce che le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione, deve essere interpretata nel senso che la decisione dichiarativa di incostituzionalità ha efficacia anche relativamente ai rapporti giuridici sorti anteriormente, purchè ancora pendenti e cioè non esauriti. Così Cass., Sez. lav., 25 marzo 1996, n. 2629, in *Foro it.*, 1996, I, p. 3742, con nota di CAPONI R., *Le prime sentenze sulla Cassazione sostitutiva per motivi di merito*; Cass., 1 febbraio 1996, n. 891, in *Inform. prev.*, 1996, p. 241; Cass., 15 novembre 1994, n. 9604. La giurisprudenza ha, tuttavia, precisato che detta efficacia non vale a far ritenere illecito il comportamento realizzato, anteriormente alla sentenza di incostituzionalità, in applicazione della norma dichiarata illegittima. Un simile comportamento, infatti, non può ritenersi caratterizzato dall'elemento soggettivo del dolo o della colpa. In tal senso Cass., Sez. lav., 26 luglio 1996, n. 6744. In dottrina la problematica dei limiti di efficacia delle sentenze di incostituzionalità è stata di recente affrontata da FERRARO A., *Sugli effetti delle declaratorie di illegittimità costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1266 ss.; HAMEL P. - CUCCIA D., *Ancora sugli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale*, in *Riv. amm.*, 1990, III, p. 1580 ss.

A seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 231 del 10 giugno 1994, che ha dichiarato illegittimo l'art. 3 del d.P.R. n. 180, del 1950 anche per il pignoramento del credito di lavoro del dipendente di un'Amministrazione dello Stato si applica la regola generale dell'art. 26 cpc alla quale, peraltro, si conforma la previsione dell'art. 4 del citato dpr n. 180 del 1950. Da ciò deriva che ove tale Amministrazione si articoli in distinte strutture, autonomamente preposte al governo dei rapporti con il personale, la competenza deve essere attribuita al Pretore del luogo nel quale si trova l'organo o l'ufficio tenuto al versamento della retribuzione (2).

(*Omissis*) La Corte, considerato:

— che la S.p.a. Banca CARIGE, creditrice di Salvatore Fichera, il 12 maggio 1993 ha pignorato (per la percentuale consentita) la retribuzione dovutagli dal Ministero della difesa in qualità di datore di lavoro, ed ha citato entrambi dinanzi al Pretore di Roma, per gli adempimenti di cui all'art. 547 cod. proc. civ.;

— che il Pretore di Roma, con provvedimento reso all'udienza del 27 marzo 1995, ha declinato la propria competenza, per ragioni di territorio, in favore del « Pretore del luogo della sede dell'Ufficio pagatore del credito pignorato », osservando che l'art. 3 del d.P.R. 5 gennaio 1950 n. 180, sulla pignorabilità presso il Ministero del tesoro delle retribuzioni dei dipendenti statali, anziché presso l'organo titolare del potere di disporre la relativa spesa, è stato dichiarato illegittimo dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 231 del 10 giugno 1994;

— che la Banca, con ricorso per regolamento notificato il 12/13 aprile 1995, ha insistito nella tesi della competenza del Pretore di Roma, sostenendo che l'invocabilità nella presente causa della suddetta statuizione della Corte Costituzionale va esclusa in base agli artt. 136 Cost. e 30 della legge 11 marzo 1953 n. 87, e comunque in base all'art. 5 (nuovo testo) cod. proc. civ.;

— che il Ministero della difesa, con memoria difensiva, ed anche il Procuratore generale, con le conclusioni scritte, hanno sollecitato la reiezione del ricorso;

---

(2) La decisione è conforme al principio enunciato dalla precedente Cass., Sez. I, 12 agosto 1996, n. 7445, la quale, in particolare, ha precisato che le pronunce della Corte Costituzionale non rientrano fra i « mutamenti della legge », che sono considerati ininfluenti, ai fini della competenza, dall'art. 5 c.p.c., ove sopraggiunti dopo la proposizione della domanda. La sentenza in commento specifica, a tale riguardo, che « l'intervento della Corte Costituzionale non segna un cambiamento od una variazione del quadro normativo, nè è equiparabile ad una legge sopraggiunta con contenuto modificativo, ma elimina in tutto o in parte, con forza retroattiva (ancorchè con il limite del precorso verificarsi di definitività del rapporto), la norma già presente nell'ordinamento ». Nello stesso senso Cass., Sez. 3, 30 maggio 1996, n. 5004; Cass., S.U., 10 maggio 1996, n. 4394, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 2577.

— che la nota difensiva, depositata dalla Banca ad illustrazione del ricorso, non è esaminabile, dato che la produzione di memorie nel giudizio di regolamento è consentita, ai sensi dell'art. 47 quinto comma cod. proc. civ., esclusivamente alla parte alla quale la relativa istanza sia stata notificata o comunicata (v., da ultimo, Cass. n. 2313 del 1° marzo 1995);

— che la citata declaratoria d'incostituzionalità dell'art. 3 del d.P.R. n. 180 del 1950 (perché introduttivo di una disciplina differenziata sulla competenza territoriale non giustificata e lesiva del diritto di difesa) implica, anche per il pignoramento del credito di lavoro del dipendente di un'Amministrazione dello Stato, l'applicazione della regola generale dell'art. 26 cod. proc. civ., cui peraltro si conforma la previsione dell'art. 4 dello stesso d.P.R. n. 180 del 1950, e, quindi, ove tale Amministrazione si articoli in distinte strutture, autonomamente preposte al governo dei rapporti con il personale, determina la competenza del pretore del luogo nel quale si trova l'organo o l'ufficio tenuto al versamento della retribuzione;

— che la decisione della Corte Costituzionale spiega influenza nella vicenda in esame, essendo ancora in discussione la competenza (inderogabile) per territorio;

— che detta influenza non è contestabile, con il richiamo del principio secondo cui la norma riconosciuta costituzionalmente illegittima perde efficacia dal giorno successivo a quello della pubblicazione della pronuncia della Corte Costituzionale (artt. 136 Cost. e 30 della legge n. 87 del 1953), perché questo principio non tocca la natura di quella pronuncia di atto non di abrogazione « *ex nunc* », ma di annullamento « *ex tunc* » (in dipendenza di un vizio originario), mentre ha la diversa portata di precludere l'applicazione della norma stessa anche nei rapporti pregressi, ove ancora « *sub iudice* », cioè non esauriti (v., da ultimo, Cass. n. 9604 del 15 novembre 1994; cfr. Corte Cost. n. 139 del 7 maggio 1984 e n. 49 del 2 aprile 1970);

— che, per analoghe ragioni, l'immediata operatività nei giudizi in corso di detta dichiarazione d'illegittimità costituzionale non trova impedimento nella regola dell'irrilevanza ai fini della competenza dei « mutamenti della legge successivi alla proposizione della domanda » (art. 5, nuovo testo, cod. proc. civ.), in quanto l'intervento della Corte Costituzionale non segna un cambiamento od una variazione del quadro normativo, né è equiparabile ad una legge sopraggiunta con contenuto modificativo, ma elimina in tutto od in parte, con forza retroattiva (ancorché con il limite del precorso verificarsi di definitività del rapporto), la norma già presente nell'ordinamento a causa di un contrasto « *ab origine* » con precetti della Costituzione;

— che, peraltro, in adesione alle argomentazioni svolte dal Pubblico ministero (ed a conferma dell'indirizzo seguito da questa Corte con sentenza in corso di pubblicazione deliberata il 23 novembre 1995), si deve respingere il ricorso, e si deve affermare la competenza del Pretore di La Spezia, in tal senso integrando la sentenza impugnata ove manca della doverosa identificazione del Giudice del luogo del pagamento della retribuzione (evincibile dalla dichiarazione resa ai sensi dell'art.. 547 cod. proc. civ. da delegato del Direttore dell'Arsenale militare di detta città). (*omissis*)

— I —

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Un., 1 ottobre 1996, n. 8590 - *Pres.* Sgroi - *Est.* Baldassarre - *P.M.* Morozzo della Rocca - Ministero Interno (avv. Stato Cenerini) c. Tadioli.

Delibazione (giudizio di) - Dichiarazione di efficacia di sentenze straniere - Sentenza straniera recante condanna agli alimenti ai sensi della Convenzione dell'Aja - Azione di delibazione - Prescrizione - Esclusione.

Non è soggetta a prescrizione l'azione diretta alla deliberazione della sentenza straniera in relazione alle istanze (e conseguenti statuizioni) riguardanti obbligazioni alimentari verso i minori, ai sensi della Convenzione dell'Aja del 15 aprile 1958, resa esecutiva in Italia con legge 1960 n. 918 (1).

(1-4) **L'imprescrittibilità dell'azione di delibazione di sentenze straniere di condanna agli alimenti in favore di minori emanate ai sensi della Convenzione di New York e della Convenzione dell'Aja. Un deciso révirement della Cassazione.**

Le decisioni, pressocchè contemporanee, rappresentano rispettivamente l'affermazione e la prima applicazione del nuovo orientamento della S.C. in tema di prescrittibilità dell'azione di delibazione di sentenza straniera di condanna agli alimenti in favore di minori.

La soluzione adottata dalle Sezioni Unite sul problema della prescrizione dell'azione di delibazione è tanto più interessante se raffrontata al precedente orientamento della Suprema Corte, « cristallizzato » nel senso della prescrittibilità dell'azione di delibazione nel termine ordinario di dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza straniera (per una disamina dei precedenti, sia di legittimità che di merito, v. nota alla SS.UU. 1 ottobre 1996, n. 8590, in *Foro it.*, 1996, I, 1550).

Tra le questioni di fondo che si erano poste all'attenzione della giurisprudenza, la principale riguardava la natura da attribuire all'azione di delibazione intrapresa dal Ministero degli Interni quale « Istituzione intermediaria » ai sensi della Convenzione di New York del 20 giugno 1956 (legge 23 marzo 1958, n. 338) e delle Convenzioni dell'Aja, rispettivamente, del 15 aprile 1958 (legge 4 ago-

— II —

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 17 dicembre 1996, n. 11278 - *Pres.* Corda - *Rel.* Graziadei - *P.M.* Iorio - Ministero Interno (avv. Stato Cenerini) c. Piunno.

Delibazione (giudizio di) - Dichiarazione di efficacia di sentenze straniere - Sentenza straniera recante condanna agli alimenti - Delibazione a norma della Convenzone di New York del 20 giugno 1956 - Potere di attivazione del Ministro degli Interni quale rappresentante speciale - Configurabilità - Presupposti - Procura o mandato del creditore - Necessità - Esclusione.

Delibazione (giudizio di) - Dichiarazione di efficacia di sentenze straniere - Sentenza straniera recante condanna agli alimenti ai sensi della Convenzione dell'Aja - Azione di delibazione - Prescrizione - Esclusione.

Delibazione (giudizio di) - Dichiarazione di efficacia di sentenze straniere - Convenzione dell'Aja del 15 aprile 1958 - Pronuncia successiva di modifica di sentenza originaria di condanna agli alimenti in favore di minori già delibata - Delibabilità - Sussistenza.

Al fine della dichiarazione di efficacia della statuizione del giudice straniero di condanna all'adempimento di obblighi alimentari in favore di minore, il potere-dovere del Ministero dell'Interno di attivarsi in veste di sostituto processuale, secondo le previsioni della Convenzione di New York del 20 giugno 1956, non comporta una rappresentanza in senso proprio ma « speciale », che prescinde da un mandato del creditore, rispondendo ad interessi di ordine generale, di modo che include la facoltà di proporre impugnazione contro la sentenza che abbia negato la delibazione, indipendentemente dalla eventualità che l'alimentando abbia nel frattempo raggiunto la maggiore età (2).

L'azione per la delibazione di pronuncia del giudice straniero in tema di obbligazioni alimentari verso i minori, ai sensi della Convenzione dell'Aja del 15 aprile 1958, ha natura meramente processuale e dichiarativa (non costitutiva) e pertanto, non è soggetta a prescrizione (3).

---

sto 1960, n. 918) e del 2 ottobre 1973 (legge 24 ottobre 1980, n. 745) per il recupero di alimenti in favore dei minori (1).

Il problema della prescrittibilità dell'azione di delibazione veniva infatti presentato in stretta correlazione con la questione relativa alla natura — dichiarativa ovvero costitutiva — da riconoscere all'azione medesima.

(1) La « Convention sur le recouvrement des aliments à l'étranger », sottoscritta a New York il 20 giugno 1956, resa esecutiva in Italia con legge 23 marzo 1958 n. 338, istituisce una procedura volta a semplificare il recupero dei crediti alimentari da parte di un creditore (créancier) che si trovi nel territorio di una delle parti contraenti, nei confronti di un debitore (débiteur), soggetto alla giurisdizione di un'altra parte aderente alla Convenzione. Le parti del procedimento — designate dai singoli Stati al momento della ratifica — sono designate rispettivamente con il titolo di Autorité expéditrice (che interviene a tutela del creditore con la richiesta di intervento) e Institution intermédiaire (organismo pubblico o privato che agisce, nei limiti dei poteri conferiti dal creditore, per adottare tutte le misure necessarie al riconoscimento degli obblighi alimentari).

In Italia, com'è noto, il ruolo di « istituzione intermediaria » è svolto dal Ministero dell'Interno.

La delibazione in Italia delle pronunce straniere inerenti ad obblighi alimentari, nella disciplina della Convenzione dell'Aja del 15 aprile 1958 può essere richiesta con riguardo non solo alla sentenza che abbia costituito il credito alimentare, accertando «lo status» che ne determini l'insorgenza, ma anche con riguardo ai successivi provvedimenti, pure resi in forma di ordinanza, che rivedano il «quantum» della prestazione, in relazione al sopravvenuto mutamento della situazione di fatto e così si sostituiscano, con pari forza vincolante, al titolo originario (4).

I

(*Omissis*) — E' opportuno riassumere i due motivi, che prospettano distinti e gradati profili di doglianza in relazione all'unico punto controverso.

Con il primo mezzo si denuncia violazione degli artt. 2943 cod. civ. e 796 cod. proc. civ. e si assume che, in assenza di una norma che preveda la prescrizione dell'azione di delibazione, non può imporsi alcun limite temporale al suo esercizio, posto che, in generale, si prescrivono i diritti, ma non le azioni;

che con l'azione di delibazione il titolare di una sentenza straniera esercita un potere di natura meramente processuale, che non rappresenta un diritto soggettivo autonomo, mirando a far attribuire efficacia al titolo già costituito nello Stato estero; il che, da un lato, non consente che la prescrizione eserciti, nella materia, la sua tipica funzione di adeguamento dello stato di fatto a quello di diritto, dall'altro, esclude un termine di riferimento a cui collegarne il decorso;

che — contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte d'appello e dall'orientamento giurisprudenziale richiamato in sentenza, che configurano l'adozione di delibazione come azione di accertamento costitutivo, prescrittibile nel termine ordinario — l'effetto costitutivo consegue dalla sentenza straniera, che, in forza della delibazione, diventa titolo esecutivo per l'ordinamento italiano.

Con il secondo motivo si denuncia violazione degli artt. 1, 5 e 6 della Convenzione di New York 20 giugno 1956 (resa esecutiva con legge 23

Da un lato, autorevoli voci in dottrina affermavano la natura meramente dichiarativa dell'azione di delibazione e, da ciò, facevano discendere l'ulteriore deduzione dell'imprescrittibilità dell'azione. Si argomentava, in proposito, che gli aspetti giuridici (costitutivi, modificativi, estintivi) della sentenza straniera discendono esclusivamente dalla legge e, pertanto, non sono in alcun modo ricollegabili all'accertamento del giudice italiano, limitato alla verifica della sussistenza dei presupposti per la delibazione (SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Padova, 1981, IV, 150).

D'altro canto, la giurisprudenza era ferma nel configurare l'azione come autonoma rispetto a quella spettante in virtù del rapporto fondamentale e nel ricollegare alla sentenza di delibazione efficacia, non già meramente dichia-

marzo 1958, n. 338); 1, quarto comma, Conv. Aja 15 aprile 1958, resa esecutiva con legge 4 agosto 1960, n. 918); 4 e 5 Conv. Aja 2 ottobre 1973 (resa esecutiva con legge 24 ottobre 1980, n. 745), nonché violazione degli artt. 2935 cod. civ. e 12, secondo comma, preleggi.

Si sostiene che con le richiamate convenzioni si è introdotto un sistema di delibazione «formale» e senza riesame del merito, in relazione al quale l'Istituzione intermediaria è titolare di una propria posizione pubblicistica, con potere di azione svincolato dal conferimento di un mandato da parte del creditore e subordinato solo alla richiesta dell'Autorità speditrice.

Ad avviso di parte ricorrente, ne deriva che l'azione del Ministero dell'Interno, non potendo essere esercitata prima della richiesta, non può prescriversi in virtù di un termine decorrente dal passaggio in giudicato della sentenza straniera, che riguarda il creditore delle prestazioni.

Posto che, ricorrendo le condizioni previste dalle convenzioni, la dichiarazione di esecutività è obbligatoria, si finisce per introdurre, quale altra condizione non prevista da alcuna norma, la mancata prescrizione dell'azione.

Infine l'indicato orientamento giurisprudenziale spinge i debitori a non pagare, in attesa del decorso del termine decennale e costringe il creditore a gravose iniziative giudiziarie nel paese richiedente e in quello richiesto.

2) — Costituisce premessa comune e necessaria dell'indirizzo giurisprudenziale espresso da questa Corte in tema di delibazione di sentenza straniera il principio generale secondo cui sono soggetti a prescrizione estintiva sia i diritti che le azioni.

Tale principio, sorretto dalla definizione sistematica dell'azione quale (autonomo) diritto a conseguire una pronuncia giudiziale in ordine a un determinato diritto sostanziale — sì da essere ricompreso nella previsione dell'art. 2934 cod. civ. — e dalla testuale e non occasionale riaffer-

---

rativa, bensì di accertamento costitutivo, in quanto tendente ad una pronuncia costitutiva sia pure di effetti meramente processuali. Detta azione — sosteneva la Cassazione — sorge con il passaggio in giudicato della sentenza straniera ed è soggetta al termine di prescrizione stabilito nel nostro ordinamento, vale a dire il termine ordinario ovvero decennale (tra le tante: Cass., I, 17 ottobre 1989, n. 4165; Cass., 9 maggio 1977, n. 1777; Cass., 23 ottobre 1993, n. 10557; Cass., I, 1 luglio 1993, n. 7148. In dottrina Proto Pisani, in *Foro It.*, 1978, I, 193, n. 1932, in nota a Cass., 9 maggio 1977, n. 1777).

Discussa era, inoltre, la posizione del Ministero degli Interni al medesimo attribuita — con riferimento alla legittimazione ad agire — dalla Convenzione di New York e dalle due Convenzioni dell'Aja sopra richiamate.

Con riferimento a tale problematica la giurisprudenza era concorde nel ritenere che il Ministero dell'Interno — data l'autonomia tra il diritto afferente il rapporto sostanziale e l'azione di delibazione — operasse quale sostituto

mazione nelle numerose norme che nel codice civile prevedono la prescrittibilità di « azioni », va tenuto fermo, richiamando le argomentazioni svolte al riguardo in precedenti arresti tra cui le decisioni indicate nei paragrafi che seguono.

Si rende necessario, quindi, l'esame del profilo di censura che attiene alla gradata questione posta con il primo mezzo.

3) — A partire dalla sentenza 15 luglio 1963 n. 1932 i precedenti, che hanno affrontato la questione della prescrittibilità dell'azione di delibazione di sentenza straniera (in particolare, della sentenza portante condanna agli obblighi alimentari), l'hanno risolta in senso affermativo, ritenendo determinante la già rilevata autonoma prescrittibilità delle azioni in generale e la natura dell'accertamento collegato all'azione qui in esame, per essere la delibazione non meramente ricognitiva della forza già insita nella sentenza straniera, ma produttiva dell'effetto di dispiegare tale forza nel nostro ordinamento (conf. sent. 9 ottobre 1978 n. 4486, 17 ottobre 1989 n. 165, 1 luglio 1993 n. 7148, 3 ottobre 1993 n. 10557).

Non prende posizione al riguardo la sentenza, 21 ottobre 1982 n. 5486, in quanto muove dalla constatazione del giudicato, che in quel caso si era formato nelle precedenti fasi processuali, sia in ordine alla prescrittibilità dell'azione di delibazione, che al momento iniziale del termine prescrizionale.

Dalla natura di accertamento costitutivo dell'azione si è desunta l'identificazione del momento iniziale dell'ordinaria prescrizione decennale, coincidente con il giorno del passaggio in giudicato della delibanda sentenza straniera, presupponendo che in tale momento sorga l'azione medesima.

---

processuale ex art. 81 cod. proc. civ., cioè come soggetto che, pur non essendo titolare di diritto fatto valere, ha comunque legittimazione ad agire (2). L'argomento veniva utilizzato per avvalorare le conclusioni sopra ricordate in ordine alla prescrittibilità dell'azione di delibazione in quanto, se il diritto alla delibazione veniva fatto valere tardivamente dall'Autorità intermediaria, poteva esserle opposta la prescrizione. L'Istituzione intermediaria, infatti, facendo valere il diritto « altrui » alla delibazione della sentenza, subiva il regime di prescrizione proprio di tale situazione giuridica e perciò, la prescrizione decorreva dal passaggio in giudicato della sentenza straniera indipendentemente dal momento in cui l'Autorità speditrice si fosse attivata richiedendo l'intervento dell'Autorità italiana.

In tal modo la Cassazione respingeva la tesi, più volte sostenuta dalla difesa erariale, secondo cui le Convenzioni avrebbero inteso dare vita ad un modello speciale di tutela dei minori e del loro diritto agli alimenti basato su di una collaborazione internazionale, culminante nel conferimento di un autonomo potere alla Autorità intermediaria. Questa — si sosteneva — quando agisce in virtù dei poteri ad essa conferiti dalla legge e su richiesta dell'Auto-

(2) Con riferimento al caso in cui ad agire sia un soggetto diverso da quello che subirà gli effetti del giudizio la dottrina parla di legittimazione c.d. « straordinaria ». Il sostituto infatti, in tale ipotesi, esercita il diritto « altrui » in nome « proprio » (in particolare, sull'argomento, FAZZALARI, *Sostituzione* (*dir. proc. civ.*), Enciclopedia del diritto, Milano, 1990, XLIII).

4) — Altre sentenze (9 maggio 1977 n. 1777 e 16 febbraio 1993 n. 1882) sono pervenute alla decisione del caso concreto nel senso di quelle innanzi citate, seguendo, però, un più complesso *iter* argomentativo, in quanto, pur affermando la prescrittibilità delle azioni in generale (e ai rilievi svolti al riguardo nelle motivazioni si è già fatto rinvio ed adesione), hanno avvertito l'esigenza di puntualizzare che le azioni che rivestono il carattere di azioni meramente dichiarative non soggiacciono a prescrizione, dal momento che esse non tendono a far cessare uno stato di fatto contrario a diritto, bensì ad accertare soltanto lo stato di fatto conforme a diritto, eliminando ogni incertezza esistente al riguardo; laddove la funzione della prescrizione consiste nel rendere giuridico un consolidato stato di fatto contrario al diritto o nel sanare uno stato giuridico difettoso.

Ma — è stato affermato con queste ultime pronunce — la sentenza di delibazione esula dall'ambito di quelle meramente dichiarative ed è da ritenersi, invece, costitutiva, in quanto il vigente codice di procedura civile richiede, oltre alla verifica dell'esistenza della sentenza straniera, l'ulteriore condizione dell'accertamento dei presupposti cui l'attribuzione di efficacia resta subordinata.

La Corte nelle due motivazioni in esame ha considerato poi, prendendo spunto anche dall'istituto della delibazione incidentale consentita dall'art. 799 cod. proc. civ., che, in ogni caso, quando si chiede la delibazione di una sentenza di condanna (e sono tali quelle che impongono il pagamento di un assegno alimentare), per effetto della sua stessa natura, si chiede non soltanto il riconoscimento della regiudicata, ma anche l'attribuzione dell'efficacia esecutiva, equiparando così il giudicato straniero a un giudicato italiano del medesimo contenuto.

---

rità speditrice, opera quale portatrice di un autonomo interesse di natura pubblicistica, legato alle esigenze di tutela dei minori ed al rispetto degli impegni internazionali. Di qui il decorrere del termine prescrizionale, non già dal passaggio in giudicato della decisione straniera, bensì dalla richiesta di intervento ad opera della c.d. Autorità speditrice.

Tale argomento, tuttavia, era sempre stato respinto con fermezza dalla Cassazione che, pur prendendo atto delle ragioni pubblicistiche sottese all'attuazione delle Convenzioni, ne riconosceva la ratio politica ma negava che esse potessero costituire la fonte di un autonomo interesse in capo all'Istituzione intermediaria, il contenuto della posizione soggettiva tutelata essendo pur sempre quello facente capo al creditore (in tal senso si veda in particolare Cass., I, 1 luglio 1993, n. 7148, dove si afferma che « le ragioni pubblicistiche sottolineate dalla ricorrente (Avvocatura dello Stato) costituiscono la « ragione politica » di tale legittimazione *extra ordinem* ma non integrano il contenuto stesso della posizione soggettiva tutelata, che è pur sempre quella facente capo al creditore »).

Il problema viene di nuovo affrontato dalla Cassazione nella decisione n. 11278 del 17 dicembre 1996 dove la S.C., abbandonando la figura della sostituzione processuale ex art. 81 cod. proc. civ., preferisce fondare il potere di

5) — Con la cennata ordinanza di remissione la I Sezione ha ravvisato nelle sentenze di cui al precedente paragrafo « qualche spunto divergente » dal precedente indirizzo, anche se, come si è visto, la divergenza riguarda più l'impostazione delle motivazioni che le soluzioni conclusive.

Il collegio remittente ha ritenuto importanti e meritevoli di approfondimento i punti della controversia riguardanti la qualificazione dell'azione di delibazione delle sentenze straniere di condanna, il momento iniziale della prescrizione, gli aspetti problematici concernenti anche la posizione e funzione dell'autorità intermediaria, in quanto involgenti profili di diritto internazionale.

Ha anche sottolineato (« postoché l'azione di delibazione è servente rispetto ai bisogni che potranno eventualmente sorgere in tempi non predeterminabili ») esigenze di carattere concreto e di attualità, riprese nella discussione orale dal Procuratore generale con il riferimento, tra l'altro, al fenomeno dell'emigrazione temporanea, che di continuo sposta nel tempo e nello spazio la necessità della delibazione della sentenza di condanna agli alimenti.

6) — Da tutti i citati precedenti (nonché dalla sent. 18 dicembre 1974 n. 4346, riguardante diversa fattispecie) si desumono non controversi e connessi profili, da cui è opportuno muovere al fine del riesame della questione qui posta.

Si tratta del carattere speciale della convenzione dell'Aja del 15 aprile 1958 (resa esecutiva in Italia con legge 4 agosto 1960 n. 918), carattere che si manifesta nella indicazione di condizioni uniformi e, sopra tutto, nella esclusione del riesame del merito da parte del giudice della

---

azione del Ministero dell'Interno — quale Istituzione intermediaria ai sensi della Convenzione di New York — su di una posizione di « rappresentanza speciale », rispondente all'interesse generale di assicurare una effettiva tutela al titolare del diritto agli alimenti.

In tal modo la Prima Sezione della Corte di Cassazione può agevolmente sposare il principio — nel frattempo affermato dalle Sezioni Unite — in ordine alla imprescrittibilità dell'azione di delibazione delle sentenze straniere in materia di obblighi alimentari, senza dover ricollegare — come sopra si è visto con riferimento alla giurisprudenza precedente — il problema della prescrizione alla posizione del Ministero dell'Interno quale sostituto processuale.

L'elemento fondante il nuovo orientamento, rinvenibile in entrambe le decisioni massimate, consiste nel negare quel carattere di efficacia costitutiva che le precedenti sentenze, sia pure con diverse argomentazioni, avevano concordemente attribuito alla sentenza di delibazione (3). L'azione di delibazione introdotta dalla Convenzione dell'Aja è diretta ad una pronuncia dal contenuto esclusivamente processuale, priva, tuttavia, di quel carattere costitutivo cui veniva legata la prescrittibilità dell'azione.

(3) La remissione alle Sezioni Unite si deve solo a « qualche spunto divergente » nella precedente giurisprudenza e non già ad un vero contrasto tra diversi orientamenti.

delibazione, ossia ponendo limiti all'esame ed alla sindacabilità del giudizio deciso all'estero (v. sent. n. 5486/92).

Difatti l'art. 2 di detta convenzione dispone che le decisioni rese in materia di alimenti in uno degli Stati contraenti « devront etre reconnues et déclarées exécutoires, sans révision au fond, dans les autres Etats contrctans », e cioè senza esame nel merito, se concorrono tutti gli altri estremi (formali) di cui ai nn. 1, 2, 3, 4, e 5 dello stesso articolo (v. sent. 4346/74).

Risulta quindi aderente a tale disciplina il principio, pacificamente affermato dalla citata giurisprudenza, secondo cui l'azione di delibazione della sentenza straniera di condanna agli alimenti è un'azione autonoma, tendente ad una pronuncia ad effetti meramente processuali.

Da tali sicure e condivisibili premesse deriva che la sentenza, di esclusivo contenuto processuale, che pronuncia la delibazione in esame, non assume quel carattere costitutivo, a cui tutti i precedenti (anche i due più articolati, dal momento che la sentenza delibanda porta sempre una condanna a corrispondere gli alimenti) finiscono per ricollegare la prescrittibilità dell'azione che ad essa dà luogo.

D'altra parte, le convenzioni internazionali in materia di obblighi alimentari verso i minori non contengono alcuna previsione sulla prescrizione dell'azione di delibazione; e l'omissione, nel quadro di una disciplina uniforme, deve ritenersi indicativa nel senso di escluderne la configurabilità.

Si superano così tutte le perplessità che desta il sostanziale vanificarsi, in molti casi (tra cui il presente), dell'intervento dell'autorità intermediaria, impedito dalla prescrizione già decorsa prima dell'esercizio o nella fase attuativa del suo speciale potere d'agire e gli altri inconvenienti segnalati da parte ricorrente.

La sentenza di delibazione — affermano le Sezioni Unite — presuppone « un'azione autonoma, tendente ad una pronuncia ad effetti meramente processuali ». Ciò in virtù della « specialità » della disciplina contenuta nella Convenzione dell'Aja del 15 aprile 1958 che, oltre a prevedere condizioni uniformi, pone un preciso limite all'esame ed alla sindacabilità del giudizio condotto innanzi al giudice straniero escludendo l'esame nel merito se ricorrono tutti i presupposti della Convenzione stessa.

Il ripensamento non è di scarsa rilevanza se si considera che in precedenti pronunciati la S.C. aveva espressamente escluso — respingendo l'argomento proposto dall'Avvocatura dello Stato — che le Convenzioni prevedessero norme particolari sul regime della prescrizione delle azioni proprie dei singoli ordinamenti (4). Al contrario, la Cassazione sostiene oggi che proprio l'omessa previsione di una disciplina sulla prescrizione dell'azione di delibazione « nel quadro di una disciplina uniforme, deve ritenersi indicativa nel senso di escluderne la configurabilità ».

(4) In tal senso Cass., I, 1 luglio 1993, n. 714, in *Giur. it.*, 1994, 1, 577.

7) — Una volta introdotta nell'ordinamento italiano con la pronuncia formale di delibazione, la sentenza straniera produce gli effetti sostanziali relativi all'obbligo alimentare e diviene essa stessa, in quanto riconosciuta, suscettibile di esecuzione.

Non a caso l'art. 5 della Convenzione dell'Aja del 1958 impone all'autorità che procede all'esecuzione l'esame, appunto, della sentenza straniera, limitandolo alle condizioni di carattere formale previste dal già citato art. 2 e ai documenti enumerati nell'art. 4, i quali attengono alla prova dell'autenticità, esecutorietà ed effettiva portata precettiva di tale sentenza.

Nel giudizio d'esecuzione possono sorgere — innestando eventuali giudizi d'opposizione — questioni sulla sussistenza del giudicato e, più in generale, dei requisiti di cui all'art. 5, nonché quelle derivanti da possibili modifiche della pronuncia straniera (v. art. 8 Conv.).

Tra queste ultime va annoverata la pronuncia che, in ordine alla prescrizione del diritto alimentare azionato, possa avere reso (o essere chiamato a rendere) il giudice straniero, applicando le norme dell'ordinamento dello Stato del creditore.

Ed è la prescrizione del diritto sostanziale, già accertato dal giudice straniero, che attua quell'adeguamento al diritto della confliggente situazione sostanziale che costituisce la ragione e il presupposto dell'istituto della prescrizione.

8) — Esclusa, in astratto la prescrittibilità dell'azione « *de quo* », sono superati, ovviamente, i problemi circa il concreto atteggiarsi della prescrizione e, in particolare, quello relativo al decorso del termine de-

---

In tal modo le SS.UU. superano la precedente soluzione maggioritaria che — pur se corretta da un punto di vista formale, come si rilevava da più parti — finiva, tuttavia, col pervenire a risultati inaccettabili da un punto di vista sostanziale vanificando, di fatto, la tutela apprestata per l'esecuzione degli obblighi alimentari nei confronti di minori.

La decisione, peraltro, evita di affrontare in termini generali il problema della prescrizione delle azioni di delibazione riferendo la soluzione in esame al limitato caso del riconoscimento delle sentenze di condanna a prestazioni alimentari rese nell'ambito delle Convenzioni dell'Aja del 1958 e del 2 ottobre 1973 e della Convenzione di New York del 20 giugno 1956, motivando con l'affermata « specialità » delle Convenzioni in esame « che si manifesta nell'indicazione di condizioni uniformi e, soprattutto, nell'esclusione del riesame del merito da parte del giudice della delibazione ».

La sentenza, inoltre, non tocca la questione relativa alla prescrittibilità delle azioni, oltre che dei diritti. Il primo principio che le SS.UU. si preoccupano di riaffermare, infatti, onde evitare qualsivoglia equivoco al riguardo, è quello relativo alla « prescrittibilità delle azioni » in generale. L'art. 2934 cod. civ. (che pure parla di prescrizione « di diritti ») ricomprende anche la prescrizione delle azioni, come è dato dedurre sia dalla definizione sistematica dell'azione « quale diritto autonomo a conseguire una pronuncia giudiziale in ordine ad un determinato diritto sostanziale », sia dalla possibilità di rilevare, nel nostro ordinamento, altri casi di prescrizione di « azioni ».

cennale previsto dall'art. 2946 cod. civ., nonché alla posizione dell'autorità intermediaria.

Al caso in esame sono applicabili — per ragioni di tempo — le norme innanzi citate.

Se si dovesse fare riferimento alla sopravvenuta riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, non potrebbe nemmeno profilarsi una questione di prescrizione dell'azione di delibazione (in quanto tale), rimanendo tuttavia salva — anche in tale prospettiva — la verifica dell'eventuale prescrizione del diritto (sostanziale) accertato dal giudice straniero.

Difatti l'art. 73 della legge 31 maggio 1975 n. 218 ha abrogato gli artt. dal 796 all'805 cod. proc. civ., e la nuova disciplina, dettata dall'art. 64 della stessa legge, esclude il ricorso al procedimento di delibazione delle sentenze straniere, le quali ora operano direttamente nell'ordinamento italiano, quando ricorrano le prescritte condizioni, che, in parte, sono analoghe a quelle già previste, in tema di obbligazioni alimentari, dalla convenzione dell'Aja innanzi citata.

9) — La Corte d'appello di Brescia, sulla scia della citata giurisprudenza di legittimità, ha ritenuto prescritta l'azione per il decorso di più di dieci anni dalla data del passaggio in giudicato delle decisioni da delibare e ha respinto la domanda del Ministero dell'interno, nella qualità di istituzione intermediaria.

Non poteva mancare, infine, un riferimento della S.C. alla sopravvenuta riforma del sistema di diritto internazionale privato contenuta nella legge 31 maggio 1995, n. 218, che, oltre ad aver abrogato gli articoli da 796 a 805 cod. proc. civ., ha sostituito ad essi una nuova disciplina (art. 64) in cui il ricorso al procedimento di delibazione, e dunque la sentenza straniera, spiega efficacia direttamente nel nostro ordinamento, quando ricorrano tutti i presupposti di cui alla medesima normativa (in buona parte simili a quelli già disciplinati, per gli obblighi alimentari, dalla Convenzione dell'Aja). Sulla recente disciplina del riconoscimento delle sentenze straniere quale risulta dalla legge n. 218 del 1995: BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, II ed., Padova, 1996; PROTO PISANI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1996; CARPI, *L'efficacia delle sentenze ed atti stranieri*, in *La riforma del sistema internazionale privato e processuale*, Milano, 1996.

Secondo quanto previsto dalla legge 218/1995, il controllo del giudice sulla sentenza straniera è fortemente ridotto e meramente eventuale, la necessità di un procedimento giurisdizionale sorgendo solo nei casi in cui sia necessario procedere ad esecuzione forzata ovvero in caso di mancata ottemperanza o di contestazione del riconoscimento (artt. 64 e 67). Le sentenze straniere, dunque, in base alla nuova disciplina — operante su di un piano di uniformità di efficacia, in campo internazionale, dei provvedimenti giurisdizionali — operano automaticamente nell'ordinamento italiano, purchè in presenza dei presupposti di legge, in parte simili a quelli già contemplati, in relazione agli obblighi alimentari, dalle Convenzioni sopra richiamate.

PAOLA PALMIERI

Tale pronuncia, in accoglimento del primo motivo del ricorso, rimanendo il secondo assorbito, deve essere cassata con rinvio per nuovo esame, in quanto non ricorrono le condizioni per decidere la causa nel merito a norma dell'art. 384, primo comma, (nuovo testo) cod. proc. civ..

Il Giudice del rinvio dovrà tenere presente il principio di diritto secondo cui non è soggetta a prescrizione l'azione diretta alla delibazione della sentenza straniera limitatamente alle istanze (e conseguenti statuizioni) riguardanti obbligazioni alimentari verso i minori, ai sensi della Convenzione dell'Aja del 15 aprile 1958, resa esecutiva con legge 4 agosto 1960 n. 918.

II

(*Omissis*) I ricorsi devono essere riuniti, ai sensi dell'art. 335 cod. proc. civ..

Il Piunno, con la memoria, ha dedotto l'inammissibilità dell'impugnazione proposta dell'Amministrazione, per carenza di legittimazione, avendo Stefano Demelius in precedenza raggiunto la maggiore età.

L'eccezione è infondata.

Il Ministero dell'interno, nell'esercizio delle funzioni conferitegli dalla citata Convenzione di New York, non si pone come rappresentante legale del minore (tale restando il genitore o chi assuma la tutela secondo l'ordinamento di appartenenza), ma assume una rappresentanza «speciale», che prescinde da un mandato del creditore (o di chi legalmente lo rappresenta), e che risponde all'interesse generale di assicurare che le posizioni dell'alimentando trovino effettivo soddisfacimento.

Ne discende che il potere-dovere del Ministro di attivarsi in sostituzione (processuale) dell'avente diritto, anche in fase d'impugnazione, é svincolato dai mutamenti della suddetta rappresentanza legale, e pure dalla cessazione di essa per compimento della maggiore età, non interferendo i relativi eventi sul titolo di quella sostituzione, a fronte del perdurare dell'esigenza pubblicistica a che venga adempiuta l'obbligazione alimentare verso il minore, ancorché limitatamente al periodo di tempo per la quale essa sia stata stabilita (v. Cass. n. 4327 del 4 maggio 1994 e n. 4346 del 18 dicembre 1974).

Con i primi due motivi del ricorso principale, diretti a contestare la prescrizione della domanda inerente alla sentenza resa dal Tribunale di Reutte nel 1977, si rinnova la tesi secondo cui l'azione di delibazione si sottrae alla prescrizione estintiva, in generale, o comunque quando sia esperita per obblighi alimentari, in base alle citate Convenzioni internazionali ed alla successiva Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973

(ratificata e resa esecutiva con legge 24 ottobre 1980 n. 745). Si insiste poi, in via subordinata, nell'affermare che il termine di prescrizione potrebbe iniziare a decorrere solo dal momento nel quale sia pervenuta allo Stato italiano la richiesta della « autorità speditrice » dello Stato estero.

I riportati motivi sono per quanto di ragione fondati, sulla scorta del principio secondo il quale l'azione per la delibazione di pronuncia del giudice straniero in tema di obbligazioni alimentari verso minori, ai sensi della Convenzione dell'Aja del 15 aprile 1958, non è soggetta a prescrizione.

A sostegno di tale enunciato, con il quale si aderisce a quanto affermato (in revisione del precedente indirizzo giurisprudenziale) dalle Sezioni Unite di questa Corte, con sentenza in corso di pubblicazione resa all'udienza del 19 aprile 1996 (R.G. n. 12737/92), si rileva:

— che la predetta Convenzione ha carattere speciale e derogativo, rispetto alle regole di cui agli artt. 796-805 cod. proc. civ., prima della loro abrogazione a far data dal 1° giugno 1996 disposta dall'art. 73 della legge 31 maggio 1995 n. 218;

— che la Convenzione medesima, precludendo ogni riesame nel merito, conferisce all'azione in discorso natura meramente processuale e dichiarativa (non costitutiva), per un controllo soltanto formale sulle condizioni della delibazione (così anticipando le linee della riforma del diritto internazionale privato introdotta con la menzionata legge del 1995);

— che tale natura dell'azione è ostativa, in carenza di una diversa previsione, all'applicabilità delle norme sulla prescrizione, salva restando la loro influenza rispetto al rapporto sostanziale.

Con il terzo motivo del ricorso si critica l'affermazione di non delibabilità delle ordinanze del Tribunale di Reutte di riliquidazione dell'assegno alimentare (a partire dal 1979). Si deduce che la Corte di Perugia non poteva considerare nuova la domanda « *ex* » art. 801 cod. proc. civ., dato che l'atto introduttivo del giudizio già conteneva un esplicito riferimento al riguardo, ed in ogni caso doveva attribuire a tali ordinanze la natura sostanziale di vere e proprie sentenze, suscettibili di acquistare efficacia in Italia in base ai predetti Trattati.

Il motivo è fondato, con riferimento alla seconda deduzione, di tipo prioritario ed assorbente.

La pronuncia di riconoscimento e determinazione del credito alimentare, inserita nella sentenza che acclari lo « status » costitutivo del credito stesso (quale il rapporto di filiazione naturale), configura autonoma decisione, idonea ad incidere in via cogente su posizioni di diritto soggettivo, con la forza propria del giudicato sostanziale, ancorché con le caratteristiche del giudicato « *rebus sic stantibus* », vale a dire operante

fino a che persistano i presupposti di fatto in base a cui è stata adottata e non intervengano altri provvedimenti giurisdizionali di tipo modificativo « *ex nunc* » (in dipendenza del mutamento dei presupposti medesimi).

Tali ulteriori provvedimenti, compresi quelli che adeguino l'ammontare dell'assegno alimentare alla situazione fattuale in corso, hanno la stessa consistenza della precedente pronuncia, in quanto fissano lo « *an* » ed il « *quantum* » della prestazione con pari portata vincolante (salva ulteriore revisione, sempre con effetti « *ex nunc* »).

Pertanto, nell'ambito di Accordi internazionali inerenti alla dichiarazione di efficacia del titolo giudiziale costitutivo del credito alimentare, l'oggetto del relativo procedimento non può essere circoscritto a detta iniziale sentenza, ma deve necessariamente includere quei successivi atti giurisdizionali, ugualmente idonei, sostituendosi ad essa, indipendentemente dal « *nomen iuris* », a fissare il credito stesso (v. Cass. n. 3508 del 26 luglio 1989).

La soluzione contraria eluderebbe le finalità degli Accordi, fornendo all'alimentando una tutela monca o comunque soltanto transitoria, ovvero comportando un'anomala divaricazione dell'entità della prestazione alimentare nell'uno e nell'altro Stato.

L'accoglimento del ricorso principale esige, con l'annullamento della sentenza impugnata, la prosecuzione della causa in fase di rinvio, affinché, muovendosi dai principi sopra indicati, si provveda all'esame della sussistenza delle condizioni richieste per la delibazione.

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Un., 4 ottobre 1996 n. 8682 - *Pres.* La Torre - *Rel.* Prestipino - *P.M.* Leo - Parlavecchio c. Ministero Tesoro (avv. Stato Giacobbe).

Corte dei Conti - Giurisdizione - Pensioni a carico dello Stato e di altri enti pubblici - Controversie relative all'an ed al quantum del trattamento pensionistico - Sussistenza - Controversie nei confronti degli eredi a titolo universale del pensionato - Estensione.

Gli artt. 13 e 62 del rd 12 luglio 1934, n. 1214 devono essere interpretati nel senso che, in materia di trattamenti pensionistici dei pubblici dipendenti, appartengono alla giurisdizione esclusiva della Corte dei Conti quelle controversie che attengono sia all'an che al quantum della pensione, ivi comprese quelle relative agli atti di recupero degli assegni di pensione già erogati, che investono il quantum di detti trattamenti. Tale giurisdizione si estende alle controversie che hanno per oggetto il recu-

pero di somme erogate a titolo di componenti o di accessori del trattamento pensionistico e, di conseguenza, anche a quelli concernenti il recupero dell'indennità integrativa speciale (1).

(*omissis*) Nel chiedere a questa Corte la soluzione del denunciato conflitto, determinatosi in base alle sentenze rispettivamente emesse dal Tribunale di Roma e dalla Sezione giurisdizionale per il Lazio della Corte dei Conti, sostengono i ricorrenti che deve essere dichiarata la giurisdizione del giudice speciale, dal momento che, fermo restando che essi sono subentrati nel rapporto facente capo alla propria madre e nella stessa posizione giuridica della medesima (e che non è in contestazione la loro qualità di eredi), la controversia ha per oggetto l'accer-

(1) La sentenza si inserisce in quella tendenza giurisprudenziale volta a far rientrare tutta la materia pensionistica nell'ambito della giurisdizione esclusiva della Corte dei Conti. Tra i precedenti si segnalano Cass., S.U., 21 marzo 1997, n. 2519, che ha affermato la sussistenza di tale giurisdizione per i rapporti pensionistici in corso di svolgimento alla data di entrata in vigore della legge n. 210 del 1985, atteso che le pensioni dei ferrovieri sono, nella quasi totalità del loro ammontare, a carico dello Stato; Cass., S.U., 9 marzo 1995, n. 2742; Cass., S.U., 14 marzo 1994, n. 2433, in *Riv. Corte Conti*, 1994, II, p. 232; Cass., S.U., 26 aprile 1993, n. 4906, la quale ha esteso la giurisdizione in esame anche alle controversie aventi ad oggetto la ricongiungibilità, agli effetti dell'« *an* » o del « *quantum* » del trattamento pensionistico, di servizi prestati alle dipendenze di diverse Amministrazioni. La giurisprudenza ha, in particolare, precisato che la giurisdizione della Corte dei Conti in materia di pensioni si esercita sul rapporto relativo e non sugli atti. Così Cass., S.U., 2 giugno 1997, n. 4910; Cass., S.U., 14 marzo 1994, n. 2433, *cit.*, che ha ritenuto di competenza del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto la legittimità o meno dell'atto di recupero sulla pensione di riversibilità di importi pensionistici indebitamente erogati non già al titolare di detta pensione, bensì al defunto marito, e sulla pensione diretta del medesimo. Ne deriva che, nel giudizio pensionistico, non si applicano i limiti propri del giudizio di impugnazione dell'atto amministrativo in sede di giurisdizione generale di legittimità, atteso che l'atto impugnato resta incorporato nel riconoscimento ovvero nel diniego della posizione soggettiva. Sul punto Cass., S.U., 24 maggio 1995, n. 5688, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 165, con nota di ANNUNZIATA F., *Giurisdizione pensionistica della Corte dei Conti: quale limite?*. In dottrina l'esigenza di individuare una giurisdizione unitaria nella materia pensionistica è stata in più occasioni sottolineata. Si veda VILLATA R., *Ripetizione di somme erogate a titolo di pensione e giurisdizione della Corte dei Conti: una questione definitivamente chiusa?*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, p. 299 ss.; GIAMPAOLINO L., *L'estensione della giurisdizione della Corte dei Conti in materia pensionistica*, in *Giust. civ.*, 1976, p. 1459 ss. Di particolare interesse è l'analisi di CATURANO A., *Una recentissima pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione. Appartiene alla Corte dei Conti la cognizione del risarcimento dei danni per abnorme ritardo nella liquidazione della pensione*, in *Nuova rass. legislaz., dottr., giurispr.*, 1995, p. 110 ss., il quale ha esaminato la nuova giurisprudenza che, ribaltando il precedente indirizzo, riconosce la piena giurisdizione del giudice contabile anche in ordine alle pretese risarcitorie fondate su abnormi ritardi nella liquidazione della pensione e degli accessori.

tamento del diritto della defunta di percepire l'indennità integrativa speciale, costituente l'accessorio della pensione già erogata dallo Stato.

Il ricorso è fondato.

In via preliminare deve essere rilevata, d'ufficio, l'ammissibilità del ricorso, atteso che sul medesimo rapporto giuridico, oggetto dei due giudizi promossi dai Parlavecchio davanti al giudice ordinario e davanti al giudice speciale, da parte sia dell'uno che dell'altro di tali giudizi è stata declinata la giurisdizione (v. le sentenze del Tribunale di Roma del 10 novembre 1992 e della Sezione giurisdizionale per il Lazio della Corte dei Conti del 20 settembre 1994, prodotte in giudizio dai ricorrenti), con la conseguente applicabilità delle disposizioni di legge dettate dal codice di rito per la risoluzione del conflitto (artt. 362, comma 2 n. 1, e 382, comma 1, c.p.c.).

Ciò premesso, dovendo essere determinato il giudice competente a decidere la controversia, in linea di diritto va precisato che gli artt. 13 e 62 del r.d. 12 luglio 1934 n. 1214 debbono essere interpretati nel senso che, in materia di trattamenti pensionistici dei pubblici dipendenti, appartengono alla giurisdizione esclusiva della Corte dei Conti quelle controversie che attengono sia all'*an* che al *quantum* della pensione, ivi comprese quelle relative agli atti di recupero degli assegni di pensione già erogati, in considerazione del fatto che tali atti investono il *quantum* di detti trattamenti (Cass. Sez. Un. 20 aprile 1994 n. 3733 e 8 agosto 1989 n. 3590), senza che possa avere rilievo il fatto che la legittimità di tali atti sia stata contestata sotto il profilo dell'irripetibilità delle somme in quanto riscosse in buona fede o destinate a bisogni alimentari (Cass. Sez. Un. 13 luglio 1989 n. 3284). Inoltre, come pure è stato deciso e come bene deducono i ricorrenti, la suddetta giurisdizione esclusiva si estende alle controversie che hanno per oggetto il recupero di somme erogate a titolo di componenti o di accessori del trattamento pensionistico e, per conseguenza, anche a quelle concernenti il recupero dell'indennità integrativa speciale (oltre che della tredicesima mensilità, degli interessi legali e della rivalutazione monetaria: Cass. 9 marzo 1995 n. 2742 e 3 agosto 1989 n. 3591).

Alla stregua di questi principi, conforme al diritto deve essere ritenuta la pronuncia emessa dal Tribunale di Roma, il quale, sul presupposto che la causa promossa dai Parlavecchio contro il Ministero del Tesoro, avuto riguardo al *petitum* sostanziale della domanda, aveva per oggetto il diritto della Carpignoli di beneficiare o meno di specifici trattamenti pensionistici, ha dichiarato il propro difetto di giurisdizione, e, per conseguenza, in base a quanto si dirà, non merita adesione la decisione emessa dalla Sezione giurisdizionale per la Regione Lazio della Corte dei Conti.

Quest'ultima, nel dichiarare a sua volta il proprio difetto di giurisdizione, non ha negato che fra la defunta Carpignoli e il Ministero del Tesoro fosse stato instaurato « un rapporto pensionistico » ma ha affermato che tale rapporto, avente natura strettamente personale, alla morte della pensionata non era stato trasmesso agli eredi: costoro, infatti erano succeduti a titolo universale alla pensionata « non già nel rapporto pensionistico (estintosi con la morte del loro autore), ma soltanto nella posizione di creditore o debitore che, per effetto del rapporto pensionistico, competeva al *de cuius* ». Così argomentando, quindi, la suddetta Sezione della Corte dei Conti ha sostenuto che i Parlavecchio, quali eredi della Carpignoli, possono rispondere del debito pensionistico alla stregua di qualsiasi altra obbligazione gravante sull'asse ereditario e che la questione relativa alla legittimità o meno della pretesa dell'amministrazione nei confronti della defunta costituisce un punto pregiudiziale che deve essere accertato dal giudice competente a decidere la causa principale inerente alla sussistenza del debito ereditario.

Tutte queste argomentazioni non possono essere condivise, tenuto conto, soprattutto, dell'errore di fondo che si annida nella proposizione costituente il fulcro dell'intero ragionamento e che ha determinato l'altrettanto erronea conclusione finale. Ed invero, asserire che nella successione a titolo universale gli eredi subentrano al defunto non già nel rapporto giuridico, « ma soltanto nella posizione di creditore o debitore » del defunto medesimo, equivale ad affermare il principio secondo cui credito e debito — i quali, come è noto, costituiscono i due contrapposti elementi di un unico rapporto giuridico (quello c.d. relativo, che intercorre fra due o più soggetti) — possono esistere indipendentemente dalla sussistenza di un rapporto giuridico.

A parte ciò, con particolare riferimento alla successione ereditaria va rilevato, conformemente a una tesi comunemente affermata in dottrina, che oggetto della delazione ereditaria è il complesso dei rapporti giuridici trasmissibili dei quali era titolare il defunto e dei quali viene mantenuta la continuità con il mezzo tecnico di far subentrare il chiamato nella posizione del precedente titolare. E, come pure è stato sostenuto dalla medesima dottrina, poiché nella successione, intesa in senso tecnico-giuridico, si ha la sostituzione di un soggetto nella posizione giuridica di un altro soggetto, nella successione universale avviene una sostituzione nella titolarità dei rapporti giuridici (trasmissibili), « i quali si ricollegano alla persona del successore così come si ricollegavano alla persona del *de cuius* » o, come anche si suole affermare in relazione al singolo rapporto, « si verifica una modificazione soggettiva nel rapporto giuridico che per il resto rimane immutato, sia nell'oggetto, sia, soprattutto, nel titolo dal quale lo stesso traeva origine ». D'altra parte, poiché è il titolo, consistente in un fatto o in un atto giuridico, che determina il sorgere del rapporto fra due o più soggetti — i quali assumono, rispet-

tivamente (e talvolta vicendevolmente), una posizione attiva e una passiva — è evidente che nella successione universale, trasmettendosi il rapporto, si trasmette in capo all'erede pure la suddetta posizione attiva o passiva, con la conseguenza che il successore, in caso di rapporto obbligatorio, acquista in luogo del *de cuius* la qualità di creditore o di debitore.

Sempre con riferimento alla successione ereditaria, poi, va pure precisato che alla morte del titolare non tutti i rapporti giuridici si trasmettono all'erede, atteso che non sono trasmissibili quei rapporti che attengono a diritti strettamente collegati alla vita del titolare medesimo (come, ad esempio il diritto di uso o quello avente per oggetto una rendita vitalizia) o quelli che si basano sull'*intuitus personae*. E, fra i rapporti intrasmissibili debbono essere compresi anche quelli di diritto pubblico, aventi per oggetto diritti od obblighi gravanti sul soggetto privato, evidente essendo che la morte determina l'estinzione di tali rapporti nei quali era parte il defunto: dal tempo della morte della persona fisica, per conseguenza, essendosi estinto il rapporto, non potranno più venire in essere ulteriori diritti ed obblighi né in capo al defunto né in capo a chicchessia. Ma ciò non vale per i diritti e gli obblighi che sono già sorti durante la vita del soggetto poi deceduto e dei quali non è stata ancora completata la realizzazione, perché gli stessi, essendo ormai entrati a far parte del patrimonio del precedente titolare, debbono necessariamente trasmettersi in caso al successore: il che avviene, ad esempio, riguardo ai ratei di imposta già maturati ma non ancora soddisfatti al momento della morte del debitore o, come nell'ipotesi che interessa il presente giudizio, riguardo ai ratei di pensione non ancora corrisposti al titolare del rapporto obbligatorio previdenziale poi deceduto e alle pretese vantate, in relazione a tali ratei, dall'ente erogatore.

In ordine ai diritti ed obblighi non ancora soddisfatti, quindi, si determina, come sopra è stato spiegato, il subingresso del successore nel relativo rapporto in luogo del *de cuius*. E poiché, come pure è stato sopra esposto, nella successione ereditaria il rapporto viene trasmesso al nuovo titolare immutato nel titolo e nell'oggetto, l'immutabilità del titolo implica che sotto il profilo processuale, in caso di contestazione, il rapporto stesso debba essere portato all'esame del giudice predesignato dalla legge — in relazione sia alla giurisdizione, sia alla competenza — a seconda delle singole materie.

Nella specie, posto che oggetto principale della causa è non già l'accertamento della qualità di eredi dei Parlavecchio, la quale non è stata da costoro contestata, ma l'esistenza del credito previdenziale vantato dal Ministero del Tesoro in relazione alle rate di pensione maturate al tempo in cui la Carpignoli era ancora in vita, non è dubbio che la controversia, ai sensi dei suddetti artt. 13 e 62 del r.d. 12 luglio 1934

n. 1214 e in base ai principi giurisprudenziali sopra richiamati, deve essere portata alla cognizione della Corte dei Conti. Di tal che non ha senso, come ha fatto la Sezione giurisdizionale per la Regione Lazio della Corte dei Conti, da un lato, discutere di una inesistente (nel presente giudizio) questione pregiudiziale e, dall'altro, fare riferimento al c.d. punto pregiudiziale, evidente essendo, riguardo a questa seconda considerazione che il giudice chiamato a stabilire se sussiste il credito vantato dal Ministero del Tesoro deve previamente e necessariamente accertare l'esistenza del fatto costitutivo del preteso diritto (per la distinzione fra questione pregiudiziale e punto pregiudiziale v. Cass. 13 aprile 1995 n 4229, specie in motivazione).

Tenuto conto di tutte le argomentazioni svolte, con riferimento al conflitto denunciato dai ricorrenti deve essere dichiarata, a norma dell'art. 382, comma 1, c.p.c., la giurisdizione della Corte dei Conti.

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Un., 4 novembre 1996 n. 9523 - *Pres.* La Torre - *Rel.* Evangelista - *P. M.* Amirante (conf.). - Statuti c. Regione Lazio (avv. Stato Sclafani).

Avvocatura dello Stato - Rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e delle Regioni - Rappresentanza delle Regioni a statuto ordinario - Art. 107 del d.P.R. n. 616 del 1977 (regime « facoltativo ») e art. 10 legge n. 103 del 1979 (regime « sistematico ») - Necessità di uno specifico mandato della Regione all'Avvocatura dello Stato - Esclusione.

Avvocatura dello Stato - Rappresentanza e difesa in giudizio - Competenza per territorio - Foro erariale ex art. 25 c.p.c. - Estensione agli enti od organi dello Stato dotati di personalità giuridica autonoma - Esclusione.

L'art. 10 della legge n. 103 del 1979 non ha disciplinato ex novo ed in maniera completa tutta la materia del patrocinio delle Regioni a statuto ordinario, ma ha inteso solo attribuire ad esse, in aggiunta alle facoltà consentite dall'art. 107 del dpr n. 616 del 1977, l'ulteriore e più ampio potere di rendere operativa in loro favore l'estensione del complesso delle norme speciali dettate per l'assistenza legale e la difesa in giudizio dello Stato. Ne deriva che, sia nel caso in cui vi sia il patrocinio cd obbligatorio, che nell'ipotesi di patrocinio soltanto facoltativo, non occorre

uno specifico mandato all'Avvocatura per il singolo giudizio, né l'Avvocatura, ove agisca in giudizio per la Regione, deve produrre il provvedimento del competente organo regionale di autorizzazione ad agire e resistere in giudizio (1).

La disciplina del foro erariale, risultante dagli artt. 25 cpc e 6 del rd n. 1611 del 1933, trova applicazione soltanto nell'ipotesi in cui parte in giudizio sia un'Amministrazione dello Stato e non è estensibile alle

---

La sentenza in esame è pubblicata in *Foro it.*, 1997, I, p. 114.

(1) Il principio in base al quale l'art. 10 della legge n. 103 del 1979 non ha abrogato l'art. 107 del d.P.R. n. 616 del 1977 è affermato dalla giurisprudenza. Così Cass., 3 ottobre 1996, n. 8648, la quale, proprio da tale circostanza, ha tratto la conseguenza che, ove non vi sia una specifica deliberazione di autorizzazione alla difesa, da parte della Regione, gli atti indicati nell'art. 11, comma 2, del r.d. n. 1611 del 1933 devono essere notificati direttamente alla Regione. In caso contrario detta norma trova applicazione e, quindi, gli atti in questione devono essere notificati all'Avvocatura dello Stato. Con particolare riferimento a tale necessità si segnala Cass., S.U., 2 maggio 1996, n. 4000, in *Foro it.*, 1997, I, p. 115, secondo cui persiste la legittimazione passiva a ricevere la notificazione della sentenza in capo all'Avvocatura dello Stato anche nel caso in cui, nel relativo giudizio, l'Amministrazione abbia delegato le funzioni procuratorie ad un avvocato del libero foro. Sulla base delle esposte considerazioni la sentenza in esame conclude nel senso di ritenere non necessario, ai fini della difesa delle Regioni a statuto ordinario da parte dell'Avvocatura, il rilascio di una specifica autorizzazione alla difesa. Pertanto, ai fini della sussistenza del potere rappresentativo non occorre il deposito in giudizio della relativa deliberazione. In senso contrario, sul punto, si era espressa Cass., 13 aprile 1994, n. 3465, in *Cons. Stato*, 1995, II, p. 381, con nota di TROIANO P., *Avvocatura dello Stato e patrocinio delle Regioni a statuto ordinario*; in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 791 ed in *Foro it.*, 1996, I, p. 270, la quale aveva dichiarato inammissibile il ricorso in Cassazione proposto dall'Avvocatura dello Stato per la Regione Calabria poichè, nel caso di specie, non era stato conferito uno specifico mandato. Il contrasto, tuttavia, come è stato evidenziato nella motivazione della sentenza in esame, è soltanto apparente ove si consideri che nell'ipotesi considerata da Cass., n. 3465/94 *cit.*, era applicabile la particolare legislazione regionale vigente che prevedeva, appunto, la necessità del mandato all'Avvocatura in considerazione dell'eccezionalità della difesa. Il ruolo della difesa dell'Avvocatura quale struttura di collegamento e di intermediazione tra le amministrazioni statali e regionali è sottolineato da CARBONE C., *Avvocatura dello Stato ed art. 10 della legge 3 aprile 1979, n. 103*, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 590 ss. La non necessità del conferimento di un mandato « *ad litem* » è sottolineata da Cass., 13 novembre 1991, n. 12133, la quale rileva che lo « *jus postulandi* » degli avvocati dello Stato deriva direttamente dalla legge. Il problema più generale, della rappresentanza obbligatoria dell'Avvocatura dello Stato per gli organi dotati di personalità giuridica è affrontato da BERTUZZI M., *Organi dotati di personalità giuridica e rappresentanza obbligatoria dell'Avvocatura dello Stato*, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 215 ss.

cause con enti od organi dello Stato dotati di personalità giuridica autonoma (2).

(*omissis*) I lavoratori ricorrenti, denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 1350, 1418 e 1421 cod. civ., 1 e 2 della legge n. 230 del 1962, 23 della legge n. 56 del 1987, ultrapetizione e vizi di motivazione, osservano che:

— a) per la stipulazione del contratto di lavoro nessuna norma prevede la forma scritta *ad substantiam*, onde erroneamente è stata dichiarata la nullità in questione; per iscritto doveva, invece, essere stipulata la clausola di durata, talché l'inosservanza di questa forma viziava non già i relativi contratti, ma semplicemente la clausola stessa, con la conseguenza che i rapporti di lavoro dovevano ritenersi a tempo indeterminato;

b) — in ogni caso, il rilievo della nullità dell'intero contratto, essendo avvenuto di ufficio, è viziato da ultrapetizione;

— c) contraddittoriamente il tribunale, da un lato, riconosce, ai fini dell'affermazione della propria giurisdizione, la natura privatistica dei contratti di lavoro, per la loro estraneità ai compiti istituzionali dell'ente resistente e, dall'altro, nega l'applicabilità della disciplina di cui alla legge n. 230 del 1962, sul rilievo di vincoli che condizionano soltanto le attività svolte dalle pubbliche amministrazioni in relazione a compiti siffatti.

La Regione Lazio, col suo ricorso incidentale condizionato, ripropone, come primo motivo, la questione di giurisdizione, lamentando che il tribunale abbia ritenuto, in modo apodittico e senza alcun accertamento, l'estraneità ai fini istituzionali di essa ricorrente dell'attività di semina e coltivazione di piante.

Col secondo motivo insiste sull'eccezione di nullità dell'appello, in quanto la formulazione delle relative conclusioni con un mero richiamo a quelle di primo grado, rendeva l'atto inidoneo a rappresentare in modo autosufficiente l'esatta portata del *thema decidendum*.

---

(2) Il principio è pacifico in giurisprudenza. Così Cass., 9 febbraio 1994, n. 1329, che ha escluso l'applicabilità dell'art. 25 c.p.c., salvo diversa e specifica previsione normativa, alle cause con enti pubblici non economici dotati di autonoma personalità giuridica, anche se amministrati da un commissario governativo; Cass., 25 marzo 1993, n. 3573, in *Giur. it.*, 1994, I, p. 1835, secondo cui le norme sul foro erariale non potevano essere estese alla soppressa Agensud. Secondo Cass., 2 marzo 1994, n. 2061, rientrano, invece, nella competenza del giudice del luogo dove ha sede l'Avvocatura dello Stato nel cui distretto si trova il giudice che sarebbe competente secondo le norme ordinarie le cause di cui è parte l'Università, organo dello Stato munito di personalità giuridica.

Il ricorso incidentale, sebbene condizionato, è da esaminare per primo, per il rilievo pregiudiziale delle questioni con esso sollevate e, in particolare, di quella di giurisdizione.

Invero, dopo iniziali e lontane incertezze in materia, costituisce, ormai, *jus receptum* che il ricorso incidentale per cassazione della parte totalmente vittoriosa nel merito, ancorché condizionato, deve essere esaminato in via prioritaria quando investa la questione della giurisdizione, che sia stata espressamente affermata dalla sentenza impugnata, non potendo la contestazione del potere decisorio del giudice, siccome carente di giurisdizione, essere condizionata al risultato della lite, dato che la valutazione del merito postula pur sempre l'esercizio dello stesso potere decisorio che con il ricorso incidentale s'intende contestare, senza che, in presenza dell'impugnazione principale concernente il merito, sia carente l'attuale interesse all'impugnazione della statuizione concernente la giurisdizione e così il correlativo dovere del giudice di pronunciare al riguardo (v., *ex plurimis*, Cass. 24 settembre 1994, n. 7849; Id., 20 gennaio 1993, n. 649; Id., 23 dicembre 1991, n. 13862; Id. 13 novembre 1991, n. 12112).

Del detto ricorso incidentale, tuttavia, le controparti eccepiscono l'inammissibilità, assumendo che nella specie l'Avvocatura dello Stato è priva dello *jus postulandi*, non avendole la Regione attribuito il proprio patrocinio e non essendo stato dallo stesso ente emessa la necessaria deliberazione consiliare, richiesta dall'art. 10 della legge 3 aprile 1979, n. 103.

L'eccezione è infondata.

Il quadro normativo di riferimento è delineabile come segue.

Secondo l'art. 107 del d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616: « le Regioni possono avvalersi nell'esercizio delle funzioni amministrative proprie o delegate, degli uffici o organi tecnici, anche consultivi dello Stato. Possono essere chiamati a far parte degli organi consultivi delle regioni, secondo le norme regionali che ne disciplinano la composizione, funzionari designati dagli uffici o organi, di cui al comma precedente, ad essi appartenenti.

Le regioni possono avvalersi del patrocinio legale e della consulenza dell'Avvocatura dello Stato. Tale disposizione non si applica nel giudizio in cui sono parti l'Amministrazione dello Stato e le regioni eccettuato il caso di litisconsorzio attivo. Nel caso di litisconsorzio passivo, qualora non vi sia conflitto di interesse tra Stato e regione, quest'ultima può avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato ».

Successivamente l'art. 10 della legge 3 aprile 1979 n. 103 ha stabilito che: « Le funzioni dell'Avvocatura dello Stato nei riguardi dell'Amministrazione statale sono estese alle regioni a statuto ordinario che decidano di avvalersene con deliberazione del consiglio regionale da pubblicarsi

per estratto nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica e nel Bollettino Ufficiale della regione.

Dal quindicesimo giorno successivo all'ultima delle due pubblicazioni, si applicano nei confronti dell'amministrazione regionale, che ha adottato la deliberazione di cui al precedente comma, le disposizioni del testo unico e del regolamento approvati, rispettivamente, con regi decreti 30 ottobre 1933, numeri 1611 e 1612, e successive modificazioni, nonché gli articoli 25 e 144 del codice di procedura civile.

L'art. 1 della legge 25 marzo 1958, n. 260, si applica anche nei giudizi dinanzi al Consiglio di Stato ed ai tribunali amministrativi regionali.

Le disposizioni dei commi precedenti non si applicano nei giudizi in cui sono parte l'Amministrazione dello Stato e l'Amministrazione regionale, eccettuato il caso di litisconsorzio passivo; qualora non vi sia conflitto di interessi tra Stato e regione, questa può avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.

Le regioni che abbiano adottato la deliberazione di cui al primo comma, possono tuttavia, in particolari casi e con provvedimento motivato, avvalersi di avvocati del libero Foro. Qualora la regione abbia adottato la deliberazione di cui al primo comma, l'Avvocatura dello Stato assume la rappresentanza e difesa delle provincie, dei comuni, dei loro consorzi e degli altri enti per la controversie relative alle funzioni delegate o subdelegate, quando questi ne facciano richiesta ».

Di qui la questione se la norma di cui all'art. 107 d.P.R. 24 luglio 1977 n. 616 sia stata abrogata dall'art. 10 legge 3 aprile 1979 n. 103.

Queste Sezioni Unite, già con sentenza 15 marzo 1982, n. 1672, hanno escluso che l'art. 107, c. 3, del d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 sia stato abrogato, per incompatibilità, dall'art. 10 della legge 3 aprile 1979 n. 103.

Hanno, in particolare, rilevato che non sussiste una tale incompatibilità poiché il legislatore del 1979 non ha disciplinato *ex novo* ed in maniera completa tutta la materia del patrocinio delle regioni a statuto ordinario, ma ha inteso solo attribuire ad esse, in aggiunta alle facoltà consentite dall'art. 107 d.P.R. n. 616 del 1977, l'ulteriore e più ampio potere di rendere operativa in loro favore l'estensione del complesso delle norme speciali dettate per l'assistenza legale e la difesa in giudizio dello Stato.

Ed in effetti, l'art. 107 del d.P.R. n. 616 del 1977 e l'art. 10 della legge n. 103 del 1979 si collocano su piani diversi.

Le funzioni dell'Avvocatura dello Stato possono svolgersi secondo due diversi regimi giuridici. Il primo, originariamente proprio delle sole amministrazioni dello Stato (titolo I del r.d. 30 ottobre 1933 n. 1611 t.u. delle leggi sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato), ha come sua peculiare caratteristica la collocazione dell'intervento in giudizio dell'organo legale dello Stato nell'ambito di un sistema di norme processuali speciali, comportan-

te modifiche della disciplina ordinaria riguardo, oltre che al titolo di legittimazione all'esercizio dello « *jus postulandi* », alla competenza per territorio (art. 25 c.p.c.: foro della pubblica amministrazione) ed alla notifica degli atti giudiziari (art. 144 c.p.c.: notificazione alle Amministrazioni dello Stato). Il secondo, tipico, in genere, del patrocinio delle amministrazioni non statali (titolo III del t.u. n. 1611 del 1933), non comporta, invece, alcuna modifica della disciplina processuale ordinaria, salva soltanto l'esclusione della necessità della procura alle liti (art. 45 cit. t.u.), onde l'assunzione del patrocinio da parte dell'Avvocatura non s'inserisce come elemento di un più complesso sistema di norme processuali speciali.

Orbene, mentre l'art. 107 del d.P.R. n. 616 del 1977 si limita ad includere le Regioni a statuto ordinario fra gli enti dei quali l'Avvocatura dello Stato può assumere la rappresentanza e la difesa secondo il regime di cui agli art. 43, 45 e 47 del t.u. n. 1611 del 1933, e cioè alla stregua del secondo dei due regimi processuali su indicati, l'art. 10 della legge n. 103 del 1979 prevede un particolare procedimento attraverso il quale le Regioni a statuto ordinario (uniche fra tutti gli enti pubblici) possono ottenere l'applicazione dell'intero regime processuale speciale di assistenza legale e di patrocinio valevole *ex lege* per le amministrazioni dello Stato.

Mentre la norma più antica, nell'attribuire il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato alle Regioni a statuto ordinario, lo inquadra nell'ambito del regime delle amministrazioni non statali, con soggezione alla suddetta disciplina ordinaria del processo — l'art. 10 configura una norma di completamento e chiusura del sistema, nel senso che il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, attribuito alle Regioni a statuto ordinario, debba essere inquadrato (sia pure soltanto per effetto di specifiche deliberazioni a tal fine adottate dalle amministrazioni regionali) nell'ambito del regime proprio delle amministrazioni statali (dovendosi coordinare l'organizzazione amministrativa delle Regioni con quella dello Stato, nell'unità dell'ordinamento amministrativo generale: cfr. C. Cost. 20 aprile 1968 n. 30). Esso, in altre parole, non si limita a facultare le Regioni a statuto ordinario ad avvalersi dell'assistenza legale e del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato (risultato già conseguito dall'art. 107 *cit.*), ma disciplina le modalità con le quali può essere ad esse estesa la normativa sui rapporti fra le amministrazioni statali e l'Avvocatura, nonché sulla posizione dello Stato in giudizio, in quanto: « le funzioni dell'Avvocatura dello Stato, nei riguardi dell'Amministrazione statale », alle quali fa riferimento il comma 1, non si esauriscono nello *jus postulandi* nei confronti dei terzi, ma comprendono tutti i vincoli istituzionali che individuano la reciproca posizione delle amministrazioni e dell'organo legale dello Stato; onde lo *jus postulandi*, già attribuito dall'art. 107, è semplicemente presupposto dall'art. 10, che ne prevede la possibile evo-

luzione verso l'inquadramento in una diversa e ben caratterizzata configurazione di rapporti istituzionali.

In ordine alle Regioni a statuto ordinario — contrariamente a quanto accade per quelle a statuto speciale, cui specifiche norme (art. 1 del d.l. 2 marzo 1948 n. 142 per la Sicilia; art. 55 del d.P.R. 19 maggio 1949 n. 250 per la Sardegna; art. 42 del d.P.R. 30 giugno 1951 n. 574 per il Trentino Alto Adige; art. 1 del d.P.R. 23 gennaio 1965 n. 78 per il Friuli Venezia Giulia) estendono direttamente il regime processuale dello Stato, non consentendo la contemporanea utilizzazione del patrocinio della Avvocatura secondo la disciplina di cui all'art. 43 del t.u. n. 161 del 1933 — deve, quindi, riconoscersi che, fino all'intervento del provvedimento della Regione strumentale al fine del loro assoggettamento al regime processuale dello Stato, l'art. 10 non è d'ostacolo all'applicazione dell'art. 107 che consente il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, senza deroghe — salva l'eccezione sopra indicata — alla disciplina processuale ordinaria.

Invero, l'art. 10, disciplinando gli effetti tipici dell'adozione della delibera di estensione del regime processuale dello Stato, resta assolutamente indifferente rispetto alla posizione delle Regioni a statuto ordinario in giudizio ed al loro patrocinio prima e indipendentemente da tale delibera; ciò in quanto soltanto dopo l'adozione della cennata delibera il regime applicabile è quello dello Stato.

Pertanto, non può ravvisarsi nell'art. 10 (che si adegua alla particolare posizione di autonomia, attribuita dall'ordinamento giuridico, alle Regioni) un ostacolo (per intervenuta abrogazione tacita) all'applicazione dell'art. 107 alle Regioni a statuto ordinario che non abbiano adottato la suddetta delibera, ma la norma di previsione di uno schema di patrocinio definibile come « sistematico », per distinguerlo sia da quello « facoltativo », istituito, come si è detto, dall'art. 107, terzo comma, del d.P.R. n. 616 del 1977, sia da quello « obbligatorio » disposto per le Regioni a statuto speciale. Si tratta di un *tertium genus* che si differenzia da quest'ultimo, perché introdotto in forza di una libera scelta della regione, ovviamente revocabile, e per il carattere non tassativo delle eccezioni che può subire; e dal primo, perché, una volta compiuta la scelta e fino a tanto che la relativa deliberazione non venga revocata, essa investe tendenzialmente tutta l'assistenza legale di cui la Regione possa avere bisogno, determinando anche effetti processuali nei riguardi dei terzi.

Gli esposti principi sono stati poi più volte ribaditi: v. Cass., sez. un., 3 febbraio 1986, n. 652, in motivazione; Id., sez. un., 9 aprile 1987, n. 3490; Id., sez. un. 9 luglio 1992, n. 8294; Id., 23 marzo 1995 n. 3357.

La persuasività delle riferite argomentazioni, sulle quali riposa il fondamento di codesti principi le impone una ulteriore conferma, così ribadendosi che, nei confronti delle regioni a statuto ordinario, che la

rappresentanza e difesa in giudizio da parte dell'Avvocatura dello Stato può risultare alternativamente soggetta al regime « facoltativo » o a quello « sistematico », rispettivamente previsti dalle succitate fonti normative.

Resta, dunque, da esaminare come, in relazione a ciascuno di tali regimi, si atteggi la disciplina della posizione processuale dell'avvocatura erariale.

La disciplina del foro erariale (risultante dagli artt. 25 c.p.c. e 6 r.d. n. 1611 del 1993 e ritenuta legittima dalla Corte costituzionale: v. sentenze 16 dicembre 1964, n. 118, e 23 gennaio 1974, n. 12), secondo la costante giurisprudenza di questa Corte trova applicazione soltanto nell'ipotesi in cui parte in giudizio sia un'amministrazione dello Stato e non è estensibile alle cause con enti o organi dello Stato dotati di personalità giuridica autonoma (Cass. 17 novembre 1983, n. 6859; Cass. 25 maggio 1993, n. 3573, che ha escluso il foro erariale per la Cassa del Mezzogiorno; Cass. 25 marzo 1995, che ha escluso il foro erariale per le Ferrovie dello Stato dopo che la sentenza della Corte costituzionale n. 117 del 1990 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 23 legge n. 210/1985).

Anche per le Regioni a statuto ordinario, dunque, il foro erariale non opera, salvo che esse abbiano deliberato di avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, in modo « sistematico », giusto l'espresso richiamo, contenuto nel II comma dell'art. 10 legge n. 103/1979, al T.U. 30 ottobre 1933 n. 1611 ed all'art. 25 cod. proc. civ. Ove, invece non abbiano adottato la deliberazione generale dell'art. 10 l. n. 103/1979, conservando, a norma dell'art. 107 d.P.R. 606/1977 piena facoltà di ricorrere alternativamente e senza che le ragioni della scelta possano aver rilievo, all'Avvocatura dello Stato, a liberi professionisti o a difensori dell'Ufficio legale interno, vengono a trovarsi in una condizione incompatibile con quella che comporta l'operatività del foro erariale, come è, del resto, desumibile dalla circostanza che l'art. 107 del d.P.R. n. 616 del 1977, a differenza della più recente norma che consente l'adozione del patrocinio sistematico, tace sul punto.

Va, poi, rilevato che, per quanto concerne la notificazione degli atti alle Amministrazioni dello Stato ed agli altri enti pubblici, disposizione fondamentale è quella dell'art. 11 T.U. n. 1611/1933 come novellato dalla legge n. 260/1958 e dal III C. dell'art. 10 l. n. 103/1979.

Sia nel processo amministrativo che in quello innanzi ai giudici ordinari, salve espresse disposizioni legislative in senso contrario (art. 57 d.P.R. 30 marzo 1961, n. 197 che nelle cause relative ai contratti di trasporto innanzi ai pretori e ai conciliatori conferisce la legittimazione passiva al Direttore del compartimento; art. 9 l. 3 maggio 1967, n. 317 che, in tema di sanzioni depenalizzate, prevede la notificazione dell'opposizione all'ordinanza prefettizia al Prefetto; art. 23 l. 24 novembre 1981, n. 689 ed art. 8 l. 24 dicembre 1975, n. 706, che per l'impugnazione dell'in-

giunzione per le contravvenzioni depenalizzate prevedono la notifica del ricorso all'autorità che ha emanato l'atto), le notificazioni alle amministrazioni dello Stato vanno effettuate presso la competente Avvocatutura, nella persona del ministro competente.

Nessun mutamento legislativo ha subito il 2° comma dell'art. 11 t.u. che prescrive la notificazione alla competente Avvocatura delle sentenze e di ogni altro atto giudiziale: norma che non è meramente ripetitiva degli artt. 170 e 285 c.p.c. in quanto essa opera, a differenza di quanto prescrivono questi ultimi, anche nell'ipotesi in cui l'amministrazione non sia costituita in giudizio.

Ancora una volta, tuttavia, è da escludere che la disciplina speciale ora delineata possa trovare applicazione con riguardo ad amministrazioni non statali che non versino in regime di patrocinio obbligatorio o a regioni a statuto ordinario che non abbiano fatto ricorso al patrocinio sistematico.

Valgono in tal senso considerazioni di tipo sistematico ed argomenti letterali offerti dalle norme di previsione.

È da notare, infatti, che l'art. 45 del r.d. n. 1611 del 1933 contiene un'espressa indicazione delle norme del t.u. che trovano applicazione in caso di ricorso al patrocinio facoltativo di cui al precedente art. 43; e che tale richiamo è limitato al secondo comma dell'art. 1, vale a dire alla disposizione che esonera il patrocinato dall'onere di conferimento di specifico mandato: onde il richiamo ha un senso solo ipotizzando che le ulteriori disposizioni speciali, tipiche del patrocinio obbligatorio o sistematico, non possano trovare applicazione, visto anche che lo stesso art. 43, che appunto istituisce il patrocinio facoltativo, pur prevedendo, in caso di sua adozione, l'assunzione della rappresentanza e difesa in giudizio, da parte dell'Avvocatura dello Stato, « in via organica ed esclusiva » non stabilisce affatto che ciò avvenga in integrale applicazione del regime di cui al citato t.u., a differenza di quanto ha cura di fare il secondo comma dell'art. 10 della legge n. 103 del 1979, nell'istituire il patrocinio « sistematico » delle regioni suddette.

D'altra parte, assunto in tesi che, nel caso del patrocinio facoltativo, l'ente conserva piena e discrezionale facoltà di scelta fra l'affidamento della propria difesa all'avvocatura erariale o a professionista del foro libero ovvero appartenente ad un ufficio interno di avvocatura, se ne deve, coerentemente, desumere che, almeno con riguardo all'atto introduttivo del giudizio, la notificazione non possa che avvenire presso l'ente medesimo, essendo la scelta *de qua* un atto successivo, rilevante se ed in quanto palesato dalla costituzione in giudizio per il tramite dell'uno o dell'altro difensore; ma allora, la necessità di notificazione della sentenza all'Avvocatura dello Stato, che sia stata prescelta per la difesa, sarebbe null'altro che la conseguenza della costituzione della medesima e discenderebbe dall'operatività delle regole ordinarie; così come, l'ac-

certamento del giudice che negasse la validità di siffatta costituzione, avrebbe l'effetto di ripristinare *de jure* una situazione di inesistenza della scelta *de qua*, cui il comportamento della parte notificante dovrebbe necessariamente adeguarsi.

Non sussiste, invece, alcuna differenza fra l'ipotesi di patrocinio « facoltativo » e di patrocinio « sistematico » dell'Avvocatura dello Stato, nei confronti della Regione a statuto ordinario, relativamente alla non necessità del mandato all'Avvocatura medesima (come costituisce orientamento giurisprudenziale consolidato, non solo di questa Corte: v., fra le numerose altre conformi, Cons. Stato, 2 febbraio 1995, n. 182; Id., 9 giugno 1993, n. 591; Cass., 9 gennaio 1993, n. 136; Id., 13 novembre 1991, n. 12133; Cons. Stato, 16 ottobre 1990, n. 798; Cass., 6 agosto 1987, n. 6759; Cons. Stato, 7 settembre 1988, n. 733; Trib. sup. acque pubbl., 14 giugno 1985, n. 32; Cass., 3 febbraio 1986, n. 652; Id., 23 aprile 1985, n. 2657; Cons. Stato, 8 ottobre 1985, n. 414; Cass. 5 luglio 1983, n. 4512).

Al riguardo è determinante il fondamentale rilievo da riconoscere alla disposizione dell'art. 45 del r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, che, inserito nel titolo III del decreto stesso e, quindi, nel contesto della disciplina dell'assunzione, da parte dell'Avvocatura, del patrocinio di amministrazioni non statali, richiama, come applicabile anche in queste ipotesi, la norma di cui al secondo comma del precedente art. 1, ove si esclude, appunto, la necessità di qualsiasi mandato.

Del resto, ai sensi dell'art. 43 del citato r.d. n. 1611 del 1933, come integrato dall'art. 11 della legge 3 aprile 1979, n. 103, per le amministrazioni non statali autorizzate con legge o con altro provvedimento (come, appunto, l'art. 107 del d.P.R. n. 616 del 1977, per le regioni ad autonomia ordinaria) ad avvalersi del patrocinio della Avvocatura dello Stato, la rappresentanza e la difesa nei giudizi indicati nel primo comma dello stesso art. 43 sono assunte dall'Avvocatura stessa in via organica ed esclusiva, eccettuati i casi di conflitto; mentre, soltanto qualora esse intendano, in casi speciali, non avvalersi della Avvocatura dello Stato, debbono adottare apposta motivata deliberazione da sottoporre agli organi di vigilanza.

Orbene i caratteri di organicità ed esclusività implicano che non occorrano per i singoli giudizi investiture particolari, essendo necessari, invece, proprio per l'esclusione di una tale rappresentanza e l'affidamento di essa a privati professionisti, provvedimenti talvolta soggetti al visto degli organi di vigilanza.

Il sistema così delineato, lungi dall'intaccare il principio dell'autonomia degli enti, si ispira invece all'esigenza di coordinamento e di unità dell'indirizzo amministrativo, che proprio nella funzione consultiva e di difesa in giudizio delle amministrazioni dello Stato delle regioni e degli enti pubblici, da parte dell'Avvocatura, trova specifica attuazione e riferimento.

Ulteriormente precisando, è anche da riconoscere che, l'Avvocatura dello Stato, ove agisca in giudizio per una regione, non avendo necessità di apposito mandato, non è, di conseguenza, neanche onerata della produzione del provvedimento del competente organo regionale di autorizzazione del legale rappresentante ad agire o a resistere in giudizio. L'organicità e l'esclusività del patrocinio, ancorché facoltativo, riducono ad un rilievo meramente interno la deliberazione della regione di avvalersene, perché essa si limita a dare concreta attuazione ad una autorizzazione *ex lege*. In altre parole, non può negarsi che l'iniziativa giudiziaria dell'Avvocatura dello Stato richiede il consenso dell'Amministrazione rappresentata, come chiaramente si desume dall'art. 12 della legge 3 aprile 1979 n. 103, secondo cui « le divergenze che insorgono tra il competente ufficio dell'Avvocatura dello Stato e le amministrazioni interessate, circa la instaurazione di un giudizio o la resistenza nel medesimo, sono risolte dal ministro competente con determinazione non delegabile » (analogamente dispone il secondo comma dello stesso art. 12 per le divergenze che insorgono tra l'Avvocatura dello Stato e le amministrazioni non statali). Ma proprio alla stregua di tale disposizione è da riconoscere che quando l'Avvocatura dello Stato assume un'iniziativa giudiziaria, in ordine alla stessa necessariamente vi è il consenso della Amministrazione interessata (che ha impedito l'insorgere di una « divergenza ») ovvero, se « divergenza » vi è stata, essa è stata risolta nel senso dell'iniziativa con la « determinazione » prevista dal trascritto art. 12, di guisa che il consenso dell'Amministrazione interessata, comunque esso si sia realizzato (in via tacita ed informale ovvero mediante espressa determinazione), costituisce un atto che non ha alcuna incidenza sul processo, posto che la legge non richiede l'esistenza di un atto di procura per l'esercizio dello *jus postulandi* da parte degli avvocati dello Stato (art. 1, cpv. t.u. 30 ottobre 1933 n. 1611, che, come si è detto è anche espressamente richiamato dall'art. 45, in collegamento con l'art. 43). In quest'ottica, la necessità della produzione del provvedimento di autorizzazione può imporsi solo quando vi sia conferimento del mandato ad avvocati del libero foro (v. in motivazione, Cass. n. 1416 del 1993).

Il principio della non necessità di mandato neppure in caso di patrocinio facoltativo della regione da parte dell'Avvocatura dello Stato, non può ritenersi revocato in dubbio dalla sentenza di queste Sezioni Unite 13 aprile 1994, n. 3665.

Questa sentenza ha infatti ritenuto che la Regione Calabria per stare in giudizio per mezzo del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, debba conferire a questo specifico mandato, ma dalla sua motivazione emerge con chiarezza che siffatta statuizione si correla alla peculiare disciplina cui la locale legge regionale 17 agosto 1984, n. 24 assoggetta la costituzione ed il funzionamento di un servizio legale interno, conferendogli le caratteristiche di un patrocinio necessario *ex lege*, sicché gli

argomenti cui venne allora affidato l'assunto suddetto non sono mutuabili in una diversa situazione di specie.

Deve, pertanto, riconoscersi l'ammissibilità del ricorso incidentale della Regione Lazio, siccome proposto dall'Avvocatura dello Stato nell'esercizio di un sussistente *jus postulandi.*

Il primo motivo di questo ricorso è fondato.

Ai sensi dell'art. 386 cod. proc. civ., la decisione sulla giurisdizione è determinata dall'oggetto della domanda, verificato, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di questa Corte, alla stregua del *petitum* sostanziale, vale a dire di quanto sia stato effettivamente domandato, al di là della mera prospettazione.

D'altra parte, poi, è da ricordare che, nelle controversie di lavoro nei confronti di enti pubblici non economici, per la qualificazione pubblicistica del rapporto di lavoro resta determinante l'inserimento del prestatore di lavoro in posizione di subordinazione e con carattere di continuità nell'ambito dell'organizzazione dell'ente, senza che rilevi né l'assoggettamento del rapporto alla disciplina sostanziale dettata da un contratto collettivo di diritto privato, né la mancanza di un « formale atto di nomina » (Cass. S.U. n. 13033-91) e neppure la diversa qualificazione del rapporto (ad es., come appalto), da parte dell'ente pubblico, o l'apposizione di termini di durata della prestazione lavorativa (cfr. Cass. S.U. nn. 3002-83, 5776-89, 2288-90, 8429-90, 8749-90, 1519-91, 2434-92 e numerose altre decisioni conformi).

Si è, inoltre, puntualizzato che il rapporto di lavoro dei dipendenti di enti pubblici non economici può essere qualificato privato solo quando il lavoratore risulti inserito non già nella struttura pubblica dell'ente, ma in una organizzazione separata ed autonoma, gestita con criteri di imprenditorialità, essendo in tal caso irrilevante la correlazione della prestazione ai fini istituzionali dell'ente datore di lavoro (Cass. S.U. n. 5792-94, 5628-94, 2696-94, 7829-91, n. 2288-90 *cit.*); oppure quando la qualificazione privatistica del rapporto sia espressamente prevista dalla legge (Cass. S.U. nn. 3564-91, 6538-92; cfr. anche le sentenze nn. 7037-88, 2286-90, 2990-91).

Orbene, nella specie, i ricorrenti hanno proposto domande intese ad ottenere l'accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con l'ente pubblico resistente e la reintegrazione in servizio, nell'ambito dell'organizzazione di quest'ultimo, senza deduzione di specifiche circostanze di fatto intese a porre in luce l'inserimento in una separata struttura gestita con assetto di tipo imprenditoriale dall'ente stesso e senza che sussistano particolari disposizioni di legge ricognitive della natura privatistica di un siffatto rapporto. Tanto è, dunque, sufficiente, secondo i testè esposti principi, alla configurazione di un *petitum* sostanziale sottratto alla giurisdizione ordina-

ria ed affidato a quella esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 7 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

Non senza aggiungere, sotto altro profilo, come sia giurisprudenza costante di questa Corte che il rapporto instaurato fra un soggetto e l'ente pubblico non economico rimane un rapporto di pubblico impiego, appartenente alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, anche quando detto rapporto sia di origine contrattuale e sia disciplinato da contratti collettivi di carattere privatistico (vedi in questo senso Cass. 20 novembre 1992 n. 12392; Cass. 15 luglio 1991 n. 7829; Cass. 13 febbraio 1991 n. 1519; Cass. 17 marzo 1989 n. 1351).

Ben vero, la stretta correlazione fra configurazione di pubblico impiego e natura di ente pubblico non economico propria del datore di lavoro è ora venuta meno, dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo 3 febbraio 1993 n. 29, che, ad eccezione di alcune carriere statali nominativamente indicate (magistrati, personale militare e di polizia, diplomatici ecc.) per le quali continua a sussistere il rapporto di pubblico impiego e la preesistente giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ha privatizzato il rapporto di lavoro di tutti i dipendenti dello Stato, delle regioni, degli enti locali, delle università e di tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, attribuendo la relativa giurisdizione al giudice ordinario: ma siffatto trasferimento della giurisdizione è operativo per le sole controversie che insorgeranno dopo il 1996 e comunque non prima della fase transitoria stabilita dall'art. 72 (art. 68).

Va, da ultimo, considerato che la particolare natura delle mansioni svolte dai ricorrenti e descritte in parte narrativa non le rende estranee ai fini istituzionali dell'ente resistente, atteso che le regioni, per espressa disposizione dell'art. 117 Cost., sono titolari di potestà legislativa in materia di agricoltura e foreste, che rende competenti anche nell'elaborazione e realizzazione di progetti di forestazione industriale produttiva (cfr. Corte cost. 11 ottobre 1983 n. 307).

In conclusione ed in accoglimento del primo motivo del ricorso incidentale, deve dichiararsi la giurisdizione esclusiva dell'autorità giudiziaria amministrativa, derivando, poi, da tale declaratoria l'assorbimento del secondo motivo del medesimo ricorso, nonché delle censure tutte proposte con quello principale.

SEZIONE QUARTA

GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

CONSIGLIO DI STATO, Ad. plen., ord. 19 aprile 1996, n. 2 - *Pres.* Anelli - *Est.* Baccarini - Djerbi Fatima (avv. Jervolino) c. Interno (avv. Stato Tortora).

Giustizia amministrativa - Giudizi in materia di espulsione di cittadini extracomunitari - Riduzione alla metà dei termini processuali - Termine per il deposito dell'appello - Applicabilità - Errore scusabile - Concessione d'ufficio - Istanza di parte - Esclusione.

La norma di cui all'art. 5, comma 5 del d.l. 30 dicembre 1989 n. 416 conv. nella legge 28 febbraio 1990 n. 39 comportante la riduzione dei termini alla metà si applica anche al termine per il deposito dell'appello.

La mancanza di istanza di parte non impedisce la concessione dell'errore scusabile, potendo il giudice provvedere d'ufficio (1) - (2).

---

(1) L'applicazione della regola della riduzione alla metà dei termini processuali in materia di ricorsi avverso provvedimenti di espulsione di cittadini extracomunitari anche al termine per il deposito dell'appello trova sostegno, secondo l'Adunanza Plenaria, tanto in un argomento letterale quanto in uno logico.

Il primo poggia sul fatto che la norma richiama i termini stabiliti dall'art. 36 del r.d. 17 agosto 1907, n. 642, e quelli stabiliti agli articoli 21 e seguenti della legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

Fra questi ultimi è ricompreso l'art. 29, riguardante i termini del giudizio d'appello per i quali si applicano le regole previste per il giudizio dinanzi al Consiglio di Stato, ivi compreso l'articolo 36, comma 4 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, relativo al termine per il deposito dell'appello.

Sul generale rinvio alla disciplina processuale dell'appello ad opera dell'art. 29, primo comma, legge TAR, nonostante la contraddizione con l'ultimo comma dello stesso art. 29 e con i successivi articoli 34 e 35 vedasi ALBERTO ROMANO, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1992, *sub* art. 29, legge TAR.

L'argomento potrebbe cadere ove si considerasse il primo comma dell'art. 29 contenere un richiamo alle norme di procedura nei giudizi dinanzi al Consiglio di Stato nel solo caso in cui non siano contrastanti con la stessa legge.

Non decisivo sembra il richiamo all'art. 29, secondo comma, contenente, al contrario della disposizione della legge 28 febbraio n. 39, espressa previsione dell'abbreviazione alla metà dei termini previsti al primo comma, ivi compreso, dunque, quello per il deposito dell'appello. In senso conforme è una univoca giurisprudenza del Consiglio di Stato (C.d.S., Sez. V, 29 aprile 1976, n. 701; C.d.S., Sez. V, 31 gennaio 1991, n. 102).

Preponderante è l'argomento logico-interpretativo, traente origine dalla eccezionalità della disposizione del comma 4, dell'art. 5, della legge n. 39/90 è dalla finalità acceleratoria del processo — proprio in funzione delle eccezionali

(*omissis*) 1. — La questione di diritto devoluta a questa Adunanza plenaria è se la riduzione a metà dei termini processuali di cui all'art. 5 comma 5 del d.l. 30 dicembre 1989 n. 416 conv. nella l. 28 febbraio 1990 n. 39, per i giudizi aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti in materia di diniego di riconoscimento dello *status* di rifugiato, di esclusione e di diniego e revoca del permesso di soggiorno, si estenda anche al termine per il deposito dell'appello.

La disposizione in esame è del seguente tenore: « I termini stabiliti all'art. 36 del R.D. 17 agosto 1907, n. 642, nonché quelli stabiliti agli artt. 21 e seguenti della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, sono ridotti alla metà per i ricorsi previsti ai commi secondo e terzo del presente articolo ».

Le disposizioni specificamente richiamate prevedono in verità altri termini:

quello — dilatorio — di dieci giorni dalla notifica della domanda cautelare per la presentazione di memorie o istanze da parte dei soggetti interessati e per la pronuncia del provvedimento del giudice (art. 36 r.d. 17 agosto 1907 n. 642);

quelli, di sessanta giorni, per la notifica del ricorso di primo grado, e di trenta giorni dall'ultima notifica, per il deposito del medesimo (art. 21 comma 2 l. 6 dicembre 1971 n. 1034).

La disposizione in esame, peraltro, prevede come oggetto della riduzione a metà non soltanto i termini stabiliti dall'art. 21 della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, ma anche quelli previsti dalle disposizioni seguenti della stessa legge.

La riduzione a metà dei termini, quindi, deve ritenersi estesa, per quel che rileva in giudizi analoghi, al termine di deposito della domanda di intervento (art. 22 comma 2), al termine di notifica del decreto di fissazione d'udienza ed ai termini di presentazione di documenti e memorie (art. 23 comma 3 e 4), al termine di riassunzione del processo dopo l'interruzione (art. 24 comma 2), al termine di perenzione(art. 25), al termine di proposizione dell'istanza di regolamento di competenza (art. 31 comma 2), al termine di proposizione dell'eccezione in materia di ripartizione interna di competenza tra tribunale amministrativo regionale sedente nel capoluogo e sezione staccata (art. 32 comma 2).

---

conseguenze connesse alla proposizione della domanda di sospensione — della riduzione alla metà di tutti i termini processuali.

Per una disposizione analoga e decisamente onnicomprensiva vedasi, di recente, l'art. 19, comma 4, del decreto-legge 25 marzo 1997, n. 67, conv. con modifiche dalla legge 23 maggio 1997, n. 135, in materia di ricorsi contro provvedimenti in materia di opere pubbliche o di pubblica utilità, secondo cui « *tutti* i termini processuali sono ridotti della metà ».

(2) Sulla possibilità per il giudice amministrativo di concedere d'ufficio l'errore scusabile, in mancanza dell'istanza di parte, con conseguente rimes-

Analogamente, devono ritenersi ridotti a metà il termine di proposizione dell'appello, anche cautelare (art. 28 comma 2) ed i termini del giudizio d'appello, per i quali si applicano le norme che regolano il processo dinanzi al Consiglio di Stato (art. 29), ivi compreso, quindi, il termine di deposito dell'appello (art. 36 comma 4 r.d. 26 giugno 1924 n. 1054).

A quest'ultimo riguardo, non hanno ragion d'essere perplessità in ordine al contenuto precettivo di un rinvio normativo di secondo grado — all'art. 29 comma 1 che a sua volta rinvia alle norme per il processo dinanzi al Consiglio di Stato.

Già il comma 2 dell'art. 29, infatti, in materia di giudizi elettorali, disponeva la riduzione a metà dei « termini procedurali previsti dalle norme richiamate nel primo comma », eppertanto dei termini del processo dinanzi al Consiglio di Stato, tra i quali quello di deposito dell'appello, anche cautelare, qui in esame.

2. — Del resto, la finalità acceleratoria perseguita dal legislatore concerne non la sola proposizione del giudizio ma l'intero giudizio.

Ciò si desume dalla molteplicità degli istituti processuali cui, come si è visto, la riduzione a metà dei termini si estende.

Si desume altresì dalla considerazione della eccezionale disposizione del comma 4 dell'art. 5 del d.l. 416 conv. dalla l. 39/90 *cit.*, secondo cui qualora venga proposta e notificata entro quindici giorni dalla conoscenza del provvedimento la domanda incidentale di sospensione, l'ese-

---

sione in termini cfr. C.d.S., Sez. VI, 30 giugno 1983, n. 543; C.d.S., Sez. V, 23 maggio 1984, n. 393.

Sulla necessità di provvedere alla concessione dell'errore scusabile esclusivamente da parte del giudice competente cfr. C.d.S., Sez. V, 14 aprile 1978, n. 451; C.d.S., Sez. V, 9 maggio 1975, n. 625; C.d.S., Sez. V, 20 gennaio 1978, n. 76; C.d.S., Sez. V, 14 aprile 1978, n. 451; C.d.S., Sez. IV, 18 marzo 1980, n. 273.

Sulla possibilità di concessione dell'errore scusabile da parte del Tribunale Superiore delle acque pubbliche il quale, in sede di appello su sentenza del Tribunale regionale delle acque pubbliche, abbia riconosciuto la propria giurisdizione come giudice amministrativo ovvero sia stato adito entro il sessantesimo giorno dalla notifica della sentenza del Consigilo di Stato dichiarativa del difetto di giurisdizione cfr. Cass., SS.UU., 9 marzo 1965, n. 378; Cass., SS.UU., 9 ottobre 1972, n. 2931.

Secondo Cass., SS.UU., 18 gennaio 1971, n. 97, l'omessa pronuncia da parte del Consiglio di Stato sulla richiesta di rimessione in termini per errore scusabile non può essere dedotta come violazione dei limiti esterni della giurisdizione dinanzi alle Sezioni Unite della Cassazione.

È stata dichiarata manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 37 c.p.c. in relazione agli artt. 3 e 24 della Costituzione nella parte in cui non prevede, analogamente all'art. 34 della legge TAR, per il caso di pronuncia di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, la rimessione in termini dinanzi al giudice ordinario, trattandosi di scelte del legislatore non implicanti compressione del diritto di difesa (Cass., Sez. Un., 19 aprile 1982, n. 2386).

F. Q.

cuzione del provvedimento di espulsione adottato dal prefetto resta sospesa fino alla definitiva decisione sulla domanda cautelare.

L'argomento logico si affianca così a quello letterale.

La riduzione a metà nei termini è in funzione di una complessiva finalità di accelerazione: del giudizio cautelare, alla cui definizione è subordinata l'esecuzione del provvedimento di espulsione, e del giudizio di merito in genere.

Sarebbe illogico se dalla riduzione a metà restasse escluso il termine di deposito dell'appello cautelare, che concorre a determinare, con il perfezionamento del rapporto processuale nel grado, il presupposto per il compimento delle attività processuali susseguenti e la concreta possibilità che il procedimento cautelare progredisca fino alla decisione definitiva.

Per le suesposte considerazioni, il termine per il deposito dell'appello nei giudizi in esame deve considerarsi ridotto a quindici giorni: il presente appello, depositato oltre il termine predetto, andrebbe quindi dichiarato inammissibile.

3.1. — Occorre a questo punto sollevare d'ufficio la questione se sussistano i presupposti per la concessione all'appellante dell'errore scusabile.

3.2. — La mancanza dell'istanza di parte non è di ostacolo alla concessione dell'errore scusabile, potendo il giudice provvedere d'ufficio.

L'Adunanza plenaria non ignora che sul punto non sono mancate oscillazioni giurisprudenziali, essendo stata la concedibilità d'ufficio negata dalla risalente sez. V, 14 aprile 1978 n. 451 ed affermata dalle più recenti sez. VI, 31 gennaio 1984 n. 21 e 30 giugno 1983 n. 543.

Nel senso della concedibilità d'ufficio, peraltro, milita la formulazione delle fattispecie normative sull'errore scusabile (artt. 34 comma 1 t.u. 24 giugno 1924 n. 1054 e 34 comma 2 l. 6 dicembre 1971 n. 1034), strutturate come norme permissive indirizzate al giudice e silenti circa l'istanza di parte: diversamente, l'art. 184 *bis* c.p.c., introdotto dall'art. 19 della l. 26 novembre 1990 n. 353 e modificato dall'art. 6 del d.l. 18 ottobre 1995 n. 432 conv. dalla l. 20 dicembre 1995 n. 534, secondo cui « la parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice istruttore di essere rimessa in termini ».

Del resto, nel processo amministrativo la concedibilità d'ufficio dell'errore scusabile è coerente con la rilevabilità d'ufficio della regolarità dei presupposti processuali: laddove la concedibilità solo ad istanza di parte dell'errore scusabile ne escluderebbe la rilevanza pratica nei casi in cui il giudice rilevasse d'ufficio il difetto di un presupposto processuale.

3.3. — Quanto all'ambito di efficacia dall'istituto, la costante giurisprudenza di questo Consiglio ne ha affermato il carattere generale e la non tassatività delle fattispecie che lo prevedono (errore sulla definitività del provvedimento impugnato, errore sulla competenza del giudice adito).

L'errore sul termine abbreviato di deposito del ricorso in appello è quindi suscettibile di dar luogo a rimessione in termini.

3.4. — Circa la scusabilità in concreto dell'errore, la novità della questione, la formulazione non del tutto perspicua della disposizione applicata e differente da fattispecie analoghe, la mancanza di precedenti giurisprudenziali inducono a ritenere l'errore dell'appellante scusabile.

L'appello va quindi dichiarato ammissibile.

4. — Nel merito, il primo motivo dell'appello è fondato.

Dall'istruttoria espletata dalla sezione remittente, è emerso che nel giudizio di primo grado l'avviso della camera di consiglio fissata per la trattazione dell'incidente cautelare e successiva alla prima utile dopo la scadenza del termine di cui all'art. 36 comma 2 r.d. 17 agosto 1907 n. 642, non è stato notificato al difensore della ricorrente in primo grado, che non è poi comparso alla camera di consiglio medesima.

Ne consegue che l'ordinanza appellata va annullata con rinvio al primo giudice, ai sensi dell'art. 35 comma 1 l. 6 dicembre 1971 n. 1034.

CONSIGLIO DI STATO - Ad. Plen. - 10 luglio 1996 n. 13 - *Pres.* Anelli - *Est.* Frascione - Ministero Pubblica Istruzione (avv. Stato Guida) c. Fasolo e altri (avv. Foletto).

Istruzione e scuole - Insegnante medio - Sessione riservata per il conseguimento di abilitazione all'insegnamento - Docenti di ruolo - Partecipazione alla sessione riservata per diversa classe di concorso - Possibilità.

L'art. 11, comma 3, del d.l. 6 novembre 1989 n. 357, convertito dalla legge 27 dicembre 1989 n. 417, non può essere interpretato isolandolo dal contesto dell'intero d.l. n. 357 del 1989, e, in particolare, dall'art. 2 e dall'intero art. 11: pertanto, tale norma non esclude la possibilità che il docente di ruolo possa partecipare alla sessione riservata per il conseguimento di una abilitazione all'insegnamento diversa da quella per la quale è già stato collocato in ruolo (1).

(1) L'Adunanza Plenaria, con la sentenza in esame, ha deciso, in senso sfavorevole all'Amministrazione, la questione riguardante la possibilità, per i

(*omissis*) La presente controversia è incentrata sulla legittimità o meno della partecipazione di docenti già di ruolo, ma abilitati in altre e diverse classi di concorso, alla sessione riservata di abilitazione all'insegnamento di cui all'art. 11, comma 3, del d.l. 6 novembre 1989, n. 357 convertito nella legge 27 dicembre 1989, n. 417, concernente « norme in materia di reclutamento del personale della scuola ».

Il citato art. 11, al comma 3, stabilisce che « I docenti non abilitati..., con i requisiti di servizio di cui al comma 1, hanno titolo a partecipare ad una sessione riservata per il conseguimento dell'abilitazione all'insegnamento... L'abilitazione conseguita ai sensi del presente comma è valida anche ai fini di cui al comma 10, lettera a dell'art. 2... ».

Dalla lettura del predetto art. 11, comma 3, appare opportuno e necessario interpretare le singole disposizioni non isolatamente ma nel contesto normativo del d.l. n. 357/89 nel suo insieme e, in particolare, dell'art. 2 e dell'art. 11 nel suo « intero ».

Con le impugnate sentenze i giudici di *primae curae* hanno accolto i ricorsi proposti dagli odierni appellati interpretando la normativa in discussione nel senso di ritenere ammissibile la partecipazione alle sessioni di esami riservate per il conseguimento del titolo abilitante, ivi previste, anche di personale docente di ruolo in classe di abilitazione diversa da quella per la quale gli interessati hanno chiesto di partecipare agli anzidetti esami.

Secondo l'Amministrazione scolastica appellante, invece, con il riferimento ai « docenti non abilitati » (art. 11, comma 3, prima parte), la legge non può aver voluto escludere solamente i docenti abilitati nella specifica classe di concorso indicata nella domanda di ammissione, dato che un'esplicita esclusione degli altri abilitati sarebbe stata del tutto pleonastica, non essendo certo necessaria una specifica normativa per prevedere l'esclusione da un esame volto al conseguimento di qualcosa che già si possiede. È indubbio, in realtà, che il legislatore abbia voluto fare riferimento, non ai docenti non abilitati in una determinata

---

docenti già di ruolo, di partecipare ugualmente alle sessioni riservate per l'abilitazione all'insegnamento.

In senso contrario alla decisione in esame, e cioè nel senso che i docenti già di ruolo non possono partecipare alle sessioni riservate di abilitazione perchè tali sessioni sono indette al fine di consentire al *solo personale docente precario* di ottenere il titolo di abilitazione valido, si vedano, tra le tante, Cons. Giust. Amm., 9 gennaio 1994, n. 32, in *Il Cons. Stato*, 1994, 74 ss.; Cons. Stato, Sez. VI, 7 dicembre 1994, n. 1749, in *Il Cons. Stato*, 1994, 1801 ss.; Cons. Stato, Sez. VI, 19 gennaio 1995, n. 39, in *Il Cons. Stato*, 1995, 74 ss.

G. M.

classe di concorso, ma ai docenti che non possiedono in assoluto alcuna abilitazione.

Conferma di tale interpretazione, secondo l'Avvocatura dello Stato, si rinviene nella stessa finalità della legge n. 417 del 1989, che non è certo quella di consentire ai docenti il passaggio da un ruolo all'altro, conseguibile attraverso le ordinarie forme e procedure di accesso previste dalla normativa vigente, bensì unicamente quella di eliminare il fenomeno del precariato nella scuola con la collocazione in ruolo, attraverso vari meccanismi, del personale interessato che, solo in tale ambito ed in queste prospettive, può vantare un interesse concreto ed attuale alla sua sistemazione, interesse che viene meno quando il personale abbia già ottenuto la sua collocazione in ruolo.

Tale normativa, si aggiunge, anche per il suo carattere di specialità (sottoposta, pertanto, a criteri di stretta interpretazione) deve ritenersi riservata soltanto ai docenti con l'anzianità di cui al primo comma del citato art. 11, purché privi di qualsivoglia abilitazione. Nè può ipotizzarsi alcuna disparità di trattamento rispetto ai docenti di ruolo, i quali, per essere in tale posizione (e per aver eventualmente già goduto in precedenza di analoghi benefici), si trovano in posizione differenziata e non hanno certo la necessità di conseguire una diversa abilitazione che, per loro, costituirebbe il presupposto non per l'immissione in ruolo, ma per ottenere la cattedra di insegnamento in una diversa classe di concorso.

La tesi fin qui esposta trae le sue argomentazioni dall'orientamento giurisprudenziale espresso, con specifico riferimento alle disposizioni di legge sopra citate, nelle decisioni del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana 20 gennaio 1994, n. 32 e 19 settembre 1994, n. 298 del Consiglio di Stato, Sez. VI; 7 dicembre 1994, n. 1749; 19 gennaio 1995, n. 39; nonché nei pareri n. 1024 del 1991, n. 731 del 10 marzo 1993 e n. 206 del 23 febbraio 1994 della Sezione II.

Uguale soluzione, per altro, era stata data secondo l'Amministrazione appellata alla stessa questione, prospettata con riguardo alle sessioni riservate di abilitazione all'insegnamento disciplinate dall'art. 35 della l. 20 maggio 1982, n. 270 (C.S., Sez. VI, 19 giugno 1989, n. 799; 27 marzo 1990, n. 417).

Le difese degli appellati contestano la validità delle suindicate argomentazioni, ribadendo che, in analogia a quanto affermato a proposito del concorso bandito a norma degli artt. 1, 2 e 19 della legge n. 270 del 1982 (Sez. VI, 14 febbraio 1994, n. 153), l'esclusione dalla partecipazione alla sessione riservata di abilitazione sarebbe illogica e non giustificata, né dalla « *ratio* » né dal significato letterale del menzionato terzo comma dell'art. 11 del D.L. n. 357 del 1989, qualora la domanda di ammissione alla procedura riservata non fosse finalizzata alla nomina in ruolo bensì al

conseguimento di un migliore punteggio nelle prove di esame, di cui avvalersi ad altri fini consentiti dalla legge, come agli effetti di un trasferimento o di un'assegnazione provvisoria (Sez. VI, 10 agosto 1994, n. 1292).

Quest'ultimo orientamento, sottolineano gli appellati, è stato, poi, seguito nelle decisioni della Sezione VI, n. 1342 del 7 settembre 1994; n. 240 del 9 marzo 1995 e n. 545 del 6 giugno 1995.

Il Collegio non ha difficoltà ad aderire alla interpretazione prospettata dalle difese degli appellati secondo cui le disposizioni, che regolano la materia *de qua* e, in particolare, l'art. 11, comma 3, del D.L. 357/89 non escludono la possibilità che anche il docente di ruolo possa partecipare alla sessione riservata per il conseguimento di un'abilitazione all'insegnamento diversa da quella per la quale è già stato collocato in ruolo.

D'altra parte, come si avrà modo di evidenziare, le tesi dell'Avvocatura, secondo cui con l'espressione « docenti non abilitati » di cui al terzo comma dell'art. 11 il legislatore si sarebbe riferito non ai docenti non abilitati in una determinata classe di concorso, ma a docenti che non possiedono in « assoluto » alcuna abilitazione, sono infondate per una pluralità di ragioni.

I. Occorre precisare subito che la *ratio* della legge n. 417 del 27 dicembre 1989 non era unicamente quella di eliminare il fenomeno del c.d. precariato nella scuola con la relativa collocazione in ruolo del solo personale non di ruolo.

Invero, la portata della legge citata, che ha natura generale e permanente, è più ampia, avendo introdotto, come è detto nello stesso titolo, « norme in materia di reclutamento del personale della scuola », e avendo previsto in particolare (art. 2) un nuovo reclutamento attraverso il meccanismo del c.d. « doppio canale » e cioè un concorso per soli titoli e un concorso per titoli ed esami, a ciascuno dei quali è assegnato annualmente il 50% dei posti destinati alle procedure concorsuali.

La legge in discussione, inoltre, ha introdotto nuove disposizioni concernenti le commissioni giudicatrici dei concorsi (art. 3), il « ruolo unico » degli ispettori tecnici (art. 5), il conferimento delle supplenze (art. 8), una sanatoria per il personale che era stato incluso « con riserva » in precedenti concorsi (art. 9), i trasferimenti (art. 10), i passaggi di ruolo (art. 16), i posti di sostegno nella scuola dell'obbligo (art. 19), i concorsi ispettivi (art. 20) etc., etc..

Pertanto, la normativa che specificamente riguarda l'attuale controversia (art. 11, comma 3) non può essere letta soltanto con riferimento al personale precario sia perché una tale limitazione non è espressamente prevista, come invece è accaduto in leggi precedenti (vedasi, ad esempio, gli artt. 33, 34 e 35 della legge n. 270/82, che si sono riferiti

specificamente agli incaricati), sia perché per la loro generalità si indirizzano a tutti i docenti, di ruolo e non di ruolo.

II. Non è sostenibile la tesi dell'Avvocatura secondo cui con l'espressione « docenti non abilitati » il legislatore si sarebbe riferito non ai docenti non abilitati in una determinata classe di concorso, ma a docenti che non possiedono « in assoluto » alcuna abilitazione di insegnamento

Infatti, se si dovesse ritenere che la sessione di esami di abilitazione prevista dal citato art. 11, comma 3, era riservata ai docenti « non abilitati », cioè privi di qualsiasi abilitazione, l'Amministrazione scolastica avrebbe dovuto escludere non solo i docenti « già di ruolo », ma tutti i docenti in possesso di una qualsiasi abilitazione, perché comunque privi del requisito negativo del « non abilitati ».

Ma se è non sostenibile l'interpretazione secondo cui detta sessione sarebbe riservata a coloro che sono privi di qualsiasi abilitazione, a maggior ragione non può essere sostenibile l'interpretazione dell'Amministrazione che ha previsto il requisito negativo dello *status* non di ruolo. Tale requisito, come sopra rilevato, non trova nemmeno un riferimento letterale nella normativa dell'art. 11 del D.L. 357/89 nè trova un fondamento nella *ratio* della legge che « non è una legge di sanatoria del precariato », ma una normativa che disciplina *ex novo* il reclutamento dei docenti attraverso il suindicato « doppio canale ».

III. La realtà è che, come già evidenziato, la normativa dell'art. 11, comma 3, non può essere interpretata isolandola dal contesto dell'intero D.L. n. 357/89 e, in particolare, dell'art. 2 e dall'intero art. 11.

Il legislatore difatti dopo aver previsto, in prima applicazione, la nuova normativa relativa ai requisiti di ammissione al concorso per soli titoli, ha introdotto per coloro che non erano in possesso dell'abilitazione richiesta per l'accesso a concorsi per soli titoli (e quindi della abilitazione specifica) la sessione riservata in questione.

Ma, è bene sottolinearlo, così come al concorso per soli titoli previsto in prima applicazione può partecipare tutto il personale che si trova in possesso dei requisiti prescritti, ancorché già di ruolo in altra classe di concorso, parimenti alla sessione riservata, prevista per partecipare al medesimo concorso per soli titoli, possono partecipare tutti coloro che, in possesso dei requisiti richiesti dall'art 11, comma 1, sono privi dell'abilitazione specifica, prescritta per il concorso per soli titoli, indipendentemente dallo *status* di ruolo rispetto ad altre classi di concorso.

I ricorsi in appello *de quibus* devono, pertanto, essere respinti.

CONSIGLIO DI STATO, Ad. Plen., 7 agosto 1996, n. 17 - *Pres.* Anelli - *Est.* Santoro - Martorelli (avv. Vallebella) c. Ministero Tesoro (avv. Stato D'Elia).

Contabilità pubblica - Stipendi, assegni, indennità - Interessi e rivalutazione monetaria su emolumenti prescritti - Rinuncia tacita delle p.a. alla prescrizione - Esclusione.

I principi in materia di contabilità pubblica, che escludono il potere della p.a. di disporre del vantaggio economico conseguente alla prescrizione, nonché la disposizione di cui all'art. 3 del R.D.L. 19 giugno 1939, n. 739 secondo cui l'amministrazione può trattenere il pagamento di altri crediti che vengono a maturare allorché risulti effettuato il pagamento di somme prescritte per stipendi ed assegni equivalenti, comportano, nell'ambito dei crediti pecuniari della p.a. aventi fonte in un rapporto di pubblico impiego, l'esclusione per la p.a. della facoltà di rinunciare alla prescrizione ed alla relativa eccezione. Pertanto mentre in tali ipotesi l'eventuale rinuncia espressa alla presunzione si configura come atto illegittimo e come tale suscettibile di provvedimenti di autotutela, la rinuncia tacita non può in alcun modo configurarsi (1).

---

(1) L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato assume, con la decisione che si segnala, una rigorosa posizione sul tema della rinunciabilità alla prescrizione da parte della P.A. risalendo, dall'oggetto specifico della controversia riguardante la debenza degli interessi e della rivalutazione monetaria sul debito estinto mediante pagamento dopo la sua prescrizione, alla legittimità stessa dell'avvenuto pagamento.

La pronuncia risolve un contrasto di giurisprudenza che vede, in tempi recenti, a favore della tesi della rinunciabilità della prescrizione da parte della P.A., C.d.S., Sez. VI, 18 marzo 1993, n. 251; C.d.S., Sez. IV, 1 aprile 1993, n. 378; C.d.S., Sez. IV, 8 novembre 1990, n. 871; per la tesi dell'esclusione C.d.S., Sez. VI, 29 settembre 1992, n. 690; C.d.S., Sez. VI, 29 settembre 1992, n. 690.

Il primo orientamento muove dall'applicabilità alla P.A. dei principi generali in tema di rinuncia tacita alla prescrizione, il cui fondamento risiede nel fatto che il pagamento sia effettuato spontaneamente ed in maniera inconciliabile con la volontà di far valere l'eccezione di prescrizione. Ove i provvedimenti concernenti il pagamento rientrino nella sfera di competenza dell'organo agente, ciò basta a comportare una valida rinuncia alla prescrizione.

L'opposto orientamento, accolto dalla decisione dell'Adunanza Plenaria, poggia sull'art. 3 del r.d.l. 29 gennaio 1939, n. 295, conv. in legge 2 giugno 1939, n. 739, implicante la ripetibilità, mediante compensazione, del credito prescritto da parte della P.A. e sui principi di contabilità pubblica che escludono il potere dispositivo del diritto che si intende abdicare, mediante rinuncia a far valere prescrizione del correlativo credito.

L'adesione alla soluzione in senso negativo deriva, secondo la decisione dell'Adunanza plenaria, dal contenuto del citato articolo 3, la cui vigenza, oltre che dalla specialità della norma, è confermata dal richiamo ad essa operato dall'art. 3 del d.P.R. 30 giugno 1955, n. 1544 — secondo cui la P.A. può ottenere

(*omissis*) 1. La questione sottoposta all'Adunanza Plenaria con l'ordinanza della Sez. IV indicata in epigrafe, consiste nello stabilire se sia consentito all'Amministrazione la rinuncia, espressa o tacita, alla prescrizione già compiuta e, in caso positivo, se il pagamento di un credito prescritto possa qualificarsi quale rinuncia tacita anche alla prescrizione dell'accessorio credito per svalutazione monetaria ed interessi.

Sotto il primo profilo è stato rilevato che, in via generale, non pare che i principi in materia di contabilità pubblica attribuiscono all'Amministrazione il potere di disporre del vantaggio economico conseguente alla prescrizione, là dove, invece, a norma dell'art. 2937, primo comma, del codice civile, tale potere abdicativo presuppone la piena disponibilità del diritto.

Secondo un orientamento giurisprudenziale (cfr. per riferimenti l'ordinanza della Sezione VI del 5 ottobre 1995, n. 1073) l'istituto in esame, in realtà, sembrerebbe ricollegarsi in via esclusiva ad una posizione di libera disponibilità dei propri interessi, tipica del soggetto privato che, invece, non è propria della pubblica amministrazione, la quale deve improntare la propria azione ai principi di legalità, di imparzialità e di buon andamento.

L'applicabilità di tali principi alla fattispecie in esame potrebbe peraltro sembrare preclusa — sul piano della rilevanza delle norme —

---

crediti maturati (in mancanza di altro mezzo di rimborso) allorché risulti effettuato il pagamento di una somma prescritta.

La norma si applica — come rilevato dal Consiglio di Stato che riconosce l'ambito di sicura applicazione del principio a quello del pubblico impiego in cui rientra la controversia — al solo caso di somma riscossa indebitamente da dipendenti dello Stato o da pensionati ed altri assegnatari ed appare, inoltre, costituire una deroga al solo principio civilistico di cui all'art. 2940 c.c. di irriperibilità dei crediti prescritti.

Non è infatti richiesto che le somme indebitamente percepite dal pubblico impiegato o pensionato siano state corrisposte con volontà — espressa o tacita — di rinuncia alla prescrizione, onde, nel silenzio della legge, deve ritenersi che la fattispecie si ricolleghi ai soli casi di pagamento involontario da parte della P.A. di credito prescritto, diversi da quelli di rinuncia alla prescrizione, richiedenti appunto la coscienza da parte del *solvens* dell'avvenuta prescrizione del credito.

L'insufficienza del solo richiamo all'art. 3 del r.d.l. n. 295/39 induce l'Adunanza Plenaria a far discendere, in maniera più radicale, l'inammissibilità della rinuncia alla prescrizione dal primo comma dell'art. 2937, secondo cui non può rinunciare alla prescrizione chi non può disporre validamente del diritto. Posto che i principi di contabilità pubblica non attribuiscono all'Amministrazione il potere di disporre del vantaggio economico conseguente alla prescrizione, ne deriva, secondo la decisione, l'impossibilità di esercitare il potere abdicativo connesso con la rinuncia alla prescrizione.

Di converso, non pare essere stata presa in considerazione dall'A.P. la diversa soluzione — prospettata da C.d.S., Sez. VI, ord. 28 dicembre 1993, n. 1050 — secondo cui, partendo dalla diversa rilevanza delle norme di contabilità di

dalla circostanza che le disposizioni in materia di contabilità generale appaiono dirette piuttosto alla disciplina della gestione finanziaria dello Stato — con il conseguente eventuale assoggettamento a responsabilità per danno all'Erario, nel caso di inosservanza delle stesse, dei funzionari responsabili del procedimento — che non alla regolamentazione degli obblighi pecuniari nei riguardi dei soggetti creditori, nei cui confronti — su un piano normativo diverso — avrebbero rilevanza esclusiva le disposizioni di diritto civile Si è tuttavia ravvisata l'inapplicabilità alla pubblica amministrazione del combinato disposto degli artt. 2940 e 2937, terzo comma del codice civile — con conseguente impedimento a rinunciare alla prescrizione, in conseguenza dell'art. 3 del R.D.L. 19 gennaio 1939, n. 295, convertito in l. 2 giugno 1939, n. 739, nel presupposto della perdurante vigenza di tale disposizione (soprattutto in relazione al richiamo a tale norma del d.P.R. 30 giugno 1955, n. 1544) — ritenuto in tale ottica rivolto non solo all'Amministrazione ma anche ai suoi creditori.

Secondo tale disposizione, l'Amministrazione può trattenere il pagamento di altri crediti che vengano a maturarsi (qualora non abbia altro mezzo per conseguire il rimborso), allorché risulti effettuato il pagamento di una somma prescritta o, in genere, se risultino pagate una o

---

Stato e di quelle civilistiche, non si potrebbero negare effetti giuridici alla rinuncia alla prescrizione della P.A., senza con ciò escludere la responsabilità per danni all'erario del responsabile del procedimento.

Per quanto attiene ai debiti della P.A. non aventi causa in un rapporto di pubblico impiego, va sottolineata l'opposta soluzione adottata dalla Suprema Corte di Cassazione, che, avuto modo di pronunciarsi soprattutto in tema di indennità di espropriazione e di risarcimento del danno discendente da « occupazione espropriativa » del fondo privato, mostra di ammettere in linea di principio la rinunciabilità alla prescrizione per *facta concludentia* postulante un comportamento logicamente non conciliabile con la facoltà di opporre l'elemento temporale quale ragione estintiva del credito (sulla rinuncia desumibile dall'avvenuta transazione sull'indennità di espropriazione, sebbene non ancora approvata dall'organo di controllo, cfr. Cass., Sez. I, 1° maggio 1993, n. 5932; sulla non implicabilità di rinuncia alla prescrizione del debito per risarcimento del danno, a seguito di accessione invertita, degli atti di offerta, liquidazione o deposito di indennità di espropriazione, data la diversità ontologica del titolo dei crediti, Cass. Sez. I, 9 luglio 1989, n. 3253; Cass., Sez. I, 18 ottobre 1990, n. 10159; Cass., Sez. I, 11 novembre 1992, n. 12113; Cass., Sez. I, 25 settembre 1993, n. 9718; Cass., Sez. I, 22 febbraio 1994, n. 1725).

Orientamento analogo a quello dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato assume la Corte dei conti, che, per quanto attiene al pagamento di debiti prescritti da parte della P.A. a titolo di stipendi, assegni e indennità, dà soluzione negativa alla questione della legittimità del relativo atto (Corte dei Conti, Sez. contr. Stato, 8 giugno 1978, n. 883), mentre sembra ammettere la rinuncia tacita alla prescrizione, ai sensi dell'art. 2937, terzo comma c.c., anche mediante dichiarazione di interesse ad una pronuncia di merito, nel caso di crediti nascenti sulla base di rapporti diversi da quello di pubblico impiego (Corte dei conti, Sez. II, 10 marzo 1994, n. 72; Corte dei Conti, Sez. I, 9 marzo 1991, n. 88).

F. Q.

più rate non dovute di stipendi ed assegni equivalenti. A tale norma hanno fatto riferimento talune pronunce per escludere che l'Amministrazione possa rinunciare alla prescrizione già compiuta (Cons. Stato, III, 22 ottobre 1958, n. 883; Cons. Stato, IV, 3 maggio 1961; n. 290; Cons. Stato, IV, 16 gennaio 1962, n. 12; Cons. Stato, VI, 29 settembre 1992, n. 690; così anche Corte dei Conti, Sezione controllo Stato, 15 giugno 1978, n. 884).

Tale disposizione si contrapporrebbe alla normativa di diritto civile, secondo cui non è ammessa la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato in adempimento di un debito prescritto (art. 2940 del codice civile), consentendo invece alla pubblica amministrazione di ripetere ciò che è stato pagato.

Tuttavia alcune pronuncie ammettono l'applicabilità anche alla pubblica amministrazione dell'istituto della rinuncia tacita alla prescrizione (Cons. Stato, VI, 18 marzo 1993, n. 251; Cons. Stato, VI, 1° aprile 1993, n. 378; per un'ammissione implicita: Cons. Stato, IV, 16 novembre 1962, n. 616).

L'assoggettamento della fattispecie alla disciplina propria del codice civile, affermato dalle suddette decisioni, pare trovare il proprio fondamento teorico negli orientamenti che tendono a ricondurre le obbligazioni pubbliche nell'ambito della disciplina civilistica, affermando l'unità concettuale dell'istituto dell'obbligazione che, secondo tale impostazione, una volta insorta all'esito di un procedimento in cui si esprime ed esaurisce l'interesse pubblico — dovrebbe essere integralmente regolata dalla disciplina del diritto privato.

Sotto il secondo profilo, ammettendo in via ipotetica l'applicabilità delle disposizioni del codice civile sopra indicate alla fattispecie in esame, dovrebbe valutarsi — in una prospettiva tipicamente privatistica — se in effetti il pagamento di un credito prescritto possa qualificarsi, nel caso in esame, quale rinuncia tacita alla prescrizione nei confronti dei crediti per svalutazione monetaria ed interessi.

Secondo la prevalente giurisprudenza civile, perché possa sussistere una rinuncia tacita alla prescrizione, ai sensi dell'art. 2937 comma 3 c.c., è necessaria un'incompatibilità assoluta tra il comportamento del debitore e la volontà dello stesso di avvalersi della causa estintiva del diritto altrui, cioè il riconoscimento non equivoco, da parte del debitore, del debito prescritto. Occorre, cioè, che nel detto comportamento sia necessariamente insita, senza nessuna possibilità di diversa interpretazione, l'inequivocabile *volontà* dello stesso di rinunciare alla prescrizione già maturata e quindi di considerare tuttora esistente ed azionabile quel diritto che si era invece estinto (Cassazione civile, 14 settembre 1992, n. 10480; 22 novembre 1990, n. 11269; 29 marzo 1989, n. 1489; 25 giugno 1988, n. 4292; 29 ottobre 1988, n. 5848; 12 giugno 1987, n. 5148, n. 5149, n. 5150; 15 ottobre 1986, n. 6036; 2 giugno 1982, n. 3373; 15 giugno 1981, n. 3898; 30 ottobre 1980, n. 5849; 15 luglio 1980, n. 4553; 5 febbraio 1980, n. 24; 22 mag-

gio 1979, n. 2959; 16 dicembre 1980, n. 6002; 8 aprile 1965, n. 614; 29 aprile 1965 n. 766; 25 luglio 1956, n. 2856; 4 giugno 1962 n. 1338; 30 ottobre 1963, n. 2917; 9 maggio 1964, n. 1099; 28 febbraio 1966, n. 614).

In definitiva, secondo tale giurisprudenza occorrerebbe accertare, di volta in volta, se il *solvens* sia stato a conoscenza dell'avvenuto compimento della prescrizione.

Soltanto in alcune decisioni il pagamento del debito prescritto è qualificato non come negozio giuridico, ma come atto giuridico in senso stretto, privo di valore negoziale, senza necessità di un particolare atteggiamento della volontà da parte del *solvens*. Secondo tale impostazione, al fine di stabilire se un determinato comportamento del debitore integri rinuncia tacita alla prescrizione, ai sensi dell'art. 2937 c.c., dovrebbe farsi esclusivo riferimento all'obiettiva consistenza di detto comportamento ed alle circostanze nelle quali è stato posto in essere, mentre resterebbe irrilevante l'eventuale ignoranza del debitore medesimo in ordine alla maturazione del termine prescrizionale (Cass. civ. 8 agosto 1978, n. 3856; 28 maggio 1988, n. 3672).

3. Per la soluzione della questione il collegio ritiene debba innanzitutto verificarsi se il ricordato art. 3 del R.D.L. n. 295 del 1939 sia ancora in vigore ovvero debba ritenersi abrogato implicitamente dalle ricordate disposizioni del codice civile relative all'irripetibilità del pagamento del debito prescritto.

La soluzione positiva circa il perdurante vigore della disposizione, condiviso dal collegio, si fonda non soltanto sul principio secondo cui la legge posteriore di carattere generale non deroga, salvo diversa volontà legislativa, alla legge speciale anteriore, ma soprattutto sul dato letterale del richiamo nel d.P.R. 30 giugno 1955, n. 1544, concernente il decentramento dei servizi del Ministero del Tesoro, il cui art. 3 demanda « agli Uffici provinciali del tesoro il compito di provvedere al recupero dei crediti erariali derivanti da indebite riscossioni effettuate da dipendenti dello Stato in attività di servizio o da pensionati ed altri assegnatari in relazione alle competenze oggetto dei ruoli di spesa fissa che detti Uffici amministrano. Il recupero predetto deve essere effettuato osservando le disposizioni di cui all'art. 3 del regio decreto legge 19 gennaio 1939, n. 295 ». Come già sopra ricordato, secondo tale disposizione, l'Amministrazione può trattenere il pagamento di altri crediti che vengano a maturarsi (qualora non abbia altro mezzo per conseguire il rimborso), allorché risulti effettuato il pagamento di una somma prescritta o, in genere, se risultino pagate una o più rate non dovute di stipendi ed assegni equivalenti. Ed a tale norma — com'è noto — hanno fatto riferimento talune pronunce per escludere che l'Amministrazione possa rinunciare alla prescrizione già compiuta.

Occorre tuttavia chiarire la portata ed i limiti della disposizione, che è indubbiamente norma speciale rispetto alla disciplina non soltanto della prescrizione del codice civile, ma anche delle obbligazioni della P.A. diverse dalle « rate ... di stipendi ed assegni equivalenti, di pensione ed indennità che ne tengano luogo » e dagli altri emolumenti che traggono la loro causa nel rapporto di pubblico impiego (cfr. l'art. 3 prima parte *cit.*).

Il carattere speciale della disposizione, derogatorio rispetto alla disciplina di diritto comune, ne impedisce dunque l'applicazione estensiva ai crediti pecuniari della P.A. diversi da quelli che hanno fonte in un rapporto di pubblico impiego, consentendone soltanto l'applicazione analogica nei confronti di pubblici dipendenti anche non statali.

Ciò premesso, l'Adunanza plenaria, in ordine alla controversa questione dell'ammissibilità in astratto della rinunzia (espressa o tacita) dell'Amministrazione ad eccepire la prescrizione di un proprio credito per interessi e rivalutazione monetaria, ritiene debba darsi differente soluzione a seconda che si tratti o meno di credito avente causa in un rapporto di pubblico impiego.

Nella prima ipotesi — che è quella della controversia in esame — l'Amministrazione non ha alcuna facoltà di rinunciare alla prescrizione ed alla relativa eccezione, in quanto l'art. 3 *cit.* la obbliga — nell'ipotesi di pagamento di emolumenti corrisposti al pubblico impiegato nonostante l'intervenuta prescrizione — al recupero delle somme relative. Ed è appena il caso di considerare che — come le parti convengono — identico è il regime della sorte del credito di lavoro (anche del pubblico dipendente) e dei relativi interessi, e rivalutazione monetaria, cui dunque vanno estesi gli effetti dell'irrinunciabilità della prescrizione al credito principale.

Pertanto, sempre in tale prima ipotesi di crediti di lavoro dipendente pubblico, l'eventuale rinuncia espressa alla prescrizione si configura come atto illegittimo (emesso nell'esercizio di un potere non discrezionale), e come tale suscettibile di provvedimenti di autotutela secondo i noti principi. Viceversa, la rinuncia tacita dell'Amministrazione, nella medesima ipotesi, non può in alcun modo configurarsi, per effetto — oltre che dell'art. 3 *cit.* — della preclusione di cui all'art. 2397 primo comma cc., secondo cui non può rinunziare alla prescrizione chi non può disporre validamente del diritto. E che l'Amministrazione non possa disporre legittimamente del diritto, nell'ipotesi considerata, discende proprio dall'art. 3 *cit.*

Alla luce dell'art. 2937 primo comma *cit.* dovrà invece valutarsi la diversa ipotesi — che però non ricorre nella controversia in esame — dell'ammissibilità della rinuncia (espressa o tacita, unilaterale o transattiva) dell'Amministrazione alla prescrizione di crediti nei propri confronti non aventi causa in un rapporto di pubblico impiego.

CONSIGLIO DI STATO, Ad. Plen., 17 settembre 1996, n. 19 - *Pres.* Anelli - *Est.* Perricone - Polito (avv. Coronas) c. INPDAP (avv. Stato Cesaroni).

Contabilità pubblica - Indennità buonuscita E.N.P.A.S. - Computo - Criteri - Personale polizia di Stato - Indennità pensionabile ex art. 43 terzo comma legge n. 121 del 1981 - Esclusione.

L'indennità prevista per il personale della polizia di Stato dall'articolo 43, terzo comma della legge 1 aprile 1981 n. 121 non può essere computata nell'indennità di buonuscita E.N.P.A.S. (1).

---

(1) L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sembra assumere una posizione definitiva in materia di computo di speciali indennità spettanti a pubblici dipendenti ai fini dell'indennità di buonuscita E.N.P.A.S.

La decisione segue alla n. 18 del 17 settembre 1996 ed alle n. 6, 7, 8 e 9 del 21 maggio 1996, tutte di identico tenore.

Sul punto, la giurisprudenza del Consiglio di Stato si era dapprima mostrata propensa ad includere nella base contributiva ai fini dell'indennità di buonuscita E.N.P.A.S. le indennità cui andasse riconosciuta natura retributiva, intendendo come tali quelle poste in rapporto sinallagmatico con la prestazione lavorativa, percepite continuativamente e non già in occasione ma a causa del rapporto di lavoro.

Per tale via si era giunti ad ammettere nel calcolo da operare ai fini dell'indennità di buonuscita l'indennità di impiego operativo spettante ai militari a decorrere dal 1° gennaio 1983 (Cons. St., Sez. VI, 7 marzo 1991, n. 147, secondo cui l'art. 23 della legge 23 marzo 1983, n. 78, avrebbe conferito natura retributiva alla stessa indennità già spettante ai militari, ai sensi dell'art. 2, della legge 6 marzo 1956, n. 192, in ragione della particolare disagiata condizione in cui veniva svolto il servizio), l'indennità prevista dagli artt. 43, terzo comma, della legge 1° aprile 1981, n. 121, legge 20 marzo 1984, n. 34, nonché 5 e 11 del d.P.R. 27 marzo 1984, n. 69, a favore del personale dell'Arma dei carabinieri (Cons. St., Sez. VI, 28 giugno 1995, n. 659; Cons. St., Sez. VI, 7 luglio 1995, n. 675), nonché gli aumenti *ex lege* n. 112 del 1977 e d.P.R. n. 116 del 1977 concessi ai dipendenti dell'allora Azienda autonoma ferrovie dello Stato (Cons. St., Sez. VI, 1° aprile 1992, n. 202).

Con la decisione pubblicata — e con quelle che di poco la precedono — viene nettamente superato il criterio della natura retributiva dell'emolumento ai fini della sua computabilità nell'indennità di buonuscita — criterio che aveva già condotto ad escludere la computabilità dell'indennità giudiziaria prevista dall'art. 3 della legge 19 febbraio 1981, n. 27, in quanto correlata allo *status* di magistrato ed alla funzione espletata (Cons. St., Sez. IV, 16 dicembre 1995, n. 1004) — con argomentazioni che risentono dell'intervento sul tema della Corte Costituzionale con la sentenza n. 278 del 27 giugno 1995. Con questa viene respinta l'eccezione di incostituzionalità del combinato disposto degli artt. 3 e 38 del T.U. 29 dicembre 1973, n. 1032 e della legge 23 marzo 1983, n. 78, nella parte in cui non consente l'inclusione dell'indennità militare operativa, pur pensionabile, nell'indennità di buonuscita E.N.P.A.S., sollevata per presunto contrasto con gli artt. 3 e 36 della Costituzione, sul rilievo che il principio di adeguatezza della retribuzione non implica che un emolumento, in quanto pensionabile, debba essere anche necessariamente incluso nella buonuscita. La

(*omissis*) La questione sottoposta all'esame dell'Adunanza Plenaria consiste nel determinare se l'indennità pensionabile di polizia di cui all'art. 43, terzo comma, della legge 1° aprile 1981 n. 121 ed agli artt. 2 legge 20 marzo 1984 n. 34 e 5 ed al d.P.R. 27 marzo 1984 n. 69, debba essere computata ai fini dell'indennità di buonuscita di cui al T.U. approvato con d.P.R. 29 dicembre 1973 n. 1032.

L'indennità di cui sopra è determinata « in base alle funzioni attribuite, ai contenuti di professionalità richiesti, nonché alla responsabilità ed al rischio connessi al servizio ». Essa è correlata alle modalità della prestazione lavorativa ad ai rischi connessi al particolare servizio di polizia, senza essere condizionata dalla dimensione temporale delle prestazioni rese, per cui ne è stata ritenuta la natura retributiva con varie decisioni del Consiglio di Stato, che ha affermato che la stessa dovesse essere ricompresa fra le indennità atte, a norma dell'art. 38 del d.P.R. 29 dicembre 1973 n. 1032, a definire la base contributiva ai fini del calcolo dell'indennità di buonuscita.

In dette decisioni è stato osservato come, se è vero che, nell'elencazione di tale articolo dei vari assegni computabili, non è inclusa l'indennità in esame, è altrettanto vero che il primo comma ha stabilito che la base contributiva è costituita dall'80% dello stipendio, paga o retri-

---

stessa Corte esclude un contrasto con la sua precedente sentenza n. 243 del 19 maggio 1993, con cui era stata dichiarata incostituzionale la mancata inclusione dell'indennità integrativa speciale nella buonuscita, per essere quest'ultima indennità finalizzata — a differenza della prima — ad integrare il rapporto di proporzionalità, garantito dall'art. 36 della Costituzione, tra retribuzione e quantità e qualità di lavoro.

Sul solco di tale giurisprudenza, l'Adunanza Plenaria giunge a conclusioni negative sulla possibilità di inclusione nell'indennità di buonuscita dell'indennità di impiego operativo a favore del personale militare (A.P. n. 18) e di quella *ex* art. 43, terzo comma, della legge n. 121 del 1981 prevista per il personale della polizia (A.P. n. 19), dandosi carico, altresì, di spiegare le ragioni per le quali tali indennità non possono farsi rientrare nell'80% dello stipendio annuo valutabile ai sensi dell'art. 38 del d.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1032.

In proposito, contrariamente a quanto sostenuto nella sentenza n. 147 del 1991, il Consiglio di Stato accede ad una interpretazione estremamente formalistica — seppur basata sulla ricostruzione storico-sistematica della disciplina in materia — degli istituti della retribuzione e dello stipendio, risalente al concetto di paga tabellare, discostandosi dal criterio della natura sostanzialmente retributiva, ancorata ad una prestazione continuativa a causa del rapporto di lavoro.

Accanto ad una così restrittiva interpretazione della retribuzione, appare del tutto logico che l'Adunanza Plenaria consideri in senso altrettanto restrittivo l'altra voce presa a riferimento dall'art. 38 ai fini della formazione della base contributiva dell'indennità di buonuscita, costituita dagli assegni e dalle indennità previsti dalla legge come utili ai fini del trattamento previdenziale, cui il giudice amministrativo riconosce carattere tassativo, escludendo di potervi ricomprendere le indennità in questione.

F. Q.

buzione annui, con la conseguenza che le indennità, che si presentino con caratteristiche retributive, debbano ritenersi incluse ex se nella base contributiva.

Analogo orientamento era stato in precedenza espresso da altre decisioni del Consiglio di Stato, in relazione all'indennità di impiego operativo spettante al personale militare, secondo la nuova disciplina recata dalla legge 23 marzo 1983 n. 78, con decorrenza dal gennaio 1983, di cui espressamente è stabilita la sola pensionabilità con effetto dal gennaio 1982 ai sensi dell'art. 23, secondo comma, della stessa legge, senza che alcuna norma (così come per l'indennità pensionabile di cui si tratta) ne stabilisca la computabilità ai fini dell'indennità di buonuscita.

Per entrambi gli istituti erano stati elaborati identici principi e, difatti, negli atti di appello, ai citati precedenti giurisprudenziali riguardanti le indennità di impiego operativo corrisposte al personale militare, in base alla novella dell'art. 1 della legge 23 marzo 1983 n. 78, si sono richiamati gli appellanti a sostegno del fondamento della loro pretesa, anche se gli appellanti di cui al ricorso n. 3904/1994, con memoria depositata il 19 giugno 1996, a seguito della decisione n. 6/96 dell'Adunanza Plenaria — che ha ritenuto la non computabilità nell'indennità di buonuscita dell'indennità di impiego operativo — hanno dedotto che questa ha caratteristiche e natura diverse dall'indennità di polizia.

A tale riguardo, pur dovendosi riconoscere che diversa è la *ratio* delle due indennità e che queste sono state istituite per assolvere a diverse finalità, va riconfermato, per le ragioni innanzi espresse, che entrambe hanno natura retributiva, ma non rientrano nella voce « stipendio », che, per quanto concerne l'indennità di polizia, è tenuta distinta dall'emolumento in questione dal citato art. 43, terzo comma, della legge 1° aprile 1981 n. 121.

Tuttavia, ad avviso del Collegio, va rilevato che, dal riconosciuto carattere retributivo dell'indennità di polizia, non discende implicitamente che questa debba essere computata ai fini dell'indennità di buonuscita. Di detta indennità è stabilita espressamente soltanto la pensionabilità ma non sussiste una corrispondenza biunivoca necessaria tra la pensionabilità di un emolumento e la sua inclusione nell'indennità di buonuscita.

In effetti, l'indennità di buonuscita corrisposta dall'E.N.P.A.S. agli ex dipendenti dello Stato (R.D. 26 febbraio 1928 n. 619; legge 23 novembre 1957 n. 1139; T.U. delle norme sulle prestazioni previdenziali in favore dei dipendenti civili e militari dello Stato, approvato con d.P.R. 29 dicembre 1973 n. 1032; legge 29 aprile 1976 n. 177; legge 20 marzo 1980 n. 75; legge 29 gennaio 1994 n. 87) ha chiaramente una funzione previdenziale (Corte Costituzionale, Sent. 19 giugno 1979 n. 82) e non costituisce una forma di retribuzione differita, come il trattamento di fine rapporto per i lavoratori privati di cui agli artt. 2120 e 2121 c.c. o come l'indennità

di anzianità spettante ai dipendenti degli enti pubblici non economici in forza dell'art. 13, legge 20 marzo 1975 n. 70.

Il Fondo di previdenza che la eroga, infatti, è alimentato anche dai contributi degli stessi iscritti ed è gestito ed amministrato non già dal datore di lavoro (Stato), sibbene da un terzo soggetto (E.N.P.A.S.) del rapporto previdenziale trilatero.

Ora, nell'ambito di un tale assetto giuridico, tipico dell'attuale sistema di previdenza obbligatoria (laddove l'esistenza di leggi speciali comporta la deroga al c.d. principio dell'« automatismo delle prestazioni » di cui all'art. 2116 c.c.) è imprescindibile il nesso sinallagmatico che intercorre tra la contribuzione obbligatoria e la prestazione previdenziale, nel senso che questa non può essere garantita senza quella.

Da tale postulato discende che la composizione della indennità *de qua*, come del resto per tutte le altre indennità similari, è connessa all'ampiezza della base contributiva e che la configurazione e la stessa struttura dell'indennità nonché l'entità delle diverse partecipazioni contributive, sono riservate esclusivamente alle valutazioni discrezionali del legislatore (Corte Costituzionale, Sent. 13 marzo 1980 n. 26).

La tecnica impiegata per la determinazione di tali elementi è quella della tassativa enumerazione che viene effettuata, specificatamente e direttamente, dalla legge.

Attualmente la base contributiva di calcolo dell'indennità di buonuscita è costituita dall'80% dello stipendio annuo, della tredicesima mensilità (art. 2 legge n. 75/1980), dell'indennità integrativa speciale (art. 1 legge n. 87/1994) e dei soli assegni ed indennità tassativamente indicati dall'art. 38 d.P.R. n. 1032 del 1973, fra le quali non è compresa la c.d. indennità di polizia di cui all'art. 43, terzo comma, della legge 1° aprile 1981 n. 121 ed agli artt. 2 legge 20 marzo 1984 n. 34 e 5 e al d.P.R. 27 marzo 1984 n. 69.

Infatti, sia lo stesso art. 38 che l'art. 2 della legge 20 marzo 1980 n. 75 (che ha espressamente riconosciuto la XIII mensilità come utile ai fini della liquidazione dell'indennità di buonuscita), precisano che possono concorrere a formare la citata base contributiva soltanto gli assegni e le indennità specificatamente indicati, nonché, come norma di chiusura, quelli previsti dalla legge come utili ai fini del trattamento previdenziale, mentre le citate disposizioni normative concernenti l'indennità di polizia non contemplano affatto l'utilizzabilità di tale emolumento ai fini previdenziali.

Né l'indennità *de qua* può farsi rientrare, per avere natura retributiva, nella voce stipendio, paga o retribuzione annui (di cui al citato art. 38 d.P.R. 1032/1973) che costituiscono la base contributiva.

Invero, quest'ultima triplice elencazione non sembra voler accomunare nella terza forma di emolumenti ogni altro compenso che non rientri

fra gli stipendi o le paghe e che abbia carattere di continuità. Essa elencazione sembra invece ricalcare una distinzione che esisteva all'epoca dell'entrata in vigore delle norme riunificate nel testo unico in esame, norme che ripetutamente definivano i compensi tabellari spettanti ai dipendenti statali come « stipendi, paghe o retribuzioni »: art. 1 d.P.R. 5 giugno 1965 n. 749; art. 1 d.P.R. 21 aprile 1965 n. 373 e tabella D (retribuzione del personale civile non di ruolo); art. 1 d.P.R. 11 gennaio 1956 n. 19; art. 1, secondo comma, R.D.L. 4 febbraio 1937 n. 100.

Insomma, il termine retribuzione, contenuto nell'art. 38 del Testo Unico in esame, non è ricomprensivo di qualsiasi emolumento continuativamente erogato a corrispettivo dell'opera prestata.

D'altra parte, la locuzione « stipendio » nel pubblico impiego va, in linea di massima, intesa come paga tabellare e non come comprensiva di tutti gli emolumenti erogati con continuità ed a scadenza fissa (Cons. St., Sez. VI, n. 344 del 6 luglio 1982 e Sez. IV, n. 719 del 25 settembre 1990).

Il che significa che, per stabilire l'idoneità di un certo compenso a fare parte della base contributiva dell'indennità di buonuscita, ciò che rileva non è il carattere sostanziale di esso (natura retributiva o meno), ma il dato formale e cioè il regime impresso dalla legge a ciascun emolumento (Cons. St., Sez. VI, 3 aprile 1985 n. 121 e 5 novembre 1990 n. 946; Cons. St., Sez. IV, 9 ottobre 1991 n. 783).

E, nella specie, nessuna disposizione di legge stabilisce la computabilità ai fini dell'indennità di buonuscita dell'indennità di polizia.

In conclusione, va quindi affermato che, nel ripetuto art. 38, vi è l'elencazione delle voci retributive che, in aggiunta a quelle cosiddette « tabellari », concorrono a formare la base contributiva per l'indennità di buonuscita e che perciò, in forza dell'art. 3 dello stesso Testo Unico, si computano ai fini della misura della prestazione di fine lavoro. Ad esse, per il disposto espresso dal secondo comma dell'art. 38, si aggiungono soltanto i compensi che dalla legge siano contemplati al fine in discussione: « concorrono altresì a costituire la base contributiva gli assegni e le indennità previsti dalla legge come utili ai fini del trattamento previdenziale ».

Ciò posto, gli appelli vanno respinti.

CONSIGLIO DI STATO - Sez. IV - 4 luglio 1996 n. 820 - *Pres.* Iannotta - *Est.* Giaccardi - Ministero Difesa (avv. Stato Russo V.) c. Rocchi Bruno (avv. Fossà).

Atto amministrativo - Documenti rappresentativi di mera attività interna dell'amministrazione - Accesso ai documenti - Configurabilità.

L'art. 22 della legge 7 agosto 1990 n. 241 prevede espressamente che il diritto di accesso debba essere riconosciuto anche con riguardo a

documenti rappresentativi di mera attività interna dell'Amministrazione, a prescindere dal fatto che, gli stessi siano stati, o meno, concretamente utilizzati ai fini dell'attività con rilevanza esterna (1).

(*omissis*) L'appello è infondato.

Premesso che non è in contestazione tra le parti la circostanza che la nozione di « documento amministrativo », rilevante ai fini dell'esercizio del diritto di accesso ai sensi dell'art. 22 L. 241/1990, sia in astratto suscettibile di includere anche la registrazione fonografica di dichiarazioni orali rese nel corso del procedimento da soggetti in esso a vario titolo coinvolti, l'Amministrazione contesta nondimeno, nel caso concreto, la fondatezza della domanda sotto tre distinti profili, che possono così sinteticamente riassumersi:

a) perché le registrazioni fonografiche delle sedute della Commissione Affari Generali del Consiglio della Magistratura Militare, relative al procedimento di trasferimento per incompatibilità ambientale instaurato nei confronti dell'odierno appellato, sono state effettuate unicamente in funzione di un'eventuale ed ipotetica necessità di ausilio dell'attività di verbalizzazione (senza peraltro essere state concretamente utilizzate ai fini della stesura del verbale), nonché in funzione di ausilio mnemonico per i partecipanti alla seduta, alla stregua di meri appunti informali, come tali insuscettibili di assurgere al rango di « documenti amministrativi »;

b) perché difetterebbe un interesse concreto ed attuale ad ottenere l'accesso, non avendo il Rocchi a suo tempo contestato il contenuto dei verbali, integralmente riversato agli atti di un successivo procedimento disciplinare già conclusosi con l'irrogazione della sanzione della censura;

c) perché le registrazioni di sedute non pubbliche della Commissione — peraltro mai integrate dalle formalità necessarie a garantirne la genuinità ed autenticità — potrebbero contenere elementi rivelatori di opinioni espresse dai singoli componenti destinate a rimanere segrete, o comunque non soggette a verbalizzazione, ai sensi della normativa vigente (artt. 15 e 36 del Regolamento interno del Consiglio e art. 24 L. 241/1990).

Quanto all'argomento sub a), osserva il Collegio che lo stesso art. 22 della legge n. 241/1990 prevede espressamente che il diritto di accesso debba essere riconosciuto anche con riguardo a documenti rappresentativi di mera attività interna dell'Amministrazione, a prescindere dal fatto

(1) Non ci sono precedenti in termini.

che gli stessi siano stati, o meno, concretamente utilizzati ai fini dell'attività con rilevanza esterna. E' pertanto irrilevante, come correttamente ritenuto dal primo giudice, che la formazione del documento sia stata, o meno, prevista espressamente dall'Amministrazione in sede di autodisciplina del caso concreto, o ancora che la sua utilizzazione sia stata contemplata come meramente eventuale ed in funzione ausiliaria di altra forma documentale (il verbale scritto), dovendo ritenersi che il diritto di accesso sia funzionale anche alla sola possibilità di comparare fra loro le diverse forme di documentazione in concreto adottate dall'Amministrazione, al fine di un eventuale sindacato sulla veridicità e completezza del documento quindi utilizzato ai fini della formazione del provvedimento finale.

Né, per altro verso, può condividersi l'assunto dell'Amministrazione appellante secondo cui le registrazioni in questione dovrebbero essere assimilate, sotto il profilo funzionale, a semplici appunti informali utilizzabili in guisa di « ausilio mnemonico » dai singoli partecipanti al procedimento. A prescindere dal rilievo che un tale argomento non è in alcun modo rinvenibile nella motivazione del provvedimento di diniego di accesso impugnato in primo grado (il cui contenuto prescrittivo segna anche i confini del sindacato giurisdizionale a carattere impugnatorio previsto dall'art. 25 L. 241/1990), appare comunque evidente che la documentazione fonografica delle (sole) deposizioni rese dinanzi alla Commissione, depurata da osservazioni, rilievi ed appunti soggettivi eventualmente formulati dai singoli componenti dell'organo, non è in alcun modo assimilabile a semplici « note, appunti, brogliacci, promemoria comunque denominati », rappresentando invece la più fedele ed obiettiva tra le possibili riproduzioni documentali di un'attività istruttoria giuridicamente rilevante collegialmente posta in essere dalla Commissione e, in quanto tale, destinata ad influire sulla formazione del provvedimento finale.

Egualmente da respingersi è l'argomento sub b), con il quale si contesta, in sostanza, l'esistenza ed attualità di un interesse giuridicamente rilevante all'esercizio del diritto di accesso, in ragione della mancata tempestiva contestazione delle risultanze del verbale e della già avvenuta utilizzazione dello stesso nell'ambito di un successivo procedimento disciplinare. Ed invero, premesso che la semplice pendenza di ricorso per Cassazione avverso il provvedimento irrogativo della sanzione disciplinare vale di per sé a comprovare l'esistenza di un'*utilitas* immediata all'acquisizione di ogni elemento di fatto idoneo a rimettere in discussione la valutazione operata in prima istanza, osserva comunque il Collegio che l'ampia formulazione dell'art. 22, primo comma L. 241/1990 (« chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente

rilevanti») impone all'interprete di ascrivere fra i titoli legittimanti all'esercizio del diritto (strumentale) di accesso anche posizioni di interesse non attuali (o almeno non rilevabili con immediatezza), ma che possano concretizzarsi e specificarsi proprio a seguito, ed in forza, degli elementi di conoscenza acquisibili attraverso l'*iter* procedimentale all'uopo previsto dal legislatore.

L'ultimo motivo di doglianza (sub c) muove, ad avviso del Collegio, da un'inesatta rappresentazione del contenuto della domanda di accesso a suo tempo presentata dal dott. Rocchi: il quale, per vero, non ha mai richiesto di prendere conoscenza del contenuto integrale delle registrazioni delle sedute della Commissione nelle quali vennero acquisite deposizioni testimoniali, ma esclusivamente delle parti di registrazione attinenti alle suddette deposizioni. Entro i suddetti limiti, l'esercizio del diritto di accesso non può trovare ostacolo in presunte esigenze di riservatezza, afferenti in particolare alle previsioni regolamentari che, da un lato, impongono la segretezza dei voti e delle opinioni riguardanti le persone, espressi dai componenti delle Commissioni in sedute non pubbliche (art. 15 Reg. interno del Consiglio) e, dall'altro, prevedono la verbalizzazione delle opinioni espresse dai componenti del Collegio solo se questi ne facciano richiesta (art. 36 Reg. cit.): l'Amministrazione, infatti, nel rendere doverosamente ostensibile il contenuto integrale delle dichiarazioni verbalmente rese dai testimoni, sì da consentirne un puntuale raffronto con il testo verbalizzato, ben potrà (e dovrà) provvedere allo stralcio delle eventuali porzioni di nastro registrato nelle quali vengano esternate opinioni soggettive dei componenti della Commissione, in quanto tali estranee alla stessa domanda di accesso, e prive di diretta rilevanza ai fini della tutela dello specifico interesse fatto valere in giudizio (relativo, giova ribadirlo, al controllo estrinseco sulla completezza e veridicità della verbalizzazione concernente le dichiarazioni dei testimoni escussi).

Merita, infine, piena conferma il rilievo della sentenza appellata secondo cui il mancato espletamento delle formalità necessarie a garantire la genuinità ed autenticità dei nastri registrati non rileva ai fini dell'ammissibilità all'accesso, potendo se mai venire in considerazione ai diversi effetti del valore probatorio da attribuire, nella competente sede giurisdizionale, al documento rappresentativo di cui trattasi, in rapporto ad altro documento rappresentativo fidefaciente, quale il verbale scritto.

Per le svolte considerazioni, l'appello deve essere respinto, con conseguente conferma dell'impugnata sentenza di primo grado, nella sua duplice valenza annullatoria del provvedimento di diniego e dichiarativa del diritto di accesso (nei limiti dianzi precisati, peraltro coerenti al contenuto della domanda).

CONSIGLIO DI STATO - Sez. VI - 25 maggio 1996 n. 727 - *Pres.* Salvatore P. - *Est.* Allegretta - Pasquini Laura (avv. C. D'Alessandro) c. Osservatorio Geofisico Sperimentale di Trieste (avv. Stato Mangia).

Atto amministrativo - Accesso ai documenti - Diritto - Requisiti - Individuazione.

Atto amministrativo - Accesso ai documenti - Domanda di accesso - Motivazione - Necessità - Limiti.

Il diritto di accesso si configura come un diritto all'informazione qualificata, riconosciuto, peraltro, soltanto in relazione ad una specifica legittimazione, individuata nella titolarità di un interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, non potendo esso atteggiarsi come una sorta di azione popolare diretta a consentire una sorta di controllo generalizzato sull'amministrazione (1).

Rilevato che il presupposto del diritto di accesso è costituito dalla sussistenza di una situazione giuridicamente rilevante in ragione della quale e per la cui tutela detto istituto viene azionato, è necessario, allo scopo di permettere l'accertamento dell'esistenza e della natura di tale situazione, che la domanda di accesso sia motivata. Tale onere, tuttavia, deve escludersi tutte le volte che il diritto di accesso sia sottratto a detto accertamento e un'ipotesi del genere ricorre nel caso di accesso da parte del pubblico dipendente ai documenti che lo riguardano direttamente e che siano nella disponibilità dell'Amministrazione dalla quale egli dipende (2).

---

(1) La sentenza in esame ribadisce l'orientamento consolidato del Consiglio di Stato nel senso che il diritto di accesso ai documenti amministrativi spetta a chiunque abbia un interesse personale e concreto per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti e la legittimazione all'accesso ai documenti amministrativi è costituita appunto dall'interesse per la tutela di tali situazioni giuridicamente rilevanti; pertanto, tale diritto non può atteggiarsi come una sorta di azione popolare diretta a consentire una sorta di controllo generalizzato sull'amministrazione (cfr., in senso conforme, tra le tante, Cons. Stato, Sez. IV, 6 marzo 1995, n. 158, in questa *Rassegna*, 1995, 254 ss.; Sez. IV, 23 ottobre 1995, n. 830, in questa *Rassegna*, 1995, 430 ss.; Sez. IV, 5 dicembre 1995, n. 980, in *Il Cons. Stato*, 1995, 1658; Sez. VI, 19 ottobre 1995, n. 1190, in *Il Cons. Stato*, 1995, 1448 ss.).

(2) Sulla necessità della motivazione dell'istanza di accesso ai documenti amministrativi si veda Cons. Stato, Sez. IV, 11 gennaio 1994, n. 8, in *Il Cons. Stato*, 1994, 5. E, sul rilascio all'impiegato dello Stato degli atti del proprio fascicolo personale si veda Cons. Stato, Sez. IV, 8 settembre 1995, n. 688, in *Il Cons. Stato*, 1995, 1199 ss.

G. M.

La ricorrente con due note in data 7 giugno 1995 ha chiesto all'Amministrazione resistente, da cui dipende, il rilascio di copia autentica della deliberazione d'urgenza n. 14/95 datata 8 maggio 1995 e del relativo atto consiliare di ratifica, nonché della deliberazione con cui il Consiglio d'amministrazione dell'Ente ha affidato le funzioni di direttore generale ad altra dipendente.

Entrambe le domande sono state motivate con la generica formula « al fine di proporre ricorso innanzi al T.A.R. » e sono state respinte non risultando dimostrata la sussistenza di un interesse personale e concreto della richiedente.

Anche il Tribunale, al quale l'interessata si è rivolta, ha respinto il suo ricorso affermando che le due richieste non sono motivate, non essendo sufficiente l'accenno all'intenzione di proporre ricorso in sede giurisdizionale.

Sostiene in questa sede che la sua qualità di dipendente dell'Osservatorio resistente la legittimerebbe, di per sé, all'esercizio del diritto di accesso a tutti i provvedimenti che la riguardano direttamente nonché a quelli riguardanti il restante personale dell'Ente.

L'assunto è solo parzialmente fondato.

E' stato, ormai, chiarito che il diritto di accesso si configura come un diritto all'informazione qualificata, riconosciuto, peraltro, soltanto in relazione ad una specifica legittimazione, individuata nella titolarità di un interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, non potendo esso atteggiarsi come una sorta di azione popolare diretta a consentire una sorta di controllo generalizzato sull'amministrazione.

Poiché il suo presupposto è costituito dalla sussistenza di una situazione giuridicamente rilevante in ragione della quale e per la cui tutela detto istituto viene azionato, si comprende come, allo scopo di permettere l'accertamento dell'esistenza e della natura di tale situazione, sia stato imposto l'onere di un'adeguata motivazione della domanda di accesso (art. 3, co. 2, d.P.R. 27 giugno 1992 n. 352).

Tale onere, tuttavia, deve escludersi tutte le volte che il diritto di accesso sia sottratto a detto accertamento.

Un'ipotesi del genere ricorre nel caso di accesso da parte del pubblico dipendente ai documenti che lo riguardano direttamente e che siano nella disponibilità dell'Amministrazione dalla quale egli dipende.

A norma dell'art. 29 del d.P.R. 3 maggio 1957 n. 686, infatti, il pubblico dipendente ha diritto ad ottenere copia degli atti del suo fascicolo personale e questo, ai sensi del precedente art. 24, deve contenere « i provvedimenti relativi alla nomina, allo stato, alla carriera ed al trattamento economico ».

L'esercizio di questo diritto soggettivo, che non può essere negato neppure nel caso che la richiesta dell'interessato sia finalizzata ad una

mera ricognizione storica degli atti che lo riguardano in qualità di dipendente, non è condizionato in alcun modo alla verifica dell'esistenza di un interesse serio, personale e concreto del richiedente, prescritta dalle norme sull'accesso ai documenti amministrativi.

Di qui la superfluità di una particolare motivazione della domanda di accesso (C. S., Sez. IV, 8 settembre 1995 n. 688).

Le considerazioni fin qui svolte possono valere, nel caso di specie, per la richiesta relativa alla deliberazione d'urgenza n. 14/95 datata 8 maggio 1995 e relativo atto consiliare di ratifica, che recano l'assegnazione della ricorrente all'Ufficio contratti.

Non valgono, invece, quanto all'altro documento domandato in copia, concernente l'affidamento delle funzioni di direttore generale ad altra dipendente, della cui attinenza al suo stato la ricorrente non ha fornito alcuna dimostrazione, incombendole, in questo caso, ad escludere la natura meramente emulativa dell'istanza, il prescritto onere di «specificare e, ove occorra comprovare l'interesse connesso all'oggetto della richiesta» (art. 3, co. 2, d.P.R. n. 352 del 1992 *cit.*).

E tanto, a prescindere dall'inammissibilità eccepita dall'Amministrazione resistente, per omessa notificazione dell'impugnativa alla controinteressata titolare della situazione disciplinata dall'atto in questione.

Alla stregua delle considerazioni che precedono, l'appello in epigrafe dev'essere accolto soltanto in parte e, sussistendone i presupposti, va ordinato all'Amministrazione appellata di rilasciare alla ricorrente copia della deliberazione d'urgenza n. 14/95 datata 8 maggio 1995 e del relativo atto consiliare di ratifica.

CONSIGLIO DI STATO - Sez. VI, 25 ottobre 1996, n. 1408 - *Pres.* Ancora - *Est.* Allegretta - Ministero Lavoro e Previdenza Sociale (avv. Stato Salvatorelli) c. Alioto Francesco ed altri (avv. Satta).

Atto amministrativo - Procedimento - Legge n. 241 del 1990, artt. 7 e 8 - Comunicazione formale dell'avvio del procedimento - Necessità - Limiti.

Gli artt. 7 , 8 e 10 della L. 7 agosto 1990 n. 241 hanno lo scopo di consentire all'interessato, a proposito di ogni atto amministrativo che possa recare offesa ai suoi diritti, libertà ed interessi, di proporre fatti e argomenti e, occorrendo, di offrire mezzi di prova in suo favore, di cui l'Autorità amministrativa terrà conto; cosicché, quando tale scopo sia stato in qualsiasi modo raggiunto, una comunicazione formale dell'avvio del procedimento è superflua e la sua omissione non rende illegittimo il provvedimento. Di conseguenza, non sussiste l'obbligo di emet-

tere un formale atto di comunicazione dell'avvio del procedimento nei procedimenti per i quali è normativamente previsto un qualche atto attraverso il quale sia possibile realizzare una partecipazione dell'interessato, uguale a quella che gli consente la comunicazione di cui al citato art. 7 (1).

(*omissis*) Il Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale impugna la sentenza con la quale il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio ha annullato il decreto recante rimozione degli appellati dalla carica di commissari liquidatori della Cassa Popolare Stabiese, avendo ritenuto fondati i primi due motivi di ricorso, entrambi rivolti sostanzialmente a contestare la mancata comunicazione ai ricorrenti dell'inizio del procedimento e l'omesso rispetto dell'art. 37 della legge 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare), che prevede l'obbligo di sentire il commissario, prima di procedere alla sua revoca.

Il Tribunale ha affermato che l'art. 7 della legge 7 agosto 1990 n. 241 è compatibile con la citata disposizione della legge fallimentare ed ha concluso che, non ricorrendo nella specie un'ipotesi nella quale la legge esonera dall'obbligo di comunicare agli interessati l'avvio del procedimento, esso è stato violato.

Osserva, in contrario, l'Amministrazione appellante che l'art. 7 della legge n. 241 del 1990 non può trovare applicazione, tenuto conto che la materia è disciplinata da una norma speciale, l'art. 37 della legge fallimentare, il quale assolve in sostanza al medesimo scopo svolto ora, in via generale, dalla citata disposizione della legge sul procedimento amministrativo, la cui inosservanza era, per altro, giustificata dall'estrema urgenza di provvedere.

A suo avviso, comunque, gli adempimenti posti in essere possono esser ritenuti pienamente satisfattivi dell'obbligo di legge, risultando sia dal telegramma del 4 luglio 1992, di convocazione degli interessati presso la sede del Ministero, che dal verbale della successiva riunione ivi tenutasi, alla quale i ricorrenti sono intervenuti chiarendo la loro posizione, tutti gli elementi in fatto, nonché l'evidente manifestazione dell'intento di procedere collettivamente nei confronti di tutti i commissari, in quanto componenti dello stesso organo collegiale, all'accertamento delle responsabilità eventuali ed all'adozione dei conseguenti provvedimenti.

La censura è fondata nei termini che si diranno.

---

(1) Sull'ambito di applicazione degli artt. 7, 8 e 10 della legge 7 agosto 1990, n. 241, si vedano, in senso conforme a quella in esame, le decisioni del Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 agosto 1996, n. 999, e 12 agosto 1996, n. 1028 e 1029 in *Il Cons. Stato*, 1996, 1226-1227.

Secondo un orientamento giurisprudenziale che ormai può ritenersi stabile (C.S., Sez. V. 26 settembre 1995, n. 1364; id., 2 febbraio 1996, n. 132; id., 24 febbraio 1996, n. 232; Sez. IV, 2 gennaio 1996, n. 3), gli artt. 7, 8 e 10 della legge 7 agosto 1990 n. 241 hanno lo scopo di consentire all'interessato, a proposito di ogni atto amministrativo che possa recare offesa ai suoi diritti, libertà ed interessi, di proporre fatti e argomenti e, occorrendo, di offrire mezzi di prova in suo favore, di cui l'Autorità amministrativa terrà conto; cosicché, quando tale scopo sia stato in qualsiasi modo raggiunto, una comunicazione formale dell'avvio del procedimento è superflua e la sua omissione non rende illegittimo il provvedimento.

Con l'ulteriore corollario che l'obbligo di emettere un formale atto di comunicazione dell'avvio del procedimento non sussiste nei procedimenti per i quali è normativamente previsto un qualche atto attraverso il quale sia possibile realizzare una partecipazione dell'interessato, uguale a quella che gli consente la comunicazione di cui al citato art. 7.

Nel procedimento di revoca del commissario liquidatore di società in liquidazione coatta, in virtù del rinvio contenuto dall'art. 199 della legge 16 marzo 1942 n. 267 (legge fallimentare), si applicano le disposizioni di cui gli artt. 32, 37 e 38, comma 1, della stessa legge, intendendosi sostituita nei poteri del Tribunale e del giudice delegato l'Autorità che vigila sulla liquidazione.

L'art. 37 prevede il potere del Tribunale, e quindi dell'Autorità amministrativa vigilante sulla liquidazione, di procedere anche d'ufficio alla revoca del provvedimento di nomina del curatore, ma impone l'obbligo di sentire l'interessato.

È agevole rilevare al riguardo che, sebbene manchi un'espressa previsione di legge, l'audizione dell'interessato da parte della predetta Autorità non potrà avvenire se non previa sua convocazione, nella quale sarà necessariamente indicata la ragione della convocazione stessa e l'oggetto dell'audizione.

Si tratta, quindi, di atto che, visto dalla parte dell'interessato, è dotato di contenuto e funzione più ampi del mero avviso di avvio del procedimento previsto dagli artt. 7 e 8 della legge n. 241 del 1990: esso, infatti, non reca soltanto la notizia dell'apertura del procedimento, ma impone al suo destinatario uno specifico onere - quello di presentarsi in vista della difesa dei suoi interessi.

Si può, pertanto, concludere sul punto che la specialità della norma contenuta nell'art. 37 della legge fallimentare, da un lato, e l'identità di funzione (almeno dalla parte dell'interessato) del necessario atto di convocazione del liquidatore da revocare, dall'altro, consentono di non applicare delle menzionate disposizioni della legge 7 agosto 1990 n. 241.

Ovviamente, l'integrazione del contenuto dell'atto di convocazione con tutti quegli elementi prescritti dalla legge n. 241 del 1990, come l'indicazione della persona responsabile del procedimento e dell'ufficio

in cui si può prendere visione degli atti (art. 8), non lo vizierebbe in alcun modo, traendone, invece, giovamento i rapporti tra l'Autorità ed il privato in termini di correttezza e di trasparenza.

Sotto tale profilo, l'appello principale dev'essere accolto, fondandosi la sentenza impugnata esclusivamente sulla ritenuta violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990.

Si rende necessario, pertanto, procedere all'esame delle doglianze introdotte dagli appellati con l'appello incidentale.

Costoro, nel riproporre le censure di eccesso di potere per carenza e contraddittorietà di motivazione ed eccesso di potere per sviamento, avanzate in primo grado, e sottolineato che il Ministero, pur avendoli mantenuti in carica dopo aver accertato le responsabilità del Rotondo, così mostrando di aver scelto la via dell'accertamento delle responsabilità individuali, li ha revocati cinque mesi dopo con la mera affermazione della loro « non estraneità alle operazioni finanziarie incriminate, sia pure a diverso titolo e con responsabilità ancora da accertare », si dolgono che il provvedimento di revoca sia stato adottato nonostante che, in concreto, non siano state mai accertate loro responsabilità.

Né potrebbe costituire valida ragione della loro revoca la mancata realizzazione dell'accordo transattivo autorizzato dal Ministero per recuperare quanto di spettanza della liquidazione, trattandosi di fatto che non dipendeva dalla loro sola volontà, ma anche da quella dell'altra parte del rapporto controverso.

Alla stregua delle risultanze processuali anche queste censure si rivelano fondate.

I commissari Leuzzi ed Alioto, in quanto componenti del collegio dei liquidatori, certamente non sono stati estranei all'operazione di cui si tratta. Ma, ove si tenga conto che detta operazione ricevette il beneplacito sia del Comitato di sorveglianza, come risulta dalla relazione del 12, 15 e 17 ottobre 1992, che dello stesso Ministero del Lavoro, deve ammettersi che un provvedimento di rimozione degli appellati, ai quali, per altro, non risulta essere stata rivolta alcuna formale e personale contestazione, avrebbe dovuto recare, non una mera enunciazione di responsabilità da accertare, sibbene la dimostrazione di responsabilità accertate e gravi.

E per le stesse ragioni, in ogni caso, tali responsabilità non possono rinvenirsi nel fallimento delle trattative per la composizione del contenzioso sorto dalla più volte menzionata operazione finanziaria, non risultando esse in alcun modo accertate.

Per le considerazioni che precedono, devono essere accolti sia l'appello principale che quello incidentale, e, per l'effetto, devono essere annullati la sentenza appellata ed il decreto ministeriale del 30 novembre 1992 impugnato con il ricorso di primo grado.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. VI, 12 novembre 1996 n. 1555 - *Pres.* Salvatore - *Rel.* Millemaggi - Soc. VITA (avv. Iaricci) c. Ministero Trasporti (avv. Stato Stipo) e Soc. SAVDA (avv. Zammit).

Trasporti - Servizi internazionali disciplinati con Regolamento CEE - Principio della libera concorrenza.

Nel sistema della disciplina comunitaria in tema di servizi di trasporto internazionale regolari tra gli Stati membri, come disciplinati con il Regolamento CEE 16 marzo 1992 n. 684, principio fondamentale è quello della libera concorrenza, rispetto al quale non assume alcun rilievo l'utilità pubblica del servizio sulla considerazione degli interessi specifici di ciascun Stato, con la conseguenza anche che la presenza di un solo vettore autorizzato nel medesimo percorso non può costituire ostacolo al rilascio dell'autorizzazione, essendo di per sé tale presenza unica idonea al libero svolgimento della concorrenza (1).

(*omissis*)

1. L'appello è infondato.

2. In punto di fatto, entrambe le società, titolari di reti autostradali internazionali, erano da tempo interessate a introdurre novità nelle gestioni di trasporto internazionale di persone con autobus in ambito comunitario.

Più specificamente, la Soc. SAVDA, titolare con altra consociata di una fitta rete di autolinee internazionali colleganti il Piemonte e la Valle d'Aosta, la Savoia, l'Alta Savoia ed il Vallese, già in data 8 marzo 1990 aveva presentato al Ministero dei trasporti una istanza diretta ad ottenere la concessione comunitaria, con validità per sette anni, per l'esercizio di autolinea di nuova istituzione Gressoney-Pont St. Martin-St. Vincent-Cervinia-Aosta-Courmayeur-Aix Les Bains-Chambery-Hautecombe.

A sua volta, la Soc. VITA, della cui originaria titolarità si è detto, formulava richiesta di rilascio della concessione di nuova autolinea internazionale Pont S. Martin-Chambery, cui facevano opposizione in data 5 novembre 1990 la controinteressata con la sua consociata.

Il 2 e 3 maggio 1991 era svolta una riunione bilaterale fra Italia e Francia, nel corso della quale la delegazione francese si riservava di prendere posizione dopo che la Direzione compartimentale della Savoia

(1) La decisione conferma quella del TAR Lazio (in questa *Rassegna*, 1995, I, 95), nella quale si poneva in evidenza che, in materia di trasporti internazionali, l'esercizio di una autolinea forma oggetto di autorizzazione e non di concessione.

avesse espresso il proprio parere, ed in seguito a ciò, la SAVDA e la SADEM contattavano direttamente le autorità locali, che le invitavano a ridurre il percorso indicato in domanda, raggiungevano un accordo scritto, in data 27 settembre 1991, con la Soc. CARS GONNET di Belley per l'esercizio della nuova autolinea Pont St. Martin-Chambery e, previo nulla osta della Direzione compartimentale della Savoia, presentavano al Ministro dei trasporti italiano istanza di modifica della precedente domanda, corredata dei previsti allegati.

L'Autorità italiana ne dava atto rinviando ogni determinazione al riguardo alla prossima riunione istruttoria per le autolinee internazionali di nuova istituzione, mentre, con provvedimento dell'8 giugno 1992, definiva in senso negativo la domanda della Soc. VITA, per non essere stato ancora raggiunto un sostanziale accordo tra i Paesi interessati in ordine alla istituzione del servizio.

Quest'ultima società, avvalendosi delle possibilità offerte dal recente Regolamento comunitario, avanzava domanda direttamente all'Autorità francese che, adempiuta l'istruttoria, informandone l'Autorità italiana, rilasciava la richiesta autorizzazione per il percorso Chambery-Pont St. Martin.

Dal canto suo la SAVDA chiedeva, piuttosto che istituire una nuova autolinea, di modificare l'autolinea esistente mediante lo spostamento dei capolinea a Pont St. Martin ed a Chambery, presentando in tal senso domanda al Ministro italiano ed a quello francese che esprimeva parere favorevole; quello italiano invece riteneva l'opportunità di riportare la questione alla pubblica riunione istruttoria di cui sopra ed infine in esito ad essa, accordava il provvedimento oggetto dell'odierna impugnazione.

3. Muovendo da tali premesse, le conclusioni cui è pervenuto il giudice di primo grado devono essere interamente condivise.

Nel sistema della disciplina comunitaria in tema di servizi di trasporto internazionale regolari tra gli Stati membri, come disciplinati con il Regolamento CEE 16 marzo 1992, n. 684 (che non lascia adito a dubbi interpretativi), l'esercizio, da parte di uno Stato, del potere di autorizzazione accordato a ciascuno degli Stati membri sul cui territorio si trovano i punti di partenza del servizio di autolinea (art. 6, primo comma), intendendosi per punto di partenza uno dei capolinea del servizio (art. 6, secondo comma), non preclude all'altro Stato, in cui si trovi situato il capolinea opposto, di fare uso del medesimo potere in riferimento allo stesso percorso, secondo quanto risulta dalla disposizione contenuta nel successivo art. 7 il quale configura, anche nello specifico settore, l'apertura del mercato alla concorrenza e la libertà di esercizio dei servizi, non più legato alla territorialità delle imprese, ma alla loro funzionalità operativa.

In tale assetto, principio fondamentale della politica dei trasporti, corrispondente all'interesse che il Trattato istitutivo della Comunità ha inteso salvaguardare, è quello della libera concorrenza, rispetto al quale non assume alcun rilievo l'utilità pubblica del servizio sulla considerazione degli interessi specifici di ciascuno Stato, con la conseguenza anche che la presenza di un solo vettore autorizzato nel medesimo percorso non può costituire un ostacolo al rilascio dell'autorizzazione (art. 7, quarto comma, lett. b-i), essendo di per sé tale presenza unica inidonea al libero svolgimento della concorrenza.

La norma comunitaria infatti, pur indicando ipotesi tassative in cui le domande di autorizzazione dei servizi di trasporto internazionale nell'ambito della Comunità possono essere respinte, e pur annoverando tra queste il caso che il servizio richiesto possa compromettere direttamente l'esistenza di servizi regolari già autorizzati, espressamente esclude la possibilità di negare l'autorizzazione nell'ipotesi di « servizi regolari ... offerti da un solo vettore o gruppo di vettori », nell'intento evidente di evitare situazioni di monopolio od oligopolio.

Chiarito dunque che il Ministero non avrebbe potuto legittimamente negare l'autorizzazione, in presenza di una sola autolinea (quella di titolarità della attuale appellante) autorizzata (dall'Autorità francese) sul percorso di cui trattasi, tutte le rimanenti censure, più o meno collegate al convincimento che il Ministero avrebbe dovuto operare una scelta con riferimento alla pubblica utilità del servizio, perdono di consistenza.

Ad ogni buon conto, per completezza di indagine, e coerentemente con quanto affermato al riguardo dal giudice di primo grado, deve affermarsi che:

a) risulta, dalla documentazione in atti, che l'Autorità italiana ha operato nel rispetto dell'obbligo di comunicazione fra gli Stati della comunità interessati al trasporto, dal momento che l'autorizzazione accordata alla Soc. SAVDA intervenne proprio con il consenso espresso dall'autorità francese;

b) l'Amministrazione, come si è precisato, non doveva compiere alcun accertamento in ordine alla pubblica utilità del servizio, secondo i parametri della legislazione nazionale in tema di concessioni di autolinea, operando su di un piano del tutto differente l'esigenza della libera concorrenza che la normativa comunitaria ha inteso salvaguardare; di contro, sulla base della stessa normativa comunitaria citata, non appare configurabile alcuna prevenzione sulla base di un'autorizzazione in precedenza rilasciata;

c) non è d'altra parte rinvenibile nella normativa comunitaria un modulo procedimentale vincolante in ordine alla istruttoria che ciascuno Stato membro è tenuto a compiere, sicché le regole fissate della norma-

tiva anzidetta devono senz'altro ritenersi rispettate una volta che sia stato assolto l'obbligo di informazione fra gli Stati e sia verificata l'insussistenza di cause ostative;

d) in tema di autorizzazione, quale è configurato, nel Regolamento comunitario, il provvedimento che abilita all'esercizio del trasporto regolare di persone con autobus, la motivazione rileva, a differenza che nella concessione, soltanto ove il provvedimento venga negato; peraltro la circostanza che la Soc. Vita era titolare di autorizzazione, avrebbe dovuto essere indicato nella sola ipotesi in cui l'amministrazione avesse ritenuto di poter applicare il diniego di cui all'art. 7 del regolamento;

e) una volta accertata la legittimità dell'autorizzazione alla stregua del regolamento CEE, non ha nessuna importanza che venga adoperata l'una o l'altra denominazione del provvedimento;

f) in ogni caso, è ininfluente sulla legittimità del provvedimento impugnato che all'autorizzazione sia stata fatta decorrere di nuovo rispetto al precedente provvedimento, essendo la disciplina procedimentale prevista dal Regolamento CEE identica tanto in caso di nuova autorizzazione che in ipotesi di modificazione delle condizioni dei servizi esistenti, a norma dell'art. 6, secondo comma e 8, terzo comma, e della circolare ministeriale 4 febbraio 1993 adottata al riguardo.

3. L'appello dunque, per tutte le considerazioni che precedono, deve essere respinto. (*omissis*)

SEZIONE QUINTA

GIURISPRUDENZA TRIBUTARIA

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 8 maggio 1995 n. 5020 - *Pres.* Cantillo - *Est.* Lupo - *P. M.* Gambardella (diff.). - Ministero delle Finanze (avv. Stato Fiorilli) c. INAIL (avv. Sgherri).

Tributi in genere - Interessi - Privilegio - Fallimento - Esclusione.

(r.d. 16 marzo 1942, n. 267, artt. 54 e 55; c.c. artt. 2788 e 2855).

Gli interessi prodotti da crediti assistiti da privilegio, generale o speciale, a seguito della dichiarazione di fallimento perdono la garanzia del privilegio che tutela il credito per capitale, anche relativamente al periodo anteriore alla dichiarazione di fallimento (1).

(*omissis*) 2. — Con l'unico motivo di ricorso l'Amministrazione finanziaria deduce la violazione dell'art. 45 del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 637 in relazione agli artt. 2748 e 2749 c.c. ed agli artt. 54 e 55 legge fall. (art. 360 n. 3 c.p.c.).

La parte ricorrente osserva che la interpretazione seguita dalla decisione impugnata è errata perché disapplica il disposto dell'art. 54, primo comma, legge fall., che non distingue tra crediti privilegiati, da un lato, e crediti pignoratizi ed ipotecari, dall'altro. Il terzo comma dello stesso

---

(1) **Interessi su crediti tributari, privilegio e fallimento.**

Con la pronuncia in commento, condivisa e pedissequamente replicata dalla successiva decisione n. 670/97 della medesima sezione, la Corte di Cassazione definisce una questione interpretativa di grande rilievo. È noto infatti che il problema della posizione, privilegiata o chirografaria, da attribuire in sede di ammissione al passivo fallimentare degli interessi relativi ai crediti privilegiati sorti anteriormente alla dichiarazione del fallimento, pur ampiamente dibattuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, non aveva ancora trovato una soluzione definitiva.

L'esatta configurazione giuridica della questione esaminata non può tuttavia prescindere dal preventivo esame delle norme contenute negli artt. 54 e 55 L.F. e dei principali orientamenti affermatisi in dottrina e giurisprudenza.

L'art. 54, primo comma, dispone che « i creditori garantiti da ipoteca, pegno o privilegio fanno valere il loro diritto di prelazione sul prezzo dei beni vincolati per il capitale, gli interessi e le spese; se non sono soddisfatti integralmente concorrono, per quanto è ancora loro dovuto, con i creditori chirografari nelle ripartizioni del resto dell'attivo ». Il terzo comma della medesima dispo-

art. 54, poi, pone una limitazione per gli interessi della seconda categoria di crediti (pignoratizi ed ipotecari), ma non per gli interessi dei crediti privilegiati. Dovrebbe, quindi, affermarsi che gli interessi maturati prima della dichiarazione di fallimento su crediti assistiti da privilegio godono di prelazione senza alcuna limitazione temporale.

3. — Il motivo di ricorso è infondato.

Le Sezioni unite di questa Corte, con la sentenza 15 marzo 1982 n. 1670 (che ha risolto un preesistente contrasto emerso nell'ambito della stessa Corte, seguendo la tesi in precedenza prevalente), hanno affermato che gli interessi prodotti dai crediti assistiti da privilegio (generale o speciale), pur continuando a decorrere durante il tempo successivo all'instaurarsi di una procedura concorsuale a carico del debitore, non sono garantiti dal privilegio che tutela il credito per capitale. Tale orientamento interpretativo, successivamente, è stato sempre seguito da questa Corte: Cass. 1 agosto 1984 n. 4583; 26 novembre 1984 n. 6112; 25 ottobre 1990 n. 10360.

Siffatta interpretazione è stata implicitamente recepita e posta a base delle pronunzie della Corte costituzionale che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni della legge fallimentare che non estendevano il privilegio agli interessi dovuti sia sui crediti privilegiati di lavoro nella procedura di concordato preventivo (Corte cost. 31 dicembre 1986 n. 300) o nella procedura di fallimento (Corte cost. 20 aprile 1989 n. 204) o nella procedura di amministrazione straor-

---

sizione prevede che «l'estensione del diritto di prelazione agli interessi è regolata dagli articoli 2788 e 2855, commi secondo e terzo, del codice civile, intendendosi equiparate la dichiarazione di fallimento all'atto di pignoramento».

L'art. 55, primo comma, a sua volta, dispone che «la dichiarazione di fallimento sospende il corso degli interessi convenzionali o legali, agli effetti del concorso, fino alla chiusura del fallimento, a meno che i crediti non siano garantiti da ipoteca, da pegno o privilegio, salvo quanto è disposto dal terzo comma dell'articolo precedente».

Come si diceva, la materia dell'estensione della prelazione agli interessi relativi ai crediti privilegiati non ha ottenuto una soluzione univoca da parte della dottrina.

Secondo alcuni (1) gli interessi su crediti assistiti da privilegio generale o speciale dovrebbero trovare ingresso nel passivo fallimentare secondo i principi previsti per i crediti chirografari.

Altri autori ritengono invece che, per i crediti garantiti da privilegio, la prelazione spetterebbe nei termini di cui agli artt. 2749 (pur non richiamato dal terzo comma dell'art. 54 L.F.), 2788 e 2855 c.c. e cioè a favore dei creditori privilegiati e pignoratizi per gli interessi convenzionali dell'anno in corso fino alla data della sentenza dichiarativa di fallimento e per gli interessi legali successivi fino alla data della vendita; a favore degli ipotecari, per gli interessi convenzionali, indicati nell'iscrizione, dei due anni anteriori e di quello in corso

(1) PROVINCIALI - *Manuale*, vol. I, p. 835 e ss.

dinaria (Corte cost. 22 dicembre 1989 n. 567), sia sui crediti delle cooperative di produzione e lavoro nelle procedure di fallimento e di concordato preventivo (Corte Cost. 18 luglio 1989 n. 408). In altre pronunzie, invece, la Corte Cost. ha ritenuto che l'esclusione della prelazione per gli interessi che maturano su crediti privilegiati durante una procedura concorsuale non sia contrastante con la Costituzione: è pertinente al caso di specie il richiamo di Corte cost. 20 aprile 1989 n. 227, che si riferisce agli interessi su crediti tributari.

La giurisprudenza di questa Corte di legittimità si è sempre riferita agli interessi che maturano nel tempo successivo all'instaurarsi della procedura concorsuale, mentre non vi è alcun esplicito e puntuale precedente in ordine agli interessi di crediti privilegiati maturati prima del fallimento (che è la fattispecie decisa dalla pronunzia impugnata).

Per questi ultimi interessi il Collegio ritiene che le disposizioni della legge fallimentare non consentono di pervenire a soluzione diversa da quella che, come si è visto, costituisce ormai *ius receptum* relativamente agli interessi successivi alla dichiarazione di fallimento.

---

alla data della sentenza dichiarativa del fallimento; e per gli interessi legali maturati dopo il compimento dell'anno in corso e fino alla vendita (2).

Secondo un terzo indirizzo (3) si dovrebbe d'altro canto distinguere a seconda che gli interessi accedano a crediti assistiti da privilegio speciale o generale potendosi assicurare solo ai primi un trattamento identico a quello previsto per i crediti pignoratizi dall'art. 2788 c.c., mentre gli ultimi seguirebbero la sorte degli interessi dei crediti chirografari. Tale assunto muove dalla considerazione che l'art. 54 L.F. parla di diritto di prelazione sul prezzo dei « beni vincolati », dizione che non potrebbe riferirsi ai privilegi generali che, come noto, afferiscono all'intero patrimonio del debitore (4).

Come già evidenziato in premessa, la questione è stata vivacemente dibattuta anche dalla giurisprudenza.

L'indirizzo più risalente riconosceva infatti un'identità assoluta di trattamento agli interessi sorti su crediti privilegiati e a quelli concernenti crediti pignoratizi o ipotecari (5).

Un secondo e prevalente orientamento ritiene invece che la prelazione derivante da privilegio (generale o speciale) opera solo per gli interessi scaduti anteriormente alla dichiarazione di fallimento non estendendosi a quelli maturati dopo tale termine, attesa la disposizione contenuta nel terzo comma dell'art. 54 L.F. espressamente richiamata dall'art. 55, primo comma (6).

Un ulteriore indirizzo giurisprudenziale è invece pervenuto alla conclusione che anche gli interessi prodotti da crediti assistiti da privilegio maturati

(2) SATTA (*Istituzioni*, p. 168), P. PAJARDI (*Manuale*, p. 309 e ss.), AZZOLINA (*Il Fallimento*, vol. II, p. 1145), DE SEMO (*Diritto fallimentare*, p. 265), Pratis.

(3) FERRARA (*Il Fallimento*, p. 241, nota 29), SAMMARTANO (*L'estensione del diritto di prelazione agli interessi dei crediti privilegiati nel fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1967, I, 319).

(4) Tesi già confutata dal Cass. 8 marzo 1977, n. 952.

(5) Cass., Sez. lav., 5 dicembre 1978, n. 5748; Cass., Sez. I, 14 marzo 1974, n. 697.

(6) Cass., Sez. I, dell'8 marzo 1977, n. 952, 17 luglio 1978, n. 3570; Sez. lav., 9 agosto 1978, n. 3880; Sez. I, 27 ottobre 1982, n. 5623; Sez. lav., 1 agosto 1984 n. 4583; Sez. I, del 26 novembre 1984, n. 6112; Sez. I, 25 ottobre 1990, n. 10360; Sez. I, 14 luglio 1993, n. 7772; Sez. I, 28 giugno 1994, n. 6214; Sez. I, 4 aprile 1995, n. 3960.

L'art. 55 legge fall., invero, nel disciplinare gli effetti del fallimento sui debiti pecuniari, rinvia al terzo comma del precedente art. 54. Tale ultimo articolo, nell'estendere il diritto di prelazione agli interessi, rinvia all'art. 2788 c.c. (che disciplina la prelazione nell'esecuzione individuale a favore degli interessi dei crediti pignoratizi), ed all'art. 2855 c.c. (che concerne gli interessi dei crediti ipotecari), ma non richiama l'art. 2749 c.c. (che, nell'esecuzione individuale, estende il privilegio, previsto a tutela del credito per il capitale, agli interessi dovuti per l'anno in corso alla data del pignoramento e per l'anno precedente, con esclusione quindi degli interessi maturati nel periodo ancora anteriore).

---

anteriormente alla dichiarazione di fallimento non sarebbero garantiti dal privilegio che tutela il credito per capitale (7).

La Corte costituzionale si è ripetutamente pronunciata in relazione all'art. 54 L.F., sia pure con esclusivo riferimento alla disciplina degli interessi post fallimentari, estendendone l'ambito applicativo con alcune sentenze additive che ne hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui non estende la prelazione « agli interessi dovuti sui crediti privilegiati da lavoro » (8) ed agli interessi sui crediti privilegiati delle società o enti cooperativi di produzione e lavoro, di cui all'art. 2751 *bis* c.c., che rispondono ai requisiti prescritti dalla legislazione in tema di cooperazione (9).

È altresì noto che il Giudice delle leggi ha recentemente ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 3 Cost., dell'art. 54, terzo comma, L.F., nella parte in cui non prevede l'estensione del diritto di prelazione agli interessi garantiti da privilegio nei limiti stabiliti dall'art. 2749 c.c. (10).

Detta pronuncia pur riconoscendo l'esistenza di contrasti interpretativi sulla portata precettiva dell'art. 54 L.F., sembra propendere per l'esclusione della prelazione sugli interessi relativi a crediti privilegiati sia precedenti che successivi alla dichiarazione di fallimento.

In considerazione del quadro delineato sembra ormai definitivamente acclarato che il problema dell'estensione del privilegio agli interessi maturati nel tempo successivo all'apertura delle procedure concorsuali deve essere risolto in senso negativo. Tale conclusione, condivisa peraltro dall'unanime giurisprudenza, discende dal fatto che nell'art. 55 L.F. non si riscontra un precetto di portata analoga a quello contenuto nel primo comma dell'art. 54 L.F., laddove viene sancito il principio dell'ammissione al passivo del credito accessorio in via privilegiata.

La diversa questione avente ad oggetto la collocazione degli interessi prefallimentari sembra invece meritevole di un ulteriore approfondimento.

In proposito è opportuno rilevare che il privilegio è una causa di prelazione accordata dalla legge in considerazione della natura del credito, ossia della causa per cui è sorto. Tale causa legittima di prelazione, oltre che al credito, si estende agli interessi su di esso dovuti « per l'anno in corso alla data del pignoramento e per quelli dell'anno precedente » *ex* art. 2749 c.c.

In relazione all'oggetto cui pertiene il privilegio si può distinguere tra privilegi generali e speciali, questi ultimi possono poi riguardare beni mobili

(7) Cass., Sez. I, dell'8 maggio 1995, n. 5020.
(8) Corte Cost., 20 aprile 1989, n. 204.
(9) Corte Cost., 18 luglio 1989, n. 408.
(10) Corte Cost., 28 luglio 1993, n. 350.

La disciplina del terzo comma dell'art. 54 legge fall. ha formato oggetto di approfondita analisi da parte della citata sentenza delle Sezioni Unite di questa Corte n. 1670/82. Una volta escluso che il mancato richiamo dell'art. 2749 possa essere interpretato come un lapsus del legislatore (come ritiene una parte della dottrina), esso può essere inteso in due modi contrapposti: o nella procedura concorsuale gli interessi dei crediti privilegiati dovrebbero avere prelazione senza i limiti temporali previsti nel caso di esecuzione individuale (come sostiene la parte ricorrente) ovvero la prelazione per tali interessi va generalmente esclusa.

La prima alternativa creerebbe ingiustificate posizioni di diseguaglianza sia — nell'ambito della categoria dei crediti privilegiati — tra creditori che partecipano all'esecuzione individuale, ove si applicano i limiti temporali posti dall'art. 2749 c.c., e creditori che partecipano all'esecuzione concorsuale (ed a vantaggio di questi ultimi, in contrasto con il maggior rigore con cui opera il principio della *par condicio*), sia — nell'ambito della procedura concorsuale — tra i creditori privilegiati da un lato ed i creditori pignoratizi ed ipotecari dall'altro (ed a svantaggio dei secondi, ai quali la legge fallimentare assicura una posizione di preminenza: artt. 53, 107 e 109).

---

e immobili. È noto poi che il privilegio speciale sui beni mobili, non può esercitarsi in pregiudizio del credito pignoratizio, mentre quello sui beni immobili prevale rispetto all'ipoteca *ex* art. 2748 c.c.

Da quanto precede risulta quindi che, nell'ambito delle cause legittime di prelazione, il privilegio non si colloca necessariamente in una posizione deteriore rispetto a quella riconosciuta al pegno ed all'ipoteca.

Unica distinzione posta dal Legislatore è infatti quella tra creditori privilegiati e chirografari senza che sussista una graduazione intermedia tra quelli più o meno privilegiati (art. 2741 c.c. e III L.F.).

Ciò nondimeno occorre osservare che gli eventuali conflitti tra creditori privilegiati e creditori pignoratizi o ipotecari, sono risolti piuttosto raramente a favore di questi ultimi (art. 2777 c.c.).

L'esame delle disposizioni richiamate porta quindi ad escludere che, nell'ambito fallimentare, il legislatore, stravolgendo i principi suddetti, abbia inteso attribuire un trattamento comunque sfavorevole al privilegio rispetto al pegno ed all'ipoteca, negando in ogni caso il diritto di prelazione a favore degli interessi prodotti dai crediti privilegiati.

Si deve d'altro canto rilevare che il mancato riconoscimento della prelazione a favore degli interessi su crediti privilegiati, prefallimentari, costituisce un'interpretazione che si pone in stridente contrasto con il tenore testuale dell'art. 54, primo comma, L.F.

Quest'ultima disposizione ribadisce inequivocabilmente il principio compendiato nel noto brocardo «*accessorium sequitur principale*» ponendo il privilegio nella medesima posizione delle altre cause di prelazione.

Il terzo comma dell'art. 54 L.F. citato si limita invece a stabilire le modalità per l'applicazione diacronica del principio predetto in relazione a ciascuna causa di prelazione. Ciò in quanto, come è stato opportunamente osservato

Si impone, allora, la seconda alternativa, pur se essa non è priva di disarmonie, ormai peraltro valutate e in parte superate dalle pronunzie sopra ricordate della Corte costituzionale.

La parte ricorrente osserva che la esclusione della prelazione a favore degli interessi dei creditori privilegiati si pone in contrasto con il primo comma dell'art. 54 legge fall., secondo cui «i creditori garantiti da ipoteca, pegno o privilegio fanno valere il loro diritto di prelazione sul prezzo dei beni vincolati per il capitale, gli interessi e le spese». Ma anche tale obiezione è stata esaminata dalla citata sentenza delle Sezioni Unite n. 1670/82, la quale ha ravvisato nella trascritta disposizione non una norma sostanziale che attribuisca la prelazione agli interessi ed alle spese genericamente e globalmente intesi, ma una norma di natura processuale-esecutiva, regolatrice delle modalità della collocazione dei crediti considerati, collocazione che è disciplinata dalle

---

da un'attenta dottrina (11), il riferimento temporale di cui gli artt. 2788 e 2855, commi secondo e terzo c.c., si impone per la necessità di limitare congruamente la volontà delle parti che, in ipotesi, potrebbe estendere in via pattizia la prelazione alla totalità degli interessi, sia anteriori, sia posteriori alla dichiarazione del fallimento; un'analoga esigenza non sarebbe stata invece avvertita dal Legislatore rispetto al privilegio per il quale la misura degli interessi è regolata direttamente dalla legge.

Atteso quindi il diverso ambito di applicazione non è dato ritenere che il precetto contenuto nel terzo comma dell'art. 54 L.F., e quindi il mancato richiamo dell'art. 2749 c.c., possa elidere, sia pure parzialmente, quello posto dal primo comma. Il richiamo dell'art. 2749 c.c. non sarebbe stato infatti necessario in sede fallimentare, nè per determinare la cessazione del decorso degli interessi per i privilegi, in quanto è connaturale al sistema che tale cessazione si produca con la vendita dei beni su cui grava il privilegio stesso, nè per determinarne l'ammontare in quanto, essendo i privilegi concessi dalla legge in relazione alla causa dei crediti, non vi è pattuizione, per cui il tasso legale finisce per essere di applicazione automatica (12).

Che l'avversata conclusione non sia idonea a risolvere in modo appagante i contrasti interpretativi insorti nella materia *de qua*, sembra d'altro canto confermato proprio dagli interventi manipolativi effettuati dal Giudice delle leggi.

A seguito delle richiamate pronunce della Corte Costituzionale si ha che, come è stato acutamente rilevato dal giudice di merito (13) che aveva sollevato la questione dell'illegittimità costituzionale dell'art. 54 L.F. nella parte in cui prevede l'estensione del diritto di prelazione agli interessi garantiti da privilegio nei limiti stabiliti dall'art. 2749 c.c., tra i crediti assistiti da privilegio ve ne sarebbero taluni «superprivilegiati» (quelli di cui al 2751 *bis* c.c.) per i quali la prelazione è estesa anche agli interessi pre e post fallimentari, mentre tutti gli altri sono in effetti privati di un'analoga tutela.

Ciò induce ulteriori motivi di incertezza (che solo una risistemazione legislativa della disciplina dei privilegi potrebbe definitivamente fugare), dal momento che, se da un lato, proprio l'intervento del Giudice delle Leggi postu-

(11) Bonsignori, *Il fallimento*, Padova, CEDAM 1986, cap. IX, p. 387 e ss.
(12) Cass., 8 marzo 1977, n. 952, in *Dir. Fall.*, 1977, II, p. 412 e ss.
(13) Ordinanza del 14 aprile 1992 della Corte d'Appello di Roma.

norme di diritto sostanziale specifiche ai singoli crediti (e per gli interessi la norma sostanziale è quella del terzo comma dell'art. 54)

Va, infine, osservato che, di recente, la Corte costituzionale, chiamata a valutare la costituzionalità dell'art. 54 legge fall., nella parte in cui non prevede la prelazione a favore degli interessi di credito privilegiati che siano maturati prima della dichiarazione di fallimento, ha ritenuto che tale esclusione — affermata dal giudice che aveva sollevato la questione di costituzionalità « con ampia e non implausibile motivazione » — non si pone in contrasto con l'art. 3 della Costituzione (Corte cost. 28 luglio 1993 n. 350; nello stesso senso ord. 19 maggio 1994 n. 195). Va rilevato che le citate due pronunzie della Corte costituzione si riferiscono specificamente a crediti tributari, come quelli vantati nella presente causa dalla parte ricorrente. (*omissis*)

---

lerebbe l'assenza di una disciplina sulla collocazione fallimentare degli interessi sui crediti privilegiati, dall'altro lato il riconoscimento della prelazione a favore di alcuni crediti assistiti da privilegio, per di più generale, denoterebbe la correttezza dell'assunto secondo il quale il principio contenuto nell'art. 54, primo comma, L.F., non può essere del tutto obliterato da un'interpretazione restrittiva del terzo comma.

Le recenti pronunce rispettivamente della Corte Costituizonale (14) e della Suprema Corte (15) non sembrano d'altro canto persuasive ai fini dell'esclusione del diritto di prelazione sugli interessi prefallimentari concernenti crediti assistiti da privilegio, attesa la mancanza di un'approfondita motivazione sul punto.

Il Giudice delle leggi ha ritenuto costituzionalmente legittima la predetta esclusione motivandola « *per relationem* » sul presupposto della correttezza della conforme interpretazione giurisprudenziale, che però risulta a tutt'oggi minoritaria.

Anche la Corte di Cassazione, ha motivato la propria adesione all'interpretazione che si contesta mediante il duplice richiamo della predetta pronuncia della Corte costituzionale e del lontano precedente delle SS.UU. n. 1670/82.

Senonchè si deve rilevare che il ricordato precedente giurisprudenziale si riferiva ad un'ipotesi nella quale si pretendeva l'ammissione al passivo in via privilegiata di interessi maturati successivamente all'apertura della procedura concorsuale.

Sicchè ogni affermazione di carattere generale contenuta nella citata sentenza n. 1670/82 non può non essere apprezzata se non esclusivamente in relazione al caso deciso.

Si deve tuttavia prendere atto del fatto che la decisione in commento sembra avere aperto la strada ad un indirizzo interpretativo destinato a consolidarsi in senso sfavorevole alla tesi erariale, pur permanendo numerose perplessità circa la correttezza dell'impostazione seguita.

GIACOMO AIELLO

(14) Corte Cost., 28 luglio 1993, n. 350.
(15) Cass., Sez. I, 8 maggio 1995, n. 5020.

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 21 novembre 1995 n. 12037 - *Pres.* Cantillo - *Est.* Rondorf - *P. M.* Nicita (conf.). - Ministero delle Finanze (avv. Stato Cingolo) c. Bisaccia.

Tributi in genere - Contenzioso tributario - Appello - Motivi - Sufficienza.
(d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636, art. 22; c.p.c. art. 345).

Sebbene a norma dell'art. 22 del d.P.R. 636/1972, l'atto di appello non richieda (come nell'art. 345 c.p.c.) la specificità dei motivi, è tuttavia necessario che l'appello contenga censure riferibili alla decisione impugnata e non si limiti a richiamare difese già svolte anteriormente alla pronuncia della sentenza (1).

(*omissis*) L'amministrazione delle finanze sostiene che la Corte d'Appello, disattendendo l'impugnazione incidentale proposta da essa amministrazione avverso la precedente decisione della commissione tributaria di secondo grado, avrebbe violato e falsamente applicato gli artt. 21 (*rectius* 22) e 25 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636.

Secondo la ricorrente, infatti, pur non richiedendosi una particolare specificità nell'enunciazione dei motivi di gravame avverso una decisione di commissione tributaria, non sarebbe tuttavia consentito limitarsi a richiamare genericamente le precedenti difese senza formulare alcuna critica alla pronuncia impugnata ed alle statuizioni in essa contenute. Donde la conseguenza che, in simili casi, l'impugnazione dovrebbe esser dichiarata, anche d'ufficio, senz'altro inammissibile.

Il ricorso appare fondato.

Il dato normativo dal quale occorre muovere è il terzo comma del l'art. 22 del citato d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 636, ai sensi del quale l'appello proposto alla commissione tributaria di secondo grado avverso una decisione della commissione di primo grado deve contenere, oltre all'indicazione della decisione impugnata, « l'esposizione sommaria dei fatti e dei motivi dell'impugnazione ». La medesima norma (che trova perfetta corrispondenza, per quel che riguarda l'impugnazione dinanzi alla commissione centrale, nel secondo comma dell'art. 25) richiama poi, in quanto applicabili, anche le disposizioni dettate dal precedente art. 15 circa il contenuto del ricorso di primo grado. Il quale art. 15, tra i requisiti del ricorso, indica (al primo comma, lettera *d*) « i motivi », precisando poi (al secondo comma) che il ricorso è inammissibile se manca o risulta assolutamente incerto uno degli elementi indicati nel primo comma.

---

(1) Decisione di evidente esattezza. Si può ricordare che l'art. 56 del vigente d.lgs. 546/1972 sul nuovo processo tributario impone a pena di inammissibilità l'enunciazione di motivi specifici dell'impugnazione.

Dal testo delle menzionate disposizioni appare dunque con sufficiente chiarezza che l'atto di gravame non può prescindere dall'enunciazione dei motivi per i quali l'impugnante censura la decisione emessa nel precedente grado di giudizio, onde se tali motivi non risultano affatto esposti o lo sono in modo tale da renderne assolutamente incerta l'identificazione, ne consegue senz'alcun dubbio l'inammissibilità del medesimo gravame.

Dalla stessa norma si evince però anche che l'enunciazione dei motivi d'impugnazione — purché vi sia e non determini margini d'incertezza insuperabili — può essere anche sommaria e non richiede un particolare livello di specificità: come, soprattutto, si deduce dal fatto che la disposizione riguardante il processo tributario è in gran parte modellata sull'art. 342 c.p.c., ma, a differenza di questo, non fa cenno alla necessità che i motivi dell'impugnazione siano « specifici ». E ciò si spiega, verosimilmente, con il minor grado di tecnicismo che caratterizza, in maniera generale, il processo dinanzi alle commissioni tributarie, cui le parti possono partecipare anche senza ausilio di procuratore legale (cfr., in argomento, Cass. n. 1310/81, n. 4868/83, n. 3540/84, n. 188/85).

Occorre però ancora aggiungere che nei motivi di gravame, sia pur sommariamente enunciati, deve essere pur sempre possibile identificare il nucleo di una censura rivolta ad una pronuncia giurisdizionale già in precedenza emessa ed, a propria volta, motivata. Donde consegue la necessità che quei motivi, per esser tali, siano riferibili a detta precedente decisione e consentano di comprendere quali sono i punti della medesima decisione che l'impugnante vuole sottoporre a nuova valutazione da parte del giudice d'appello e quali le ragioni per le quali egli non condivide, su quei punti, la motivazione di detta decisione. Sicché non può bastare, a tal fine, il mero richiamo alle difese ed alle argomentazioni già svolte nel precedente grado di giudizio (in argomento, Cass. n. 2967/81, n. 3542/89 e n. 10860/94), per l'ovvia ragione che quelle difese e quelle argomentazioni precedono nel tempo la pronuncia impugnata e non sono idonee, quindi, in linea di massima, a costituire un motivo di censura riferibile alle enunciazioni contenute in detta pronuncia (a meno che, com'è ovvio, l'impugnante non si dolga giusto del fatto che non siano state prese in considerazione dal giudice le difese da lui dedotte nel corso del giudizio: nel qual caso, però, il motivo di gravame non sta nella mera riproposizione delle precedenti argomentazioni, bensì nel vizio di omesso esame che, con riguardo ad esse, venga addebitato alla decisione impugnata).

Ciò premesso, in termini generali, è agevole constatare come, nel caso di specie, sia l'appello proposto dal Bisaccia sia quello proposto dal Serani avverso la decisione della commissione tributaria di primo grado fossero del tutto carenti di motivi idonei ad esser definiti tali.

Ciò è di assoluta evidenza per il gravame proposto dal Bisaccia, accompagnato dalla sola affermazione secondo cui « i giudici di prima istanza non hanno tenuto conto delle istanze dello scrivente così come espresse nel reclamo ad essi rivolto ». Dal che non si desume però in alcun modo per quali ragioni, secondo l'appellante, la commissione tributaria sarebbe incorsa in errore nel respingere le accennate « istanze dello scrivente ». Né a colmare tale lacuna vale il fatto — ancora sottolineato dalla difesa degli intimati nella discussione del ricorso ora in esame — che all'atto di gravame fosse allegata una copia della decisione impugnata: perché tale allegazione risponde alla diversa esigenza processuale di consentire al giudice di secondo grado la precisa conoscenza del provvedimento gravato da appello, mentre non si vede davvero come dal contenuto di tale provvedimento possa dedursi la ragione del gravame, non espressa nell'atto d'impugnazione.

La medesima carenza di motivi è da ravvisare, come accennato, anche nell'impugnazione proposta avverso la medesima decisione di primo grado da parte del Serani.

Il tenore dell'atto d'appello di quest'ultimo non differisce da quello del Bisaccia se non per l'aggiunta secondo la quale le istanze di cui l'impugnante lamenta il mancato accoglimento consistono nel rilievo « che il terreno all'atto della vendita era a pascolo, cioè agricolo ». Rilievo, questo, che non consente però affatto d'identificare il nucleo di una qualche critica alla motivazione della decisione impugnata: giacché in tale decisione non si era inteso stabilire, in termini di verità storica, quale fosse l'effettiva destinazione di detto terreno al momento della stipulazione dell'atto soggetto a tributo, ma si era soltanto affermato che, da parte dei ricorrenti, non era stata fornita la prova della data d'inizio delle costruzioni in seguito rinvenute, su detto terreno, dall'ufficio tecnico erariale.

Ha perciò ragione l'amministrazione ricorrente nell'affermare che le impugnazioni proposte dal Bisaccia e dal Serani contro la decisione della commissione tributaria di primo grado avrebbero dovuto essere dichiarate inammissibili. *(omissis)*

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 29 dicembre 1995, n. 13151 - *Pres.* Corda - *Est.* Nardino - Ministero delle Finanze (avv. Stato Bafile) c. Fallimento Verrocchio (avv. Perrone).

Tributi erariali diretti - Imposta sul reddito delle persone fisiche - Redditi di capitale - Capitali dati a mutuo - Presunzione di interessi - Non è operante nei confronti del sostituto di imposta.

(d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597, art. 43; d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 26).

La presunzione dell'art. 43 del d.P.R. n. 597/1973, secondo la quale i capitali dati a mutuo si considerano produttivi di interessi, non è operante nei confronti del mutuatario per i suoi doveri di sostituto di imposta (1).

(*omissis*) L'Amministrazione finanziaria denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 26 del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 600 in relazione all'art. 43 del d.P.R. in pari data n. 597 nonché insufficiente, illogica e contraddittoria motivazione (art. 360 nn. 3 e 5 c.p.c.).

Premesso che « i versamenti fatti dai soci alla società non furono in conto capitale o a fondo perduto, ma furono veri e propri mutui ... in gran parte restituiti », la ricorrente ritiene « del tutto ingiustificata l'affermazione che la presunzione dell'art. 43 del d.P.R. n. 597 », valida « nei confronti del contribuente », non lo sarebbe invece « nei confronti del sostituto d'imposta ». Sarebbe, quindi, « da correggere la premessa che, a norma dell'art. 26 del d.P.R. n. 600, l'obbligo di ritenuta sorge per il sostituto d'imposta all'atto della effettiva corresponsione di somme ai percipienti »: l'« effettività » costituirebbe, ad avviso dell'Amministrazione finanziaria, « un'aggiunta arbitraria » al testo della norma, essendo « poco credibile che una norma abbia una diversa validità a seconda dei soggetti ». Risponderebbe, invece, ad « una necessità logica e pratica che la medesima disciplina debba essere osservata sia nel rapporto di imposizione (tra Amministrazione e contribuente) sia nel rapporto di rivalsa (tra sostituto e sostituito »), attesa la almeno tendenziale « corrispondenza » tra obbligazione tributaria e obbligo di ritenuta.

Osserva ancora la ricorrente che, « in conseguenza della ritenuta d'imposta, « il contribuente perde ogni contatto diretto con l'Ufficio ed unico soggetto tenuto all'adempimento, prima, ed a subire l'accertamento, in seguito, è il sostituto d'imposta », mentre, a norma dell'art. 35 del d.P.R. n. 602/73, « il sostituito, sempre che possa essere identificato, è solamente obbligato in solido con il sostituto contro il quale sia stata eseguita l'iscrizione a ruolo, ma non è destinatario dell'accertamento », sicché « la presunzione dell'art. 43 diverrebbe concretamente inoperante in tutte le ipotesi di ritenuta d'imposta, se non fosse valida nei confronti del sostituto ».

Le censure sopra riferite sono prive di fondamento.

La questione sottoposta all'esame della Corte consiste nello stabilire se l'obbligo di operare la ritenuta d'acconto sugli interessi dei ca-

---

(1) La decisione non convince: è ingiustificabile, specie nella ipotesi di ritenuta d'imposta, la differenziazione degli effetti della presunzione per i due soggetti passivi e tenuto conto che destinatario dell'accertamento è proprio il sostituto di imposta.

pitali dati a mutuo (quali sono stati pacificamente considerati, nella specie, i finanziamenti alla soc. Verrocchio da parte dei soci) debba essere adempiuto dal mutuatario, ai sensi dell'art. 26, comma 5°, del d.P.R. n. 600/73, soltanto in caso di effettiva corresponsione degli interessi ai mutuanti o anche quando il diritto agli interessi sia solo presunto — salva prova contraria — ai fini fiscali, secondo il disposto dell'art. 43 del d.P.R. n. 597/73.

La C.T.C. ha accolto la prima delle cennate soluzioni; e tale decisione è ineccepobile, ad avviso del Collegio, alla luce della normativa vigente all'epoca cui si riferisce l'accertamento impugnato (anno 1975) ed anche alla stregua della disciplina attualmente in vigore.

È ben vero che l'art. 26 del d.P.R. n. 600/73, nell'imporre ai « soggetti indicati nel 1° comma dell'art. 23 » (tra cui le società di capitali) l'obbligo di operare « la ritenuta del 15% a titolo di acconto sui redditi di capitale da essi corrisposti, diversi da quelli contemplati nei commi precedenti e nell'art. 27 » (comma quinto), non prevede espressamente che la corresponsione debba essere « effettiva »; ma questo rilievo non è sufficiente a dimostrare l'asserita « arbitrarietà » dell'interpretazione della norma adottata dalla Commissione Centrale, che risulta, al contrario, perfettamente rispettosa dei criteri ermeneutici dettati dall'art. 12 delle preleggi e coerente con il complessivo sistema normativo che regola la fattispecie.

Sul piano testuale costituisce già un significativo elemento di conferma della statuizione censurata la previsione per la quale la ritenuta d'acconto deve essere prelevata sui redditi di capitale « corrisposti » dai soggetti destinatari dell'obbligo: e l'espressione, sia nel suo significato comune che in quello giuridico, necessariamente postula il concreto versamento di somme di denaro per il titolo considerato, sicchè non è logicamente riferibile ad un reddito solo presunto (peraltro con salvezza di prova contraria) nei confronti del titolare del diritto ma del quale non sia dimostrata la reale percezione da parte del medesimo.

Come esattamete rileva la difesa della curatela resistente, l'art. 43 del d.P.R. n. 597/73 pone una presunzione relativa di fruttuosità dei capitali dati a mutuo *nei confronti del mutuante*, il quale deve pertanto includere nella propria dichiarazione annuale il reddito « presunto », ancorchè non realizzato, corrispondente agli interessi legali sulla somma mutuata, a meno che non fornisca la prova di non averli percepiti.

Tale presunzione trova la sua *ratio* nell'esigenza di impedire facili elusioni della norma impositiva, ma non ha alcuna ragion d'essere nei confronti del mutuatario nè può costituire per il medesimo fonte di obblighi aggiuntivi rispetto a quelli specificamente previsti — per una finalità diversa — dalla disciplina delle ritenute alla fonte di cui al titolo III del d.P.R. n. 600/73.

Ed invero — come questa Corte ha chiarito — il fenomeno della sostituzione costituisce « una particolare modalità di esazione d'imposta, cui determinati soggetti sono tenuti ... in virtù di un particolare rapporto con lo Stato, per conto del quale il sostituto è tenuto ad operare a seguito di espressa designazione normativa ». La « scelta » dei sostituti, da parte del legislatore, è finalizzata alla « ottimizzazione dell'esazione tributaria », poiché la « designazione » riguarda categorie di soggetti la cui « contabilità controllata o facilmente controllabile » consente di « dedurre con certezza se e quali erogazioni siano state fatte » a favore del « soggetto primario del rapporto d'imposta » (cfr. Cass. n. 9606/91).

Non solo, dunque, la collocazione delle norme in esame — giustamente sottolineata dalla parte resistente — in provvedimenti di legge distinti e di oggetto diverso (l'art. 43 è nel d.P.R. n. 597/73 contenente la disciplina sostanziale della imposizione diretta sul reddito, mentre l'art. 26 è nel d.P.R. n. 600/73 che regola la materia dell'accertamento delle imposte dirette), ma anche la loro differente *ratio* induce ad escludere l'asserita necessità della « corrispondenza tra obbligazione tributaria ed obbligo della ritenuta », per effetto della quale dovrebbero ritenersi estese ai sostituti d'imposta, senza una espressa previsione normativa in tal senso ed in contrasto con il principio della tassatività degli obblighi tributari (su cui v. la citata sentenza n. 9606/91, prescrizioni e presunzioni che hanno come destinatari i (soli) titolari del reddito di interessi e che sono destinate a cadere ove sia positivamente offerta la prova della mancata percezione.

Sul piano dell'indagine sistematica ulteriori elementi a sostegno della decisione della C.T.C. sono desumibili dall'art. 7 del d.P.R. n. 600/73 e dall'art. 3 del d.P.R. n. 602/73. La prima di tali norme sancisce l'obbligo per i sostituti d'imposta « che corrispondono somme o valori soggetti a ritenuta alla fonte » di presentare « annualmente apposita dichiarazione, unica per tutti i percipienti », così ribadendo che presupposto dell'obbligo primario del sostituto (quello di operare la ritenuta) è la erogazione effettiva del reddito cui corrisponde la percezione da parte dell'avente diritto. L'art. 3 del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 602 (in materia di riscossione della imposte sui redditi), nel testo in vigore all'epoca che qui interessa, stabiliva al primo comma n. 4 che « sono riscosse mediante versamento diretto all'esattoria ... le ritenute alla fonte applicabili sui redditi di cui all'art. 26, commi primo e secondo, e all'art. 30 del decreto » (n. 600/73) « maturati nel periodo d'imposta ancorché non corrisposti », dando così rilievo — evidentemente in via di eccezione — per i particolari redditi indicati nella stessa norma, al momento della « maturazione », anziché a quello della « corresponsione » delle somme soggette a ritenute alla fonte, e quindi prescindendo dalla effettività della erogazione.

È opportuno osservare che anche nell'attuale formulazione — e con maggiore chiarezza — l'art. 3 del d.P.R. n. 602/73 distingue le ritenute alla fonte che devono essere operate dai sostituti al momento della « maturazione nel periodo d'imposta » di determinati redditi, « ancorché non corrisposti (comma secondo, lettere « d », « e », « g »), da tutte le altre ritenute elencate nello stesso secondo comma — compresa quella sui redditi di cui all'art. 26 — comma 5° del d.P.R. n. 600/73 (v. lett. « f » — per le quali deve valere l'opposto principio secondo cui l'effettuazione del prelievo a titolo di acconto postula la corresponsione effettiva della somma all'avente diritto.

Sulla stessa distinzione è fondata la disciplina dei versamenti all'Erario delle somme prelevate dai sostituti d'imposta: infatti l'art. 8 del d.P.R. n. 602/73 — sia nel testo vigente all'epoca del contestato accertamento (v. comma 1°, n. 1 e n. 3 bis) sia in quello attualmente in vigore (v. comma 1°, nn. 1, 3 bis, e 3 ter) stabilisce termini diversi, con diversa decorrenza, a seconda che i redditi soggetti a ritenuta d'acconto siano materialmente « corrisposti » ovvero siano « maturati ... ancorché non corrisposti ».

Osserva infine il Collegio come sia del tutto inconferente il riferimento, da parte dell'Amministrazione finanziaria, al regime tributario delle ritenute a titolo d'imposta ed alla disposizione dell'art. 35 del d.P.R. n. 602/73. I rilievi svolti a tal riguardo dalla ricorrente (riassuntivamente esposti nella precedente parte narrativa) possono valere unicamente nell'ipotesi di effettuazione di ritenute a titolo d'imposta, nella quale — per ripetere le espressioni usate nel ricorso — « il contribuente perde ogni contatto diretto con l'Ufficio » ed il rapporto tributario si instaura e si svolge tra Fisco e sostituto (salva la responsabilità solidale del sostituito prevista dal citato art. 35); ma queste considerazioni non si attagliano al caso — diversamente regolato — della ritenuta alla fonte a titolo di acconto, in cui il contribuente sostituito, ben noto al Fisco, è obbligato a presentare la propria dichiarazione dei redditi, indicando in essa sia i redditi effettivamente conseguiti sia quelli che la legge presume (salvo prova contraria, nel caso che qui interessa) da lui realizzati, ed operando lo « scomputo » delle ritenute d'acconto ai sensi degli artt. 17 d.P.R. n. 597 e 8 d.P.R. n. 598 del 1973 (ora artt. 19 e 93 del T.U. n. 917/86).

Non ha, quindi, alcuna consistenza l'assunto della ricorrente secondo cui la soluzione accolta dalla C.T.C. priverebbe di effetti concreti la disposizione dell'art. 43 del d.P.R. n. 597/73.

Si deve, in conclusione, affermare che, nel sistema delle ritenute alla fonte di cui al titolo III del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 600 e successive modificazioni, i sostituti d'imposta indicati nel primo comma dell'art. 23 dello stesso d.P.R. sono obbligati ad operare la ritenuta d'acconto sugli interessi di capitali dati a mutuo, ai sensi dell'art. 26, comma quinto, del citato decreto, solo quando il relativo importo sia stato ef-

fettivamente corrisposto al mutuante, e non anche nella ipotesi in cui il diritto agli interessi sia solo presunto (con salvezza della prova contraria), secondo il disposto dell'art. 43 del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 597, non potendosi desumere da quest'ultima norma, della quale è destinatario il mutuante, la previsione dell'obbligo del mutuatario di operare, quale sostituto d'imposta, la ritenuta d'acconto anche sul reddito presunto ma non corrisposto. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 6 aprile 1996 n. 3240 - *Pres.* Cantillo - *Est.* Olla - *P. M.* Bonajuto (diff.). - Ministero delle Finanze (avv. Stato De Stefano) c. Soc. Edilgest.

Tributi locali - Imposta sull'incremento di valore degli immobili - Liquidazione - Spese incrementative - Inammissibilità - Esclusione dalla base imponibile in sede di registrazione - Illegittimità.

(d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 643, artt. 19 e 20).

È illegittima la liquidazione della imposta (nella specie INVIM) in sede principale quando con essa si disattende la dichiarazione escludendo talune voci di spese incrementative, invece di procedere a notifica dell'accertamento (1).

(*omissis*) In funzione della disamina del ricorso è opportuno richiamare, preliminarmente, che la base imponibile dell'imposta sull'incremento di valore degli imponibili disciplinata dal D.P.R. 26 ottobre 1972

(1) La sentenza non può essere condivisa. In materia di registro, e quindi di INVIM, i poteri dell'ufficio vanno determinati in base alla secolare distinzione tra imposta principale, complementare e suppletiva. In sede di registrazione l'ufficio può (piuttosto deve) risolvere tutte le questioni di applicazione della legge anche in dissenso con quanto proposto dal contribuente; per integrare o correggere le determinazioni espresse con la liquidazione in via principale, l'ufficio può elevare supplemento. L'ufficio non può invece modificare i valori economici dichiarati e se li ritiene incongrui deve notificare accertamento di maggior valore. Quanto precede vale anche per le questioni di applicazione della legge che possono influire sulla base imponibile, quali sono per l'appunto quelle sulla inammissibilità di spese incrementative non ricomprese nella elencazione dell'art. 13 ovvero di detrazioni diverse da quelle dell'art. 14.

È poi improprio parlare di nullità della liquidazione in sede principale (non si tratta di formale accertamento); se il contribuente non condivide l'operato dell'ufficio, presenterà domanda di rimborso e a seguito di rigetto o del silenzio (è questo il « veicolo di accesso ») ricorso alla commissione; in questa sede si dovrà vedere se il rimborso spetta o meno senza fare questioni di legittimità formale della liquidazione.

n. 643, è rappresentata dall'importo della differenza tra il valore dell'immobile all'atto della sua cessione (c.d. valore finale) ed il valore che l'immobile aveva alla data del suo acquisto da parte del cedente-contribuente (c.d. valore iniziale) aumentato, quest'ultimo valore, dell'importo delle spese di acquisto, costruzione ed incrementative riferibili al periodo considerato per la determinazione dell'incremento (artt. 6, 11, 12 e 13 d.P.R. n. 643 del 1972); che ai fini della riscossione del tributo il contribuente deve presentare al competente ufficio del registro una dichiarazione contenente tutti gli elementi utili alla determinazione della base imponibile (art. 18 d.P.R. n. 643/1972); e che « in base agli elementi risultanti dalle dichiarazioni presentate l'ufficio liquida e riscuote l'imposta ... » (art. 19, c. 1 d.P.R. n. 643/1972).

Come s'è enunciato nella parte espositiva, nella dichiarazione presentata all'ufficio del Registro di Bergamo ai fini dell'assoggettamento all'INVIM dell'alienazione di un compendio immobiliare alla s.n.c. EMID, la cedente società Riunione immobiliare indicò quali spese incrementative da portare in maggiorazione del valore iniziale, il valore di alcune aree che aveva dovuto cedere gratuitamente al Comune di Verdellino per poter ottenere l'autorizzazione alla lottizzazione dell'area nella quale erano ricompresi i lotti ceduti, nonché l'ammontare delle spese sostenute per la costruzione di un raccordo ferroviario con l'area stessa.

Peraltro, in sede di liquidazione principale del tributo, l'Ufficio ritenne che detti oneri economici non costituissero « spese incrementative » nel senso richiesto dagli artt. 6 e 11 del d.P.R. n. 643/1972; determinò l'incremento di valore del compendio ceduto senza portare ad aumento del suo valore iniziale l'ammontare (*pro quota*) degli stessi oneri; sulla base del dato così ricostruito, liquidò il tributo dovuto e ne impose il pagamento immediato provvedendo alla riscossione del relativo importo, ovviamente maggiore di quanto dovuto secondo la dichiarazione della contribuente.

Nella decisione impugnata in sede di legittimità, la Commissione Tributaria Centrale ha affermato che secondo il regime dettato dal d.P.R. n. 643/1972, l'Ufficio, quando ritenga di non poter accettare la dichiarazione del contribuente INVIM perché tutte o talune delle spese ivi esposte in funzione della maggiorazione del valore iniziale non sono computabili, non può procedere immediatamente e direttamente alla loro esclusione dal computo dell'imponibile già in sede di liquidazione principale dell'imposta. Deve provvedere, invece, alla stessa liquidazione rigorosamente sulla base agli elementi risultanti dalla dichiarazione; riscuotere l'imposta così liquidata; e, procedere, poi, separatamente, alla rettifica della dichiarazione stessa, mediante la notifica di un avviso di accertamento.

Ne ha tratto l'invalidità e l'annullamento sia della rettifica apportata dall'ufficio alla dichiarazione della società Riunione immobiliare direttamente in sede di liquidazione dell'imposta principale; e sia della pretesa dell'ufficio al tributo nella misura determinata sulla base di siffatta invalida liquidazione.

Nel primo motivo di annullamento la ricorrente Amministrazione Finanziaria dello Stato denuncia che il principio di diritto sul quale la Commissione Tributaria Centrale ha fondato la sua statuizione viola ed applica falsamente gli artt. 19 e 20 d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 643.

Infatti, ad avviso della ricorrente, la corretta interpretazione di quelle norme legittima la conclusione — opposta a quella recepita dal giudice tributario — che in sede di liquidazione dell'imposta principale, l'ufficio è legittimato a depurare la dichiarazione da ogni vizio di legittimità del quale sia affetta e, in particolare, a disconoscere gli elementi che siano del tutto estranei alle previsioni normative quali, appunto, le spese incrementative non riconducibili al paradigma di cui agli artt. 11 e ss, del d.P.R. n. 643 del 1972.

A tanto, sostiene la ricorrente, conducono plurimi argomenti.

In primo luogo, il rilievo che il diverso regime ricostruito dalla Commissione Centrale comporta l'attribuzione all'ufficio di un compito di intermediazione nell'ambito del procedimento impositivo, del tutto inutile e privo di qualsiasi *ratio*, dato che si risolverebbe in una mera operazione matematica che ben poteva essere affidata al contribuente (salvo il successivo controllo della Amministrazione tributaria) così come avviene in tutti i casi di autoliquidazione; ma, soprattutto, determina una illegittima liquidazione della imposta principale, perché presuppone che siano trascurate od accantonate le violazioni di legge inficianti la dichiarazione.

Indi, la disposizione del secondo comma dell'art. 19 del d.P.R. n. 643/1972, per la quale, già in sede di liquidazione dell'imposta principale l'ufficio può procedere alla rettifica del valore iniziale esposto nella dichiarazione, quando lo stesso sia difforme da quello dichiarato o accettato definitivamente con riferimento all'atto di acquisto. Infatti, il suo precetto presuppone che in sede di liquidazione principale dell'INVIM i compiti dell'ufficio non siano limitati ad una attività meramente materiale di calcolo, ma si estendano alla valutazione dei presupposti di fatto della liquidazione esposti nella dichiarazione, ed agli elementi che siano estranei alle previsioni normative; e, d'altra parte specie se si tien conto delle precedenti considerazioni, risulta indubbio che lo stesso precetto si pone non già come regola eccezionale, ma, piuttosto, come espressione specifica di un principio generale per il quale in sede di liquidazione principale l'ufficio ha i più ampi poteri di rettifica dei dati esposti nella dichiarazione.

La costruzione proposta dalla ricorrente non può essere condivisa.

Il d.P.R. n. 643 del 1972, dopo aver previsto, nel primo comma dell'art. 19 che « in base agli elementi risultanti dalle dichiarazioni presentate l'ufficio liquida e riscuote l'imposta » secondo specifiche modalità che qui non rilevano, dispone, nel primo comma dell'art. 20 che « l'ufficio, quando non ritenga di accettare la dichiarazione del contribuente sugli elementi che concorrono alla determinazione dell'incremento imponibile notifica avviso di accertamento: a) dei valori attribuiti al bene, b) delle spese ritenute non ammissibili ... ».

Ebbene, il testo delle due disposizioni denota, in modo inequivoco che, in sede di liquidazione principale dell'INVIM l'ufficio deve limitarsi a determinare l'incremento del valore dell'immobile (costituito, come s'é detto dalla differenza tra i suoi valori finale ed iniziale maggiorato dalle spese computabili) sulla base dei soli elementi di fatto esposti dal contribuente nella dichiarazione, e gli è preclusa ogni possibilità di rettifica degli stessi dati, salvo la correzione di eventuali errori materiali, applicando ad esso incremento le aliquote di cui all'art. 15 della stessa fonte legislativa; che, quand'anche ritenga di non poter accettare le dichiarazioni anche per la inammissibilità delle spese esposte ai fini della maggiorazione del valore iniziale, deve pur sempre procedere alla liquidazione principale sulla base degli elementi risultanti dalla dichiarazione, ed introdurre, separatamente, la procedura diretta all'applicazione dell'imposta complementare attraverso la notifica di un avviso di accertamento.

La ricostruzione emergente dal dato letterale, trova conferma, innanzitutto, nei principi informatori del nostro ordinamento tributario in tema di imposte indirette, per il quale l'ufficio, ove non intenda accettare gli elementi per la determinazione della base imponibile esposti dal contribuente deve procedere alla notifica di un avviso di accertamento, e della connessa invalidità della liquidazione che sia stata effettuata in carenza di quell'avviso o della definitività della rettifica.

Inoltre, nella constatazione che l'ordinamento positivo, allorquando ha inteso attribuire all'ufficio, in sede di liquidazione principale dell'INVIM, poteri di rettifica della dichiarazione del contribuente, lo ha enunciato espressamente, come nell'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 19, il che ribadisce che, in via generale l'ufficio è carente di un simile potere.

Ed in effetti, sulla natura eccezionale di questa norma non possono sussistere dubbi. All'uopo è sufficiente sottolineare che la previsione appena richiamata, mentre risulterebbe del tutto superflua ed ultronea ove, come sostiene la ricorrente, il dettato del primo comma dello stesso art. 19 consentisse, di per se stesso, all'ufficio di procedere alla rettifica della dichiarazione già in sede di liquidazione principale, risulta pienamente logica e necessaria ove, invece, se ne riconosca la portata derogatoria rispetto al sistema generale incentrato sulla preclusione alle stesse rettifiche.

Né, poi, la conclusione raggiunta si pone in contrasto con alcun precedente specifico di questa Corte Suprema, senza che, in contrario, possa essere valorizzata la sentenza n. 2999 del 20 marzo 1991, nella cui motivazione viene enunciato che « un importo di spesa non detraibile, ma detratto erroneamente dal dichiarante può essere ritenuto inammissibile per la sua natura esterna al concetto di spesa, anche in sede di liquidazione dell'imposta principale ai sensi dell'art. 19 ». Invero, tale enunciazione costituisce un mero *obiter* del tutto estraneo ed ininfluente ai fini della decisione, dato che la stessa afferiva ad una ipotesi in cui l'ufficio aveva escluso l'ammissibilità di una spesa incrementativa esposta nella dichiarazione, con un regolare avviso di accertamento, e non già in sede di liquidazione della imposta principale, nella quale, infatti, le stesse spese erano state regolarmente computate.

Comunque, nel caso di specie, tal principio non avrebbe alcuna rilevanza, posto che, a ben vedere, la richiamata affermazione ha una portata estremamente più circoscritta rispetto a quella attribuitale dalla ricorrente. Per la stessa, infatti, in sede di liquidazione principale, l'ufficio può escludere l'ammissibilità soltanto ed unicamente di quelle « voci » che, esposte nella dichiarazione come « spese » hanno, invece, una « natura estranea al concetto di spesa », nel senso che « non rientrano ontologicamente » nella relativa nozione comune; e con ciò, indirettamente, esclude che in tal fase del procedimento impositivo possano essere detratti i costi e gli oneri sopportati dal cedente che, pur costituendo ontologicamente delle spese, tuttavia non possono essere ricondotti alla categoria delle spese che, secondo la disciplina in tema di INVIM, debbono essere detratte dalla differenza tra il valore finale e quello iniziale; vale a dire che anche secondo l'*obiter* in questione, nel procedere alla liquidazione dell'imposta principale l'Ufficio deve portare in detrazione tutte indistintamente le « spese che siano tali ontologicamente nonostante che, alla stregua della disciplina positiva, le stesse non possano essere computate in maggiorazione del valore iniziale. Pertanto, anche secondo quel criterio, nel caso di specie (nel quale l'Amministrazione finanziaria sosteneva non già che i « costi » sopportati dalla Riunione immobiliare non costituivano, concettualmente, delle « spese », ma solo che si trattava di « spese » non detraibili ai sensi degli artt. 11-13 d.P.R. n. 643/1972) all'ufficio rimaneva preclusa la potestà di procedere alla rettifica della dichiarazione della Riunione immobiliare in sede di liquidazione dell'imposta principale.

Si deve dire, allora, che la Commissione Tributaria Centrale non è incorsa nella violazione e falsa applicazione delle norme di legge denunciate nel motivo in esame, allorquando — uniformandosi all'enunciato principio — ne ha tratto che illegittimamente l'Ufficio del Registro di Bergamo in sede di liquidazione principale dell'INVIM dovuta dalla Riunione Immobiliare aveva dichiarato inammissibili alcune delle voci di « spesa »

esposte dalla contribuente nella sua dichiarazione, ed ha annullato la liquidazione stessa nella parte in cui, in conseguenza di tal rettifica, aveva determinato l'imponibile in misura superiore a quella cui si sarebbe dovuto pervenire sulla base della dichiarazione stessa.

Il mezzo, perciò, risulta infondato e deve essere respinto.

4. — Nel secondo motivo di annullamento, la Amministrazione ricorrente denuncia che la Commissione Tributaria Centrale, nel limitarsi ad assumere la statuizione avanti riassunta, ha violato ed applicato falsamente i principi generali del contenzioso tributario, ed ha omesso di pronunciare (o, quanto meno, di motivare) su punti decisivi della controversia.

Tanto perché, anche ad ammettere la sussistenza dell'invalidità della liquidazione principale, la stessa invalidità sarebbe stata pur sempre conseguente ad un vizio meramente formale e, soprattutto, non comportava una nullità assoluta; perché, di conseguenza, tal ragione di invalidità non poteva condurre, *sic et simpliciter*, all'annullamento della pretesa fiscale, prescindendo dalle ragioni sostanziali espresse dall'ufficio a suo sostegno e riassunte nella esplicita domanda di conferma del provvedimento tributario impugnato; e perché, in ultima analisi, la giurisdizione delle commissioni tributarie non è giurisdizione di annullamento ma giurisdizione di merito, diretta, cioè, non semplicemente alla verifica della legittimità degli atti impositivi dell'Amministrazione, in se e per se considerati, ma all'accertamento della pretesa tributaria.

Neanche questa censura può essere condivisa.

Come s'è detto, nel caso che ne occupa, l'annullamento parziale dell'atto impositivo impugnato è conseguito da un canto, alla circostanza che, con quell'unico atto, l'ufficio mentre ha proceduto ad una rettifica della dichiarazione della contribuente, sulla base di tal rettifica ha determinato la base imponibile dell'INVIM dovuta dalla Riunione immobiliare, ed ha proceduto alla liquidazione del tributo; dall'altro, che tutto ciò viola le prescrizioni normative per le quali la rettifica gli era preclusa posto che doveva essere effettuata, separatamente e con un procedimento di accertamento non influente sulla liquidazione principale, ma determinante, soltanto, il potere dell'Amministrazione di richiedere l'imposta complementare, con la conseguenza che avrebbe dovuto procedere alla liquidazione principale alla sola stregua degli elementi risultanti dalla dichiarazione della contribuente.

È evidente, allora, che una volta dichiarata l'invalidità dell'atto impositivo per siffatta ragione, al giudice tributario rimaneva necessariamente precluso l'esame del merito della pretesa tributaria, proprio perché essa pretesa non poteva essere fatta valere coll'atto impositivo impugnato e, nel contempo, non era stato espletato il separato procedimento di accertamento indefettibile ai suoi fini.

D'altra parte, come è principio, il giudice tributario, ancorché avente ad oggetto l'accertamento del rapporto sostanziale, è pur sempre formalmente costruito come giudizio di impugnazione dell'atto impositivo, il quale costituisce il « veicolo d'accesso » al giudizio di merito, cui si perviene solo per il tramite di tale impugnazione, con la conseguenza che quando ricorrano vizi formali dell'atto tali da condurre alla sua invalidazione (o, come nella specie, alla declaratoria della sua inidoneità come fatto impositivo), il giudice deve arrestarsi alla relativa pronuncia, rimanendo in tal guisa correttamente esercitata la funzione giurisdizionale attribuitagli (cfr. Cass., S.U., 4 gennaio 1993, n. 8).

Ne discende, allora, che del tutto ritualmente la Commissione Tributaria Centrale non ha proceduto all'esame del merito della pretesa tributaria. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 9 aprile 1996 n. 3264 - *Pres.* Corda - *Est.* Cicala - *P.M.* Martone (conf.). - Lupo c. Ministero delle Finanze (avv. Stato Pierantozzi).

Tributi in genere - Accertamento - Istruttoria - Invio di questionari - Segreto bancario - Inopponibilità.

(d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 32).

Il segreto bancario è un dovere (limitato) degli istituti bancari e non riguarda i rapporti diretti tra contribuenti e fisco (1).

(*Omissis*) Con il primo motivo di ricorso i contribuenti deducono di aver legittimamente rifiutato di rispondere ad alcuni profili del questionario loro inviato, perché una compiuta risposta avrebbe comportato la enunciazione di taluni loro rapporti con le banche, coperti da « segreto bancario ».

Simile argomentazione si fonda su un equivoco.

Il segreto è un dovere degli istituti di credito nei confronti dei loro clienti, questo dovere incontra dei limiti nella legge ed, a determinate condizioni, si trasforma nell'obbligo di riferire alla pubblica autorità, giudiziaria o fiscale.

Il segreto bancario ha quindi come soggetto titolare necessario una banca. Non riguarda i rapporti diretti fra contribuenti e fisco.

Quindi quando un contribuente viene invitato a chiarire la propria posizione patrimoniale non può tacere trincerandosi dietro il « segreto bancario ». O meglio può farlo ma la sua mancata giustificazione produrrà gli effetti tipici di ogni mancata risposta alle richieste di chiarimento. (*omissis*)

---

(1) Massima di evidente esattezza che spazza l'ingenuo tentativo di giustificare la mancata risposta al questionario.

— I —

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 10 aprile 1996 n. 3317 - *Pres.* Cantillo - *Est.* Fioretti - *P.M.* Tondi (diff.). - Ministero delle Finanze (avv. Stato De Stefano) c. Cerini.

Tributi erariali diretti - Imposta sul reddito delle persone fisiche - Reddito di impresa - Costi ed oneri non imputati al conto economico - Art. 74 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597 - Accertamento di maggiori ricavi - Deduzione dei costi.

(d.P.R. 29 settembre 1977, n. 597, art. 74).

Qualora l'Amministrazione abbia accertato induttivamente maggiori ricavi, deve tenersi conto dei relativi costi ed oneri anche se non imputati al conto dei profitti e delle perdite (1).

— II —

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 12 aprile 1996 n. 3486 - *Pres.* Sgroi - *Est.* Altieri - *P.M.* Maccarone (conf.). - Befani (avv. Marchetti) c. Ministero delle Finanze (avv. Stato De Bellis).

Tributi erariali diretti - Imposta sul reddito delle persone fisiche - Reddito di impresa - Costi ed oneri non imputati al conto economico - Art. 74 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597 e successive modifiche - Portata.

(d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597, art. 74; d.l. 27 aprile 1990, n. 90, art. 2, comma 6 *bis*).

A seguito delle modifiche apportate all'art. 74 del d.P.R. n. 597/1973 (ed all'art. 75 del T.U. n. 917/1986) dall'art. 2, comma 6 bis del D.L. 27 aprile 1990 n. 90, i costi e gli oneri possono considerarsi imputati al conto dei profitti e delle perdite, indipendentemente dalla specifica evidenza in detto documento, solo se sono annotati nelle scritture contabili, sì che permane il divieto posto dall'art. 74 (2).

(1-3) La prima massima riafferma la poco chiara identificazione fra redditi anche parzialmente non dichiarati e redditi da accertare induttivamente, svuotando in tal modo di contenuto l'art. 74 del d.P.R. n. 597/1973 e l'art. 75 del T.U. n. 917/1986 (Cass., 15 novembre 1994, n. 9581, in questa *Rassegna*, 1995, I, 113). Invero l'art. 76 può essere aggirato solo quando si procede ad accertamento integralmente extra contabile.

La seconda massima precisa con chiarezza la portata delle modificazioni introdotte all'art. 74 del d.P.R. n. 597/1973 e all'art. 75 del T.U. 917/1986 dall'art. 2, comma 6 *bis*, del d.l. 27 aprile 1990, n. 90: per poter considerare imputati al conto dei profitti e delle perdite oneri che in tale documento non risultano specificamente evidenziati, è necessario che i costi e gli oneri che concorrono alla determinazione del risultato economico siano sempre annotati nelle scrit-

— III —

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 19 aprile 1996 n. 3736 - *Pres* Sgroi - *Est.* Panebianco - *P. M.* Amirante (conf.). - Ministero delle Finanze (avv. Stato Salvatorelli) c. Soc. Lady Godiva.

Tributi erariali diretti - Imposta sul reddito delle persone fisiche - Reddito di impresa - Costi ed oneri non imputati al conto economico - Art. 74 d.P.R. 29 settembre 1973 e successive modificazioni - Deducibilità - Condizioni.

(d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597, art. 74; d.l. 27 aprile 1990, n. 90, art. 2, comma 6 *bis*).

In base alle modifiche apportate all'art. 74 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597, dall'art. 2, comma 6 bis del d.l. 27 aprile 1990 n. 90, i costi e gli oneri non imputati al conto dei profitti e delle perdite sono deducibili a condizione che siano annotati nelle scritture contabili e sia dimostrato che hanno concorso alla determinazione del risultato del conto economico (3).

— I —

(*omissis*) Con l'unico motivo di ricorso l'Ufficio denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 74, terzo comma, d.P.R. 29 settembre 1973 n. 597, censurando l'affermazione della Commissione Centrale che dovessero essere dedotti dai maggiori ricavi accertati i corrispondenti maggiori costi sostenuti dall'impresa, ancorché non imputati al conto dei profitti e delle perdite. Tale conclusione contrasterebbe con il chiaro disposto dell'art. 74, cpv., del d.P.R. n. 597 del 1973, che — nel prevedere l'indeducibilità delle spese non contabilizzate — esplica indirettamente una funzione sanzionatoria nei confronti del contribuente che abbia occultato una parte del proprio volume di affari o che comunque non abbia soddisfatto gli oneri ai quali la legge ha condizionato la riconoscibilità dei costi di impresa.

Il ricorso è infondato.

Questa Corte si è già pronunciata sulla questione della deducibilità di costi ed oneri, qualora l'amministrazione finanziaria abbia accertato

---

ture contabili (Cass., 19 aprile 1995, n. 4397, in questa *Rassegna*, 1995, I, 291); resta quindi confermata la funzione sanzionatoria e preclusiva della norma. In proposito la terza massima specifica che a seguito delle modifiche apportate all'art. 74 è superata la distinzione (prima massima) fra ricavi dichiarati e non dichiarati, perchè in ogni caso la mancata annotazione almeno nelle scritture è preclusiva.

induttivamente (come nel caso di specie) l'esistenza di maggiori redditi di impresa rispetto a quelli dichiarati dal contribuente. Con sentenza n. 5071 del 24 novembre 1989, questa Corte ha affermato che l'amministrazione finanziaria, ove accerti presuntivamente maggiori ricavi, disattendendo in tutto od in parte le risultanze del bilancio o delle scritture contabili (art. 39 del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 600), deve portare in detrazione i relativi costi, al fine di individuare il reddito netto, mentre non può invocare le regole poste dall'art. 74 terzo comma del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 597, circa l'indeducibilità di costi ed oneri in presenza di inosservanza delle formalità di contabilizzazione, atteso che tali regole sono operanti solo quando venga in discussione la detraibilità di costi od oneri rispetto ai proventi dichiarati dal contribuente. Tale principio è stato sostanzialmente ribadito dalle sentenze n. 3083 del 13 marzo 1992 e n. 9581 del 15 novembre 1994. Questo collegio ritiene di aderire a tale indirizzo giurisprudenziale. Le disposizioni del secondo e terzo comma dell'art. 74 del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 597, nell'escludere la deducibilità di costi ed oneri, se non risultano imputati al conto dei profitti e delle perdite allegato alla dichiarazione dei redditi e se ne sia stata omessa la registrazione o siano stati irregolarmente registrati, qualora ne sia prescritta la registrazione in apposite scritture ai fini della imposta sul reddito, derogano al fondamentale principio che il reddito di impresa è costituito dagli utili netti conseguiti nel periodo d'imposta, formulato dall'art. 52, primo comma, del citato d.P.R. n. 597 del 1973, e costituiscono quindi disposizioni aventi carattere eccezionale. Come tali non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati (art. 14 delle preleggi). Perciò, tali disposizioni, che presuppongono un reddito dichiarato o accertato sulla base della documentazione contabile in possesso del contribuente, non possono essere applicate analogicamente alla ipotesi in cui la amministrazione accerti induttivamente maggior ricavi, con un metodo che prescinde in tutto o in parte dalle risultanze del bilancio e delle scritture contabili, che consente all'amministrazione di avvalersi anche di presunzioni sprovviste dei caratteri della gravità, precisione e concordanza e di procedere, quindi, alla ricostruzione del reddito d'impresa con strumenti dotati di una certa elasticità. Sembra assurdo, peraltro, che la amministrazione possa basarsi (come accaduto nel caso di specie) sulla rilevata esistenza di acquisti non contabilizzati (fatto noto) per desumerne l'esistenza di ulteriori ricavi, oltre quelli dichiarati, (fatto ignoto) per poi determinare il reddito di impresa, escludendo, in applicazione del secondo e terzo comma dell'art. 74 del d.P.R. n. 597 del 1973, costi presi a base della presunzione di maggiori ricavi e dei quali, così operando, ha riconosciuto l'inerenza al maggior reddito accertato. (*omissis*)

— II —

(*Omissis*) Passando all'esame delle questioni di illegittimità costituzionale dell'art. 74 d.P.R. 29 settembre 1973 n. 597, occorre preliminarmente tener conto delle modifiche introdotte dall'art. 2, comma 6 bis, del d.l. 27 aprile 1990 n. 90, convertito con modificazioni nella l. 26 giugno 1990 n. 165, il quale: « Ai fini dell'applicazione dell'art. 74 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597, e dell'art. 75 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con d.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917, deve intendersi che le spese ed i componenti negativi sono imputati al conto dei profitti e delle perdite se e nella misura in cui siano stati annotati nelle scritture contabili ed abbiano concorso alla determinazione del risultato netto del conto dei profitti e delle perdite, indipendentemente dalla specifica evidenza in tale documento ... ».

Secondo la giurisprudenza di questa Corte a tale norma deve essere riconosciuto valore interpretativo: essa, pertanto, deve essere retroattivamente applicata, anche d'ufficio, nel giudizio di cassazione (si vedano, fra le diverse conformi, Sez. I, 8 luglio 1992 n. 8434; 24 luglio 1992 n. 8929).

La disposizione consente, pertanto, di considerare, ai fini della determinazione del reddito d'impresa, le spese e i componenti negativi non risultanti dal conto dei profitti e delle perdite, ma desumibili dalle scritture contabili.

Risulta, quindi, ampliata la possibilità, per il contribuente, di far risultare i costi e le spese sostenuti per la produzione del reddito dichiarato mentre nulla è stato statuito circa la conseguenza della mancata esposizione, e cioè la non ammissione della loro deducibilità.

La disciplina, quale risulta dalla norma interpretativa, non comporta, pertanto, alcuna modifica circa la natura dell'art. 74, comma 2, del d.P.R. 597/73: tale natura resta, quindi, sanzionatoria (sentenze di questa sezione 2569/93 e 4397/95). Devesi, quindi, ritenere che il sospetto d'incostituzionalità, denunciato in riferimento all'art. 74, comma secondo, del d.P.R. 597/73, possa riguardare — nella prospettazione del ricorrente — anche la nuova normativa, in quanto anche secondo quest'ultima la mancata osservanza delle formalità comporta, come conseguenza, la non deducibilità di costi e spese (salvo che sui redditi totalmente non dichiarati: Cass. 3083/92; n. 9581/94).

La Corte Costituzionale (sentenza 17 novembre 1982 n. 186 e ordinanza 2 aprile 1983 n. 87), ribadita la natura sanzionatoria dell'art. 74, comma secondo, del d.P.R. 597/73, ha affermato che tale norma non contrasta coi principi stabiliti dagli articoli 3 e 53 Cost.

Questa Corte non ritiene, in mancanza di nuovi e decisivi argomenti, di discostarsi da tale indirizzo, tanto più che la nuova normativa, risultante dall'applicazione dell'art. 2, comma 6 bis del d.l. 27 aprile 1990 n. 90,

determina, in definitiva, una restrizione del potere della finanza di non ammettere costi e spese in deduzione.

Le questioni d'illegittimità costituzionale sono, quindi, manifestamente infondate.

In conclusione, anche l'applicazione della nuova e più favorevole normativa non potrebbe condurre alla deducibilità dei costi, non essendo stati gli stessi riportati nelle scritture contabili, ma ricavati dalla finanza da documenti non ufficiali. (*omissis*)

— III —

(*Omissis*) In ordine appunto a tale anno 1975 il problema è invece strettamente giuridico, dovendosi accertare se anche i costi non fatturati concorrano a formare il reddito d'impresa.

Orbene l'art. 74 del d.P.R. 597/73, che regola il periodo d'imposta in esame, prevede espressamente al 2° comma che i « costi e gli oneri non sono ammessi in deduzione se non risultano imputati al conto dei profitti e delle perdite allegato alla dichiarazione ».

La giurisprudenza di legittimità ha in effetti interpretato tale norma nel senso dato dalla C.T.C., affermando che la indeducibilità dei costi e degli oneri, in presenza di inosservanze relative alle formalità di contabilizzazione, è operante solo quando il problema della detraibilità sia in discussione rispetto ai proventi dichiarati dallo stesso contribuente (Cass. 24 novembre 1989 n. 50).

Peraltro con il d.P.R. 22 dicembre 1986 n. 919, applicabile però ai periodi di imposta successivi al 31 dicembre 1987 (art. 136), è stato introdotto il principio della deducibilità delle spese e dei componenti negativi, anche se non risultino imputati al conto dei profitti e delle perdite purché siano però « afferenti i ricavi ed altri proventi » (art. 75 comma 4 ult. parte).

Ma successivamente con D.L. 27 aprile 1990 n. 90, convertito con legge 26 giugno 1990 n. 165, è stato disposto all'art. 2 comma 6 bis, con norma interpretativa avente quindi efficacia retroattiva, che sia l'art. 74 del d.P.R. 597/73 che l'art. 75 del d.P.R. 917/86 devono intendersi nel senso che le spese ed i componenti negativi sono imputati al conto dei profitti e delle perdite e sono quindi deducibili « se e nella misura in cui siano stati annotati nelle scritture contabili ed abbiano concorso alla determinazione del risultato del conto dei profitti delle perdite indipendentemente dalla specifica evidenza in tale documento.

Da ciò discendono due ordini di considerazioni.

In primo luogo deve ritenersi che la deducibilità delle spese e dei componenti negativi sia consentita solo se e nella misura in cui risultino dalle scritture contabili e che si sia inteso peraltro prescindere a tal

fine dalla necessità di accertare se la loro imputazione risulti o no dal conto dei profitti e delle perdite allegato alla dichiarazione.

Deve considerarsi pertanto superata da tale ultima disposizione la distinzione operata dalla C.T.C., fra i ricavi risultanti dalla stessa dichiarazione (per i quali la deduzione va limitata ai costi che risultino delle scritture contabili) ed i ricavi accertati invece dall'Ufficio (per i quali si deve tener conto di tutti i componenti negativi indipendentemente dalla loro risultanza nelle suddette scritture).

In ogni caso infatti la loro mancata annotazione nelle scritture contabili preclude la possibilità di un loro esame ai fini della dichiarazione.

In secondo luogo deve essere comunque possibile, perché operi la deduzione, correlare tali maggiori costi ai ricavi nel senso che i primi debbano riferirsi alla merce venduta che a tali ricavi ha dato luogo.

E' necessario quindi in sede di rinvio accertare se tali maggiori costi riguardino la merce venduta ovvero se, come sostiene l'Amministrazione Finanziaria, si riferiscano a residui di magazzino risalenti ad anni precedenti e come tali estranei alla produzione del ricavo.

In definitiva pertanto, relativamente all'anno 1975, non potrà tenersi conto in sede di rinvio, ai fini della determinazione del reddito imponibile, dei costi non fatturati e non riportati nelle prescritte scritture contabili né di quelli non riferibili ai ricavi relativi allo stesso anno.

(*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Un., 12 aprile 1996 n. 3458 - *Pres.* Sgroi - *Est.* Carbone - *P.M.* Morozzo dela Rocca (conf.). - Ministero delle Finanze (avv. Stato Braguglia e Bafile) c. Soc. Eurocontrol (avv. Masnata).

Tributi erariali indiretti - Tassa sulle concessioni governative - Iscrizione delle società nel registro delle imprese - Incompatibilità con la normativa comunitaria - Rimborso - Spettanza.

(d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 641, tariffa art. 74 - direttiva C.E.E. 17 luglio 1969, n. 335, artt. 10, 11, 12).

Tributi erariali indiretti - Tassa sulle concessioni governative - Iscrizione delle società nel registro delle imprese - Incompatibilità con la normativa comunitaria - Rimborso - Decadenza triennale - Sussiste.

(d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 641, art. 13).

La tassa annuale di rinnovo stabilita per l'iscrizione delle società nel registro delle imprese prevista nell'art. 74 della tariffa allegata al d.P.R. 641/1972 è incompatibile con l'art. 10 della direttiva CEE n. 335/1969; né

la presenza della tassa può essere giustificata in base all'art. 12 della direttiva che ammette l'applicazione di diritti a carattere remunerativo (1).

Il rimborso della tassa di concessione governativa sulla iscrizione di società nel registro delle imprese, è soggetto alla decadenza triennale dell'art. 13 del d.P.R. n. 641/1972 (2).

(*Omissis*) 1. Con il primo motivo del ricorso l'Amministrazione censura l'impugnata sentenza per aver ritenuto il tributo non dovuto. Sostiene la ricorrente che la tassa in questione non è stata emessa in carenza di potere impositivo ed è quindi compatibile con il diritto comunitario, in quanto diritto di carattere remunerativo, espressamente fatto salvo dall'art. 12 della richiamata direttiva, e che comunque l'ammontare della tassa è congruo, in considerazione del servizio reso tanto nell'interesse dei terzi quanto nell'interesse della società. Aggiunge infine che la predetta impostazione è del tutto conforme alla decisione della Corte Cee, interpretativa della direttiva, e che i contribuenti non hanno provato il carattere non remunerativo del servizio reso.

In relazione a quest'ultimo aspetto, la società resistente afferma che non sussiste remuneratività, proprio sulla base della legislazione più recente con la quale l'Amministrazione finanziaria, prendendo atto della incompatibilità del tributo, svincolato dall'effettivo costo del servizio, ha sempre più ridotto l'importo della tassa, eliminando, infine, la periodicità annuale dell'obbligo di pagamento.

La controversia è stata rimessa alle sezioni unite, stante il contrasto giurisprudenziale sulla debenza del tributo e sulla disapplicabilità del diritto italiano rispetto alla normativa comunitaria, così come interpretato dalla Corte Cee.

2. Il contrasto interpretativo, sorto con particolare riguardo alla richiesta di restituzione della tassa di rinnovo annuale, va pertanto affrontato anche in questa sede, in quanto la non debenza dell'imposta in via generale si pone con carattere assorbente rispetto allo specifico profilo fallimentare. Com'è noto, il conflitto interpretativo concerne l'applicazione della tassa annuale di rinnovo della concessione governativa per l'iscrizione delle società di capitali nel registro delle imprese, ed è insorto a seguito della diversa disciplina adottata dall'ordinamento italiano rispetto alla confliggente regolamentazione di diritto comunitario, contenuta

---

(1-2) Sulla prima massima il responso delle Sez. unite non lascia spazio a residue speranze. Importante è la seconda massima che non ammette distinzioni sulle ragioni dell'indebito pagamento.

A seguito delle pronunce costituzionali sulla parziale incostituzionalità dell'art. 12 (e di altre simili norme) nella parte in cui impone un pregiudiziale ricorso amministrativo, il termine di decadenza rimane operante rispetto al (ormai facoltativo) ricorso amministrativo o alla azione ordinaria.

nella direttiva n. 335/69, nonché all'interpretazione della stessa fornita da parte della Corte di Giustizia Cee con sentenza n. 20 aprile 1993 nelle cause riunite C.71/1991 e C. 178/1991.

Sussistono in proposito profili di contrasto tra diversi indirizzi interpretativi, entrambi riscontrabili in decisioni della prima sezione di questa Corte. Infatti secondo un primo indirizzo (Cass. 7 agosto 1994 n. 7163; 26 maggio 1993 n. 5931) la tassa annuale di concessione governativa, dovuta sia dalle società che dalle eventuali curatele fallimentari delle stesse, sebbene non in via prededuttiva, per le annualità precedenti alla dichiarazione di apertura della procedura concorsuale, non lo sarebbe anche per quelle successive, ma solo a far tempo dallo *ius superveniens* di cui alla legge 29 luglio 1988 n. 291.

Al contrario, secondo un altro, più recente indirizzo, diffusosi in tema di restituzione del predetto tributo, la tassa in questione non sarebbe in caso dovuta (Cass. 28 dicembre 1994 n. 9900; 23 novembre 1994 n. 11230; 28 marzo 1994 n. 2992), in quanto l'imposizione *ex lege* dell'obbligo di pagamento pone il tessuto normativo italiano in contrasto con il diritto comunitario, quale risultante dalla direttiva n. 335/69, nonché dalla sentenza della Corte di Giustizia Cee in data 20 aprile 1993, interpretativa della direttiva stessa.

Il problema viene in rilievo soprattutto come obbligo del pagamento della tassa da parte delle società, che viene in primo piano nelle controversie aventi ad oggetto la domanda di restituzione degli importi annuali del tributo fondata sulla base del contrasto del diritto interno con il diritto comunitario; domande di restituzione per lo più accolte dalle Corti di merito che hanno disapplicato le disposizioni di diritto interno impositive della tassa, in conseguenza del riconosciuto contrasto con il diritto comunitario (cfr. oltre la sentenza n. 2992/94 le sentenze n. 7163, la n. 9900 e la n. 11230 tutte del 1994).

3. Prima di esaminare il contrasto tra diritto comunitario e diritto interno occorre dar conto del succedersi delle disposizioni legislative italiane sulla tassa di concessione governativa per l'iscrizione nel registro delle imprese.

L'art. 74 della tariffa allegata al d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 641 prevedeva che per la iscrizione degli imprenditori nel registro delle imprese dovesse essere versata una tassa il cui ammontare, in seguito agli aumenti apportati alla misura originaria, risultava stabilito in L. 81.000 (ottantunomila). Successivamente con l'art. 3 co. 18 e 19 del d.l. 19 dicembre 1984 n. 853 (convertito nella legge 17 febbraio 1985 n. 17) l'ammontare della tassa venne fissato in L. 5 milioni per le società per azioni, in L. 1 milione per le società a responsabilità limitata ed in L. 100.000 per tutti gli altri tipi di società, stabilendosi l'obbligo del versamento della tassa sia per l'iscrizione dell'atto costituivo della società, sia per gli anni successivi entro il 30 giugno di ciascun anno solare.

Alcuni anni dopo, con successivo d.l. 30 maggio 1988 n. 173, la tassa di iscrizione e quella annuale furono elevate a L. 15 milioni per le società per azioni, a L. 3.500.000 per le società a responsabilità limitata e a L. 500.000 per le società di altro tipo; la legge di conversione 26 luglio 1988 n. 291 approvò con modifiche l'art. 8 del suddetto d.l., fissando l'ammontare della tassa in correlazione con l'entità del capitale sociale delle società per azioni, secondo un metro di progressività: da L. 9 milioni per le società per azioni con capitale da 200 a 499 milioni; fino a L. 120 milioni per quelle con capitale superiore a 10.000 milioni; mentre restò fissata in L. 2.500.000 la tassa per le società a responsabilità limitata, ed in L. 500.000 per le società di altro tipo.

Il tessuto normativo fu ulteriormente modificato con il d.l. 2 marzo 1989 n. 69, convertito nella legge 27 aprile 1989 n. 154 e la tassa in questione fu stabilita (art. 36 co. 8) nella misura di L. 12 milioni per le società azionarie, di L. 3.500.000 per quelle a responsabilità limitata, e di L. 500.000 per le società di altro tipo.

Infine, con il d.l. 11 luglio 1992 n. 333, convertito con modifiche nella legge 8 agosto 1992 n. 359, l'ammontare della tassa fu ridotto in L. 4 milioni per le società per azioni, in L. 2 milioni per le società a responsabilità limitata ed in L. 500.000 per le società di altro tipo. Il ciclo normativo ha avuto termine con il d.l. 30 agosto 1993 n. 331, convertito in legge 29 ottobre 1993 n. 427, allorquando il legislatore con l'art. 61 ha, da un lato, modificato la tassa per l'iscrizione, e dall'altro ha provveduto alla definitiva abolizione della successiva tassa annuale sulle società. La soluzione delle soppressioni della tassa di concessione governativa sulle società risulta definitivamente ribadita nell'art. 138 della recente l. 28 dicembre 1995 n. 549.

4. Di fronte a questa magmatica situazione normativa di diritto interno, il diritto comunitario appare orientato per una scelta univoca, adottata intorno agli anni settanta e proseguita senza oscillazioni di sorta. In materia, la disposizione è costituita dalla direttiva del Consiglio Cee del 17 luglio 1969 n. 335, concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali. Sin dalla premessa la direttiva dimostra l'intento di voler intervenire nella materia dell'imposizione indiretta sulla raccolta di capitali, al fine di eliminare, attraverso le opportune armonizzazioni della legislazione degli Stati membri, le discriminazioni, le doppie imposizioni ed ogni altra disparità che ostacoli la libera circolazione dei capitali. In particolare l'art. 10 della direttiva impone agli Stati membri di non applicare, per quanto riguarda società, associazioni o persone giuridiche che perseguono scopi di lucro, alcuna imposizione, sotto qualsiasi forma, per l'immatricolazione o per qualsiasi altra formalità preliminare di un'attività, alla quale una società, associazione o persona giuridica che persegue scopi di lucro può essere sottoposta in ragione della

sua forma giuridica. Gli Stati membri, ai sensi dell'art. 12 della direttiva, possono tuttavia applicare, in deroga alle disposizioni degli artt. 10 e 11, diritti di carattere remunerativo.

5. La direttiva n. 335/1969 è stata interpretata dalla Corte di Giustizia Cee, con la sentenza del 2 febbraio 1986 (in causa n. 36/86). In quella occasione la Corte affermò il principio generale secondo cui gli artt. 10 e 12 debbono essere interpretati nel senso che gli Stati membri non possono esigere dalle società di capitali per le operazioni indicate negli stessi articoli, altri tributi all'infuori dell'imposta sui conferimenti e sui diritti remunerativi menzionati nell'art. 12. Nella richiamata successiva sentenza del 20 aprile 1993 la Corte di Giustizia ha inoltre statuito che l'art. 10 della direttiva in questione deve essere interpretato nel senso che, fatte salve le disposizioni derogatorie dell'art. 12, deve ritenersi vietato un tributo annuale dovuto in ragione dell'iscrizione delle società di capitali, anche se il gettito di tale tributo contribuisca al finanziamento del servizio effettuato mediante la tenuta del registro in cui sono iscritte le società.

In particolare, « il fatto che il tributo sia dovuto non soltanto all'atto dell'iscrizione della società, ma anche ogni anno successivo non può di per sé sottrarre il tributo stesso al divieto di cui all'art. 10 » Se così non fosse, « ogni diversa interpretazione priverebbe di efficacia pratica la disposizione dell'art. 10, in quanto consentirebbe agli Stati membri di imporre alle società di capitale un onere fiscale annuale il cui unico presupposto è il mantenimento dell'iscrizione della società » (punto n. 30 della motivazione). In definitiva, ad escludere l'applicazione dell'art. 10 della direttiva non può bastare una generica correlazione tra il gettito del tributo e l'esigenza di finanziamento del servizio.

La direttiva e l'interpretazione che, con le citate sentenze, ne ha dato la Corte di Giustizia delle Comunità europee hanno carattere vincolante per il giudice nazionale italiano e comportano non l'abrogazione, ma la mera disapplicazione diretta ed immediata della norma difforme di diritto interno. In ordine ai rapporti tra diritto comunitario e legge nazionale, va richiamata la giurisprudenza dei giudici della legge (sentenze n. 168/1991 e n. 170/1984 della Corte Costituzionale), secondo la quale la normativa comunitaria — costituita dalla disciplina prodotta dagli organi della Cee mediante regolamento e dalle statuizioni risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia — tutte le volte che essa soddisfa il requisito della immediata applicabilità, entra e permane in vigore, nel nostro territorio, senza che i suoi effetti siano intaccati dalla legge ordinaria dello Stato. In proposito, gli stessi giudici delle leggi hanno avuto modo di sottolineare l'esistenza di un'attività legislativa della Cee, interpretata dalla Corte di giustizia, avente efficacia all'interno degli Stati membri, con conseguenti questioni di com-

patibilità con le norme degli stessi Stati e di disapplicazione della legislazione nazionale, non esclusi i casi in cui detta attività normativa intervenga in materie, come quella tributaria, soggette a riserva di legge (sentenze nn. 183/1973 e 232/1975).

6. La difesa dell'Amministrazione, anche nella discussione orale, ha sostenuto la sussistenza di un potere impositivo e di conseguenza la legittimità della tassa controversa, tanto quella di iscrizione che quella annuale successiva, in ragione del costo del servizio di mantenimento dell'iscrizione della società, servizio che, come riconosce la stessa sentenza della Corte di giustizia nel 1993, viene effettuato « tanto nell'interesse dei terzi quanto nell'interesse delle società medesime » (punto n. 38 della motivazione). Ne consegue che ove la tassa fosse ritenuta non dovuta, in nessuna misura, resterebbe affermata la gratuità del servizio, gratuità non prevista da nessuna disposizione comunitaria, né desumibile dalla interpretazione giurisprudenziale della Corte di giustizia. Inoltre non avendo i contribuenti provato che l'ammontare della tassa richiesta fosse superiore al costo del servizio reso nell'interesse generale e nell'interesse particolare di tutte le società di capitali, dovrebbe pur sempre calcolarsi un qualche importo della tassa annuale rispondente al criterio della richiamata remuneratività.

L'argomentazione, già contrastata dalla decisione di questa Corte 2292/1994, non merita di essere condivisa stante l'incongruità dell'importo di una tassa annuale, successiva all'iscrizione, richiesta in misura pari a quella dovuta per la prima iscrizione, essendo evidente l'insussistenza dei costi affrontati in sede di tassa annuale di rinnovo, allorché nessun atto societario dev'essere depositato all'Ufficio competente, al di là della prova dell'avvenuto pagamento della tassa. Né va dimenticato che oltre al pagamento della tassa di rinnovo si aggiunge a carico del contribuente anche il pagamento dei diritti di cancelleria. In particolare, il preteso carattere remunerativo dell'intera tassa in questione trova clamorose smentite nella macroscopica sproporzione tra l'importo della tassa stessa e quello dei diritti applicati negli altri Stati membri della Comunità per formalità dello stesso tipo e nel fatto che la tassa si aggiunge ai diritti di cancelleria che vengono riscossi all'atto del deposito dei singoli atti societari e all'atto dell'ispezione degli stessi. Inoltre la periodicità annuale della tassa comporta una reiterazione dell'obbligazione tributaria connessa alla permanenza dell'iscrizione, non potendo la tassa annuale essere assimilata ad una tassa di rinnovo dell'atto di iscrizione in quanto l'iscrizione non è soggetta a scadenza. Infine la determinazione concreta dell'ammontare della tassa si sottrae ad ogni logica di congruenza tra costo del servizio ed onere tributario, come è reso palese sia dalla sproporzione tra l'entità delle tasse gravanti sui vari tipi di società, sia dalle modificazioni succedutesi nel tempo, a breve distanza

l'una dall'altra, prive di qualsiasi razionale spiegazione in termini di almeno tendenziale corrispettività.

7. La difesa dell'Amministrazione finanziaria per evitare la disapplicazione del diritto interno si richiama alla legittimità dell'imposizione di diritti remunerativi di servizi resi nell'interesse generale, alla stregua dell'art. 12 della suddetta direttiva comunitaria, nel senso che i diritti di carattere remunerativo possono costituire somme riscosse come corrispettivo di operazioni imposte dalla legge per uno scopo di interesse generale, come per l'appunto l'iscrizione delle società di capitali ed il successivo rinnovo annuale dell'iscrizione stessa.

Al riguardo, occorre premettere che per « diritti a carattere remunerativo » si intendono quelle prestazioni pecuniarie riscosse come corrispettivo di operazioni imposte dalla legge per uno scopo di interesse generale. Tuttavia l'entità di tali diritti, che può variare a seconda della forma giuridica della società, deve pur sempre essere calcolato in base al costo dell'operazione, anche se determinato in misura forfettaria.

In altri termini, anche nei casi in cui possa risultare difficile la determinazione del costo dell'operazione, sì da dover ricorrere ad una determinazione forfettaria, quest'ultima va compiuta con criteri di assoluta ragionevolezza, prendendo in considerazione, segnatamente, il numero e la qualifica delle persone addette, il tempo da queste impiegato, nonché i costi materiali della singola operazione, tenendo ovviamente distinto l'importo della prima iscrizione da quello dei successivi rinnovi annuali dell'iscrizione medesima.

Nella fattispecie in esame si riscontra, al contrario, una remunerazione, la cui entità è priva di qualunque nesso con il costo del servizio concretamente reso; anzi essa appare calcolata in funzione non del costo dell'operazione di cui essa costituisce il corrispettivo, bensì, dell'insieme dei costi di gestione e d'investimento del servizio incaricato di detta operazione. Ne consegue, pertanto, che la tassa per il rinnovo annuale non può non essere considerata come un tributo che ricade sotto il divieto di cui all'art. 10 della direttiva, con conseguente disapplicazione della normativa italiana che impone la suddetta tassa sul rinnovo annuale dell'iscrizione delle società.

Del resto, la stessa successiva abrogazione del tributo e la sua sostituzione con altre entrare tributarie rendono palese che la contribuzione in esame possedeva tutti i caratteri di una imposizione sulla ricchezza, in relazione alla quale trovano spiegazione le differenziazioni collegate sostanzialmente alla diversa entità del capitale delle società che ne sono colpite, considerata nella sua realtà di indice di capacità contributiva generica. Alla stregua dei parametri normativi, oggi abrogati, a partire dal d.l. n. 173/1988, se non già dal d.l. n. 853/1984 viene in rilevo non la retribuzione di un servizio, ma la generica capacità contributiva della

società, nella misura in cui è resa manifesta dall'entità del capitale sociale, non meno che dalla configurazione giuridica della stessa e, a tacer d'altro, la *sedes materiae* e cioè la normativa in materia di imposta o concernente « misure urgenti in materia di finanza pubblica o per il risanamento della finanza pubblica ».

8. Non può essere, infine, condivisa la tesi proposta in via subordinata dall'Amministrazione che, partendo dal carattere non gratuito del servizio, afferma che, anche disattendendosi l'ammontare richiesto, dovrebbe pur sempre calcolarsi un qualche importo della tassa annuale rispondente al criterio della remuneratività del servizio.

In contrario, non può non rilevarsi come la modificazione della struttura del tributo e la riduzione dell'ammontare dello stesso entro i limiti compatibili con la disciplina comunitaria, in tema di diritti remunerativi, non può essere il frutto di un'operazione ermeneutica ed anzi esula dai poteri del giudice ordinario, appartenendo per intero alla discrezionalità del legislatore, come tale sottratta anche al sindacato di legittimità del giudice delle leggi (art. 28 l. cost. 11 marzo 1953 n. 87).

9. Con il secondo motivo l'Amministrazione delle finanze censura l'impugnata sentenza per non aver accolto l'eccezione di decadenza in violazione dell'art. 13, comma 2, d.P.R. n. 641/1972, in relazione al rimborso della tassa pagata relativamente al 1986. I giudici del merito hanno superato la proposta eccezione di intervenuta decadenza per il solo anno 1986, ritenendo non pertinente l'ipotesi dell'errore, in quanto il pagamento non sarebbe erroneo, in mancanza di falsa rappresentazione della realtà di fatto o di diritto, ma si tratterebbe di carenza assoluta del potere impositivo da parte dello stato nazionale di fronte alla preesistente legislazione comunitaria.

Al contrario, secondo la ricorrente nella disciplina dell'art. 13 vanno ricomprese tutte le tasse erroneamente pagate, quale che sia la causa dell'erroneo pagamento, e quindi anche quelle in esame.

La censura è fondata e come tale meritevole di accoglimento. Nel vigente sistema tributario la restituzione delle tasse erroneamente pagate è soggetta alla decadenza triennale dal giorno del pagamento, ed a tale regime non sfugge la tassa in esame, trattandosi di disapplicazione del diritto interno, per contrasto con il prevalente ordinamento comunitario che, però, non comporta né l'abrogazione, né l'incompatibilità della legge italiana.

In particolare, sui limiti al diritto di restituzione della tassa erroneamente pagata ha già avuto modo di pronunciarsi la Corte costituzionale, con sentenza 24 febbraio 1995 n. 56, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 12 del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 641, nella parte in cui non prevede, nelle controversie di cui all'art. 11 del decreto medesimo, l'esperibilità dell'azione giudiziaria anche in mancanza del pre-

ventivo ricorso amministrativo. Secondo la giurisprudenza costituzionale la disposizione di cui all'art. 12 mancava di una *ratio* idonea a giustificare il limite imposto al principio dell'art. 24 Cost. Lo stesso non può dirsi per la disposizione, avente portata generale, di cui al secondo comma dell'art. 13 che impone un termine di decadenza di carattere triennale per la restituzione delle tasse erroneamente pagate, e quindi indebitamente corrisposte dal contribuente allo Stato.

La norma, infatti, è formulata in modo tale da ricomprendere tutte le tasse erroneamente pagate, quale che sia la causa dell'avvenuto indebito pagamento, sicché può riconoscersi che la disposizione dell'art. 13 stabilisce una decadenza di carattere generale per ogni domanda di restituzione, in conformità con l'indirizzo normativo secondo cui le tasse sulle concessioni governative sono sempre state soggette ad un regime di preclusioni, in relazione alle domande di rimborso.

Non è condivisibile la tesi secondo cui, nella fattispecie, il pagamento non sarebbe erroneo, in quanto non si sarebbe verificato lo stato psicologico di falsa rappresentazione di una realtà di fatto e di diritto, con efficacia sulla determinazione volitiva, ma sarebbe stato effettuato nella piena consapevolezza e volontarietà dell'adempimento di una norma tributaria. In altri termini, la sentenza impugnata non nega l'esistenza dell'errore sui presupposti dell'obbligazione tributaria che rende il pagamento effettuato indebito, cioè non dovuto, ma ritiene la decadenza, pur prevista in generale per ogni indebito, inoperante di fronte alla illegittimità della norma di imposizione tributaria confliggente con l'ordinamento comunitario. Esclusa la carenza di potere tributario e ribadito che il giudice si limita a disapplicare il diritto interno confliggente con quello comunitario, il principio di decadenza, per il ritardo con cui si chiede il rimborso delle tasse indebitamente o erroneamente pagate, esplica integralmente la sua efficacia, ed è quindi applicabile anche alla fattispecie in esame. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 23 aprile 1996 n. 3845 - *Pres.* Cantillo - *Est.* Baldassarre - *P.M.* Lugaro (diff.). - Ministero delle Finanze (avv. Stato Fiorilli) c. Quadri.

Tributi erariali indiretti - Imposta di registro - Consolidazione del criterio di tassazione - Normativa vigente - Si applica.

(r.d. 30 dicembre 1923, n. 3269, art. 136; d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 634, art. 75; t.u. 26 aprile 1986, n. 131, art. 77).

Il principio della consolidazione dei criteri di tassazione (secondo il quale il regime di tassazione adottato in sede di registrazione e non conte-

stato nel successivo triennio vincola le successive dipendenti liquidazioni complementari e suppletive), pacificamente riconosciuto sotto il vigore del r.d. n. 3269 del 1923, è presente anche nella normativa vigente (1).

(*Omissis*) Il ricorrente Ministero, denunziando violazione dell'art. 75 d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 634, assume che l'assolvimento spontaneo dell'imposta proporzionale all'atto della registrazione (9 maggio 1979), implicante il diniego del beneficio previsto dall'art. 24 del d.P.R. 17 gennaio 1959 n. 2, aveva formalizzato il criterio di tassazione, non rimesso in discussione dalla successiva determinazione dell'imposta complementare; sicché la data della registrazione costituiva il momento iniziale per il decorso del termine triennale per presentare l'istanza di rimborso, termine nel caso in esame non rispettato.

Il ricorso è fondato.

Secondo consolidato indirizzo giurisprudenziale (sent. 20 aprile 1994 n. 3768, 19 febbraio 1977 n. 763, 3 luglio 1967 n. 1625), decorsi tre anni dalla data di registrazione di un atto, ai sensi dell'art. 136 dell'abrogato R.D. 30 dicembre 1923 n. 3269, si prescrive la possibilità di ottenere una revisione del titolo di tassazione e, conseguentemente, rimane preclusa, tanto per il contribuente quanto per l'amministrazione, l'invocabilità di diritti che presuppongono la modificazione del predetto titolo, mettendo in discussione il criterio di tassazione adottato in relazione alla natura dell'atto (conf., in tema di imposta di successione ex art. 86 R.D. 30 dicembre 1923 n. 3270, sent. 11 aprile 1978 n. 1694).

Il principio, che si è formato sotto il vigore dell'abrogato sistema impositivo, deve essere riaffermato in relazione alla disciplina dettata dal d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 634, che rispetto alla precedente non presenta sostanziali differenze.

Difatti il citato art. 86 prevedeva il decorso del termine triennale di prescrizione « dalla data del pagamento », così come l'art. 75 del d.P.R. n. 634/72 ed ora l'art. 77 del T.U. approvato con d.P.R. 26 aprile 1986 n. 131 stabiliscono il decorso di eguale termine, a pena di decadenza, « dal giorno del pagamento ».

La C.T.C., limitando l'indagine ermeneutica al significato lessicale del termine « pagamento », che ha inteso come « assolvimento del debito tributario, da considerarsi nella sua unitarietà », non ha considerato gli ulteriori, decisivi profili della cristallizzazione ed unitarietà dei criteri d'imposizione.

Invero, il criterio dell'ordinaria tassazione proporzionale, adottato in sede di registrazione e, quindi, immediatamente conosciuto dal contri-

(1) Una utile precisazione di evidente esattezza.

buente, vincola le successive e dipendenti imposizioni (complementari e suppletive), se nei tre anni dal pagamento dell'imposta (pagamento che è contestuale alla registrazione) lo stesso contribuente non abbia chiesto il rimborso, ai sensi del citato art. 75 (ora 77) (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 26 aprile 1996 n. 3909 - *Pres.* Lipari - *Est.* Rordorf - *P.M.* Sepe (conf.) - Ministero delle Finanze (avv. Stato Bafile) c. Soc. Meschi Sud.

Tributi in genere - Accertamento - Imposta sul valore aggiunto - Prova - Difetto - Effetti - Difetto di potere.

(d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, artt. 51, 51 *bis*, 53, 54 e 55).

L'impugnazione dell'accertamento nel processo tributario comporta il verificare se l'ufficio abbia o meno il potere di formulare una valida pretesa fondata su dati diversi da quelli indicati dal contribuente nella dichiarazione, sulla base degli elementi raccolti a norma degli artt. 54 e 55 del d.P.R. n. 633/1972 e nei limiti stabiliti dalle stesse norme; ove non risulti dimostrata la inattendibilità della diciharazione non soltanto risulterà illegittimo l'accertamento, ma resterà inficiata la stessa possibilità dell'ufficio di procedere all'accertamento (1).

---

(1) La sentenza, ripercorrendo un filo logico ripetutamente affermato specialmente nella imposta di registro e di successione (Cass., 13 luglio 1995, n. 7654 e 25 agosto 1995, n. 8989, in questa *Rassegna*, 1996, I, 134, con nota di C. Bafile) giunge a conclusioni veramente contradittorie: l'insufficienza della prova della pretesa vantata con l'accertamento implica non una decisione di merito e nemmeno la dichiarazione di illegittimità dell'accertamento, ma addirittura il difetto di potere dell'ufficio a modificare il contenuto della dichiarazione: a seguito dell'apprezzamento della prova si dovrebbe giungere ad un giudizio di improponibilità. Per di più la dichiarazione del contribuente risulterebbe superprotetta perchè solo nei termini e nei limiti degli artt. 54 e 55 del d.P.R. n. 633/1972 l'ufficio può ritenersi abilitato alla rettifica. Il risultato di tutto questo è che il giudice, che dovrebbe esercitare la sua iniziativa di ufficio in ordine alla prova, emette una pronuncia di nullità o di conferma dell'accertamento invece di procedere al giudizio di valutazione che potrebbe (con la maggiore probabilità) portare alla determinazione di un valore intermedio compreso tra il massimo della dichiarazione e il massimo dell'accertamento.

L'ufficio procede alla rettifica della dichiarazione quando « ritiene » che ne risulti un imponibile inferiore ...; naturalmente in giudizio dovrà essere data (anche con la partecipazione del giudice) la dimostrazione dei fatti allegati o con gli strumenti dell'art. 51, 51 *bis* e 52, o con le presunzioni degli artt. 53 e 54; ma questo è il merito (valutazione estimativa) che non può sfociare in una pronuncia di nullità dell'accertamento per difetto di potere.

(*Omissis*) 1. — L'amministrazione ricorrente, nel lamentare la violazione e la falsa applicazione degli artt. 54 e 55 del d.P.R. n. 633 del 1972, oltre che degli artt. 1, 16 e 35 del d.P.R. n. 636 del 1972 e dei principi generali del processo tributario, assume che il giudice *a quo* avrebbe deciso la causa in base ad una motivazione generica ed elusiva delle questioni sollevate dall'ufficio tributario con il proposto gravame.

Non sarebbe vero, infatti, che l'ufficio aveva fondato i propri accertamenti solo su presunzioni generiche o su dati di esperienza ricavati da medie ed indici nazionali. Tali accertamenti, al contrario, erano stati compiuti in base ad elementi provenienti dalle stesse società contribuenti (raffronti tra scritture, questionari e documenti prodotti o raccolti con apposito verbale di constatazione), dai quali si era potuto evincere l'inadeguatezza delle differenze tra i costi delle merci ed i prezzi di rivendita delle stesse (cosiddette percentuali di ricarico) indicate nelle scritture delle imprese in questione; e solo dopo aver così acclarato l'inattendibilità delle predette scritture, l'ufficio aveva proceduto a rideterminare le suaccennate percentuali di ricarico, ed i conseguenti volumi d'affari delle società nei periodi in esame, facendo necessariamente ricorso a parametri di mercato: non però astrattamente considerati, ma pur sempre riferiti alla realtà delle specifiche aziende, come dimostrato dal fatto stesso che erano state applicate percentuali differenti per ciascuna delle due società.

In ogni caso — sempre secondo l'amministrazione ricorrente — i giudici tributari, essendo la loro cognizione estesa al rapporto d'imposta e non solo alla validità dell'atto impugnato dal contribuente, non avrebbero dovuto arrestarsi al rilievo della presunta illegittimità degli accertamenti di cui si tratta, ma avrebbero dovuto invece pur sempre valutare, sulla base degli elementi di prova offerti, quale fosse il reale volume d'affari delle due società Meschi nei periodi di tempo considerati, soffermandosi perciò a verificare in concreto se le percentuali di ricarico ipotizzate dall'ufficio fossero o meno congrue ed adeguate alla specie, dal momento che i dati risultanti dalla contabilità delle anzidette imprese, anche se formalmente regolari, apparivano palesemente inverosimili.

2. — Il ricorso non è fondato.

Non può condividersi, innanzitutto, l'assunto della ricorrente amministrazione, secondo la quale, in fattispecie come quella in esame, il giudice tributario, piuttosto che vagliare la validità dell'atto di accertamento impugnato dal contribuente, dovrebbe sempre procedere alla verifica della situazione — attinente all'esistenza o alla misura di un determinato presupposto impositivo — cui quell'accertamento si sia riferito.

Non si tratta di distinguere, a tal riguardo, tra giudizio sulla validità dell'atto posto in essere dall'ufficio e giudizio sul rapporto tributario in cui quell'atto si inserisce. Si tratta, invece, di verificare se l'ufficio abbia o meno, in una determinata situazione e nell'ambito di un determinato rapporto tributario, il potere di formulare una valida pretesa in base a dati diversi da quelli indicati dal contribuente nella dichiarazione che la legge gli fa carico di presentare. Si tratta di sapere, cioè, se e fino a qual punto sia consentito all'ufficio di modificare le indicazioni risultanti da detta dichiarazione, o addirittura di prescindere e di sostituirle con elementi di propria diretta elaborazione, per poi determinare la base imponibile del contribuente e la conseguente pretesa fiscale secondo i dati in tal modo formulati. Ed è chiaro che, se a questa domanda deve darsi risposta negativa (e tale, come si vedrà, è appunto la risposta da darsi), non ne deriva solo la declaratoria d'illegittimità del singolo atto di accertamento compiuto dall'ufficio, ma ne viene inficiata la possibilità stessa dell'ufficio di procedere ad un siffatto accertamento e di avanzare una pretesa tributaria su base diversa da quella risultante dalla dichiarazione resa dal contribuente.

Ora, con specifico riguardo all'I.V.A., la cui base imponibile è determinata, in prima istanza, dalla dichiarazione annuale dello stesso soggetto passivo dell'obbligazione tributaria (tenuto ad indicare l'ammontare delle operazioni soggette ad imposta, secondo la previsione dell'art. 28 del citato d.P.R. n. 633 del 1972), l'ufficio ha poteri di accertamento autonomi, i cui limiti e le cui modalità di esercizio sono però puntualmente circoscritti dalle disposizioni degli artt. 51 e seguenti dello stesso decreto. A tal riguardo vengono in evidenza (per ciò che qui soprattutto interessa) gli artt. 54 e 55, che rispettivamente disciplinano l'ipotesi di rettifica della dichiarazione del contribuente e quella di accertamento induttivo: nel primo caso stabilendo quando l'ufficio può modificare, ai fini del calcolo della base imponibile e della determinazione della conseguente imposta, una o più delle indicazioni contenute nell'anzidetta dichiarazione del contribuente; nel secondo caso, invece, consentendo all'ufficio di prescindere del tutto da tale dichiarazione — perché non presentata o perché affetta da vizi tali da apparire assolutamente e complessivamente inattendibile — e di procedere quindi alla determinazione della base imponibile e dell'imposta alla stregua di elementi induttivi da esso ufficio direttamente individuati.

L'indicata distinzione — tra l'area di applicazione, rispettivamente, degli artt. 54 e 55 — naturalmente non significa che, anche nel primo caso, l'ufficio non possa avvalersi di elementi di carattere induttivo per ricostruire dati mancanti o inesatti della dichiarazione del contribuente. Significa, però, che tale potere è, per un verso, circoscritto a quei soli elementi in relazione ai quali si abbia ragione di disattendere le risul-

tanze di detta dichiarazione, e non alla dichiarazione nel suo complesso; e che, per altro verso, l'esercizio di quel medesimo potere resta pur sempre subordinato alla preliminare verifica dell'insufficienza o dell'inattendibilità di quanto al riguardo dichiarato dal contribuente: verifica da compiere, appunto, secondo i parametri stabiliti dal citato art. 54.

Ebbene, nel caso in esame, è anzitutto da rilevare che l'ufficio ha proceduto non già ad una rideterminazione induttiva dell'imponibile delle due società contribuenti, ai sensi del citato art. 55, bensì soltanto a rettificare le relative dichiarazioni annuali. La questione — come correttamente posta dalla Commissione tributaria centrale nell'impugnata decisione — era dunque di stabilire, per prima cosa, se sussistessero o meno le condizioni legittimanti tali rettifiche.

Come s'è già accennato, in presenza di dichiarazioni annuali formalmente corrette, rese da un contribuente che abbia regolarmente tenuto la propria contabilità, il potere dell'ufficio I.V.A. di rettificare tali dichiarazioni, così accertando un maggior volume di affari e, quindi, una più ampia base imponibile, è appunto circoscritto entro i limiti segnati dal secondo comma del citato art. 54, salvo che, come precisato dal successivo terzo comma, l'infedeltà della dichiarazione del contribuente non risulti in modo certo e diretto dai verbali, dai questionari e dalle fatture di cui ai numeri 2), 3) e 4) del precedente art. 51, ovvero da dichiarazioni o accertamenti relativi ad altri contribuenti o, comunque, da ulteriori documenti già in possesso dell'ufficio. All'infuori di tali ipotesi, e quando la rettifica non sia giustificata dal semplice e diretto raffronto tra le dichiarazioni presentate ai fini dell'I.V.A. e la contabilità dell'impresa o altre precedenti dichiarazioni o liquidazioni della stessa imposta, ovvero dal contrasto tra dette dichiarazioni e quanto specificamente accertato in occasione di accessi, ispezioni e verifiche eseguite dall'ufficio a norma del citato art. 51, l'ufficio medesimo può dunque rettificare le dichiarazioni annuali I.V.A. del contribuente solo a patto d'individuare l'esistenza di presunzioni da cui si desuma l'omissione, la falsità o l'inesattezza di una o più indicazioni ivi contenute. E però tali presunzioni, ancorché semplici, devono risultare gravi, precise e concordanti; devono cioè corrispondere alla previsione dell'art. 2729 c.c., che ne rimette sì la valutazione al prudente apprezzamento del giudice, ma solo a patto che esse, appunto, rivestano i requisiti di gravità, precisione e concordanza richiamati anche dalla citata disposizione dell'art. 54.

Orbene, la Commissione tributaria centrale ha reputato che le presunzioni in base alle quali l'ufficio, nel caso di specie, aveva stimato di poter disattendere e rettificare le dichiarazioni annuali delle due società contribuenti fossero prive dei requisiti sopra menzionati: in quanto il semplice richiamo a percentuali di ricarico desunte dalle medie di settore non sarebbe sufficiente allo scopo.

Si tratta, con ogni evidenza, di una valutazione di merito, motivata e non censurabile in questa sede.

L'amministrazione ricorrente ribatte che gli accertamenti in discorso sarebbero basati non già su generiche presunzioni di maggior ricarico, bensì su dati specifici provenienti dalle stesse società contribuenti. Ma, in questi termini, la doglianza non può neppur esser presa in esame dalla corte, perché si tratta di una questione di fatto, in ordine alla quale la stessa parte ricorrente neppure specifica quali sarebbero, a suo giudizio, gli elementi — genericamente definiti come « scritture contabili », « questionario sottoscritto dal contribuente » e « documenti dallo stesso prodotti » (ma si consideri che, oltre tutto, le società contribuenti sono due) — dai quali l'ufficio accertatore avrebbe dedotto l'infedeltà delle dichiarazioni di entrambe le società per i differenti anni in contestazione. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 17 giugno 1996 n. 5568 - *Pres.* Borré - *Est.* Rordorf - *P.M.* Bonajuto (conf.). - Soc. Tinaro (avv. Rossi) c. Ministero delle Finanze (avv. Stato Del Gaizo).

Tributi erariali indiretti - Imposta sul valore aggiunto - Variazioni dell'imponibile - Operazione fatturata che viene meno - Momento della detrazione riferito al fatto che è causa della variazione - Necessità della certezza - Esclusione.

(d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, artt. 19 e 26).

Quando una operazione che ha dato luogo a fatturazione, viene meno o se ne riduce l'imponibile, il cedente del bene o il prestatore del servizio ha diritto di portare in detrazione l'importo corrispondente alla variazione, a norma dell'art. 19 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, al momento in cui si verifica il fatto che riduce l'imponibile e non nel momento in cui il fatto viene accertato e documentato (1).

(*Omissis*) — La surriferita doglianza non è fondata.

Il secondo comma dell'art. 26 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, stabilisce testualmente che « se un'operazione per la quale sia stata emessa fattura, successivamente alla registrazione di cui agli artt. 23 e 24, viene

(1) La sentenza forse semplifica troppo. Se è vero che tendenzialmente vale il principio di competenza (art. 6), è innegabile che i fatti che modificano i risultati già fatturati e registrati debbano avere un grado di certezza e di documentabilità sufficientemente affidabile.

meno in tutto o in parte o se ne riduce l'ammontare imponibile, in conseguenza di dichiarazione di nullità, annullamento, revoca, risoluzione, rescissione e simili, o in conseguenza di abbuoni o sconti previsti contrattualmente, il cedente del bene o prestatore del servizio ha diritto di portare in detrazione ai sensi dell'art. 19 l'imposta corrispondente alla variazione, registrandola a norma dell'art. 25 » (altra parte della norma, che a questi fini non rileva, riguarda poi i riflessi di detta situazione sul cessionario o committente). Il terzo comma aggiunge (per quello che qui interessa) che l'anzidetta disposizione non può essere applicata « dopo il decorso di un anno dall'effettuazione dell'operazione imponibile qualora gli effetti ivi indicati si verifichino in dipendenza di sopravvenuto accordo tra le parti ».

Ora, essendosi nella specie verificata (com'è stato ormai definitivamente accertato con sentenza passata in giudicato) la condizione risolutiva apposta ad un contratto di compravendita immobiliare per il cui prezzo era stata in precedenza emessa fattura ad opera della società venditrice, non è contestabile che la disposizione del citato secondo comma debba trovare applicazione. La controversia non investe, quindi, l'esistenza del diritto della detta società venditrice di portare in detrazione l'I.V.A. corrisposta precedentemente in conseguenza dell'emissione e della registrazione della fattura avente ad oggetto il prezzo di vendita. Quel che è controverso è unicamente se tale diritto fosse sorto sin dall'anno (1987) in cui appare essersi verificata la condizione risolutiva del contratto di vendita del quale si parla; o se invece, come pretende l'amministrazione finanziaria, quel medesimo diritto potesse essere legittimamente esercitato soltanto dopo il definitivo accertamento (negoziale o giudiziale) dell'intervenuta causa di risoluzione del medesimo contratto.

La tesi sostenuta dall'amministrazione ricorrente, sul piano dell'interpretazione letterale della norma vorrebbe trovare appiglio nel termine « dichiarazione », adoperato nel secondo comma del citato art. 26, da cui dovrebbe appunto dedursi che non il semplice verificarsi delle varie cause di caducazione del rapporto negoziale ivi elencate, bensì il successivo loro accertamento (la « dichiarazione », appunto), costituisce il presupposto perché possa esser eseguita dal contribuente l'ipotizzata variazione dell'operazione imponibile.

Questa tesi non può essere però affatto condivisa. La « dichiarazione » cui la menzionata norma si riferisce nell'enunciare le diverse possibili cause del venir meno dell'operazione imponibile, evidentemente riguarda la sola ipotesi della nullità dell'atto giuridico dal quale abbia tratto origine la cessione soggetta ad imposta, essendo com'è noto la nullità operante di diritto e non potendosi dunque, rispetto ad essa, verificare altro se non un successivo accertamento dichiarativo. Di annullamento di un atto negoziale, invece, può parlarsi solo in termini costitutivi, perché l'atto sussiste ed è idoneo a produrre i propri effetti fin quando non

sopravvenga, su istanza dei soggetti a ciò legittimati, una pronuncia giudiziale che, sussistendone le condizioni, lo annulli. Sarebbe perciò impossibile parlare di una « dichiarazione di annullamento »; e ciò basta a far intendere come la parola « dichiarazione, che figura nel testo normativo in esame subito prima di quelle « di nullità », possa esser riferita, per l'appunto, solo all'ipotesi dell'accertamento della nullità dell'atto imponibile, e non anche alle diverse ulteriori cause di caducazione degli effetti di quell'atto di seguito elencate, a cominciare dall'annullamento e, via via, sino alla revoca, alla rescissione, alla risoluzione e simili.

La lettera della norma — al contrario a quel che l'amministrazione ricorrente sostiene — è, dunque, inequivocabile nel senso che il diritto di portare in detrazione l'imposta assoluta in conseguenza di un atto di cessione, poi risolto, deriva dal fatto stesso della risoluzione di quell'atto, e non da una qualche « dichiarazione » (negoziale o giudiziale) di essa.

Dal punto di vista logico e sistematico, deve poi rilevarsi che le peculiari cause di detrazione cui si riferisce la norma in esame debbono essere correlate ai principi che ispirano, in via generale, la regolamentazione delle detrazioni previste dall'art. 19 del medesimo decreto, cui infatti il secondo comma dell'art. 26 espressamente si richiama.

Ora, il menzionato art. 19 (primo comma) stabilisce che il contribuente è ammesso a detrarre l'imposta a lui addebitata, a titolo di rivalsa, in relazione ai beni e servizi acquistati nell'esercizio della sua impresa, arte o professione. Per individuare il momento nel quale tale detrazione è lecita, occorre però aver riguardo anche alla disposizione del primo comma del precedente art. 25 (del pari richiamato dall'art. 26), che fa carico al contribuente di annotare le fatture ricevute per effetto degli acquisti, dai quali deriva il suo diritto di detrazione, in un apposito registro entro il mese successivo a quello in cui egli ne è venuto in possesso. Ma il momento in cui egli ne è venuto in possesso dipende, a propria volta, dal fatto che l'emissione di dette fatture, ad opera del venditore di quei beni, deve avvenire, per il combinato disposto degli artt. 21, quarto comma, e 6, primo comma, all'atto della cessione del bene il cui corrispettivo esse riguardano (salvo le eccezioni previste dal citato art. 6, che qui non interessano). Il che conferma come il regime delle detrazioni d'imposta sia sempre naturalmente legato — secondo il generale principio di competenza — da un preciso vincolo cronologico con l'esecuzione di adempimenti formali, a propria volta da compiere nello stesso arco di tempo in cui si verificano gli effetti giuridici degli atti negoziali dai quali la detrazione trae causa.

In termini ancor più generali, d'altronde, come l'obbligo d'imposta sorge per il fatto stesso che un certo atto produca determinati effetti giuridici ai quali la legge quell'obbligo ricollega, così anche è logico che sia sufficiente il prodursi della causa che determina il venir meno di que-

gli effetti affinché sorga il contrapposto diritto del contribuente di vedersi sgravato, attraverso il peculiare e già descritto meccanismo della detrazione, dell'onere sostenuto per assolvere l'imposta ormai priva di base. Ed a ciò non si oppone la previsione del terzo comma del citato art. 26, la quale non distanzia il momento a partire dal quale è possibile operare la detrazione d'imposta rispetto a quello in cui siano venuti meno gli effetti dell'atto dal cui compimento era derivato l'obbligo tributario, ma piuttosto impedisce (ai fini fiscali) di far venir meno negozialmente quegli effetti se sia già decorso un anno dal compimento dell'atto.

Alla luce di quanto sopra, si deve perciò affermare che, verificatasi una causa di risoluzione di un contratto di compravendita immobiliare in relazione al quale il venditore abbia già emesso fattura per il prezzo ed assolto il conseguente obbligo di pagamento dell'I.V.A., il medesimo venditore ha diritto di detrarre tale imposta, a norma dell'art. 26, secondo comma del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, in conformità a quanto in detta norma stabilito, senza che sia necessario un formale atto di accertamento (negoziale o giudiziale) del verificarsi dell'anzidetta causa di risoluzione.

A siffatta conclusione non giova obiettare che, così opinando, si rischierebbe di facilitare comportamenti elusivi e si finirebbe per imporre agli uffici tributari l'improprio compito di dirimere eventuali controversie tra le parti dell'atto negoziale della cui risoluzione si discute. L'intero sistema dell'imposta sul valore aggiunto si basa, in realtà, su dichiarazioni provenienti dagli stessi contribuenti, la cui maggiore o minore attendibilità o veridicità è compito dell'ufficio verificare; e non si comprende allora perché, in questo caso, la registrazione contabile della nota di accredito relativa alla restituzione del prezzo ricevuto per un contratto poi risolto non dovrebbe bastare a giustificare il diritto alla detrazione d'imposta, fatta salva la potestà dell'ufficio di procedere ad accertamenti di segno diverso, nei limiti in cui la legge lo prevede. E quanto poi alla difficoltà in cui l'ufficio verrebbe a trovarsi, in caso di dissenso tra le parti in ordine alla risoluzione dell'atto di cessione di cui si discute, basta osservare che la situazione non è in realtà dissimile da quella che, specularmente, si determina ogni qual volta vi sia contrasto tra privati sull'esistenza di un atto negoziale dal quale scaturisca, per una o più parti dell'atto medesimo, un qualche obbligo d'imposta. Situazione nella quale, com'è ovvio, l'amministrazione tributaria è libera di compiere le proprie autonome valutazioni, la cui fondatezza, occorrendo, sarà poi sottoposta al vaglio giudiziario. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 20 giugno 1996 n. 5716 - *Pres.* Cantilo - *Est.* Fioretti - *P.M.* Maccarone (conf.). - Caltagirone (avv. Di Pietropaolo) c. Ministero delle Finanze (avv. Stato De Stefano).

Tributi in genere - Contenzioso tributario - Controversia iniziata dal curatore del fallimento - Revoca del fallimento - Continuazione da parte dell'ex fallito - Limitazioni.

Il fallito tornato in bonis a seguito di revoca del fallimento subentra nei processi pendenti incardinati nei confronti del curatore nello stato in cui si trovano e con le preclusioni che si sono verificate (1).

(*Omissis*) Il ricorso del Caltagirone è infondato. Quanto al primo motivo il collegio osserva che il fallito, tornato *in bonis* a seguito di revoca del fallimento e che subentra nei processi pendenti, può far valere tutti i diritti che gli spettano in conseguenza della cessazione del fallimento, compatibilmente con le preclusioni che si siano eventualmente verificate e con la disciplina dei vari gradi del giudizio, senza che ciò implichi violazione del diritto di difesa. Ciò perché nelle precedenti fasi o nei precedenti gradi del processo tale diritto spetta e viene quindi esercitato dall'unico soggetto legittimato a stare in giudizio, che, ai sensi dell'art. 43 della legge fallimentare (salve le eccezioni di cui al secondo comma e salva l'ipotesi di sua inerzia) è il curatore del fallimento. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Un., 21 giugno 1996 n. 5731 - *Pres.* Sgroi - *Est.* Borrè - *P.M.* Di Salvo (conf.). - Soc. Maxi Di (avv. Ramadori) c. Ministero delle Finanze (avv. Stato Braguglia).

Tributi erariali indiretti - Imposta di registro - Incompatibilità con la normativa comunitaria - Rimborso - È soggetto alla decadenza triennale.

(d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 634, art. 75 e tariffa A art. 4, lett. e).

Il rimborso dell'imposta di registro di cui all'art. 4 lett. e) della tariffa A allegato al d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 634 sull'imposta di registro, in quanto incompatibile con la normativa comunitaria, è soggetto alla

(1) Decisione esatta. Per vero talvolta si tenta di ricercare una salvaguardia per il fallito (Cass., 11 luglio 1995, n. 7561, in questa *Rassegna*, 1996, II, 132), ma il problema appare difficilmente solubile.

decadenza triennale dell'art. 75 e non può essere prospettato come indebito oggettivo soggetto alla prescrizione decennale (1).

(*Omissis*) 1. Con il primo motivo la società MAXI DI si duole della « erronea pronuncia in ordine alla decadenza », rilevando che la decadenza triennale, prevista dall'art. 75 del d.P.R. 634/1972 per l'azione di rimborso dell'imposta di registro, in tanto opera in quanto l'imposta stessa sia stata a suo tempo versata in base ad un norma valida, che attribuiva all'Ufficio il potere-dovere di pretenderla: condizione che nella specie non ricorrerebbe, stante il contrasto della norma impositiva con la direttiva CEE n. 335 del 1969, donde una situazione di indebito ordinario non soggetta a decadenza ed azionabile entro il limite della prescrizione decennale.

Con il secondo motivo la ricorrente si duole dell'affermazione della Commissione tributaria centrale secondo cui la norma comunitaria non sarebbe stata direttamente applicabile, per non avere lo Stato italiano dato esecuzione alla direttiva. Quest'ultima era invece operante ed avrebbe comportato il potere-dovere del giudice nazionale di disapplicare la contrastante norma interna.

Con il terzo motivo, infine, la ricorrente si duole dell'affermata definitività del rapporto tributario, come tale preclusiva anche dell'applicabilità dell'*ius superveniens* (d.P.R. 131/1986), che aveva abolito la tassabilità dell'emissione di obbligazioni con effetto anche per i rapporti pregressi per i quali sussistessero controversie ancora pendenti. In realtà il contesto tributario in questione non potrebbe, secondo la ricorrente, considerarsi definito, in quanto « una norma dell'ordinamento italiano in contrasto con una direttiva CEE va disapplicata in origine e quindi nessun atto poteva essere emesso sulla base di detta norma »: di qui la non insorgenza di alcun rapporto che potesse implicare un onere di impugnazione entro un termine di decadenza, con conseguente operatività dell'ordinaria disciplina dell'indebito.

2. I tre motivi di ricorso, strettamente connessi e che in parte si sovrappongono nei loro contenuti, vanno esaminati congiuntamente. Alla luce di tale esame congiunto il ricorso va rigettato, anche se si rende necessaria la correzione di una parte significativa della motivazione della decisione impugnata (art. 384, comma 2, c.p.c.).

Deve anzitutto ricordarsi che la norma tributaria di cui si tratta (art. 4, lett. e, della tariffa parte prima, all. A al d.P.R. 634/1972), assoggettante ad imposta di registro la delibera di emissione di obbligazioni da

(1) Riconfermando il principio già affermato con la sent. 12 aprile 1996, n. 3458, in questa *Rassegna*, 1996, I, 374, le Sez. Unite chiudono la strada al tentativo di escludere la decadenza stabilita per il rimborso della imposta qualificando il pagamento come ordinario indebito non avente natura di tributo.

parte di società, è stata fatta oggetto di questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 76 Cost., per avere, in contrasto con la legge delega n. 825/1971, omesso di dare attuazione alla direttiva CEE n. 335 del 17 luglio 1969, contenente divieto di tassazione dell'emissione di obbligazioni. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 168 del 1991, ha dichiarato inammissibile la questione sul presupposto che le direttive comunitarie sono invocabili negli Stati membri e applicabili in luogo di confliggenti norme interne allorché ricorrano determinati requisiti: che la direttiva sia incondizionata (così da non lasciare alcun margine di discrezionalità agli Stati membri circa la sua attuazione) e sufficientemente precisa, e inoltre che lo Stato, nel cui ambito la direttiva sia invocata, risulti inadempiente, per essere inutilmente decorso il termine per dare attuazione alla stessa. Essendo, nel caso in esame, incondizionata e sufficientemente precisa la direttiva n. 335 del 1969, ed essendo il termine per la sua attuazione ampiamente scaduto, la Corte ha appunto emesso la suddetta pronuncia di inammissibilità sul rilievo che il contribuente « poteva opporre all'amministrazione statale la diretta applicabilità della norma comunitaria ed il giudice adito in sede contenziosa era tenuto a non applicare la corrispondente norma nazionale ».

Alla luce di tale insegnamento non può condividersi l'affermazione della Commissione tributaria centrale, secondo cui non compete ai giudici dello Stato membro disapplicare le norme interne in contrasto con le direttive CEE, essendo fuori questione (come ritenuto dalla stessa Corte costituzionale) il carattere incondizionato e preciso del precetto comunitario concernente la intassabilità dell'emissione di obbligazioni, nonché l'inadempimento dello Stato italiano nel tradurlo in norma interna. Per questa parte, dunque, la motivazione della decisione impugnata va corretta. Ciò non implica, tuttavia, che la detta situazione di contrasto fra norma interna e norma comunitaria ed il prevalere di questa rispetto a quella comportino il venir meno del sistema del contenzioso tributario e dei suoi termini, sostituendosi la disciplina generale della ripetizione dell'indebito e la relativa prescrizione decennale alle specifiche decadenze che caratterizzano sia la domanda di restituzione dell'imposta indebitamente pagata, sia l'impugnativa del provvedimento di imposizione (quale nella specie è stato l'avviso di liquidazione del supplemento di imposta).

3. Poiché la decisione impugnata correttamente esamina la questione della definitività del rapporto d'imposta con riferimento alla mancata impugnazione dell'avviso di liquidazione, è su questo terreno che anche le Sezioni unite intendono portare l'esame, essendo posto fuori gioco da tale decadenza « a monte » il discorso sul rimborso del tributo e sulla relativa disciplina decadenziale (art. 75 d.P.R. 634/1972).

Questa Corte, a Sezioni unite, in particolare con la elaborata sentenza 9 giugno 1989 n. 2786, ha già avuto occasione di stabilire che la di-

chiarazione di incostituzionalità della norma che prevede una determinata imposta (nella specie, l'ILOR sui redditi di lavoro autonomo) non incide sui rapporti tributari relativamente ai quali siano scaduti i termini concessi al contribuente per contestare il provvedimento impositivo (nella specie, l'iscrizione a ruolo non potendo ritenersi che la declaratoria di illegittimità della norma attributiva del potere impositivo sottragga la controversia ai termini e alle modalità proprie del contenzioso tributario, configurandola, in ultima analisi, come un'azione di accertamento negativo del debito d'imposta o, quando il tributo sia stato pagato, come un'ordinaria *condictio indebiti* sottratta a qualsiasi decadenza.

Le Sezioni unite hanno in tale occasione osservato che, sebbene il giudizio tributario investa il rapporto e non semplicemente l'atto impositivo, nondimeno l'« impugnazione del provvedimento rappresenta sempre l'imprescindibile aggancio per la instaurazione della lite tributaria ». Il contenzioso tributario, cioè è « incanalato in moduli procedimentali la cui applicabilità prescinde dalle ragioni della contestazione della pretesa, postulando il sistema che ogni contestazione debba piegarsi alle puntuali regole dettate dalla legge che si preoccupa di ridurre i tempi e i modi per l'attacco contro l'atto impositivo, a tutela del fondamentale interesse alla riscossione delle imposte ».

Ne consegue che la distinzione fra contestazione in radice del potere e contestazione dell'esercizio del medesimo (distinzione tradizionalmente utilizzata per discriminare giurisdizione ordinaria e giurisdizione generale amministrativa) non appare trasferibile sul terreno del dritto tributario, sia perché come si è visto, il relativo contenzioso « ne resterebbe sovvertito nei suoi termini essenziali », sia perché — è il caso di aggiungere — è assai dubbio che l'indicato binomio possa avere senso entro un'area non caratterizzata da poteri discrezionali ma dal principio di stretta legalità (v., contro la distinzione fra carenza di potere impositivo e illegittimo esercizio del medesimo, ancora le S.U. con le recenti sentenze n. 2082 e 5841 del 1993).

Escluso che la caducazione della norma tributaria per contrasto con la Costituzione possa implicare il superamento dei tempi e dei modi del relativo contenzioso, e consentire la rimessa in discussione di provvedimenti impositivi a suo tempo non impugnati nei prescritti termini, la medesima conclusione negativa si impone, a più forte ragione, nel caso di contrasto della norma con un precetto comunitario, posto che la disapplicazione della norma interna (la quale tuttavia continua, nel distinto ordinamento suo proprio, ad esistere) è fenomeno di minor intensità rispetto a quello dell'annullamento della norma stessa da parte della Corte costituzionale. Come queste Sezioni unite, con la recentissima sentenza n. 3458 del 12 aprile 1996, hanno rilevato con riferimento al contiguo problema della decadenza dell'istanza di rimborso della tassa an-

nuale di rinnovo di iscrizione societaria anch'essa confliggente con la direttiva CEE n. 335 del 1969, si tratta semplicemente di « disapplicazione del diritto interno per contrasto con il prevalente ordinamento comunitario che, però, non comporta né l'abrogazione né l'incompatibilità della legge italiana », stante la concezione dei due ordinamenti come autonomi e distinti ancorché coordinati.

In conclusione, non traducendosi la disapplicazione per contrasto con il diritto comunitario in situazione di carenza in astratto del potere impositivo e comunque non incidendo tale categoria — ove configurabile nell'area in esame — sulle modalità procedimentali e sui termini del contenzioso tributario, non resta che ritenere che la Commissione tributaria centrale, preso atto della mancata impugnazione dell'avviso di liquidazione dell'imposta suppletiva in esame, correttamente abbia escluso la possibilità di mettere in discussione, prima ancora della rimborsabilità, la debenza stessa del tributo. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 8 luglio 1996 n. 6193 - *Pres.* Rossi - *Est.* Fioretti - *P.M.* Nicita (conf.). - Ministero delle Finanze (avv. Stato Figliolia) c. Mattioni.

Tributi erariali diretti - Accertamento - Liquidazione dell'imposta - Art. 36 bis d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 - Condizioni e limiti.

(d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 36 *bis*).

La liquidazione dell'imposta sulla base della dichiarazione ex art. 36 bis del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 600 è diretta a rilevare errori materiali senza eseguire valutazioni giuridiche; il potere di escludere le deduzioni dal reddito ex art. 10 del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 597 è esercitabile solo quando l'indeducibilità è rilevabile ictu oculi (1).

---

(1) La S.C. riconferma il suo orientamento irragionevolmente rigoroso, quasi con l'effetto di sterilizzare l'art. 36 *bis* che invece è norma di rilevante utilità. Escludere le detrazioni e le deduzioni non previste dalla legge o ridurle nei limiti consentiti comporta sempre una valutazione giuridica, come un minimo di ragionamento richiede la correzione dell'errore materiale; ma se queste sono operazioni consentite, non si comprende perchè se ne vuole escludere l'impiego. Illogica è anche la giustificazione: occorre l'accertamento motivato per mettere il contribuente nella condizione di difendersi; ma, come nel caso deciso, la liquidazione della maggiore imposta discende da una (elementare) valutazione giuridica; non vi è ragione quindi per invocare l'immancabile difetto di motivazione, posto che la motivazione in punto di diritto non è richiesta nemmeno per la sentenza.

(*Omissis*) La Corte Costituzionale ha precisato (cfr. ordinanza n. 430 del 7 aprile 1988 che « la liquidazione » ex art. 36 bis d.P.R. n. 600 del 1973 è operata sulla base delle dichiarazioni presentate mediante un mero riscontro cartolare, nei casi eccezionali e tassativamente indicati dalla legge, vertenti su errori materiali e di calcolo immediatamente rilevabili (senza la necessità quindi di alcuna istruttoria), che l'Amministrazione finanziaria ha il potere-dovere di correggere anche a vantaggio del contribuente stesso. Detta Corte ha ulteriormente precisato che la procedura ex art. 36 bis è caratterizzata dalla mancanza di ogni valutazione giuridica, la quale, ove viceversa sussistesse, escluderebbe la possibilità di fare ricorso a tale procedura, essendo necessario in tal caso un vero e proprio atto di accertamento contenente esplicita motivazione. Tali principi sono stati affermati anche dalla Corte di Cassazione nelle sentenze n. 4958 del 1989 e 9692 del 1990. Questa Corte ha affermato, in particolare, che il procedimento ex art. 36 bis è stato introdotto (con l'art. 2 del d.P.R. 24 dicembre 1976 n. 920) allo scopo di consentire agli uffici, nell'ambito della fase destinata all'attività di liquidazione del tributo (che venne così normativamente distinta da quella di accertamento), la rapida correzione di errori materiali individuabili nella dichiarazione alla stregua di un mero controllo formale ed, altresì, una più sollecita riscossione delle relative imposte; ciò in deroga al principio secondo cui il potere-dovere di rettificare la dichiarazione va esercitato attraverso atti di accertamento rigorosamente motivati.

Questo collegio ritiene di aderire ai suesposti principi, non essendovi seri motivi per discostarsene.

Pertanto, anche nella ipotesi — che qui interessa — di cui alla lettera d) del secondo comma dal citato art. 36 bis, che attribuisce agli uffici finanziari il potere di « escludere la deduzione dal reddito complessivo delle persone fisiche degli oneri non previsti dall'art. 10 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973 n. 597 », devesi ritenere che tale potere sia esercitabile soltanto quando la indeducibilità dell'onere sia rilevabile *ictu oculi* a seguito di controllo formale della dichiarazione (e della allegata documentazione), e non anche quando sia necessario procedere alla interpretazione o della documentazione allegata alla dichiarazione dei redditi (per stabilire la natura dell'onere) o della norma giuridica (per stabilirne la portata applicativa). Infatti, qualora ricorra tale ultima ipotesi, si rende necessario un vero e proprio atto di accertamento esplicitamente motivato, essendo soltanto tale atto idoneo (diversamente dalla immotivata iscrizione a ruolo e dalla cartella esattoriale, emesse ai sensi dell'art. 36 bis) a rendere edotto il contribuente del processo logico-giuridico seguito dall'amministrazione finanziaria, per l'esclusione dell'onere, ed a metterlo, conseguentemente, in condizione di potersi adeguatamente difendere.

Pertanto le censure mosse dall'Ufficio all'impugnata sentenza vanno disattese, atteso che questa ha fatto buon governo dei suesposti principi, avendo ritenuto l'inapplicabilità dell'art. 36 bis per il fatto che erano state recuperate a tassazione rate di rendita vitalizia ritenute dai contribuenti deducibili quali quote di adempimento di assegni periodici corrisposti in forza di donazione modale (art. 10, lett. « h » d.P.R. n. 597 del 1973), pur presupponendo la valutazione di indeducibilità operata dall'amministrazione finanziaria » una complessa indagine interpretativa sulla qualificazione del negozio giuridico costitutivo della rendita ». (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 11 ottobre 1996 n. 8875 - *Pres.* Lipari - *Est.* Rordorf - *P.M.* Sepe (conf.). - Ministero delle Finanze (avv .Stato Fiorilli) c. Petrocco.

Tributi erariali indiretti - Imposta sul valore aggiunto e imposta di registro - Vendita di immobile in comunione fra coniugi uno solo dei quali imprenditore - Assoggettamento per intero all'IVA e ad imposta fissa di registro.

(d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, art. 1 e 2; d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 634, art. 38).

Nella cessione di immobile appartente in comunione a due coniugi uno solo dei quali sia soggetto all'IVA quale imprenditore, l'atto considerato nella sua globalità resta oggetto dell'attività imprenditoriale e va quindi per intero assoggettato ad IVA e ad imposta fissa di registro (1).

(*omissis*) L'amministrazione ricorrente, lamentando la violazione degli artt. 1, 2 e 4 del d.P.R. n. 633 del 1972, nonché 1, 2 e 38 del d.P.R. n. 634 del 1972, si duole che l'impugnata decisione, dopo aver accertato l'esistenza dell'obbligo di pagamento, nel caso di specie, dell'imposta di registro in misura proporzionale, abbia poi contraddittoriamente respinto la domanda dell'ufficio, volta appunto a conseguire quel pagamento, sol perché era già stata versata altra imposta non invece dovuta. Il che, a giudizio della ricorrente, configurerebbe una forma di compensazione inammissibile tra obbligazioni tributarie aventi un fondamento del tutto diverso.

---

(1) Giurisprudenza affermata che tuttora non convince. È inevitabile, seguendo la sentenza, che o si limita l'imposizione alla metà del valore o si fa diventare imprenditore chi tale non è.

2. — Il ricorso non scalfisce l'esattezza della decisione impugnata, ma la motivazione in base alla quale essa è stata assunta dev'essere corretta, ai sensi dell'art. 384, secondo comma, c.p.c..

La Commissione tributaria centrale ha affermato che l'atto di compravendita immobiliare del quale si discute, in quanto posto in essere da due coniugi, uno solo dei quali in veste di imprenditore, avrebbe dovuto essere assoggettato ad I.V.A. e ad imposta fissa di registro per la parte di spettanza del coniuge imprenditore, ed avrebbe dovuto invece scontare l'imposta di registro proporzionale per la quota relativa all'altro coniuge.

Tale assunto non può essere però condiviso, e si pone in contrasto con quanto anche di recente più volte affermato da questa corte (proprio in cause in cui si discuteva del regime tributario relativo ad atti di compravendita stipulati dagli stessi coniugi Edoardo Di Lorenzo e Piera Di Turno).

Infatti — come già in tali precedenti pronuncie si è osservato — quando la partecipazione del coniuge non imprenditore ad un atto di vendita compiuto dall'altro coniuge nell'esercizio dell'impresa sia dipesa unicamente dal regime di comunione legale esistente sul bene che ha formato oggetto dell'attività imprenditoriale, l'atto in questione non cessa per questo di essere riconducibile all'anzidetta attività d'impresa. Dal punto di vista fiscale, dunque, quell'atto risulta assoggettabile ad I.V.A., e tale regime tributario è assorbente, giacché esso non può non abbracciare l'atto nella sua unità e globalità, trattandosi di un atto che è, oggettivamente e per l'intero, un atto d'impresa.

Ne consegue che anche l'imposta di registro dev'essere applicata a quell'atto, con la stessa globalità, in misura fissa. E ciò trova conferma proprio nella posizione del terzo acquirente, il quale non potrebbe, di fronte ad un atto per lui unico ed economicamente inscindibile, trovarsi ad assumere, contemporaneamente e *pro quota*, la qualità di « contribuente inciso » dall'I.V.A. e di debitore solidale della normale imposta di registro (cfr., in questi termini, Cass. n. 13125 e n. 13124 del 1995, e Cass. n. 3433 del 1996).

Da tali rilievi discende che la pretesa fiscale azionata dall'ufficio nei confronti del contribuente era priva di fondamento. Bene, dunque, essa è stata respinta dalle commissioni tributarie di primo e secondo grado; e bene ha fatto la Commissione tributaria centrale a rigettare, a propria volta, il gravame proposto dall'ufficio. Ma le ragioni di tale decisione devono essere quelle sopra indicate, il cui carattere assorbente, rispetto a quanto enunciato nella motivazione della decisione qui impugnata, rende superflua ogni discussione in ordine alla fondatezza del diverso principio di diritto posto a base di tale motivazione. (*omissis*)

SEZIONE SESTA

GIURISPRUDENZA PENALE

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. VI penale, 4 gennaio 1996, n. 1687; *Pres.* Tranfo - *P.M.* Fore (diff.). - Min. Finanze (avv. Stato Quadri) imp. Brughera ed altri.

Procedura penale - Applicazione della pena su richiesta delle parti - Concessione delle attenuanti generiche - Rilevanza agli effetti della prescrizione - Esclusione - Ragioni.

(c.p. art. 62 *bis*, c.p. art. 444 c.p.p.).

Quando la concessione delle attenuanti generiche non rappresenti la risultante di una pronuncia formulata all'esito di un giudizio di cognizione, ma si ponga quale semplice elemento dell'accordo delle parti, non può valere la regola secondo cui i termini di prescrizione vanno stabiliti con riferimento al reato ritenuto in sentenza e non a quello originariamente contestato. Il procedimento di cui all'art. 444 cod. proc. pen. (patteggiamento), invero, non può essere utilizzato per uno scopo incompatibile con la funzione che esso è chiamato ad assolvere che è quella di pervenire all'applicazione della pena: conseguentemente al giudice, ove, dal programma delle convergenti volontà delle parti scaturisca sulla base della verifica dell'integrale aspetto prospettato, l'estinzione del reato proprio in forza dell'applicazione di circostanze attenuanti (o di eventuale giudizio di prevalenza) resta precluso il potere di dichiararla dovendo necessariamente a tal fine procedere al giudizio di cognizione. D'altro canto nella scelta pattizia deve ravvisarsi da parte dell'imputato una dichiarazione legale tipica di rinuncia alla prescrizione; detta rinuncia in quanto irrevocabile preclude altresì in sede di impugnazione la possibilità di far valere la prescrizione maturatasi in conseguenza della concessione delle attenuanti generiche dopo la sentenza di patteggiamento (1).

---

(1) **La richiesta di patteggiamento contiene anche l'implicita rinuncia alla prescrizione del reato?**

1) Le argomentazioni della sentenza che si annota si fondano sulla *ratio* e sulla natura del procedimento speciale previsto dall'art. 444 c.p.p., esaltandone i contenuti pattizi, anche se talune obiezioni (il P.M. aveva concluso in modo difforme, chiedendo che il reato venisse dichiarato estinto per prescrizione) basabili sulla prevalenza della declaratoria delle cause di estinzione del reato, sono forse superabili con l'argomento, diverso ma concreto, dell'avvenuta rinuncia alla prescrizione, rinuncia espressa in modo implicito ma univoco con

(*Omissis*) 1. I ricorsi sono infondati.

Quanto alle censure relative alla mancata applicazione dell'art. 129 c.p.p. ed alla erronea qualificazione del fatto, è sufficiente ricordare come, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, non è consentito alle parti che sono pervenute all'applicazione della pena su loro richiesta proporre in sede di legittimità questioni incompatibili con la richiesta di patteggiamento formulata per il fatto contestato e per la qualificazione giuridica risultante dalla contestazione (qui, peraltro, coincidente con la dedotta violazione dell'art. 129 c.p.p.); pertanto, una volta pronunciata la sentenza che ha recepito l'accordo e sul quale il giudice ha preventivamente esercitato il suo potere di controllo, l'imputato non può più rimettere in discussione l'accusa come giuridicamente qualificata (cfr., *ex plurimis*, Sez. VI, 16 dicembre 1994, Seri).

Il tutto seguendo la linea interpretativa tracciata dalle Sezioni Unite (Sez. un., 27 marzo 1992, Di Benedetto) che, nell'esaminare la natura della decisione emessa *ex* art. 444 c.p.p., hanno puntualizzato come la detta sentenza si fondi sulla richiesta del pubblico ministero o dell'imputato, cui l'altra parte aderisce convenendo sulla qualificazione giuridica del fatto, sull'applicazione e la comparazione delle circostanze, sulla entità della pena e sulla eventuale concessione della sospensione condizionale della pena stessa. Con la conseguenza che, trattandosi di sentenza che ha il suo fondamento primario negli intenti convergenti del pubblico ministero e dell'imputato, la richiesta o l'accettazione dell'ap-

---

la richiesta di patteggiamento (come è noto la Corte Cost. con sent. 275/1990 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 157 c.p. nella parte in cui non prevedeva che la prescrizione del reato potesse essere rinunciata dall'imputato).

D'altro canto, è stata proprio la dichiarata incidenza della volontà dell'imputato sulla vita del reato, inimmaginabile prima della sentenza della Corte Costituzionale appena citata, a porre su un piano di pari disponibilità prescrizione del reato e pena: ove l'art. 157 del codice penale avesse ancora valore di norma inderogabile d'ordine pubblico, forse sarebbe più difficile valicare, pur in ossequio alla volontà delle parti nel patteggiamento, una norma — art. 129 c.p.p. — che pone un obbligo di verifica, immediato e d'ufficio al giudice, con un acceleramento della procedura ancor più rapido di quanto non sia ottenibile con l'art. 444 c.p.p.

È infatti proprio quest'obbligo — d'ordine pubblico e strumentale alla opportunità di dichiarare l'estinzione di reati per i quali, dato il tempo trascorso, il legislatore non ravvisa più la necessità della sanzione — che si pone in posizione antitetica alle pur acute osservazioni della sentenza basate sul dubbio soggettivo dell'applicazione delle generiche e sulla conseguente sofferta scelta dell'imputato di accordarsi per una pena ridotta. Dubbio ed accordo che, pur validi al momento della scelta del patteggiamento, è difficile che possano aver ancora valore quando si siano verificate quelle condizioni alla cui assenza il legislatore subordina lo *ius puniendi*. E certo che il problema meriterebbe un approfondimento maggiore di quello consentito da una breve

plicazione della pena comporta la rinuncia dell'imputato stesso al diritto di avvalersi della facoltà di contestare l'accusa; una rinuncia scaturente dalla mancanza di elementi per far affermare la propria innocenza (o comunque una diversa — e meno grave — qualificazione del fatto addebitato). Trattandosi, dunque, di decisione « in ipotesi » di responsabilità (essa è, infatti, soltanto « equiparata » ad una sentenza di condanna), la sua motivazione quanto ai profili positivi, ivi compresa la qualificazione del fatto, si esaurisce correttamente nella concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto mentre, per quanto attiene al profilo positivo riguardante la mancata operatività dell'art. 129 c.p.p., il dovere di motivare sussiste soltanto quando dagli atti e dalle dichiarazioni delle parti risultino elementi concreti in ordine alla assenza delle ipotesi previste dalla norma ora richiamata, essendo sufficiente, in caso contrario, la semplice enunciazione, anche implicita, di avere effettuato, con esito negativo, la verifica richiesta dalla legge e cioè che non ricorrono gli estremi per la pronuncia di una sentenza di proscioglimento *ex* art. 129 c.p.p.

Senza contare che le sentenze che applicano la pena su richiesta sono ricorribili in cassazione esclusivamente in forza dell'art. 111 della Costituzione e, quindi, solo per violazione di legge; con la conseguenza che soltanto l'assoluta mancanza di motivazione, espressamente richiesta per tutti i provvedimenti giurisdizionali anche dal 1° comma dello stesso art. 111, integra una violazione di legge e sono tali quei difetti e quelle contraddittorietà che siano così rilevanti da determinare la carenza assoluta della motivazione (v. Sez. I, 30 novembre 1993, Laurenzana).

---

nota, eppure è difficile sottrarsi all'inquietudine suscitata da un'affermazione giurisprudenziale secondo la quale non vi sarebbero rimedi per chi avesse deciso di punirsi assicurandosi una sanzione per un reato che all'ordinamento non interessa più perseguire.

Lasciare invece al giudice la verifica della esistenza delle condizioni cui si accennava poc'anzi, verifica svincolata dal patteggiamento — nel caso di specie l'applicazione delle attenuanti generiche — consentirebbe il superamento di una situazione in cui senza una valida ragione d'ordine pubblico si privatizzerebbe una pena. In senso contrario infatti alla sentenza che si annota si è pronunciata la VI Sez. pen. della Cassazione (22 settembre 1995, n. 10498; 5 novembre 1993, n. 2681), anche se vi sono decisioni in senso opposto (v. Cass., IV, 7 novembre 1996, n. 2685; IV, 18 gennaio 1996, n. 3052; VI, 23 ottobre 1995, n. 44; 10 maggio 1993, n. 7113).

Tuttavia anche la affermazione, determinante, contenuta nell'ultimo periodo della massima (rinuncia alla prescrizione) suscita qualche perplessità: la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 157 c.p. è invero in funzione della miglior tutela dello *ius libertatis*, teso a garantire all'imputato il superamento delle limitazioni all'accertamento della sua innocenza derivanti dall'« evidenza degli atti » (129, secondo comma c.p.p.). Nel caso esaminato dalla Corte Suprema invece l'imputato avrebbe rinunciato alla prescrizione per sentirsi infliggere la pena patteggiata?

Questo patente contrasto con lo *ius libertatis* potrebbe forse mettere in dubbio non tanto la validità, ma il contenuto stesso della dichiarazione dell'im-

Vizio certo non riscontrabile nel caso di specie, avendo il giudice *a quo* richiamato sia la correttezza della « qualificazione giuridica del fatto e (delle) circostanze prospettate dalle parti » sia l'inapplicabilità dell'art. 129 c.p.p., facendo puntuale riferimento alle ammissioni degli imputati.

Inoltre, diviene decisiva la circostanza che il fatto-reato contestato sia stato ammesso dagli stessi imputati con la loro richiesta di applicazione concordata della pena che vale ad escludere che gli attuali ricorrenti siano risultati vittime delle tardivamente dedotte concussioni. Un'ammissione che, coinvolgendo prioritariamente una situazione di fatto, risulta essere divenuta parte integrante dell'assetto negoziale, ritenuto dal giudice congruo presupposto per la decisione applicativa della pena (cfr., per un'analoga fattispecie, Sez. VI, 16 novembre 1992, Zavarini; Sez. VI, 22 novembre 1993, Vaj).

Il che vale a destituire di fondamento anche le censure riguardanti la violazione della legge penale sia sotto il profilo della qualificazione del fatto sia sotto il profilo dell'applicazione della continuazione nonché la lamentata omessa applicazione dell'art. 62, n. 6 c.p., circostanza non invocata dai ricorrenti all'atto della richiesta di applicazione della pena e comunque ai fini della concessione delle circostanze attenuanti generiche.

2. Taluni dei ricorrenti hanno insistito sulla prescrizione maturatasi in conseguenza della concessione delle attenuanti generiche sin dal momento della pronuncia di primo grado o comunque successivamente, ma prima dell'odierna udienza.

---

putato, cui invece la Cassazione dà contenuto di valida rinuncia — al di là degli interessi dell'imputato che la motivazione sottende — in quanto non si potrebbe tener conto della *ratio decidendi* della sentenza della Corte Costituzionale, ma solo del fatto che ormai « la norma dichiarata illegittima vive nella sua amputazione » (*rectius*: nel suo nuovo contenuto) sotto il vigore di un nuovo codice di procedura che ha previsto un procedimento speciale (art. 444 c.p.p.), non esistente quando la questione di costituzionalità dell'art. 157 c.p. fu sollevata.

Al di là di queste motivazioni, il problema che non è stato esaminato è proprio quello della possibilità di riconoscere nella volontà di patteggiamento *manifestata* anche una volontà *implicita* di rinunciare alla prescrizione, in una situazione di tanto evidente opposizione fra i due interessi sottostanti e di tale inverosimiglianza di una volontà che dovrebbe essere appunto implicita, di rinuncia alla prescrizione al fine di espiare la pena (!), che dovrebbe, quantomeno, far sorgere dubbi legittimi sulla duplicità dei contenuti di quella dichiarazione.

Dubbi ancor più evidenti alla lettura della stessa sentenza delle Sezioni Unite citata in motivazione che, se da un lato pone in rilievo gli aspetti c.d. contrattuali del patteggiamento, non si spinge ad affermare l'esistenza di un divieto, per il giudice chiamato in sede di procedimento *ex* art. 444 c.p.p., di valutare le cause estintive del reato. Afferma, anzi, il contrario.

Si legge, infatti, in quella decisione (Cass., S.U. 15 maggio 1992, n. 5777, imp. Di Benedetto) che « facendo richiesta di applicazione della pena, l'imputato

Anche tali censure sono infondate.

2.1. Premette questa Corte che nel caso in cui il giudice conceda le circostanze attenuanti generiche, i termini di prescrizione vanno stabiliti con riferimento al reato ritenuto in sentenza e non a quello originariamente contestato (cfr., *ex plurimis*, Sez. II, 20 settembre 1981, Loiacono). Un'operazione da utilizzare, non soltanto ai fini della individuazione della distanza cronologica concretamente esistente fra *tempus commissi delicti* e sentenza di condanna, ma anche allo scopo di verificare la susseguente efficacia di un atto interrutivo allorché l'imputazione originaria venga ad essere adattata — ed eventualmente ridotta quanto alla sua valenza antisociale — alle esigenze teleologiche proprie della decisione di merito.

Se, infatti, come è ormai *ius receptum*, la prescrizione costituisce un'ipotesi di rinuncia dello Stato alla pretesa punitiva, la sua operatività non può essere valutata se non con riferimento all'azione penale esercitata per il reato — nelle sue componenti essenziali ed accessorie — che abbia ricevuto la qualificazione definitiva (cfr., emblematicamente, Sez. III, 30 gennaio 1969, de Luca); mai, quindi — ove intervengano statuizioni innovative dell'accusa genetica, rilevanti ai fini del tempo necessario al maturarsi della prescrizione — con riguardo al fatto storico che ha determinato la formulazione dell'imputazione. E ciò anche considerando la funzione delle cause interruttive del decorso della prescrizione, connaturate alla logica stessa dell'istituto, quali manifestazioni dell'interesse dello Stato alla punizione del reato, un interesse da rapportare necessa-

---

rinuncia ad avvalersi della facoltà di contestare l'accusa o, in altri termini, non nega la sua responsabilità ed esonera l'accusa dall'onere della prova; la sentenza che accoglie la detta richiesta contiene, quindi, un accertamento ed un'affermazione impliciti della responsabilità dell'imputato e, pertanto l'accertamento della responsabilità non va espressamente motivato, così come l'affermazione di responsabilità non va espressamente dichiarata ».

« Trattandosi, dunque, di sentenza che trova il suo fondamento nella concorde volontà delle parti (la quale diviene oggetto di determinazione da parte del giudice) e che, se pure affermativa di responsabilità, lo è sulla base di un accertamento solo implicito, essa non è una vera e propria sentenza di condanna. (v. Sent. n. 251, 6 giugno 1991, Corte Cost.) (v. Sent. n. 313, 2 luglio 1990, Corte Cost.) ».

Ancor più significativamente le Sezioni Unite in quell'occasione hanno affermato che « la motivazione della sentenza che applica la pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444, secondo comma, cod. proc. pen., si esaurisce in una delibazione ad un tempo positiva e negativa. Positiva quanto all'accertamento: 1) della sussistenza dell'accordo delle parti sull'applicazione di una determinata pena; 2) della correttezza della qualificazione giuridica del fatto nonchè della applicazione e della comparazione delle eventuali circostanze; 3) della congruità della pena patteggiata, ai fini e nei limiti di cui all'art. 27, terzo comma, Cost.; 4) della concedibilità della sospensione condizionale della pena, qualora l'efficacia della richiesta sia stata subordinata alla concessione del beneficio. Negativa quanto alla esclusione della sussistenza di cause di

riamente — condizionato come esso appare al disvalore del fatto — alla decisione ritenuta in sentenza.

2.2. Un' identica *regula iuris* non può, invece, divenire operante quando la concessione delle circostanze non rappresenti la risultante di una pronuncia formulata all'esito di un giudizio di cognizione ma si ponga quale semplice elemento dell'accordo delle parti in funzione di quell'assetto programmatico astrattamente idoneo a costituire il presupposto di una pronuncia di applicazione della pena ex art. 444 e segg. c.p.p.

La richiesta delle parti, introducendo quella serie procedimentale che — ove la richiesta stessa venga condivisa dal giudice — si conclude con la pronuncia di una peculiare tipologia di decisione dalla quale discendono particolari benefici per l'imputato (oltre alla riduzione premiale, l'impossibilità per il giudice di decidere sull'azione civile e l'assenza di qualsiasi efficacia della sentenza penale nel giudizio civile, la dispensa dall'obbligo del pagamento delle spese processuali, l'inapplicabilità della confisca ad eccezione di quella prevista dall'art. 240, 2° comma, c.p.p., la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale), non può essere finalizzata ad uno scopo diverso dall'applicazione della pena. La richiesta è, infatti, dal punto di vista dell'imputato, preordinata « a ridurre al minimo quel maggior sacrificio della sua libertà che egli prevede all'esito del giudizio ordinario », cosicché, « quanto alla difesa, è proprio suo efficace strumento la possibilità che la legge offre all'imputato di acquisire con sicurezza una pena minima sottraendosi al rischio

---

non punibilità, di non procedibilità o di estinzione del reato. Le delibazioni positive debbono essere necessariamente sorrette dalla concisa esposizione dei relativi motivi di fatto e di diritto, mentre, per quanto riguarda il giudizio negativo sulla ricorrenza di alcuna delle ipotesi previste dall'art. 129 cod. proc. pen. l'obbligo di una specifica motivazione sussiste, per la natura stessa della delibazione, soltanto nel caso in cui dagli atti o dalle dichiarazioni delle parti risultino elementi concreti in ordine alla non ricorrenza delle suindicate ipotesi. In caso contrario, è sufficiente la semplice enunciazione, anche implicita, di aver effettuato, con esito negativo, la verifica richiesta dalla legge e cioè che non ricorrono gli estremi per la pronuncia di sentenza di proscioglimento *ex* art. 129 cod. proc. pen. ».

2) In tema di impugnazione, la giurisprudenza della Cassazione ha correttamente sancito che a norma dell'art. 448 c.p.p. le sentenze di patteggiamento sono inappellabili e che non è previsto espressamente il ricorso immediato in Cassazione, impugnazione peraltro che è pur sempre possibile a norma dell'art. 111 della Costituzione e quindi solo per violazione di legge, con la conseguenza che soltanto l'assoluta mancanza di motivazione, espressamente richiesta per tutti i provvedimenti giurisdizionali da questa norma, costituisce violazione di legge. Sono stati individuati come tale quei difetti e quelle contraddittorietà che siano così rilevanti da determinare la carenza assoluta di motivazione (Cass., I, 21 aprile 1994, n. 4573, imp. LAURENZANO).

Merita attenzione anche la decisione della Cassazione (Sez. VI, 28 giugno 1994, imp. MASCITTI) che ha affermato che quando la sentenza di merito da

di più gravi inflizioni persino — se i precedenti lo consentono — beneficiando della sospensione condizionale» (Corte costituzionale, sentenza n. 313 del 1990). Può allora anche qui ripetersi che, se l'imputato ritiene di essere in possesso di elementi per affermare la propria innocenza, «nessuno lo obbliga a chiedere l'applicazione di una pena, ed egli ha a disposizione le garanzie del rito ordinario». Perciò, «chi chiede l'applicazione di pena vuol dire che rinuncia alla facoltà di contestare l'accusa» (così, ancora la sentenza costituzionale n. 313 del 1990). Un principio, quello ora ricordato, a cui non si sottraggono neppure le vicende estintive del reato e dal quale discende che se si è di fronte ad una causa estintiva cui sarebbe possibile accedere attraverso l'applicazione di circostanze attenuanti — costituenti *res dubia* in esito al giudizio ordinario — l'imputato non può utilizzare il procedimento speciale per pervenire, *omisso medio*, alla dichiarazione di estinzione del reato.

Ne consegue che il giudice, ove dal programma delle convergenti volontà delle parti scaturisca, sulla base della verifica dell'integrale assetto prospettato, l'estinzione del reato proprio in forza dell'applicazione di circostanze attenuanti (o di un eventuale giudizio di prevalenza di queste sulle aggravanti contestate), resta precluso il potere di dichiararla, potendo dall'accoglimento della richiesta derivare la sola applicazione di una pena. Se si prospetti la produzione di effetti diversi, come la prescrizione, il giudice deve necessariamente procedere al giudizio di cognizione, all'esito del quale, se ne sussistono le condizioni, dichiarerà l'estinzione del reato. In caso contrario, si finirebbe per utilizzare il pro-

---

un lato applichi la pena concordata fra le parti per taluni reati, e, dall'altro contenga anche una decisione di non luogo a procedere per altro reato, la statuizione deve considerarsi — tenuto conto dell'unitarietà della domanda — sostanzialmente unitaria, così da rientrare nello schema previsto dell'art. 448 c.p.p., di talchè l'unico mezzo di impugnazione possibile è pur sempre quello del ricorso per Cassazione a norma dell'art. 111 Cost.

È stato altresì affermato, coerentemente alla natura del procedimento speciale, che, ove l'applicazione di una determinata sanzione sostitutiva sia conforme alla consensuale indicazione delle parti, così come non può consentirsi al giudicabile di mettere in discussione la propria richiesta ed il consenso all'applicazione di quella sanzione, gli è pure precluso di dolersi per la mancata esposizione — da parte del giudice — delle ragioni per cui sia stata applicata quella sanzione sostitutiva e non altra, pur consentita dalla legge, ma esulante dal consenso formatosi fra le parti (Cass., V Sez., 11 gennaio 1994, imp. CAVALLO).

È, infine, interessante richiamare l'indirizzo assunto da talune decisioni (v. Cass., IV, 19 marzo 1993, imp. OLUSOLA ORIOKE) che, avendo rilevato che le sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti non possono considerarsi sentenze dibattimentali — tranne il caso in cui il giudice provveda dopo il dibattimento in primo grado o in grado di impugnazione ritenendo ingiustificato il dissenso del P.M. e congrua la pena richiesta dall'imputato — hanno affermato che con l'espressione «nel giudizio» contenuta nel primo comma dell'art. 448 c.p.p. si fà riferimento a sentenza emessa non già nel

cedimento di cui all'art. 444 c.p.p. — conformato in funzione della realizzazione di un fine tipico — verso uno scopo incompatibile con la funzione che esso è chiamato ad assolvere e che è quello, appunto, di pervenire all'applicazione della pena (cfr. Cass., Sez. IV, 10 maggio 1993, Bicocchi).

Non può, sul punto, assolutamente condividersi la contraria opinione che, facendo leva sul richiamo ad opera dell'art. 444 c.p.p. all'art. 129 dello stesso codice, sostiene che debba essere dichiarata l'estinzione del reato ove il giudice ritenga « concedibili le attenuanti richieste, poiché comunque dovrebbe poi prosciogliere l'imputato ... all'esito del giudizio ordinario, nel quale non potrebbe non concedere le stesse attenuanti » (così, Cass., Sez. VI, 5 novembre 1993, Branche). Una simile soluzione non considera la diversa tipologia di cognizione che caratterizza le due procedure: la prima fondata su un *summatim cognoscere* funzionale alla verifica della conformità a legge della richiesta; la seconda compiuta a seguito di una *cognitio plena*, diretta ad accertare la responsabilità dell'imputato, soltanto da questa potendo discendere la dichiarazione di estinzione del reato in conseguenza dell'applicazione di una circostanza attenuante.

È però evidente che del tutto diversa è l'ipotesi in cui il giudice accerti l'avvenuta estinzione del reato sulla base della imputazione; in tal caso, infatti, il presupposto per il prodursi dell'effetto estintivo non è costituito dalle concomitanti volizioni delle parti, derivando direttamente dal fatto così come contestato, tanto da porsi la pronuncia proscioglitiva come momento del tutto al di fuori del procedimento previsto dall'art. 444 e segg. c.p.p., che rappresenta soltanto l'occasione perché venga applicato l'art. 129 dello stesso codice.

In altri termini, nel « patteggiamento » la cornice convenzionale la cui legittimità il giudice è tenuto a verificare non può essere utilizzata

---

dibattimento, ma nella fase degli atti preliminari allo stesso *e comunque non oltre la dichiarazione di apertura del dibattimento, potendosi solo fino a tale momento formulare la richiesta di applicazione della pena.* Vale la pena di osservare che tale affermazione giurisprudenziale non solo appare coerente con il principio di preclusione che domina il processo penale, inteso nel senso che gli atti previsti dal codice di rito non possono compiersi oltre i tempi individuati dalla legge (concetto quindi ben diverso da quello del termine che è perentorio soltanto se così espressamente previsto, concetto di cui è esplicita applicazione la preclusione alla costituzione di parte civile dopo la verifica della regolare costituzione delle parti art. 79 e 484 c.p.p.), ma soprattutto consente di evitare applicazioni distorte e meramente dilatorie della richiesta di patteggiamento, soprattutto dopo l'emanazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 371 del 2 novembre 1996 (v. in proposito le considerazioni di W. Ferrante, *Congruità della pena e continuazione nel patteggiamento: il giudice non è mero ratificatore dell'accordo delle parti; considerazioni conclusive,* in questo stesso numero della Rassegna I, p. 410).

Paolo di Tarsia di Belmonte

allo scopo di conseguire, attraverso l'inserimento di clausole nell'accordo, un fine diverso dall'applicazione della pena ed, in particolare, per consentire il maturarsi della prescrizione; altrimenti — per il nesso strumentale che lega l'assetto negoziale all'estinzione del reato — sotto l'apparenza di un programma diretto a conseguire una decisione equiparabile ad una sentenza di condanna viene in realtà a predisporsi una pattuizione volta esclusivamente al conseguimento della dichiarazione dell'effetto estintivo. Un programma rispetto al quale il giudice dovrebbe denegare la proprio cognizione, palesandosi l'effettivo contenuto dell'accordo come diretto non all'applicazione della pena ma all'estinzione del reato, tanto da adottare un mezzo del tutto elusivo del fine tipico alla base della procedura di cui all'art. 444 e seguenti c.p.p.

3. In un programma preordinato al conseguimento di benefici che, in relazione all'interesse dell'imputato, possono pure concretamente sovrastare gli effetti di una decisione di estinzione del reato, perché, ove ritenuto corretto il programma divisato, la pena sarà sicuramente contenuta nei limiti proposti, così sfuggendo l'alea di una pronuncia di condanna senza concessione di circostanze attenuanti (e quindi, ostativa dell'applicabilità della prescrizione) può, allora, intravedersi una dichiarazione legale tipica di rinuncia alla prescrizione. Una dichiarazione espressa, in quanto proveniente da un imputato che, scegliendo quello e quel solo assetto — alla stregua del principio di autoresponsabilità — ne accetta tutte le conseguenze che risultano incompatibili con la scelta pattizia.

Alla medesima conclusione deve pervenirsi — per l'*eadem ratio decidendi* — se il patteggiamento sia programmato solo in vista della futura estinzione del reato, allorché la parte, predisponga la richiesta, in vista della certezza che, in forza di una impugnazione — come nella specie — infondata, si compirà il *tempus* necessario a far prescrivere il reato. Ciò non soltanto perché si è di fronte ad un'evidente utilizzazione surrettizia dell'istituto del patteggiamento ma perché la rinuncia, in quanto negozio unilaterale abdicativo, è, per sua natura, irrevocabile.

3.1. Né alla soluzione ora prospettata può fondatamente contestarsi che ci si troverebbe di fronte alla rinuncia ad una prescrizione non ancora maturata, che, come tale, non potrebbe essere oggetto di un atto di disposizione ai sensi dell'art. 2937 cod. civ. A parte l'ovvia considerazione che la rinuncia, diversamente da quanto previsto dalla norma ora ricordata, non comporta l'abdicazione ad un diritto di cui sia titolare il rinunciante, esprimendo soltanto la volontà di non utilizzare l'estinzione della pretesa punitiva in conseguenza del decorso del tempo, appare qui decisivo il rilievo che l'effetto estintivo è la risultante di una verifica giudiziale da cui scaturisce — in conseguenza del riconoscimento di circostanze attenuanti —, un determinato *tempus* per l'estinzione del reato in forza del valore costitutivo di tale verifica e che comporta,

dunque, la sua operatività fin dal momento in cui l'effetto estintivo si è concretamente realizzato. Ed è quanto, appunto, questa Corte ha avuto occasione di precisare allorché ha statuito che il compimento del termine di prescrizione di un reato in data anteriore alla emissione del decreto di citazione a giudizio non può mai considerarsi un fatto sopravvenuto alla condanna, trattandosi di un evento ad essa anteriore (v. Sez. II, 12 novembre 1973, Tognoni) che la decisione di merito si limita a verificare utilizzando gli strumenti più articolati e complessi propri della fase del giudizio, il cui epilogo si sostanzia, per il profilo riguardante la valutazione retrospettiva delle vicende cronologiche, in un atto di accertamento costitutivo (cfr., proprio in questi termini, Sez. VI, 7 aprile 1993, Marrazzo).

3.2. Davvero improprio sarebbe, infine, sostenere che la rinuncia alla prescrizione derivante dalla parziale dichiarazione di illegittimità dell'art. 157 c.p.p. (sentenza n. 277 del 1990) sia riferibile alla sola ipotesi in cui l'imputato, abdicando alla causa estintiva del reato, non possa che perseguire una decisione di proscioglimento nel merito.

A parte la considerazione che una simile obiezione finirebbe con l'esprime esclusivamente la *ratio decidendi* dell'ora ricordata sentenza costituzionale, mentre la norma dichiarata illegittima vive nella sua amputazione (o nel suo contenuto additivo), prescindendo pure dai parametri ritenuti vulnerati, appare decisivo il rilievo che la detta decisione fu pronunciata su un incidente sollevato nel corso di un procedimento governato dalle norme del codice abrogato (l'ordinanza di rimessione risulta pronunciata il 31 luglio 1989), in un sistema, dunque, in cui l'istituto del patteggiamento non avrebbe potuto operare (almeno « a regime ») e senza che i limiti connaturati al requisito della rilevanza consentissero alla Corte una statuizione di più ampio contesto. (*omissis*)

TRIBUNALE DI ROMA, sez. I penale, 25 febbraio 1997 - ord. *Pres.* Paone - Ministero degli Affari Esteri e Ministero delle Finanze (avv.ti dello Stato di Tarsia, De Giovanni e proc. dello Stato Ferrante) c. Mach di Palmstein ed altri.

Reato - Continuazione tra reati - Applicabilità tra reati già giudicati e da giudicare - Costume di vita - Medesimo disegno criminoso - Insussistenza.

Pena - Funzione retributiva - Giudizio di congruità nel patteggiamento - Valutazione sfavorevole - Rigetto dell'istanza.

Il vincolo della continuazione tra reati già giudicati con sentenze definitive e reati da giudicare non può ritenersi sussistente laddove le ulteriori condotte non siano realizzazione di un programma criminoso

predefinito, seppure genericamente, ma semplicemente espressione di un costume di vita o di un'abitualità nel delinquere. (1)

Applicare una pena palesemente incongrua offende i principi della giustizia distributiva, dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e dell'imparzialità del giudice e può pregiudicare la sua capacità strumentale a rappresentare un deterrente ed a riassorbire la devianza nel corpo sociale. (2)

(*omissis*) L'applicazione di pena concordata comporta la valutazione da parte del Tribunale di una serie di parametri che si articolano, in ordine logico, in tre gruppi:

1) *presupposti* del patteggiamento, verificando l'insussistenza di cause di estinzione o di improcedibilità dei reati e la mancanza di elementi di fatto o di diritto che impongano il proscioglimento dei richiedenti;

2) *praticabilità* del patteggiamento controllando la correttezza della qualificazione giuridica dei fatti contestati; l'esattezza formale del calcolo delle pene, con riferimento al rispetto dei limiti edittali, degli aumenti e delle diminuzioni previsti; la sussistenza delle condizioni per la riconoscibilità della sospensione condizionale della pena eventualmente richiesta;

3) *equità* del patteggiamento accertando la correttezza dell'applicazione degli istituti giuridici prospettati nella richiesta con particolare riferimento alla riconoscibilità delle circostanze e della continuazione; la coerenza dei conseguenti calcoli e della pena finale richiesta.

(1-2) *All'atto di dare alle stampe il numero che completa la Rassegna per il 1996 si è inserita anche l'ordinanza del 25 febbraio 1997 qui annotata, data la sua particolare attualità e rilevanza.*

Congruità della pena e continuazione nel patteggiamento: il giudice non è un mero ratificatore dell'accordo delle parti.

Premessa

Con l'ordinanza che si annota, il Tribunale di Roma ha puntualizzato alcuni principi fondamentali in tema di congruità della pena, sottolineando la finalità anche retributiva assegnatale dalla Costituzione e, in materia di continuazione di reati, circoscrivendo il concetto di medesimo disegno criminoso nei limiti precisi e rigorosi che giustificano il trattamento di favore proprio di tale istituto, valorizzando inoltre i poteri del giudice di apprezzamento e di verifica in ordine a tali elementi anche nell'ambito del giudizio di applicazione della pena su richiesta delle parti.

Il processo, che vede coinvolti 44 imputati tra politici, ambasciatori ed imprenditori, riguarda la « tangentopoli » che non ha risparmiato, deplorevolmente, neanche il settore della cooperazione allo sviluppo dei Paesi del terzo mondo, causando, tra l'altro, grave discredito per il Paese sia nei rapporti con i destinatari degli aiuti che con gli altri Paesi donatori.

L'Avvocatura dello Stato, costituitasi parte civile per il Ministero degli Affari Esteri e per il Ministero delle Finanze, ha chiesto il risarcimento dei

Prima di esaminare il rispetto di tali parametri nelle singole richieste di pena concordata da parte degli imputati, occorre premettere qualche considerazione, in particolare su quei criteri che, prospettati nelle richieste in questione, il Tribunale non ritiene di riconoscere nelle specifiche situazioni — come oltre singolarmente indicato — e precisamente sull'istituto della continuazione tra reati e sul significato di congruità della pena.

CONTINUAZIONE

Con riferimento al riconoscimento del vincolo della continuazione prospettato in alcune richieste con applicazione di aumenti di pena rispetto a fatti già giudicati con altre sentenze definitive, va rilevato che tale vincolo non può ritenersi sussistente là dove le ulteriori condotte (antecedenti o susseguenti che siano) non siano realizzazione di un programma criminoso (predefinito, seppure genericamente) ma semplicemente espressione di un costume di vita o di una abitualità nel delinquere (vedi sez. VI 1993 n. 194018).

L'identità del disegno criminoso non può essere desunta dalla semplice analogia o coincidenza dello scopo propostosi dall'agente, come, ad esempio, quello di ledere l'integrità fisica altrui, quello di arricchirsi, quello di vilipendere le istituzioni, e così via, ma dalla specifica funzionalità delle varie condotte programmate al raggiungimento di un fine omogeneo.

---

danni patrimoniali, conseguenti alla perpetrazione dei reati di concussione, corruzione, abuso d'ufficio, falso in bilancio ed illecito finanziamento ai partiti, che hanno comportato un distoglimento dei fondi istituzionalmente destinati alla Cooperazione allo Sviluppo non solo dall'impiego precipuamente proprio ma altresì da ogni interesse latamente pubblicistico.

È stato altresì richiesto il ristoro del pregiudizio morale subito dall'amministrazione sia in termini di immagine sul piano interno, per la gravità dei reati ascritti ai propri dipendenti ed in relazione alla risonanza attribuita ai fatti dalla stampa, sia sotto il profilo delle ripercussioni sul piano internazionale per effetto della sostanziale perdita di credibilità e di prestigio dell'Italia nei confronti dei suoi interlocutori internazionali.

Nel corso dell'udienza preliminare, durata oltre un anno, 8 imputati hanno patteggiato e tutti gli altri, tranne uno, sono stati rinviati a giudizio.

Al giudice del dibattimento sono state presentate da altri 8 imputati, con il consenso del pubblico ministero, altrettante istanze di patteggiamento, una delle quali accompagnata dalla corresponsione della somma di L. 300.000.000 a favore dei Ministeri costituiti parti civili, quale risarcimento dei danni subiti.

Tutte le richieste di applicazione della pena *ex* art. 444 c.p.p., anche per un rilevante numero di capi di imputazione (in un caso addirittura oltre 10, tra concussioni, abusi d'ufficio e corruzioni aggravate) sono state avanzate, previo riconoscimento del vincolo della continuazione tra i reati contestati e tra questi ed altri reati già giudicati con sentenze definitive, sempre subordinatamente alla concessione della sospensione condizionale della pena. Pertanto,

Infatti, come sostenuto pacificamente dalla giurisprudenza, ad esempio, un conto è programmare una serie di rapine ai danni di istituti bancari predisponendo i mezzi strumentali, prevedendo le varie complicità, altro è essere un rapinatore di banca; un conto è programmare più spacci di stupefacenti provenienti da una medesima partita o di più partite la cui disponibilità è già stata prevista, altro è essere un tossicodipendente disponibile per motivi contingenti e occasionali alla reiterazione di più spacci.

Più in particolare la disponibilità di un imprenditore a corrompere la pubblica amministrazione per acquisire utilità economiche illecite, può anche costituire uno stile o un costume imprenditoriale, ma non per questo avvince in unico disegno criminoso tutti gli episodi di corruzione che rispetto a vari settori e diversi interlocutori vengano posti in essere.

Sicché, se può ravvisarsi continuazione nell'ambito di un medesimo settore di intervento e nei confronti della medesima amministrazione tra diverse corruzioni e i relativi fatti legati strumentalmente, lo stesso non può dirsi tra tutti questi episodi e altri comportamenti, che, seppure giuridicamente analoghi, siano strutturalmente diversi perché maturati in contesti diversi, per fini specifici diversi e con soggetti diversi.

Analogo ragionamento non può che farsi per le ipotesi di concussione.

---

al fine di contenere la pena nei limiti di due anni (o piuttosto, sensibilmente inferiore ai due anni, per non precludersi la possibilità di fruire del predetto beneficio per future decisioni o futuri reati), gli aumenti ai sensi dell'art. 81 c.p, sono stati proposti in termini minimi di 30, 40 giorni, in un caso addirittura di 5 giorni di reclusione.

Con il provvedimento in epigrafe, che merita incondizionato plauso, il Tribunale di Roma ha rigettato tutte le richieste di patteggiamento, ritenendo insussistente il prospettato vincolo di continuazione ed assolutamente incongrua la pena richiesta, restituendo così dignità di vero e proprio giudizio al patteggiamento, da tener ben distinto dal *plea bargaining* dell'esperienza americana, da cui trae origine, che si riduce ad una mera «contrattazione» delle parti resa, quasi automaticamente, esecutiva dal Giudice (1).

Il giudizio *ex* art. 444 c.p.p., infatti, lungi dall'essere semplicemente un suggello formale dell'accordo tra imputato e pubblica accusa, implica un pregnante controllo del giudice sulla ricorrenza dei presupposti per la sua applicazione — insussistenza di cause di estinzione o di improcedibilità del reato, inesistenza di elementi che impongano un proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p. — nonché sulla correttezza della qualificazione giuridica dei fatti, sull'applicabilità delle circostanze e l'esattezza del relativo giudizio di valenza, sulla riconoscibilità della sospensione condizionale e soprattutto sulla legalità e congruità della pena, con riferimento, da un lato, al rispetto dei limiti edittali, degli aumenti e delle diminuzioni, dall'altro, all'equità che deve comunque informare il cumulo giuridico — sempre che sia riscontrabile il vincolo della continuazione — tenuto conto dell'ampio margine di discrezionalità lasciato

(1) Infatti,solo 2% delle *guilty pleas* sono rigettate dai giudici. Cfr. ROLANDO V. DEL CARMEN, *Criminal Procedure, Law and Practice*, Belmont, California, 1995, 41.

CONGRUITÀ DELLA PENA

In ordine al secondo problema si deve rilevare come la congruità della pena irrogata abbia una triplice valenza:

interna, nel senso della sua adeguatezza oggettiva rispetto al fatto contestato e soggettiva rispetto alla personalità dell'imputato;

esterna, nel senso della sua proporzionalità rispetto alle pene irrogate per fatti simili o comunque di analogo disvalore sociale;

funzionale, nel senso della sua idoneità rispetto ai fini che la Costituzione riconosce alla pena.

Una pena inadeguata, infatti, compromette l'eticità del sistema giudiziario, l'equilibrio della funzione giurisdizionale e la giustizia sostanziale della decisione individuale.

Una pena sproporzionata offende i principi della giustizia distributiva, dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e dell'imparzialità del giudice.

Una pena inidonea pregiudica la sua capacità strumentale a rappresentare un deterrente ed a riassorbire la devianza nel corpo sociale.

In conclusione applicare una pena palesemente incongrua rende non convincente, non affidabile e non trasparente l'amministrazione della giustizia: può mettere in crisi la coscienza del giudice nella quotidiana funzione giurisdizionale; può indurre le parti lese a dubitare dell'utilità

---

al giudice dal legislatore, consistente nella possibilità di aumento della pena base « fino al triplo ».

Costume di vita e medesimo disegno criminoso:

1. — Con l'ordinanza annotata, il Tribunale ha affermato che il sistema delle « tangenti » può anche costituire uno stile di vita, un malcostume imprenditoriale o un malgoverno della cosa pubblica, ma non può, per ciò solo, avvincere automaticamente in un unico disegno criminoso — che presuppone la predeterminazione di un programma delinquenziale definito negli elementi essenziali — tutti gli episodi di corruzione, concussione e abuso d'ufficio commessi a vario titolo nei settori più disparati, con interlocutori e finalità del tutto diversi ed in contesti non assimilabili.

L'importanza che ha assunto il concetto di medesimo disegno criminoso, soprattutto dopo la riforma del 1974 (2), che ha introdotto il reato continuato eterogeneo (conseguente alla violazione di disposizioni di legge anche diverse), ha contestualmente accresciuto la necessità che esso venga accertato processualmente in modo certo e rigoroso (3). Senonché, mentre la Corte di Cassazione ha affermato che la prova della sussistenza del medesimo disegno criminoso deve essere certa e piena (4), la giurisprudenza di merito generalmente dà per scontata l'esistenza di tale requisito (5). Né è concretamente

(2) D.L. 11 aprile 1974, n. 99, conv. in l. 7 giugno 1974, n. 220.

(3) FLORA, *Concorso formale e reato continuato nella riforma del 1° libro del codice penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Penale*, 1975, 506; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Parte Generale, Milano, 1993, 591.

(4) Cass., II, 18 ottobre 1974, SARNELLI in *Riv. Penale*, 1975, 267; Cass., IV, 10 febbraio 1969; SQUITTIERI, in *Cass. Penale*, 1970, 644.

(5) SANDRELLI, *Indagine sulla prima applicazione dell'art. 81 del codice penale da parte del tribunale di Torino dopo la riforma del 1974, Problemi generali di diritto penale*, a cura di Vassalli, Milano, 1982, 367.

della giustizia e della reale indipendenza del giudice; può legittimare sfiducia nella collettività, sia di quella che non delinque, che vedrebbe non premiata e non conveniente la propria onestà, sia di quella che delinque che vedrebbe nel diverso trattamento una giustizia incoerente.

Non si tratta di proporre risposte severe né di sposare atteggiamenti moralistici, ma di salvaguardare la coerenza della funzione giurisdizionale perché essa possa essere riconosciuta come propria da quel popolo italiano nel nome del quale essa viene amministrata.

Tanto premesso, vanno esaminate le singole richieste:

SANTORO chiede applicarsi 1 anno e 10 mesi di reclusione con pena sospesa.

Egli, nella sua qualità di altissimo funionario del Ministero degli Esteri, con importanti e decisivi incarichi nell'ambito della Cooperazione allo Sviluppo, deve rispondere di cinque episodi di concussione continuata, capi B) D) E) I) QQ), di cinque episodi di corruzione passiva propria continuata, capi F) G) H) R) FF), e di abuso continuato di ufficio, capo A).

Non è assolutamente possibile, allo stato degli atti, poter riconoscere l'insussistenza dei fatti o l'estraneità ad essi del Santoro perché, di fronte al fatto che non si negano le ripetute consegne di ingenti somme di denaro, una serie di prove dichiarative e documentali, le cui fonti

---

esercitabile la funzione di controllo sull'esistenza del programma criminoso in sede di legittimità, in quanto la stessa Corte di Cassazione ha attribuito a tale indagine natura di mera *quaestio facti* (6).

Per tale motivo, va sottolineata la portata innovativa del provvedimento di merito che si annota, in quanto le enunciazioni di principio della Suprema Corte rischiano di rimanere lettera morta qualora, per effetto dell'autolimitazione dalla stessa stabilita, il sindacato sull'operato dei giudici di merito — che, come si è visto, sono per lo più inclini a non mettere in discussione la sussistenza dello stesso disegno criminoso — non possa estendersi alla verifica di tale presupposto.

Secondo i principi affermati dalla Suprema Corte, ai fini della configurabilità del reato continuato, occorre la prova certa che le singole violazioni furono tutte deliberate e volute, almeno a grandi linee, ma pur sempre con una precisa definizione di contorni e circostanze operative, fin dal momento in cui l'agente decise di dare inizio alla sua attività illecita, programmandone la durata, la portata e l'esecuzione, delineandosi, quando tale condizione ricorra, una figura criminosa nuova, connotata dall'unicità dell'elemento soggettivo e dalla pluralità di quello oggettivo che, in quanto rivelatrice di una minore pericolosità sociale, unico essendo stato l'impulso psichico criminoso del soggetto, giustifica un trattamento sanzionatorio più mite di quello conseguente al rigido cumulo materiale delle pene (7).

(6) Cass., III, 19 ottobre 1981, CIANCIA, *Riv. Penale*, 1982, 824; Cass., II, 18 dicembre 1979, GATTORNO, *Riv. Penale*, 1980, 597; Cass., I, 4 marzo 1993, n. 404.

(7) Cass., I, 13 gennaio 1997, n. 6248. Nella fattispecie, la Suprema Corte ha ritenuto corretta la decisione del giudice di merito che, servendosi dei pochi dati ricavabili dalle sentenze indicate dall'interessato, aveva escluso, con apprezzamento definito dalla stessa Suprema Corte insindacabile, l'esistenza di un progetto delinquenziale dotato del grado di concretezza e precisione richiesto dall'art. 81 c.p.

sono state elencate a pagina 108 del decreto di rinvio a giudizio, per quanto soprattutto con riferimento al ruolo di Ottone e Selvaggi, siano state poste in discussione dalla difesa, sono pur sempre in grado di delineare un intreccio di situazioni e comportamenti a volte di concussione, a volte di corruzione, a volte di favoritismo, che, così come indicati nelle varie imputazioni, certamente non possono essere smentiti senza effettuare una approfondita verifica dibattimentale.

È superfluo in questa sede indicare il contenuto e il significato degli elementi di cui dispone la pubblica accusa ed è sufficiente far riferimento alle segnalazioni contenute nel decreto di rinvio a giudizio, che trovano riscontro nella lettura delle varie deposizioni e dei documenti ivi citati, per escludere l'insussistenza dei fatti e l'estraneità ad essi del Santoro.

Quanto alla pena proposta evidentemente più grave è il reato di concussione, preso infatti a base del calcolo, e tra questi quello sub B), relativo alla promessa di 2 miliardi con effettiva dazione di circa un miliardo.

Per tale reato si è presa a base la pena minima edittale di anni 4 di reclusione: non v'è chi non veda come una siffatta fattispecie non

---

La rilevanza giuridica del medesimo disegno criminoso trova infatti la sua ragion d'essere nell'attribuire maggior disvalore sociale alla violazione di legge ritenuta più grave, sanzionando più lievemente, con un semplice aumento di pena, gli altri reati scaturenti dalla stessa progettazione criminosa e, come tali, ritenuti meno gravi perché conseguenti alla scelta iniziale (8).

Se la *ratio* dell'istituto è quindi quella di riservare un trattamento sanzionatorio più favorevole a chi assume una sola volta un atteggiamento antigiuridico, al quale seguono più atti esecutivi di un'unica risoluzione criminosa, è evidente che la sussistenza del reato continuato va accertata con estremo rigore, al fine di non ottenere, contraddittoriamente, soluzioni premiali per chi invece si pone più volte in contrasto con la legge. Pertanto, il solo riferimento all'omogeneità delle imputazioni e all'ambito temporale in cui i singoli reati sono stati consumati, non può far presumere, in mancanza di altri e più sostanziali elementi, che i reati stessi siano frutto di determinazioni volitive risalenti ad un'unica deliberazione di fondo, consistente nel fatto che i singoli episodi siano tutti previsti, programmati e deliberati, fin dall'origine e comunque sin dall'epoca dell'esecuzione della prima violazione (9), come momenti di attuazione di un programma unitario (10), qualificato dall'identità di scopo (11).

Nel delineare il concetto di medesimo disegno criminoso, l'ordinanza in rassegna ha richiamato, per escluderne la sussistenza, l'esempio di più reati

(8) Cass., I, 22 gennaio 1994, n. 5106.

(9) De Francesco G.A., *La connessione teleologica nel quadro del reato continuato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Penale*, 1978, 103; Cass., I, 13 maggio 1996, n. 1146; Cass., I, 14 gennaio 1992, Chiummiello, *Cass. Penale*, 1993, 571; Cass., V, 14 gennaio 1992; Papi, *Cass. Penale*, 1994, 80.

(10) Cass., I, 3 febbraio 1994, n. 5597; Cass., IV, 10 giugno 1993, n. 5826; Cass., I, 14 aprile 1993, n. 574.

(11) Fiandaca-Musco, *Diritto Penale, Parte Generale*, Bologna, 1989, 497; Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1987, 667; Cass., I, 24 novembre 1993, n. 4122; Cass., I, 28 gennaio 1991; Livieri, *Cass. Penale*, 1992, 2368.

possa ricondursi né paragonarsi ad una concussione di minima entità, meritevole del rigore minimo previsto dal legislatore, sia dal punto di vista oggettivo per l'entità economica oggetto della induzione, sia da quello soggettivo per la qualità di altissimo funzionario dello Stato rivestita dal Santoro ed utilizzata a fini personali, sia per la situazione nell'ambito della quale il comportamento del Santoro si inserisce e le sue conseguenze.

Non va sottovalutato, infatti, che il fatto si inquadra nei progetti per la cooperazione e sviluppo dei Paesi del terzo mondo mediante crediti agevolati o finanziamenti in aiuto da parte dello Stato con conseguenti illegittimità nelle assegnazioni degli appalti per le opere da eseguirsi ed evidenti riversamenti sui relativi prezzi di aggiudicazione e costi di realizzazione, con danno quindi dei Paesi terzi beneficiari, dello Stato e della comunità sociale che ne sopportava i costi.

Non appare dunque congruo prendere a base per tale reato quella stessa pena minima che il giudice è costretto a prendere in considerazione per tutti quei minimi fatti di concussione per minime vicende che investono, con caratteristiche giuridicamente inquadrabili sotto tali fattispecie, i rapporti tra cittadini qualunque e Pubblica Amministrazione.

---

commessi occasionalmente da un tossicodipendente, ipotesi ricorrente nella casistica della giurisprudenza di legittimità. La Suprema Corte ha infatti ripetutamente affermato che l'unicità del programma criminoso, costituente l'indispensabile condizione per la configurabilità della continuazione, non può identificarsi con la generale inclinazione a commettere reati, sotto la spinta di fatti e circostanze occasionali più o meno collegati tra loro, ovvero di bisogni e necessità di ordine contingente, e neanche con la tendenza a porre in essere reati della stessa specie o indole, determinata o accentuata da talune condizioni psicofisiche, come la tossicodipendenza, dovendo le singole violazioni costituire parte integrante di un unico programma, deliberato sin dall'inizio nelle linee essenziali, per conseguire un determinato fine, cui si aggiungerà, di volta in volta, l'elemento volitivo necessario per l'attuazione del progetto iniziale (12).

Mutatis mutandis, la disponibilità di un imprenditore a corrompere la pubblica amministrazione per acquisire utilità economiche illecite, anche sotto la spinta di condizioni socio-ambientali connotate dalla diffusione della prassi *contra legem* della « tangente », può anche costituire espressione di uno stile di vita o di un costume imprenditoriale caratterizzato dalla ripetizione o dall'abitualità di determinati comportamenti, ma non per questo può unificare in un unico disegno criminoso episodi in rapporto di mera occasionalità (13).

(12) Cass., I, 27 marzo 1995, n. 524; Cass., I, 23 agosto 1994, n. 1253; Cass., I, 6 maggio 1994, n. 415; Cass., I, 22 febbraio 1994, n. 5618; Cass., I, 3 febbraio 1994, n. 5597; Cass., I, 16 ottobre 1993, n. 3476.

(13) Cass., I, 22 gennaio 1994, n. 5106; Cass., I, 11 marzo 1994, n. 396; Cass., VI, 20 maggio 1993, n. 5216. *Contra*, in ragione del favor proprio del processo minorile, Cass., I, 10 dicembre 1996, n. 5239, in base alla quale, la programmata attuazione, da parte del minorenne di plurime condotte devianti, strumento sia pure patologico di realizzazione della propria personalità, può inquadrarsi unitariamente in una sorta di scelta esistenziale e può, in presenza di altri elementi significativi, quali la medesima tipologia di reati e la prossimità temporale degli stessi, considerarsi alla stregua di un vero e propro disegno criminoso, sì da integrare gli estremi per l'applicazione della continuazione.

Non possono valere a tal fine le argomentazioni della difesa circa la custodia cautelare sofferta dal Santoro, il suo comportamento processuale (con ammissione degli elementi di fatto pur contestandone la qualificazione penale), la sua cessazione dalle cariche pubbliche.

Tali considerazioni possono valere per il riconoscimento di attenuanti generiche e per la loro valutazione nella diminuzione massima prevista (come richiesto) o per evidenziare un più difficile pericolo di recidiva, non per la valutazione oggettiva del fatto.

Una volta applicate le generiche nel massimo, si è poi richiesto un solo aumento per continuazione pari a complessivi giorni 30 per un abuso di ufficio, altre quattro concussioni, e altre cinque corruzioni, tutte, a loro volta, continuate.

Tenuto conto che il giudice è tenuto a calcolare ed indicare i singoli aumenti per ogni reato satellite, con la proposta delle parti la pena base verrebbe aumentata di appena tre giorni ad imputazione e, quindi, all'interno di ciascun episodio, di meno di due giorni con un solo giorno per la continuazione interna; il che non consentirebbe neanche di calibrare i vari aumenti in funzione della gravità dei singoli episodi.

Il tutto di fronte ad un legislatore che prevede di aumentare fino al triplo la pena base e di fronte ad episodi ciascuno di gravità analoga a quello base o comunque rilevante.

---

2. — Si è detto che, nelle richieste di patteggiamento, la continuazione era stata ipotizzata non solo tra reati oggetto del processo, ma anche tra questi ed altri già decisi con sentenze definitive.

A tale proposito, occorre precisare che, se il dato cronologico relativo all'intervallo tra le diverse violazioni non costituisce da solo elemento sufficiente per escludere la sussistenza del nesso della continuazione (14), il decorrere del tempo rappresenta comunque un limite logico ed un indice probatorio fondamentale, anche se non decisivo, per accertarne la ricorrenza (15).

Ciò premesso, si rammenta che, sebbene in passato non sono mancati indirizzi dottrinali e giurisprudenziali inclini a ritenere che l'identità di disegno criminoso fosse « spezzata » (16) dalla conoscenza dell'esistenza a proprio carico di un procedimento penale (17), dalla contestazione del reato (18), dalla denunzia (19), dall'arresto (20) o dalla condanna non definitiva (21), è ormai da tempo prevalente l'orientamento in base al quale tali atti processuali non interrompono automaticamente l'unità del disegno criminoso, dovendosi invece verificare se, nel caso concreto, permanga o meno la medesimezza del relativo

(14) Cass., I, 18 maggio 1994, n. 1745; Cass., I, 27 novembre 1991, PIETRA, *Cass. Penale*, 1993, 570; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1981, II, 722.

(15) MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1992, 495; MORSELLI, *Reato continuato*, *Novissimo Digesto*, App., IV, 357; Cass., I, 1 giugno 1992, PANTELLARO, *Cass. Penale*, 1994, 75; Cass., I, 25 marzo 1991, DE ROSSI, *Cass. Penale*, 1992, 1523.

(16) ROMANO B., *Codice penale commentato* a cura di Tullio Padovani, Milano, 1997, 400.

(17) LEONE G., *Reato continuato*, *Novissimo Digesto*, XIV, 973.

(18) Cass., V, 27 gennaio 1967, SERI, *Cass. Penale*, 1967, 1136.

(19) Cass., I, 6 febbraio 1970, VINCI, *Cass. Penale*, 1971, 782.

(20) Cass., II, 2 luglio 1976, SALUTINI, *Riv. it. dir. proc. penale*, 1980, 492, con nota critica di RAMPIONI, *Misura processuale cautelare e continuazione criminosa*.

(21) Cass., II, 16 febbraio 1966, DENARO, *Cass. Penale*, 1967, 85.

È di tutta evidenza che aumenti simili potrebbero forse essere concepibili per la continuazione interna ad un singolo episodio, forse anche per la continuazione con reati strumentali al medesimo episodio, non certo per la continuazione con altri episodi analoghi.

Aumentare di uno o due giorni la pena base determinata per un grave fatto in relazione alla commissione di altro fatto analogo rappresenterebbe infatti un formidabile incentivo a delinquere, in quanto offrirebbe la prospettiva di una reale convenienza economica (in senso non solo finanziario) alla reiterazione del delitto di fronte ad un rischio sostanzialmente identico.

CIACCIA chiede applicarsi 1 anno e 4 mesi di reclusione.

Quale amministratore della Compagnia Tecnica Internazionale Progetti-CTIP risponde, in concorso con Carloni, Carmignani, Pagano, Ottone di due episodi di corruzione attiva propria continuata: capo M) per il

---

nesso (22), accertando altresì l'incidenza dell'arresto o della condanna — intervenuti tra un episodio e l'altro — e della relativa controspinta psicologica (23) sull'iniziale situazione intellettiva e volitiva dell'agente (24).

Più discussa era ed è, invece, la configurabilità della continuazione, come nel caso di specie, tra reati puniti con sentenze già passate in giudicato e violazioni commesse successivamente.

Nell'intento di comporre l'oscillazione giurisprudenziale allora in atto, le Sezioni Unite (25) intervennero escludendo tale possibilità, in ragione della ritenuta incompatibilità tra continuazione e recidiva, nonché della funzione generalpreventiva della pena, in quanto, se si accedesse alla tesi affermativa, si attribuirebbe all'imputato la possibilità di commettere gli ulteriori reati con la certezza dell'applicabilità di una pena ridotta (26).

Peraltro, divenuto facoltativo l'aumento di pena per la recidiva, sempre a seguito della riforma del 1974, e sulla scia di una generale tendenza giurisprudenziale ad ampliare i margini di applicabilità della continuazione, la compatibilità tra quest'ultima e la recidiva è stata più volte ammessa dalla giurisprudenza (27), accogliendo così anche le istanze di parte della dottrina (28).

La giurisprudenza richiede però, in relazione al riconoscimento della continuazione tra reati da giudicare ed altri già giudicati o pendenti in giudizi separati, che l'imputato, ottemperando all'onere di allegazione, indichi i procedimenti in questione (29), nonché gli elementi obiettivi e subiettivi dai quali

(22) ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, Milano, 1976, 55; Cass., II, 1 ottobre 1991, SEMPUGNA, *Cass. Penale*, 1994, 74; Cass., I, 5 marzo 1990, CHITI, *Cass. Penale*, 1991, 1578.
(23) Cass., I, 4 marzo 1993, n. 404.
(24) Cass., I, 17 febbraio 1994, n. 5266.
(25) Cass., S.U., 4 maggio 1968, PIERRO, *Cass. Penale*, 1968, 671.
(26) AMBROSETTI, *Problemi attuali in tema di reato continuato*, Padova, 1991, 31; PISAPIA, *Reato continuato*, Napoli, 1938, 230; PAGLIARO, *Cosa giudicata e continuazione di reati*, in *Cass. Penale*, 1987, 94; Cass., III, 12 luglio 1988, URRATA, *Cass. Penale*, 1990, 53; Cass., VI, 13 giugno 1985, GATTI, *Riv. Penale*, 1986, 843.
(27) Cass., I, 25 marzo 1995, n. 930; Cass., I, 16 novembre 1992, MORABITO, *Cass. Penale*, 1994, 75; Cass., III, 21 novembre 1989, CALOGIURI, *Cass. Penale*, 1990, 2137, con nota di CERASE; Cass., S.U., 17 aprile 1996, ZUCCA.
(28) COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli, 1969, 366; ZICCONE, *Sul reato continuato per fatti commessi dopo il giudicato*, in *Arch. Penale*, 1963, I, 276.
(29) Cass., I, 25 novembre 1985, ARGENTIERO, *Cass. Penale*, 1987, 1899; Cass., V, 20 novembre 1980, GRAVAGNO, *Cass. Penale*, 1982, 493.

versamento di circa 1,3 miliardi e capo N) per quello di circa 1,8 miliardi a Santoro, Raffaelli e al defunto Balzamo per interventi in Angola e in Cina.

Anche in questo caso, allo stato degli atti, non vi è spazio per una pronuncia più favorevole ex art. 129 c.p.p.: le dichiarazioni dello stesso Ciaccia, quelle dei coimputati Carmignani e Pagano, le testimonianze di Selvaggi, Gonzales e Raddi e, soprattutto, le indicazioni e i supporti documentali forniti dall'imputato Ottone, insieme agli esiti delle rogatorie in Austria, Svizzera, Germania e Senegal, offrono un quadro indiziario che non esclude la CTIP ed il suo amministratore dalle corruzioni contestate.

Quanto alla pena richiesta, non può che ripetersi, per le stesse argomentazioni, quanto detto per Santoro: si è presa a base una pena pressoché minima edittale (mesi 27) per la corruzione più grave (capo N),

---

si possa desumere l'esistenza del medesimo disegno criminoso (30), onere, quest'ultimo, al quale nessuno degli imputati aveva assolto nella fattispecie esaminata dal Tribunale di Roma.

A tale proposito, nel ricordare che l'art. 671 c.p.p. prevede che ora si possa pervenire all'applicazione della disciplina del reato continuato e del concorso formale anche in fase di esecuzione, purchè la stessa non sia stata esclusa dal giudice della cognizione, si precisa che l'art. 186 disp. att. c.p.p. prescrive invece espressamente che le copie delle sentenze o dei decreti irrevocabili, ove non allegate alla richiesta *ex* art. 671 c.p.p., siano acquisite d'ufficio.

Anche in sede di esecuzione, però, la giurisprudenza più recente ritiene che spetti all'interessato indicare, sia pure a grandi linee, quale sia stato il disegno criminoso che dovrebbe comportare l'unificazione dei reati, non potendo il giudice, in assenza di tale allegazione, valutare le sentenze relative ai singoli fatti criminosi, traendo dalle stesse, qualora queste non presentino elementi indicativi di un'unica progettualità, i dati che valgano a costituire un disegno ignoto, non enunciato nell'istanza (31).

Verifica del giudice sulla congruità della pena:

1. — Con l'ordinanza annotata, il Tribunale sottolinea alcuni fondamentali principi in tema di adeguatezza della pena, affermando che « una pena sproporzionata offende i principi della giustizia distributiva, dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e dell'imparzialità del giudice » e che « una pena inidonea pregiudica la sua capacità strumentale a rappresentare un deterrente ed a riassorbire la devianza nel corpo sociale ». L'aumento di pochi giorni per la continuazione, con altri reati già giudicati, di numerosi delitti di notevole gravità, « rappresenterebbe infatti un formidabile incentivo a delinquere, in quanto offrirebbe la prospettiva di una reale convenienza economica (in senso non solo finanziario) alla reiterazione del delitto di fronte ad un rischio sostanzialmente identico ».

(30) Cass., I, 6 febbraio 1992, BARALDI, *Cass. Penale*, 1993, 1736; Cass., II, 6 novembre 1990, POGGIANTI, *Cass. Penale*, 1992, 2106.

(31) Cass., I, 14 ottobre 1995, n. 4565; *contra*, Cass., I, 1 aprile 1994, n. 662; Cass., I, 11 gennaio 1993, n. 4568.

quasi si trattasse della illecita trattativa tra un pubblico impiegato ed un cittadino per una piccola vicenda amministrativa e poi, applicate le generiche nel massimo, si è previsto l'aumento di mesi due per la continuazione interna, più quella con il capo M), di natura identica e di gravità praticamente uguale, aumentato a sua volta di quella interna.

La pena è incongrua se si considera che nella pratica giudiziaria, in realtà, è difficile individuare ipotesi di corruzione alle quali applicare pene superiori tenuto conto dei margini edittali previsti dal legislatore.

FERRARI chiede applicarsi 1 anno e 2 mesi di reclusione.

Come amministratore della IDECO deve rispondere di corruzione attiva propria continuata (capo O) per la dazione di oltre 150 milioni versati allo stesso fine per progetti ed interventi in Tanzania e in Mozambico.

Le dichiarazioni dello stesso Ferrari circa i pagamenti per sbloccare i lavori della IDECO da lui presieduta, in Tanzania ed in Mozambico,

---

Con tali statuizioni, il Tribunale ribadisce la funzione pluridimensionale della pena: (32) afflittivo-retributiva, preventivo-intimidatrice e rieducativo-risocializzatrice.

L'assenza di afflittività della pena sarebbe una vera *contradictio in terminis*, come parlare di luce buia o di fuoco freddo (33). L'aspetto retributivo della pena, conseguente ad una condotta contrastante con una norma penale, restaura infatti l'ordine violato, riaffermando l'autorità dello Stato a difesa della pace sociale (34). Pertanto una sanzione esorbitante, per eccesso o per difetto, non garantisce una proporzionalità tra gravità della pena e disvalore della condotta e, urtando il comune sentimento della giustizia, non giova all'incremento dello spirito di disciplina sociale e male assolve alla sua funzione di prevenzione generale e speciale (35).

L'effetto deterrente della punizione può essere svolto, infatti, nei confronti di tutti i consociati, solo da una pena che costituisca effettivamente una controspinta psicologica alla spinta criminosa e, nei confronti dell'autore del reato, da una pena che scoraggi la commissione di ulteriori illeciti, rispettando la corrispettività tra male inflitto e male subito (36).

Infine, la funzione di emenda e di reinserimento sociale, particolarmente valorizzata dall'art. 27 della Costituzione, in base al quale le pene devono tendere alla rieducazione del condannato, può essere assicurata solo se la pena sia concretamente in grado di promuovere una positiva evoluzione della per-

(32) MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, 1992, 749.

(33) ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte generale, Varese, 1987, 581.

(34) Sostenitori della teoria della retribuzione giuridica sono: PESSINA, *Elementi di diritto penale*, Napoli, 1882; MAGGIORE, *Diritto penale*, parte generale, Bologna, 1951, 686; BETTIOL, *Diritto penale*, parte generale, Padova, 1979, 707; D'AGOSTINO, *Le buone ragioni della teoria retributiva della pena*, in *Iustitia*, 1982, 236; EUSEBI, *La « nuova » retribuzione. L'ideologia retributiva e la disputa sul concetto di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. penale*, 1983, 1315.

(35) BOSCARELLI, *Compendio di diritto penale*, parte generale, Milano, 1991, 234.

(36) Assertori della teoria dell'intimidazione o della coazione psicologica sono principalmente ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, § 395 e FEUERBACH, *Revision der Grundsatze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1799-1800. Sui rapporti fra le teorie del Romagnosi e del Feuerbach cfr. GUARNERI, *Le concezioni penalistiche di G. D. Romagnosi e P. A. Feuerbach*, in *Giust. Penale*, 1942, I, 78.

attraverso la Landsystem e le relative dichiarazioni dell'Ottone; l'incontro a tal fine con il Santoro, ed il versamento di 35 milioni allo ICIPEC, rappresentano elementi sufficienti per non consentire una pronuncia di proscioglimento ex art. 129 c.p.p.

Sulla congruità della pena valgono, anche se con minore pregnanza ed intensità, le considerazioni svolte per Ciaccia: per le modalità dei fatti, il quadro in cui si sono svolti e le relative conseguenze, non può trattarsi la fattispecie alla stregua di un episodio poco significativo sotto il profilo criminologico, meritevole di una pena base pressochè minima di 27 mesi di reclusione.

VADACCA chiede applicarsi 2 mesi di reclusione in continuazione.

Quale amministratore della ANSALDO risponde di corruzione attiva propria continuata (capo GG) per la dazione, tramite il defunto Balzamo, a Craxi e Santoro di circa 1,2 miliardi, e di falso continuato in bilancio per coprire tali uscite (capo HH) con riferimento ad iniziative in Indonesia, Pakistan, Egitto, Marocco, Cina.

Le spiegazioni dello stesso Vadacca in ordine ai contratti di consulenza con Giussani ed ai versamenti al segretario amministrativo del PSI; gli interessi della Ansaldo nei contratti del Ministero degli Esteri; le dichiarazioni di D'Urso circa i finanziamenti della Ansaldo al PSI;

---

sonalità del reo, obiettivo che non può essere raggiunto qualora la sua entità sia meramente simbolica (37).

Pertanto, partendo dalla premessa del Feuerbach (38) che tutte le infrazioni sono mosse dal desiderio di procurarsi un piacere e che tale impulso psicologico può essere eliminato soltanto se il soggetto sa che alla sua azione segue un male maggiore del rammarico che deriva dal mancato appagamento del suo desiderio, è evidente che una pena palesemente incongrua potrebbe provocare sdegno nella collettività che non delinque «che vedrebbe non premiata e non conveniente la sua onestà» (39) e creare un incentivo per quella che delinque e che, nel calcolo «costi-benefici», vedrebbe vantaggioso il profitto del reato rispetto alla minaccia di una pena irrisoria.

2. — L'ordinanza in rassegna restituisce inoltre importanza alla motivazione in ordine alla congruità della pena anche nel giudizio di patteggiamento.

Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, nel giudizio di patteggiamento, l'imputato avendo richiesto l'applicazione della pena o aderito alla richiesta del pubblico ministero, ha già ritenuto di non possedere elementi utili all'affermazione della propria innocenza per la quale, all'occorrenza, avrebbe potuto fare ricorso alle garanzie offertegli dal rito ordinario; sicché, non avendo egli negato la propria responsabilità e avendo, ad un tempo, esonerato l'accusa dall'onere della prova, contribuendo così ad una sollecita definizione del procedimento, il «patto» costituisce l'oggetto primario del giudizio *ex* art. 444 c.p.p. diretto, in senso positivo, alla verifica dell'accordo, della correttezza della

(37) La teoria dell'emenda e della funzione rieducativa della pena è sostenuta da ROEDER, *Sul fondamento e sullo scopo della teoria dell'emenda*, in *Riv. penale*, 1875; LANZA, *Umanesimo e diritto penale*, Catania 1929; SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, Firenze, 1974.
(38) FEUERBACH, *op. cit.* nella nota 36.
(39) In tal senso l'ordinanza in rassegna.

le appostazioni nelle scritture contabili della Ansaldo a giustificazione delle uscite Giussani e la non provata effettività di tali consulenze a seguito di rogatoria, sono tutti elementi che escludono che vi sia prova di insussistenza dei fatti addebitati o di estraneità del Vadacca ai fatti stessi.

Considerato quanto indicato in premessa sui criteri per il riconoscimento della continuazione, va rilevato che è difficile trovare un qualche nesso tra i fatti giudicati con la sentenza della Corte d'Appello di Milano del 23 marzo 1995 relativa a corruzione ad opera dell'ANSALDO nei confronti della Azienda Elettrica Milanese e di esponente della D.C. per l'aggiudicazione, tra il 1988 e 1991 di un appalto relativo alla Centrale termoelettrica di Cassano d'Adda, e gli episodi di corruzione del marzo 1992 nell'ambito della Cooperazione nei confronti di funzionari del M.A.E. e di esponenti del PSI, a nulla rilevando che Vadacca abbia sempre agito

---

qualificazione giuridica del fatto, dell'applicazione e della comparazione di eventuali circostanze, della congruità della pena nei limiti dell'art. 27 Cost., della concedibilità della sospensione condizionale e, in senso negativo, all'accertamento dell'inesistenza *icto oculi* di cause di non punibilità, di improcedibilità o di estinzione del reato che imporrebbero il proscioglimento *ex* art. 129 c.p.p. (40).

A seguito della sentenza della Corte Costituzionale del 2 luglio 1990, n. 313 — che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 444 c.p.p. nella parte in cui non prevede che, ai fini e nei limiti di cui all'art. 27 Cost., il giudice possa valutare la congruità della pena indicata dalle parti, rigettando la richiesta in ipotesi di sfavorevole valutazione — il controllo del giudice sull'adeguatezza della pena, in relazione al fine rieducativo cui essa tende, è divenuto necessario anche nel giudizio di patteggiamento (41).

Tale verifica viene però motivata per lo più implicitamente. Infatti, il giudizio di merito in ordine alla congruenza della pena patteggiata va motivato, secondo la Suprema Corte, solo in ipotesi estreme, quando, a causa di attenuanti che si fanno operare nella loro massima estensione sul minimo della pena, pur in presenza di delitti molto gravi, si manifesti un'assoluta sproporzione tra fatto, pena e grado di diseducazione sociale dell'imputato (42). Comunque, in mancanza di elementi macroscopicamente rivelatori di incongruità, per eccesso o per difetto, tale giudizio è ritenuto sufficientemente motivato, quando il giudice si limiti ad esplicitare la propria valutazione positiva, richiamandosi, anche se non in modo espresso, a tutti gli elementi che, nella singola fattispecie, possono assumere rilevanza determinante, sempre che essi siano comunque ricavabili dal contesto dell'intera decisione (43).

L'ordinanza in commento ha ritenuto incongrua la pena richiesta dalle parti soprattutto valutando la gravità del fatto concreto, in relazione alle cariche di alti funzionari dello Stato, o comunque alle posizioni di prestigio,

(40) Cass., I, 30 aprile 1994, n. 122; Cass., I, 5 dicembre 1995, n. 5002; Cass., I, 23 agosto 1994, n. 2717; Cass., I, 9 settembre 1993, n. 8453; Cass., VI, 24 agosto 1993, n. 7984.

(41) Cass., VI, 4 giugno 1996, n. 5542; Cass., 19 luglio 1995, n. 8032; Cass., 26 gennaio 1994, n 854; Cass., VI, 24 agosto 1993, n. 7981; Cass., IV, 10 giugno 1993, n. 5847; Cass., IV, 9 aprile 1993, n. 3643; Cass., VI, 26 febbraio 1993, n. 1869; Cass., I, 3 febbraio 1993, n. 998.

(42) Cass., IV, 7 luglio 1993, n. 6708.

(43) Cass., VI, 23 marzo 1994, n. 549; Cass., I, 20 gennaio 1993, n. 5029; Cass., I, 2 maggio 1995, n. 1878; Cass., I, 23 novembre 1994, n. 3980. Si veda però Cass., I, 9 settembre 1993, n. 8453, che ha annullato il provvedimento del giudice di merito sul rilievo che era stata pretermessa qualsiasi motivazione sulla congruità della pena concordata.

come rappresentante dell'ANSALDO; si tratta di modalità senz'altro analoghe in senso sociologico, ma non certamente del medesimo disegno criminoso in senso tecnico-giuridico.

A parte tale assorbente argomentazione, risulta incongruo l'aumento di soli mesi tre (comprensivi degli aumenti interni al capo GG) ed esterni con il capo HH) e relativi aumenti interni) per fatti di questo tipo.

Applicare aumenti così minimi per ulteriori fatti analoghi di questa gravità significherebbe attestare la totale indifferenza del sistema giudiziario alla reiterazione dei fatti criminosi incentivando la trasformazione dell'illecito penale in uno stile di vita e in un costume sociale.

ARCELLI chiede applicarsi 2 mesi di reclusione in continuazione.

Quale amministratore della ANSALDO GIE risponde di falso continuato in bilancio (capo HH) in concorso con Vadacca e Giussani.

In ordine alla responsabilità dell'imputato valgono le stesse considerazioni svolte in merito al medesimo capo per Vadacca.

---

ricoperte dagli imputati, dall'inerenza dei fatti contestati ai progetti di cooperazione e sviluppo dei paesi del terzo mondo, con conseguente risonanza internazionale dei danni patrimoniali e non arrecati sia all'Italia che ai paesi beneficiari e dall'entità delle somme distratte dalla loro destinazione istituzionale.

Il Tribunale ha ritenuto, infatti, di non poter assolutamente assimilare, ai fini punitivi, fatti di tale gravità con ordinari episodi di concussione e corruzione di minima entità tra cittadini qualunque e pubblica amministrazione, non implicanti ripercussioni di tali dimensioni sull'intera collettività nazionale ed internazionale.

La Cassazione ha affermato in proposito che il giudizio sulla congruità della pena richiesta dalle parti va riferito alle peculiarità oggettive e soggettive della fattispecie contestata, in base ai criteri indicati dagli artt. 133 e 133 *bis* c.p. e non già alla gravità in astratto del reato contestato (44).

Si è inoltre affermato che rientra nel dovere-potere di controllo del giudice la verifica, oltre che della pena base, sulla quale vanno apportate le riduzioni e gli aumenti legati al giudizio di comparazione tra le circostanze o alla continuazione, anche della riduzione praticata per la scelta del rito (45).

In merito, si osserva che la riduzione di pena conseguente all'adozione del rito *ex* art. 444 c.p.p., non essendo assimilabile ad una circostanza attenuante del reato, ma rivestendo carattere processuale, deve essere calcolata sulla pena complessiva, concretamente determinata in tutte le sue possibili componenti e quindi deve essere operata dopo l'aumento di pena irrogato a titolo di continuazione (46). La sua struttura premiale esige infatti che di essa si tenga conto solo dopo aver esaurito il processo logico con cui vengono apprezzati tutti gli elementi che concorrono a determinare la sanzione da infliggere. Tuttavia, ove possa ritenersi certo, in caso di continuazione, che, sia per il reato base, sia per i reati satellite, la riduzione viene stabilita in eguale misura frazionaria (ad es. un terzo), appare del tutto irrilevante, dal punto

(44) Cass., IV, 16 dicembre 1993, n. 1121; Cass., II, 10 novembre 1993, n. 10135.
(45) Cass., II, 10 novembre 1993, n. 10135.
(46) Cass., VI, 4 settembre 1992, n. 9351; Cass., I, 9 maggio 1992, n. 5446; Cass., II, 23 marzo 1992, n. 3307; Cass., I, 16 marzo 1992, n. 822; Cass., I, 21 gennaio 1992, n. 4888; Cass., III, 11 giugno 1991, n. 2206; Cass., III, 29 maggio 1991, n. 2140.

In questo caso il problema non è tanto la congruità della pena concordata richiesta in aumento, tenuto conto che trattasi di reato strumentale senza concorso nel reato più grave, onde potrebbe anche ritenersi congrua la pena richiesta (aumento di mesi due di reclusione).

Non si vede però, come già detto a proposito di Vadacca, quale continuazione possa ravvisarsi con i fatti di cui alla sentenza GIP di Milano del 25 gennaio 1994 relativa agli stessi fatti indicati per l'imputato Vadacca (corruzione per la Centrale di Cassano d'Adda).

PISANTE chiede applicarsi 40 giorni in continuazione.

Quale amministratore della EMIT S.p.A. risponde di corruzione attiva propria continuata (capo NN) per la dazione di 1 miliardo da dividere tra Borruso e Casadei in relazione ad un acquedotto in Kenia.

Le ampie e dettagliate confessioni dell'imputato circa gli accordi conclusi con Borruso e Casadei sul versamento del 3% del finanziamento per la realizzazione dell'acquedotto in Kenia, le conferme che

---

di vista aritmetico, l'ordine delle operazioni, per la proprietà distributiva della moltiplicazione rispetto all'addizione (47).

Si è detto che, nella fattispecie in esame, le richieste di patteggiamento erano tutte contenute al di sotto del limite di due anni di reclusione per poter beneficiare della sospensione condizionale della pena. Infatti, allorquando il giudice, in sede di patteggiamento, applichi la pena in riferimento all'aumento per la continuazione riconosciuta con reati oggetto di due precedenti condanne irrevocabili a pena sospesa condizionalmente, il beneficio della sospensione nuovamente accordato non costituisce concessione dello stesso per una (inammissibile) terza volta, bensì mera conferma di esso anche per il reato oggetto del procedimento speciale (48).

Ma tale esigenza nasceva anche dal fatto che la giurisprudenza di legittimità ritiene che, a norma del combinato disposto degli artt. 137 e 188 disp. att. c.p.p., il limite dei due anni di reclusione o di arresto, soli o congiunti a pena pecuniaria, sia applicabile non solo quando tutti i reati da unificare siano stati giudicati con il rito *ex* art. 444 c.p.p., ma anche quando solo alcuni di essi siano stati giudicati con il patteggiamento ed altri con il rito ordinario, ipotesi prevista dall'art. 137, secondo comma disp. att. c.p.p. (49).

La Corte di Cassazione ha peraltro affermato che, nel caso di più sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti, pronunciate in procedimenti distinti contro la stessa persona, non possono cumularsi in maniera costante ed indiscriminata i benefici previsti dagli artt. 81 c.p. e 444 c.p.p. poiché, essendo intangibile, a causa della formazione del giudicato, l'effetto premiale del rito del patteggiamento, può rimanere preclusa l'applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato, pur quando ricorrano i presupposti dell'art. 81 c.p. (50).

(47) Cass., VI, 13 ottobre 1992, n. 9807; Cass., VI, 28 giugno 1991, n. 6932.
(48) Cass., V, 26 gennaio 1995, n. 853.
(49) Cass., I, 19 marzo 1991, n. 418; Cass., IV, 5 agosto 1993, n. 1054; Cass., 20 novembre 1991, n. 11779.
(50) Cass., I, 8 giugno 1993, n. 1749.

si hanno sulla base delle dichiarazioni di Taidelli e delle prove documentali, escludono pronunce più favorevoli.

In ordine alla pena richiesta (aumento di 40 giorni sulla sentenza Tribunale di Milano, 8ª sezione, 13 gennaio 1994) non può che ripetersi l'argomentazione esposta per Vadacca: non c'è alcuna identità del disegno criminoso tra la corruzione di funzionari della Regione Lombardia ed esponenti della DC lombarda per ottenere l'appalto di una discarica per lo smaltimento di rifiuti e la corruzione di funzionari del M.A.E. per la costruzione di un acquedotto in Kenia.

In ogni caso, per i motivi ampiamente e ripetutamente indicati, appare irrisorio un aumento di 40 giorni per i fatti del presente procedimento.

PAPI chiede applicarsi 2 mesi e 15 giorni di reclusione per continuazione.

Quale amministratore della COGEFAR IMPRESIT risponde di corruzione attiva propria continuata e aggravata per la dazione di 100 milioni

---

Considerazioni conclusive:

Dopo aver rigettato tutte le richieste di patteggiamento, il Tribunale, con separata ordinanza, ha dichiarato la propria incompatibilità *ex* art. 34 c.p.p., come emendato dalle sentenze della Corte Costituzionale n. 186 del 22 aprile 1992 e n. 371 del 2 novembre 1996, con conseguente obbligo di astensione ai sensi dell'art. 36 lett. *g*) c.p.p.

Il provvedimento di astensione nei confronti degli altri imputati costituiva una decisione annunciata, sia per il caso di rigetto che per quello di accoglimento delle istanze di patteggiamento, a seguito dalla citata sentenza n. 371 del 1996 che, aggiungendosi a tutte le altre in materia di incompatibilità del giudice determinata da atti compiuti nel procedimento, rischia di creare una vera e propria paralisi dei processi penali, soprattutto negli uffici giudiziari più piccoli.

Con tale pronuncia, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34 c.p.p. nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio nei confronti di un imputato il giudice che abbia pronunciato o concorso a pronunciare una precedente sentenza nei confronti di altri soggetti, nella quale la posizione di quello stesso imputato in ordine alla sua responsabilità penale sia già stata comunque valutata.

Tale questione era stata in precedenza risolta negativamente dalla stessa Corte che aveva avuto modo di affermare che, alla comunanza dell'imputazione fa necessariamente riscontro una pluralità di condotte, distintamente ascrivibili a ciascuno dei concorrenti, le quali, ai fini del giudizio di responsabilità, devono formare oggetto di autonome valutazioni, sotto il profilo tanto materiale che psicologico e ben possono, quindi, sfociare in un accertamento positivo per l'uno e negativo per l'altro (51).

Con la sentenza n. 371 del 1996, la Corte, pur ribadendo tale principio — in quanto l'autonomia delle posizioni di ciascun concorrente consente, nonostante la naturalistica unitarietà della fattispecie di concorso, una segmentazione dei processi e una scomposizione del fatto in una pluralità di condotte

(51) Corte Cost., n. 186 del 1992 e n. 439 del 1993.

(capo oo) a Borruso e Molinaro e di altra corruzione per la dazione di 200 milioni (capo BBB) a Lenoci con riferimento ad interessi nell'ambito della Cooperazione allo sviluppo, nonché dei relativi finanziamenti illeciti.

Le sue stesse dichiarazioni e quelle del suo direttore Pecchio; le indicazioni del Molinari che fece da tramite tra la Cogefar e Borruso; le ammissioni di Lenoci sul denaro ricevuto, sono elementi tutti che non consentono certo un proscioglimento allo stato degli atti.

La pena base richiesta in continuazione di mesi 5 di reclusione, pur nella oggettiva minore gravità dei fatti rispetto a quelli finora trattati e pur tenuto conto della offerta reale di 300 milioni, appare al limite dell'accettabile.

---

singolarmente valutabili in processi distinti, senza che la decisione dell'uno debba influenzare quella dell'altro — ha precisato che la predetta massima, riferibile genericamente al caso di concorso di persone nel reato, non è applicabile alla peculiare ipotesi del reato plurisoggettivo o a concorso necessario — come nel caso tipico della corruzione — in cui la posizione di uno dei concorrenti costituisca elemento essenziale per la stessa configurabilità del reato contestato agli altri concorrenti, in quanto dalla valutazione della posizione dell'uno non si potrebbe prescindere ai fini dell'accertamento della responsabilità dell'altro.

Tale specifica questione era stata precedentemente dichiarata manifestamente infondata dalla Suprema Corte, secondo la quale, da un lato, l'art. 34 non prevedeva l'incompatibilità ad esercitare le funzioni di giudice del dibattimento del magistrato che, su richiesta delle parti, avesse applicato la pena *ex* art. 444 c.p.p. ad un coimputato, dall'altro, le sentenze della Corte Costituzionale n. 186 del 1992 e n. 52 del 1993, che avevano dichiarato la parziale illegittimità costituzionale di tale articolo, non imponevano né consentivano una diversa interpretazione, neppure nel caso in cui il reato per cui si procedeva e per il quale fosse fatta applicazione della pena ex art. 444 c.p.p. fosse plurisoggettivo o a concorso necessario (52).

La previsione di cause di incompatibilità trova infatti giustificazione nell'opportunità di assicurare l'imparzialità del giudice, che potrebbe risultare, o apparire, compromessa dal fatto che egli sia chiamato a compiere, in tempi diversi, una valutazione di merito sullo stesso oggetto, con la conseguenza che la seconda valutazione potrebbe essere, o apparire, condizionata dalla propensione a confermare una propria precedente decisione. Secondo quanto statuito dalla Corte di Cassazione nella citata pronuncia, però, nel caso di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p., il giudice non forma alcun giudizio di responsabilità dell'imputato, al quale applica la pena richiesta per il semplice fatto che non risulta l'innocenza dello stesso o l'esistenza di cause di estinzione del reato o di improcedibilità dell'azione, e ciò allo stato degli atti, sulla base del fascicolo del pubblico ministero. Quando invece il giudice, in seguito al dibattimento, pronuncia la sentenza nei confronti dei coimputati, deve esprimere un giudizio completamente diverso, trattandosi non

(52) Cass., I, 1 luglio 1995, n. 3191. Si trattava, nella fattispecie, proprio del medesimo reato a concorso necessario (l'associazione a delinquere, che richiede un minimo di tre persone) che ha condotto la Corte Costituzionale ad opposta conclusione con la citata sentenza n. 371 del 1996.

Manca comunque ogni ipotesi di continuazione tra le corruzioni del presente procedimento relative a iniziative e progetti di Cooperazione allo Sviluppo e la corruzione di consiglieri di amministrazione dell'Ospedale di Pavia per il finanziamento e la gestione di un ampliamento dello Ospedale: anche in questo caso non si può confondere uno stile illecito di vita imprenditoriale con un unico seppur generico programma criminale.

SCARONI chiede applicarsi 5 giorni di reclusione per continuazione

Quale amministratore della TECHINT risponde di finanziamento illecito dei partiti per un rilevante contributo economico a Gianni DE MICHELIS capo (EEE).

Le dichiarazioni della Ceolin che ritirò la busta con il denaro depositandola nella cassetta di sicurezza di De Michelis all'Hotel Plaza e le parziali ammissioni del De Michelis non consentono un proscioglimento immediato.

---

già di vedere se risultino le situazioni sopra descritte, ma di stabilire se sia stata raggiunta la prova della colpevolezza degli imputati, in base all'istruttoria dibattimentale compiuta. Diversi essendo la valutazione che il giudice è chiamato a compiere ed il materiale probatorio oggetto della valutazione, anche quando si tratti di reato plurisoggettivo o a concorso necessario, resta logicamente esclusa la possibilità che il giudizio possa essere o apparire condizionato dalla propensione a reiterare la propria precedente decisione (53).

Qualora si ritenga invece, come nell'ordinanza annotata, che il giudice del patteggiamento possa approfondire la propria indagine ben oltre gli angusti confini di una delibazione *in limine litis* in ordine al *fumus* della responsabilità penale, ne consegue l'indubbia applicabilità della sentenza n. 371 del 1996 della Corte Costituzionale anche nell'ipotesi in cui il precedente giudizio relativo al coimputato si sia concluso ai sensi dell'art. 444 c.p.p.

La Corte ha comunque inteso eliminare in radice ogni margine di interpretazione che possa evitare l'astensione, precisando che l'incompatibilità sussiste non solo quando nel primo giudizio la posizione del coimputato sia stata valutata a seguito di un puntuale ed esauriente esame delle prove raccolte a suo carico, ma anche quando abbia formato oggetto di una delibazione di merito superficiale e sommaria.

Si comprende dunque come la soluzione, per il Tribunale, fosse obbligata, stante la complessa concatenazione dei fatti e l'intreccio delle responsabilità, tali da poter escludere una valutazione completamente autonoma anche di un solo coimputato.

Si intende anche però come la più volte citata pronuncia della Corte Costituzionale possa tradursi in un facile espediente dilatorio per la difesa degli imputati che potrebbe reiterare all'infinito le istanze di patteggiamento, costringendo ad astenersi, quale che sia l'esito dell'istanza, uno dopo l'altro, tutti i giudici dell'ufficio giudiziario competente.

Tutti i difensori degli imputati, le cui richieste di patteggiamento sono state rigettate, hanno infatti percorso tale strada, riproponendo analoghe istanze innanzi al nuovo collegio, nominato a seguito dell'astensione di quello prece-

(53) In questi esatti termini, Cass., I, 1 luglio 1995, n. 3191.

Del tutto improponibile per manifesta incongruità risulta la determinazione del richiesto aumento applicabile nella misura di appena cinque giorni di reclusione, per tutti i motivi fin qui ripetutamente ed ampiamente esposti: si tratta infatti di una erogazione a partito politico, non disinteressata, ma chiaramente finalizzata alla acquisizione di contratti M.A.E. e la cui gravità appare di tutta evidenza e quindi non adeguato l'aumento di pena richiesto. (*omissis*)

---

dente, così frustrando proprio quel principio del giudice naturale precostituito per legge che la Corte Costituzionale aveva inteso tutelare con l'istituto dell'incompatibilità, strumentalizzato invece a finalità antitetiche.

L'unica via per scongiurare il pericolo dell'impunità in nome di forzate esigenze garantistiche è quella di ritenere inammissibile la riproposizione delle istanze di patteggiamento innanzi al nuovo collegio, essendosi esaurita tale facoltà, con esito sfavorevole, innanzi al precedente giudice naturale (54).

WALLY FERRANTE

(54) In tal senso, Pret. Padova, 22 marzo 1996, ZANI RATO, in *Arch. nuova proc. penale*, 1996, 620.

PARTE SECONDA

QUESTIONI

I TERZI E L'ESECUZIONE DEL GIUDICATO AMMINISTRATIVO *

La identificazione degli strumenti processuali utili ai terzi, cioè ai soggetti rimasti estranei ad un giudizio amministrativo, per ottenere il riesame da parte del giudice del contenuto sostanziale di un giudicato formatosi fra altri soggetti — dette parti del processo in senso proprio — deve compiersi tenendo conto di due essenziali testi di riferimento.

L'uno è costituito dalle norme contenute nell'art. 404 c.p.c. che disciplinano l'opposizione di terzo nel processo civile, ritenute da giurisprudenza finora costante inapplicabili al giudizio amm.vo; l'altro è costituito dalla sentenza della Corte Costituzionale 17.5.1995 n. 177 (1) che, con limitato annullamento della disposizione predetta, ne consente ora la parziale applicazione del solo comma 1 al giudizio amm.vo.

L'evidente presupposto logico della regolamentazione di cui all'art. 404 c.p.c. è costituito dal riconoscimento dell'esistenza, nella realtà sociale, di situazioni caratterizzate da obbiettive connessioni fra le pretese che hanno formato oggetto di processi civili, definiti con giudicati, e gli interessi, giuridicamente rilevanti, di soggetti terzi non coinvolti nel dibattito giudiziario.

In una prospettiva parallela si è posta, sostanzialmente, la Corte Costituzionale, la quale, nell'ammettere l'opposizione ordinaria di terzo fra i mezzi di impugnazione delle sentenze del TAR e del Consiglio di Stato, ha esplicitamente riconosciuto la frequente rilevabilità anche nella realtà disciplinata dal diritto pubblico di « un'obiettiva incompatibilità fra la situazione giuridica definita dalla sentenza e quella di cui sia titolare un soggetto terzo rispetto ai destinatari della stessa ».

L'opposizione di terzo costituisce un istituto tradizionale della procedura civile, definito dalla dottrina (2) come « una sorta di intervento tardivo » nel giudizio ad opera di un soggetto a questo rimasto estraneo, avente la finalità di eliminare quel pregiudizio che il terzo potrebbe eventualmente subire per la incompatibilità del suo diritto rispetto a quello riconosciuto nella sentenza.

(*) Pubblichiamo l'intervento dell'avv. Antonio MANCINI al Convegno di Studio « Ottemperanza ed esecuzione nel processo amministrativo », tenutosi a Bologna il 28 giugno 1996.

(1) *Giur. it.*, 1995, I, 504.

(2) MANDRIOLI, *Corso dir. proc. civ.*, II, Torino 1991, 429.

L'esperimento di questo mezzo di gravame consente al terzo di far « valere la non estensione dell'efficacia della sentenza contro di lui, sostenendo che il pregiudizio che gliene può derivare, in relazione alla connessione del suo rapporto con quello deciso, non è il diritto, perché, essendo la sentenza inefficace contro di lui, egli può impedirlo » (3).

Va, tuttavia, ricordato che l'esperienza giudiziaria dimostra una modesta utilizzazione di tale impugnazione, probabilmente dovuta alla modesta idoneità delle pronunzie in materia civile (4) a proiettare i propri effetti, oltre l'ambito del rapporto oggetto del processo, su situazioni connesse.

Come già detto, l'opposizione non era originariamente ammessa contro le decisioni definitive del giudice amm.vo, sebbene le opportunità della sua utilizzazione risultassero, invece, in questa materia assai maggiori.

Infatti la connessione fra situazioni giuridiche risulta frequente (5) nel processo amministrativo a causa della ben nota « cedevolezza » dei due limiti, soggettivo ed oggettivo, del suo giudicato.

Il primo risulta indebolito dal noto principio (6) secondo cui, mentre la parte prescrittiva della decisione amministrativa fa stato fra le sole parti, la parte cassatoria degli atti impugnati produce effetto *erga omnes* con l'eccezione delle situazioni definite con atti ormai inoppugnabili o con giudicati, a causa dell'indissolubile unitarietà dei provvedimenti amministrativi.

Il limite oggettivo del giudicato amm.vo identificabile sulla base dell'atto impugnato e dei motivi d'impugnazione, cede per l'effetto « travolgente » (7) dell'annullamento il quale può procurare l'invalidità riflessa degli atti successivi collegati, oppure produce, almeno, il c.d. effetto meramente viziante che consente l'impugnazione con autonomo ricorso dell'atto successivo collegato.

La situazione di incompatibilità fra diritto del terzo estraneo al processo e diritto riconosciuto nella sentenza definitiva, nella quale si concreta la fattispecie giustificativa dell'opposizione, presuppone un'obbiettiva connessione tra l'interesse del terzo e la pretesa oggetto del giudizio.

Questa particolare connessione, a sua volta, costituisce anche il presupposto dell'istituto della procedura civile dell'intervento tempestivo nel processo da parte del terzo.

---

(3) MANDRIOLI, *op. cit.*, 429.

(4) Per una recente puntualizzazione sui limiti degli effetti riflessi del giudicato quale « affermazione obbiettiva di verità che non ammette la possibilità di un diverso accertamento », cfr., Cass., 13 gennaio 1996, n. 250.

(5) Corte Cost., 17 maggio 1995, n. 177, *cit.*

(6) Cons. St., IV, 26 ottobre 1992, n. 924 e 18 luglio 1990, n. 561.

(7) VIRGA, *La tutela giurisd. nei confronti della P.A.*, Milano 1982, 420.

Non a caso, infatti, tale tipo di intervento è stato talora qualificato come una sorta di « opposizione di terzo preventiva » in corso di causa, per la tutela di interessi connessi, non distinti da quelli delle parti e con taluni di essi confliggenti.

La evidenziata possibilità di qualificare l'opposizione di terzo come un « intervento tardivo in causa » e la rispettiva, corrispondente qualificabilità dell'intervento tempestivo in giudizio come « opposizione di terzo preventiva » dimostra che le problematiche relative all'impugnazione risultano, tradizionalmente, intimamente collegate ai temi dell'intervento tempestivo del terzo nel giudizio in corso, rinviando tutte alla comune matrice della connessione fra interessi sostanziali.

Perciò, siccome le ragioni del terzo non erano tutelabili mediante l'opposizione avverso il giudicato amministrativo, evidenti motivi di giustizia hanno indotto il Giudice amministrativo alla valorizzazione dell'altro strumento, a tal fine predisposto dall'ordinamento, costituito dall'intervento volontario del terzo nel processo che, si ribadisce, può considerarsi un'opposizione di terzo preventiva.

Anche sotto questo profilo la normativa civilistica risulta meglio strutturata di quella amministrativistica.

Infatti il c.p.c. negli artt. 102, 103, 105, identifica i presupposti che consentono l'intervento nel giudizio; negli artt. 268 e 269, stabilisce le forme ed i termini dell'intervento giustificato dai predetti presupposti; nell'art. 404 già ricordato, con disposizione di chiusura, disciplina una sorta di intervento tardivo consentito alle parti che sono rimaste estranee al dibattito processuale.

Analoga strumentazione, purtroppo, non è data nel processo amministrativo.

Infatti la più esplicita disposizione in materia, secondo cui « chi ha interesse nella contestazione può intervenire » (comma 2 art. 22 L. 6.12.1971 n. 1034) nel giudizio amministrativo, la quale poteva, per la sua genericità, consentire qualsiasi tipo di intervento, era interpretata dalla giurisprudenza meno recente come riferentesi alla possibilità del solo intervento volontario adesivo detto anche, assai significativamente, dipendente, nelle forme alternative dell'intervento *ad adiuvandum* oppure *ad opponendum* (8).

Uno dei problemi costanti affrontati dalla giurisprudenza amministrativa, a fronte di una norma specifica processuale tanto laconica, è stato dunque quello di far convivere alcuni dei principi fondamentali di un processo, che rimane sostanzialmente di impugnazione, con l'esigenza di rispettare tutti gli interessi sostanzialmente coinvolti nel giudizio (9).

---

(8) TASSONE, in *Giur. it.*, 1993, III, 1, 803.
(9) OCCHIENA, in *Giur. it.*, 1993, III, 1, 850.

A tanto si è provveduto, anzitutto, sfruttando tutte le opzioni interpretative giustificate dall'art. 24 Cost.

Collegando, poi, questa disposizione proprio con la regola dell'esclusione del rimedio dell'opposizione di terzo avverso i giudicati amministrativi, si è pervenuti all'enunciazione di principi largamente favorevoli all'intervento in giudizio dei terzi, sul rilievo che questi ultimi, non potendo utilizzare il rimedio dell'opposizione, avrebbero subito una menomazione del loro diritto di difesa, se non fossero stati ammessi al dibattito processuale.

In mancanza, dunque, dell'opposizione di terzo, la giustizia amministrativa ha consentito largamento l'uso di quella sorta di opposizione preventiva che consiste nell'intervento in giudizio.

Questo istituto, come noto, nella procedura civile si articola nell'intervento principale, nell'intervento adesivo, nell'intervento litisconsortile autonomo.

L'intervento principale, dispiegato da un soggetto contro le altre parti a tutela di un proprio interesse, risulta incompatibile con la natura stessa del giudizio amministrativo nel quale, pertanto, non è esperibile.

L'intervento adesivo, utilizzato per sostenere le ragioni di alcune delle parti in giudizio contro altre, è stato tradizionalmente ammesso nel processo amministrativo nelle forme dell'intervento *ad adiuvandum* o *ad opponendum*, anche a tutela di interessi di mero fatto (10).

A questo si è andato affiancando l'intervento litisconsortile che, nel processo civile, è volto a far valere nei confronti di alcuna delle parti un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo.

Infatti la situazione sostanziale di stretto collegamento fra l'interesse dell'interveniente e gli interessi oggetto del giudizio, sufficiente a giustificare l'utilizzazione dello strumento processuale dell'intervento litisconsortile nel processo civile, si realizza di frequente nei rapporti regolati dal diritto amministrativo.

Proprio questa, come noto, costituisce il presupposto per l'acquisizione da parte dei soggetti della qualità formale di controinteressati, tipica del diritto amministrativo, come definitiva dagli artt. 21 L. 6.12.1971 n. 1034 e 4 d.P.R. 24.11.1971 n. 1199.

Nel vasto ed eterogeneo ambito dei controinteressati sono identificabili distinte categorie.

La meno problematica è quella dei controinteressati nominati, caratterizzata (11) da due concorrenti profili: l'uno formale, costituito

---

(10) Cons. St., VI, 15 aprile 1996, n. 561; Ad. Plen., 8 maggio 1996, n. 2.
(11) Cons. St., V, 12 novembre 1992, n. 1289.

dall'identificazione o identificabilità sulla base dell'atto amministrativo; l'altro sostanziale, consistente nella titolarità di una posizione qualificata alla conservazione dell'atto stesso.

I controinteressati nominati sono, secondo costante giurisprudenza, parti necessarie del processo; debbono inevitabilmente essere intimati; se non intimati, debbono essere chiamati ad integrazione del contraddittorio.

Qualora non evocati in giudizio, essi possono senz'altro intervenire, avendo la qualifica giurisprudenziale di controinteressati pretermessi.

La necessità di adeguare la realtà processuale alla sempre maggiore complessità dei rapporti giuridici, ha tuttavia indotto il giudice amministrativo a riconoscere che accanto alla tipica condizione di parte necessaria dei controinteressati nominati esiste la situazione (12) delle c.d. parti principali del giudizio, caratteristica di quei controinteressati che sarebbero avvantaggiati dalla conservazione dell'atto impugnato, pur non essendo facilmente individuabili in base ad esso.

Questi, in sintesi, risultano portatori di interessi equivalenti, ma di segno opposto, rispetto a quelli del ricorrente.

L'evidenziazione delle c.d. parti principali consente di riconoscere coloro che sono di fatto coinvolti dagli effetti dell'atto impugnato, o dalla sua eventuale caducazione, e rinvia alla fondamentale distinzione fra parti del processo in senso formale e parti in senso sostanziale.

Infatti in questa seconda categoria sono riuniti tutti coloro che, pur non identificabili in base all'atto amministrativo e quindi privi di una connotazione formale, abbiano tuttavia una propria connotazione sostanziale, in quanto « siano tuttavia portatori di una situazione di vantaggio in ordine a un bene della vita dipendente dal potere amministrativo di cui quel bene è oggetto, ma dotata di autonomia » (13).

La qualifica di parti principali deve ritenersi estesa a quanti sono nella giurisprudenza definiti:

1) controinteressati sostanziali;

2) controinteressati occulti;

3) controinteressati sopravvenuti.

I primi due tipi risultano ricomprendere situazioni fra loro simili, essendo riferibili ai titolari di interessi sostanziali dipendenti dalla permanenza dell'atto amministrativo, ma non direttamente identificabili dall'esame di questo; il terzo, assai problematico e frutto di più recenti approfondimenti, riguarda i titolari di interessi sorti successivamente alla proposizione del ricorso in primo grado (14).

---

(12) TASSONE, *cit.*, 806.
(13) Cons. St., V, 22 febbraio 1993, n. 275.
(14) C. Si., 2 novembre 1992, n. 328; Cons. St., V, 23 giugno 1984, n. 483.

A tutti i controinteressati ai quali fino a questo punto si è fatto riferimento, in quanto parti necessarie o parti principali del giudizio, sono stati riconosciuti i poteri di impulso del processo e la facoltà di intervento.

Controversa, tuttavia, è stata la definizione del termine ultimo per l'intervento.

Ad una giurisprudenza meno recente che autorizzava i controinteressati pretermessi al solo intervento in primo grado, privandoli del potere d'impugnazione, hanno fatto seguito pronunzie che, prima con limitazioni (15) e poi sempre più recisamente, hanno riconosciuto la possibilità di appellare le sentenze di primo grado alle parti necessarie del giudizio, ancorchè non intimate o non costituite in primo grado (16), ed ai titolari di un'autonoma situazione di interesse giuridicamente protetto, in quanto parti del rapporto amministrativo e pertanto « controinteressati in senso sostanziale » (17), fino a consentire il gravame, da ultimo e seppure con residue incertezze, persino ai controinteressati sopravvenuti (18).

La possibilità estrema di espansione dell'uso dell'appello come strumento processuale di tutela dei controinteressati pretermessi è stata raggiunta dalla pronuncia (19) secondo cui il termine decadenziale dell'art. 327 c.p.c. avrebbe impedito l'impugnazione solo alla parte evocata in giudizio o alla quale la sentenza fosse stata notificata « e non anche nei confronti del controinteressato pretermesso nel giudizio di primo grado ed al quale la sentenza non fosse stata notificata » il quale, perciò, avrebbe potuto appellarla senza limiti di tempo.

L'insostenibilità pratica di una tale posizione, che avrebbe procurato la creazione giurisprudenziale di uno strumento di impugnazione alternativo all'opposizione di terzo, almeno per quanto riguardava le sentenze di primo grado, risulta da una successiva decisione di segno opposto (20).

L'esigenza di dimensionare le regole processuali alla realtà di un'azione amministrativa sempre più coinvolgente la realtà sociale è stata tuttavia intesa dal Giudice amministrativo come tanto pressante da imporre l'affermazione (21) che « l'art. 24 Cost. non consente che una pronuncia giurisdizionale possa arrecare pregiudizio a colui che non ha potuto difendersi nel corso del processo ».

Per completezza, deve ricordarsi come la giurisprudenza (22) abbia, d'altro canto, ribadito l'inammissibilità dell'appello delle parti non neces-

(15) Cons. St., IV, 17 ottobre 1985, n. 440; V, 19 settembre 1985, n. 301.
(16) Cons. St., V, 25 marzo 1991, n. 361.
(17) Cons. St., V 15 giugno 1992, n. 558.
(18) POLICE, in *Giur. it.*, 1995, I, 514.
(19) Cons. St., VI, 7 dicembre 1988, n. 1310.
(20) Cons. St., V, 15 gennaio 1990, n. 20.
(21) Cons. St., V, 30 marzo 1994, n. 212.
(22) Cons. St., V, 21 luglio 1995, n. 1114.

sarie del processo, pur se intervenute in primo grado, tuttavia ammettendo l'intervento anche in sede di gravame, grazie all'inapplicabilità dell'art. 344 c.p.c. (23) in sede amministrativa.

A questo punto risulta inevitabile chiedersi come mai una giurisprudenza, tanto consapevole delle diffuse ed imprevedibili connessioni create dall'azione amministrativa da consentire la difesa dei terzi con un impiego degli strumenti dell'intervento e dell'appello assai più generoso di quello concesso dall'A.G.O., abbia per lungo tempo esitato, nonostante le sollecitazioni della dottrina, ad ammettere in via interpretativa l'opposizione di terzo, finendo per provocare l'intervento della Corte Costituzionale al fine dell'eliminazione di uno stridente, ormai intollerabile, contrasto fra esigenze difensive e regole del processo amministrativo.

I maggiori ostacoli all'ammissione di un mezzo di gravame sufficiente a rimuovere la stabilità del giudicato amministrativo sono stati identificati nell'originaria concezione del procedimento giurisdizionale. Questo è stato considerato lo strumento di realizzazione dell'interesse pubblico primario alla legittimità dell'azione amministrativa: ad esso non poteva che restare subordinato l'interesse secondario delle parti private (24).

Da tale criterio logicamente sono conseguiti « il gran conto che si faceva della snellezza » del giudizio (25) e « l'anelito verso la certezza » del giudicato (26) necessaria all'assestamento dei rapporti giuridici.

Questi ostacoli sistematici all'opposizione di terzo nel giudizio amministrativo risultavano, poi, supportati dai rilievi formali della tassatività dei mezzi di impugnazione (27) e dell'assenza di norme di procedure amministrative da cui potesse desumersi l'ammissibilità del mezzo.

La giurisprudenza è rimasta nel tempo attestata su tali principi, autorevolmente ribaditi pur in presenza della nuova Costituzione (28), fin quando, a fronte di un ultimo tentativo dei privati di ottenere in via interpretativa l'applicazione dell'art. 404 c.p.c., il Consiglio di Stato ha sollevato d'ufficio la questione di legittimità costituzionale (29).

L'iniziativa ha evidenziato un sostanziale mutamento di prospettiva del Consesso che, ridimensionando l'importanza dei principi ispiratori del sistema, ha riconosciuto « il principio costituzionale di uguaglianza di tutti i cittadini (art. 3 Cost.), nella particolare espressione della pari possibilità di tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) nei confronti degli atti della P.A. (art. 113 Cost.).

---

(23) Cons. St., V, 18 aprile 1988, n. 226.
(24) TASSONE, cit., 801.
(25) PALEOLOGO, *L'appello al Cons. Stato*, Milano 1989, 209.
(26) PAZIENZA, in *Foro amm.*, 1990, 1188.
(27) Cass., 11 febbraio 1988, n. 1465, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1508.
(28) Cons. St., Ad. Plen., 12 maggio 1961, n. 12.
(29) Cons. St., VI, 28 aprile 1994, n. 615, e ord. 4 giugno 1993, in *Foro amm.*, 1994, 834 con nota.

... Tanto, sia quando la lesione provocata dalla decisione riguardi un diritto soggettivo, sia nell'ipotesi che si tratti di un interesse legittimo ».

L'inutilizzabilità dell'opposizione di terzo ex art. 404 c.p.c. nel processo amministrativo è stata, in conclusione, considerata dal Consiglio di Stato come un'ingiustificata decurtazione delle garanzie difensive riconosciute, invece, alle parti del processo civile.

In adesione a tale prospettazione, la Corte Costituzionale, con sentenza 17 maggio 1995, n. 177 (30), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle due disposizioni (artt. 28 e 36, legge 6 dicembre 1971, n. 1034) che precludevano l'opposizione di terzo contro le sentenze definitive sia dei T.A.R. sia del Consiglio di Stato.

Il Giudice delle leggi ha confermato l'impossibilità, nel tempo sempre ribadita dal Giudice amministrativo, dell'estensione per via analogica al processo amministrativo dell'istituto dell'opposzione di terzo.

Ha ritenuto utilizzabile il rimedio « sia nel caso che la situazione vantata dall'opponente ed incompatibile con quella affermata nel giudicato venga considerata dal diritto sostanziale prevalente rispetto a quest'ultima, sia nel caso che la sentenza cui ci si oppone risulti ... pronunciata senza il rispetto di regole processuali ».

Ha inoltre riconosciuto l'esperibilità dell'opposizione da parte di « soggetti che non dovevano o, in alcuni casi, addirittura non potevano partecipare al processo ».

In tal modo pare sia stato introdotto nel processo amministrativo il rimedio nella sua funzione unitaria, secondo l'insegnamento della giurisprudenza civilistica, comprendente sia gli schemi di incompatibilità tra le situazioni delle parti processuali e del terzo (siano essi all'origine o meno di un litisconsorzio necessario), sia gli schemi di dipendenza (implicanti o meno riflessione di giudicato sulla situazione del terzo) (31).

L'opposizione di terzo, in conclusione, può ora essere utilmente sperimentata nel giudizio amministrativo a tutela dei diritti e degli interessi sia delle parti necessarie, sia delle parti principali, sia, più in generale, di tutti i titolari di situazioni incompatibili con il giudicato formatosi fra altri soggetti (32).

Va altresì evidenziato che la decisione vale a superare, nella sua concretezza, il dibattito dottrinario, a lungo svoltosi fra i processualisti, sul quesito se l'opposizione avesse il fine di rimediare all'invalidità della sentenza pur definitiva, oppure servisse a rimuovere l'ingiustizia della stessa (33).

---

(30) Corte Cost., 17 maggio 1995, n. 177, in *Giur. it.*, 1995, I, 504.

(31) CECCHELLA, *L'opposizione del terzo alla sentenza*, Torino 1995, 121 ss., nonché in *Giur. it.*, 1995, I, 507.

(32) Cons. St., IV, 20 maggio 1996, n. 655; C. Si, 13 giugno 1996, n. 196.

(33) POLICE, in *Giur. it.*, 1995, I, 524-526.

Dalla lettura della sentenza risulta, però, evidente anche il limite della pronuncia.

Infatti la Corte, pur se ha richiamato la disposizione dell'art. 404 c.p.c. come il «prototipo» di tale categoria di impugnazioni, non ne ha esteso al processo amministrativo l'applicabilità integrale, poiché non ha consentito l'applicazione del comma secondo dell'articolo in parola e, soprattutto, ha limitato ad una sola parte l'applicazione del comma primo.

Questo, infatti, consente l'opposizione contro le sentenze civili esecutive o passate in giudicato, laddove la Corte ha ritenuto necessario estendere il rimedio solo contro le sentenze passate in giudicato (34).

Conviene poi chiedersi se la nuova realtà normativa, costituitasi per effetto della sentenza costituzionale, consenta la conferma di alcuni principi giurisprudenziali fondati sulla situazione precedente.

Infatti l'inesperibilità dell'opposizione nel processo amministrativo ha giustificato, come ricordato, la larga utilizzazione dell'impugnazione da parte di soggetti rimasti estranei al giudizio di primo grado.

Esiste ancora la possibilità per le parti necessarie e principali, come sopra identificate, di appellare le sentenze, pur non avendo esse partecipato, o non avendo potuto partecipare, al giudizio di primo grado?

Di recente si è affermato che «legittimate ad impugnare sono soltanto le parti tra le quali la sentenza è stata pronunciata e non anche colui che è rimasto estraneo al relativo giudizio il quale, anche se effettivo titolare del rapporto sostanziale dedotto nel processo, è solo terzo rispetto alla pronunzia resa *inter alios* e può, pertanto, fare valere il suo diritto o con l'intervento in appello, ai sensi dell'art. 344 c.p.c., o con l'opposizione di cui all'art. 404 stesso codice» (35).

Sarebbe, alla luce di quest'ultima decisione, possibile affermare che le parti necessarie e principali del giudizio amministrativo, potendo ormai utilizzare lo stesso strumento impugnatorio delle parti del processo civile, dovrebbero subire anche la preclusione sopra richiamata.

Va, però, di contro osservato che, avendo la Corte Costituzionale consentito nel processo amministrativo l'utilizzazione dell'opposizione solo avverso le sentenze passate in giudicato, e non pure contro le sentenze solo esecutive, non ha posto in crisi il preesistente sistema delle impugnazioni, ben potendo ancora risultare vantaggioso agli interessati, ed alla celerità della giustizia, che le parti principali e necessarie non siano costrette ad attendere inerti la formazione del giudicato per far valere le proprie ragioni.

---

(34) contra C. Si., 13 giugno 1996, n. 196.
(35) Cass., 23 luglio 1994, n. 6886.

In tal senso potrebbe leggersi la recente pronunzia (36) che ha confermato l'ammissibilità dell'appello amministrativo di parti non intimate né intervenute in primo grado, ma che « rivestano la qualità di necessari contraddittori, in quanto titolari di un interesse contrastante con quello dedotto in giudizio e tale da essere pregiudicato dalle suddette decisioni ».

Un ulteriore dubbio può riguardare il contenuto necessario della sentenza resa in accoglimento di un'eventuale opposizione di terzo.

Se la sentenza di accoglimento ha per oggetto un giudicato del T.A.R., al giudizio rescindente deve fare necessario seguito la pronuncia sul merito della vertenza.

Qualora, invece, l'accoglimento riguardi una decisione del Consiglio di Stato, occorre chiedersi se debba provvedersi al rinvio del giudizio in primo grado in seguito alla pronuncia di rescissione.

L'esperienza della giurisprudenza civile, cui per ora è necessario fare riferimento, non fornisce soluzioni univoche.

Alcune pronunzie (37), infatti, hanno stabilito che l'accoglimento dell'opposizione di terzo da parte del giudice di secondo grado imponga la rimessione del giudizio al giudice di primo grado, al fine di assicurare il rispetto del principio del doppio grado di giurisdizione.

Si è di contro affermato (38) che le ipotesi di rimessione al primo giudice, previste negli artt. 353 e 354 c.p.c., sono assolutamente tassative, sicchè il giudice di secondo grado, accogliendo un'opposizione di terzo, dovrebbe necessariamente decidere la controversia anche nel merito.

Nella procedura amministrativa il rinvio del processo in primo grado è espressamente limitato (art. 35 legge 6 dicembre 1971, n. 1034) ai casi di accoglimento del « ricorso per difetto di procedura o per vizio di forma della decisione di primo grado ».

Tale dettato normativo, obiettivamente assai diverso da quello delle ricordate disposizioni del c.p.c., può essere posto in collegamento con quella indicazione giurisprudenziale (39), collocantesi in una prospettiva mediana fra i due contrapposti indirizzi sopra ricordati, secondo cui ... « l'opposizione di terzo ... proposta da chi deduca la qualità di litisconsorte necessario pretermesso nel procedimento conclusosi con la sentenza opposta ... senza che si richieda una denuncia da parte dell'opponente dell'ingiustizia nel merito di quella pronuncia ... impone la declaratoria di nullità della pronuncia stessa ... con rimessione delle parti

(36) Cons. St., VI, 25 marzo 1996, n. 500.

(37) Cass., 24 febbraio 1995, n. 2134, 6 novembre 1987, n. 8233, 5 agosto 1987, n. 6722.

(38) Cass., 13 giugno 1987, n. 5208.

(39) 10 maggio 1985, n. 2918.

davanti al giudice di primo grado, essendosi già in tale sede verificata l'omessa citazione del litisconsorte necessario ».

Dal proposto collegamento potrebbe desumersi la necessità della rimessione del giudizio in primo grado da parte del Consiglio di Stato, nel caso dell'accoglimento di un'opposizione proposta da una parte necessaria del processo pretermessa, la quale non potrebbe essere privata della possibilità di sfruttare anche il primo grado di giurisdizione.

Infatti in tal caso si sarebbe realizzato quel « difetto della procedura », indicato nell'art. 35, legge 1034/1971, come presupposto della rimessione.

Invece il Consiglio di Stato dovrebbe direttamente giudicare anche nel merito nei casi di accoglimento dell'opposizione di una parte principale non necessaria e, comunque, nell'ipotesi che l'opposizione fosse proposta da soggetti titolari di situazioni incompatibili con il giudicato i quali, secondo l'espressione del Giudice costituzionale, « non dovevano o, in alcuni casi, addirittura non potevano partecipare al processo ».

Risulterebbe, infatti, impossibile qualificare come « difetto della procedura », e quindi causa di rimessione, l'assenza nel processo di primo grado di un controinteressato occulto.

Ancor più stridente contrasto con l'art. 35 legge 1034/1971 procurerebbe la retrocessione in primo grado di un processo concluso con sentenza del Consiglio di Stato, poi rescissa su opposizione di un controinteressato sopravvenuto.

Anzitutto, infatti, nessun vizio procedurale sarebbe stato consumato in un confronto giudiziario non esteso a soggetto all'epoca non ancora interessato; inoltre risulterebbe illogico reiterare un giudizio di primo grado al solo fine di consentire la partecipazione di parti solo sopravvenute, che pertanto non avrebbero potuto contraddire durante l'originario ricorso.

Ulteriore dubbio può sorgere circa la possibilità di riconoscere all'opposizione del processo amministrativo la qualità, pacificamente attribuita a quella civilistica, della « facoltatività ».

Tale termine è usato per evidenziare che (40) la mancata proposizione non dà luogo a preclusioni, a fronte della « necessità » dei mezzi di impugnazione in generale, ed in particolare, non impedisce al terzo di far valere con altri strumenti processuali civilistici le ragioni azionabili con l'opposizione.

Questi strumenti potrebbero consistere nella eccezione di inopponibilità della sentenza pronunciata *inter alios* oppure nell'esperimento di un'autonoma azione di accertamento intesa a far dichiarare l'inopponibilità e, comunque, l'esistenza di un diritto del terzo incompatibile con il giudicato.

---

(40) MANDRIOLI, *op. cit.*, 426; Cass., 31 agosto 1966, n. 2301.

Non pare, però, che nel processo amministrativo al terzo siano disponibili i mezzi alternativi, sicchè l'opposizione dovrebbe considerarsi uno strumento indispensabile.

È noto che l'esecuzione delle decisioni amministrative, quando possibile e necessaria (41), « si fa in via amministrativa » (art. 88 r.d. 17 agosto 1907, n. 642) e si realizza attraverso un'attività spesso procedimentale.

Per tale motivo, il terzo coinvolto nel procedimento, dovrebbe essere provocato ad intervenire (art. 7, legge 7 agosto 1990, n. 241), per evidenziare i suoi interessi non rappresentati nel corso del giudizio e, se del caso, anche per farli valere mediante impugnazione giurisdizionale dei provvedimenti conseguenziali.

Queste garanzie formali, però, risultano in concreto insufficienti ove si consideri che « il giudicato amministrativo ... per la parte cassatoria e la parte qualificatoria presenta il noto carattere della immutabilità... » (42).

Esso, inoltre, impone all'Amministrazione l'esercizio di pubbliche funzioni vincolate nell'*an* e nel *quantum*, discrezionali solo nel *quomodo*, tutte comunque indirizzate ad adeguare la situazione di fatto a quella di diritto quale definita nel giudicato.

Né i rigorosi condizionamenti dell'attività amministrativa possono ritenersi limitati ai soli rapporti fra P.A. e soggetti già parti del rapporto processuale.

Pur di recente infatti, è stato ribadito (43) « il principio dell'efficacia riflessa del giudicato, come affermazione oggettiva di verità nei confronti dei terzi non titolari di un diritto autonomo rispetto al rapporto regolato dal giudicato ».

L'unica autentica prospettiva di effettiva difesa del terzo deve, perciò, identificarsi nella diretta aggressione e nello sgretolamento del giudicato sfavorevole.

Diversamente il terzo sarebbe costretto ad una defatigante contestazione sul *quomodo* la P.A. abbia dato esecuzione al giudicato, sentendosi, però, continuamente minacciato da un potere amministrativo nell'*an* e nel *quantum*, quindi nella sua radice, indirizzato dal giudicato amministrativo sfavorevole.

In tal senso deve riconoscersi (44) carattere « necessario » nel processo amministrativo all'opposizione di terzo che mira alla distruzione della sentenza impugnata, affinchè sia dettata « *ex novo* la *regula iuris* sulla legittimità del provvedimento amministrativo » (45).

---

(41) MIGNONE, in *Dir. amm.* A cura di MAZZAROLLI ed altri, II, Bologna, 1993, 1746.

(42) C. Si., 30 maggio 1995, n. 178.

(43) Cons. St., V, 15 gennaio 1990, n. 20.

(44) POLICE, *op. cit.*, 522.

(45) CECCHELLA, in *Giur. it.*, 1995, I, 512.

In questa prospettiva va ricordata una recente decisione (46) che, ribadita la natura cognitoria del giudizio di ottemperanza, ha ritenuto ammissibile l'opposizione di terzo anche contro le decisioni in tal sede pronunciate.

Risulta utile, a questo punto, chiedersi se l'opposizione ex art. 404 c.p.c. possa dal terzo proporsi anche nei confronti delle ordinanze cautelari divenute inoppugnabili.

Una recente sentenza della Corte Costituzionale 26 maggio 1995, n. 192 (47) ha esteso l'esperibilità di tale mezzo di impugnazione ai provvedimenti di convalida di licenza per finita locazione, in considerazione del « contenuto sostanzialmente decisorio di codesto provvedimento a fronte delle caratteristiche di cognizione sommaria proprie del relativo procedimento ».

La dcisione ha ribadito la tendenza di quel giudice a proiettare l'efficacia di questo gravame straordinario oltre il suo ambito originario di rimedio contro provvedimenti aventi la forma della sentenza qualificati, inoltre, dalla definitività o dall'esecutività.

In una interpretazione meno formalistica e più sostanzialistica del sistema procedurale, si è collegata l'utilizzabilità del mezzo al contenuto decisorio del provvedimento impuganto, che non è esclusivo delle sentenze, nonché al carattere cognitorio del procedimento che a detto provvedimento mette capo, il quale non è esclusivo del processo ordinario.

Lo svolgimento della cognizione sommaria e la conclusione con un provvedimento « sostanzialmente decisorio » caratterizzano anche i procedimenti cautelari di cui all'ultimo comma, art. 21, legge 1034/1971.

La tentazione di un'immediata estensione ad essi dell'art. 404 c.p.c. deve tuttavia essere vinta nella considerazione che il Giudice delle leggi, pur disponibile ad una revisione dei limiti della disposizione, ha ritenuto, seppure implicitamente, che questa non possa compiersi senza il suo intervento.

Ha, infatti, pronunciato sentenza di illegittimità costituzionale dei limiti sanciti nell'articolo in esame.

Va però evidenziato che la conclusione, che sembrerebbe inevitabile, dell'attuale impossibilità di usare l'opposizione di terzo contro le ordinanze cautelari, seppur a causa dei limiti di dubbia costituzionalità ancora previsti dall'art. 404 c.p.c., risulta meno evidente se confrontata con le argomentazioni della sentenza Cass. 23 novembre 1989, n. 5039.

Questa ha infatti riconosciuto l'esperibilità dell'opposizione di terzo « ... anche avverso quei provvedimenti che, pur diversamente definiti, siano riconducibili alla sentenza per l'aspetto sostanziale del comando giurisdizionale e l'idoneità a costituire titolo esecutivo ... ove il compor-

(46) Cons. St., IV, 12 luglio 1995, n. 560.

(47) Corte Cost., 26 maggio 1995, n. 192, in *Foro it.*, 1995, I, 2383 con nota.

tamento imposto ... con il provvedimento predetto risulti pregiudizievole per i diritti del terzo ».

Giova ricordare che l'opposizione così ritenuta ammissibile aveva ad oggetto un provvedimento reso ex art. 28, legge 300/1970, analogo a quello adottabile da un T.A.R. in forza dell'art. 6, legge 12 giugno 1990, n. 146.

Per altro si è già prospettato in dottrina (48) che se « il pregiudizio non è individuato nel giudicato, bensì nella efficacia della sentenza, laddove essa induce una condotta ottemperante della parte, lesiva della situazione del terzo, esso può muovere non soltanto da un giudicato o da un provvedimento idoneo ad un giudicato, ma da qualsivoglia misura esecutiva, anche cautelare ».

Ammessa nei modi e forme sopra indicati la opposizione di terzo nel giudizio amministrativo, deve ridisegnarsi, almeno in parte, la disciplina di quella sorta di « opposizione di terzo preventiva » costituita, come in premesse si è detto, dell'intervento in giudizio.

L'ampiezza del riconoscimento fatto dalla Corte Costituzionale alle esigenze difensive di tutti i soggetti coinvolti nell'azione amministrativa rende ormai ingiustificabili i dubbi sulle possibilità di intervento in primo grado e di impugnazione tempestiva delle sentenze dei T.A.R. ad opera tanto delle parti necessarie quanto delle parti principali, fra queste comprese quelle della contestata categoria dei controinteressati sopravvenuti.

Va infine evidenziato che l'inscindibile unitarietà e continuità dell'azione amministrativa, di cui il processo giurisdizionale può considerarsi una fase contenziosa eventuale, destinata ad essere riassorbita nella successiva attività ottemperante al contenuto ordinatorio della decisione, induce a collegare l'art. 404 c.p.c. con i principi fondamentali del procedimento amministrativo, che è forma dell'azione della P.A.

In tale prospettiva l'opposizione di terzo, nei termini descritti, costituisce ora la norma di chiusura di un sistema che ha il proprio punto di partenza nell'art. 7, legge 241/1990.

L'onere dell'Amministrazione di formare la propria volontà nel dialogo con « i soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti » e con i soggetti che potrebbero risentire pregiudizio del provvedimento dimostra che la legittimità di ogni azione amministrativa deve, dal suo primo manifestarsi e fino al suo epilogo, a volte imposto dal giudice, ininterrottamente e progressivamente confrontarsi con la realtà sociale su cui autoritativamente incide.

In questa più vasta dimensione è auspicabile che i principi, che la giurisprudenza non mancherà di elaborare sull'applicazione dell'opposizione di terzo alla sentenza, finiscano per estendersi a tutto il procedimento amministrativo.

ANTONIO MANCINI

---

(48) CECCHELLA, *op. cit.*, 511.

LA RESPONSABILITÀ PER DANNI DA FUMO UN CASO GIUDIZIARIO

L'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato è stata chiamata in giudizio dagli eredi di un accanito fumatore di tabacco, deceduto per cancro polmonare, per l'accertamento della sua responsabilità, « per avere colposamente ritardato la pubblicazione di avvertenze e informazioni sui pericoli collegati all'uso del fumo, e condannata al risarcimento di tutti i danni sofferti da essi eredi in conseguenza della morte del congiunto ».

Gli attori hanno basato la loro domanda risarcitoria su alcune circostanze di fatto e su considerazioni giuridiche che qui di seguito si sintetizzano. Quanto alle prime:

a) Il « *de cuius* » sarebbe sempre vissuto in luoghi privi di inquinamenti tossici, avendo insegnato per quarant'anni in una scuola elementare di una cittadina del sud d'Italia.

b) I suoi genitori sarebbero stati molto longevi e così la maggioranza dei suoi fratelli.

c) Il « *de cuius* » dalla fine degli anni 40 — e cioè dall'età di 20 anni — sino a tutti gli anni ottanta avrebbe fumato più di 20 sigarette al giorno tutte prodotte dall'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato (Nazionali senza filtro, Diana ed MS), resistendo a tutte le pressioni contrarie al fumo esercitate dai suoi familiari e rifiutandosi di valutare attentamente il rischio di ammalarsi di cancro ai polmoni.

d) Il « *de cuius* » avrebbe smesso di fumare nell'estate del 1988 ma sarebbe deceduto dopo appena tre anni dalla sua decisione.

Da tali circostanze gli attori hanno desunto:

a) la colpa dell'Amministrazione dei Monopoli di Stato per violazione del principio costituzionale di tutela della salute (art. 32 Cost.) e per non avere introdotto sia dagli anni 60/70 (e quindi per aver ritardato di oltre 25 anni) le pubblicazioni delle opportune avvertenze sui pacchetti delle sigarette dei pericoli del fumo;

b) l'obbligo della medesima al risarcimento del danno ex artt. 2043 e 2050 c.c. per effetto dell'esistenza di un preciso nesso di causalità tra colpa e danno.

Il caso sin qui riassunto è nuovo per il nostro ordinamento ma ha dei precedenti in tentativi analoghi che sono stati compiuti da eredi di fumatori presso gli organi giurisdizionali di altri paesi dell'occidente. In qualche modo è ad essi collegato in quanto s'inquadra nell'azione che associazioni volontarie anti-fumo vanno svolgendo, d'intesa, sull'intero pianeta.

Per quanto riguarda il caso italiano non sembra che l'obiettivo della condanna dei Monopoli (ma in ipotesi di tutta l'industria produttrice di tabacco) possa considerarsi a portata di mano, perchè le argomentazioni contrarie sono di assoluta incontestabilità.

In buona sostanza gli eredi del fumatore ammalatosi di cancro polmonare lamentano che il Parlamento italiano non avrebbe dato completa ed efficace attuazione legislativa alla norma programmatica dell'art. 32 dell Costituzione (« La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività »), non legiferando sull'obbligo dei produttori di tabacco di apporre sui pacchetti di sigarette le avvertenze sui danni del fumo. E ciò almeno sino alla legge 29 dicembre 1990, n. 428, emanata, per giunta, su imposizione della direttiva CEE n. 359 del 1989.

È fin troppo evidente che una tale doglianza, comprensibile sotto molteplici aspetti, si scontra con i noti principi della sovranità popolare che nel Parlamento trova la sua massima espressione ed estrinsecazione.

La critica all'operato — ed anche all'eventuale inerzia — delle assemblee parlamentari non può che svolgersi sul piano della dialettica democratica e nelle forme dell'impegno politico; non può essere, certamente, dedotta in un processo e sottoposta alla valutazione di organi giurisdizionali.

Il principio cardine della separazione tra poteri dello Stato riserva al Parlamento l'attività di produzione normativa, mentre affida alle Corti il compito di applicare lo *ius positum*: pertanto, deve considerarsi come assolutamente precluso agli organi della giurisdizione ciò che la parte che si pretende lesa richiede: la possibilità di svolgere un ruolo di supplenza rispetto alle funzioni attribuite in via esclusiva alle assemblee legislative.

Nell'ordinamento giuridico italiano le attività di produzione e di vendita del tabacco e dei suoi derivati sono state sottoposte ad una specifica disciplina, i cui contenuti ed i cui tempi di adozione costituiscono manfestazione insindacabile della volontà del legislatore.

In dottrina, taluni autori (G. PONZANELLI, *I danni da fumo passivo: l'opinione del non fumatore*, in *Foro it.*, 1991, I, 2314; Id., *Il caso Cipollone: la tutela del fumatore tra normativa federale e statuale*, in *Foro it.*, 1992, IV, 502 e segg.; M.D. STALTERI, *Il problema della responsabilità del produttore di sigarette e il caso Cipollone: l'« assalto alla cittadella » è realmente cominciato?*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 177 e segg.) si sono impegnati, nelle sedi accademiche e scientifiche, nello studio dei problemi relativi alla applicazione dei rimedi della responsabilità civile dei danni che si assumono provocati dal fumo.

Vicini — come appaiono essere — per formazione e per interessi culturali, alla esperienza giuridica nord-americana, essi si adoperano per introdurre anche in Italia la cosiddetta « *tobacco products liability* », e

per sperimentarne le concrete possibilità di successo; e ciò, nonostante la consapevolezza — da essi dichiarata — che essa « ... rimanga ad oggi la vera e propria « Cenerentola » della *product liability* ... » e che si tratta di un tema che « ... agli occhi dell'osservatore europeo sembra effettivamente uscito dal cilindro di chissà quale fervida mente che intenda sostenere, fino ai limiti dell'estremo, una tutela delle posizioni del consumatore ... » (M.D. STALTERI, *op. cit.*, 182).

I predetti autori omettono di ricordare che anche negli Stati Uniti — in un contesto assai sensibile alle istanze di protezione dei consumatori e dove è diversa la formazione della norma giuridica — l'affermazione della responsabilità civile dei produttori di tabacco costituisce tutt'altro che un risultato raggiunto.

È noto che negli ordinamenti di *common law* i giudici possono creare la regola di decisione del caso concreto; al contrario, negli ordinamenti di *civil law* — e quindi anche nell'ordinamento giuridico italiano — i giudici sono tenuti alla applicazione di norme preesistenti, adottate dagli organi legislativi.

Nell'impossibilità o nella difficoltà di ottenere gli interventi normativi sperati e propugnati, non è possibile nel nostro ordinamento giuridico adire l'autorità giudiziaria per conseguire risultati negati o preclusi in sede politica e parlamentare.

Nulla vieta che l'obiettivo di ridurre gli utili delle imprese — pubbliche o private — produttrici di tabacco, o di slegare una fonte di entrate tributarie dalla commercializzazione di prodotti potenzialmente pregiudizievoli per la salute, possa essere suggerito in sede di dibattito scientifico o perseguito per il tramite di iniziative politiche e parlamentari: quel che non è consentito è di affidare la realizzazione di tali risultati ad iniziative giurisdizionali e di pretendere che gli organi giurisdizionali si pieghino a svolgere un ruolo « di servizio » rispetto a posizioni di parte, di contenuto chiaramente ideologico.

La configurazione della doglianza non può andare oltre i limiti di una sofferta protesta civile. Quello che non è consentito è il suo ingresso nelle aule di giustizia per un'affermazione giurisprudenziale.

Anche l'invocazione dell'applicazione dell'art. 2043 del cod. civ., sul presupposto che la mancata diffusione da parte del produttore di idonee informazioni in ordine ai presunti pericoli correlati al consumo di tabacco costituirebbe condotta illecita e fonte di responsabilità risarcitoria, appare del tutto errata.

Gli eredi del « *de cuius* » non possono adombrare una antigiuridicità del comportamento dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato a dispetto dell'assenza di una norma dell'ordinamento che imponga ai produttori di tabacco di avvertire i consumatori dei pericoli cui vanno incontro fumando. È contraddittorio, infatti parlare di violazione di una norma inesistente.

Se ad un soggetto si imputa un'omissione, occorre individuare la fonte dell'obbligo che gli ingiungeva di agire. Negli anni 60/70 nessuna disposizione normativa prevedeva l'obbligo per i produttori di sigarette di introdurre i c.d. « warnings », presenti solo con la legge 428 del 29 dicembre 1990. Se si considera che la stessa Direttiva CEE risale ad un anno precedente (1989) si deve convenire che negli anni 60/70 la situazione non solo normativa ma di tutta la problematica dei possibili danni da fumo era ben lontana dalla maturazione che, per effetto di studi, ricerche, sensibilizzazione dell'opinione pubblica etc., ha raggiunto nei decenni successivi.

Della questione del risarcimento del danno dall'uso protratto di sigarette, peraltro, hanno avuto occasione di occuparsi altre Corti di giustizia e le sentenze relative sono state pubblicate nelle nostre riviste giuridiche (v. *Foro it.*, 1992, pagg. 502/6, parte IV) con commenti che non lasciano dubbi sugli ostacoli alla possibilità di configurare una responsabilità civile a carico dei produttori di sigarette. La dottrina (v. ancora G. PONZANELLI, « *Il caso Cipollone: la tutela del fumatore tra normativa federale e statuale,* ibidem) sostiene paradossalmente che, nel caso italiano, potrebbero rinvenirsi minori ostacoli all'esperibilità del rimedio aquiliano nell'ipotesi di danno da fumo c.d. passivo di quanti non se ne ravvisino per un utile esercizio dell'azione nei confronti dei produttori. Scrive il Ponzanelli che in Italia il diritto « avrebbe ancor più nitidamente chiuso le porte ai danneggiati dell'uso del fumo », perchè, aggiunge, nel nostro ordinamento giuridico « sarebbe clamorosamente mancato il requisito del *non iure,* assolutamente necessario per la sussistenza dell'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c. (sul punto v. R. SACCO, « *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.* », in *Foro Pad.*, 1960, I, 1420 e P. SCHLESINGER, « *La ingiustizia del danno nell'illecito civile* », in *Jus,* 1960, 336).

A conferma dell'impossibilità di parlare di antigiuridicità e di ingiustizia del danno da fumo concorrono anche altri elementi tra cui soprattutto l'assunzione consapevole del rischio.

Risulta, difatti, poco credibile la circostanza secondo cui il « *de cuius* » nulla sapesse circa le possibili conseguenze che l'abuso del fumo (come ad esempio dell'alcool) può causare in connessione a predisposizioni fisiologiche o patologiche del soggetto, in virtù del fatto che oramai da molti anni è in corso un pubblico dibattito, ampiamente propagandato sui mass-media, in merito alla potenziale nocività dell'eccessivo consumo del fumo.

Non può, altresì, essere imputato al Monopolio del Tabacco di avere pubblicizzato il prodotto « sigarette » con messaggi surrettiziamente rivolti ad illudere il consumatore sull'assenza di qualsiasi danno alla « salute », poichè tali messaggi non sono stati mai divulgati dall'Amministrazione dei Monopoli, la quale ha sempre applicato rigorosamente le disposizioni legislative esistenti nel nostro Paese di divieto della pub-

blicità dei prodotti da fumo (fra le principali norme: legge 10 aprile 1962, n. 165; legge 22 febbraio 1983, n. 52; legge 6 agosto 1990, n. 223; d.m. 4 luglio 1991, n. 439; d.m. 30 novembre 1991, n. 425) e si è immediatamente adeguata alle prescrizioni contenute nella direttiva del Consiglio CEE n. 89/622, recepita come si è detto, dalla legge 428/1990.

Ma, come bene evidenzia il Ponzanelli nel suo scritto, « L'attore danneggiato che chiede una tutela extracontrattuale per i danni riportati in conseguenza dell'uso di sigarette incontrerà notevoli difficoltà per quanto riguarda l'accertamento del nesso di causalità. Il danno si manifesta con un notevole intervallo di tempo rispetto al momento in cui è stato posto in essere il fatto (in Nord America si parla, di questi casi di « long-term latency disease »). È pur vero che in un quadro sempre più attento alle esigenze di offrire una valida *compensation* ai soggetti danneggiati il nesso di causalità è stato oggetto di una rivisitazione, volta ad accentuarne il carattere probabilistico ed a liberarla dalle limitazioni della causalità adeguata e sufficiente, ma le conoscenze tecnico-conoscitive esistenti non sembrano ancora avere raggiunto il livello che rendano possibile il calcolo di una precisa e giuridicamente rilevante probabilità nel verificarsi di un determinato accadimento dannoso ».

« Tempi non facili per i fumatori quando essi decidano di aggredire le case produttrici: il dramma degli eredi di un fumatore morto per una patologia cancerogena, che chiedono il risarcimento dei danni sofferti, rischia di rimanere ancora giuridicamente irrilevante. Non sono bastati otto anni e ben quattro gradi di giudizio agli eredi di Rose Cipollone per dare concretezza giuridica al loro grande dolore. Nonostante le regole della responsabilità civile ».

Fin qui il Ponzanelli e l'esame della situazione in un paese di « common law » come gli Stati Uniti d'America.

Per quanto riguarda il nostro caso, l'esposizione del « *de cuius* » (come del resto di qualsivoglia altro individuo abitante in nuclei urbani) a fonti d'inquinamento ambientale sicuramente dannose alla salute quali, ad esempio, i gas tossici immessi nell'aria per combustione di idrocarburi, i trattamenti conservativi degli alimenti e innumerevoli altre ancora, rende ancor più complesso il quadro eziologico.

Pertanto l'assunto contrario circa l'ininfluenza di agenti tossici, quali quelli sopra indicati in via esemplificativa, sulla malattia contratta risulta essere palesemente pretestuoso e mirato ad individuare, nell'indeterminatezza delle cause cui ricondurre il decesso, il soggetto più facilmente aggredibile, anche sulla scia di una sempre più intensa propaganda contro l'uso dei prodotti da fumo.

La circostanza che talune fotografie del « *de cuius* » lo raffigurassero nell'atto di fumare sigarette prodotte dal Monopolio è irrilevante in relazione al suo carattere « puntuale ». Essa è ben lontana dal dimostrare

un uso continuativo ed esclusivo (per circa quarant'anni, come invece asserito) di quel tipo di sigarette.

Nel tentativo di superare tale difficoltà, un percorso ancora più impervio ed impraticabile si dimostra quello dell'invocazione degli artt. 32 e 41 della Costituzione italiana.

E' noto che il tema della c.d. *Drittwirkung* — o applicazione diretta — dei principi costituzionali nei rapporti tra privati è ancora fortemente dibattuto in sede scientifica e registra accesi contrasti dottrinali; nè è dato di rinvenire decisioni giurisprudenziali di merito o di legittimità nelle quali vengano desunti direttamente dalle norme costituzionali obblighi positivi o negativi di condotta a carico di privati.

D'altra parte, un siffatto modo di procedere potrebbe comportare — a causa della ampiezza e genericità dei principi contenuti nella Carta fondamentale — una grave compromissione del valore della certezza del diritto, il pericolo di interpretazioni arbitrarie, il rischio di una esautorazione degli organi parlamentari e di uno sviluppo di una normazione di fonte giurisprudenziale.

Per affermare la illiceità della condotta dell'Amministrazione dei Monopoli di Stato non può, quindi, essere invocato l'art. 41 Cost., secondo cui l'iniziativa economica « ... non può svolgersi ... in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana ... ».

Per opinione comune l'art. 41 Cost. introduce un limite al libero esercizio delle attività economiche: modalità e contenuti di tale limite debbono essere, di volta in volta, specificati dal legislatore con appositi provvedimenti normativi: « ....la determinazione dei limiti ex art. 41, 2° comma, è coperta da riserva di legge. Pur in assenza di una espressa previsione in tal senso, la Corte Costituzionale ha costantemente ritenuto che la riserva di legge si ricava « ....tanto dai principi generali, informatori dell'ordinamento democratico, secondo i quali ogni specie di limite posto ai diritti dei cittadini abbisogna del consenso dell'organo che trae da costoro la propria diretta investitura, quanto dall'esigenza che la valutazione relativa alla convenienza dell'imposizione di uno o di altro limite sia effettuata avendo presente il quadro complessivo degli interventi statali nell'economia, inserendolo armonicamente in esso, e pertanto debba competere al Parlamento, quale organo da cui emana l'indirizzo politico generale dello Stato ... » (v. particolarmente la sentenza 14 febbraio 1962, n. 4 e G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in Enc. Giur. Treccani, Vol. XVII, Roma, 1989, pag. 3).

In ogni caso, anche qualora si volesse aderire alla tesi della operatività diretta della norma costituzionale, si dovrebbe tenere presente che il concetto di limite postula che l'attività svolta in violazione di esso debba qualificarsi come illecita: il limite, infatti, si risolve in un divieto e non può mai rendere doverosa una condotta positiva.

Trarre dall'art. 41 Cost. la conclusione della configurabilità di un obbligo positivo di condotta a carico della convenuta è impossibile. Si tratta di un obbligo che non si rinviene in alcuna norma dell'ordinamento e che il legislatore non ha mai stabilito.

È difficile, inoltre, spiegare per quale ragione la violazione dell'art. 41 della Costituzione potrebbe considerarsi superata proprio con l'adozione di *warnings* da parte della convenuta; o precisare se e quali altre condotte avrebbero potuto evitare la asserita violazione della norma costituzionale.

D'altra parte, è principio fondamentale del nostro sistema giuridico che un obbligo relativo ad una condotta positiva debba essere stabilito da una norma di legge formulata in modo sufficientemente chiaro e dettagliato, così da consentire ai cittadini di conoscere — senza margini di incertezza e di dubbio — quale sia la condotta doverosa richiesta.

Sempre nel tentativo di rinvenire un fondamento normativo della responsabilità della condotta dell'Amministrazione dei Monopoli di Stato non può essere neppure l'invocato art. 32 Cost.

Sul punto si deve contrastare l'uso suggestivo — e persino distorsivo — delle decisioni rese dalla Corte Costituzionale sul tema del diritto alla salute.

Che il diritto alla salute sia riconosciuto e tutelato dall'ordinamento vigente è un risultato ormai pacifico e non contestato.

Ma nel caso che ci occupa si tratta di stabilire se l'attività di produzione e vendita del tabacco costituisca, di per sè, lesione della salute e quindi attività illecita.

Inoltre, si tratta di stabilire se dal riconoscimento del diritto alla salute come diritto soggettivo della persona possa scaturire un obbligo positivo di condotta a carico delle imprese produttrici di tabacco, ed — ancor più — lo specifico obbligo di fornire ai consumatori congrue informazioni in ordine agli asseriti pericoli connessi al consumo del prodotto.

La tesi affermativa, sotto questo profilo, presenta un evidente salto logico; appare assolutamente priva di basi normative; e non può fondarsi su alcun precedente giurisprudenziale specifico o relativo a casi che abbiano una qualche affinità con quello in esame.

Se il fondamento normativo della illiceità fosse da rinvenire nell'art. 32 Cost., la conseguenza ineludibile, sul piano logico, sarebbe quella del divieto assoluto di commercializzazione dei prodotti da fumo e non certo quella di considerare come dovute le avvertenze sui rischi connessi al consumo dei medesimi.

Eppure, in nessun paese del mondo — neppure in quelli in cui i movimenti d'opinione contrari al fumo sono più attivi, come negli Stati Uniti d'America — la vendita di tabacco è vietata.

E in Italia, il sistema normativo vigente evidenzia la scelta meditata e consapevole del Legislatore di consentire, ai cittadini che lo desiderino, di fare liberamente uso di prodotti da fumo.

Non si riesce a comprendere come sia possibile sottrarsi alla seguente alternativa: o la vendita di tabacco viola direttamente il diritto alla salute, ed allora tale attività dovrebbe considerarsi siccome illecita e quindi vietata; o la vendita di tabacco non viola direttamente il diritto alla salute, ed allora tale attività dovrebbe considerarsi come perfettamente lecita.

La scelta contraria di non percorrere fino in fondo la strada intrapresa e di arrestarsi a metà, immaginando l'esistenza di un imprecisato obbligo di informazione a carico delle ditte produttrici di tabacco, evidenzia e conferma la infondatezza della ricostruzione giuridica proposta e l'arbitrarietà delle conclusioni raggiunte.

Inoltre, rimane del tutto indimostrata la idoneità dei « *warnings* » o di analoghe tecniche informative ad assicurare la tutela della salute dei fumatori ed a rendere lecita una attività altrimenti reputata illegittima e fonte di responsabilità civile. E ciò anche in considerazione del fatto che — come ammesso persino dagli attori — informazioni sui possibili effetti negativi del fumo sulla salute erano già ampiamente diffuse presso la collettività.

Ed è appena il caso di notare come sia acquisita la consapevolezza della pericolosità di un giudizio di responsabilità fondato sul difetto di informazione (*failure to warn*): nel sistema nordamericano « ... l'intero settore della responsabilità per *failure to warn* è stato ritenuto assolutamente imprevedibile e, quindi, incontrollabile per le Corti, in quanto le giurie tendono a sopravvalutare *ex post* i benefici che un'avvertenza in più apporterebbe in favore del consumatore, finendo così per condannare automaticamente il produttore per aver omesso di apportare *warnings* ... » (MD. STALTERI, Op. cit., 206, *sub* nota n. 119).

Nell'ordinamento giuridico italiano non si rinveniva in passato, e non si rinviene ancora oggi, alcuna norma che — direttamente o indirettamente, esplicitamente o in modo implicito — vieti la produzione o la vendita di prodotti da fumo.

Al contrario, nell'ordinamento italiano, l'attività di produzione e vendita di tabacco è sempre stata normativamente disciplinata; e, se svolta nel rispetto delle leggi vigenti, perfettamente lecita.

La produzione di tabacco non è illecita in sé e la vendita di prodotto da fumo non costituisce diretta lesione dell'altrui diritto alla salute, nè in relazione agli artt. 2043 cod. civ. e 32 Cost., nè in relazione a qualsiasi altra disposizione di legge vigente.

Le dette produttrici di tabacco, in ossequio alle norme in vigore, potevano e possono considerare come perfettamente lecita la propria

attività imprenditoriale: ad essa veniva e viene richiesto soltanto l'osservanza delle prescrizioni dettate dal legislatore per questo particolare settore merceologico.

Nè si può dimenticare che tale legittimo convincimento in ordine alla liceità della condotta è stato sempre rafforzato dalla previsione normativa di un monopolio fiscale sul prodotto e persino dall'inclusione delle sigarette nel «paniere» di spesa di una normale famiglia, allo scopo di determinare il saggio d'inflazione; nè si può dimenticare che le sigarette costituivano persino elemento del vettovagliamento dei militari di leva e dei soggetti reclusi in istituti di detenzione e pena.

Sotto nessun profilo, dunque, l'Amministrazione dei Monopoli poteva reputare di essere tenuta a condotte diverse ed ulteriori rispetto a quelle richieste dalle leggi dello Stato; o immaginare che la propria attività economica potesse presentare profili di illiceità tali da esporla a conseguenze risarcitorie di gravissima entità.

Ma rimane ancora da dimostrare che la condotta omissiva consistente nel mancato avvertimento dei consumatori in ordine ai pretesi rischi connessi al consumo del prodotto, sia qualificabile come illecita.

A tale proposito non sembrano particolarmente significativi taluni precedenti giurisprudenziali che vengono richiamati.

Le sentenze Cass., 27 novembre 1972, n. 3462, e Cass., 14 aprile 1983, n. 2619, si limitano a riaffermare il generico principio che il danno può essere collegato eziologicamente anche ad una azione omissiva.

Per contro la prima delle decisioni richiamate afferma il principio secondo cui «*... la colpa per omissione ha per presupposto l'esistenza di un obbligo di agire per evitare l'altrui danno o per rimuovere una situazione di pericolo; il principio del* neminem laedere *non implica, di per sè, un generale e incondizionato dovere di attivarsi a protezione dei diritti dei terzi ... ma occorre la precisa individuazione, a carico del soggetto cui si imputa l'omissione, di un vero e proprio obbligo giuridico di impedire l'evento lamentato ...*». (Si vedano, nello stesso senso, anche Cass., 9 gennaio 1979, n. 116 e Cass., 28 aprile 1979, n. 2488: «*... Affinchè una condotta omissiva concreti la violazione del principio del* neminem laedere *non è sufficiente il riconoscimento di una generica antidoverosità sociale nel soggetto chiamato a risponderne, ma occorre l'individuazione a suo carico di un vero e proprio obbligo giuridico di impedire l'evento ...*).

Nel caso concreto non sussiste alcune specifica norma che imponga al produttore di impedire l'evento dannoso, consistente nella contrazione di malattie tumorali da parte dei consumatori di tabacco.

Nè è dimostrato o dimostrabile che l'informazione sui pretesi rischi del fumo costituisca, di per sè ed in modo incontrovertibile, condotta idonea ad impedire il verificarsi dell'evento dannoso; o che una eventuale informazione da parte dei produttori di tabacco avrebbe, in con-

creto, evitato il verificarsi del danno lamentato dagli attori, anche in considerazione della diffusa comune conoscenza dei possibili rischi collegati al consumo del tabacco.

La mancanza di norme che prescrivano a carico del produttore comportamenti specifici, conduce a due rilevanti conseguenze:

a) la condotta (omissiva) non può qualificarsi come illecita;

b) la condotta (omissiva) non può qualificarsi come colposa.

Sotto il profilo *sub b*) si deve precisare che: « *in senso tecnico-giuridico il termine colpa viene riferito al comportamento cosciente dell'agente che, senza volontà di recare danno ad altri, è causa di evento lesivo per negligenza, imprudenza o imperizia o per inosservanza di regole o norme di condotta* » (Cass., 17 dicembre 1973, n. 3420); e che in relazione alle condotte omissive, in mancanza di norme o regolamenti legali « *ai fini della responsabilità per danni, non basta un generico connotato di colpa, ma occorre la precisa individuazione, a carico del soggetto, di un vero e proprio obbligo giuridico di impedire l'evento lamentato* » (Cass., 9 marzo 1982, n. 1526).

Da tali principi giurisprudenziali si può trarre la conclusione che l'elemento soggettivo della colpa debba essere accertato con particolare cautela, soprattutto quando in ordine alle condotte omissive assuma rilievo il solo profilo della negligenza; negligenza — è appena il caso di rilevarlo — che, nel caso concreto, non è in nessun modo configurabile.

Potrebbe apparire improprio e persino contraddittorio il richiamo agli obblighi di informazione, introdotti in Italia con la legge 29 dicembre 1990, n. 428.

Da un lato il richiamo appare improprio, giacchè la colposità della condotta non può essere valutata alla stregua di norme entrate in vigore in epoca successiva a quella in cui la condotta censurata è stata tenuta « ... *quando la responsabilità si fonda sulla colpa, seppure è sufficiente per affermare l'esistenza di tale elemento psicologico il richiamo all'inosservanza di leggi o regolamenti, è tuttavia necessario che siano espressamente indicate le disposizioni considerate che devono essere vigenti all'epoca del verificarsi dell'evento, senza che possa tenersi conto di normative ad esso posteriori* ... » (Cass., 30 ottobre 1980, n. 5856).

Ma il richiamo risulta anche contraddittorio, giacchè l'intervento del legislatore dimostra che, in precedenza, l'omissione di attività informativa costituiva condotta lecita e che non vi era alcun obbligo giuridico di informare i consumatori dei possibili rischi connessi al consumo del tabacco: altrimenti, si dovrebbe pervenire alla illogica ed inaccettabile conclusione che nel 1990 il legislatore italiano avrebbe emanato una legge inutile, in quanto meramente ripetitiva di prescrizioni e di obblighi già preesistenti.

Applicabili al caso che ci occupa sono, altresì, le norme in materia di responsabilità del produttore, introdotte con il d.P.R. 24 maggio 1988, n. 224.

Né da tali norme è possibile trarre argomenti per sostenere che: « ... *è pacifico che è compito del produttore avvertire il consumatore nella maniera più corretta possibile* ... »; e che la difettosità del prodotto va intesa « ... *non solo in riferimento al difetto di fabbricazione del prodotto, ma anche all'assenza di sufficienti e precise informazioni apposte sul prodotto* ... ».

In realtà, il d.P.R. del 1988 offre argomenti contrari a tali tesi.

In primo luogo costituisce tentativo inammissibile, logicamente scorretto e giuridicamente erroneo, quello di interpretare una disciplina anteriore alla luce di norme successive.

In secondo luogo l'art. 5 del d.P.R. del 1988 stabilisce che « ... un *prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze* ... ».

Tali circostanze costituiscono un criterio per la valutazione della misura del *duty of care* del produttore ed il grado di *contributory negligence* del consumatore (cfr., G. GHIDINI, *Responsabilità per danno da prodotti: quando un prodotto può dirsi « difettoso »*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 439 e segg.).

Pertanto, con riferimento a prodotti come il tabacco e gli alcolici, la disponibilità di informazioni notorie in ordine alle conseguenze di un uso eccessivo di essi e la comune conoscenza dei pretesi rischi correlati al loro consumo rende superflua e non esigibile una specifica attività informativa del produttore.

La regola che può trarsi è, dunque, la seguente: il dovere di informazione sussiste quando è concreto il pericolo di sorpresa e cioè quando, per la tipologia del prodotto, per le modalità di confezionamento o di presentazione, per la mancanza di informazioni notorie e diffuse, il consumatore non è consapevole o in grado di valutare le possibili conseguenze ricollegabili al consumo.

La costante ed ampia informazione che ha sempre accompagnato il progredire delle ricerche medico-scientifiche sulle pretese conseguenze dannose del tabagismo si deve considerare come idonea ad escludere la violazione del *duty of care* da parte delle imprese produttrici.

Al fine di rinvenire un fondamento normativo della responsabilità dell'Amministrazione dei Monopoli di Stato, viene invocata, altresì, l'applicazione dell'art. 2050 cod. civ.; attraverso il seguente sillogismo:

a) l'art. 2050 prevede che « ... *chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di una attività pericolosa per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno* » (premessa maggiore);

b) i Monopoli, in quanto produttori di tabacco, svolgono un'attività pericolosa; e, non avendo informato i consumatori sui rischi connessi al consumo non hanno adottato le misure idonee ad evitare il danno (premessa minore);

c) dunque i Monopoli sono tenuti a risarcire il danno.

Di tale sillogismo appare palesemente viziata la premessa minore, giacchè risulta indimostrato che l'attività di produzione e vendita del tabacco possa considerarsi come pericolosa.

Giova ricordare che nell'art. 2050 cod. civ. il legislatore ha usato le espressioni « *esercizio* » e « *svolgimento* » di attività pericolose.

Tali espressioni limitano l'ambito applicativo della norma ai soli danni ricollegabili ad attività che nel loro svolgimento creino situazioni di pericolo o rendano probabile il verificarsi di incidenti.

Si sarebbero, pertanto, dovute escludere tutte quelle ipotesi di danno derivanti da prodotti rivelatisi pericolosi ma realizzati attraverso attività produttive non pericolose.

Infatti, in numerose sentenze è stato fissato il principio secondo cui: « presupposto per l'applicabilità dell'art. 2050 cod. civ. è che il danno sia cagionato dall'esercente una attività pericolosa nello svolgimento di tale attività, in quanto solo nell'ipotesi che esista il nesso causale tra l'esercizio dell'attività stessa e l'evento dannoso è operante la presunzione di colpa a carico dell'esercente » (Trib. Napoli, 1969; Cass., 25 ottobre 1967, n. 1639; Cass., 10 novembre 1971, n. 3213).

Tale principio giurisprudenziale conferma che la particolare disciplina introdotta dall'art. 2050 cod. civ. trova la propria giustificazione nel contesto di una attività in corso di svolgimento che, per la sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, presenti una grave potenzialità di danno.

Tuttavia, la giurisprudenza è pervenuta ad applicare l'art. 2050 cod. civ. anche ad ipotesi di danni provocati non dall'attività ma dai prodotti che dell'attività pericolosa costituiscono il risultato; ma ciò sul presupposto che « il pericolo insito nello svolgimento dell'attività si sia materializzato e trasfuso in oggetti determinati (come ad es.: materie infiammabili, proiettili da armi da fuoco, etc.) i quali conservino in sè un'intrinseca potenzialità lesiva, collegata allo svolgimento dell'attività pericolosa di cui essi costituiscono il risultato » (Cass., 15 dicembre 1975, n. 4131; Cass., 13 gennaio 1981, n. 294).

La giurisprudenza non ha mai fatto applicazione dell'art. 2050 cod. civ. ad ipotesi di danni provocati da prodotti derivanti da attività produttive non pericolose.

Cosicchè, appare del tutto non pertinente il richiamo alle decisioni Cass., 15 luglio 1987, n. 6241; Cass., 27 luglio 1991, n. 8395 e Cass., 20 luglio 1993, n. 8069.

Si tratta di decisioni in cui è stata affermata la responsabilità delle case farmaceutiche per la produzione e la vendita di emoderivati contenenti immunogammaglobuline infette da virus di epatite B. Gli emoderivati inoculati nei pazienti avevano determinato l'insorgenza di gravi stati morbosi e, in taluni casi, anche la morte.

Ma, in realtà, una attenta lettura di tali decisioni consente di pervenire a due risultati:

a) l'attività farmaceutica non è considerata come pericolosa in sè; è pericolosa soltanto quella particolare attività di produzione di farmaci che utilizza sangue umano e cioè un componente che presenta in sè un elevato rischio di infezioni.

Questo particolare tipo di attività deve essere qualificata come pericolosa proprio e soltanto in considerazione degli specifici mezzi utilizzati nella fase produttiva.

La Corte precisa che « *i prodotti conservano in loro stessi, propagandola, quella medesima potenzialità lesiva che caratterizza il mezzo adoperato e per esso, l'attività che li ha come oggetto* » (Cass. 15 luglio 1987, n. 6241);

b) la produzione di tabacco o di prodotti da fumo non è in alcun modo assimilabile alla attività di produzione di farmaci a base di sangue umano, giacchè nel procedimento produttivo di sigarette o simili vengono utilizzati componenti naturali, o — comunque — componenti che non recano un rischio di contaminazioni o di infezioni che possano attribuire al prodotto finale una nocività ulteriore e diversa da quella sua propria che il consumatore conosce e consapevolmente accetta.

Ma un ostacolo assolutamente insuperabile v'è nella impossibilità di provare l'esistenza di un nesso eziologico tra condotta delle imprese produttrici e danni lamentati dai consumatori.

Sul punto, che appare di decisiva importanza, il Ponzanelli ha scritto testualmente:

« ... Le conoscenze tecnico-scientifiche esistenti non sembrano ancora aver raggiunto il livello che renda possibile il calcolo di una precisa e giuridicamente rilevante probabilità nel verificarsi di un determinato accadimento dannoso ... » (G. PONZANELLI, *Op. ult. cit.*, 506).

E, sotto questo profilo, nessuno potrebbe fornire alcun utile elemento di prova.

Nel tentativo di dimostrare l'esistenza di un nesso eziologico tra il consumo di sigarette e l'insorgenza della malattia tumorale, si invocano i risultati di studi epidemiologici: ma tali studi evidenziano soltanto una mera relazione statistica tra il consumo di tabacco e taluni fenomeni patologici.

Tali studi epidemiologici non sono rivolti ad individuare il meccanismo biologico che è causa dell'insorgenza della malattia in un deter-

minato soggetto, ma — piuttosto — identificano, in via generale, potenziali fattori di rischio: essi non possono in alcun modo fornire la prova di un nesso causale; nè, tantomeno, possono provare che il fumo abbia provocato la malattia in relazione ad un soggetto specifico.

Dunque, provare che il tumore polmonare contratto dal « *de cuius* » sia stato causato proprio dal consumo di sigarette è del tutto impossibile.

Esistono vari tipi di tumore polmonare; e studi epidemiologici dello stesso tipo di quelli invocati « *ex adverso* » evidenziano come la relazione statistica fra fumo e insorgenza del fenomeno canceroso vari in modo significativo in relazione ad ogni particolare tipo di tumore polmonare.

Molti tumori polmonari appartengono ad un tipo di patologia cancerosa che presenta una debole relazione statistica con il consumo del tabacco rispetto ad altri tipi di tumore polmonare.

La ricerca scientifica ha evidenziato che, nelle società industrializzate, l'insorgenza di malattie tumorali può mettersi in correlazione causale — oltre che con caratteristiche genetiche del singolo soggetto — con il consumo di determinati alimenti, con l'assorbimento di determinate sostanze chimiche, con determinate abitudini di vita, con determinate condizioni ed esposizioni ambientali.

Pertanto l'esistenza di un sicuro e certo nesso di causalità, come richiesto dalla legge, non è provabile.

Nè può essere fornita la prova che il « *de cuius* » non avrebbe fumato se le avvertenze fossero state presenti sulle confezioni dei prodotti da fumo giacchè — anche indipendentemente da una eventuale presenza di *warnings* sui pacchetti di sigarette — l'esistenza di rischi associati al fumo costituiva già oggetto di comune conoscenza nel momento in cui il « *de cuius* » iniziò a fumare, che per esplicita ammissione degli stessi attori — era ben consapevole di tali rischi; tanto che smise di fumare nell'estate del 1988 (ben due anni prima dell'entrata in vigore della legge 29 dicembre 1990, n. 428).

Dunque, la mancanza di avvertenze sulle confezioni di sigarette non può in alcun modo considerarsi come causa efficiente della persistenza dell'abitudine al consumo di prodotti da fumo.

In proposito si deve svolgere un ultimo rilievo.

Tra la produzione e commercializzazione del tabacco e il verificarsi di conseguenze pregiudizievoli per la salute si pone, quale *termine medio*, in grado, cioè, di spezzare il nesso di causalità giuridica, la scelta individuale del consumatore.

Eventuali conseguenze pregiudizievoli per la salute sono da ricollegare, dunque, non al prodotto in sè, ma a specifiche e soggettive abitudini individuali di consumo.

Tali abitudini costituiscono il risultato di scelte di cui l'autore è e rimane responsabile.

Le domande risarcitorie, quindi, restano paralizzate dall'eccezione della libera e consapevole assunzione del rischio da parte del consumatore.

Lo riconosce G. PONZANELLI, in relazione al « caso Cipollone »: « ... e se di merito si fosse parlato, assai probabile sarebbe stata l'operatività e l'eccezione dell'*assumption of risk*: il consumatore-fumatore non sembra poter godere della tutela piena che spetta al normale consumatore. Era pienamente al corrente dei rischi collegati all'uso del tabacco e se ha scelto di percorrere quella strada deve subirne le conseguenze ... » (*Op. ult. cit.*, 505).

In conclusione, il tentativo che viene operato di ottenere un ristoro dalla disgrazia subita per effetto della morte per cancro polmonare di un congiunto, appare destinato ad infrangersi contro una serie di ostacoli che possono essere riguardati come impedimenti solo ad una giustizia emotivamente e passionalmente intesa mentre in effetti sono posti a presidio della certezza del diritto e di pronunzie giurisprudenziali ispirate ai principi basilari dello Stato regolato dalla Legge.

LUIGI MAZZELLA
Avvocato dello Stato

L'ART. 734 C.P. E L'ATTIVITÀ AUTORIZZATIVA DELLA P.A.

1) *Premesse*

L'art. 734 c.p. sanziona, come noto, l'alterazione o la distruzione delle bellezze naturali dei luoghi « soggetti alla speciale protezione dell'autorità ».

L'art. 7, legge 29 giugno 1939, n. 1497, consente peraltro, come è pure noto, la modificazione o la distruzione dell'immobile che « sia stato oggetto nei pubblicati elenchi delle località », a condizione che sia intervenuta l'autorizzazione della competente sovrintendenza (ora l'autorità regionale, o l'autorità delegata dalla Regione).

Si pone quindi il problema di individuare quale sia il rapporto corrente tra le due norme, e, in particolare, di individuare quale sia la rilevanza penale dell'attività modificativa o distruttiva, nei casi in cui sussista la prescritta autorizzazione.

2) *La giurisprudenza della S.C.*

La giurisprudenza della Suprema Corte, nel tempo, ha affermato due tesi del tutto contrastanti, e cioè:

a) che non può sussistere il reato di cui all'art. 734 c.p., ove l'attività svolta sia stata debitamente autorizzata, salvo il caso di disapplicazione dell'autorizzazione;

b) che l'attività svolta, per quanto autorizzata, può comunque concretizzare il reato di cui all'art. 734 c.p., salva la valutazione della rilevanza dell'autorizzazione ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato.

Tale ultima tendenza giurisprudenziale appare attualmente prevalente, specie a seguito di recente pronuncia delle S.U. (21 ottobre 1992, MOLINARI, in *Riv. Giuridica Edilizia,* 1993, n. 464 e ss.; nella sentenza si leggono richiami della precedente giurisprudenza relativamente ad entrambi gli orientamenti giurisprudenziali in questione); sulla base di tale linea è possibile ipotizzare un concorso nel reato anche a carico di coloro che hanno provveduto a rilasciare l'autorizzazione, e sono infatti state già prese iniziative penali in tal senso.

* * *

Gli elementi interpretativi su cui si basa la giurisprudenza in questione risultano, in sostanza, i seguenti:

— l'interpretazione in senso restrittivo della locuzione « speciale protezione dell'Autorità », tale da ricomprendere in essa la sola attività di apposizione del vincolo, escludendo le altre attività (autorizzativa,

ma non solo) svolte dall'Autorità rispetto agli immobili soggetti alla 1497/39; una diversa interpretazione, tale da ricomprendere l'attività autorizzativa nel concetto di « speciale protezione » renderebbe evidentemente insostenibile l'ipotesi di un'attività autorizzativa, di « speciale protezione », tale da violare la « speciale protezione » alla cui tutela è rivolta la norma;

— l'individuazione del reato in questione come reatto di danno (per la sua sussistenza sarebbe sempre necessario che la bellezza naturale risultasse in qualche modo intaccata), in tacita contrapposizione alla situazione di mero pericolo che deriverebbe dalla semplice violazione dell'art. 7; a tale stregua non ogni attività svolta in conformità dell'art. 7 sarebbe astrattamente idonea a poter essere considerata quale reato (ciò che sarebbe evidentemente privo di senso logico-giuridico), ma soltanto le attività effettivamente incidenti sulla bellezza naturale.

3) *La « speciale protezione dell'Autorità »*.

La prima questione da esaminare riguarda quindi il significato della locuzione « speciale protezione dell'autorità ».

Esso, in sè, appare notevolmente generico, certamente tale da non comportare necessariamente l'interpretazione restrittiva resa dalle S.U.; gli argomenti addotti nella citata sentenza (diversità tra i concetti di autorizzazione e di protezione; mancanza nell'art. 734 di riferimenti all'attività autorizzativa; subordinazione dell'attività autorizzativa rispetto all'attività di apposizione del vincolo), non paiono, in sè, particolarmente convincenti, posto che il termine « protezione » sembra abbastanza generico da poter ricomprendere anche l'attività autorizzativa; che, quindi, è irrilevante la mancanza nell'art. 734 di uno specifico riferimento a tale attività; che la subordinazione dell'attività autorizzativa rispetto a quella di apposizione del vincolo non sembra poter incidere sulla sua natura.

Al fine di un adeguato esame della questione, va quindi osservato, da un punto di vista sistematico:

— che nella legge 1497/39 non si trova traccia di tale locuzione; ciò che si spiega anche considerando il fatto che tale legge è successiva al c.p.;

— che tale locuzione è usata, invece, dal legislatore della legge 11 giugno 1922, n. 778 (la legge, cioè, che ha preceduto la 1497 in materia di bellezze naturali e di immobili di interesse storico), alla quale, evidentemente, il c.p. ha inteso fare riferimento.

Sembra quindi necessario verificare quale sia il significato che il legislatore del '22 ha inteso dare a tale locuzione.

Da una pur veloce analisi della legge 778 emerge quanto segue:

— l'art. 1 dichiara « ... soggette a speciale protezione le cose immobili la cui conservazione presenta un notevole interesse pubblico ... », senza che risulti un rapporto di immedesimazione tra l'apposizione del vincolo e la speciale protezione di cui si tratta;

— negli artt. 2-3-4-5 si prevede che le cose soggette a speciale protezione non possono essere distrutte o alterate senza il consenso dell'Autorità; che può essere notificata ai proprietari la dichiarazione del notevole interesse pubblico, da cui discende la necessità di sottoporre alla Sovrintendenza i progetti relativi a tali immobili; che, a prescindere dalla notificazione, può essere disposta la sospensione dei lavori iniziati su tali immobili; sono poi previste facoltà di indicare prescrizioni a carico delle proprietà confinanti; limitazioni della pubblicità nelle zone circostanti; tali ultimi due tipi di misure possono essere esercitati anche nei confronti delle bellezze panoramiche, per le quali, peraltro, la legge non prevede forme di notifica, e neppure forme analoghe all'elenco delle località previsto dalla 1497.

Emerge da quanto sopra che la « speciale protezione » prevista dall'art. 1 della 778/1922 e descritta nelle successive norme appena citate, si concretizza non solo in attività di carattere preventivo (quale la notifica, non essendo previsto l'elenco appena accennato), ma anche in attività di gestione del vincolo, cautelari, prescrittive; tali ultime attività risultano poi le uniche attività di protezione esperibili per le « bellezze panoramiche ».

Poichè non si vedono ragioni per non ritenere che l'art. 734 abbia inteso riferirsi a tale concetto (l'unico « codificato ») di « speciale protezione » (che, anche in linea generale, appare il più ragionevole, in considerazione della genericità del significato della locuzione e del non limitato campo delle attività di protezione esperibili), ne discende che anche l'attività autorizzativa (che, in presenza di limitazione di carattere generale disposta da un vincolo, vale a renderlo concreto, a definirlo. In tal senso ALIBRANDI/FERRI, *I Beni Culturali e Ambientali*, Milano, 1985, 602 e segg.) rientra nel campo delle attività di « speciale protezione » previste dal legislatore del c.p.; con conseguente improponibilità di un'attività di « speciale protezione » che sia al tempo stesso lesiva della medesima.

* * *

Ulteriori elementi in tal senso si colgono considerando che, nel sistema della 778/22, il soggetto competente in materia di notifica e di autorizzazione era lo stesso (il Ministro), sicchè risulterebbe difficile ipotizzare che si possano considerare (senza che vi sia alcun elemento testuale in tal senso, anzi, in situazione opposta, come si è detto) quale presupposto delle norme penali, le sole attività di apposizione del vin-

colo da parte di tale soggetto, ritenendo al tempo stesso l'irrilevanza, a tal fine, dell'attività di gestione di tale vincolo da parte di questo stesso soggetto, che sarebbe, nell'esercizio di tale ulteriore attività, possibile concorrente nella commissione del reato di cui all'art. 734 c.p.

* * *

Va poi considerato che, come già detto, il vincolo, in sè, è normalmente privo di adeguati connotati di concretezza, tali da consentire di conoscere, *ex ante*, quali attività siano con esso compatibili (ALIBRANDI/FERRI, *cit.*, 602-603).

Tale concretezza esso acquista, normalmente, a seguito dell'attività di autorizzazione svolta ai sensi dell'art. 7, cioè quella attività di cui la giurisprudenza in questione escluderebbe la natura di « speciale protezione ».

Il vincolo può peraltro acquistare concretezza anche mediante la redazione di piani paesistici ai sensi dell'art. 5 della legge 1497/39.

Tali piani (che pure, da un punto di vista logico, sono sempre destinati a seguire l'adozione del vincolo) dovrebbero essere tendenzialmente approvati e pubblicati « insieme con l'elenco medesimo », e sarebbero tali da consentire quindi, *ab origine*, una serie di attività sull'immobile vincolato, tali da poter incidere (anche negativamente, dal punto di vista di chi adotti un'ottica diversa da quella dell'Amministrazione) sulla bellezza naturale tutelata.

Ora, sembra a chi scrive che non possa essere minimamente contestata la natura di « speciale protezione » dell'eventuale piano paesistico approvato unitamente all'elenco; e quindi, necessariamente, neppure di quello approvato successivamente (va notato che, diversamente, sarebbero ipotizzabili, per le attività conformi al piano, le stesse problematiche che si vanno esaminando per le attività conformi all'autorizzazione); ma, se — come sembra — l'attività autorizzativa (ove manchi il piano) ha sostanzialmente la stessa natura del piano, almeno ai fini di cui trattasi, ne consegue che anche da tale punto di vista l'attività autorizzativa in questione ha natura di « speciale protezione ».

* * *

Non sembrano quindi sussistere ragioni per condividere l'interpretazione della « speciale protezione » resa dalle S.U., fondata, come si è detto, su argomenti in sè non decisivi, e comunque tali da risultare superati da quanto si è sopra esposto.

4) *Attività « di danno » e « di pericolo ».*

Va ora esaminata la distinzione tra attività « di danno » e « di pericolo », come formulata dalla giurisprudenza con specifico riferimento all'art. 734 c.p.; distinzione rilevante al fine di valutare la compatibilità

di tale norma sanzionatoria con quella « permissiva » contenuta nella legge 1497/39 (o 778/22) di cui si è detto sopra; e, inoltre, in considerazione del fatto che la configurabilità del concorso formale (affermata dalla giurisprudenza) tra la figura di reato di cui all'art. 1 *sexies*, legge 431/85 e quella di cui all'art. 734, è giustificata proprio in considerazione della natura di reato di pericolo ritenuta propria del I, e di quella di reato di danno ritenuta propria del II.

Si deve quindi cercare di esaminare quale sia il contenuto della norma in questione, dallo specifico punto di vista di cui trattasi.

a) L'art. 734 si riferisce alla alterazione delle bellezze naturali, aggiungendovi il predicato: « ... dei luoghi soggetti alla speciale protezione ... ».

Tale formulazione potrebbe fare ipotizzare che la tutela penale sia volta, non tanto alla protezione dell'integrità del luogo in sè, quanto alla qualità del luogo, e cioè la sua « bellezza naturale », che, in tale ottica, sarebbe qualcosa di non coincidente con il luogo, il quale potrebbe presentare aspetti privi di qualità, non soggetti, quindi, a tutela penale. In tal senso potrebbe essere interpretata la rubrica, dove, anzichè all'alterazione, si fa riferimento al « deturpamento ».

b) La tutela di cui alla 778 e alla 1497 è invece rivolta alle cose immobili assoggettate alle loro disposizioni, in linea con il fatto che sono le cose immobili quelle su cui viene apposto il vincolo.

Specifica peraltro l'art. 7 della 1497 che il divieto di modificazione dell'immobile è limitato agli interventi « che rechino pregiudizio a quel suo esteriore aspetto che è protetto dalla presente legge »; sicchè, dato un vincolo limitato a taluni aspetti, non dovrebbe sussistere divieto di alterazione in relazione a lavori ed opere che tali aspetti non tocchino, in linea con quanto si è detto per l'art. 734.

Per contro, sempre l'art. 7 prevede che i progetti dei lavori (tutti i lavori, quindi) vadano previamente presentati alla Sovrintendenza, che dovrebbe valutare se si tratti di lavori effettivamente estranei all'aspetto protetto; oppure, nel caso di non estraneità, se si tratti o meno di lavori compatibili con il vincolo apposto; autorizzandoli se estranei o compatibili. Sembra quindi preclusa al soggetto interessato la possibilità di fare autonome valutazioni al riguardo, e di effettuare sull'immobile opere prive di autorizzazione, anche qualora effettivamente estranee al tipo di protezione previsto.

c) Evidenziato quindi che vi possono essere:

— interventi sull'immobile, irrilevanti per la bellezza naturale ivi ricompresa;

— interventi rilevanti per la bellezza naturale, tali quantomeno da alterarla;

— evidenziato che, tra questi ultimi, vi possono essere interventi compatibili con la bellezza, o anche tali da migliorarla, così come vi possono essere interventi tali da peggiorarla;

— evidenziato inoltre che l'Amministrazione istituzionalmente preposta esercita, al riguardo, tutti i poteri derivanti dall'art. 7, consentendo o non consentendo l'esecuzione di tali interventi;

si pone il problema di individuare quale sia, tra i possibili interventi di cui sopra, quello rilevante ai fini della sussistenza o meno del reato di cui all'art. 734.

Sul punto, la sentenza delle S.U. sopracitata si esprime in modo non molto chiaro, affermandosi in alcune parti della sentenza la sufficienza della semplice alterazione (in base a quanto esposto nella norma), e in altra parte la necessità non solo dell'alterazione, ma anche del fatto che l'alterazione abbia prodotto un deturpamento (secondo quanto previsto nella rubrica dell'art. 734). In altre sentenze (per ciò che si evince dalle massime pubblicate) si trova il riferimento alla mera alterazione (ad es. Cass., Sez. III, 1 giugno 1994, CINOTTI; Cass., III, 31 ottobre 1990, BUSAN e altri; Cass., 15 ottobre 1985, PULTRONE); in altre ancora al deturpamento, (Cass., Sez. VI, 17 febbraio 1994, FERRARI); in altre ancora si trova il riferimento alla alterazione o al deturpamento (Cass., 29 settembre 1992 SERLENGA e altri) non risultando quindi possibile trovare un univoco indirizzo giurisprudenziale al riguardo.

Ad avviso di chi scrive, come già anticipato al punto *a*, il Giudice Penale deve senz'altro accertare (laddove non vi sia una situazione di immedesimazione tra le cose tutelate e bellezza naturale, tale da escludere la possibilità di una simile valutazione) se l'opera eseguita sia o meno estranea all'aspetto tutelato dell'immobile, escludendo nella prima ipotesi la sussistenza del reato. Pare invece da escludere che il giudice penale, accertata una alterazione della bellezza naturale, possa, *ex post*, farne oggetto di valutazione e di eventuale approvazione; affermando, ad esempio, che la bellezza naturale (in sè considerata) non avrebbe subito pregiudizio in conseguenza della sua alterazione. Ciò in base ai seguenti argomenti:

(1) sulla base dell'obbiettiva lettera dell'art. 734 che, con prevalenza su quanto esposto nella rubrica, va inteso nel senso della sufficienza della alterazione della bellezza;

(2) in considerazione del fatto che la norma in questione appare volta a tutelare l'integrità della bellezza naturale; bellezza che, a fronte di una significativa alterazione o parziale distruzione della medesima, (anche se tale da dare luogo ad un miglioramento di tale bellezza), verrebbe comunque ad essere trasformata;

(3) in quanto si tratterebbe di ipotesi possibile soltanto qualora si interpretasse il sistema in modo tale da attribuire all'amministrazione

compiti sostanzialmente limitati alla valutazione della legittimità della opera (che potrebbe da essa essere consentita soltanto se estranea alla bellezza naturale): lasciando al giudice penale valutazioni di merito, e cioè quelle di compatibilità dell'opera con la bellezza naturale. Ma è chiaro che, con tale interpretazione, si opererebbe un così singolare rovesciamento di principi e di sistema (l'amministrazione verrebbe sostanzialmente a trovarsi priva dei tipici compiti di gestione del vincolo che le competono; tali compiti verrebbero trasferiti al giudice penale, in sede di accertamento del reato), da risultare sufficiente a respingere una simile ipotesi, anche senza voler esaminare la normativa che, concretamente, non lo consente. Tale inaccettabile ipotesi risulta peraltro il presupposto logico della tesi che si contesta in queste pagine, in quanto è l'unica tesi in grado di evitare sovrapposizioni e contrasti tra l'art. 7, legge 1497 e l'art. 734, e da consentire di ritenere che l'opera autorizzata possa costituire reato.

La tesi della lettura restrittiva dell'art. 7 (l'unica compatibile con un'interpretazione debordante dell'art. 734) risulta poi impraticabile per ciò che attiene la possibilità di distruzione del bene protetto, come si evidenzierà oltre.

* * *

Il Giudice penale dovrebbe quindi fermarsi alla valutazione dell'integrità o meno della bellezza, astenendosi da valutazioni di merito relative all'effetto dell'intervento oggetto dell'accertamento penale, trattandosi di valutazioni che potrebbero costituire attività di concreta gestione del vincolo; andrebbe infatti lasciata all'esclusiva competenza dell'amministrazione attiva (e cioè al soggetto istituzionalmente preposto, nella sede prevista dall'art. 7) la valutazione della possibilità e della positività dell'intervento.

* * *

In tale ottica, il « danno » che costituirebbe il presupposto di applicabilità dell'art. 734, è quindi dato dalla mera alterazione (e a maggior ragione dalla distruzione) della bellezza naturale, con esclusione della possibilità, per il Giudice penale, di rendere giudizi di merito del tipo di quello appena ipotizzato.

(4) Fatte le premesse di cui sopra, se ne evince che, per ciò che attiene alle « alterazioni », può ritenersi sussistere una diversa portata dell'art. 734 rispetto alle leggi « amministrative » nella parte in cui la norma penale sanziona soltanto fattispecie in cui vi sia stata una effettiva alterazione della « bellezza naturale », laddove le leggi « amministrative » sanzionano qualsiasi opera effettuata sugli immobili sottoposti a tutela.

(5) Differenze quali quella appena evidenziata non si ravvedono invece in relazione alla « distruzione » delle bellezze naturali; ciò in quanto la « distruzione » delle cose immobili tutelate (fattispecie contemplata dall'art. 7, legge 1497 e dall'art. 2, legge 778, il cui esercizio appare ipotizzabile, ad esempio, nel caso di rovina di bene immobile vincolato, di cui non sia possibile il recupero, senza che ciò sia in contrasto con le finalità di tali leggi) sembra dover necessariamente comportare la distruzione anche della bellezza naturale che vi è incorporata, senza che vi sia, in tale ipotesi, la possibilità di distinguere tra attività di danno e attività di pericolo.

* * *

In base a quanto si è sopra esposto, sembra doversi ritenere che la prevalente opinione relativa all'art. 734 c.p., che la configura quale reato di danno, sia condivisibile, concretizzandosi tale reato soltanto nei casi in cui vi sia un'effettiva alterazione o distruzione della bellezza naturale protetta; ciò, peraltro, con riferimento al significato ristretto di « danno » che si è sopra esposto.

Non condivisibile, invece, appare la considerazione delle attività commesse in violazione della legge 1497 (e della 778) quali attività di pericolo e non di danno, in quanto è evidente che la gran parte delle alterazioni dell'immobile vincolato, (restano escluse le sole alterazioni prive di impatto sulla bellezza naturale dell'immobile) e la totalità delle distruzioni, costituiscono fatti dannosi per la conservazione della bellezza naturale, cui la tutela è rivolta.

Sembra dunque che si debbano individuare nell'art. 7 in questione una pluralità di precetti, volti rispettivamente a tutelare la bellezza naturale da pericoli (in relazione ad opere eseguite nell'immobile tutelato non incidenti sulla bellezza naturale); o da danni (distruzioni ed alterazioni della bellezza naturale). Peraltro, l'unica ipotesi in cui l'art. 7 tutela la bellezza da pericoli, risulta anche l'unica ipotesi in cui si tratta di alterazione tale da non costituire reato, secondo quanto si è detto al punto 4*a*).

Ne consegue che, in tutti i casi in cui vi è una effettiva violazione dell'art. 734 (tale da costituire reato di danno e non di pericolo), sussiste al tempo stesso una violazione di quei precetti contenuti nell'art. 7 volti a tutelare da fatti dannosi le bellezze naturali.

Discende da ciò (a parte la maggiore latitudine del divieto contenuto nell'art. 7, legge 1497/39, rispetto a quello contenuto nell'art. 734), che appare non condivisibile la tesi in base alla quale il primo sarebbe rivolto a tutelare situazioni di mero pericolo, e il secondo situazioni di effettivo danno; essendo chiaro che, quando è applicabile l'art. 734, esso tutela il medesimo interesse protetto dall'art. 7.

5) *Rapporto tra l'art. 734 c.p., l'art. 7, legge 1497 e l'art. 1 sexies, legge 431/85.*

a) La prima questione che discende dalla impostazione appena accennata è la seguente:

— l'art. 7 della 1497 è volto a prevenire, (con lo strumento della necessaria autorizzazione di tutte le opere effettuate su beni vincolati) non solo pericoli, ma anche concreti danni alla bellezza naturale; lo stesso articolo 7 consente peraltro, se autorizzate, alterazioni e demolizioni della cosa immobile tutelata, nonchè della bellezza naturale protetta, tali da poter comportare, in astratto, la sussistenza di reati ai sensi dell'art. 734 c.p.

Ora, sembra da escludere la possibilità che il legislatore, da un lato, consenta di svolgere opere di tale genere, e, dall'altro, sanzioni penalmente tali stesse opere. Quindi, ritenuto che, già in origine, l'art. 734 fosse formulato in modo tale da essere compatibile (nel senso appena detto) con la legge 778/22; o, comunque, che la 1497/39, in quanto norma successiva, ne abbia modificato la portata; ne discende comunque, ad avviso di chi scrive, che opere su cose immobili tutelate, purchè debitamente autorizzate, (e salvo il problema dell'eventuale disapplicazione) non possano concretizzare il reato di cui all'art. 734 c.p.;

b) La seconda questione concerne il rapporto (dibattuto e complesso, nel cui merito non è possibile entrare in questa sede) tra art. 734 c.p. e 1 *sexies*, legge 431/85.

Al riguardo, ai fini di cui si tratta nel presente lavoro, va soltanto considerato che, nei casi in cui è applicabile la legge 431 dell'8 agosto 1985, l'art. 1 *sexies* di tale legge sanziona le violazioni dell'art. 7 della legge 1497; ne consegue, in considerazione della natura (di danno, e non di pericolo) di buona parte delle attività svolte in violazione di tale ultima norma, che non appare particolarmente convincente la tesi giurisprudenziale, peraltro dominante, secondo la quale l'art. 734 c.p. e l'art. 1 *sexies, tout court*, sarebbero congiuntamente applicabili, in base alla diversità dell'interesse tutelato; ciò, anche considerato che, come si è già detto, quando sussistono fatti rispetto ai quali è applicabile l'art. 734 c.p., tali stessi fatti violano i precetti della 1497 volti a tutelare le cose protette da fatti dannosi (e non meramente pericolosi).

6) Ulteriori considerazioni sull'art. 734 c.p.

In base a quanto sinora esposto, la situazione che si presenta è, riassuntivamente, la seguente:

— l'art. 734 c.p. sanziona la demolizione e l'alterazione (nel senso di cui ho detto sopra) delle bellezze naturali;

— l'art. 7 legge 1497/39 sanziona la demolizione e l'alterazione delle bellezze naturali, e inoltre le demolizioni e le alterazioni effettuate negli immobili vincolati, anche qualora siano tali da non intaccare le bellezze naturali ivi presenti (in tale ultimo caso, non è però applicabile l'art. 734);

— l'art. 7 permette peraltro le demolizioni e le alterazioni di cui sopra, anche qualora siano tali da incidere sulla bellezza naturale, essendo rimesso all'Amministrazione un giudizio di merito (di gestione del vincolo) sulla compatibilità delle opere con la bellezza naturale protetta, giudizio di merito che si ritiene non competenza del giudice penale, che deve fermare la sua valutazione all'accertamento se la bellezza naturale sia stata o meno alterata (in meglio o in peggio, è valutazione irrilevante al fine dell'accertamento del reato; le bellezze naturali sono protette nel loro stato attuale; non pare accettabile che, in sede di valutazione del comportamento rilevante ai fini dell'art. 734, si giunga ad una sostanziale modifica dell'oggetto della protezione).

È quindi chiaro che tra la norma sanzionatoria penale e la norma « permissiva » contenuta nell'articolo 7 vi è una totale incompatibilità, che può essere risolta, interpretativamente:

— o escludendo che l'art. 734, *ab origine*, sia volto a sanzionare demolizioni o alterazioni che siano state debitamente autorizzate;

— oppure, in applicazione dell'art. 15 delle preleggi, interpretando l'art. 7, legge 1497/39 (successivo) come modificativo del precedente art. 734 c.p.

La preferenza di chi scrive (secondo quanto si è esposto a proposito dell'interpretazione del concetto di « speciale protezione »), è per la prima ipotesi: è comunque chiaro che, quale che sia la soluzione prescelta, il risultato non cambia.

* * *

Oltre agli argomenti esposti ai punti precedenti, sussistono, ad avviso di chi scrive, ulteriori consistenti argomenti a sostegno della tesi che si va esponendo.

a) Un primo elemento si trae (per quanto si tratti di circostanza di modesto valore interpretativo) dal fatto che l'art. 734 è ricompreso tra le « contravvenzioni concernenti l'attività sociale della P.A. »; titolo che appare scarsamente compatibile con la tesi della totale irrilevanza dell'attività di gestione del vincolo da parte della P.A.

b) A parte tale secondario aspetto, va osservato che l'art. 734 c.p., inteso nel senso di vietare, in assoluto, qualsiasi demolizione (sulle alterazioni cui si è già soffermati), anche se autorizzata dalla competente Amministrazione, apparirebbe semplicemente ispirato ad una interpretazione parzialmente abrogativa dall'art. 7, legge 1497, essendo di tutta evidenza, nel caso della demolizione, quell'identità di oggetto tutelato

che, per l'alterazione, si è evidenziata in via interpretativa; ciò in quanto una demolizione non sembra poter mai essere fatto di mero pericolo, ma sempre fatto produttivo di danno. È chiaro peraltro che, essendo l'art. 7 successivo al c.p., va esclusa la possibilità di un'interpretazione di tale genere, e ribadito che le demolizioni autorizzate non possono dare luogo alla sussistenza del reato previsto da tale norma; a fortiori, quindi, ciò deve dirsi per le alterazioni autorizzate.

c) Lo stesso art. 734, nella parte in cui proibirebbe le alterazioni — anche se autorizzate — rimettendo al giudice penale la valutazione della sussistenza di un'alterazione della bellezza naturale, sarebbe tale, da un lato, da formulare un precetto incompatibile con la lettura dell'art. 7 che si è sopraesposta; dall'altro lato, sembra tale da dare luogo ad un precetto il cui contenuto non sarebbe mai conoscibile *ex ante*, ma soltanto *ex post*, a seguito della avvenuta formulazione della valutazione del giudice (ed eventualmente dei suoi consulenti), in quanto non sarebbe mai possibile conoscere *ex ante*, quale sia l'alterazione della bellezza naturale che, sulla base di fattori soggettivi di gusto (non si vedono altri possibili criteri) il giudice penale potrebbe ritenere compatibile con la bellezza naturale protetta.

È chiaro peraltro che una simile fattispecie penale sarebbe priva dei necessari requisiti di determinatezza (ciò che non é conoscibile *ex ante*, è all'evidenza privo di qualsiasi carattere di predeterminazione), e tale da risultare sostanzialmente inutile, non essendo essa tale da comportare in alcun modo l'effetto preventivo o dissuasivo che dovrebbe essere proprio della norma penale; l'effetto presumibilmente ricollegabile a tale interpretazione potrebbe piuttosto consistere nel formarsi dell'opinione che la sorte penale delle opere (autorizzate) svolte in zone vincolate sarebbe affidata al caso, o, meglio, al gusto dei magistrati e dei loro consulenti, ciò che appare di difficile collocabilità nel vigente sistema penale, e certo scarsamente conforme alle finalità perseguite dal legislatore con la norma in questione.

d) Vanno quindi considerati elementi di carattere sistematico-costituzionale, ricavabili dall'art. 1 c.p. e dall'art. 25 della Costituzione.

L'art. 1 c.p. afferma, ai fini di cui si tratta, il principio di necessaria determinatezza del precetto penale; la Corte Costituzionale, in applicazione dell'art. 25 Cost. e del generale principio di determinatezza, ha provveduto a dichiarare l'incostituzionalità di varie fattispecie penali prive di tale carattere (Si veda, da ultimo, Corte Costituzionale, 6 febbraio 1995, n. 34, in *Foro It.*, 1995, I, 2773; con nota di richiami).

A fronte di quanto esposto al punto C, si ritiene che non dovrebbe propendersi per l'avversata interpretazione dell' art. 734, anche in base al noto criterio dell'opzione per l'interpretazione preferibile nell'ottica costituzionale.

e) Infine, va considerato che l'attività, una volta autorizzata ex art. 7, l. 1497, avrebbe natura di diritto; ciò che potrebbe essere rilevante ai fini dell'art. 51 c.p.; senza che possa trarsi una adeguata limitazione del diritto dalla norma penale caratterizzata dall'indeterminatezza che si è sopra descritta.

Allo stesso modo, l'autorizzazione resa (dall'autorità teoricamente concorrente nel reato), avrebbe, se legittima, natura di adempimento del dovere; con conseguente applicabilità anche in tale caso dell'art. 51 c.p.; la contestata applicazione dell'art. 734 darebbe quindi vita, a tale stregua, ad una figura di reato di probabile inutilità.

7) *Possibili conseguenze dell'interpretazione seguita dalle S.U.*

Un'interpretazione quale quella contrastata in queste pagine (ove ne fossero, come è avvenuto, fatte applicazioni nei confronti dei funzionari responsabili delle autorizzazioni) sarebbe tale da provocare:

— o il blocco (sotto forma di dinieghi ingiustificati, o di omissioni) di tali attività amministrative, con il conseguente inevitabile trasferimento delle relative questioni al Giudice Amministrativo;

— o, nel caso della regolare continuazione di tale attività da parte dei funzionari, l'insorgere di un presumibilmente elevato numero di segnalazioni, esposti, denuncie, con trasferimento delle relative questioni al giudice penale.

In entrambi i casi, nè l'amministrazione del territorio, nè l'amministrazione della giustizia, se ne gioverebbero, senza che vi siano (secondo quanto si è sinora esposto) ragioni interpretative che conducano a simili possibili negative eventualità.

* * *

Ritengo quindi, in base a quanto sopra esposto, che l'interpretazione attualmente prevalente in tema di compatibilità tra presenza di una autorizzazione amministrativa e applicabilità dell'art. 734 c.p., non sia condivisibile

Le notevoli controindicazioni — sia di carattere interpretativo, sia di carattere pratico — che presenta tale orientamento, sembrano tali da far auspicare un suo rapido riesame.

LIONELLO ORCALI

RASSEGNA DI LEGISLAZIONE

QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

I - NORME DICHIARATE INCOSTITUZIONALI

codice civile, art. 156, sesto comma, nella parte in cui non prevede che il giudice istruttore possa adottare, nel corso della causa di separazione, il provvedimento di sequestro di parte dei beni del coniuge obbligato al mantenimento.

Sentenza 19 luglio 1996, n. 258, *G.U.* 24 luglio 1996, n. 30.

codice civile, art. 262, nella parte in cui non prevede che il figlio naturale, nell'assumere il cognome del genitore che lo ha riconosciuto, possa ottenere dal giudice il riconoscimento del diritto a mantenere, anteponendolo o, a sua scelta, aggiungendolo a questo, il cognome precedentemente attribuitogli con atto formalmente legittimo, ove tale cognome sia divenuto autonomo segno distintivo della sua identità personale.

Sentenza 23 luglio 1996, n. 297, *G.U.* 31 luglio 1996, n. 31.

codice civile, art. 2738, secondo comma, nella parte in cui non prevede che il giudice civile possa conoscere del reato di falso giuramento al solo fine del risarcimento anche nel caso in cui la sentenza irrevocabile di assoluzione pronunziata nel giudizio penale non abbia efficacia di giudicato nei confronti del danneggiato.

Sentenza 4 aprile 1996, n. 105, *G.U.* 10 aprile 1996, n. 15.

codice di procedura civile, art. 70, nella parte in cui non prescrive l'intervento obbligatorio del pubblico ministero nei giudizi tra genitori naturali che comportino « provvedimenti relativi ai figli », nei sensi di cui agli artt. 9 della legge n. 898 del 1970 e 710 del codice di procedura civile come risulta a seguito della sentenza n. 416 del 1992.

Sentenza 25 giugno 1996, n. 214, *G.U.* 3 luglio 1996, n. 27.

codice di procedura civile, art. 238, primo comma, seconda proposizione, limitatamente alle parole « religiosa e ».

Sentenza 8 ottobre 1996, n. 334, *G.U.* 16 ottobre 1996, n. 42.

codice di procedura civile, art. 238, secondo comma, limitatamente alle parole « davanti a Dio e agli uomini ».

Sentenza 8 ottobre 1996, n. 334, *G.U.* 16 ottobre 1996, n. 42.

codice di procedura civile, art. 391-bis, introdotto con l'art. 67 della legge 26 novembre 1990, n. 353, nella parte in cui prevede un termine per la proposizione dell'istanza di correzione degli errori materiali delle sentenze della Corte di cassazione.

Sentenza 18 aprile 1996, n. 119, *G.U.* 24 aprile 1996, n. 17.

codice di procedura civile, art. 696, primo comma, nella parte in cui non prevede che il giudice possa disporre accertamento tecnico o ispezione giudiziale anche sulla persona nei cui confronti l'istanza è proposta, dopo averne acquisito il consenso.

Sentenza 19 luglio 1996, n. 257, *G.U.* 24 luglio 1996, n. 30.

codice penale, art. 708.

Sentenza 2 novembre 1996, n. 370, *G.U.* 6 novembre 1996, n. 45.

codice di procedura penale, art. 34, secondo comma, nella parte in cui non prevede:

l'incompatibilità alla funzione di giudizio del giudice che come componente del tribunale del riesame (art. 309 cod. proc. pen.) si sia pronunciato sull'ordinanza che dispone una misura cautelare personale nei confronti dell'indagato o dell'imputato;

l'incompatibilità alla funzione di giudizio del giudice che come componente del tribunale dell'appello avverso l'ordinanza che provvede in ordine a una misura cautelare personale nei confronti dell'indagato o dell'imputato (art. 310 cod. proc. pen.) si sia pronunciato su aspetti non esclusivamente formali dell'ordinanza anzidetta.

Sentenza 24 aprile 1996, n. 131, *G.U.* 30 aprile 1996, n. 18.

codice di procedura penale, art. 34, secondo comma, nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio abbreviato e disporre l'applicazione della pena su richiesta delle parti il giudice per le indagini preliminari che abbia disposto una misura cautelare personale.

Sentenza 20 maggio 1996, n. 155, *G.U.* 29 maggio 1996, n. 22.

codice di procedura penale, art. 34, secondo comma, nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio abbreviato e disporre l'applicazione della pena su richiesta delle parti il giudice per le indagini preliminari che abbia disposto la modifica, la sostituzione o la revoca di una misura cautelare personale ovvero che abbia rigettato una richiesta di applicazione, modifica, sostituzione o revoca di una misura cautelare personale.

Sentenza 20 maggio 1996, n. 155, *G.U.* 29 maggio 1996, n. 22.

codice di procedura penale, art. 34, secondo comma, nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio dibattimentale il giudice per le indagini preliminari che abbia disposto la modifica, la sostituzione o la revoca di una misura cautelare personale ovvero che abbia rigettato una richiesta di applicazione, modifica, sostituzione o revoca di una misura cautelare personale.

Sentenza 20 maggio 1996, n. 155, *G.U.* 29 maggio 1996, n. 22.

codice di procedura penale, art. 34, secondo comma, nella parte in cui non prevede che non possa disporre l'applicazione della pena su richiesta delle parti il giudice che, come componente del tribunale del riesame, si sia pronunciato sull'ordinanza che dispone una misura cautelare personale nei confronti dell'indagato o dell'imputato nonché il giudice che, come componente del tribunale dell'appello avverso l'ordinanza che provvede in ordine a una

misura cautelare personale nei confronti dell'indagato o dell'imputato, si sia pronunciato su aspetti non esclusivamente formali dell'ordinanza anzidetta.

Sentenza 20 maggio 1996, n. 155, *G.U.* 29 maggio 1996, n. 22.

codice di procedura penale, art. 34, secondo comma, nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio nei confronti di un imputato il giudice che abbia pronunciato o concorso a pronunciare una precedente sentenza nei confronti di altri soggetti, nella quale la posizione di quello stesso imputato in ordine alla sua responsabilità penale sia già stata comunque valutata.

Sentenza 2 novembre 1996, n. 371, *G.U.* 6 novembre 1996, n. 45.

codice di procedura penale, art. 47, primo comma, nella parte in cui fa divieto al giudice di pronunciare la sentenza fino a che non sia intervenuta l'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la richiesta di rimessione.

Sentenza 22 ottobre 1996, n. 353, *G.U.* 30 ottobre 1996, n. 44.

codice di procedura penale, art. 75, terzo comma, nella parte in cui non prevede che la disciplina ivi contenuta non trovi applicazione nel caso di accertato impedimento fisico permanente che non permetta all'imputato di comparire all'udienza, ove questi non consenta che il dibattimento prosegua in sua assenza.

Sentenza 22 ottobre 1996, n. 354, *G.U.* 30 ottobre 1996, n. 44.

codice di procedura penale, art. 224, secondo comma, nella parte in cui consente che il giudice, nell'ambito delle operazioni peritali, disponga misure che comunque incidano sulla libertà personale dell'indagato o dell'imputato o di terzi, al di fuori di quelle specificamente previste nei « casi » e nei « modi » dalla legge.

Sentenza 9 luglio 1996, n. 238, *G.U.* 17 luglio 1996, n. 29.

codice di procedura penale, art. 314, nella parte in cui non prevede il diritto all'equa riparazione anche per la detenzione ingiustamente patita a causa di erroneo ordine di esecuzione.

Sentenza 25 luglio 1996, n. 310, *G.U.* 31 luglio 1996, n. 31.

codice di procedura penale, art. 698, secondo comma.

Sentenza 27 giugno 1996, n. 223, *G.U.* 3 luglio 1996, n. 27.

r.d. 18 giugno 1931, n. 773, art. 138, primo comma, numero 5, nella parte in cui, stabilendo i requisiti che devono possedere le guardie particolari giurate: a) consente di valutare la condotta « politica » dell'aspirante; b) richiede una condotta morale « ottima » anziché « buona »; c) consente di valutare la condotta « morale » per aspetti non incidenti sull'attuale attitudine ed affidabilità dell'aspirante ad esercitare le relative funzioni.

Sentenza 25 luglio 1996, n. 311, *G.U.* 31 luglio 1996, n. 31.

d.P.R. 16 maggio 1960, n. 570, art. 83/11, primo comma [introdotto dall'art. 2 della legge 23 dicembre 1966, n. 1147], nella parte in cui fa decorrere il termine di dieci giorni per la notificazione del ricorso unitamente al decreto presidenziale di fissazione d'udienza dalla data di tale provvedimento anzichè dalla data di comunicazione di esso.

Sentenza 7 maggio 1996, n. 144, *G.U.* 15 maggio 1996, n. 20.

legge 18 ottobre 1961, n. 1168, art. 12, lettera f) e art. 34, n. 7, nella parte in cui non prevedono l'instaurarsi del procedimento disciplinare per la cessazione dal servizio continuativo per perdita del grado, conseguente alla pena accessoria della rimozione.

Sentenza 30 ottobre 1996, n. 363, *G.U.* 6 novembre 1996, n. 45.

legge 9 gennaio 1963, n. 9, art. 1, secondo comma, nella parte in cui preclude l'integrazione al minimo della pensione di riversibilità a carico del Fondo per coltivatori diretti, mezzadri e coloni in caso di cumulo con pensione di riversibilità dello Stato.

Sentenza 4 aprile 1996, n. 104, *G.U.* 10 aprile 1996, n. 15.

legge 9 gennaio 1963, art. 1, secondo comma, nella parte in cui preclude l'integrazione al minimo della pensione di riversibilità a carico del Fondo per coltivatori diretti, mezzadri e coloni, in caso di cumulo con pensione diretta erogata dal Fondo speciale addetti ai pubblici servizi di trasporto.

Sentenza 4 aprile 1996, n. 104, *G.U.* 10 aprile 1996, n. 15.

legge 30 dicembre 1971, n. 1204, art. 2, terzo comma, nella parte in cui non prevede l'inapplicabilità del divieto di licenziamento nel caso di recesso per esito negativo della prova.

Sntenza 31 maggio 1996, n. 172, *G.U.* 5 giugno 1996, n. 23.

d.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1032, art. 5, nella parte in cui esclude che, nell'assenza delle persone ivi indicate, l'indennità di buonuscita formi oggetto di successione per testamento o, in mancanza, per legge.

Sentenza 4 aprile 1996, n. 106, *G.U.* 10 aprile 1996, n. 15.

legge prov. aut. di Bolzano 7 gennaio 1977, n. 9, art. 6, ultimo comma [aggiunto dall'art. 1 della legge prov. 29 ottobre 1991, n. 30].

Sentenza 7 giugno 1996, n. 187, *G.U.* 12 giugno 1996, n. 24.

legge 24 gennaio 1978, n. 27, art. 3, ultimo comma, nella parte in cui non prevede avverso l'ingiunzione di pagamento dell'ufficio del registro, l'esperibilità dell'azione giudiziaria anche in mancanza del preventivo ricorso amministrativo.

Sentenza 4 luglio 1996, n. 233, *G.U.* 10 luglio 1996, n. 28.

d. Presid. giunta prov. Bolzano 28 dicembre 1978, n. 32, art. 29, come modificato dalla legge provinciale 26 marzo 1982, n. 10, nella parte in cui non prevede l'obbligo di versamento alla massa ereditaria, per la divisione suppletoria, anche dell'eccedenza, rispetto al prezzo di assunzione, del valore conseguito dall'assuntore a titolo di indennità di espropriazione per pubblica utilità intervenuta entro dieci anni dall'apertura della successione, con le stesse modalità e gli stessi limiti stabiliti per il caso di alienazione del maso.

Sentenza 18 ottobre 1996, n. 340, *G.U.* 23 ottobre 1996, n. 43.

legge 24 novembre 1981, n. 689, art. 102, secondo comma, nella parte in cui non consente che il lavoro sostitutivo, a richiesta del condannato, sia concesso anche nel caso in cui la pena pecuniaria da convertire sia superiore ad un milione.

Sentenza 21 giugno 1996, n. 206, *G.U.* 26 giugno 1996, n. 26.

legge 10 dicembre 1981, n. 741, art. 16 [che ha sostituito l'art. 47 del d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063], nella parte in cui non stabilisce che la competenza arbitrale può essere derogata anche con atto unilaterale di ciascuno dei contraenti.

Sentenza 9 maggio 1996, n. 152, *G.U.* 15 maggio 1996, n. 20.

legge reg. Friuli-Venezia Giulia 1 settembre 1982, n. 75, art. 63.

Sentenza 8 novembre 1996, n. 390, *G.U.* 13 novembre 1996, n. 46.

legge 4 maggio 1983, n. 184, art. 6, secondo comma, nella parte in cui non prevede che il giudice possa disporre l'adozione, valutando esclusivamente l'interesse del minore, quando l'età di uno dei coniugi adottanti superi di oltre quaranta anni l'età dell'adottando, pur rimanendo la differenza di età compresa in quella che di solito intercorre tra genitori e figli, se dalla mancata adozione deriva un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore.

Sentenza 24 luglio 1996, n. 303, *G.U.* 31 luglio 1996, n. 31.

legge 26 maggio 1984, n. 225, nella parte in cui dà esecuzione all'art. IX del trattato di estradizione tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo degli Stati Uniti d'America.

Sentenza 27 giugno 1996, n. 223, *G.U.* 3 luglio 1996, n. 27.

d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, art. 16, lettera b), nella parte in cui non ricomprende tra i redditi ammessi a tassazione separata l'indennità di disoccupazione.

Sentenza 22 luglio 1996, n. 287, *G.U.* 31 luglio 1996, n. 31.

d.P.R. 28 gennaio 1988, n. 43, art. 110.

Sentenza 9 luglio 1996, n. 239, *G.U.* 17 luglio 1996, n. 29.

legge 13 febbraio 1989, n. 401, art. 6, terzo comma [nel testo sostituito dall'art. 1 del d.l. 22 dicembre 1994, n. 717, convertito dalla legge 24 febbraio 1995,

n. 45], nella parte in cui prevede che la convalida del provvedimento adottato dal questore nei confronti del minore di età ai sensi del secondo comma dello stesso articolo spetti al giudice per le indagini preliminari presso la pretura del circondario in cui ha sede l'ufficio di questura anzichè al giudice per le indagini preliminari presso il tribunale per i minorenni competente per territorio.

Sentenza 7 maggio 1996, n. 143, *G.U.* 15 maggio 1996, n. 20,

legge 19 marzo 1990, n. 55, art. 15, primo comma, lettere a), b), c), d), nella parte in cui prevede la non candidabilità alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali, di coloro i quali siano stati condannati, per i delitti indicati, con sentenza non ancora passata in giudicato.

Sentenza 6 maggio 1996, n. 141, *G.U.* 8 maggio 1996, n. 19.

legge 19 marzo 1990, n. 55, art. 15, primo comma, lett. e), come modificato dall'art. 1 della legge 18 gennaio 1992, n. 16, nella parte in cui prevede la non candidabilità alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali di coloro per i quali, in relazione ai delitti indicati nella precedente lettera a), è stato disposto il giudizio, ovvero per coloro che sono stati presentati o citati a comparire in udenza per il giudizio.

Sentenza 6 maggio 1996, n. 141, *G.U.* 8 maggio 1996, n. 19.

legge 19 marzo 1990, n. 55, art. 15, primo comma, lett. f), nella parte in cui prevede la non candidabilità alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali di coloro nei cui confronti il tribunale ha applicato una misura di prevenzione quando il relativo provvedimento non abbia carattere definitivo.

Sentenza 6 maggio 1996, n. 141, *G.U.* 8 maggio 1996, n. 19.

legge 31 maggio 1990, n. 128, art. 28, secondo comma, limitatamente alle parole « e comunque fino alla data di entrata in vigore dei provvedimenti del Governo ».

Sentenza 18 aprile 1996, n. 117, *G.U.* 24 aprile 1996, n. 17.

legge 12 giugno 1990, n. 146, art. 2, primo e quinto comma, nella parte in cui non prevede, nel caso della astensione collettiva dall'attività giudiziaria degli avvocati e dei procuratori legali, l'obbligo di un congruo preavviso e di un ragionevole limite temporale dell'astensione e non prevede altresì gli strumenti idonei ad individuare e assicurare le prestazioni essenziali, nonchè le procedure e le misure conseguenziali nell'ipotesi di inosservanza.

Sentenza 27 maggio 1996, n. 171, *G.U.* 5 giugno 1996, n. 23.

legge 25 febbraio 1992, n. 210, artt. 2, secondo comma, e 3, settimo comma, nella parte in cui escludono, per il periodo ricompreso tra il manifestarsi dell'evento prima dell'entrata in vigore della predetta legge e l'ottenimento della prestazione determinata a norma della stessa legge, il diritto — fuori dell'ipotesi dell'art. 2043 del codice civile — a un equo indennizzo a carico dello Stato per le menomazioni riportate a causa di vaccinazione obbligatoria antipolio-

mielitica da quanti vi si siano sottoposti e da quanti abbiano prestato ai primi assistenza personale diretta.

Sentenza 18 aprile 1996, n. 118, *G.U.* 24 aprile 1996, n. 17.

decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, art. 134, secondo comma, nella parte in cui prevede la sanzione amministrativa accessoria della confisca del veicolo anche quando sia disposta la proroga della carta di circolazione successivamente al sequestro del veicolo.

Sentenza 12 aprile 1996, n. 110, *G.U.* 17 aprile 1996, n. 16.

decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, art. 201, primo comma, nella parte in cui, nell'ipotesi di identificazione dell'effettivo trasgressore o degli altri responsabili avvenuta successivamente alla commissione della violazione, fa decorrere il termine di centocinquanta giorni per la notifica della contestazione dalla data dell'avvenuta identificazione, anziché dalla data in cui risultino dai pubblici registri l'intestazione o le altre qualifiche dei soggetti responsabili o comunque dalla data in cui la pubblica ammnistrazione è posta in grado di provvedere alla loro identificazione.

Sentenza 17 giugno 1996, n. 198, *G.U.* 26 giugno 1996, n. 26.

decreto legge 11 luglio 1992, n. 333, art. 5-bis, sesto comma [convertito in legge 8 agosto 1992, n. 359, come sostituito dall'art. 1, comma 65, della legge 28 dicembre 1995, n. 549], nella parte in cui applica al « risarcimento del danno » i criteri di determinazione stabiliti per « il prezzo, l'entità dell'indennizzo ».

Sentenza 2 novembre 1996, n. 369, *G.U.* 6 novembre 1996, n. 45.

decreto legge 11 luglio 1992, n. 333, art. 11, secondo comma [convertito nella legge 8 agosto 1992, n. 359], nella parte in cui prevede come obbligatoria l'assistenza delle organizzazioni della proprietà edilizia e dei conduttori per la stipula di accordi in deroga alla legge 27 luglio 1978, n. 392.

Sentenza 25 luglio 1996, n. 309, *G.U.* 31 luglio 1996, n. 31.

legge 25 marzo 1993, n. 81, art. 5, nella parte in cui non prevede il rinvio delle elezioni ed il rinnovo della presentazione delle candidature a sindaco ed a consigliere comunale, in caso di decesso, intervenuto dopo la presentazione delle candidature e prima del giorno fissato per le elezioni, di un candidato alla carica di sindaco nei Comuni con popolazione fino a quindicimila abitanti.

Sentenza 24 luglio 1996, n. 304, *G.U.* 31 luglio 1996, n. 31.

legge 5 gennaio 1994, n. 24, art. 3, secondo comma, nella parte in cui non prevede l'applicazione della disposizione di cui al primo comma dello stesso articolo anche ai candidati ammessi con riserva al concorso indetto con decreto del Ministro della pubblica istruzione 12 aprile 1990, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 56-bis, quarta serie speciale, del 17 luglio 1990.

Sentenza 16 luglio 1996, n. 248, *G.U.* 24 luglio 1996, n. 30.

decreto legislativo 25 febbraio 1995, n. 77, art. 114, primo comma, lett. c).
Sentenza 28 marzo 1996, n. 87, *G.U.* 3 aprile 1996, n. 14.

legge reg. Lazio approvata il 20 aprile 1994 e riapprovata il 7 marzo 1995.
Sentenza 3 aprile 1996, n. 93, *G.U.* 10 aprile 1996, n. 15.

decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 220, relativamente alle Province autonome di Trento e di Bolzano.
Sentenza 24 aprile 1996, n. 126, *G.U.* 30 aprile 1996, n. 18.

legge approvata dall'Assemblea regionale siciliana il 16 maggio 1995, artt. 1, primo, secondo, terzo, settimo e ottavo comma; e 3.
Sentenza 24 aprile 1996, n. 127, *G..U.* 30 aprile 1996, n. 18.

legge approvata dall'Assemblea regionale siciliana il 16 maggio 1995, art. 4, secondo comma, nella parte in cui estende i criteri di determinazione del prezzo di cui all'art. 2 della legge regionale n. 43 del 1994, anche agli alloggi occupati dagli appartenenti alle forze dell'ordine, ai sensi della legge regionale n. 54 del 1985, non aventi le caratteristiche tipologiche previste dalla legge n. 457 del 1978.
Sentenza 24 aprile 1996, n. 127, *G..U.* 30 aprile 1996, n. 18.

legge approvata dall'Assemblea regionale siciliana il 19 ottobre 1995.
Sentenza 17 giugno 1996, n. 205, *G.U.* 26 giugno 1996, n. 26.

legge reg. Molise riapprovata il 31 ottobre 1995.
Sentenza 12 luglio 1996, n. 243, *G.U.* 17 luglio 1996, n. 29.

legge reg. Valle d'Aosta riapprovata dal consiglio regionale il 23 novembre 1995.
Sentenza 18 ottobre 1996, n. 352, *G.U.* 23 ottobre 1996, n. 43.

legge 11 gennaio 1996, n. 23, art. 4, primo, quinto e sesto comma, nella parte in cui prevede che i finanziamenti ivi contemplati sono concessi direttamente ai comuni nelle Province autonome di Trento e di Bolzano.
Sentenza 5 novembre 1996, n. 381, *G.U.* 13 novembre 1996, n. 46.

legge 11 gennaio 1996, n. 23, artt. 4, quarto e nono comma, e 5, nella parte in cui si applicano alle province autonome di Trento e Bolzano.
Sentenza 5 novembre 1996, n. 381, *G.U.* 13 novembre 1996, n. 46.

legge reg. Sicilia approvata il 24 marzo 1996, artt. 1, 2 e 3.
Sentenza 5 novembre 1996, n. 380, *G.U.* 13 novembre 1996, n. 46.

legge approvata dall'Assemblea regionale siciliana il 24 marzo 1996, art. 11, secondo comma.

Sentenza 2 novembre 1996, n. 372, *G.U.* 6 novembre 1996, n. 45.

decreto-legge 6 settembre 1996, n. 462, art. 6, quarto comma.

Sentenza 24 ottobre 1996, n. 360, *G.U.* 30 ottobre 1996, n. 44.

II - QUESTIONI DICHIARATE NON FONDATE

codice civile, art. 872, capoverso (artt. 3, 24, 42 e 97 della Costituzione).

Sentenza 18 aprile 1996, n. 120, *G.U.* 24 aprile 1996, n. 17.

codice civile, art. 2751-bis, n. 5.

Sentenza 24 luglio 1996, n. 307, *G.U.* 21 agosto 1996, n. 34.

codice civile, art. 2917 (art. 3 della Costituzione).

Sentenza 2 novembre 1996, n. 374, *G.U.* 6 novembre 1996, n. 45.

codice di procedura civile, artt. 85 e 169, secondo comma (artt. 3, 24 e 41, secondo comma, della Costituzione).

Sentenza 27 maggio 1996, n. 171, *G.U.* 5 giugno 1996, n. 23.

codice di procedura civile, art. 279, quarto comma, seconda parte (artt. 3 e 97 della Costituzione).

Sentenza 31 maggio 1996, n. 182, *G.U.* 5 giugno 1996, n. 23.

codice di procedura civile, art. 384 (artt. 3, 24 e 101 della Costituzione).

Sentenza 3 luglio 1996, n. 224, *G.U.* 10 luglio 1996, n. 28.

codice di procedura civile, artt. 642 e 649 (artt. 3 e 24 della Costituzione).

Sentenza 17 giugno 1996, n. 200, *G.U.* 26 giugno 1996, n. 26.

codice di procedura civile, art. 669-octies, primo comma (artt. 3 e 24 della Costituzione).

Sentenza 22 ottobre 1996, n. 358, *G.U.* 30 ottobre 1996, n. 44.

codice di procedura civile, artt. 669-duodecies, 669-septies e 669-octies (artt. 3 e 24 della Costituzione).

Sentenza 27 maggio 1996, n. 171, *G.U.* 5 giugno 1996, n. 23.

codice penale, art. 707 (artt. 3, 25 e 27 della Costituzione).

Sentenza 2 novembre 1996, n. 370, *G.U.* 6 novembre 1996, n. 45.

codice di procedura penale, art. 34, nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio direttissimo il pretore che abbia convalidato l'arresto ed applicato una misura cautelare nei confronti dell'imputato (artt. 24 e 101 della Costituzione).

Sentenza 31 maggio 1996, n. 177, *G.U.* 5 giugno 1996, n. 23.

codice di procedura penale, art. 34, secondo comma, nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio il giudice che nel dibattimento abbia emanato un provvedimento di custodia cautelare nei confronti dell'imputato per un reato oggetto di contestazione suppletiva (artt. 3, primo comma, e 24, secondo comma, della Costituzione).

Sentenza 31 maggio 1996, n. 177, *G.U.* 5 giugno 1996, n. 23.

codice di procedura penale, artt. 79 e 519 (artt. 3, primo comma, e 24, primo e secondo comma, della Costituzione).

Sentenza 3 aprile 1996, n. 98, *G.U.* 10 aprile 1996, n. 15.

codice di procedura penale, art. 280 (artt. 3 e 112 della Costituzione).

Sentenza 7 giugno 1996, n. 188, *G.U.* 12 giugno 1996, n. 24.

codice di procedura penale, artt. 280 e 287 (art. 3 della Costituzione).

Sentenza 7 giugno 1996, n. 188, *G.U.* 12 giugno 1996, n. 24.

codice di procedura penale, art. 294, sesto comma (artt. 3 e 24 della Costituzione).

Sentenza 5 novembre 1996, n. 384, *G.U.* 13 novembre 1996, n. 46.

codice di procedura penale, art. 297, terzo comma (art. 3 della Costituzione).

Sentenza 28 marzo 1996, n. 89, *G.U.* 3 aprile 1996, n. 14.

codice di procedura penale, art. 381, primo comma (art. 3 della Costituzione).

Sentenza 7 giugno 1996, n. 188, *G.U.* 12 giugno 1996, n. 24.

codice di procedura penale, art. 381, secondo comma, lett. c), nonchè art. 207 disposiz. attuaz. c.p.p. (art. 3 della Costituzione).

Sentenza 7 giugno 1996, n. 188, *G.U.* 12 giugno 1996, n. 24.

codice di procedura penale, art. 420, terzo comma (art. 24, secondo comma, della Costituzione).

Sentenza 31 maggio 1996, n. 175, *G.U.* 5 giugno 1996, n. 23.

codice di procedura penale, art. 430 (artt. 3 e 24 della Costituzione).
Sentenza 3 aprile 1996, n. 95, *G.U.* 10 aprile 1996, n. 15.

codice di procedura penale, art. 486, quinto comma (artt. 2, 10, 24, 101, 102 e 134 della Costituzione).
Sentenza 27 maggio 1996, n. 171, *G.U.* 5 giugno 1996, n. 23.

codice di procedura penale, art. 486, quinto comma (artt. 2, 24, 97, 101, secondo comma, e 112 della Costituzione).
Sentenza 27 maggio 1996, n. 171, *G.U.* 5 giugno 1996, n. 23.

codice di procedura penale, art. 486, quinto comma (artt. 3, 21 e 40 della Costituzione).
Sentenza 27 maggio 1996, n. 171, *G.U.* 5 giugno 1996, n. 23.

codice di procedura penale, art. 486, quinto comma (artt. 97, 112 e 101 della Costituzione).
Sentenza 27 maggio 1996, n. 171, *G.U.* 5 giugno 1996, n. 23.

codice di procedura penale, artt. 540, primo comma, e 78 (artt. 3 e 24 della Costituzione).
Sentenza 3 aprile 1996, n. 94, *G.U.* 10 aprile 1996, n. 15.

codice di procedura penale, artt. 540, primo comma, e 600, secondo comma (art. 3 della Costituzione).
Sentenza 3 aprile 1996, n. 94, *G.U.* 10 aprile 1996, n. 15.

codice di procedura penale, art. 673 (artt. 3 e 25 della Costituzione).
Sentenza 3 aprile 1996, n. 96, *G.U.* 10 aprile 1996, n. 15.

codice di procedura penale, artt. 723, primo comma, e 725, secondo comma (artt. 3, 24 e 76 della Costituzione).
Sentenza 8 ottobre 1996, n. 336, *G.U.* 16 ottobre 1996, n. 42.

codice di procedura penale, disposizioni di attuazione, art. 101 (art. 24 della Costituzione).
Sentenza 25 giugno 1996, n. 216, *G.U.* 3 luglio 1996, n. 27.

codice penale militare di pace, approvato con r.d. 20 febbraio 1941, n. 303, art. 33 (artt. 3 e 27 della Costituzione).
Sentenza 30 ottobre 1996, n. 363, *G.U.* 6 novembre 1996, n. 45.

legge 11 marzo 1926, n. 416, art. 5 ,primo, terzo e quarto comma (artt. 3 e 97 della Costituzione).

Sentenza 5 novembre 1996, n. 383, *G.U.* 13 novembre 1996, n. 46.

r.d. 16 marzo 1942, n. 267, art. 146, terzo comma (artt. 33, 24, secondo comma, e 101, secondo comma, della Costituzione).

Sentenza 8 maggio 1996, n. 148, *G.U.* 15 maggio 1996, n. 20.

decreto legislativo 22 gennaio 1948, n. 66, art. 1, primo e terzo comma (artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione).

Sentenza 25 giugno 1996, n. 217, *G.U.* 3 luglio 1996, n. 27.

legge 21 marzo 1953, n. 161, art. 3, secondo comma (art. 24, secondo comma, della Costituzione).

Sentenza 31 maggio 1996, n. 173, *G.U.* 5 giugno 1996, n. 23.

legge 13 maggio 1961, n. 469, art. 2, lettera c) (artt. 3 e 41 della Costituzione).

Sentenza 3 aprile 1996, n. 97, *G.U.* 10 aprile 1996, n. 15.

legge 6 agosto 1967, n. 765, art. 17, lettera c) (artt. 3, 24, 42 e 97 della Costituzione).

Sentenza 18 aprile 1996, n. 120, *G.U.* 24 aprile 1996, n. 17.

legge 8 marzo 1968, n. 152, art. 5, primo comma, lettera a) (art. 36 della Costituzione).

Sentenza 7 maggio 1996, n. 145, *G.U.* 15 maggio 1996, n. 20.

legge 24 dicembre 1969, n. 990, art. 4, lettera a) (artt. 3 e 32 della Costituzione).

Sentenza 23 luglio 1996, n. 301, *G.U.* 14 agosto 1996, n. 33.

legge 20 maggio 1970, n. 300, art. 19 (artt. 3 e 39 della Costituzione).

Sentenza 12 luglio 1996, n. 244, *G.U.* 31 luglio 1996, n. 31.

legge reg. Liguria 29 marzo 1973, n. 9, art. 4, n. 3 (art. 23 della Costituzione).

Sentenza 31 maggio 1996, n. 180, *G.U.* 5 giugno 1996, n. 23.

d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, art. 44, primo comma (artt. 3, 23, 42 e 53 della Costituzione).

Sentenza 20 maggio 1996, n. 157, *G.U.* 29 maggio 1996, n. 22.

d.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1092, art. 13, primo comma (art. 3 della Costituzione).

Sentenza 12 aprile 1996, n. 112, *G.U.* 17 aprile 1996, n. 16.

legge 26 luglio 1975, n. 354, art. 41-bis, secondo comma, e 14-ter (artt. 13, secondo comma, 3, primo comma, 27, terzo comma, e 113, primo e secondo comma, della Costituzione).

Sentenza 18 ottobre 1996, n. 351, *G.U.* 23 ottobre 1996, n. 43.

legge 26 luglio 1975, n. 354, art. 47-ter, primo comma, n. 3 e settimo comma (artt. 3 e 27 della Costituzione).

Sentenza 24 maggio 1996, n. 165, *G.U.* 29 maggio 1996, n. 22.

legge 26 luglio 1975, n. 354, art. 58-quater, primo e secondo comma (artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione).

Sentenza 31 maggio 1996, n. 181, *G.U.* 5 giugno 1996, n. 23.

legge 10 maggio 1976, n. 319, art. 23, primo e secondo comma (art. 3 della Costituzione).

Sentenza 30 luglio 1996, n. 331, *G.U.* 28 agosto 1996, n. 35.

d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, art. 27 (art. 23 della Costituzione).

Sentenza 31 maggio 1996, n. 180, *G.U.* 5 giugno 1996, n. 23.

legge 9 febbraio 1979, n. 38, art. 34 (artt. 3, 31 e 32 della Costituzione).

Sentenza 21 giugno 1996, n. 211, *G.U.* 26 giugno 1996, n. 26.

d.l. 15 dicembre 1979, n. 629, art. 7, nono comma [convertito in legge 15 febbraio 1980, n. 25] (artt. 2, 3 e 97 della Costituzione).

Sentenza 18 aprile 1996, n. 121, *G.U.* 24 aprile 1996, n. 17.

d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382, art. 74, ultimo comma (art. 34, terzo e quarto comma, della Costituzione).

Sentenza 21 giugno 1996, n. 208, *G.U.* 26 giugno 1996, n. 26.

legge reg. Liguria 29 giugno 1981, n. 23, art. 7 (art. 23 della Costituzione).

Sentenza 31 maggio 1996, n. 180, *G.U.* 5 giugno 1996, n. 23.

legge 7 agosto 1982, n. 516, art. 1, quarto comma, lettera a) [nel testo modificato dalla legge 15 maggio 1991, n. 151] (art. 3 della Costituzione).

Sentenza 3 luglio 1996, n. 225, *G.U.* 10 luglio 1996, n. 28.

d.l. 12 settembre 1983, n. 463, art. 6, comma 11-quinquies [convertito in legge 11 novembre 1983, n. 638] (artt. 3 e 38, secondo comma, della Costituzione).

Sentenza 24 maggio 1996, n. 166, *G.U.* 29 maggio 1996, n. 22.

legge reg. Liguria 11 giugno 1984, n. 30, art. 14 (art. 23 della Costituzione).

Sentenza 31 maggio 1996, n. 180, *G.U.* 5 giugno 1996, n. 23.

legge 28 febbraio 1985, n. 47, art. 22, primo comma [come modificato dall'art. 8, ottavo comma, del d.l. 25 maggio 1996, n. 285] (artt. 112, 9, 32 e 77 della Costituzione).

Sentenza 22 luglio 1996, n. 270, *G.U.* 7 agosto 1996, n. 32.

legge 28 febbraio 1985, n. 47, artt. 38 e 35, ventesimo comma (art. 32, primo comma, della Costituzione).

Sentenza 18 luglio 1996, n. 256, *G.U.* 31 luglio 1996, n. 31.

legge 17 maggio 1985, n. 210, art. 24, sesto comma (artt. 3, primo comma, e 32, primo comma, della Costituzione).

Sentenza 31 maggio 1996, n. 176, *G.U.* 5 giugno 1996, n. 23.

legge 8 agosto 1985, n. 443, art. 13, sesto comma (artt. 3, 24 e 117 della Costituzione).

Sentenza 24 luglio 1996, n. 307, *G.U.* 21 agosto 1996, n. 34.

legge reg. Sicilia 29 ottobre 1985, n. 41, art. 68, quinto e sesto comma (artt. 3 e 97 della Costituzione).

Sentenza 19 luglio 1996, n. 260, *G.U.* 31 luglio 1996, n. 31.

legge 26 febbraio 1987, n. 49, art. 31 (artt. 3, 31 e 32 della Costituzione).

Sentenza 21 giugno 1996, n. 211, *G.U.* 26 giugno 1996, n. 26.

d.l. 21 settembre 1987, n. 387, art. 5-bis [convertito in legge 20 novembre 1987, n. 472] (artt. 3 e 97 della Costituzione).

Sentenza 21 giugno 1996, n. 209, *G.U.* 26 giugno 1996, n. 26.

d.l. 3 maggio 1988, n. 140, art. 3 [convertito in legge 4 luglio 1988, n. 246] (artt. 3, primo comma, e 97, primo comma, della Costituzione).

Sentenza 21 giugno 1996, n. 210, *G.U.* 26 giugno 1996, n. 26.

legge 13 dicembre 1989, n. 401, art. 6, terzo comma [come sostituito dall'art. 1 della legge 24 febbraio 1995, n. 45] (art. 3 della Costituzione).

Sentenza 12 giugno 1996, n. 193, *G.U.* 19 giugno 1996, n. 25.

d.l. 22 gennaio 1990, n. 6, art. 3, comma 8-bis [convertito in legge 24 marzo 1990, n. 58] (artt. 3 e 38 della Costituzione).

Sentenza 4 luglio 1996, n. 234, *G.U.* 17 luglio 1996, n. 29.

legge 19 marzo 1990, n. 55, art. 15, primo comma, lettera a) [come modificato dall'art. 1 della legge 18 gennaio 1992, n. 16] (artt. 3 e 51 della Costituzione).

Sentenza 30 ottobre 1996, n. 364, *G.U.* 6 novembre 1996, n. 45.

legge 8 giugno 1990, n. 142, artt. 58, secondo comma, e 64, primo comma (artt. 3, primo comma, 97, primo e secondo comma, e 103, secondo comma, della Costituzione).

Sentenza 2 novembre 1996, n. 378, *G.U.* 6 novembre 1996, n. 45.

legge 12 giugno 1990, n. 146, artt. 1, secondo comma, e 2, terzo comma (artt. 3 e 24 della Costituzione).

Sentenza 27 maggio 1996, n. 171, *G.U.* 5 giugno 1996, n. 23.

legge 12 giugno 1990, n. 146, artt. 1, secondo comma; 2, secondo e terzo comma; 8, secondo comma (artt. 3, 39 e 40 della Costituzione).

Sentenza 18 ottobre 1996, n. 344, *G.U.* 23 ottobre 1996, n. 43.

legge 12 giugno 1990, n. 146, art. 2, commi 2, 3, 4, 6 e 7 e artt. 4, 8, 12 e 13 (artt. 3, 24, secondo comma, e 97 della Costituzione).

Sentenza 27 maggio 1996, n. 171, *G.U.* 5 giugno 1996, n. 23.

d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, artt. 14, lettera b), numeri 1 e 2, e 73, commi 4 e 5 (artt. 3, 13 e 25 della Costituzione).

Sentenza 23 luglio 1996, n. 296, *G..U.* 14 agosto 1996, n. 33.

legge reg. Campania 4 luglio 1991, n. 13, art. 4, secondo comma, lettera d) (artt. 3 e 97 della Costituzione).

Sentenza 29 aprile 1996, n. 133, *G.U.* 8 maggio 1996, n. 19.

legge 10 luglio 1991, n. 201, art. 1, terzo comma (artt. 3, 10, 24 e 97 della Costituzione).

Sentenza 7 maggio 1996, n. 146, *G.U.* 15 maggio 1996, n. 20.

d. lgs. 15 agosto 1991, n. 277, art. 41, primo comma (artt. 25 e 70 della Costituzione).

Sentenza 25 luglio 1996, n. 312, *G.U.* 21 agosto 1996, n. 34.

d.l. 13 settembre 1991, n. 299, art. 1, ottavo comma [convertito in legge 18 novembre 1991, n. 363] (artt. 3 e 53 della Costituzione).

Sentenza 16 luglio 1996, n. 251, *G.U.* 31 luglio 1996, n. 31.

legge 19 ottobre 1991, n. 349, art. 2, primo comma (art. 41 della Costituzione).

Sentenza 4 luglio 1996, n. 236, *G.U.* 17 luglio 1996, n. 29.

legge 30 dicembre 1991, n. 412, art. 16, sesto comma (artt. 3 e 38, secondo comma, della Costituzione).

Sentenza 24 ottobre 1996, n. 361, *G.U.* 30 ottobre 1996, n. 44.

d.l. 7 gennaio 1992, n. 5, art. 4, primo comma [conv. in legge 6 marzo 1992, n. 216] (artt. 3, 36, 38 e 97 della Costituzione).

Sentenza 9 luglio 1996, n. 241, *G.U.* 24 luglio 1996, n. 30.

d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 80, art. 2, primo comma (artt. 76 e 3 della Costituzione).

Sentenza 9 luglio 1996, n. 240, *G.U.* 24 luglio 1996, n. 30.

legge 5 febbraio 1992, n. 104, art. 33, quinto comma (art. 3 della Costituzione).

Sentenza 29 luglio 1996, n. 325, *G.U.* 28 agosto 1996, n. 35.

codice della strada (d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285), art. 176, secondo comma (art. 3 della Costituzione).

Sentenza 2 novembre 1996, n. 373, *G.U.* 6 novembre 1996, n. 45.

d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, art. 187, secondo comma (artt. 13, primo e secondo comma, 24, secondo comma e 32, secondo comma, della Costituzione).

Sentenza 12 giugno 1996, n. 194, *G.U.* 19 giugno 1996, n. 25.

d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, art. 189, sesto comma (artt. 76 e 3, primo comma, della Costituzione).

Sentenza 24 luglio 1996, n. 305, *G.U.* 21 agosto 1996, n. 34.

d.l. 19 settembre 1992, n. 384, art. 4, terzo comma [convertito in legge 14 novembre 1992, n. 438] (artt. 24 e 38, secondo comma, della Costituzione).

Sentenza 24 aprile 1996, n. 128, *G.U.* 30 aprile 1996, n. 18.

legge 23 ottobre 1992, n. 421, art. 2, primo comma, lettera a) (artt. 3 e 97 della Costituzione).

Sentenza 25 luglio 1996, n. 313, *G.U.* 21 agosto 1996, n. 34.

legge 23 ottobre 1992, n. 421, art. 4, primo comma, lettera a), nn. 1, 2, 3, 6 e 7 (art. 53 della Costituzione).

Sentenza 12 aprile 1996, n. 113, *G.U.* 17 aprile 1996, n. 16.

d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, artt. 1, 6 e 7 (art. 53 della Costituzione).

Sentenza 12 aprile 1996, n. 113, *G.U.* 17 aprile 1996, n. 16.

d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, artt. 2, commi secondo e quarto, 16, 17 e 20, primo comma (artt. 3 e 97 della Costituzione).

Sentenza 25 luglio 1996, n. 313, *G.U.* 21 agosto 1996, n. 34.

legge 25 marzo 1993, n. 81, art. 7, sesto comma (artt. 3, primo comma, 48, secondo comma e 97 della Costituzione).

Sentenza 4 aprile 1996, n. 107, *G.U.* 10 aprile 1996, n. 15.

legge 25 marzo 1993, n. 81, art. 7, settimo comma (artt. 1, secondo comma, 3, 48, secondo comma, 49 e 51, primo comma, della Costituzione).

Sentenza 29 aprile 1996, n. 135, *G.U.* 8 maggio 1996, n. 19.

d.l. 29 marzo 1993, n. 82, art. 3 [convertito nella legge 27 maggio 1993, n. 162] (artt. 3, 41 e 101 della Costituzione).

Sentenza 5 novembre 1996, n. 386, *G.U.* 13 novembre 1996, n. 46.

legge reg. Lazio 5 maggio 1993 n. 27,art. 39, quarto e quinto comma (artt. 25 e 117 della Costituzione).

Sentenza 22 ottobre 1996, n. 355, *G.U.* 30 ottobre 1996, n. 44.

d.lgs. 10 novembre 1993, n. 470, art. 16 (art. 76 della Costituzione).

Sentenza 28 marzo 1996, n. 88, *G.U.* 3 aprile 1996, n. 14.

d.l. 15 novembre 1993, n. 453, art. 1, settimo comma [convertito in legge 14 gennaio 1994, n. 19] (art. 101, secondo comma, della Costituzione).

Sentenza 2 novembre 1996, n. 375, *G.U.* 6 novembre 1996, n. 45.

d.l. 15 novembre 1993, n. 453, art. 5, terzo comma, lettera a) [convertito in legge 14 gennaio 1994, n. 19] (art. 97 della Costituzione).

Sentenza 2 novembre 1996, n. 375, *G.U.* 6 novembre 1996, n. 45.

legge 24 dicembre 1993, n. 537, art. 11, quarto comma (artt. 38, primo e secondo comma, 3 e 24 della Costituzione).

Sentenza 5 novembre 1996, n. 382, *G.U.* 13 novembre 1996, n. 46.

legge 5 gennaio 1994, n. 36, art. 1, primo comma (artt. 2, 3 e 42 della Costituzione).

Sentenza 19 luglio 1996, n. 259, *G.U.* 31 luglio 1996, n. 31.

legge 5 gennaio 1994, n. 36, art. 26, terzo comma (artt. 3 e 11 della Costituzione).

Sentenza 26 luglio 1996, n. 317, *G.U.* 21 agosto 1996, n. 34.

legge 11 febbraio 1994, n. 109, art. 31-bis, terzo comma (artt. 3, 24, 97 e 113 della Costituzione).

Sentenza 16 luglio 1996, n. 249, *G.U.* 31 luglio 1996, n. 31.

legge 23 dicembre 1994, n. 724, art. 39 (art. 32, primo comma, della Costituzione).

Sentenza 18 luglio 1996, n. 256, *G.U.* 31 luglio 1996, n. 31.

legge 23 dicembre 1994, n. 724, art. 39, primo comma (art. 9 della Costituzione).

Sentenza 23 luglio 1996, n. 302, *G.U.* 14 agosto 1996, n. 33.

decreto legislativo 25 febbraio 1995, n. 77, artt. 16 e 123, primo comma, lett. h) (artt. 76, 115, 117 e 128 della Costituzione).

Sentenza 28 marzo 1996, n. 87, *G.U.* 3 aprile 1996, n .14.

d.l. 17 marzo 1995, n. 79 (artt. 3, 25, 77 della Costituzione).
Sentenza 29 luglio 1996, n. 330, *G.U.* 28 agosto 1996, n. 35.

d.l. 17 marzo 1995, n. 79, art. 3, primo comma, secondo periodo [convertito nella legge 17 maggio 1995, n. 172] (artt. 3, 10, 11, 25 e 77 della Costituzione).
Sentenza 29 luglio 1996, n. 330, *G.U.* 28 agosto 1996, n. 35.

d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, art. 25 (artt. 117, 118, 11 e 77 della Costituzione).
Sentenza 29 aprile 1996, n. 132, *G.U.* 8 maggio 1996, n. 19.

legge approvata dall'Assemblea regionale siciliana il 16 maggio 1995 (artt. 3 e 97 della Costituzione e art. 12 dello Statuto speciale).
Sentenza 24 aprile 1996, n. 127, *G.U.* 30 aprile 1996, n. 18.

legge approvata dall'Assemblea regionale siciliana il 16 maggio 1995, art. 1, quarto e quinto comma (artt. 3 e 97 della Costituzione).
Sentenza 24 aprile 1996, n. 127, *G.U.* 30 aprile 1996, n. 18.

legge approvata dall'Assemblea regionale siciliana il 16 maggio 1995, art. 1, sesto comma (artt. 3, 97, 101 e 103 della Costituzione).
Sentenza 24 aprile 1996, n. 127, *G.U.* 30 aprile 1996, n. 18.

legge approvata dall'Assemblea regionale siciliana il 16 maggio 1995, art. 2 (artt. 3, 81, quarto comma, e 97 della Costituzione; art. 17, lettera f) dello Statuto speciale).
Sentenza 24 aprile 1996, n. 127, *G.U.* 30 aprile 1996, n. 18.

legge approvata dall'Assemblea regionale siciliana il 16 maggio 1995, art. 6 (art. 14 dello Statuto speciale e art. 11 della Costituzione).
Sentenza 24 aprile 1996, n. 127, *G.U.* 30 aprile 1996, n. 18.

legge 17 maggio 1995, n. 172, art. 1, secondo comma (artt. 9, 10, 25, 32 e 77 della Costituzione).
Sentenza 29 luglio 1996, n. 330, *G.U.* 28 agosto 1996, n. 35.

legge approv. dall'Ass. reg. sicliana il 4 agosto 1995, artt. 1, 2 e 3 (artt. 3 e 97 della Costituzione).
Sentenza 29 aprile 1996, n. 134, *G.U.* 8 maggio 1996, n. 19.

legge approvata dall'Ass. reg. siciliana il 4 agosto 1995, artt. 1, 2 e 3 (art. 17, lett. f) dello statuto speciale).
Sentenza 29 aprile 1996, n. 134, *G.U.* 8 maggio 1996, n. 19.

legge reg. Valle d'Aosta riapprovata il 23 novembre 1995 (artt. 3, 16, 41 e 120 della Costituzione).
Sentenza 19 luglio 1996, n. 264, *G.U.* 31 luglio 1996, n. 31.

legge reg. Sicilia 21 dicembre 1995, n. 85, artt. 1, terzo comma, 11 e 12, commi da 1 a 9 (artt. 3 e 97 della Costituzione e 17, lettera f) dello statuto speciale reg. Sicilia).

Sentenza 22 luglio 1996, n. 271, *G.U.* 7 agosto 1996, n. 32.

legge reg. Sicilia 21 dicembre 1995, n. 85, art. 17 (art. 11 della Costituzione).

Sentenza 22 luglio 1996, n. 271, *G.U.* 7 agosto 1996, n. 32.

legge 11 gennaio 1996, n. 23, art. 7, quarto comma (artt. 8, primo comma, nn. 1, 17 e 28; 16 e 104 dello statuto spec. Trentino-Alto Adige; artt. 116 della Costituzione e 8, primo comma, n. 1, statuto speciale Trentino-Alto Adige).

Sentenza 5 novembre 1996, n. 381, *G.U.* 13 novembre 1996, n. 46.

legge approvata dall'Assemblea regionale siciliana il 24 marzo 1996, art. 14 (artt. 3, 51 e 97 della Costituzione).

Sentenza 2 novembre 1996, n. 372, *G.U.* 6 novembre 1996, n. 45.

legge approvata dall'Assemblea regionale siciliana il 24 marzo 1996, art. 21 (artt. 3, 51 e 97 della Costituzione).

Sentenza 2 novembre 1996, n. 372, *G.U.* 6 novembre 1996, n. 45.

legge approvata dall'Assemblea regionale siciliana il 24 marzo 1996, art. 23 (art. 3 dello statuto spec. reg. siciliana).

Sentenza 2 novembre 1996, n. 372, *G.U.* 6 novembre 1996, n. 45.

CONSULTAZIONI

ACQUE - *Acque divenute pubbliche ex art. 1 legge 36/94 - Riconoscimento del diritto di uso delle stesse - Norme regolatrici del procedimento; organi competenti a provvedere; soggetti aventi diritto - Concessione ex art. 4 r.d. 1775/33 - Soggetti legittimati a richiederla.*

Acque che hanno assunto natura pubblica per effetto dell'art. 1, primo comma, legge 36/94: quali soggetti possano richiedere il riconoscimento al diritto di uso delle stesse, quali siano le norme che disciplinano il procedimento di riconoscimento e l'impugnativa del diniego di questo, quali siano gli organi competenti a provvedere sulla domanda di riconoscimento; quali soggetti possano ottenere la concessione ex art. 4 r.d. 1775/33 (cs. 10159/94).

ANTICHITÀ E BELLE ARTI - *Cose di interesse artistico e storico - Apposizione di vincolo sulla proprietà privata - Comunicazione di avvio di procedimento ex art. 7 l. 241/90 - Problematiche (necessità ed, eventualmente conseguenze del mancato invio, ecc.).*

Imposizione di vincolo storico-artistico sulla proprietà privata:

a) quando — e con quali modalità — l'Amministrazione possa esimersi dal dare notizia agli interessati dell'avvio del provedimento volto all'apposizione di siffatto vincolo;

b) da quale organo, con quale modalità e a chi debba essere fatta la comunicazione dell'avvio del procedimento; quali conseguenze derivino dal mancato invio di questa; quali attività possano svolgere coloro che la ricevano (cs. 1265/96).

Cose di interesse artistico e storico - Cose di proprietà privata – Alienazione o trasmissione - Complesso immobiliare sito in Roma e noto come Villa Blanc - Sentenza resa dal Tribunale di Roma nei confronti della Sogene S.p.A., della Lases S.r.l., del Ministero dei Beni Culturali e Ambientali, del Ministero delle Finanze - Opportunità di proporre impugnazione - Valutazione.

Esame dell'opportunità di proporre appello avverso sentenza resa dal Tribunale di Roma (in giudizio in cui siano stati convenuti anche il Ministero delle Finanze e il Ministero dei Beni Culturali) con la quale è stato dichiarato che il contratto di compravendita, intercorso tra la S.p.A. Sogene e la Lases S.r.l., avente ad oggetto il complesso immobiliare sito in Roma, noto come Villa Blanc, è stato reso — ab origine — inefficace dal decreto emesso dal Ministero dei Beni Culturali e Ambientali di concerto con quello delle Finanze, in esercizio della facoltà di prelazione — ex art. 31 l. 1089/39 — sul ridetto complesso immobiliare; decreto per il quale la Corte dei Conti ha rifiutato la registrazione con effetto di annullamento (ct. 18813/94).

Erogazioni alla veneranda Arca di S. Antonio - Per il restauro di affreschi (di primaria importanza storico-artistica) della Basilica di S. Antonio da Padova - Detrazione di imposta ex art. 3 l. 512/82 e 13bis d.P.R. 917/86 - Se spetti.

Se possa spettare la detrazione di imposta (art. 3 l. 512/82 e 13 bis d.P.R. 917/86) prevista per le erogazioni liberali a favore dello Stato, di enti pubblici o morali privati, destinate al restauro di cose di interesse storico-artistico, per

il restauro di affreschi (ritenuti di primaria rilevanza artistica e storica) della basilica di S. Antonio da Padova (ceduta dallo Stato italiano alla Santa Sede, con il Concordato del 1929) eseguito dalla Veneranda Arca di S. Antonio con fondi messi a disposizione da terzi (cs. 3737/94).

Imposta di successione - Cessione di beni culturali in pagamento - Proposta - Reiezione - Senza aver acquisito il parere della commissione consultiva ex art. 42 bis d.P.R. 637/72 - Possibilità.

Proposta di cessione di beni culturali in pagamento di imposta di successione: se possa essere rigettata senza prima aver acquisito il parere della Commissione Consultiva di cui al quarto comma dell'art. 42 bis d.P.R. 637/72 (ora art. 39, quarto comma, d.lgs. 346/90) (cs. 5912/94).

ASSISTENZA E BENEFICENZA PUBBLICA - PRESTAZIONI ASSISTENZIALI - *Pensione di inabilità, assegno mensile ex art. 13 l. 118/71, indennità di accompagnamento - Prescrizione del diritto e dei diritti accessori - Fattispecie.*

Provvidenze economiche in favore degli invalidi civili:

a) provvidenze economiche erogate in via amministrativa limitatamente al capitale: se il suddetto pagamento abbia effetti — ed eventualmente quali — sul termine di prescrizione del diritto agli interessi o alla rivalutazione monetaria sulle somme pagate;

b) istanze amministrative di riconoscimento dei considerati benefici prese in esame decorso un decennio dalla loro presentazione: quali determinazioni vadano assunte sulle stesse dalle Prefetture, allorché entro il decennio non siano stati posti in essere atti interruttivi della prescrizione (cs. 6312/95).

AVVOCATURA DELLO STATO - *Difesa degli impiegati pubblici - Patrocinio ex art. 44 r.d. 1611/33 - Soggetti nei cui confronti la procura della Corte dei Conti promuove azione di responsabilità erariale - Concessione - Possibilità.*

Se possa essere concesso il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'art. 44 r.d. 1611/33, a favore dei soggetti nei confronti dei quali è promossa azione di responsabilità dinanzi alla Corte dei Conti (cs. 2188/96).

Sequestri conservativi di crediti disposti dalla Corte dei Conti - Redazione dell'atto di sequestro presso terzi; richiesta di notifica dello stesso; partecipazione all'udienza di dichiarazione del terzo - Competenza Avvocatura dello Stato.

Sequestri conservativi di crediti disposti dalla Corte dei Conti; se rientri nei compiti dell'Avvocatura dello Stato la redazione dell'atto di sequestro presso terzi, la richiesta all'Ufficiale Giudiziario di provvedere alla notifica dello stesso (con le contestuali diffide al terzo e al sequestrato), la partecipazione all'udienza stabilita per la dichiarazione del terzo (cs. 1932/96).

BELLEZZE NATURALI (PROTEZIONE DELLE) - *Immobili soggetti a vincolo paesistico - Opere abusive compiute sugli stessi - Concessioni edilizie in sanatoria ex art. 39 legge 724/94 - Autorizzazione regionale espressa per silenzio assenso - Potere di annullamento e di sostituzione del Ministero dei beni culturali - Sussistenza.*

Concessioni edilizie in sanatoria (ex art. 39 legge 23 dicembre 1994 n. 724) per opere abusive compiute su immobili soggetti a vincolo paesistico in base alla legge 29 giugno 1939 n. 1497 e alla legge 431/85: se l'Amministrazione per i Beni Culturali possa annullare l'autorizzazione regionale espressa per silenzio-assenso e possa esercitare il potere sostitutivo nelle ipotesi in cui sarebbe operante il detto silenzio-assenso (cs. 463/96).

Valutazione impatto ambientale - DPCM 10 agosto 1988 n. 377 - Norma transitoria (art. 7) - Interpretazione - Notizie di progetti approvati a norma delle disposizioni vigenti.

Interpretazione dell'art. 7, primo comma, DPCM 10 agosto 1988 n. 377 (secondo il quale non sono soggetti a procedura di VIA « i progetti delle opere per i quali sia intervenuta l'approvazione a norma delle disposizioni vigenti »): nozioni di progetti applicati (cs. 259/96).

CIRCOLAZIONE STRADALE - *Patente di guida - Revoca - Fattispecie.*

Se possa essere revocata la patente di guida a soggetti sottoposti a misura di prevenzione o di sicurezza, poi revocata, per i quali non sia stato emesso provvedimento di riabilitazione; a soggetti ammessi a benefici previsti dalla legge penitenziaria (es. semilibertà, ammissione al lavoro esterno) o a misure alternative alla detenzione (es. affidamento in prova al servizio sociale) autorizzati dal Magistrato di Sorveglianza ad esercitare la guida di autoveicoli (cs. 810/96).

COMUNITÀ EUROPEA - *Contributi comunitari ex reg. CEE del Consiglio 4042/89 - Contributi nazionali integrativi - Fallimento beneficiario - Conseguenze.*

Impresa beneficiaria di contributo comunitario ai sensi del regolamento CEE del Consiglio 4042/89 (relativo al miglioramento delle condizioni di trasformazione e di commercializzazione dei prodotti della pesca e dell'acquacoltura) e di contributo nazionale integrativo: se, in caso di fallimento dell'impresa, i suddetti contributi possano essere erogati o debbano invece essere revocati (con recupero di quanto eventualmente già corrisposto), con particolare riguardo all'ipotesi in cui, già prima della dichiarazione di fallimento, siano stati compiutamente e regolarmente realizzati le attrezzature e/o gli impianti previsti dall'investimento ammesso a contributo (cs. 5595/95).

CONTABILITÀ PUBBLICA - *Convenzione di affidamento del servizio di tesoreria dell'ENEA alla B.N.L. - Se vada qualificata appalto di servizi - Applicabilità direttiva CEE 92/50 del Consiglio; d.lgs. 157/95; art. 6 legge 537/93.*

Se al rapporto intercorrente fra l'ENEA e l'Istituto bancario affidatario del servizio di Tesoreria, trovino applicazione le disposizioni sugli affidamenti degli appalti di servizi, da parte degli Enti Pubblici, di cui alla normativa comunitaria (direttiva 92/50 CEE del Consiglio) ed interna di recepimento (d.lgs. 157/95) e le disposizioni relative al divieto di tacita rinnovabilità dei contratti di cui all'art. 6 della legge 537/93 (cs. 10351/95).

CONTRATTI AGRARI - *Espropriazione per pubblico interesse - Art. 5-bis d.l. 333/92 - Aree edificabili coltivate da affittuario (colono, mezzadro) - Se a questo spetti indennità e come vada determinata - E se questa vada detratta da quella spettante al proprietario.*

Espropriazione per pubblica utilità di aree edificatorie coltivate da fittavolo, mezzadro, colono, nella vigenza dell'art. 5-bis d.l. 333/92: *a*) se e con quali criteri debba essere indennizzato il colono, il mezzadro, il fittavolo, costretto ad abbandonare in tutto o in parte, il fondo espropriato; *b*) e — ove spetti l'indennizzo — se questo debba essere portato in detrazione dell'indennità spettante al proprietario (cs. 1505/96).

CORTE DEI CONTI - *Atti di controllo della Corte dei Conti - Rifiuto di registrazione di un provvedimento ritenuto affetto da illegittimità ai danni di un dipendente - Estensione della decisione della Corte ad altri dipendenti - Divieto ex art. 1, comma 45, legge 549/95 - Sussistenza.*

Se il divieto di estensione di decisioni del giudice amministrativo — posto dall'art. 1, comma 45, della legge 28 dicembre 1995, n. 549 — operi anche per atti di controllo della Corte dei Conti che abbiano rifiutato la registrazione di provvedimenti (nel caso di specie provvedimento di determinazione dello stipendio di un direttore di divisione del ruolo ad esaurimento del Ministero dell'Industria) per ritenuta illegittimità ai danni dei dipendenti interessati da quei provvedimenti (cs. 7409/95).

Sequestri conservativi di crediti disposti dalla Corte dei Conti - Redazione dell'atto di sequestro presso terzi; richiesta di notifica dello stesso; partecipazione all'udienza di dichiarazione del terzo - Competenza Avvocatura Stato.

Sequestri conservativi di crediti disposti dalla Corte dei Conti; se rientri nei compiti dell'Avvocatura dello Stato la redazione dell'atto di sequestro presso terzi, la richiesta all'Ufficiale Giudiziario di provvedere alla notifica dello stesso (con le contestuali diffide al terzo e al sequestrato), la partecipazione all'udienza stabilita per la dichiarazione del terzo (cs. 1932/96).

DEMANIO - *Demanio marittimo - Porti - Complesso portuale realizzato nel bacino denominato Laghi di Sibari - Inclusione.*

Natura giuridica del complesso portuale realizzato nel bacino denominato Laghi di Sibari (cs. 449/95).

Immobili demaniali in Castel Volturno, località Pinetamare - Già oggetto di sequestro conservativo - Ordine del giudice penale di restituzione all'avente diritto - Individuazione di questo.

Restituzione all'avente diritto degli immobili demaniali in Castel Volturno, località Pinetamare, a seguito del dissequestro disposto dal giudice penale, alla luce dell'ordinanza del Consiglio che ha sospeso i provvedimenti amministrativi di autotutela (cs. 2817/96).

ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ - *Art. 5-bis d.l. 333/92 - Aree edificabili coltivate da affittuario (colono, mezzadro) - Se a questo spetti indennità e come vada determinata - E se questa vada detratta da quella spettante al proprietario.*

Espropriazione per pubblica utilità di aree edificatorie coltivate da fittavolo, mezzadro, colono, nella vigenza dell'art. 5-bis d.l. 333/92: *a*) se e con quali criteri debba essere indennizzato il colono, il mezzadro, il fittavolo, costretto ad abbandonare in tutto o in parte, il fondo espropriato; *b*) e — ove spetti indennizzo — se questo debba essere portato in detrazione dall'indennità spettante al proprietario (cs. 1505/96).

Procedimento - Liquidazione dell'indennità - Ritenute ex art. 11, settimo comma, legge 413/91 - Ambito di applicabilità.

Su quali somme percepite dal soggetto che abbia subito la espropriazione per pubblica utilità di un immobile, o l'occupazione d'urgenza, poi divenuta illegittima, o l'occupazione temporanea, ovvero l'occupazione acquisitiva di questo, vadano operate le ritenute fiscali di cui all'art. 11, settimo comma, legge 413/91, con particolare riguardo al caso in cui le evenienze di cui sopra riguardino un terreno agricolo (cs. 5472/94).

IGIENE E SANITÀ PUBBLICA - *Servizio sanitario nazionale - Convenzioni (medici, ambulatori, istituti di cura) - Docenti universitari - Espletanti servizio presso policlinici universitari convenzionati con il SSN - Preposizione a moduli organizzativi ex art. 116 d.P.R. 384/90 - Possibilità.*

Se i docenti universitari, che prestino servizio in policlinici universitari convenzionati con il Servizio Sanitario Nazionale, possano essere preposti a moduli organizzativi così come previsto per il personale medico dipendente dalle USL dall'art. 116 d.P.R. 384/90 e quindi usufruire delle relative indennità (cs. 7247/91).

Servizio sanitario nazionale - Instaurazione di rapporti di lavoro autonomo con i medici - Limite posto dall'art. 3, comma 27, legge 537/93 - Ambito di operatività.

Se il limite all'instaurazione — nel corso di un anno — di rapporti di lavoro autonomo cui soggiace il medico nell'espletamento di attività relative al servizio sanitario pubblico (art. 3, comma 27, legge 537/93) sia operante solo quando detti rapporti intercorrano con lo stesso soggetto pubblico (nel caso di specie USL) (cs. 9285/94).

IMPIEGO PUBBLICO - *Atti di controllo della Corte dei Conti - Rifiuto di registrazione di un provvedimento ritenuto affetto da illegittimità ai danni di un dipendente - Estensione della decisione della Corte ad altri dipendenti - Divieto ex art. 1, comma 45, legge 549/95 - Sussistenza.*

Se il divieto di estensione di decisioni del giudice amministrativo — posto dall'art. 1, comma 45, della legge 28 dicembre 1995, n. 549 — operi anche per atti di controllo della Corte dei Conti che abbiano rifiutato la registrazione di provvedimenti (nel caso di specie provvedimento di determinazione dello stipendio di un direttore di divisione del ruolo ad esaurimento del Ministero dell'Industria) per ritenuta illegittimità ai danni dei dipendenti interessati da quei provvedimenti (cs. 7409/95).

ISTRUZIONE E SCUOLE - *Istituzioni scolastiche - Donazione di modico valore - A) Autorizzazione all'acquisto - Necessità - B) Attribuzione patrimoniale a istituzione scolastica - Quando sia donazione (e) di modico valore.*

Donazioni di modico valore effettuate a favore di istituzioni scolastiche: se per le stesse sia necessaria l'autorizzazione all'accettazione (art. 8 d.P.R. 766/55) e quando un'attribuzione patrimoniale all'istituzione possa qualificarsi donazione (e) di modico valore (cs. 7075/95).

PERSONALE INSEGNANTE - *Docenti universitari - Espletanti servizio presso policlinici universitari convenzionati con il SSN - Preposizione a moduli organizzativi ex art. 116 d.P.R. 384/90 - Possibilità.*

Se i docenti universitari, che prestino servizio in policlinici universitari convenzionati con il Servizio Sanitario Nazionale, possano essere preposti a moduli organizzativi così come previsto per il personale medico dipendente dalle USL dall'art. 116 d.P.R. 384/90 e quindi usufruire delle relative indennità (cs. 7247/91).

Professore universitario - Conferimento di incarico di dirigente del ruolo sanitario ex art. 15, terzo comma, d.lgs. 502/92 - Collocamento in aspettativa ex art. 13, undicesimo comma, d.P.R. 382/80 - Possibilità.

Se possa essere collocato in aspettativa — ex art. 13, undicesimo comma, d.P.R. 382/80 — il professore universitario al quale sia conferito — ai sensi dell'art. 15, terzo comma, d.lgs. 502/92 — l'incarico di dirigente del ruolo sanitario (cs. 10185/95).

NAVE E NAVIGAZIONE - *Aerea - Demanio aeronautico - Concessione di beni demaniali alla Soc. Aeroporti di Roma - Subconcessione alla Soc. Icarus per la costruzione di un aeroporto - Quesiti.*

Subconcessione da parte della Soc. Aeroporti di Roma alla Soc. Icarus per la costruzione di un albergo nell'aeroporto di Fiumicino: valutazione sulle prospettive e sulle conseguenze del ricorso per Cassazione proposto contro la sentenza del Consiglio di Stato che conferma l'annullamento del diniego di assenso dell'Amministrazione a tale sub-concessione (ct. 31083/94).

Autorizzazione alla demolizione o alla dismissione di bandiera per vendita allo straniero - Effettuazione formalità di pubblicità navale - Successivo decorso di un considerevole lasso di tempo senza che il procedimento si concluda - Conseguenze.

Autorizzazione alla dismissione di bandiera per vendita della nave allo straniero e autorizzazione alla demolizione di nave: se possa darsi corso alle attività autorizzate — e quindi all'operazione finale di cancellazione dai registri — quando le formalità di pubblicità navale previste dalla legge siano state espletate, ma sia trascorso un considerevole lasso di tempo (cs. 6635/95).

Programma quadriennale di potenziamento delle infrastrutture delle Capitanerie di porto (legge 979/82) - Convenzioni stipulate per la realizzazione degli interventi programmati - Prorogabilità - Limiti.

Programma quadriennale di potenziamento delle infrastrutture delle Capitanerie di Porto: in che limiti siano prorogabili le convenzioni già stipulate (ai sensi dell'art. 39 legge 979/82) per la realizzazione degli interventi programmati, anche in relazione alla nuova disciplina dettata dalla legge sui lavori pubblici (cs. 7014/95).

Richiesta documenti di abilitazione alla navigazione o di concessione di benefici previsti dalla legge per il proprietario di nave - Presentata da soggetto che abbia trascritto il suo titolo di acquisto ma ha acquistato da chi non ha trascritto il proprio - Se possa avere corso.

Se l'Amministrazione possa rilasciare i documenti di abilitazione alla navigazione, concedere un beneficio previsto dalla legge a favore del proprietario

di una nave, quando la relativa richiesta sia stata avanzata da soggetto che ha trascritto il proprio titolo di acquisto del considerato bene nel registro di proprietà navale, ma ha acquistato da persona che non ha trascritto il proprio titolo (o il cui dante causa non ha trascritto il proprio acquisto) (cs. 6634/95).

OBBLIGAZIONI IN GENERE - *Diritti doganali - Somme indebitamente percepite dall'Amministrazione: a) interessi sulle stesse - anatocismo - possibilità; b) rimborso che non copre sorte capitale e interessi - ordine di accreditamento emesso con riferimento al capitolo di bilancio relativo alla sorte - imputazione da parte del creditore delle somme ricevute prima agli interessi - possibilità.*

Rimborsi di diritti doganali indebitamente corrisposti: *a)* se e quando gli interessi dovuti dall'Amministrazione sulle somme indebitamente percepite possano essere produttvi di interessi; *b)* se il creditore possa imputare i pagamenti parziali, fatti dall'Amministrazione, alla quota interessi pur se l'ordine di accreditamento sia stato emesso con imputazione delle somme corrisposte sul capitolo di bilancio relativo alla sorte capitale (cs. 3867/96).

OPERE PUBBLICHE (APPALTO DI) - *Appalto di opere pubbliche - Esecuzione in danno ex art. 341 legge 2248/1865 - Fattispecie.*

Appalto di opere pubbliche: eventuale esecuzione di ufficio (art. 341 legge LL.PP.) di opere di protezione di un tratto di costa marina, per le quali l'impresa appaltatrice non abbia iniziato (senza giustificazione) i lavori ove siasi accertata l'insufficienza delle ridette opere a realizzare un'adeguata protezione e la necessità dell'effettuazione di un intervento più radicale e complesso di quello progettato (cs. 3567/96).

Collaudo - Determinazione del compenso dei collaudatori - Fattispecie.

Questioni sulla determinazione dell'ammontare dei compensi dei collaudatori delle opere pubbliche: *a)* se in caso di lavori di ristrutturazione possano applicarsi le maggiorazioni previste, per i collaudi di lavori di manutenzione, delle tariffe professionali degli ingegneri ed architetti; *b)* se la base sulla quale calcolare il compenso dei collaudatori debba essere comprensiva del ribasso d'asta e dell'alea revisionale o al netto di tali voci (e corrispondente quindi al netto pagato all'impresa) (cs. 3215/93).

Realizzazione di opere pubbliche - Concessione - Somme erogate agli appaltatori, ai fornitori, a terzi dal concessionario - Rimborso da parte dell'Amministrazione concedente - Spettanza.

Concessione di realizzazione di opere pubbliche: somme erogate agli appaltatori, ai fornitori o ad altri soggetti dal concessionario: se — ed eventualmente in quali limiti — quest'ultimo possa pretenderne il rimborso dall'Amministrazione; e — nell'affermativa — quali cautele quest'ultima possa adottare per evitare di subire pregiudizi — da una non adeguata conduzione — da parte del concessionario — delle liti relative a somme per le quali possa sussistere il divieto di rimborso (cs. 1246/96).

PRESCRIZIONE CIVILE - *Prestazioni assistenziali - Pensione di inabilità, assegno mensile ex art. 13, legge 118/71, indennità di accompagnamento - Prescrizione del diritto e dei diritti accessori - Fattispecie.*

Provvidenze economiche in favore degli invalidi civili: *a*) provvidenze economiche erogate in via amministrativa limitatamente al capitale: se il suddetto pagamento abbia effetti — ed eventualmente quali — sul termine di prescrizione del diritto agli interessi o alla rivalutazione monetaria sulle somme pagate; *b*) istanze amministrative di riconoscimento dei considerati benefici prese in esame decorso un decennio dalla loro presentazione: quali determinazioni vadano assunte sulle stesse dalle Prefetture, allorché entro il decennio non siano stati posti in essere atti interruttivi della prescrizione (cs. 6312/95).

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - *Ordinamento degli uffici - Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche - Componenti - Compenso: cumulabilità con retribuzione o pensione derivante da pubblico impiego; trattamento fiscale e previdenziale - Esclusività dell'impegno assunto: garanzie per la P.A.*

Componenti del Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche (istituito con legge 36/94): *a*) trattamento economico degli stessi: 1) se i componenti che siano dipendenti pubblici (ma non professori universitari) o ex dipendenti pubblici possano cumulare il compenso determinato con d.P.C.M. 21 dicembre 1994, rispettivamente, con la retribuzione spettante in virtù del rapporto di pubblico impiego o con la pensione; 2) qualificazione ai fini dell'IRPEF del suddetto compenso e trattamento dello stesso ai fini della contribuzione previdenziale e assistenziale; *b*) quali garanzie di esclusività dell'impegno assunto possano essere loro richieste dall'Amministrazione (cs. 1248/96).

RISCOSSIONE DELLE IMPOSTE - *Riscossioni dei tributi e di altre entrate dello Stato e di altri enti pubblici - Commissario ex art. 24 d.P.R. 43/88 - Entrate iscritte a ruolo con obbligo del non riscosso come riscosso - Versamenti ex art. 72, primo comma, d.P.R. 43/88 - Il cui termine scada dopo la cessazione della funzione commissariale per scadenza del termine - Obbligo di effettuazione - Sussistenza.*

Commissario governativo delegato provvisoriamente alla riscossione (art. 24 d.P.R. 43/88): se debba versare i sei decimi e i quattro decimi delle rate (relative ad entrate iscritte a ruolo con l'obbligo del non riscosso come riscosso) scadute durante la sua gestione, entro i termini di cui all'art. 72, primo comma, d.P.R. 43/88, quando il termine per effettuare i considerati versamenti venga a scadere dopo la cessazione della funzione commissariale per scadenza del termine (o nomina di un nuovo commissario) (cs. 9874/93).

SANZIONI AMMINISTRATIVE - TRIBUTI DOGANALI - *Sigarette di contrabbando - Soggetti sorpresi ad acquistarle - Pubblicazione della pena pecuniaria (L. 100.000) loro irrogata (art. 62 legge 50/94) - Se sia sanzione accessoria a detta pena pecuniaria - Pagamento rateale delle somme spese dalla P.A. per la pubblicazione: possibilità e applicabilità degli interessi.*

Pubblicazione in uno o più quotidiani della sanzione «comminata» ai soggetti sorpresi ad acquistare sigarette di contrabbando, prevista dall'art. 6 legge 50/94: *a*) se sia sanzione accessoria alla pena pecuniaria amministrativa di lit. centomila prevista dal riferito art. 6 o paritetica a questa; *b*) se ai sog-

getti colpiti dalla ridetta sanzione possa concedersi di pagare ratealmente la somma spesa dall'Amministrazione per la pubblicazione e (nell'affermativa) se i soggetti ammessi al beneficio debbano pagare gli interessi legali sulle somme corrisposte in ritardo per effetto della rateizzazione (cs. 1902/96).

STRADE - *Strade statali - Licenza di accesso - Di cooperativa di produzione agricola - Canone - Entità ex d.m. LL.PP. 23 marzo 1990.*

Licenze di accesso interessanti strade statali: se una cooperativa agricola che raccolga e trasformi i prodotti conferiti dai soci (nel caso di specie uve) e rivenda il prodotto della trasformazione (nel caso di specie vino) distribuendo il ricavato fra gli associati, debba pagare il canone, attinente la licenza di accesso della quale sia titolare nella misura prevista (dal d.m. LL.PP. 23 marzo 1990) per gli accessi agricoli o in quella stabilita per gli accessi industriali o commerciali (cs. 2275/96).

TRIBUNALE PER I MINORENNI - *Servizi minorili del Ministero di Grazia e Giustizia - Carenze di organico - Convenzioni di affidamento di compiti di collaborazione ad enti morali - Stipula - Possibilità.*

Se il Ministero di Grazia e Giustizia, in considerazione di gravi carenze di organico, possa stipulare convenzioni, con enti morali, aventi adeguata organizzazione e competenza tecnica, con le quali affidare ai ridetti enti compiti di collaborazione con i servizi minorili del Ministero stesso (in particolare nelle attività di intervento al fine di aiuto, sostegno, controllo dei giovani segnalati a detti servizi) (cs. 2189/96).

TRIBUTI ERARIALI INDIRETTI - *Accise sugli olii minerali - Somme corrisposte sui « cubetti accendifuoco » - Diritto di rimborso - Decorrenza e condizioni.*

Da quale data e a quali condizioni spetti ai contribuenti il rimborso delle somme pagate, a titolo di accisa sugli olii minerali, relativamente ai prodotti comunemente indicati come « cubetti accendifuoco » (o altri similari) (cs. 7654/95).

Diritti doganali - Somme indebitamente percepite dall'Amministrazione: a) interessi sulle stesse - Anatocismo - Possibilità; b) rimborso che non copre sorte capitale e interessi - Ordine di accreditamento emesso con riferimento al capitolo di bilancio relativo alla sorte - Imputazione da parte del creditore delle somme ricevute prima agli interessi - Possibilità.

Rimborsi di diritti doganali indebitamente corrisposti: a) se e quando gli interessi dovuti dall'Amministrazione sulle somme indebitamente percepite possano essere produttivi di interessi; b) se il creditore possa imputare i pagamenti parziali, fatti dall'Amministrazione, alla quota interessi pur se l'ordine di accreditamento sia stato emesso con imputazione delle somme corrisposte sul capitolo di bilancio relativo alla sorte capitale (cs. 3867/96).

Imposta di bollo - Esenzione in materia di espropriazione per pubblico interesse ex art. 22, all. B, d.P.R. 642/72 - Applicabilità: a enti privatizzati; a depositi di indennità di esproprio di concessionari della P.A.

Se l'esenzione dall'imposta di bollo prevista dall'art. 22 della tabella all. B al d.P.R. 642/72 e relativa « agli atti e documenti relativi alla procedura di

espropriazione per causa di pubblica utilità promossa dalle Amministrazioni dello Stato e da Enti Pubblici» trovi applicazione: a) alle procedure espropriative in cui il soggetto espropriante sia un ente pubblico trasformato in S.p.A. in base alla recente normativa di privatizzazione (d.l. 386/91 e d.l. 333/92); b) ai depositi di indennità effettuati da società, consorzi, associazioni di imprese operanti quali concessionari della P.A. (cs. 2870/96).

Imposte di fabbricazione - Gas metano - Impiegato per la produzione di energia elettrica - Imposta sostitutiva dell'addizionale regionale all'imposta erariale di consumo - Assoggettabilità.

Se il gas metano impiegato per la produzione di energia elettrica sia soggetto all'imposta sostitutiva dell'addizionale regionale all'imposta erariale di consumo di gas metano (cs. 9030/94).

Imposta di successione - Cessione di beni culturali in pagamento - Proposta - Reiezione - Senza aver acquisito il parere della commissione consultiva ex art. 42-bis d.P.R. 637/72 - Possibilità.

Proposta di cessione di beni culturali in pagamento di imposta di successione: se possa essere rigettata senza prima aver acquisito il parere della Commissione Consultiva di cui al quarto comma dell'art. 42-bis d.P.R. 637/72 (ora art. 39, quarto comma, d.lgs. 346/90) (cs. 5912/94).

IVA - Omessa registrazione di fatture false - Pena pecuniaria - Applicabilità.

Se la sanzione pecuniaria prevista per l'omessa registrazione di fatture, ai fini IVA, sia applicabile anche nel caso in cui le fatture siano false (cs. 5620/90).

Lotto - Concessioni di ricevitore ex art. 21 legge 528/82 e art. 20 legge 123/87 ad ex personale del lotto - Durata delle stesse dopo l'entrata in vigore del d.P.R. 303/90.

Concessioni di ricevitorie del lotto, assentite a dipendenti dell'Amministrazione finanziaria, appartenenti al personale del lotto, dimessisi dal servizio (art. 21 legge 528/82 e 20 legge 123/87); se, a seguito dell'entrata in vigore del d.P.R. 303/90 debbano avere durata massima novennale e, nell'affermativa, da quale data decorra novennio (per le concessioni in essere alla data di entrata in vigore del detto d.P.R.) (cs. 4015/96).

Promozioni commerciali - Concorsi a premi condotti col sistema di rintracciamento immediato - Diniego autorizzazione ad espletare il concorso (art. 54 r.d.l. 1933/38) - Fondato sulla ritenuta concorrenzialità del concorso rispetto a lotterie istantanee - Legittimità.

Promozioni commerciali effettuate attraverso concorsi a premi condotti col sistema di rintracciamento immediato (vale a dire: l'acquirente di un prodotto, asportando vernice che ricopre una parte della confezione o di tagliandi che gli vengono consegnati, può ottenere un documento che lo legittima a richiedere, all'impresa promotrice del concorso, un certo bene): se sia legittimo il provvedimento dell'Amministrazione finanziaria con il quale venga denegata l'autorizzazione (di cui all'art. 54 legge sul lotto pubblico) a tenere il concorso a premio, fondato sulla considerazione che quest'ultimo possa compromettere il buon esito di lotterie ad estrazione istantanea (c.d. «gratta e vinci») inducendo potenziali acquirenti di biglietti di siffatte lotterie a preferire l'acquisto del prodotto cui si riferisce il concorso a premio (cs. 2845/96).

Tributi doganali - Reati - Sanzioni - Sigarette di contrabbando - Soggetti sorpresi ad acquistarle - Pubblicazione della pena pecuniaria (L. 100.000) loro irrogata (art. 62, legge 50/94) - Se sia sanzione accessoria a detta pena pecuniaria - Pagamento rateale delle somme spese dalla P.A. per la pubblicazione: possibilità e applicabilità degli interessi.

Pubblicazione in uno o più quotidiani della sanzione «comminata» ai soggetti sorpresi ad acquistare sigarette di contrabbando, prevista dall'art. 6, legge 50/94: a) se sia sanzione accessoria alla pena pecuniaria amministrativa di lit. centomila prevista dal riferito art. 6 o paritetica a questa; b) se ai soggetti colpiti dalla ridetta sanzione possa concedersi di pagare ratealmente la somma spesa dall'Amministrazione per la pubblicazione e (nell'affermativa) se i soggetti ammessi al beneficio debbano pagare gli interessi legali sulle somme corrisposte in ritardo per effetto della rateizzazione (cs. 1902/96).

TRIBUTI (IN GENERALE) - *Contenzioso tributario - d.lgs. 546/92 - Decisioni delle commissioni tributarie di II grado - Per le quali penda termine per impugnare all'1 aprile 1996 - Regime delle impugnazioni.*

Decisioni delle Commissioni Tributarie di 2° grado: regime delle impugnazioni avverso le pronunzie per le quali — alla data di insediamento delle nuove Commissioni (d.lgs. 546/92) — sia pendente il termine per proporre impugnazione (cs. 2878/96).

Giudizio dinanzi le Commissioni Tributarie Provinciali e Regionali - Possibilità di stare in giudizio senza difensore per le persone abilitate all'assistenza tecnica dinanzi le commissioni (art. 12, comma 2 e 6 d.lgs. 546/92) - Ente il cui legale rappresentante sia abilitato - Se possa stare in giudizio senza difensore nella persona del legale rappresentante (fuori dei casi di cui al quinto comma dell'art. 12).

Se l'Ente EUR, nei giudizi dinanzi le Commissioni Tributarie Provinciali e Regionali, diversi da quelli (art. 12, quinto comma d.lgs. 546/92) nei quali è consentito al contribuente di non avvalersi di assistenza tecnica, possa validamente stare in giudizio, senza conferire incarico a difensore, nella persona del Vicecommissario, che è iscritto nell'albo degli Avvocati e Procuratori di Roma, e all'Albo Speciale dei patrocinanti dinanzi le Giurisdizioni Superiori ed al quale è stata delegata la cura delle «questioni inerenti alla situazione del trattamento fiscale dell'Ente, seguendo l'iter del contenzioso e intrattenendo i rapporti con l'Amministrazione e gli Uffici Finanziari; e se il detto attuale Vice Commissario, come sopra delegato, nella ridetta qualità possa validamente sottoscrivere — ai sensi dell'art. 18, comma 3, d.lgs. 546/92 — i ricorsi dell'Ente alle Commissioni Tributarie relativi ai giudizi di cui sopra» (cs. 3866/96).

Imposte - Rimborso - Proposte di rimborso degli uffici, pareri degli uffici favorevoli al rimborso, provvedimenti di rimborso - Se integrino riconoscimento del diritto ex art. 2944 c.c.

Proposte di rimborso e pareri favorevoli al rimborso di imposte formulati da uffici finanziari; provvedimenti con i quali viene disposto il rimborso di imposte: se integrino riconoscimento del diritto al rimborso, interruttivo del corso della prescrizione (cs. 2924/96).

URBANISTICA - *Immobili soggetti a vincolo paesistico - Opere abusive compiute sugli stessi - Concessioni edilizie in sanatoria ex 39 legge 724/94 - Autorizzazione regionale espressa per silenzio-assenso - Potere di annullamento e di sostituzione del Ministero dei beni culturali - Sussistenza.*

Concessioni edilizie in sanatoria (ex art. 39 legge 23 dicembre 1994, n. 724) per opere abusive compiute su immobili soggetti a vincolo paesistico in base alla legge 29 giugno 1939, n. 1497 e alla legge 431/85: se l'Amministrazione per i Beni Culturali possa annullare l'autorizzazione regionale espressa per silenzio-assenso e possa esercitare il potere sostitutivo nelle ipotesi in cui sarebbe operante il detto silenzio-assenso (cs. 463/96).

RASSEGNA DI DOTTRINA

L'EVOLUZIONE DELL'« OCCUPAZIONE APPROPRIATIVA »

SOMMARIO: 1. Premessa: la proposta Siniscalchi. 2. Il quadro normativo. 2.1 La legge 27 ottobre 1988, n. 458 (Concorso dello Stato nella spesa degli enti locali in relazione ai pregressi maggiori oneri delle indennità di esproprio). 2.2 L'art. 11, comma 5, della legge 30 dicembre 1991, n. 413. 2.3 Le due leggi « finanziarie ». 3. La tesi giurisprudenziale della c.d. occupazione appropriativa. 3.1 Il contrasto giurisprudenziale e la soluzione offerta dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 1464/1983. 3.2 Le critiche della dottrina. 4. La sentenza « ribelle » n. 3872/1987. 4.1 La seconda decisione delle Sezioni Unite n. 3940/1988. 5. La tesi dell'espropriazione sostanziale formulata dalla Prima Sezione della Cassazione. 5.1 Il terzo intervento delle Sezioni Unite e la riconferma della tesi dell'occupazione appropriativa (sent. n. 12546/1992). 6. L'art. 5 *bis* della legge n. 359/1992 e la giurisprudenza della Corte Costituzionale (sentt. n. 216/1990; n. 183/1993; n. 283/1993; n. 442/1993; n. 153/1995; n. 188/1995; n. 80/1996). 6.1 L'art. 1, comma 65, della legge n. 549/1995. 6.2 Il « coro » di critiche. 6.3 La « voce » dissenziente. 6.4 Le ordinanze di remissione. 7. La sentenza della Corte Costituzionale n. 369/1996. 8. L'art. 3, comma 65, della legge n. 662/1996 e le ultime ordinanze di remissione alla Corte Costituzionale. 9. La posizione del Consiglio di Stato sull'occupazione appropriativa. 9.1 L'ordinanza della Quinta Sezione e la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 1/1996. 9.2 La riproposizione della questione da parte della Quinta Sezione con la sentenza n. 874/1996. 10. La recente sentenza delle Sezioni Unite n. 1907/1997.

1. Nella sua relazione di accompagnamento alla proposta di legge, presentata alla Camera dei Deputati il 1° febbraio 1996 (1), Vincenzo Siniscalchi nel sollecitare un intervento normativo in grado di rimediare « ad una vera e propria ingiustizia contenuta nell'art. 1, comma 65, della legge 28 dicembre 1995, n. 549 » che aveva equiparato l'entità del risarcimento per occupazione appropriativa all'indennità di esproprio prevista dall'art. 5 *bis* della legge n. 359/1992, invitava il nostro legislatore a non attendere « la scure della Corte Costituzionale », la cui « decisione demolitoria non è solo una previsione ma una certezza ».

L'equiparazione di un fatto « illecito » (l'occupazione appropriativa, che avviene appunto *contra ius*) ad un fatto « lecito » (l'espropriazione *secundum ius*), quanto alle conseguenze indennitarie che ne derivano, appariva infatti in contrasto con la Costituzione, come aveva già avuto occasione di chiarire la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 442 del 16 dicembre 1993 (2), considerando le due fattispecie « assolutamente divaricate e non comparabili ».

Tuttavia, il legislatore ha lasciato cadere nel vuoto l'accorato appello dell'autorevole penalista, rimettendo al giudice delle leggi il compito di decidere la sorte della norma criticata dalla stragrande maggioranza degli studiosi, e la Corte non si è fatta certo attendere, rendendo la puntuale sentenza 2 novembre 1996, n. 369 (*est.* Granata) che si inserisce nella sterminata letteratura sull'occupazione appropriativa, arricchendola di un ulteriore, ma come vedremo non ultimo e conclusivo capitolo.

---

(1) Atto Camera 1 febbraio 1996, n. 3781.
(2) La sentenza è pubblicata in *Foro it.*, 1994, I, 4, con osservazioni di BENINI.

2. Del resto, la figura dell'occupazione appropriativa è stata introdotta dalla giurisprudenza della Cassazione proprio in funzione di supplenza del potere legislativo, che non è mai riuscito ad elaborare una disciplina organica della materia, che valesse a realizzare un'equilibrata composizione degli interessi in conflitto (3). La vicenda conferma il pensiero espresso da Natalino Irti, in un suo famoso saggio, per il quale dobbiamo abituarci a convivere « con la singola norma: solitaria, irregolare, errabonda », ispirata non alla tutela di interessi durevoli « ma improvvisi ed occasionali » (4).

2.1 Tanto sembra emergere anche ad un primo approccio al quadro normativo che, più che disegnare le linee essenziali dell'istituto, non ha fatto altro che intervenire settorialmente a tamponare le falle di volta in volta che la questione si presentava e con soluzioni il più delle volte disomogenee, per non dire addirittura contraddittorie, che confermerebbero quella sorta di « pasticcio tutto italiano » che sembra trovarsi, secondo qualcuno, alle radici di tale fenomeno (5).

In effetti, l'occupazione appropriativa, così come è stata elaborata dalle Sezioni Unite della Cassazione fin dal *leading case* del 1983, sembrava aver trovato un riconoscimento nella legge 27 ottobre 1988, n. 458 (« Concorso dello Stato nella spesa degli enti locali in relazione ai pregressi maggiori oneri delle indennità di esproprio ») che all'art. 3, sia pur limitatamente al settore tutto particolare dell'edilizia residenziale pubblica, ha previsto il risarcimento del danno a favore del proprietario del terreno « utilizzato » dalla P.A., nel caso in cui il provvedimento espropriativo fosse stato dichiarato illegittimo con sentenza passata in giudicato (6).

La Corte Costituzionale, investita della questione di legittimità di tale norma, in ben due decisioni aveva in un certo senso avallato il rimedio di tutela offerta al privato dal legislatore del 1988: la sentenza n. 384/1990 (7) aveva respinto l'eccezione di incostituzionalità prospettata in relazione all'art. 42 Cost., in quanto la soluzione sarebbe stata, a detta della Corte, del tutto in linea con la funzione sociale della proprietà, che lascia al legislatore il potere di risolvere il conflitto di interessi fra il proprietario e la P.A. in favore di quest'ultima, risarcendo allo stesso tempo il privato del danno subito; la sentenza n. 486/1991 (8) aveva poi addirittura esteso l'applicabilità della norma anche al caso in cui un provvedimento di esproprio mancasse *ab origine*, ipotesi dalla norma non espressamente contemplata.

2.2 L'iniziativa legislativa del 1988 non è rimasta — a dire il vero — un tentativo isolato. L'art. 11, comma 5, della legge 30 dicembre 1991, n. 413 (in tema di razionalizzazione dell'attività di accertamento delle basi imponibili) assoggettava qualche tempo dopo al regime delle plusvalenze le somme dovute « per effetto di acquisizione coattiva conseguente ad occupazioni d'urgenza

---

(3) Sul punto sono molto chiare le osservazioni di CARBONE, in *Espropri illeciti, risarcimenti dimezzati*, in *Corr. giur.*, 1996, 135, in cui si critica aspramente l'intervento normativo su cui ha inciso la sentenza in rassegna: per l'A. l'assenza di una legge organica sull'espropriazione è « da ascriversi ai conflitti, spesso non espressi, sul concetto di proprietà ».

(4) N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1986, 188.

(5) CASO, *La Cassaizone tra occupazione appropriativa ed espropriazione sostanziale: Dr. Jekyll e Mr. Hyde?*, nota Cass., Sez. Un., 25 novembre 1992, n. 12546, in *Foro it.*, 1992, I, 87.

(6) La norma precisamente dispone: « Il proprietario del terreno utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata e convenzionata, ha diritto al risarcimento del danno causato da provvedimento espropriativo dichiarato illegittimo con sentenza passata in giudicato, con esclusione della retrocessione del bene. Oltre al risarcimento del danno spettano le somme dovute a causa della svalutazione monetaria e le ulteriori somme di cui all'art. 1224, secondo comma, c.c., a decorrere dal giorno dell'occupazione illegittima ».

(7) Corte Cost., 31 luglio 1990, n. 384, in *Foro it.*, 1992, I, 1074.

(8) Corte Cost., 27 dicembre 1991, n. 486, *ibidem*.

divenute illegittime », mentre con il d.l. 27 ottobre 1995, n. 444, convertito in legge 20 dicembre 1995, n. 539, si è stabilito il rifinanziamento dei Comuni per il pagamento degli oneri da « risarcimento del danno per accessione invertita ». Al riguardo, è forse il caso di evidenziare che la citata norma impositiva del dicembre 1991 fu emanata in un momento nel quale l'indennità di esproprio dei terreni edificatori era — secondo la consolidata giurisprudenza dell'epoca — commisurata al valore venale dell'immobile e che fu proprio questa la *ratio* giustificatrice della norma tributaria che assoggettava a prelievo la « plusvalenza » realizzata dall'espropriato. Ciò che meriterebbe adeguata rimeditazione da parte dello stesso legislatore nel nuovo sistema indennitario, introdotto dall'art. 5 *bis* della legge n. 359/1992, che riduce notevolmente l'importo riconosciuto all'espropriato.

2.3 Se questo poteva dunque essere il preludio, come molti avrebbero auspicato, di una generale presa di posizione del legislatore sul tipo di tutela da accordare al privato in tutti i casi di occupazione illegittima dei suoli da parte della P.A., le aspettative sono ben presto state deluse dai più recenti interventi in materia, dettati, più che dalla necessità di darle una sistemazione organica, da quella, ugualmente avvertita, ma non altrettanto risolutiva, di far fronte alle contingenti esigenze di risanamento della finanza pubblica.

Tale sembra essere stata la *ratio* dell'art. 1, comma 65, della legge n. 549/1995, che aveva azzardato l'estensione dei restrittivi criteri di determinazione dell'indennità di esproprio al risarcimento del danno da occupazione appropriativa, provocando unanimi reazioni critiche in dottrina e l'accennata dichiarazione di incostituzionalità dal giudice delle leggi con la sentenza n. 369/1996.

La stessa accusa sembra sia oggi rivolta alla legge 23 dicembre 1996, n. 662, che proprio il vuoto normativo creato dalla pronuncia demolitoria della Corte Costituzionale si proporrebbe di colmare, con una soluzione subito criticata nei primi commenti « a caldo » e prontamente fatta oggetto di nuove ordinanze di rinvio alla Corte stessa volte a sollecitarne un nuovo intervento in materia. Va poi sottolineato che sull'occupazione appropriativa si è pronunciato — come vedremo — anche il Consiglio di Stato, fornendo il suo prezioso contributo all'individuazione di un'equilibrata composizione degli interessi in conflitto.

La « storia infinita », come qualcuno ha voluto chiamarla, non sembra dunque affatto giungere alle sue battute conclusive.

Ma prima di soffermarci più approfonditamente sui più recenti sviluppi normativi e giurisprudenziali, sembra opportuno tracciare un profilo dell'istituto dell'occupazione appropriativa, ricostruendone la genesi e l'evoluzione attraverso le più significative sentenze della Cassazione e della Corte Costituzionale, che hanno spinto un autore a parlare di « uno tra i più plateali esempi di giurisprudenza pretoria degli ultimi decenni » (9).

3. Nella assoluta genericità e indeterminatezza della legge del 1865 sulle espropriazioni, che si limitava, nell'operare una distinzione fra le varie ipotesi di occupazione, a far rilevare l'ammissibilità di una occupazione « d'urgenza » successiva ad una dichiarazione di indifferibilità ed urgenza di un'opera pubblica, la giurisprudenza si è per anni chiesta quale disciplina applicare al caso in cui non intervenga il decreto di espropriazione nel termine fissato (e quindi l'occupazione si protragga oltre il termine) oppure la Pubblica Amministrazione agisca addirittura senza esservi legittimata, occupando *sine titulo*.

(9) CASO, *op. cit.*

3.1 Le soluzioni adottate dalla giurisprudenza più risalente erano molteplici e spesso contraddittorie, tanto da rendere necessario l'intervento delle Sezioni Unite che con la sentenza del 26 febbraio 1983, n. 1464 (magistralmente redatta da Bile) fornirono la prima elaborazione dell'occupazione appropriativa (altrimenti detta acquisitiva, privativa, o anche accessione invertita) (10).

Prima di quella data in sostanza la giurisprudenza della Cassazione era divisa in tre diversi orientamenti.

a) L'orientamento tradizionale (che le Sezioni Unite definiscono prevalente), qualificava come illecito permanente l'occupazione illegittima, considerando perciò il comportamento della P.A. come ipotesi di carenza di potere « in concreto », inidoneo ad affievolire il diritto di proprietà, che perciò rimaneva integro, sebbene in pratica « neutralizzato e svuotato di contenuto economico ». Ciò in quanto, stante l'impossibilità di restituire il fondo utilizzato per la realizzazione di opere permanenti destinate a soddisfare interessi pubblici, ad onta dell'integrità della proprietà in capo al privato, questi non poteva agire per la restituzione, ma solo per i danni. Ma in ogni caso il suolo occupato rimaneva di proprietà del privato e solo con un titolo contrattuale o con un'espropriazione la P.A. se ne poteva appropriare; e in questo secondo caso il sopraggiunto decreto di esproprio trasformava il giudizio risarcitorio in giudizio di opposizione alla stima, con la conseguenza che il privato aveva diritto al ristoro dei danni soltanto per il mancato godimento del bene durante il periodo di occupazione illegittima, ma quanto alla perdita della proprietà gli si riconosceva solamente il diritto all'indennizzo (11).

Le Sezioni Unite, con la citata sentenza n. 1464/1983, respinsero quest'impostazione che finiva per riconoscere una sorta di diritto « senza sostanza », ritenendo inconciliabile l'asserita permanenza del diritto di proprietà con il totale svoutamento dei poteri del proprietario.

b) Un altro indirizzo ammetteva, invece, la condanna dell'ente pubblico ad un *facere* che ripristinasse lo *status quo ante*, risolvendo quindi in senso positivo l'annosa e travagliata questione dell'ammissibilità di una tutela possessoria nei confronti della P.A. Questa soluzione si fondava su un'interpretazione restrittiva dell'art. 4 legge abol. cont. amm., nel senso che il divieto per il giudice ordinario di revocare l'atto amministrativo valeva solo nei confronti di quegli atti che costituiscono esercizio di una potestà amministrativa e non anche rispetto a meri comportamenti materiali non giustificati da alcun potere (12).

Le Sezioni Unite obbiettarono che una tutela ripristinatoria, a fianco a quella risarcitoria, era possibile soltanto quando l'attività materiale della P.A. sul fondo privato fosse stata tale da non comportare una radicale trasformazione del fondo stesso, che aveva quindi conservato i suoi caratteri e la sua destinazione essenziale. La soluzione non avrebbe dunque potuto applicarsi nell'ipotesi di costruzione di un'opera pubblica sul fondo altrui, che invece comportava inevitabilmente « una trasformazione così totale da provocare la

---

(10) La sentenza che inaugura l'indirizzo delle Sezioni Unite è pubblicata in *Foro it.*, 1983, I, 626, con una puntuale e gustosa nota di ORIANI, *Prime impressioni sulla c.d. occupazione appropriativa da parte della P.A.* Ma tra i numerosi commenti pubblicati va citato quello di M. PALLOTTINO, *Occupazione illecita di un fondo e realizzazione dell'opera pubblica: acquisto istantaneo della proprietà da parte dell'Amministrazione*, in *Riv. amm.*, 1983, III, 338.

(11) Cfr. Cass., sent. n. 2341/1982 (*id.*, *Mass.*, 489); n. 4741/1981 (*id.*, *Rep.* 1980, voce *Espropriaz. p.u.*, n. 96); n. 288/1981 (*ibid.*, n. 326); n. 6452/1980 (*id.*, 1981, I, 1082); n. 6308/1980 (*id.*, *Rep.*, 1980, voce cit., n. 289).

(12) Cfr. Cass., sent. n. 1578/1976 (*id.*, *Rep.*, 1976, voce *Giurisdizione civile*, n. 115); n. 5679/1980 (*id.*, *Rep.*, 1980, voce *Giurisdizione civile*, n. 90); n. 118/1978 (*id.*, 1978, I, 1250); n. 355/1978 (*id.*, *Rep.*, 1979, voce *Espropriazione per p.i.*, n. 20).

perdita dei caratteri e della destinazione propria del fondo il quale, in estrema sintesi, non è più quello di prima ».

c) Con la sentenza del 1983 fu perciò seguito un terzo indirizzo che affermava appunto la tesi della c.d. « occupazione appropriativa »: « la radicale trasformazione del suolo a seguito della costruzione dell'opera, che imprime al fondo una irreversibile destinazione a fini pubblicistici, comporta l'estinzione del diritto di proprietà privata e l'acquisto a titolo originario della proprietà da parte della P.A., per effetto dell'impossibilità di restituire il bene, ormai divenuto " pubblico " in quanto inscindibilmente legato all'opera realizzata ».

Di conseguenza, il privato non può agire in rivendica, perché non ha più la proprietà del bene, ma può comunque agire per il risarcimento del danno per l'illecita ablazione. L'illecito commesso dalla P.A. viene però qualificato come « illecito istantaneo ad effetti permanenti », in quanto si consuma nel momento della trasformazione irreversibile del fondo (nel caso in cui un provvedimento di autorizzazione all'occupazione manchi del tutto) oppure con la scadenza del termine entro il quale sarebbe dovuto intervenire il decreto di esproprio (quando un provvedimento di autorizzazione all'occupazione d'urgenza sia stato emanato). È da questi due momenti che decorrerebbe, quindi, il termine di prescrizione quinquennale entro il quale il privato deve esercitare l'azione risarcitoria, senza tra l'altro rischiare di veder ridimensionate le sue pretese dall'emanazione di un tardivo decreto di esproprio che, lungi dal trasformare l'azione in opposizione alla stima, risulta, in ordine alla vicenda consumatasi con l'estinzione del diritto di proprietà privata, *inutiliter datum*.

Tale decisione mirava chiaramente a colmare il vuoto normativo attraverso l'inevitabile ricorso ai principi generali dell'ordinamento, dai quali si traeva la regola della composizione del conflitto di interessi, in caso di costruzione su suolo altrui, fra l'autore dell'opera e il proprietario del suolo stesso, sembra essere quella dell'« attribuzione della proprietà sia del suolo sia della costruzione al soggetto portatore dell'interesse ritenuto prevalente ». In questo caso, l'interesse prevalente è quello della P.A. e ciò porta a ricostruire la fattispecie dell'occupazione appropriativa « secondo un meccanismo che è bensì opposto nei risultati, ma è identico nella struttura rispetto a quello dell'accessione » privatistica: in diritto civile opera la regola generale *quidquid inaedificatur solo cedit*, per cui tutto ciò che è costruito sul fondo accede ad esso e viene acquisito a titolo originario dal proprietario del fondo; qui invece vale la regola inversa: il fondo accede all'opera divenendo così di proprietà della P.A. In questo modo, veniva introdotto, in parallelo all'espropriazione classica, un nuovo modo di acquisto della proprietà a titolo originario, che molti qualificarono « accessione invertita ».

3.2 La « creazione » giurisprudenziale fu accolta con notevole diffidenza dalla dottrina, che non mancò di opporvi una serie di critiche fin dai suoi primi commenti « a caldo » (13).

Innanzitutto, la soluzione sembrava legittimare uno stato di fatto, giungendo all'inaccettabile conseguenza di ammettere che l'acquisto della proprietà potesse basarsi su un illecito e finendo quindi in sostanza per incoraggiare un uso scorretto del potere, senza peraltro dotare il privato di mezzi di tutela adeguati, quali potrebbero essere le azioni possessorie, proprio per evitare che quella trasformazione irreversibile si realizzasse. La seconda obiezione faceva leva sull'inammissibile introduzione di un nuovo modo di acquisto della proprietà a titolo originario, che appariva in contrasto con la riserva di legge e

(13) Cfr. ORIANI, nota a Cass. Sez. Un. n. 1464/1983, *cit.*

il *numerus clausus* dei diritti di proprietà. Inoltre il ricorso al parallelismo con l'accessione implicherebbe uno stravolgimento della figura, così come era stata concepita fin dal diritto romano, anche perché l'accostamento apparirebbe in realtà fuori luogo, dal momento che nel caso di occupazione illegittima non si è in presenza di un semplice sconfinamento sul fondo altrui, ma di una costruzione integrale di un'opera. Infine, si obiettava (con critiche che saranno come vedremo riproposte dal Consiglio di Stato nel recente tentativo di rimettere in discussione l'istituto) che rimaneva imprecisato il momento in cui effettivamente si verificava quella trasformazione irreversibile del fondo che giustificava l'acquisto, rendendo in tal modo difficile l'individuazione del *dies a quo* della prescrizione quinquennale dell'azione risarcitoria e perciò lasciando ogni valutazione, caso per caso, alla discrezionalità del giudice.

Erano innegabili tuttavia i vantaggi dell'istituto dal momento che l'indennità di esproprio (che prima della sentenza del 1983 era accordata al proprietario in questi casi) era di solito inferiore al valore venale del bene e al contrario del risarcimento costituiva un debito di valuta, non soggetto quindi a rivalutazione. Dunque prima dell'intervento delle Sezioni Unite la P.A. si trovava in un'evidente posizione di vantaggio, perché espropriare in modo legittimo o illegittimo risultava in fin dei conti del tutto indifferente, dal momento che le conseguenze economiche da subire erano le stesse. L'accessione invertita, quindi, solo formalmente peggiorava la posizione del privato, negandogli ogni tutela restitutoria, perché in realtà finiva indirettamente per tutelarlo, rendendo per la P.A. più costosa l'occupazione *sine titulo* rispetto ad una regolare espropriazione. Per questa ragione, escludendo il ricorso alla *property rule* (perciò al rimedio restitutorio connesso alla regola proprietaria), in favore dell'adozione di una *liability rule*, vale a dire di un rimedio che consente alla P.A. di appropriarsi del *property right* salvo la corresponsione di un risarcimento pari al depauperamento subito dal privato, si approda ad uno strumento che arriva a disincentivare i comportamenti abusivi della P.A.

4. La successiva giurisprudenza di legittimità si è allineata alla soluzione prospettata dalle Sezioni Unite, facendo sì che l'occupazione appropriativa divenisse *ius receptum*.

La prima giurisprudenza dissidente si è affacciata sullo scenario nel 1987 (14). La « sentenza ribelle » (n. 3872/1987) fu resa dalla Seconda Sezione della Cassazione che, prendendo spunto dall'annoso problema della prescrizione, finì per rimettere in discussione la figura recependo completamente le critiche della dottrina.

Quanto all'estinzione del diritto di proprietà del privato, la sentenza richiamava il principio della c.d. elasticità del diritto di proprietà, in base al quale tale diritto sarebbe capace di « sopportare, senza estinguersi, le più gravi compressioni ». Il permanere del diritto di proprietà in capo al privato in caso di occupazione illecita, sarebbe avvalorato dalla considerazione che ove l'opera pubblica perisse il privato non sarebbe costretto a riacquistare il diritto di proprietà sul fondo, ma sarebbe semplicemente e direttamente reimmesso nelle sue normali facoltà di godimento. Inoltre non appariva corretto parlare di acquisto a titolo originario della proprietà da parte della P.A., perché in tal modo si svuotava di contenuto la garanzia che l'art. 42 Cost. espressamente pone a tutela della proprietà privata, imponendo una riserva di legge in ordine ai suoi modi di acquisto e ai suoi limiti. Infine, si criticava il richiamo operato dalle Sezioni Unite all'istituto dell'accessione, dal momento che « l'acquisto del

(14) Cass., Sez. II, sent. 18 aprile 1987 n. 3872, *id.*, 1987, I, 1728, con nota di A. ROMANO.

suolo occupato non viene in questa ipotesi in favore del costruttore in forza della costruzione, ma in forza di un provvedimento del giudice, di natura, secondo comune opinione, costitutiva e con efficacia traslativa della proprietà ».

Rimessa in discussione, dunque, in ogni suo aspetto la teoria dell'occupazione appropriativa ,la Cassazione propone una diversa soluzione per spiegare l'acquisto da parte della P.A.: nel momento in cui il privato esperisce l'azione risarcitoria, optando per la *liability rule*, la sua condotta « esprime una volontà del tutto incompatibile con quella di mantenere, nonostante il pagamento, la proprietà del bene stesso » e non può essere quindi che il segno di una « rinuncia tacita » al diritto di proprietà con effetto abdicativo.

La più immediata conseguenza di tale costruzione è quella di considerare l'illecito della P.A. non come istantaneo (non potrebbe infatti consumarsi al momento dell'estinzione del diritto di proprietà, dato che nessuna estinzione sarebbe avvenuta) ma come illecito permanente, perché perdura per tutto il tempo in cui il proprietario vede illecitamente compresso il suo diritto. Non sarebbe dunque ravvisabile un *dies a quo* della prescrizione dell'adozione risarcitoria al momento di un'asserita trasformazione irreversibile del suolo a fini pubblicistici, perché in realtà « in ogni momento, finché il diritto è in vita, il proprietario può chiedere il ripristino delle sue facoltà di godimento ».

4.1 La sentenza è rimasta tuttavia isolata. Le Sezioni Unite con la sentenza n. 3940 del 1988 esclusero la possibilità di far ricorso alla figura della rinuncia tacita al diritto di proprietà (15), ribadendo la tesi dell'occupazione appropriativa. La Suprema Corte precisò però che non ogni indeterminata *adprehensio sine titulo* di un immobile andava ricondotta a tale figura, che risulterebbe caratterizzata da un indefettibile punto di partenza (la dichiarazione di pubblica utilità) e da un indefettibile punto d'arrivo (la realizzazione dell'opera pubblica). Tra questi due poli si inserisce un'attività esecutiva che giunge fino alla manipolazione del bene altrui nella sua fisionomia materiale, deviando dall'*iter* procedimentale previsto dalla legge e venendo perciò ad integrare un comportamento abusivo della P.A.

Il profilo pubblicistico dell'istituto acquista dunque un rilievo preminente rispetto all'angolazione privatistica della sentenza del 1983, profilo caratterizzato inoltre dal fatto che l'interesse pubblico non si desume dallo *status* di chi occupa, ma dall'esistenza di un'espressa e formale valutazione in ordine alla pubblica utilità dell'opera.

La tesi dell'occupazione appropriativa, ribadita dalle Sezioni Unite, trovava dopo pochi mesi un riconoscimento nella legge 27 ottobre 1988, n. 458, sia pure — come si è visto — limitatamente al settore tutto particolare dell'edilizia residenziale pubblica.

5. Il dibattito sembrava ormai sedato per effetto del secondo intervento delle Sezioni Unite, ma tre nuove decisioni (le sentenze 6209/1990 (16), 7210/1990 (17)

---

(15) Più precisamente, con la sentenza 10 giugno 1988 n. 3940 (*id.*, 1988, I, 2262) le Sezioni Unite rilevavano l'inammissibilità di una costruzione che finiva per ricondurre l'acquisto della proprietà da parte delle P.A. non alla volontà della P.A. espressa in un proprio atto di destinazione, ma ad una presunta volontà del privato « che, rispetto a quella destinazione, può rivestire posizione passiva, di paziente e di danneggiato, non certo quella di arbitro o di autore ».

(16) Cass., Sez. I, 20 giugno 1990 n. 6209, *id.*, 1990, I, 20808.

(17) Cass., Sez. I, 11 luglio 1990 n. 7210, *id.*, 1990, I, 2789. « Accettata la possibile coesistenza nell'ordinamento — spiega significativamente la decisione n. 7210/1990 — di una pluralità di modelli espropriativi, sia per la sempre maggiore diffusione, anche a livello normativo, dell'occupazione d'urgenza (l. 3 gennaio 1978, n. 1), sia per la innegabile realtà di un diritto vivente, si è venuta evolvendo in sede giurisprudenziale un'espropriazione sostanziale anch'essa collegata, a monte, con la dichiarazione di pubblica utilità (...) e, a valle, con la realizzazione dell'opera pubblica ».

e 10979/1992) (18), questa volta della Prima Sezione della Cassazione (tutte redatte da Vincenzo Carbone, che ha dedicato alla questione anche molti contributi), sono tornate ad offrire una ricostruzione del fenomeno radicalmente diversa.

L'indirizzo inaugurato dalla Prima Sezione ha inteso superare la figura dell'« *occupazione appropriativa* » elaborata dalle Sezioni Unite opponendole la c.d. tesi dell'« espropriazione sostanziale », con l'obiettivo di superare l'obiezione di fondo, basata sull'impossibilità di ammettere che un acquisto possa fondarsi su un illecito, su un comportamento *non iure dato*, e quindi di « purgare » la fattispecie da ogni profilo di illiceità. La Cassazione spiega che l'acquisto da parte della P.A. della proprietà del fondo illegittimamente occupato deriva unicamente dalla radicale ed irreversibile trasformazione del bene, rispetto alla quale l'illecito spossessamento costituisce solo un'occasione del suo verificarsi.

Nell'ambito del fenomeno vengono a tal fine distinti due momenti: *a*) il momento possessorio, vale a dire dello spossessamento, in cui la P.A. occupa il fondo, realizzando l'illecito e arrecando al privato un danno patrimoniale; *b*) il momento traslativo, che non ha la causa vede nello spossessamento illecito solo un antecedente storico, ma dell'acquisto, che va invece ravvisata nella trasformazione irreversibile del bene del privato.

Il risultato di questa dissociazione tra illecito ed acquisto consiste in pratica nella riqualificazione del diritto del proprietario: non si tratterebbe più, infatti, di diritto al risarcimento, ma di diritto al controvalore del bene (in quanto « sostanzialmente » espropriato). Di qui la conseguenza che il termine di prescrizione non sarà più quello quinquennale previsto per l'azione risarcitoria, bensì quello ordinario decennale ex art. 2946 cod. civ. La Cassazione na risolto in questo modo l'annoso problema del termine di prescrizione che grava sull'espropriato (sulla scorta di una precedente pronuncia costituita da Cass. n. 75/1985,, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1263).

Anche questa giurisprudenza si colloca dunque sulla stessa linea di tendenza che ha sempre spinto la Cassazione a rendere per la P.A. l'espropriazione di fatto più costosa di quella *secundum legem*. Ma mentre nell'indirizzo delle Sezioni Unite il diritto del privato su cui incide l'« occupazione appropriativa » ad ottenere il valore effettivo del bene in moneta rivalutata viene — per così dire — « bilanciato » con la prescrizione quinquennale, stando invece alla giurisprudenza della Prima Sezione, poiché il privato non ha diritto ai danni, ma al controvalore del bene in quanto subisce un'« espropriazione sostanziale », si applicherà il termine ordinario di prescrizione decennale. Ed è chiaro che l'allungamento del termine prescrizionale mira chiaramente ad ampliare le possibilità di tutela del privato nei confronti del comportamento illecito della Pubblica Amministrazione.

5.1 L'oscillazione giurisprudenziale registratasi all'indomani di tale decisione ha sollecitato il terzo intervento delle Sezioni Unite, che nel novembre del 1992 con la sentenza n. 12546 hanno respinto la tesi dell'espropriazione sostanziale per ribadire ancora una volta la loro ormai consolidata posizione (19).

Sempre prendendo spunto dal problema della prescrizione, al fine di ricondurne il decorso negli argini della prescrizione quinquennale prevista per

---

(18) Cass., Sez. I, 8 ottobre 1992 n. 10979, *id.*, 1992, I, 88, con nota di BENINI.

(19) Cass., Sez. Un., 25 novembre 1992 n. 12546, *ibidem*, 1993, I, 87; ma anche in *Giur. it.*, 1994, I, 1231, con nota di LIPPOLIS, *Occupazione « sine titulo » del fondo del privato da parte della P.A. ed allocazione dei diritti proprietari: un « excursus » della giurisprudenza degli ultimi dieci anni tra « liability » e « property rules »*.

l'azione risarcitoria, le Sezioni Unite hanno respinto sia la pretesa scissione fra momento possessorio e momento acquisitivo, sia la stessa premessa dalla quale tale soluzione veniva fatta partire. Non è vero infatti che con la teoria dell'occupazione appropriativa si finisce per dare ingresso ad un modo di acquisto della proprietà fondato sull'illecito della P.A., perché a giustificarlo non sarebbe affatto l'illecito, ma la conseguenza riflessa che da quell'illecito è derivata, vale a dire l'impossibilità giuridica di restituire il bene.

Il comportamento illecito della P.A. dunque, pur non ergendosi a causa immediata e diretta dell'acquisto della proprietà, resta però « il dato qualificante, che è all'origine del realizzarsi della fattispecie medesima » e tale considerazione rende privo di senso un preteso parallelismo fra accessione invertita e l'accessione ordinaria del codice civile, nella quale, a differenza di questa ipotesi, l'illecito e il conseguente risarcimento, lungi dal configurarsi come elemento costitutivo della fattispecie, sono meramente eventuali. Con la normativa codicistica infatti si mira alla disciplina dell'assetto proprietario piuttosto che al riequilibrio patrimoniale.

Per le stesse ragioni la somma dovuta dalla P.A. al privato va intesa e computata a titolo di risarcimento per l'illecito subito e non in termini di controvalore.

Il contrasto tra i due opposti orientamenti finisce inevitabilmente per polarizzarsi sull'unica norma di rilievo che sembrava prendere posizione riguardo al problema, costituita dal citato art. 3 legge n. 458/1988 in tema di edilizia residenziale pubblica.

Secondo la sentenza n. 10979/1992 della Prima Sezione, l'art. 3, nonostante sembri recepire la figura dell'occupazione appropriativa, non ha inteso dare un fondamento all'accessione invertita in quanto si riferisce ad un settore tutto particolare (quello dell'edilizia sovvenzionata, agevolata e convenzionale) per offrire sì al privato il rimedio del risarcimento, ma sulla base di presupposti radicalmente diversi da quelli richiesti dalla giurisprudenza per l'accessione invertita, non venendo in rilievo né una dichiarazione di pubblica utilità né la realizzazione di un bene demaniale indisponibile, ma semplicemente la costruzione di alloggi popolari edificati mediante occupazione abusiva ed ormai assegnati ad altri privati la cui posizione merita tutela. La disposizione dunque fungerebbe da « *tertium comparationis* rispetto alle ipotesi non comprese nella sua previsione, rispondendo in tal modo alle specifiche necessità ed alle rilevanti esigenze del particolare settore degli alloggi economici e popolari, per i quali si giustificano regole speciali ».

Di tutt'altro avviso sono invece le Sezioni Unite, secondo le quali la disposizione rappresenterebbe invece una conferma normativa dell'istituto giurisprudenziale dell'accessione invertita, che in questo particolare settore si è anzi voluto estendere anche ad ipotesi che altrimenti non vi si sarebbero potute ricomprendere in quanto « senza il riconoscimento legislativo, la posizione degli assegnatari di alloggi edificati mediante occupazione abusiva, pur se strutturalmente analoga a quella dell'ente beneficiario dell'opera pubblica, non avrebbe ricevuto tutela ».

6. Con il terzo intervento delle Sezioni Unite, la tormentata vicenda giurisprudenziale sembrava essersi conclusa. È tuttavia a questo punto che si interviene il più discusso degli interventi normativa in materia, l'art. 5 *bis*, sesto comma della legge n. 359/1992, nel testo modificato dalla norma dell'art. 1, sessantacinquesimo comma della legge n. 549/1995, che estendeva al risarcimento del danno da occupazione appropriativa i criteri di determinazione dell'indennità di esproprio (fissati appunto in misura ridotta dall'art. 5 *bis*).

Eppure nei confronti della norma, che ben sedici ordinanze di remissione sospettavano di incostituzionalità, si era sollevato un vero e proprio coro di critiche (20), stante la già discussa entità dell'indennizzo che l'art. 5 *bis* assicura al cittadino espropriato dalla P.A., la cui presunta irrisorietà era già stata in passato sottoposta al vaglio della Corte, la quale peraltro non aveva ravvisato nella norma, se non in ristretti limiti, i profili di illegittimità prospettati dai giudici *a quibus.*

Il famoso art. 5 *bis*, legge n. 359/92 aveva — come è noto — modificato i criteri di determinazione dell'indennità di esproprio delle aree edificabili in senso sfavorevole ai privati, riproponendo, con alcuni correttivi, il criterio fissato dalla legge per il risanamento della città di Napoli del 1885, rispolverato qualche anno prima a proposito dell'espropriazione della tenuta di Capocotta, da una norma di legge che aveva superato indenne il vaglio di costituzionalità (Corte Cost., sent. n. 216/90). La norma prevedeva come indennità di esproprio per le aree edificabili la semisomma di valore venale e reddito dominicale rivalutato, decurtata del 40%, ed aveva alimentato una pletora di questioni di incostituzionalità sulla non serietà di un ristoro stimabile intorno al 32% circa del valore di mercato del bene.

Con la sentenza del 1993, n. 283 (21) (la cui soluzione fu anticipata di qualche mese da un malizioso *obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 183/1993 in tema di servitù militari), la Corte Costituzionale fece però salvo il criterio indennitario fissato dall'art. 5 *bis*, ribadendo il principio che l'art. 42, secondo comma Cost., del quale si lamentava la violazione, non garantisce il diritto ad ottenere dalla P.A. il valore venale del bene espropriato al privato, ma soltanto quello ad un serio ristoro, lasciando quindi al legislatore un notevole margine di discrezionalità nell'individuazione dei criteri di computo dell'indennizzo (con l'unico limite della non irrisorietà dello stesso) che possono dunque benissimo rispondere, come effettivamente avviene in questo caso, anche alle « contingenti esigenze di finanza pubblica » imposte dalla sfavorevole congiuntura economica.

Nelle sue considerazioni, il giudice delle leggi ha anche tenuto presente la natura dichiaratamente provvisoria della norma del 5 *bis*, destinata nelle intenzioni del legislatore ad essere sostituita da una legge organica che disciplinasse tutta la materia delle espropriazioni. L'unica pronuncia di incostituzionalità atteneva alla parte della norma che non prevedeva, in favore dei soggetti già espropriati al momento dell'entrata in vigore della legge e la cui indennità non fosse ancora divenuta incontestabile, il diritto ad accettare l'offerta della P.A. evitando la riduzione del 40%.

A distanza di cinque anni, il fatto che la legge non sia stata più sostituita ed abbia per giunta superato il vaglio di costituzionalità, rappresenta la prova evidente che la legge del 1992 non può certo definirsi, come inizialmente si credeva, un provvedimento tampone o una norma di carattere provvisorio e anzi, come la dottrina ha fatto notare, costituisce un chiaro avallo della scelta legislativa di scorporare dal diritto di proprietà lo *ius aedificandi*, la cui inerenza a tale diritto risulterebbe in questo modo solo formalmente ma non sostanzialmente riconosciuta.

---

(20) Cfr. CARBONE, *op. ult. cit.*, 135; GAMBARO, *In nome della legge: art. 1 comma 65 legge 549/95*, in *Foro it.*, 1996, V, 57; PARDOLESI, *Dalla supernova al buco nero: una nuova disciplina per l'occupazione appropriativa?*, ivi, 59; ALPA, *Occupazione acquisitiva e risarcimento del danno: note critiche sull'art. 1 comma 65 legge n. 549 del 1995*, in *Danno e responsabilità*, 1996, 138.

(21) Corte Cost. 16 giugno 1993 n. 283, in *Corr. giur.*, 1993, 7, 789, con nota di CARBONE. Un completo e dettagliato *excursus* della giurisprudenza sul punto si trova in CARINGELLA, *L'indennità di esproprio sotto i riflettori della Corte Costituzionale*, in *Urb. e appalti*, 1997, n. 1.

La soluzione non convinse e poco dopo fu puntualmente riproposta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 *bis*, questa volta sotto il profilo della violazione dell'art. 3 Cost. Con la sentenza del 1993, n. 442 (22), la Corte Costituzionale ha infatti categoricamente escluso la possibilità di equiparare, per dedurne una pretesa disparità di trattamento, l'ipotesi di occupazione appropriativa di suoli da parte della P.A. (per la quale veniva riconosciuto al privato il diritto al risarcimento del danno, come ben sappiamo) e quella dell'espropriazione *secundum legem*, proprio perché in questo caso la discrezionalità del legislatore nella determinazione dell'indennizzo è giustificata dal « rispetto dei presupposti formali e sostanziali che rappresentano altrettante garanzie per il proprietario espropriato ».

Ma la strada del definitivo riconoscimento del criterio dell'art. 5 *bis* non si è fermata qui. Con sentenza n. 153 del 1995 (23), il giudice delle leggi è tornato a pronunciarsi in favore della norma, al fine di dichiarare l'incostituzionalità di alcune norme della Regione Sicilia che avevano previsto un criterio di indennizzo più favorevole al privato, corrispondente al valore venale del bene. In tale occasione, la Corte arriva ad affermare che l'art. 5 *bis* rientra tra le norme fondamentali di riforma economico-sociale, inderogabile dunque da parte di provvedimenti legislativi regionali.

Il concetto è stato ulteriormente ribadito nella sentenza n. 80 del 1996 (24), nella quale analogamente è stato dichiarato incostituzionale il difforme criterio di determinazione dell'indennità di esproprio introdotto da una legge della Provincia di Bolzano.

Una più diretta verifica di costituzionalità dell'occupazione appropriativa è stata invece sollecitata alla Corte Costituzionale nel 1995 da parte di un'ordinanza del Tribunale superiore delle acque pubbliche che lamentava l'illegittimità dell'art. 2043 c.c. (in relazione agli artt. 3 e 42 Cost.) in quanto non prevede, in presenza di un'opera pubblica costruita su un terreno occupato illegittimamente e la cui proprietà sia stata acquisita dalla P.A., una « sanatoria » della condotta che sia idonea ad assicurare al privato, oltre al risarcimento del danno, un diritto indennitario quale controvalore della perdita del bene, con correlativa prescrizione decennale.

La censura muoveva dalla premessa che la vicenda dell'occupazione appropriativa, determinando di fatto il trasferimento del bene in capo alla Pubblica Amministraizone, finirebbe per produrre effetti giuridici sostanzialmente simili a quelli di un'esproprazione rituale. Di qui l'asserita illegittimità delle norme sull'occupazione appropriativa, elaborate dal diritto vivente della Cassazione, che consentirebbero a detta del giudice *a quo* una « ablazione senza espropriazione », facendo così conseguire all'illecito effetti positivi per il suo autore.

La Corte Costituzionale, tuttavia, con la sentenza del 23 maggio 1995, n. 188, ha respinto l'eccezione di incostituzionalità, smentendo proprio quella premessa. Infatti, l'acquisto da parte della P.A. sarebbe secondo la Corte (in linea con l'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione), una conseguenza solo riflessa dell'illecito perpetrato ai danni del privato, a causa della situazione di fatto determinatasi con la realizzazione dell'opera e della conseguente impossibilità di restituire il fondo ormai inscindibilmente incorporato all'opera stessa.

La sentenza in questione dunque respinge quell'impostazione che interpreta il fenomeno come « traslazione di un *idem* », preferendole invece una ricostru-

---

(22) Corte Cost. 16 dicembre 1993, n. 442, *Foro it.*, 1994, I, 4.
(23) Corte Cost. 8 maggio 1995, n. 153, in *Corr. Giur.*, 1995, 11, 1289.
(24) Corte Cost. 19 marzo 1996, n. 80.

zione della vicenda in termini di « manipolazione-distruzione di un *quid* e parallela acquisizione di un *aliud*, residuale a quella manipolazione » (25).

6.1 Sulla base di queste premesse risulta alquanto agevole comprendere come la legge n. 549/1995, introducendo l'equiparazione *quoad effectum* tra indennizzo da espropriazione legittima e risarcimento da occupazione acquisitiva, finisse per remare contro corrente rispetto alla decisa direzione della giurisprudenza.

La norma dell'art. 1, comma 65, aveva precisamente sostituito il sesto comma del citato art. 5 *bis* con il seguente: « Le disposizioni di cui al seguente articolo si applicano in tutti i casi in cui non sono stati ancora determinati in via definitiva il prezzo, l'entità dell'indennizzo e/o " del risarcimento del danno ", alla data di entrata in vigore del presente decreto ».

Le conseguenze pratiche di tale estensione sarebbero presto risultate, secondo la dottrina, di non poco conto: lungi dal responsabilizzare la P.A. disincentivando il ricorso ad uno strumento *contra legem*, la norma dell'art. 1, comma 65, della legge n. 549/1995 « non opta per soluzioni sagge e responsabili, ma cerca, ancora una volta, di risolvere i problemi, scaricando su qualcuno, nella specie sul privato, anche il costo delle espropriazioni illegittime » (26).

E non è un caso che il provvedimento fosse inserito in una legge finanziara: in un ambito cioè che aveva di mira, al di là di ogni considerazione di equitatività dei rimedi adottati, l'adozione di « Misure di razionalizzazione della finanza pubblica », al punto da rendere irrilevante per il legislatore « finanziario », come qualcuno ha fatto notare, il fatto che la P.A. acquistasse il bene in modo legittimo o illegittimo (27). « Sicché potrebbe osservarsi che tra « misure urgenti » e « misure di razionalizzazione » il destino dell'indennità di espropriazione rimane strettamente dipendente da quello della finanza pubblica » (28).

6.2 Il coro di critiche della dottrina, pressoché unanime salvo qualche eccezione, ha assunto a tratti le tinte tragicomiche di un'erma bifronte che (potremmo dire con Pirandello) « ride per una faccia del pianto della faccia opposta ».

I critici più accesi hanno parlato di « rapina » subita dal privato (29) giungendo ad evocare immagini da *far west* di un « legislatore-bandito » che realizza « l'assalto alla diligenza » (30) o ancor meno rassicuranti visioni di una supernova (l'occupazione appropriativa) tramutantesi « in buco nero, che, si sa, tutto risucchia » (31). In sostanza, frequentemente il pensiero è andato, per il tramite di quasi istintive associazioni di idee, verso realtà nelle quali ogni altra legge sembra regnare salvo quelle della giustizia e del diritto.

Ma anche chi abbia tralasciato di indulgere in tali metafore, non ha mancato di mettere in luce le falle di una normativa che non ha finito per raccogliere alcun consenso.

La sua asserita irrazionalità (32), il suo stridente contrasto con i principi generali per i quali cosa ben diversa (non solo nella qualità ma anche nell'entità) è un indennizzo (che risponde ad esigenze di giustizia puramente

---

(25) Corte Cost. 23 maggio 1995, n. 188, *Foro it.*, 1996, I, 464.
(26) CARBONE, *Espropri illeciti, risarcimenti dimezzati*, in *Corr. giur.*, n. 2, 1996.
(27) Cfr. in questo senso CAVALLARO e PANDOLFO, in *Corr. giur.*, n. 3, 1996.
(28) GAMBARO, *In nome della legge: art. 1, comma 65, legge 549/1995*, in *Foro it.*, 1996, V, 57.
(29) CARBONE, *op. ult. cit.*
(30) PARDOLESI, *op. cit.*
(31) *Ibidem.*
(32) GAMBARO, *op. cit.*

sostanziale in quanto riparazione di un pregiudizio subito legittimamente) rispetto ad un risarcimento (strumento di reintegrazione di una sfera giuridica illecitamente violata), la disparità di trattamento che da essa emerge fra i privati colpiti da un provvedimento legittimo e quelli che subiscono un'occupazione illecita (33), la sua mascherata elusione, in definitiva, del principio di legalità dell'azione amministrativa ricavabile dall'art. 97 Cost. (34), hanno indotto la dottrina a correre ai ripari proponendo soluzioni che presentavano gradi via via decrescenti di incisività.

Si sono così auspicate l'abrogazione legislativa, la pronuncia di incostituzionalità e solo in subordine una interpretazione della norma per quanto possibile in chiave restrittiva o minimalista, nel senso o di giustificare (ma non per questo approvare) una disposizione avente il limitato scopo di « toglier d'impiccio le amministrazioni che, paralizzate dal precedente vuoto normativo, si fossero risolte a por mano ad onerose occupazioni appropriative e rimpiangessero la perduta opportunità di espropriare a condizioni vantaggiose » (35); oppure di intendere il riferimento ai casi in cui non sia stato ancora determinato il risarcimento, non nel senso di ricomprendervi le ipotesi di occupazione illegittima (perché a ciò osterebbero i principi generali dell'ordinamento e quelli costituzionali), ma solo quelle residuali del risarcimento del c.d. danno lecito (ex art. 46 della legge gen. espropri), dell'area espropriata utilizzata a fini commerciali o industriali o dell'occupazione d'urgenza limitativa dell'uso del bene (36).

6.3 Unica voce dissenziente è apparsa quella del VIGNALE (37), il quale ha fatto salva la disciplina innanzitutto precisando che l'equiparazione in essa operata avrebbe riguardato soltanto i casi nei quali (come già avevano chiarito le Sezioni Unite nella sentenza 3940/1988) un procedimento espropriativo fosse stato regolarmente avviato con una legittima dichiarazione di pubblica utilità e non anche le ipotesi di « mera occupazione di fatto del terreno » in cui tale dichiarazione mancasse del tutto.

Una volta ristretto il campo della sua applicazione, l'Autore ha poi tentato di superare le critiche della dottrina prevalente osservando che data la connotazione della vicenda come espropriazione sostanziale, non ha senso parlare di irragionevolezza dell'equiparazione fra le due figure in quanto si tratta di « procedimenti formalmente diversi (derivanti dalla mera differente formulazione delle diverse norme, ma che pervengono al medesimo risultato » (38).

Inoltre l'orientamento della giurisprudenza della Corte Costituzionale, quale emerge in particolare dalla sentenza 188/1995, solo in apparenza sembrerebbe contrario all'equiparazione cui il legislatore ha proceduto, in quanto in realtà la consulta non affermò che il legislatore non potesse disciplinare allo stesso modo espropriazione legittima ed espropriazione sostanziale, ma in ossequio al principio della discrezionalità legislativa « si limitò solo ad asserire che il legislatore ben potesse prevedere una diversa regolamentazione delle due situazioni » (39).

Per fornire a tale impostazione un coerente fondamento normativo, l'Autore ha richiamato tutti quei casi, teoricamente riconducibili alla generale figura

(33) CARBONE, *op. ult. cit.*; PARDOLESI, *op. cit.*
(34) *Ibidem.*
(35) PARDOLESI, *op. ult. cit.*
(36) ALPA, *op. cit.*
(37) VIGNALE, *Note relative alla nuova normativa sulla liquidazione del danno da illegittima occupazione di un suolo*, in *Foro it.*, 1996, I, 1081.
(38) *Ibidem.*
(39) *Ibidem.*

del fatto illecito disciplinata dall'art. 2043 c.c., nei quali tuttavia il legislatore, nell'esercizio del suo potere discrezionale, non riconosce al danneggiato il diritto all'integrale risarcimento del danno. Vengono dunque in rilievo, sotto questo profilo, l'art. 2044 c.c. (legittima difesa) in cui il risarcimento non è affatto dovuto, l'art. 2045 c.c. (stato di necessità) in cui si riconosce solo il diritto ad un'indennità la cui determinazione è rimessa al giudice e l'art. 2047 c.c. (danno cagionato dall'incapace) in cui, salva la responsabilità del sorvegliante, al danneggiato è dovuta solo un'indennità.

A ciò si aggiunge quel consolidato orientamento giurisprudenziale (40) che nega la possibilità di richiedere il risarcimento del danno per equivalente a chi intenda far valere solo un proprio diritto reale su un bene.

In sostanza dunque, a tutte queste ipotesi la legge 549/1995 non avrebbe fatto altro che aggiungerne una nuova, che si verifica quando in casi di occupazione illegittima del suolo da parte della P.A., il proprietario non possa ottenere il risarcimento in forma specifica del danno.

La tesi tuttavia, come si diceva, è rimasta isolata e nulla ha potuto contro la pioggia di ordinanze con le quali i giudici di merito hanno rimesso alla Corte Costituzionale la tanto discussa questione di legittimità della norma in esame.

6.4 Le violazioni lamentate dai giudici *a quibus* hanno investito numerose norme costituzionali.

Innanzitutto, è stato rilevato il contrasto con l'art. 3 sotto molteplici profili:

a) un primo aspetto ha investito la disparità di trattamento sia rispetto ai soggetti danneggiati da qualsiasi altro illecito civile (in violazione del principio del *neminem laedere*), sia rispetto ai proprietari interamente risarciti ex art. 3, legge 198, n. 458, a seguito dell'occupazione di immobili per esigenze di edilizia abitativa, sia rispetto ai proprietari ritualmente espropriati che hanno la possibilità di evitare la decurtazione del 40% dell'indennità loro spettante pervenendo alla « cessione volontaria » del bene, sia infine rispetto ai proprietari di fondi agricoli espropriati, riproponendo dunque in questo caso una lamentata irrisorietà dell'indennizzo previsto per i terreni edificabili che tuttavia era già stata respinta in passato dal giudice delle leggi (41).

b) sotto un secondo profilo si è prospettata la irrazionale parificazione del trattamento fra situazioni radicalmente diverse, che nemmeno le esigenze di contenimento della spesa pubblica varrebbero a giustificare « essendo altri i mezzi e le regole preordinati al corretto prelievo finanziario e non anche il sostanziale avallo dell'illecito posto in essere dalla Pubblica Amministrazione » (42).

c) un ultimo aspetto ha investito infine l'ingiustificato privilegio che veniva in tal modo attribuito « ad un soggetto — Pubblica Amministrazione — che avendo agito al di fuori e contro qualsiasi prescrizione normativa — si pone nella esecuzione del fatto illecito volontariamente alla pari di qualsiasi altro soggetto autore di illeciti, ricevendone, a differenza di ogni altro, un trattamento differenziato e più favorevole, quasi premio alla sua qualità pubblica, che dovrebbe tradursi invece in pubblico esempio di correttezza e di legittimo esercizio dl potere » (43).

---

(40) Cfr. Cass., 16 maggio 1961, n. 1154, in *Foro it., Rep.* 1961, voce *Responsabilità civile*, n. 35; 23 maggio 1963, n. 488, *id.*, 1963, I, 1178; 3 giugno 1974, n. 1594, *id., Rep.* 1974, voce *Danni civili*, n. 100; 22 gennaio 1985, n. 256, *id., Rep.* 1985, voce *cit.*, n. 98.

(41) Corte Cost., 16 dicembre 1993, n. 442, *cit.*

(42) Corte Cost., 2 novembre 1996, n. 369, *cit.*, in *Foro it.*, 1996, I, 3257.

(43) *Ibidem.*

È stata poi lamentata la violazione dell'art. 42, terzo comma, in quanto l'avvenuta equiparazione fra espropriazione legittima e illegittima avrebbe vanificato il principio di legalità delle espropriazioni.

Come corollari di questi due fondamentali premesse, si è infine rilevata l'incompatibilità della disciplina con l'art. 24 per la sostanziale soppressione delle garanzie poste a tutela del cittadino contro gli atti illegittimi della P.A., con l'art. 28 sulla responsabilità diretta dei pubblici funzionari per gli illeciti commessi (avendo la norma dichiarato irrilevante l'illecito) e con l'art. 97 in quanto l'equiparazione fra atti legittimi e atti illegittimi costituirebbe una spinta verso la violazione delle leggi in materia di espropriazione.

7. La Corte Costtuzionale ha sostanzialmente accolto, anche se non in tutti i loro aspetti, le doglianze dei giudici *a quibus*.

Quanto all'art. 3 Cost., la Corte ne ha riconosciuto la violazione da parte della norma al suo esame, in considerazione della « radicale diversità strutturale e funzionale delle obbligazioni così comparate », dal momento che l'indennizzo (obbligazione *ex lege* per atto legittimo) e il risarcimento (obbligazione *ex delicto*) devono realizzare un equilibrio fra esigenze diverse, venendo in rilievo nel primo caso l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera e quello privato alla conservazione del bene e nel secondo « l'interesse pubblico al mantenimento dell'opera già realizzata e la reazione dell'ordinamento a tutela della legalità violata » (44).

Di qui l'irragionevolezza intrinseca della norma poiché nell'occupazione appropriativa « l'interesse pubblico è già essenzialmente soddisfatto dalla non restituibilità del bene e dalla conservazione dell'opera pubblica » per cui la riduzione della quota del risarcimento, parificata all'indennizzo, costituirebbe « un di più » che finisce per operare un eccessivo sbilanciamento a favore dell'interesse pubblico e in pregiudizio di quello privato.

L'ingiustificato privilegio che si viene in questo modo a creare a favore della Pubblca Amministrazione implica di conseguenza anche la violazione del principio costituzionale del buon andamento e legalità dell'azione amministrativa (art. 97) nonché del principio di responsabilità dei pubblici dipendenti per i danni arrecati al privato (art. 28).

Con riferimento all'art. 42 invece, la Corte ne ha rilevato la violazione rispetto alla norma contenuta nel secondo comma, « per la perdita di garanzia che al diritto di proprietà deriva da una così affievolita risposta dell'ordinamento all'atto illecito compiuto in sua violazione » (45).

Il giudice delle leggi, dunque, pur avendo sostanzialmente riconosciuto l'illegittimità della disciplina introdotta dal legislatore finanziario, ha finito tuttavia per accogiere la tesi proposta dall'Avvocatura dello Stato con riferimento ad uno degli aspetti più delicati della vicenda in esame. Significativa premessa dell'*iter* motivatorio che ha condotto alla pronuncia di accoglimento è infatti la considerazione che « la regola generale della riparazione ed equivalenza al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale » (46).

L'Avvocatura aveva infatti rilevato la manifesta infondatezza della denuncia di violazione del terzo comma dell'art. 42 in quanto « la norma censurata ... non colliderebbe col principio del " necessario " ristoro patrimoniale del pri-

(44) *Ibidem.*
(45) *Ibidem.*
(46) *Ibidem.*

vato, posto che si limita a regolamentare il *quantum* della relativa prestazione (la cui misura non è " costituzionalizzata ") » (47).

La Corte Costituzionale, dunque, conviene con l'Avvocatura che nella fattispecie dell'occupazione illegittima, data la sua particolare connotazione di illecito che si dispiega tra una dichiarazione di pubblica utilità di un'opera e la sua effettiva realizzazione, « sussistano in astratto gli estremi giustificativi di un intervento normativo ragionevolmente riduttivo della misura della riparazione dovuta dalla Pubblica Amministrazione ». Ma è proprio tale ragionevolezza che in concreto manca alla disciplina in esame, dal momento che anche in presenza di una compressione del diritto al risarcimento, il legislatore dovrebbe pur sempre assicurare un « equilibrato componimento... degli interessi in gioco », cosa che in questo specifico caso non può dirsi avvenuta.

Con la sentenza n. 369/1996, dunque, la Corte Costituzionale ha finito per rimettere di fatto la questione nelle mani del legislatore, riconoscendogli una certa discrezionalità nella determinazione del risarcimento del danno al quale il privato avrebbe diritto (48).

Questa nuova « apertura » a soluzioni diverse dall'integrale ristoro ha spianato la strada, appena un mese più tardi, alla legge 23 dicembre 1996, n. 662, collegata alla finanziaria del 1997, che sembra aver voluto correggere il tiro della precedente normativa dichiarata incostituzionale, adottando come criterio per il risarcimento del danno da occupazione illegittima sempre quello previsto dall'art. 5 *bis*, ma questa volta escludendo la decurtazione del 40%. Non solo: alla semisomma calcolata secondo i parametri del 5 *bis* si aggiunge un aumento di valore del 10% (49).

Questa disciplina tuttavia viene dalla legge applicata soltanto alle occupazioni intervenute anteriormente al 30 settembre 1996, fatto che ha destato notevoli perplessità dal momento che non si comprende la ragione per la quale il legislatore, quasi introducendo una sorta di doppio binario, abbia voluto applicare fino a questa data dei criteri di risarcimento più riduttivi, riconoscendo poi per le occupazioni successive il diritto all'integrale ristoro; a meno di non individuare tale ragione, come qualcuno ha fatto, nel discutibile proposito di introdurre, con tale previsione, « un mero " indulto " determinato dalla necessità di contenere la spesa pubblica » (50).

Fin dai primi commenti, la dottrina (51) ha prospettato la possibilità che la nuova norma dovesse subire, al pari di quella che l'ha preceduta, il vaglio di costituzionalità. La previsione si è rivelata fondata: infatti, con alcune

---

(47) *Ibidem.*

(48) I primi commenti dottrinali, pur salutando con favore la pronuncia di incostituzionalità, non hanno tuttavia fatto mistero delle perplessità suscitate da tale impostazione. Dalla sentenza 369/1996 infatti, emergerebbe come perno centrale della figura dell'occupazione appropriativa la dichiarazione di pubblica utilità: tale provvedimento non soltanto svolge la funzione di impedire la restituzione del suolo al privato (in quanto solo in sua presenza avviene, con la realizzazione dell'opera, quella trasformazione che rende irreversibile la destinazione pubblicistica del bene), ma inoltre « verrebbe posto una seconda volta sul piatto della bilancia... al fine di consentire la decurtazione del ristoro ». Cfr. De Marzo, *Occupazione appropriativa atto secondo: adesso tocca al legislatore?*, in *Foro it.*, 1996, I, 3585.

(49) L'art. 3, comma 65 della legge 662/1996 ha aggiunto all'art. 5 *bis*, legge 359/1992, il seguente comma: « 7 *bis*. In caso di occupazioni illegittime di suoli per causa di pubblica utilità, intervenute anteriormente al 30 settembre 1996, si applicano, per la liquidazione del danno, i criteri di determinazione dell'indennità di cui al comma 1, con esclusione della riduzione del 40 per cento. In tal caso l'importo del risarcimento è altresì aumentato del 10 per cento. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche ai procedimenti in corso, non definiti con sentenza passata in giudicato ».

(50) De Marzo, *La nuova disciplina del risarcimento del danno da occupazione appropriativa*, commento in *Urb. e appalti*, n. 2, 1997.

(51) Saporito, *La nuova disciplina del risarcimento del danno da occupazione appropriativa*, commento in *Urb. e appalti*, n. 2, 1997.

recenti ordinanze la questione di legittimità relativa al risarcimento del danno da occupazione appropriativa è stata rimessa per l'ennesima volta alla Corte Costituzionale.

Più precisamente, la Corte d'Appello di Napoli nell'ordinanza del 27 gennaio 1997 ha lamentato la violazione degli artt. 3 e 42, secondo comma Cost., nel primo caso perché un semplice aumento del 10% rispetto alla misura dell'indennizzo da espropriazione legittima non varrebbe a garantire il diverso equilibrio fra gli interessi in gioco nell'occupazione illegittima, nel secondo caso perché tale ridotto risarcimento finisce per vanificare la tutela costituzionale del diritto di proprietà. Sulla stessa falsariga si poneva già l'ordinanza di remissione della Corte d'Appello di Torino del 24 gennaio 1997 (in *Gazz. Uff.*, 23 aprile 1997, I serie speciale, n. 17).

Tuttavia, stante l'impostazione adottata nella sentenza 369/1996, tesa essenzialmente a garantire il concreto equilibrio tra interesse pubblico e privato ma non necessariamente attraverso la via della piena riparazione del pregiudizio subito dal proprietario, se la Corte si mostrerà coerente con il suo precedente ragionamento, si può azzardare un pronostico favorevole al legislatore del 1996.

9. La sentenza n. 369/1996 ha finito in sostanza per riconfermare la figura dell'occupazione appropriativa elaborata dalle Sezioni Unite della Cassazione, ma allo stesso tempo coordinando l'istituto con le esigenze di un legislatore che si trova continuamente a fare i conti non soltanto con le sacrosante pretese di un proprietario illegittimamente privato di un suo bene, ma anche con la continua preoccupazione di contenimento della spesa pubblica.

Per tale via la Corte Costituzionale, oltre ad aver meglio delineato le differenze fra le due forme di espropriazione, legittima e illegittima, ha indirettamente anche sconfessato le recenti critiche mosse all'occupazione appropriativa da parte del Consiglio di Stato, che prendendo spunto dai difficili rapporti fra giudicato di annullamento degli atti della procedura ablatoria e le conseguenze della irreversibile realizzazione dell'opera, ha tentato una radicale rivisitazione dell'istituto.

9.1 La Quinta Sezione ha infatti rimesso la questione all'Adunanza plenaria con l'ordinanza n. 877 del 1995 nella quale suggeriva di ritenere inoperante l'occupazione acquisitiva, e dunque l'impossibilità di restituire il bene al privato, quando la realizzazione dell'opera pubblica avvenisse « successivamente e nonostante la formazione di un giudicato, in merito al procedimento di occupazione od espropriazione, sfavorevole all'Amministrazione ».

L'Adunanza plenaria (52) ha in quell'occasione respinto la tesi della Quinta Sezione, superando tuttavia la questione di fondo con una valutazione in fatto, smentendo cioè la premessa dalla quale, nel caso di specie, il giudice *a quo* era partito, nel sostenere (a torto, secondo l'Adunanza plenaria) che alla data della notifica della sentenza di annullamento dell'atto illegittimo, poi passata in giudicato per scadenza dei termini, l'opera pubblica in questione non fosse ancora stata realizzata.

9.2 La Quinta Sezione non ha tuttavia desistito. Con la sentenza del 12 luglio 1996, n. 874 (53), sempre in sede di giudizio di ottemperanza, ha riportato nuova-

---

(52) Cons. Stato, Ad. plen., 7 febbraio 1996, n. 1, in *Foro it.*, 1996, III, 137, con nota di BENINI.

(53) Cons. Stato, Sez. V,12 luglio 1996, n. 874, in *Urb. e appalti*, n. 2, 1997, con nota di DE MARZO. Ma soprattutto si rinvia alla puntuale nota di CESARONI, *L'occupazione appropriativa a favore della P.A. di fronte al giudice amministrativo di ottemperanza*, in *Riv. amm. appalti*, 1996, 3, 376. Dello stesso autore si segnala da ultimo: CESARONI-SBRANA, *Regole di equità sull'accessione invertita*, in *Gazz. Ambiente*, 1997, 5, 95.

mente in luce le antiche obiezioni nei confronti dell'occupazione acquisitiva (con particolare riguardo alla presunta violazione della riserva di legge contenuta nell'art. 42 nei casi di perdita del diritto di proprietà senza il consenso dello stesso proprietario) e proposto nuovi spunti che facevano essenzialmente leva sull'inammissibilità di un concetto di « irreversibile trasformazione dello stato dei luoghi » conseguente alla realizzazione dell'opera pubblica, non soltanto perché ogni abusiva costruzione sul suolo altrui è dal punto di vista materiale rimovibile, ma soprattutto per l'estrema genericità di un concetto che, non godendo tra l'altro di alcun supporto normativo, rischierebbe adirittura di divenire arbitrario.

In sostanza, secondo tale prospettazione, nel caso di specie, il giudicato di annullamento dell'atto di illegittima occupazione del suolo aveva fatto venire meno *ex tunc* la dichiarazione di pubblica utilità (che le stesse Sezioni Unite hanno riconosciuto come indefettibile presupposto dell'occupazione appropriativa) impedendo dunque di acquisire definitivamente la proprietà alla P.A.

D'altra parte, se si fosse respinta questa costruzione, si sarebbe rischiato, come già aveva affermato l'Adunanza plenaria nella sentenza n. 1 del 1996, « di rendere *inutiliter datae* molte delle pronunce del giudice amministrativo, con correlata sostanziale disapplicazione in tale ipotesi del principio stesso di effettività della tutela giurisdizionale ».

Nonostante tale ragionamento, la sentenza in questione finiva tuttavia per dare comunque torto ai privati ricorrenti, fondando la sua decisione sull'art. 2933 cpv. c.c. che stabilisce come non vada ordinata la distruzione della cosa quando ciò sia di pregiudizio all'economia nazionale, pregiudizio che in questo caso sarebbe derivato dal fatto che l'opera pubblica viene pur sempre realizzata a spese della collettività.

Il richiamo all'art. 2933 c.c. andava per la verità contro le opinioni della dottrina al riguardo, che già da anni aveva escluso l'applicabilità della norma basandosi sulla considerazione che l'azione del privato è diretta ad ottenere non tanto l'attuazione di un obbligo di non fare quanto il rilascio del bene illegittimamente occupato (54).

Anche la giurisprudenza sul punto andava in una direzione diversa, considerando il limite del pregiudizio all'economia nazionale in relazione ad ipotesi ben diverse, delle quali la copiosa produzione di sentenze forniva un'abbondante elencazione.

Quanto poi ai dubbi di legittimità costituzionale della figura dell'occupazione appropriativa, non pare il caso, secondo la dottrina, di riesumare vecchie argomentazioni, tra l'altro definitivamente superate dalle ormai numerose sentenze della Corte Costituzionale. Ritenere infatti il privato ancora proprietario del bene, porterebbe al paradosso di consentire che, sebbene svuotato dei suoi poteri di *dominus*, egli continui ad essere intestatario del bene sopportando tutte le conseguenze fiscali che tale posizione porta con sé e correndo il rischio che un tardivo decreto di esproprio converta il suo diritto al risarcimento in un meno soddisfacente diritto all'indennizzo (55).

Il pericolo che tutta la vicenda venisse messa per l'ennesima volta in discussione è stato tuttavia scongiurato, come si è avuto modo di constatare, dalla sentenza 369/1996 della Corte Costituzionale, che ha fornito un'ulteriore conferma della legittimità dell'istituto dell'occupazione acquisitiva.

---

(54) ORIANI, *Occupazione d'urgenza, costruzione dell'opera pubblica, decreto di espropriazione tardivo, tutela giurisdizionale del proprietario: contributo ad uno studio interdisciplinare*, in *Foro it.*, 1982, V, 226.

(55) Lo spiega bene CESARONI, *L'occupazione appropriativa...*, *op. cit.*, 381.

10. L'ultimo capitolo (per il momento, naturalmente) dell'intricata e interminabile vicenda è stato segnato dalla recentissima sentenza delle Sezioni Unite del 4 marzo 1997, n. 1907 (56).

Anche in questo caso la Cassazione ha riconfermato il suo sostegno all'istituto, compiendo però un ulteriore passo avanti. Partendo, come sempre più spesso accadeva negli ultimi anni, dal problema della prescrizione, le Sezioni Unite hanno chiarito come il carattere istantaneo dell'illecito (con conseguente prescrizione quinquennale dell'azione di risarcimento) vada ravvisato solo nelle ipotesi di occupazione appropriativa, così come risulta delineata dalla precedente sentenza delle Sezioni Unite del 1988, n. 3940, caratterizzate dalla presenza di una preventiva dichiarazione di pubblica utilità dell'opera. Se infatti tale dichiarazione manca del tutto oppure se difetti dei termini iniziali e finali del procedimento espropriativo (ipotesi verificatasi nel caso di specie e che la Cassazione ha equiparato alla totale mancanza della dichiarazione di pubblica utilità in quanto emanata in assoluta carenza di potere in concreto), non si può parlare propriamente di occupazione acquisitiva né si può negare il carattere permanente dell'illecito con la conseguenza che la prescrizione non corre se non dalla cessazione della permanenza stessa.

Ma vi è di più: l'assenza della dichiarazione di pubblica utilità, non consentendo il verificarsi della fattispecie dell'occupazione appropriativa, apre la strada alla « esperibilità delle azioni reipersecutorie a tutela della non perduta proprietà ». A meno che tuttavia il privato non proponga domanda di risarcimento del danno, ponendo così in essere « un meccanismo abdicatorio », nel senso cioè che l'azione di risarcimento vada intesa come rinuncia alla possibilità di pretendere il rilascio del bene da parte della Pubblica Amministrazione.

L'affermazione sembra riecheggiare la soluzione proposta dalla seconda sezione di Cassazione nella sentenza 3872/1987 e subito sconfessata dalla sentenza delle Sezioni Unite del 1988 n. 3940, anche se, tiene a precisare la Suprema Corte, « ciò avveniva nell'ipotesi dell'occupazione acquisitiva, mentre nel caso in esame si tratta della diversa ipotesi in cui, mancando la dichiarazione di pubblica utilità, tale vicenda acquisitiva non si verifica ».

In sostanza, come ha fatto notare la dottrina (57), in questo caso l'azione di risarcimento non si fonderebbe più sulla perdita del diritto di proprietà, perché nessuno spoglio è in realtà avvenuto. Anzi, è la stessa domanda di risarcimento che « fa scattare l'effetto acquisitivo-estintivo anche in assenza dell'occupazione acquisitiva » divenendo così il presupposto di un nuovo modo di acquisto della proprietà privata da parte della Pubblica Amministrazione.

Tuttavia al di là di quella che è stata definita una « ortodossia interpretativa » resta il fatto che per tale via le Sezioni Unite hanno finito col dar vita ad una terza strada (alternativa sia all'espropriazione legittima, sia all'accessione invertita) per tutelare più pienamente il privato da tutti i casi di illegittima occupazione di un suolo di sua proprietà, in qualsiasi forma essa si manifesti.

FEDERICO BASILICA

---

(56) Cass., Sez. Un., 4 marzo 1997, n. 1907, in *Corr. giur.*, n. 4, 1997, con nota di CARBONE, *L'arte del giudicare: un nuovo alt alle espropriazioni illecite.*

(57) *Ibidem.*

IL RITARDATO ADEMPIMENTO DEI CREDITI DI LAVORO, PREVIDENZIALI ED ASSISTENZIALI ED IL PROBLEMA DEL CUMULO DI INTERESSI E RIVALUTAZIONE MONETARIA

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Il regime speciale degli accessori sui crediti di lavoro. 3. Gli interventi della Corte Costituzionale (C. Cost., sent. n. 156/91; n. 394/92; n. 196/93; n. 207/94; ord. n. 139/95) e del legislatore (legge n. 412/1991 e n. 724/1994). 4. La sentenza n. 361/96 della Corte Costituzionale. 5. I problemi di diritto transitorio e la sentenza n. 5895/96 delle Sezioni Unite della Cassazione.

1. Il tema delle conseguenze sulla finanza pubblica delle pronunce della Corte Costituzionale era tanto avvertito agli inizi di questo decennio, che nel 1991 fu oggetto di un apposito Seminario, organizzato al Palazzo della Consulta, su « Corte Costituzionale e finanza pubblica », i cui atti conclusivi furono poi raccolti in un apposito volume (AA.VV., *Le sentenze della Corte Costituzionale e l'art. 81, ultimo comma, della Costituzione*, Milano, 1993). In quella come in altre occasioni, molti sottolinearono che gli interventi della Corte in materia previdenziale rappresentavano la manifestazione più eloquente dei riflessi, sulla giurisprudenza costituzionale, del criterio delle cd. compatibilità economiche « trattandosi di un settore in cui il giudice delle leggi ha svolto un ruolo fondamentale di garanzia e promozione dei diritti previdenziali senza peraltro trascurare mai il problema dei costi che ne scaturiscono » (COLAPIETRO, *I trattamenti pensionistici ed il limite delle risorse disponibili nel bilanciamento della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1997, fasc. 1, 545).

Non c'è dubbio che la Corte Costituzionale, in presenza della grave crisi economica, che a partire dagli inizi degli anni Novanta, attraversa il nostro Paese, si sia mostrata particolarmente sensibile (soprattutto nel corso del 1995) all'esigenza di salvaguardare, per quanto possibile, gli equilibri della finanza pubblica, evitando decisioni che potessero incidere negativamente sulle esigenze di bilancio. In questa prospettiva, si è fatto anche ricorso a nuovi modelli decisori in grado di contemperare l'intangibile potere-dovere di restaurare l'ordine costituzionale che si assume alterato con l'altrettanto intangibile dovere del legislatore di effettuare in piena libertà le sue scelte di bilancio (si fa riferimento alle cd. sentenze additive di principio, e cioè — per intenderci — al modello che è diventato famoso con la sentenza n. 243/1993, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'esclusione dell'indennità integrativa speciale dal computo dell'indennità di buonuscita dei dipendenti statali: in *Giur. cost.*, 1993, 1785, con nota di ANZON, *Un'additiva di principio con termine per il legislatore*).

Può essere forse questa la chiave di lettura della tendenza della Corte a non estendere la tutela privilegiata dei crediti di lavoro ex art. 429, terzo comma cod. proc. civ. ai crediti previdenziali, che aveva portato a dichiarare prima l'infondatezza (sent. n. 162 del 1977 e sent. n. 408 del 1988) e poi l'inammissibilità della questione (con le sentt. n. 350 e n. 585 del 1990, che però già lasciavano intendere un mutamento di indirizzo). Però, alla fine l'innovazione rappresentata dalla sentenza n. 156/1991 aveva inciso così sensibilmente sulle esigenze di bilancio, che più tardi il raddoppio del tasso degli interessi legali avrebbe reso ineludibili, tanto da spingere il legislatore a porre i rimedi di cui tra breve diremo.

2. Le vicende che — nell'arco di poco più di un lustro — hanno determinato il tumultuoso succedersi di innovazioni sia giurisprudenziali che legislative possono prendere le mosse dagli interventi, in rapida successione, prima della Corte Costituzionale con la sentenza n. 156 del 12 aprile 1991 (*Pres.* Gallo, *Rel.* Mengoni: in *Giust. civ.*, 1991, I, 809, con nota di Izzo, oppure in *Foro it.*, 1991, I, 1321, con note di PARDOLESI e di TARTAGLIA) e poi del legislatore (con l'art. 16, sesto comma, legge n. 412/1991).

In tal modo, mentre la Corte Costituzionale sanciva una quasi completa equiparazione dei crediti previdenziali ai crediti di lavoro ai fini dell'applicazione della disciplina prevista dall'art. 429 cod. proc. civ. per il caso di ritardato adempimento, con conseguente corresponsione al creditore di interessi e rivalutazione per il periodo di ritardo, dal canto suo, il legislatore, con l'art. 16, sesto comma, della legge n. 412/1991, mosso dall'intento di attenuare gli effetti di tale pronunzia sulla finanza pubblica, introduceva una diversa disciplina, prevedendo, per il caso di ritardato adempimento di crediti previdenziali o assistenziali, non il pieno cumulo di interessi e rivalutazione, bensì la corresponsione degli interessi legali, mentre l'eventuale maggior danno è dovuto solo se superiore all'importo di questi e solo limitatamente alla differenza.

Ne è nata una complessa vicenda giurisprudenziale e legislativa, che non può dirsi allo stato ancora conclusa, della quale può essere opportuno fornire una sintetica ricostruzione.

La disciplina speciale introdotta per i crediti di lavoro con l'art. 429, terzo comma, cod. proc. civ., comportava, come è ben noto, rilevanti deroghe alle regole ordinarie sul ritardo nell'adempimento di obbligazioni pecuniarie.

In primo luogo, la norma sulla prova del maggior danno dell'art. 1224 capoverso c.c. risultava inapplicabile ai crediti di lavoro dove valeva il diverso principio dell'automatismo della rivalutazione, con liquidazione legale dell'importo (anche qui in deroga alle norme codicistiche risultanti dal combinato disposto degli artt. 1224 e 1226) secondo gli indici ISTAT per la scala mobile nell'industria (art. 150 disp. att. cod. proc. civ.).

In secondo luogo, dottrina (MAGRINI, *Crediti di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1981, 103) e giurisprudenza, in forza della diversa funzione attribuita alle due voci accessorie, erano pervenute alla tesi della cumulabilità di interessi e rivalutazione, anche qui in deroga alla regola ordinaria dell'assorbimento del danno da svalutazione negli interessi moratori (per un maggiore approfondimento si vedano: DE FELICE, *Rivalutazione dei crediti di lavoro*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, 1991; nonché il più recente contributo di MAGRINI, *Rivalutazione e interessi (crediti di lavoro e previdenziali)*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, 1995).

Questo speciale regime introdotto con il sistema della novella dal legislatore del 1973 non si riteneva agli inizi (si vedano sul punto: CINELLI, *Svalutazione monetaria e crediti previdenziali nel nuovo promesso*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1975, 388 e, soprattutto, Corte Cost., 29 dicembre 1977, n. 162, in *Foro it.*, 1978, I, 7; nonché, Cass., 22 febbraio 1978, n. 875, in *Mass. giur. lav.*, 1978, 362) estensibile ai crediti previdenziali, facendo leva in genere sulla non onnicomprensività del richiamo dell'art. 442 cod. proc. civ. a tutte le norme sulle controversie di lavoro, con il naturale corollario costituito dalla normale irrisarcibilità della svalutazione e la limitazione dei danni per il ritardo agli interessi moratori, all'epoca fissati nella misura legale del 5% (salvo naturalmente il caso in cui si riuscisse a fornire prova del «maggior danno», onere che la giurisprudenza aveva giustamente agevolato: si ricordi Cass., SS.UU., 4 luglio 1979, n. 3776, in *Foro it.*, 1979, I, 1668). Più tardi, in qualche decisione della Suprema Corte (Cass., 9 settembre 1988, n. 5135, in *Foro it.*, 1989, 2892), si arrivò ad affermare la cumulabilità dei due accessori, ma il tentativo fu respinto

prontamente dalle Sezioni Unite (Cass., SS.UU., 1° dicembre 1989, n. 5299, in *Foro it.*, 1990, I, 427, con note di PARDOLESI e DI MAJO).

3. Questo era lo stato dell'arte sul finire degli anni ottanta.

La netta separazione tra crediti di lavoro e crediti previdenziali sotto il profilo degli accessori cominciò a mostrare tutta la sua debolezza con l'innalzamento del tasso legale degli interessi dal 5 al 10% (per effetto dell'art. 1 della legge di riforma del processo civile n. 353/1990).

In questo contesto si collocano gli interventi, in rapida successione, della Corte Costituzionale e del legislatore.

Il giudice delle leggi con la citata sentenza n. 156/1991 ha ribaltato la sua precedente giurisprudenza, che escludeva i crediti previdenziali dall'ambito applicativo dell'art. 429, terzo comma, cod. proc. civ. In pratica, la piena equiparazione dei crediti previdenziali ai crediti di lavoro veniva esclusa solo con riguardo alla data di decorrenza della rivalutazione e degli interessi, individuata per i primi non nella data di maturazione del diritto, come prevede l'art. 429 cod. proc. civ. per i crediti di lavoro, bensì nella data di reiezione della domanda o nella scadenza del termine di 120 giorni dalla presentazione della domanda senza che l'ente erogatore addivenisse a pronuncia sulla medesima.

Ma a distanza di pochi mesi si registrava l'intervento del legislatore, attuato con il comma 6 dell'art. 16, legge 30 dicembre 1991, n. 412 (Disposizioni in materia di finanza pubblica), attraverso il quale il regime giuridico dei crediti previdenziali veniva profondamente modificato, introducendo la regola della non cumulabilità degli interessi legali alla rivalutazione. Era a tutti chiaro l'intento perseguito dal legislatore, con tale norma che non a caso fu inserita nella legge finanziaria del 1992: si mirava ad evitare che gli istituti previdenziali subissero le negative ripercussioni conseguenti alla decisione della Consulta, che risultavano aggravate dal raddoppio del saggio degli interessi legali apparendo eccessiva la misura risarcitoria così accordata rispetto al danno concretamente subito.

Ne seguì un acceso dibattito, che, nei primi mesi del 1992, portò ad un nuovo giudizio di legittimità costituzionale. I giudici remittenti osservavano che, soprattutto dopo l'aumento al 10% del tasso degli interessi legali, appariva dubbia la correttezza dell'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 429, terzo comma, cod. proc. civ., cui si era uniformata la sentenza della Corte n. 156/1991, perchè essa finiva per attribuire «al titolare di crediti di lavoro una posizione del tutto privilegiata», che gli procura una rendita «ben superiore anche ad ogni investimento finanziario». Pertanto, la norma impugnata, ripristinando sostanzialmente la disparità di trattamento dei crediti previdenziali rispetto ai crediti di lavoro, appariva in contrasto con gli artt. 3 e 38 Cost.

La Corte Costituzionale dichiarò inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 16, sesto comma, legge n. 412/1991, con la sentenza n. 394/1992 (Pres. Corasaniti, Rel. Mengoni: in *Lav. e Prev. Oggi*, 1992, 2288) osservando che la norma impugnata non era in realtà applicabile nei giudizi *a quibus*. La Corte motivò la sua decisione, spiegando che la norma in questione non aveva ripristinato la disciplina dei crediti previdenziali dichiarata costituzionalmente illegittima, atteso che gli effetti del ritardo nel pagamento del debito previdenziale non sono quelli previsti dalla disciplina comune, sia per il carattere automatico della rivalutazione (operata d'ufficio dal giudice, ai sensi dell'art. 150 disp. att. cod. proc. civ., senza bisogno della domanda dell'interessato e di provare il maggior danno), sia per la decorrenza (non dalla maturazione del credito, ma dalla scadenza del termine previsto per

l'adozione del provvedimento dell'ente). Osservava, tuttavia, che l'esclusione del cumulo della rivalutazione con gli interessi produce un mutamento di natura del credito previdenziale, tale da assoggettarlo a una norma speciale che si colloca all'interno del sistema dell'art. 1224 cod. civ., posto che gli interessi si calcolano sulla somma nominale e la rivalutazione spetta a titolo di « maggior danno », eccezionalmente ritenuto *in re ipsa*, per il solo fatto della svalutazione della moneta in misura superiore al tasso legale degli interessi.

Con la successiva sentenza n. 196/1993 (Corte Cost., 27 marzo 1993, n. 196, *Pres.* Casavola, *Rel.* Mengoni, in *Foro it.*, 1993, I, 2425, con nota di CARINGELLA; in *Giust. civ.*, 1993, I, 1410; in *Giur. cost.*, 1993, 1336), la Corte Costituzionale dichiarò illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 38 Cost., l'art. 442 cod. proc. civ., nella parte in cui non prevedeva che il giudice, quando pronuncia sentenza di condanna al pagamento di somme di denaro per crediti relativi a prestazioni di assistenza sociale obbligatoria, dovesse applicare il medesimo regime riservato a prestazioni di previdenza sociale, in ordine al computo cumulativo di interessi legali e maggior danno da svalutazione monetaria. In tal modo, la Consulta estendeva gli stessi principi sui crediti previdenziali anche ai crediti assistenziali, spiegando che se ai primi si attribuisce « una tutela speciale contro i danni cagionati da *mora debendi*, a maggior ragione la medesima tutela deve essere concessa ai crediti per le prestazioni assistenziali », che « hanno lo scopo di garantire ai cittadini inabili e bisognosi il minimo esistenziale, i mezzi necessari per vivere ».

Nel 1994, l'ipotesi di un'eventuale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 429 cod. proc. civ., con l'effetto di riavvicinare crediti di lavoro e crediti previdenziali (ed assistenziali) fu fermamente respinta dalla Corte Costituzionale, che ribadì la necessità di una tutela privilegiata dei crediti di lavoro giustificata dalla loro rilevanza costituzionale. Con la sentenza n. 207 del 1994 (Corte Cost., 23 maggio 1994, n. 207, *Pres.* Casavola, *Rel.* Mengoni, in *Cons. Stato*, 1994, II, 823; *Giust. civ.*, 1994, I, 2102; *Dir. lav.*, 1994, II, 167; *Giur. cost.*, 1994, 1753), prendendo in esame la diversità dei regimi giuridici cui risultano assoggettati i crediti previdenziali (e assistenziali) rispetto a quelli di lavoro per effetto della soluzione adottata con il citato art. 16, sesto comma, la Corte osservò — peraltro esclusivamente sotto il profilo del controllo di razionalità del trattamento privilegiato assicurato ai crediti di lavoro — che alla categoria dei crediti di cui all'art. 442 cod. proc. civ. non risultava applicabile l'art. 36 Cost. se non per il tramite e nella misura dell'art. 38, comma secondo, Cost., cioè con un limite che vale a conferire una *ratio* autonoma al bilanciamento degli interessi attuato con l'art. 16. Infatti, rientra nella discrezionalità politica del legislatore stabilire se, dopo l'aumento del saggio dell'interesse, introdotto dalla legge n. 353/1990, nella realizzazione dei crediti di lavoro la rivalutazione monetaria sia da inglobare oppure da cumulare con gli interessi legali rivalutati; pertanto, fu considerata inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 429, comma terzo, cod. proc. civ., sollevata per contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il profilo dell'irragionevolezza, nella parte in cui consente il cumulo della svalutazione monetaria e degli interessi legali, nella liquidazione dei crediti di lavoro, dopo che la legge n. 353/1990 ha elevato il saggio dell'interesse legale.

Il problema di fondo rimaneva perciò irrisolto, sebbene la stessa Corte non perse l'occasione di offrire al legislatore un importante spunto per una revisione dell'art. 1284 cod. civ., spiegando che la misura del 10% adottata nel 1990 « in contrasto con l'odierna tendenza al ribasso dei tassi di interesse, appare inopportuna in un'ecoonmia fluida come quella attuale, caratterizzata da continui mutamenti dei parametri economici e finanziari ».

Il legislatore ha risposto all'invito della Corte — che comunque aveva concluso con una valutazione di « irrazionalità » del sistema del cumulo di interessi e rivalutazione ex art. 429, terzo comma cod. proc. civ. — e, continuando ad utilizzare la tecnica dell'interpolazione, è intervenuto ancora una volta con una norma contenuta in una legge finanziaria, volta ad eliminare il regime privilegiato dei crediti di lavoro, quella cioè del notissimo art. 22, trentaseiesimo comma, della legge 23 dicembre 1994, n. 724, con la quale la disciplina del sesto comma dell'art. 16, legge 412/91 è stata estesa a tutti i crediti « di natura retributiva, pensionistica ed assistenziale » dei « dipendenti pubblici e privati in attività di servizio o in quiescenza », ma limitatamente a quelli « per i quali non sia maturato il diritto alla percezione entro il 31 dicembre 1994 » (di modifica legislativa « clandestina » parla DE ANGELIS, in *Rivalutazione e interessi sui crediti di lavoro: una modifica clandestina?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, I, 439, che, prendendo spunto dagli *obiter dicta* contenuti in un'ordinanza della Corte Costituzionale ed in una coeva sentenza della Cassazione, approfondisce l'esame della norma, giungendo alla conclusione che essa riguardi solo i crediti retributivi attinenti ai rapporti di lavoro con la P.A., nonché i crediti pensionistici ed assistenziali inerenti a tali rapporti).

La norma ha posto molti dubbi agli interpreti (si vedano le osservazioni di DONDI, *Il ritardato adempimento dei crediti di lavoro, previdenziali ed assistenziali tra vecchia e nuova disciplina*, in *Dir. lav.*, 1995, I, 43 e di MAGRINI, *Rivalutazione monetaria ed interessi per i crediti di lavoro*, in *Giur. lav. Lazio*, 1996, 287). Quel che è certo è che comunque, per effetto della norma del trentaseiesimo comma dell'art. 22, l'art. 429 cod. proc. civ. risulta modificato, valendo ora la regola dell'assorbimento della rivalutazione negli interessi: in tal senso, la norma è stata intesa dalla Corte Costituzionale, con ord. 27 aprile 1995, n. 139 (in *Mass. giur. lav.*, 1995, 281, dove si accenna al superamento del regime del cumulo tra interessi e rivalutazione).

Peraltro, la stessa norma condiziona « criteri e modalità di applicazione » di tale modifica ad un decreto ministeriale. Orbene, sullo schema di regolamento predisposto dal Ministero del Tesoro, si è espresso il Consiglio di Stato, con parere reso nell'Adunanza Generale del 26 settembre 1996, n. 135/96, che fornisce utili indicazioni applicative (sulle quali l'economia del presente lavoro non consente alcun approfondimento, per cui si rinvia alla lettura del parere), consapevole che l'ambito estremamente ampio della norma « pone evidenti problemi di coordinamento ». Va rimarcato in ogni caso che al Collegio non sfugge l'importanza della norma, che evidenza l'intento legislativo « di affermare la generalizzazione della nuova regola del divieto di cumulo tra interessi e rivalutazione ».

4. Sul problema in esame deve segnalarsi da ultimo l'intervento della Corte Costituzionale che, con la sentenza 24 ottobre 1996, n. 361 (in *Giur. cost.*, 1996, 3167, ma anche in *Foro it.*, 1996, I, 3266) ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale del già citato art. 16, sesto comma, della legge n. 412/91, sollevata dal Pretore di Parma con riferimento agli artt. 3 e 38, comma 2 Cost., nella parte in cui non prevede, a differenza dei crediti di lavoro, il cumulo degli interessi legali con la rivalutazione monetaria per il caso di ritardato adempimento di crediti previdenziali.

La Corte Costituzionale, in particolare, sottolinea che i crediti aventi ad oggetto prestazioni previdenziali, come evidenziato nella stessa sentenza n. 156 del 1991, si differenziano sotto diversi profili dai crediti di lavoro, individuandosi il fondamento costituzionale della loro corresponsione nel disposto dell'art. 38, secondo comma Cost. (e non direttamente nel disposto dell'art. 36 Cost.).

Il fatto che i crediti previdenziali abbiano pur sempre la funzione di assicurare al lavoratore un'esistenza libera e dignitosa, dopo la cessazione del rapporto di lavoro, non implica pertanto la necessità di una piena equiparazione degli stessi ai crediti di lavoro. La previsione di cui all'art. 38, secondo comma Cost., nella interpretazione seguita dalla Corte Costituzionale, implica infatti il necessario riconoscimento di prestazioni previdenziali, ma, essendo il sistema previdenziale finanziato anche dalle pubbliche finanze, le esigenze di contenimento della spesa pubblica possono giustificare criteri di determinazione della prestazione meno favorevoli di quelli previsti per i crediti di lavoro.

La parte privata aveva richiamato l'attenzione della Corte in ordine all'art. 22, trentaseiesimo comma, della legge 23 dicembre n. 724/1994 (non considerato dal giudice *a quo*), per sostenere che mentre la legge del 1991 aveva fissato la cessazione del beneficio del cumulo al 31 dicembre 1991, la legge del 1994 sembra averla spostata al 31 dicembre 1994, allineando in tal modo il regime dei crediti previdenziali ed assistenziali a quello dei crediti di lavoro (su quest'aspetto, in dottrina, cfr.: De Angelis, *Rivalutazione e interessi sui crediti di lavoro: una modifica clandestina?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, I, 439; Tartaglia, *Interessi o rivalutazione: aut-aut al creditore previdenziale*l, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2138).

La Corte è entrata nel merito della questione di costituzionalità, prescindendo da tale ultimo sviluppo normativo (ritenuto irrilevante), ma sull'implicito presupposto che, nel periodo tra il 31 dicembre 1991 e il 31 dicembre 1994, il regime dei crediti previdenziali ed assistenziali risulta essere quindi differenziato da quello dei crediti retributivi, ed ha affermato che è giustificata la disciplina differenziata dei crediti previdenziali ed assistenziali rispetto a quella dei crediti di lavoro perchè tra tali due categorie di crediti vi è una « diversità strutturale », che in realtà la Corte stessa (Corte Cost. n. 156/1991 *cit.*) già aveva ritenuto come implicita premessa nell'affermare viceversa l'« analogia strutturale » delle situazioni poste in comparazione. E la differenza è costituita essenzialmente dal necessario contemperamento della tutela del pensionato con le disponibilità del bilancio pubblico, a carico del quale è finanziato in buona parte il sistema previdenziale (conf. Corte Cost. n. 220 del 1988 e Corte Cost. n. 119 del 1991); sicché l'esigenza di contenimento della spesa pubblica può ridurre in maniera definitiva un trattamento pensionistico in precedenza spettante (Corte Cost. n. 240 del 1994 e Corte Cost. n. 822 del 1988).

5. In questo quadro normativo e giurisprudenziale era sorto il diverso problema della disciplina applicabile quando l'inadempimento dell'obbligazione previdenziale o assistenziale fosse iniziato prima dell'entrata in vigore della legge n. 412/1991.

Le oscillazioni giurisprudenziali hanno sollecitato l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione che ,con la nota sentenza 26 giugno 1996, n. 5895, hanno ricostruito puntualmente i diversi e contrastanti orientamenti emersi nella giurisprudenza su tale punto (la sentenza in esame è publicata in *Foro it.*, 1996, I, 3027, con nota critica di Pardolesi, in *Riv. giur. lav.*, 1996, 11, 135).

In particolare, esclusa sia dalla giurisprudenza sia dalla stessa Corte Costituzionale, con una successiva sentenza interpretativa di rigetto (Corte Costi. n. 394/1992), la legittimità di un'applicazione integrale della nuova disciplina normativa all'inadempimento pregresso anche per il periodo anteriore al 31 dicembre 1991, rimanevano teoricamente prospettabili tre diverse soluzioni:

a) secondo una prima tesi, seguita dalla giurisprudenza prevalente, la disciplina individuata dalla Corte Costituizonale, comportante il pieno cumulo di interessi e rivalutazione, dovrebbe applicarsi comunque e integralmente quando l'inadempimento dell'obbligazione sia iniziato prima dell'entrata in vigore della

legge n. 416/1991, « anche per il periodo di ritardo successivo al 31 dicembre 1991 »; l'ambito di applicazione della legge n. 412/1991 sarebbe pertanto limitato alla sola ipotesi di mora iniziata dopo l'entrata in vigore della legge stessa (tale orientamento giurisprudenziale, iniziato con la sentenza Cass., 10 giugno 1992, n. 7114, è stato confermato dalle numerose pronunzie citate dalle Sezioni Unite, cui va aggiunta Cass., 1° settembre 1995, n. 9243, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Previdenza sociale*, n. 975);

b) secondo un'altra tesi, che ha anch'essa trovato consenso in giurisprudenza, quando l'inadempimento dell'obbligazione sia iniziato prima del 31 dicembre 1991 e proseguito anche successivamente a tale data, dovrebbe applicarsi la regola del cumulo pieno di interessi e rivalutazione, sancita dalla Corte Costituzionale, ma « limitatamente al solo periodo di inadempimento anteriore al 31 dicembre 1991 », mentre per il periodo di ritardo successivo troverebbe applicazione la disciplina meno favorevole introdotta dalla legge n. 412/1991 (cfr. Cass., 10 agosto 1995, n. 8801; Cass., 21 gennaio 1995, n. 680; Cass., 27 ottobre 1994, n. 8826; Cass., 6 novembre 1992, n. 12038); la legge n. 412/1991 sarebbe pertanto applicabile anche nel caso di inadempimento iniziato prima di tale data, limitatamente però al solo periodo di ritardo successivo alla sua entrata in vigore (31 dicembre 1991);

c) ad una soluzione intermedia (sulla quale si veda in dottrina: CAPONI, *In tema di « ius superveniens » sostanziale nel corso del processo civile: orientamenti giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 1992, I, 131) era invece approdata una parte minoritaria della giurisprudenza, per la quale la disciplina introdotta dalla legge n. 416/1991 doveva applicarsi solo al ritardato pagamento di « ratei maturati successivamente al 31 dicembre 1991 », essendosi in tal caso in presenza di nuove obbligazioni sorte sotto la vigenza della nuova normativa (in tal senso: Cass., 1° settembre 1995, n. 9239; Cass., 8 settembre 1995, n. 9498; Cass., 6 novembre 1995, n. 11534).

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 5895/1996, risolvono il contrasto in senso conforme all'ultimo degli orientamenti giurisprudenziali ora esposti, stabilendo che, anche quando il rapporto assistenziale o previdenziale sia sorto prima del 31 dicembre 1991, la regola del pieno cumulo di interessi e rivalutazione deve applicarsi solo per il ritardo nel pagamento di ratei maturati fino a tale data, trovando applicazione, per il ritardo nel pagamento di ratei maturati successivamente, la nuova disciplina dettata dalla legge n. 412/1991.

A tale soluzione la sentenza perviene sulla base di un articolato *iter* argomentativo, che, per un verso, individua le premesse teoriche del principio di diritto enunciato e, per altro verso, si distingue per ampiezza e completezza. La decisione offre, infatti, alle Sezioni Unite della Cassazione l'occasione per operare una ricognizione dell'evoluzione della legislazione e della giurisprudenza negli ultimi decenni su alcune rilevanti questioni teoriche e per individuare gli esiti di tale sviluppo. L'importanza della pronunzia in parola travalica, pertanto, l'ambito della questione specificamente decisa.

In particolare i principali problemi di teoria generale compiutamente esaminati dalla sentenza sono tre.

a) In primo luogo la decisione individua in via generale la disciplina applicabile nel caso di inadempimento di obbligazioni di valuta, approfondendo l'analisi con riguardo ai crediti di lavoro ed ai crediti previdenziali.

Appare comunque opportuno segnalare che nella sentenza, in alcuni *obiter dicta*, si affronta anche il problema di carattere generale della natura giuridica dei crediti di lavoro.

La Corte di Cassazione nella sentenza in esame trova, infatti, il modo di precisare che i crediti di lavoro, anche dopo la modificazione dell'art. 429 cod. proc. civ. operata dalla legge 11 agosto 1973, n. 533, hanno conservato natura di crediti di valuta, sia pur sottoposti ad una disciplina diversa da quella dettata dall'art. 1224 cod. civ. e tale da ricondurli all'« area dei c.d. debiti indicizzati », contestando recisamente la tesi, sostenuta da una dottrina minoritaria, secondo cui si sarebbe in presenza di debiti di valore.

La Corte, infatti, richiamati numerosi precedenti giurisprudenziali, conferma la non assimilabilità del credito di lavoro alla categoria dei crediti di valore (definiti come crediti per i quali « la quantità di specie monetaria dovuta non è fin dall'origine indicata con un dato numerico, bensì individuata attraverso il riferimento ad un parametro costituito dal valore pecuniario di altri beni »), osservando che la sorte dovuta a titolo di credito di lavoro non verrebbe a diminuire nel caso in cui, durante il periodo di ritardo, dovessero verificarsi eccezionali fenomeni di rivalutazione monetaria. Caratteristica dei crediti di valore è, invece, quella per cui, nella loro determinazione, deve tenersi conto non solo della diminuzione, ma anche dell'eventuale aumento del potere d'acquisto della moneta.

Nella sentenza, pur manifestandosi alcune perplessità, si segnala, inoltre, l'orientamento giurisprudenziale consolidato secondo cui la corresponsione di interessi e rivalutazione sui crediti di valore prescinde dalla prova della colpa del datore di lavoro inadempiente per il ritardo.

b) In secondo luogo la sentenza affronta, anche in una prospettiva di ricostruzione storica, la questione teorica dell'applicabilità o meno dello *jus superveniens* per disciplinare gli effetti attuali di fattispecie realizzatesi anteriormente alla sopravvenienza normativa.

Nella decisione in esame, confermato il superamento della teoria dei c.d. diritti quesiti (giustificato soprattutto in considerazione delle incertezze circa la delimitazione della categoria dei diritti quesiti), si aderisce, per la risoluzione del problema, alla teoria del c.d. fatto compiuto, per cui « una legge nuova può applicarsi ad effetti non ancora esauriti di un rapporto giuridico sorto anteriormente, soltanto quando la norma sia diretta a regolare tali effetti, indipendentemente dall'atto o fatto giuridico che li generò » (cfr. in tal senso da ultimo Cass., 11 giugno 1992, n. 7221; Corte Cost., 17 dicembre 1985, n. 349; Cass., 27 febbraio 1987, n. 2118).

In base a questa tesi la legge sopravvenuta non trova, invece, applicazione con riguardo agli effetti non esauriti di fattispecie pregresse, allorché non si limiti a disciplinare diversamente gli effetti della fattispecie, ma definisca diversamente gli stessi elementi della fattispecie generatrice degli effetti (ad es. introducendo nuovi presupposti, condizioni o facoltà pr il riconoscimento di diritti od obblighi, o sopprimendo requisiti precedentemente richiesti).

Tale soluzione sembra trovare un precedente in alcune decisioni con le quali la giurisprudenza in passato aveva affrontato analoghi problemi, in presenza di sopravvenienze normative volte ad introdurre una nuova disciplina dell'inadempimento dell'obbligazione. In particolare si ricordano quelle sentenze degli anni cinquanta (cfr. S.U., 27 marzo 1953, n. 793; Cass., 18 giugno 1953, n. 1837; Cass., 8 giugno 1957, n. 2135) con le quali la Corte di Cassazione, esaminando un'ipotesi non specificamente disciplinata dall'art. 160 disp. att. cod. civ., aveva ritenuto che la nuova disciplina della mora delle obbligazioni pecuniarie introdotta dall'art. 1224 cod. civ. trovasse applicazione anche alle obbligazioni sorte prima dell'entrata in vigore del codice civile del 1942, limitatamente al periodo di ritardo successivo all'entrata in vigore.

Come si segnala nella sentenza in esame il medesimo problema era stato, invece, risolto in base a diverse considerazioni allorché era entrata in vigore la nuova disciplina dell'inadempimento dei crediti di lavoro introdotta dall'art. 429 cod. proc. civ. come modificato dalla legge n. 533/73.

In tal caso, infatti, la giurisprudenza, attribuendo preminente rilievo alle finalità perseguite dal legislatore, aveva ritenuto che la nuova normativa, pur modificando gli stessi elementi costitutivi della fattispecie, dovesse trovare applicazione retroattiva anche con riferimento ai giudizi in corso relativi a rapporti già esauriti nel vigore della disciplina previgente.

c) L'ultima questione esaminata è quella della natura giuridica dei crediti previdenziali e assistenziali a maturazione periodica.

Infatti, con la sentenza in esame la Corte di Cassazione aderisce alla tesi per cui i rapporti assistenziali e previdenziali non si sostanziano in un'unica obbligazione avente ad oggetto una prestazione unitaria da assolvere ratealmente, bensì in una pluralità di obbligazioni a cadenza periodica.

L'argomento, forse non del tutto ineccepibile (appare, infatti, preferibile distinguere, diversamente da quanto ritenuto nella sentenza in esame, il momento in cui un diritto di credito viene ad esistenza ed il momento in cui, divenendo possibile pretenderne l'adempimento, il credito acquista il carattere della esigibilità), addotto nella pronuncia delle Sezioni Unite a favore di tale soluzione è quello per cui « per maturazione del credito ai sensi dell'art. 429 cod. proc. civ. deve intendersi la perfezione della fattispecie costitutiva di un'obbligazione, ancorché ad oggetto non determinato, ma solo determinabile (obbligazione cioè illiquida), della quale è possibile pretendere l'adempimento ».

Proprio sulla base di tali postulati teorici, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione pervengono, rispetto al caso in esame, alla soluzione che si è innanzi sinteticamente esposta.

La sentenza in esame non aderisce, infatti, al secondo degli orientamenti giurisprudenziali innanzi esaminati, ossia alla tesi per cui la nuova disciplina introdotta dall'art. 16 della legge n. 412/91 si applicherebbe anche rispetto al ritardo nel pagamento di ratei maturati prima del 31 dicembre 1991, purché il ritardo prosegua dopo tale data e limitatamente a tale ulteriore periodo.

Le Sezioni Unite, infatti, non contestano il postulato teorico indicato in alcune decisioni a favore di tale soluzione, individuato nella già illustrata teoria del c.d. fatto compiuto, ma ritengono che tale teoria porterebbe a configurare la sussistenza di un fatto compiuto nell'ipotesi in esame. Si osserva, infatti, che l'art. 16 della legge n. 412/91, lungi dal limitarsi a ridisciplinare i soli effetti della fattispecie d'inadempimento (escludendo il cumulo integrale di interessi e rivalutazione), ha invece modificato la stessa fattispecie generatrice dell'effetto (in tal senso la sentenza in esame richiama il principio enunciato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 394 del 1992, secondo cui l'art. 16, comma sesto, della legge n. 412/91, escludendo il cumulo pieno della rivalutazione con gli interessi e determinando il diritto del creditore nella maggior somma fra il differenziale di svalutazione e gli interessi calcolati sulla somma nominale, ha prodotto un mutamento di natura dello stesso credito previdenziale).

Le Sezioni Unite, peraltro, non rintengono di aderire neppure al primo degli orientamenti giurisprudenziali già esposti, ossia alla tesi secondo cui l'inadempimento iniziato prima dell'entrata in vigore della legge n. 412/91 resterebbe regolato dalla disciplina previgente anche per il periodo di ritardo nel pagamento successivo al 31 dicembre 1991. Tale tesi che, riconoscono le Sezioni Unite, costituisce una corretta applicazione al caso di specie della teoria del c.d. fatto compiuto, deve tuttavia respingersi perchè parte dal postulato che,

nella vicenda in esame, si sia in presenza di un'unica obbligazione previdenziale o assistenziale e quindi di un'unica fattispecie d'inadempimento.

L'accoglimento da parte delle Sezioni Unite delle tesi per cui il rapporto previdenziale o assistenziale si articola, in realtà, in una pluralità di obbligazioni successive corrispondenti a ciascun rateo, conduce alla conclusione, cui era pervenuta una già ricordata giurisprudenza minoritaria, per cui nel caso in esame non si pone un vero problema di disciplina intertemporale, essendo piuttosto regolato l'inadempimento di ciascun rateo dalla normativa vigente nel momento in cui il rateo stesso (e quindi il relativo diritto di credito) è maturato.

FEDERICO BASILICA e PAOLO TROIANO