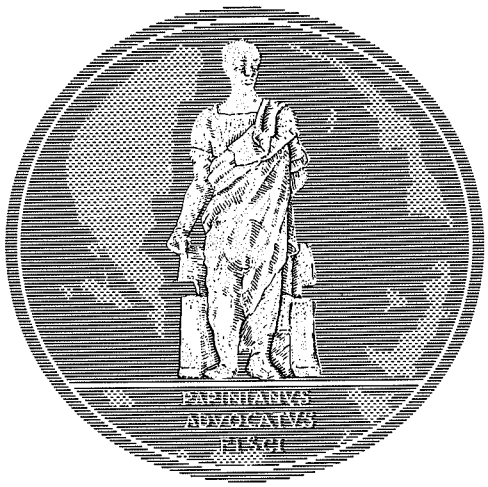
Spedizione in abbonamento postale 70% - Filiale di Roma

ANNO LI - N. 1-2

GENNAIO - GIUGNO 1999



RASSEGNA AVVOCATURA DELLO STATO

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO

ROMA 1999

Progetto grafico dell'architetto CAROLINA VACCARO.

ANNO LI - N. 1-2 GENNAIO - GIUGNO 1999

RASSEGNA AVVOCATURA DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO
ROMA 1999

ABBONAMENTI ANNO 1999

ABBONAMENTO ANNUO	L. **70.000**
UN NUMERO SINGOLO	» **18.000**
UN NUMERO DOPPIO	» **36.000**

Per abbonamenti e acquisti rivolgersi a:

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO
Direzione Marketing e Commerciale

Via Marciana Marina, Pal. A – 00198 Roma
Tel. 0685084127 - 0685082307
c/c postale n. 387001

Stampato in Italia – Printed in Italy

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

(2219049) Roma, 1999 – Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato – P.V.

INDICE

La pubblicazione è diretta da

PLINIO SACCHETTO

ARTICOLI, NOTE, DOTTRINA, RECENSIONI

PARTE PRIMA

INDICE ANALITICO - ALFABETICO DELLA GIURISPRUDENZA

TRIBUTI ERARIALI INDIRETTI

INDICE CRONOLOGICO DELLA GIURISPRUDENZA

CORTE COSTITUZIONALE

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE.

GIURISDIZIONI CIVILI

CORTE DI CASSAZIONE

GIURISDIZIONI AMMINISTRATIVE

CONSIGLIO DI STATO

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO

GIURISDIZIONI PENALI

CORTE DI CASSAZIONE.

PARTE SECONDA

CERIMONIA D'INSEDIAMENTO DELL'AVVOCATO GENERALE DELLO STATO PLINIO SACCHETTO

Roma, 22 giugno 1999

DISCORSO DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI ON. MASSIMO D'ALEMA

Desidero innanzitutto ringraziare il Presidente della Repubblica per aver voluto partecipare a questa cerimonia di insediamento del nuovo Avvocato Generale dello Stato, Dott. Plinio Sacchetto.

Ritengo sia un appuntamento significativo che ci offre la possibilità di sottolineare il ruolo di questo Istituto nella piena espressione dello Stato di diritto e nell'affermazione di quei principi di legalità e giustizia che rappresentano una componente essenziale nell'amministrazione della cosa pubblica.

È noto che nel nostro ordinamento la difesa dello Stato è affidata da sempre ad un organo tecnico che assume in forma organica ed esclusiva la rappresentanza e l'assistenza in giudizio della Pubblica Amministrazione. Non a caso la nascita dell'Avvocatura dello Stato risale al 1875 e segue di pochi anni quella dello Stato unitario.

Questa lunga tradizione ha progressivamente rafforzato il ruolo dell'Avvocatura dello Stato nell'individuazione del *punto di giustizia* nei rapporti tra il cittadino e la pubblica autorità, soprattutto sotto il profilo dell'assicurazione di una unità di indirizzo nella difesa dell'interesse pubblico. Su ciò ha certamente pesato in positivo, la scelta di aver incardinato tale Istituto nell'Ammistrazione statale — esso fa capo direttamente alla Presidenza del Consiglio — ma in una posizione di indipendenza nei confronti dei diversi apparati amministrativi che rappresenta e consiglia.

Da questo punto di vista ritengo sia un aspetto certamente positivo il fatto che gli avvocati dello Stato — appartenendo ad un corpo professionale autonomo e incaricato in via istituzionale di provvedere alla tutela della Pubblica Amministrazione — possano cogliere l'interesse pubblico in una visione d'insieme che trascende l'ottica di una difesa contingente dell'interesse particolare dell'Amministrazione per rivolgersi, costantemente, all'interesse generale della collettività.

Il valore del nostro sistema di rappresentanza e difesa in giudizio dell'Amministrazione risulta, quindi, costituito da un corpo altamente qualificato di professionisti che, in quanto pubblici funzionari, operano alle dipendenze dello Stato ma, in quanto avvocati, esercitano la loro attività con l'autonomia e l'indipendenza professionali che ogni avvocato deve avere per assolvere nel modo migliore al proprio lavoro.

È una soluzione, del resto, comune ad altri ordinamenti giuridici (Austria, Spagna, Svizzera, Norvegia, solo per citare alcuni esempi) e che si è rivelata particolarmente efficace nel corso del tempo, oltre ad apparire tuttora, in un'epoca caratterizzata da profondi mutamenti istituzionali, come una soluzione irrinunciabile poiché priva di una valida e convincente alternativa.

Non a caso la stessa proposta di revisione della seconda parte della Costituzione, elaborata dalla Commissione bicamerale per le riforme costituzionali,

prevedeva per la prima volta un esplicito rilievo per l'Avvocatura dello Stato, con una sottolineatura particolarmente significativa delle sue funzioni di tutela ed assistenza della Pubblica Amministrazione.

Non è questa la sede per ripercorrere le tappe del processo storico di formazione del nostro sistema di giustizia amministrativa. Credo sia sufficiente ricordare come l'Avvocatura dello Stato ha assolto ad un ruolo di primissimo piano sin da quando si pose la necessità di interpretare la legge che aboliva il contenzioso amministrativo contribuendo, in questo modo, all'elaborazione di quella dottrina in materia di distinzione tra diritti ed interessi che pure oggi è oggetto di riflessione e giudizio, e delimitando il potere del giudice ordinario sull'atto amministrativo.

In una fase storica successiva, i principi di democrazia e pluralismo introdotti dalla nostra Costituzione hanno delegato all'Avvocatura dello Stato compiti sempre più delicati. Mi riferisco, in particolare, al ruolo dell'Istituto dinanzi alla Corte Costituzionale dove è previsto che possa intervenire in difesa della legittimità delle leggi, quando il Governo lo ritenga necessario; a tutela delle competenze dello Stato in conflitto con quelle regionali; in rappresentanza del Governo in caso di conflitto con altri poteri; ed infine nei giudizi di ammissibilità dei referendum dove, secondo una definizione offerta dalla stessa Corte, l'Avvocatura dello Stato finisce coll'assumere una posizione di *amicus curiae* quale rappresentante dello Stato nella sua unità.

È giusto ricordare, inoltre, come lo sviluppo degli ordinamenti sovranazionali ed internazionali, abbia conferito all'Istituto funzioni di difesa dello Stato italiano sia dinanzi alla Corte internazionale dell'Aja sia, più frequentemente, dinanzi alla Corte di Giustizia della Comunità Europea dove ha contribuito a rendere armonico ed equilibrato il progredire dell'unificazione europea. Ciò, in particolare, ha significato tenere conto dell'immediata applicabilità della normativa comunitaria dinanzi ai giudici nazionali e, quindi, adottare iniziative di raccordo e coordinamento con l'attività amministrativa in relazione all'evolversi dell'ordinamento comunitario.

Il numero dei soggetti pubblici assistiti dall'Avvocatura dello Stato è venuto, dunque, aumentando progressivamente sino ad investire l'estensione del patrocinio alle regioni e ad alcuni importanti organismi internazionali come la Commissione della Comunità Europea, la Banca Europea degli investimenti e la F.A.O..

Queste tendenze, ovviamente, vanno analizzate e interpretate anche alla luce di una crescente domanda di giustizia e del mutamento profondo subito dal contenzioso tradizionale dello Stato. Mutamento influenzato da diversi fattori, a partire dalla perdita progressiva di molti privilegi riservati all'Amministrazione nel processo civile e ad una evoluzione del processo amministrativo in senso sempre più garantistico per l'amministrato.

Tutto ciò ha comportato, inevitabilmente, un cambiamento del ruolo dell'avvocato dello Stato il quale appare non tanto come il difensore delle prerogative del potere esecutivo quanto come rappresentante di una parte pubblica che nel processo è ormai uguale alle altre, pure perseguendo un obiettivo che non è di parte, dal momento che deve costantemente ispirare la propria azione al rispetto della legalità e al perseguimento dell'interesse pubblico generale.

Infine, se ci avviciniamo ai giorni nostri e ai temi del dibattito più attuale, è evidente che la crisi e l'evoluzione del modello di Stato sociale che abbiamo cono-

sciuto, insieme ad un fenomeno diffuso di privatizzazione, stanno cambiando radicalmente le forme dell'intervento dello Stato nell'economia.

Da un lato, importanti enti pubblici si trasformano in società per azioni, dall'altro nascono nuovi soggetti pubblici dotati di poteri incisivi di intervento con funzioni di regolamentazione e garanzia di interessi fondamentali che li pongono in una posizione di indipendenza rispetto al Governo.

Mi riferisco alle autorità indipendenti per le quali l'ausilio dell'Avvocatura dello Stato, quale difensore pubblico istituzionale, sta diventando sempre più rilevante, consolidandosi così quella funzione di difesa imparziale della legge che l'Istituto che ci ospita già svolge egregiamente nei giudizi di legittimità costituzionale.

Né va dimenticato, in questo scenario, il processo fondamentale di trasformazione dell'azione amministrativa conseguente alle più recenti e incisive riforme del settore. Riforme che stanno innovando la stessa cultura dell'organizzazione e della gestione dei pubblici uffici, attuando così una concezione diversa del rapporto tra il Cittadino e l'Amministrazione. Dal principio di autorità, muoviamo, dunque verso il principio del servizio, da svolgere — se saranno riprese le indicazioni che emersero dal lavoro della Commissione Bicamerale — in direzione della estensione del diritto comune alle prevalenti relazioni tra cittadini e pubbliche amministrazioni.

Questo complesso di evoluzioni e mutamenti, a mio avviso, non soltanto non rimuove ma accentua la necessità per la Pubblica Amministrazione di un organo di legalità. Un Istituto che sia in grado — come nel caso dell'Avvocatura dello Stato — di accompagnare, consigliare e difendere quando necessario la Pubblica Amministrazione, e con essa i diritti del Cittadino, in questo processo di trasformazione profonda che la legislazione interna e internazionale stanno determinando.

Né ritengo che la forte spinta verso un progressivo decentramento delle funzioni e dei poteri pubblici, renda in prospettiva meno necessaria una Avvocatura pubblica istituzionale in grado di funzionare come punto di raccordo tra l'ordinamento generale e quelli particolari, assicurando così una linea di indirizzo unitaria su tutti gli snodi fondamentali di questa materia complessa.

In un'ottica di questo genere, la funzione consultiva dell'Avvocatura darà un contributo prezioso all'eliminazione, in via preventiva, di un contenzioso vastissimo che danneggia innanzitutto il Cittadino dal momento che lo costringe a ricorrere al giudice per ottenere giustizia, ma anche l'Amministrazione e l'Avvocatura, perché impegnate entrambe in una mole enorme di cause ripetitive che si potrebbero evitare. E che danneggia infine — conseguenza certamente più grave — la stessa attività della Giustizia poiché contribuisce ad allungare sempre di più i tempi del processo.

Ecco perché l'esigenza di individuare subito una linea di indirizzo chiara ed univoca è essenziale, in primo luogo, per la stessa Pubblica Amministrazione che dovrà cercare sempre più di prevenire il contenzioso, componendo nel procedimento gli interessi in conflitto e traendo il più rapidamente possibile le dovute indicazioni dagli orientamenti della giurisprudenza. Il tutto sotto la guida attenta ed esperta del suo difensore istituzionale.

Vorrei dire, infine, che sono convinto — anche per le osservazioni qui svolte — che l'esperienza preziosa acquisita dall'Avvocatura dello Stato in oltre un secolo di storia, potrà essere utilizzata e valorizzata anche al momento del varo delle riforme

istituzionali che il Paese attende con urgenza, così da evitare il sorgere di lunghe e costose fasi di contenzioso sulla interpretazione delle nuove norme.

Confido, quindi, nelle capacità degli avvocati dello Stato e nel loro senso di responsabilità. Quelle capacità e quella responsabilità che hanno consentito all'Avvocatura di svolgere sempre i suoi alti compiti con la professionalità che tutti conosciamo.

Signor Avvocato Generale, la sua storia professionale di Avvocato dello Stato — interamente dedicata all'Avvocatura, prima come Avvocato distrettuale di Venezia e poi come Vice Avvocato Generale — consente di poter continuare a far sicuro affidamento sul ruolo di questo prestigioso Istituto.

È quindi con animo fiducioso che porgo a Lei e a tutti i suoi colleghi i miei auguri sinceri di buon lavoro.

DISCORSO DELL'AVVOCATO GENERALE DELLO STATO
PLINIO SACCHETTO

Signor Presidente della Repubblica,

non posso innanzi tutto non rivolgere a Lei l'espressione del mio ringraziamento più vivo per avere accordato la Sua disponibilità — solo a pochi giorni di distanza dalla assunzione del Suo altissimo Ufficio — a presenziare a questa cerimonia: Presenza che onora profondamente l'Avvocatura dello Stato e conforta anche me personalmente a cercare di adempiere ai miei doveri secondo un modello ideale di impegno civile e sociale.

Nell'accingermi ora a parlare dinanzi a Lei ed alle altre maggiori cariche dello Stato — in un clima che accentua la mia gratitudine per la fiducia accordatami e ad un tempo il senso di responsabilità per l'impegno che me ne deriva, tanto più dopo le lusinghiere espressioni del Presidente del Consiglio — non posso non prendere l'avvio dalle considerazioni che, in analoghe occasioni, hanno formulato i miei predecessori.

Ora, la mia prima reazione, nel rileggere i loro discorsi, è stata di personale preoccupazione e di disagio per la difficoltà di aggiungere qualcosa di originale — come sempre si vorrebbe poter fare — alla illustrazione già fatta allora delle origini, della ragion d'essere, della esperienza e della funzione della Avvocatura dello Stato.

Ma, *re melius perpensa*, mi sono detto che sarebbe stato assai più sconcertante che — nel frattempo — quell'impostazione fosse superata e divenuta repentinamente inattuale.

Perché anche la vita istituzionale, al pari della natura, *non facit saltus* — come anche i più avveduti riformatori sanno bene — ed i cardini di un sistema, quando sono solidi e ben articolati, costituiscono la migliore garanzia per assicurarne la più efficace evoluzione: un'evoluzione come quella che proprio nell'ultimo periodo è in atto.

Certo, dopo aver ascoltato il Presidente del Consiglio — e non lo dico per adulazione — mi trovo ancor più a disagio, perché mi verrebbe naturale richiamarmi integralmente a tutto quello che Egli ha detto e delle sue parole non potrei — e non potrò in effetti — che effettuare qualche nota a margine e qualche parafrasi. Ma penso che l'occasione non mi consenta di astenermi dall'aggiungere qualcosa.

Cercherò quindi anch'io di illustrare brevemente l'identità attuale e le possibilità future dell'Avvocatura, muovendo dalle sue caratteristiche strutturali tipiche per verificarne l'attitudine ad inserirsi costruttivamente nel processo in corso: e vorrei evitare che mi faccia velo l'attaccamento — per altro comprensibile — ad un Istituto al quale appartengo e nel quale ho prestato ininterrottamente servizio dal 1956.

Ed allora, qual è innanzi tutto l'identità dell'Avvocatura — nata nel 1875 — in questo scorcio di millennio così gravido di domande, di attese e di speranze per il mondo ed anche per l'Italia? Credo di poter rispondere che, nella sua funzione al

servizio delle Pubbliche Istituzioni, è sempre stata e continua ad essere uno strumento preparato, vigile e operoso, attento a che il comportamento della Pubblica Amministrazione corrisponda all'evoluzione dell'ordinamento voluta dal Legislatore ed alla linea d'indirizzo indicata dal Governo.

Non a caso, quindi, l'Avvocatura — sorta come organo di tutela in sede giudiziale degli interessi dell'Erario — è divenuta ben presto organo di consulenza e patrocinio di tutte le Amministrazioni dello Stato (così come di numerosi altri Enti che concorrevano a perseguire finalità d'interesse pubblico) ed è stata ricondotta direttamente nella sfera della Presidenza del Consiglio, in modo da assicurarne l'obiettività, il senso critico e la libertà di giudizio: qualità necessarie per commisurare il perseguimento dell'interesse generale ad una visione che — al di là dei singoli problemi contingenti che si pongono alle Amministrazioni nelle loro specifiche competenze — consentisse un contemperamento, una ponderazione ed un raccordo dei diversi interessi pubblici concorrenti, nel quadro di una prospettiva mirata al bene della comunità dei cittadini.

E tanto più tale esigenza si rafforza quanto più l'ordinamento generale si evolve, le strutture istituzionali si modificano ed il rapporto tra interesse generale e posizioni dei singoli si articola in modo diverso.

Quindi, in un'ottica corretta della funzione dell'Avvocatura anche in sede giudiziaria, essa non doveva e non deve essere lo strenuo difensore del potere pubblico ad oltranza, *perinde ac cadaver*, ma lo strumento di una verifica e di un approfondimento per cui a volte è necessario bensì il ricorso alle vie giudiziarie ma per raggiungere nel comune interesse delle parti la interpretazione delle norme più corrispondente alla volontà del Legislatore.

Ed a questa interpretazione — una volta che essa abbia raggiunto la sua compiuta elaborazione — l'Avvocatura deve portare l'Amministrazione ad adeguarsi, mettendo meglio a fuoco la sua azione ed i suoi procedimenti: secondo un iter di assistenza legale che ne investe tutte le possibili fasi ma non sarebbe a rigore — in un sistema ottimale — inevitabile, perché esiste come primaria (in ogni caso preliminare e non di rado in sé sufficiente) l'azione consultiva, quella per cui già *ab origine* il Mantellini ebbe a definire l'Avvocatura come Giudice prima ancora che come avvocato. Accostamento e confronto che esprime una peculiarità tipica — ed oserei dire unica — del nostro Istituto.

Una peculiarità, per altro, che richiede un permanente, rapido e puntuale coordinamento tra Avvocatura e Amministrazioni, ordinariamente in modo diretto ma — nelle questioni più complesse, che investono più Amministrazioni o che comunque coinvolgono problemi d'indirizzo politico-costituzionale — anche attraverso, e con l'intervento, della Presidenza del Consiglio: così appunto come oggi è particolarmente urgente e necessario.

Ora, se questa è l'attitudine coltivata dall'Avvocatura dello Stato nel corso della sua storia, non esito ad affermare che ancor oggi non esiste nessun'altra istituzione che abbia un patrimonio di esperienza delle problematiche giuridiche attinenti all'interesse pubblico così ampia e diffusa come quella dell'Avvocatura.

Non cercherò a questo punto — posso assicurarlo — di ricostruire la storia d'Italia dall'angolo visuale dell'Avvocatura dello Stato; né — sottolineando l'ampiezza della nostra preparazione — intendo interpretare riduttivamente altre presen-

ze fondamentali nel percorso della vita istituzionale, come quella del Consiglio di Stato, ma voglio evidenziarne la diversità e cioè la distinta ragion d'essere, perché, da un lato, l'attività dell'Avvocatura è estesa a tutti i settori dell'esperienza giuridica e giudiziaria che coinvolge la P.A. (da quella amministrativistica a quella civilistica a quella penalistica, in sede di consultazione preventiva come di gestione processuale) e, dall'altro, è innestata sulle radici stesse della P.A. e preordinata a consentire la puntuale applicazione dei principi normativi alla realtà operativa, traendone le indicazioni fondamentali per un indirizzo giuridico-amministrativo non avulso — appunto — dalla realtà, ma aderente alle esigenze che le norme astratte sono dirette a realizzare.

Ed oggi siamo arrivati ad una svolta decisiva, perché negli ultimi lustri si era verificata una progressiva ripartizione (se non, in qualche caso, frammentazione) delle competenze istituzionali che aveva accentuato la difficoltà di una *reductio ad unitatem*: esigenza che è da ultimo emersa in modo ineludibile, tanto è vero che (come ha rilevato il Presidente del Consiglio) proprio in sede di definizione delle regole per il conferimento di funzioni dello Stato alle Regioni ed agli enti locali la legge n. 59 del 1997 (legata al nome del prof. Bassanini) ha avvertito la necessità di operare una riforma dell'amministrazione centrale e periferica dello Stato (oltre che la ridefinizione delle regole essenziali dell'attività amministrativa).

E proprio nei giorni scorsi questa riforma è stata messa a punto, prevedendo una radicale ristrutturazione, ed un ridimensionamento di modelli operativi altrettanto innovativo, dei Ministeri sinora esistenti.

A questo punto, potrebbe sembrare pretenzioso e superfluo ricordare — in questa occasione ed a questo uditorio — che l'unità ed indivisibilità della Repubblica restano, e tanto più di fronte all'amplissimo conferimento di poteri e di funzioni alle regioni ed agli enti locali di cui ho appena fatto cenno, l'asse portante dell'ordinamento costituzionale. Ma proprio in questo contesto è essenziale che l'omogeneità dei fini generali e la coerenza dei criteri di massima diretti a realizzarli siano garantiti sul piano tecnico-giuridico dall'unitarietà dell'azione legale: e ben difficilmente, a mio avviso, questo intento potrebbe attuarsi senza mantenere un diretto riferimento all'istituzione che, unitariamente, ha sin qui assolto il relativo compito.

Ora, a tale esigenza mi sembra che abbia già prestato vigile attenzione il Legislatore, là dove ha voluto confermare — ed in certa misura rafforzare — la posizione dell'Avvocatura quale centro di riferimento unitario pur nella molteplicità dell'esperienza.

Particolarmente significative mi sembrano, in proposito, due recenti disposizioni: quella contenuta nel Decreto legislativo n. 80/98 sull'organizzazione amministrativa, che, nell'assegnare la trattazione delle controversie di impiego direttamente alle stesse Amministrazioni, ha accordato all'Avvocatura quello che tecnicamente possiamo chiamare un potere di avocazione per la gestione delle cause coinvolgenti questioni di massima o di particolare importanza giuridica od economica; e l'altra, recentissima, contenuta nella legge n. 133/99 in materia di perequazione, razionalizzazione e federalismo fiscale, con la disposizione sulle notificazioni delle sentenze d'appello dei giudici tributari, che devono essere effettuate all'Avvocatura dello Stato: disposizione che potrebbe apparire meramente processuale ma possiede invece una portata sostanziale, perché conferma il ruolo unitario e unificante

dell'Istituto nel momento delle valutazioni preordinate al giudizio di legittimità davanti alla Corte di Cassazione.

Le due disposizioni, che confermano all'Avvocatura il compito prestigioso e impegnativo di ultimo filtro interpretativo, prima della massima istanza giudiziaria, della legge — e mi è qui difficile sottrarmi alla tentazione di evocare lo *ius respondendi* dell'esperienza romana o i privilegi funzionali dell'*advocatus fisci* — avvalorano il suo ruolo e ne ratificano la vocazione a porsi come garante — sia pure con la **g** minuscola visto che vi sono oggi delle Autorità Garanti — della legalità nell'azione dello Stato.

Garante della legalità, che ha un gravissimo compito proprio da svolgere ed una peculiarità tutta sua: il compito è quello di assicurare l'uniformità dei comportamenti affinché sia attuato anche nel campo dei procedimenti amministrativi il fondamentale precetto costituzionale dell'eguaglianza; la peculiarità è data dal fatto che il garante è «accanto» — non «sopra» — ai soggetti la cui uniformità di comportamenti va garantita.

E la richiesta di assistenza che proviene da quei soggetti è divenuta particolarmente intensa da quando, con i provvedimenti dei primi anni Novanta, è stata meglio definita e redistribuita la responsabilità degli operatori. È così che l'attività consultiva dell'Avvocatura, tradizionalmente espletata con pareri formali, ora si va evolvendo in attività di assistenza, dove la legalità della condotta si incorpora sempre più strettamente nell'azione concreta e da questa non può prescindere; la legalità dell'azione amministrativa non può rimanere nell'enunciazione astratta a priori ma si trasfonde nella legittimità dei singoli atti che nell'esperienza del quotidiano vengono adottati. E ciò richiede tempestività e duttilità, caratteri della funzione che non si aggiungono dall'esterno a quelli tradizionali, e non certo obsoleti, dell'approfondimento e della ricerca di prospettive unitarie e unificanti, ma li presuppongono e vi si innestano.

Né tale raccordo sarà meno necessario, a mio avviso, neppure in materia tributaria, come il Legislatore (lo abbiamo appena visto) ha avvertito: anche di fronte a nuove strutture operative come le agenzie, più adeguate sul piano sociale ed economico-finanziario, resterà ferma ed anzi dovrà essere più rigorosa l'esigenza di un indirizzo unitario che sarà, per questa parte, la ragion d'essere del Ministero dell'Economia e delle Finanze e richiederà una continua attuazione, verifica e messa a punto in sede processuale, che solo un organo di consulenza unitario potrà assicurare a livello di vertice, in permanente confronto strategico — ma anche strumentale, ad evitare frammentazioni e dispersioni — con la massima Autorità Giudiziaria.

Né l'Avvocatura è meno attenta all'azione delle emergenti Autorità, con cui anzi già collabora e le cui esperienze precedenti rappresentano un presupposto essenziale per la loro nuova e fondamentale azione, come molte di esse hanno già avuto occasione di riconoscere.

Al medesimo tempo, non meno essenziale — come pure ha rilevato il Presidente del Consiglio — è l'apporto dell'Istituto in questa nuova fase di evoluzione verso la piena realizzazione dell'Unione Europea, snodo fondamentale verso il futuro.

Infatti, le funzioni istituzionali dell'Avvocatura dello Stato si estendono alla dimensione sovranazionale costituita dall'ordinamento giuridico della Comunità europea nel quale ha una posizione centrale la giurisdizione della Corte di Giustizia.

Sin dall'inizio, l'Avvocatura Generale dello Stato assicura anche dinanzi alla Corte di Giustizia la difesa, sia nei giudizi che vedono la Repubblica italiana convenuta dalla Commissione Europea per inadempimento di obblighi derivanti dal Trattato, sia in quelli che il Governo promuove per reagire contro atti delle Istituzioni comunitarie lesive degli interessi nazionali.

E non meno attiva è la partecipazione dell'Avvocatura ai giudizi incidentali di interpretazione delle norme comunitarie promossi ad iniziativa dei giudici nazionali.

Non per compiacimento tecnicistico, ma per la portata determinante che assume la giurisdizione interpretativa della Corte, desidero sottolineare il ruolo propulsore che essa riveste nel processo fortemente evolutivo che caratterizza il diritto comunitario, costruito attorno alle norme fondamentali in tema di libertà di circolazione, di concorrenza, di divieto di discriminazioni. La sentenza interpretativa, proprio perché diretta a garantire una applicazione uniforme del diritto comunitario su tutto il territorio dell'Unione, spiega i suoi effetti ben al di là del caso che l'ha suscitata, e spesso al di là della stessa situazione nazionale che ha fatto insorgere la questione.

Ecco perché la politica di intervento nei giudizi di interpretazione, per prospettare alla Corte una soluzione giuridicamente corretta ma al contempo conforme all'interesse nazionale, merita di essere sempre più vigorosamente sostenuta: anche per mantenere un equilibrio con l'azione svolta dai nostri principali partners europei.

Per intervenire tempestivamente ed efficacemente in queste controversie, occorre però una valutazione complessa, in cui l'analisi dei termini giuridici della questione deve coniugarsi con quella politico-amministrativa della possibile incidenza della pronuncia della Corte sugli interessi nazionali.

Anche qui, perciò, è sempre più necessario l'impegno dell'Avvocatura dello Stato, mettendo a punto procedure che assicurino l'apporto tecnico-giuridico dell'Avvocatura presso il Ministero degli Affari Esteri, che presto disporrà di una Direzione Generale per l'Integrazione europea, dove dovranno convergere gli apprezzamenti dei Ministeri di volta in volta interessati.

Vorrei soffermarmi anche sulla nostra assidua presenza alla Corte Costituzionale per il Governo - ma anche di questo ha parlato il Presidente del Consiglio — e sulla nostra dedizione ai beni culturali, ma mi rendo conto che rischierei, venendo meno al mio impegno di brevità, di esporre gradualmente tutti gli aspetti salienti dell'attività — o almeno delle buone intenzioni — dell'Avvocatura.

Ed allora a questo punto doverosamente concludo.

Non senza aggiungere che mi si potrebbe chiedere facilmente se il quadro, pur elementare ed incompleto che ho proposto, dell'esperienza e della potenzialità dell'Avvocatura non ne adombri una visuale trionfalistica se non un sotteso desiderio di potere (per l'Istituto, non per me). Ma il potere — sopra tutto nell'epoca della globalizzazione — è e sarà sempre di più altrove!

Ora, noi siamo consapevoli di essere soltanto strumento dell'azione pubblica, nei limiti voluti dalla legge e con le modalità operative che nell'interesse del Paese ci indica il Governo: ma, in questo ambito, che un ufficio per definizione legale non potrebbe certo ignorare, siamo convinti di essere, senza false modestie, uno strumento utile ed efficiente.

Sarebbe forse inelegante cogliere questa occasione per lamentare l'insufficienza delle nostre forze, fenomeno per altro noto e tanto più preoccupante per tutti gli apparati — amministrativi e giudiziari — che richiedono una elevata qualificazione professionale: e quindi soggiungo di nutrire fiducia che le difficoltà potranno essere ridotte, in prospettiva, con un'azione diretta a privilegiare quell'impegno organico, articolato e mirato su obiettivi chiari e puntuali, che il Legislatore ed il Governo appaiono decisi a realizzare.

Confido di avere così individuato alcune coordinate che avvalorano l'utilità, se non l'insostituibilità, dell'Avvocatura in questa prospettiva: da parte mia non posso non assicurare tutto l'impegno, doveroso ma anche profondamente sentito.

Vedranno il Legislatore ed il Governo se, nell'interesse generale, questo impegno meriti di essere sorretto, come l'apprezzamento del Presidente del Consiglio ci lascia sperare.

Grazie Signor Presidente della Repubblica, grazie Signor Presidente del Consiglio della disponibilità e della fiducia: e grazie a tutti per la pazienza, che spero non completamente inutile.

PARTE PRIMA

GIURISPRUDENZA

SEZIONE PRIMA

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

CORTE COSTITUZIONALE, 23 settembre 1998, n. 346 - *Pres.* Granata - *Red.* Marini - Brucia c. Comune di Lucca; Soc. ICIT c. Soc. Officine di Seveso - Presidente del Consiglio dei Ministri (avv. Stato Laporta).
(ordd. Pret. Lucca 28 settembre 1996 e C. App. Milano 22 aprile 1997).

Procedimento civile - Notificazioni - Notifica a mezzo del servizio poste - Art. 8 legge 20 novembre 1982 n. 890 - Assenza o rifiuto del destinatario e delle altre persone legittimate a ricevere l'atto - Omessa previsione - Incostituzionalità.

Procedimento civile - Notificazioni - Notifica a mezzo del servizio postale - Art. 8 legge 20 novembre 1982 n. 890 - Deposito del piego presso l'ufficio postale - Mancato ritiro da parte del destinatario - Restituzione al mittente dopo dieci giorni - Incostituzionalità.
(Cost. art. 24; codice procedura civile, artt. 140 e 149; legge 20 novembre 1982, n. 890, art. 8).

L'art. 8, secondo comma, legge 20 novembre 1982 n. 890 è illegittimo, per contrasto con l'art. 24 Cost., nella parte in cui non prevede che nella notifica a mezzo posta sia data notizia al destinatario a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento del compimento delle formalità prescritte dalla legge in caso di rifiuto di ricevere il piego o di firmare il registro di consegna da parte delle persone abilitate alla ricezione ovvero, in caso di mancato recapito per temporanea assenza del destinatario o per mancanza, inidoneità o assenza delle suddette persone (1).

L'art. 8, terzo comma, legge 20 novembre 1982 è illegittimo per contrasto con l'art. 24 Cost. nella parte in cui prevede che l'atto notificato a mezzo posta sia restituito al mittente in caso di mancato ritiro dopo dieci giorni dal deposito presso l'ufficio postale (2).

(1-2) La prima massima corrisponde ad una pronuncia additiva la cui «rima obbligata» (usando l'espressione di V. Crisafulli) è offerta dall'art. 140 codice procedura civile, il quale per la notifica eseguita personalmente dall'ufficiale giudiziario prevede che si dia comunicazione al destinatario a mezzo di raccomandata a.r. del compimento delle formalità prescritte quando non è possibile eseguire la consegna. La Corte osserva che solo tale adempimento garantisce l'effettiva conoscenza dell'avvenuto deposito dell'atto e quindi non c'è ragione di escluderlo per la notifica a mezzo posta se esso è previsto dall'art. 140 codice procedura civile. Peraltro nella sentenza viene sottolineato che un differente regime di garanzia per il destinatario appare ancor più ingiustificato

(*omissis*)

1. – Data l'identità della materia, le questioni sollevate dalle ordinanze del pretore di Lucca e della Corte di appello di Milano vanno riunite per essere decise con unica sentenza.

2. – Il pretore di Lucca denuncia l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, secondo, terzo e quarto comma, della legge 20 novembre 1982, n. 890, in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, nella parte in cui detta norma non prevede che il destinatario della notifica effettuata a mezzo posta, dopo l'avviso lasciato presso la sua abitazione, ufficio o azienda, riceva notizia delle attività compiute per raccomandata a.r., così come previsto dall'art. 140 del codice di procedura civile per il caso di notifica effettuata personalmente dall'ufficiale giudiziario.

3. – La Corte di appello di Milano dubita, in riferimento all'art. 24, secondo comma, della Costituzione, della legittimità costituzionale del medesimo art. 8, secondo e terzo comma, della citata legge n. 890 del 1982, nella parte in cui prevede che il piego, notificato per compiuta giacenza dopo il decimo giorno dalla data di deposito presso l'ufficio postale, venga restituito al mittente senza che il destinatario sia messo in grado di conoscere tipo, natura, provenienza e contenuto dell'atto che gli è stato notificato.

4. – La prima questione è fondata, nei limiti di seguito precisati.

4.1. – Nel sistema delineato dalla legge 20 novembre 1982, n. 890, l'ufficiale giudiziario può utilizzare il servizio postale per la notificazione di tutti gli atti in materia civile, amministrativa e penale, salvo che l'autorità giudiziaria disponga, o la parte richieda, che la notificazione sia eseguita personalmente (art. 1, primo

---

se si considera che la scelta del modo della notifica non dipende da lui bensì dal notificante e dall'ufficiale giudiziario.

La seconda massima corrisponde ad una pronuncia non additiva ma anch'essa ispirata all'art. 140 codice procedura civile, il quale non prevede la restituzione del piego al mittente in caso di mancato ritiro dopo dieci giorni dal deposito presso l'ufficio postale e quindi — rileva la Corte — anche qui non v'è ragione di stabilire una regola diversa per la notifica a mezzo posta.

Per quanto concerne i giudizi in corso tale pronunzia non sembra assumere rilevanza in tutti i casi in cui il destinatario dell'atto notificato a mezzo posta abbia comunque svolto la sua attività difensiva (art. 156, terzo comma, codice procedura civile) nonché nei casi di già avvenuta dichiarazione di contumacia salva la facoltà del contumace di costituirsi tardivamente e chiedere la rimessione in termini ai sensi dell'art. 294 codice procedura civile.

In argomento, oltre ai precedenti di rigetto citati in motivazione, si veda Corte Cost. 30 marzo 1992, n. 140 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 5, terzo comma, legge 20 novembre 1982, n. 890 nella parte in cui non prevede la sua applicabilità al processo amministrativo; nonché per il processo penale Corte Cost. 12 dicembre 1998, n. 399, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 159 e 160 in riferimento agli artt. 3, 10 e 24 Cost., per la parte in cui prevedono che in caso di irreperibilità dell'imputato le notificazioni siano eseguite mediante consegna di copia al difensore.

comma). In materia civile e amministrativa, inoltre, egli deve sempre avvalersi del servizio postale per le notificazioni da eseguirsi fuori del comune ove ha sede l'ufficio, eccetto che la parte chieda che la notificazione sia eseguita personalmente (art. 1, secondo comma). Salva la richiesta del notificante di eseguire la notificazione personalmente, l'ufficiale giudiziario ha dunque la facoltà — e talvolta l'obbligo — di utilizzare il servizio postale.

4.2. – In caso di assenza del destinatario di una notificazione a mezzo posta (e di rifiuto, mancanza, inidoneità o assenza delle altre persone abilitate a ricevere l'atto), l'art. 8 della legge n. 890 del 1982 prevede che l'agente postale depositi il piego nell'ufficio postale, rilasciando avviso al destinatario «mediante affissione alla porta d'ingresso oppure mediante immissione nella cassetta della corrispondenza dell'abitazione, dell'ufficio o dell'azienda», e che di tutte le formalità eseguite e del deposito nonché dei motivi che li hanno determinati sia fatta menzione sull'avviso di ricevimento che, datato e sottoscritto dall'agente postale, è unito al piego (secondo comma). Trascorsi dieci giorni dalla data del deposito senza che il piego sia stato ritirato dal destinatario, il piego stesso viene restituito al mittente, unitamente all'avviso di ricevimento, con l'indicazione «non ritirato» (terzo comma). La notificazione si ha per eseguita decorso il suddetto termine di dieci giorni dal deposito (quarto comma).

4.3. – Ora, se rientra nella discrezionalità del legislatore la conformazione degli istituti processuali e, quindi, la disciplina delle notificazioni, un limite inderogabile di tale discrezionalità è rappresentato dal diritto di difesa del notificatario. Deve pertanto escludersi che la diversità di disciplina tra le notificazioni a mezzo posta e quelle personalmente eseguite dall'ufficiale giudiziario possa comportare una menomazione delle garanzie del destinatario delle prime.

Per l'ipotesi di notificazione eseguita personalmente dall'ufficiale giudiziario, l'art. 140 del codice di procedura civile impone a quest'ultimo di dare comunicazione al destinatario, mediante raccomandata con avviso di ricevimento, del compimento delle formalità indicate (deposito dell'atto nella casa comunale e affissione dell'avviso di deposito alla porta dell'abitazione, dell'azienda o dell'ufficio). E ciò allo scopo di garantire che il notificatario abbia una effettiva possibilità di conoscenza dell'avvenuto deposito dell'atto, ritenendosi evidentemente insufficiente l'affissione del relativo avviso alla porta d'ingresso o la sua immissione nella cassetta della corrispondenza dell'abitazione, dell'azienda o dell'ufficio ed individuandosi nella successiva comunicazione a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento lo strumento idoneo a realizzare compiutamente lo scopo perseguito. Una disposizione siffatta — pur se compatibile con la specificità propria del mezzo postale — manca invece nella disciplina censurata che, pertanto, risulta, al tempo stesso, priva di ragionevolezza e lesiva della possibilità di conoscenza dell'atto da parte del notificatario e, quindi, del diritto di difesa garantito dall'art. 24 della Costituzione.

E ciò senza considerare che le insufficienti garanzie di conoscibilità che presenta per il notificatario la notificazione a mezzo del servizio postale derivano, in ultima analisi, dalla scelta del modo di notificazione effettuata da soggetti,

l'ufficiale giudiziario e il notificante, privi di qualsivoglia interesse alla conoscibilità dell'atto da parte del notificatario: il solo notificante, infatti, può richiedere all'ufficiale giudiziario di effettuare la notifica personalmente e, qualora ciò non faccia, l'ufficiale giudiziario può, a sua discrezione, scegliere l'uno o l'altro modo di notificazione.

4.4. – L'art. 8, secondo comma, della legge 20 novembre 1982, n. 890, va pertanto dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non prevede che, in caso di assenza del destinatario (e di rifiuto, mancanza, inidoneità o assenza delle altre persone abilitate a ricevere l'atto), sia data notizia al destinatario medesimo con raccomandata con avviso di ricevimento del compimento delle formalità prescritte.

5. – Anche la questione sollevata dalla Corte di appello di Milano è fondata nei limiti di seguito precisati.

5.1. – La funzione propria della notificazione è quella di portare l'atto a conoscenza del destinatario, al fine di consentire l'instaurazione del contraddittorio e l'effettivo esercizio del diritto di difesa. Compete naturalmente al legislatore, nel bilanciamento tra l'interesse del notificante e quello del notificatario, determinare i modi attraverso i quali tale scopo possa realizzarsi individuando altresì i rimedi per evitare che il diritto di agire in giudizio del notificante sia paralizzato da circostanze personali — come ad esempio l'assenza dalla abitazione o dall'ufficio — riguardanti il destinatario della notificazione.

I termini di tale bilanciamento di interessi possono naturalmente essere i più vari come emerge dalle soluzioni adottate in alcuni degli ordinamenti processuali europei a noi più vicini per cultura e tradizione.

5.2. – Ciò premesso, non sembra in ogni caso potersi dubitare che la discrezionalità del legislatore incontri un limite nel fondamentale diritto del destinatario della notificazione ad essere posto in condizione di conoscere, con l'ordinaria diligenza e senza necessità di effettuare ricerche di particolare complessità, il contenuto dell'atto e l'oggetto della procedura instaurata nei suoi confronti, non potendo ridursi il diritto di difesa del destinatario medesimo ad una garanzia di conoscibilità puramente teorica dell'atto notificatogli. È opportuno, altresì, sottolineare che la questione di cui si tratta non concerne in alcun modo l'individuazione del momento perfezionativo della notificazione (in relazione al quale dispone il quarto comma del citato art. 8) bensì la legittimità della norma che dispone la restituzione al mittente del piego non ritirato dal destinatario entro i dieci giorni dal deposito presso l'ufficio postale (art. 8, terzo comma).

Disposizione quest'ultima che, in un contesto sociale ben diverso da quello esistente all'epoca della sua emanazione, risulta gravemente pregiudizievole per il notificatario, il quale — nel caso (oggi non certo infrequente, specie nel periodo estivo) di assenza dall'abitazione, dall'azienda o dall'ufficio che si protragga per oltre dieci giorni e di mancanza delle persone indicate al secondo e terzo comma dell'art. 7 della citata legge n. 890 del 1982 — non è più posto in condizioni di ritirare il piego, diversamente da quanto si verifica per il destinatario di una

notificazione effettuata ai sensi dell'art. 140 del codice di procedura civile, e si trova perciò in una situazione di impossibilità o comunque di notevole difficoltà di individuazione dell'atto notificatogli (talvolta provocata dal notificante, mediante la scelta dell'epoca della notifica e la mancata richiesta di notificazione personale da parte dell'ufficiale giudiziario) tale da potergli in concreto precludere ogni effettiva possibilità di difesa.

Anche in tal caso, non si tratta dunque di sostituirsi al legislatore nell'individuare uno dei possibili correttivi alla disciplina delle notificazioni a mezzo posta, bensì di rimuovere una previsione (quella di restituzione del piego al mittente dopo il decorso di un termine del tutto inidoneo, per la sua brevità, a garantire l'effettiva possibilità di conoscenza) lesiva del diritto di difesa del destinatario della notificazione, non presente nella parallela disciplina codicistica delle notificazioni a mezzo di ufficiale giudiziario e non connaturata, quanto meno nella sua dimensione temporale, alla specificità del mezzo postale.

Il legislatore, nella sua discrezionalità, sarà quindi libero di adeguare la disciplina delle notificazioni a mezzo posta (per il caso di assenza del destinatario) a quella dettata dall'art. 140 del codice di procedura civile (che non prevede affatto la restituzione dell'atto al mittente) ovvero di stabilire regole diverse: il limite della discrezionalità sarà rappresentato esclusivamente dal diritto di difesa del destinatario, in relazione al quale deve ritenersi illegittima qualsiasi disciplina che, prevedendo la restituzione del piego al mittente dopo un termine di deposito eccessivamente breve, pregiudichi la concreta possibilità di conoscenza del contenuto dell'atto da parte del destinatario medesimo.

5.3. – La mancata restituzione del piego al mittente dopo il decimo giorno di giacenza non solo non incide — come già si è visto — sull'individuazione del momento perfezionativo della notificazione, ma nemmeno pregiudica l'interesse del notificante alla tempestiva formazione della prova dell'avvenuta notifica che ben può essere fornita, indipendentemente dal piego, dall'avviso di ricevimento, da restituirsi al mittente in raccomandazione e mediante il quale questi potrà dimostrare la regolarità della notificazione.

5.4. – L'art. 8, terzo comma, della legge 20 novembre 1982, n. 890, va pertanto dichiarato illegittimo nella parte in cui prevede che il piego sia restituito al mittente, in caso di mancato ritiro da parte del destinatario, dopo dieci giorni dal deposito presso l'ufficio postale.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

Riuniti i giudizi, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, secondo comma, della legge 20 novembre 1982, n. 890 (Notificazioni di atti a mezzo posta e di comunicazioni a mezzo posta connesse con la notificazione di atti giudiziari), nella parte in cui non prevede che, in caso di rifiuto di ricevere il piego o di firmare

il registro di consegna da parte delle persone abilitate alla ricezione ovvero in caso di mancato recapito per temporanea assenza del destinatario o per mancanza, inidoneità o assenza delle persone sopra menzionate, del compimento delle formalità descritte e del deposito del piego sia data notizia al destinatario medesimo con raccomandata con avviso di ricevimento;

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, terzo comma, della legge 20 novembre 1982, n. 890 (Notificazioni di atti a mezzo posta e di comunicazioni a mezzo posta connesse con la notificazione di atti giudiziari), nella parte in cui prevede che il piego sia restituito al mittente, in caso di mancato ritiro da parte del destinatario, dopo dieci giorni dal deposito presso l'ufficio postale (*omissis*).

CORTE COSTITUZIONALE, 11-20 novembre 1998, n. 371 - *Pres.* Vassalli - *Red.* Vari - Presidente del Consiglio dei Ministri (avv. Stato Caramazza).

Impiego pubblico - Responsabilità amministrativa - Limitazione ai casi di dolo e colpa grave - Ragionevolezza - Non fondatezza.

(Cost. artt. 3, 11, 24, 81, 97 e 103, 2° comma; decreto-legge 23 ottobre 1996 n. 546, art. 3, comma 1, lett. A), convertito, con modificazioni, in legge 20 dicembre 1996 n. 639).

La limitazione della responsabilità amministrativa e contabile dei pubblici dipendenti dinanzi alla Corte dei Conti ai soli casi di dolo e colpa grave risponde ad un ragionevole esercizio della discrezionalità del legislatore ed è congruente con una concezione efficientistica dell'impiego pubblico (1).

---

(1) *Multa renascentur quae iam cecidere*: l'istituto della responsabilità amministrativa ritorna all'originaria configurazione voluta dal legislatore subalpino del 1853. Come incisivamente ebbe a esprimersi Cavour, la responsabilità del pubblico dipendente delineata dal disegno di legge di contabilità generale era una responsabilità da sanzionarsi con un (modico) «castigo in denaro» (1): volerla punire come quella civile avrebbe comportato, infatti, un inammissibile trasferimento in capo al dipendente pubblico del «rischio d'impresa» della P.A. (2).

Furono già allora delineate due caratteristiche della responsabilità amministrativa — esclusione della solidarietà passiva e potere riduttivo del giudice — che dovevano connotare l'istituto anche nell'ordinamento unitario e che lo differenziavano nettamente dalla responsabilità civile.

Un errore storico (3) e una pregiudiziale pancivilistica avevano però condotto la giurisprudenza della Corte dei Conti a modellare la responsabilità amministrativa sul paradigma civilistico della responsabilità civile *ex contractu*, con la considerazione della colpa come criterio privilegiato di imputazione (contraddittoriamente, peraltro, la stessa Corte qualificava il proprio potere riduttivo come parte di un unico potere determinativo, volto ad infliggere una sanzione pecuniaria parametrata — in relazione al grado di colpevolezza — in una percentuale del danno economico (4).

(1) *Atti del parlamento subalpino*, sessione 1852, vol. VI, 1831.

(2) P. MADDALENA, *Responsabilità civile e amministrativa: diversità e punti di convergenza dopo le leggi nn. 19 e 20 del 14 gennaio 1994.*

(3) P. MADDALENA, *Relazione del Procuratore Regionale della Corte dei Conti*, Roma 30 gennaio 1997.

(4) Corte dei Conti, Sez. Riunite 27 settembre 1976, n. 1773.

1. – I giudizi di cui alle ordinanze in epigrafe possono essere riuniti e decisi con un'unica pronunzia, in ragione dell'identità o connessione dell'oggetto, atteso che concernono la legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, lettera *a*), del decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 543, recante «Disposizioni urgenti in materia di ordinamento della Corte dei conti», convertito, con modificazioni, nella legge 20 dicembre 1996, n. 639, nella parte in cui, sostituendo l'art. 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, limita la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti, in materia di contabilità pubblica, ai fatti ed omissioni posti in essere con dolo o colpa grave.

2. – I giudici rimettenti ritengono che la disposizione censurata si ponga in contrasto con l'art. 3 della Costituzione:

per l'irragionevole livellamento della responsabilità, conseguente all'estensione indifferenziata, a tutte le categorie di dipendenti ed amministratori pubblici, della limitazione della responsabilità stessa ai soli casi di dolo o colpa grave (r.o. nn. 182, 185, 500 e 881 del 1997);

per l'assoggettamento di situazioni analoghe a regimi giuridici diversi, a seconda del giudice chiamato a pronunziarsi, come nel caso di costituzione di parte civile della pubblica amministrazione nel giudizio penale, per il reato colposo commesso dal dipendente (r.o. n. 881 del 1997).

2.1. – In riferimento al predetto art. 3 della Costituzione, e con specifico riguardo ai casi di responsabilità degli agenti contabili e degli altri soggetti

---

La nuova normativa del 1994 (legge 14 gennaio 1994 n. 20), modificata nel 1996 (decreto-legge 23 ottobre 1996 n. 543, convertito, con modificazioni in legge 20 dicembre 1996 n. 639) opera un riscrittura dell'istituto, razionalizzandone i principi ispiratori, distinguendo una responsabilità civile per illecito arricchimento (in cui vige il principio risarcitorio) da una responsabilità amministrativa per colpa grave di tipo sanzionatorio, che ha natura pubblicistica e funzione diretta ad assicurare l'efficienza della P.A. Su tale secondo tipo di responsabilità il potere riduttivo ha la fondamentale funzione di distinguere fra quella parte di danno che la collettività ha subito e che deve restare a carico della collettività in applicazione del criterio del rischio e quella parte, invece, che va accollata, come sanzione, al dipendente (5) sulla base del criterio di imputazione della colpa grave.

Con la sentenza in rassegna la Corte Costituzionale ha sanzionato la conformità a Costituzione del principio di generalizzazione della colpa grave come criterio di imputazione di *tutte* le ipotesi di responsabilità amministrativa.

La scelta di un grado qualificato di colpa come criterio di imputazione sarebbe censurabile infatti, secondo un consolidato insegnamento della Corte, solo sotto il profilo della ragionevolezza e nella specie, ha argomentato la Corte Costituzionale, la scelta del legislatore appare perfettamente ragionevole e pienamente congruente con le esigenze di efficienza della pubblica amministrazione perseguite con la nuova disciplina dell'impiego pubblico. Come si desume anche dai lavori parlamentari, che evidenziano l'intento di predisporre un assetto normativo in cui il timore della responsabilità non esponga ad incertezze od inerzie nell'azione amministrativa.

I.F.C.

(5) P. MADDALENA, *Responsabilità civile e amministrativa, cit.*

sottoposti alla giurisdizione della Corte in virtù di obblighi propriamente contabili, l'ordinanza iscritta al r.o. n. 211 del 1998 sviluppa ulteriori censure sotto il profilo:

della violazione dei principi di «ragionevolezza ed equità», atteso che l'esclusione della responsabilità contabile nel caso di «colpa normale» equivale a rimuovere l'effetto garantistico delle regole contabili ed a rendere, altresì, incerta la consistenza patrimoniale e finanziaria dello Stato e degli enti pubblici;

dell'introduzione, in favore dei contabili pubblici, di un regime meno rigoroso di quello previsto per le consimili figure privatistiche; il che sarebbe tanto più irrazionale, ove si consideri che tale regime si estende anche ai soggetti con i quali la pubblica amministrazione instaura rapporti convenzionali, per i servizi di riscossione, tesoreria e cassa;

del diseguale trattamento riservato al creditore pubblico e al datore di lavoro pubblico rispetto ai corrispondenti soggetti privati, per quel che concerne l'ampiezza della tutela dei rispettivi interessi, nei riguardi degli agenti contabili e dei dipendenti addetti ad adempimenti contabili.

3. – Comune ai diversi giudici rimettenti è, altresì, il dubbio di illegittimità costituzionale della disposizione in questione, per violazione dell'art. 97 della Costituzione, che le prime quattro ordinanze (r.o. nn. 182, 185, 500 e 881 del 1997) pongono in connessione con l'art. 103, secondo comma, denunciando gli effetti di permissività ed incuria che la disposizione stessa può indurre nell'esercizio delle pubbliche funzioni; e ciò in palese contrasto con i principi costituzionali volti a realizzare l'efficienza e la regolarità della gestione finanziaria e patrimoniale degli enti pubblici. Viene sottolineata, altresì, la sostanziale sottrazione alla giurisdizione contabile di una serie di comportamenti lesivi del patrimonio pubblico la cui tutela, ai sensi del predetto art. 103, secondo comma, della Costituzione, è affidata alla Corte dei conti (r.o. n. 881 del 1997).

Analogamente l'ordinanza di cui al r.o. n. 211 del 1998, nell'evocare i testé ricordati parametri, rileva:

quanto all'art. 97, gli effetti negativi derivanti dagli introdotti ampi margini di immunità per gli errori compiuti, restando così disattesi, tra l'altro, i canoni di precisione e di coerenza nelle operazioni contabili, a fronte della crescente domanda di professionalità e delle esigenze di salvaguardia della finanza pubblica;

quanto all'art. 103, secondo comma, i riflessi negativi che la disposizione censurata avrebbe sull'effettività del giudizio di conto e, quindi, sulla verifica della regolarità delle gestioni pubbliche, nonché sull'effettività della garanzia giurisdizionale dei diritti patrimoniali dell'erario, assicurata dall'art. 24 della Costituzione.

4. – Quest'ultima ordinanza, infine, prospetta la violazione dell'art. 81 della Costituzione, giacché la nuova disciplina, data la stretta connessione fra le varie gestioni in cui si articola la finanza pubblica, potrebbe non garantire la tempestività e la completezza dei dati finanziari e patrimoniali generali, con implicazioni negative sul piano del riequilibrio della finanza pubblica e dei dati dimostrativi del rispetto dei parametri di Maastricht, sì da restarne inciso anche

l'art. 11 della Costituzione, sotto il profilo del mancato rispetto degli obblighi internazionali e delle limitazioni derivanti da quel Trattato, oltre che da quello precedente di Roma.

5. – In via preliminare va esaminata l'eccezione di inammissibilità della questione, sollevata dall'Avvocatura generale dello Stato negli atti di intervento depositati, in base al rilievo che la legge di conversione sarebbe intervenuta successivamente alle ordinanze di rimessione, recando, peraltro, una norma più complessa ed articolata di quella dell'art. 3, comma 1, lettera *a*) del decreto-legge n. 543 del 1996, portata all'esame della Corte.

Preso atto della precisazione effettuata nella difesa orale dall'Avvocatura erariale, nel senso che la eccezione preliminare non riguarda le ordinanze di cui al r.o. n. 500 e n. 881 del 1997 e n. 211 del 1998, le quali, emesse in epoca successiva all'entrata in vigore della legge n. 639 del 1996, fanno in effetti riferimento alla disposizione quale risulta dall'avvenuta conversione, la medesima eccezione va respinta con riferimento alle restanti ordinanze (r.o. n. 182 e n. 185 del 1997), che sono, invece, anteriori a detta legge.

Invero, non è riscontrabile nella «norma» censurata una diversità tale, rispetto a quella contenuta nella legge di conversione, da ostare allo scrutinio di costituzionalità, alla luce dell'orientamento secondo il quale è l'immutata persistenza della norma stessa ad assicurare la perdurante ammissibilità del giudizio innanzi a questa Corte, sotto il profilo dell'inalterata sussistenza del suo oggetto (sentenza n. 84 del 1996). Pur considerando che la legge n. 639 del 1996 reca integrazioni e modificazioni di non scarso momento alla disposizione in cui è ricompresa la norma denunciata, tuttavia le stesse non appaiono sufficienti a concretare la dedotta diversità dell'oggetto dello scrutinio, poiché riguardano profili e connotazioni dell'istituto della responsabilità amministrativa e contabile, che non investono l'elemento soggettivo dell'illecito, in ordine al quale la legge stessa si è limitata a riprodurre, in maniera pressoché letterale, la formulazione dell'enunciato già contenuto nel decreto-legge n. 543 del 1996.

6. – Nel merito le questioni non sono fondate con riguardo ad alcuno degli invocati parametri.

I rimettenti, nel richiamare le sentenze con le quali questa Corte, in riferimento a molteplici settori della p.a., ha ritenuto non incostituzionale la limitazione della responsabilità di amministratori o dipendenti pubblici ai soli casi di dolo o colpa grave (sentenze n. 1032 del 1988, n. 164 del 1982 e n. 54 del 1975), ritengono che da tali precedenti, ancorché non sia possibile desumere l'esistenza di un principio di inderogabilità delle comuni regole in tema di elemento soggettivo della responsabilità, si possa, tuttavia, ricavare quello secondo il quale la discrezionalità del legislatore, per essere correttamente esercitata, deve determinare e graduare i tipi e i limiti della responsabilità, caso per caso, in riferimento alle diverse categorie di dipendenti pubblici ovvero alle particolari situazioni, stabilendo, per ciascuna di esse, le forme più idonee a garantire i principi del buon andamento e del controllo contabile. Ne conseguirebbe la non conformità ai principi dell'art. 3 della Costituzione di un esercizio di detta discrezionalità intesa ad introdurre una

previsione limitativa in forma generalizzata ovvero con riferimento indiscriminato a tutti i pubblici dipendenti.

La Corte è, invece, dell'avviso che i termini in cui le richiamate decisioni enunciano il principio relativo alla discrezionalità di cui gode il legislatore, nella conformazione delle fattispecie di responsabilità, riflettano la singolarità dei casi di volta in volta esaminati, ma non consentano di accreditare una lettura riduttiva del principio stesso, nel senso che allo stesso legislatore sia preclusa la facoltà di valutare anche l'ampiezza dell'esigenza cui si ritiene di far fronte.

Non v'è, infatti, alcun motivo di dubitare che il legislatore sia arbitro di stabilire non solo quali comportamenti possano costituire titolo di responsabilità, ma anche quale grado di colpa sia richiesto ed a quali soggetti la responsabilità sia ascrivibile (sentenza n. 411 del 1988), senza limiti o condizionamenti che non siano quelli della non irragionevolezza e non arbitrarietà.

In proposito occorre rilevare che la norma denunciata si colloca nel quadro di una nuova conformazione della responsabilità amministrativa e contabile, alla stregua di peculiari connotazioni di cui dà dimostrazione, tra l'altro, il principio peraltro già anticipato in parte dall'art. 58 della legge n. 142 del 1990 (Ordinamento delle autonomie locali) secondo il quale il debito per il fatto dannoso non si trasmette agli eredi, salvo il caso dell'illecito arricchimento del dante causa e, conseguentemente, dell'indebito arricchimento anche degli stessi eredi.

A tale processo di nuova conformazione dell'istituto, sviluppato con le ulteriori previsioni contenute nella legge di conversione, fa riscontro la revisione dell'ordinamento del pubblico impiego, attuata, in epoca di poco precedente, dal decreto legislativo n. 29 del 1993 (cui ha fatto seguito il decreto legislativo n. 80 del 1998) attraverso la c.d. «privatizzazione», in una prospettiva di maggiore valorizzazione anche dei risultati dell'azione amministrativa, alla luce di obiettivi di efficienza e di rigore di gestione.

Quali siano le finalità ispiratrici della contestata norma è dato desumere, del resto, dagli stessi lavori parlamentari, che evidenziano l'intento di predisporre, nei confronti degli amministratori e dei dipendenti pubblici, un assetto normativo in cui il timore delle responsabilità non esponga all'eventualità di rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa.

Nella combinazione di elementi restitutori e di deterrenza, che connotano l'istituto qui in esame, la disposizione risponde, perciò, alla finalità di determinare quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo, e non di disincentivo. E ciò secondo valutazioni che, ovviamente, non spetta alla Corte sindacare dal punto di vista della convenienza ed opportunità, restando, perciò, fuori dal presente giudizio ogni apprezzamento al quale, sotto il profilo da ultimo accennato, potrebbe, in ipotesi, prestarsi l'avvenuta generalizzazione del criterio della colpa grave; parimenti sfuggono all'apprezzamento, che va espresso in questa sede, anche altri profili, fra quelli segnalati da taluna delle ordinanze, che possono evidenziare, tutt'al più, problemi di mera disarmonia ovvero di non compiuto raccordo fra il nuovo regime introdotto ed altri istituti vigenti nell'ordinamento.

Quanto testé osservato vale, ovviamente, sia per la responsabilità amministrativa che per quella contabile, posto che, quanto ad elementi costitutivi, quest'ultima, a prescindere dalla specificità delle obbligazioni che incombono su coloro che hanno maneggio di beni e valori di pubblica pertinenza, si modella come da tempo chiarito dalla stessa giurisprudenza contabile sullo stesso paradigma che caratterizza la c.d. responsabilità amministrativa.

Per le medesime ragioni va escluso, altresì, il contrasto della disposizione all'esame con l'art. 97, primo comma, della Costituzione, sotto l'aspetto del buon andamento nonché della efficienza e regolarità delle gestioni pubbliche, atteso che, per i motivi sopra esposti, la modifica introdotta dalla disposizione censurata non appare né arbitraria né irragionevole.

7. – Priva di fondamento è anche la censura di violazione dell'art. 103, secondo comma, della Costituzione; articolo che ha soltanto la finalità di riservare alla Corte dei conti la giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica, secondo ambiti la cui concreta determinazione, peraltro, è rimessa alla discrezionalità del legislatore, mentre la norma denunciata concerne la disciplina sostanziale della responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici.

8. – Ugualmente infondate sono le censure prospettate (nell'ordinanza r.o. n. 211 del 1998) in riferimento, da un canto, all'art. 24, e, dall'altro, all'art. 81 in connessione con l'art. 11 della Costituzione.

Quanto all'art. 24, è da rammentare, a tacer d'altro, il pacifico orientamento della giurisprudenza costituzionale secondo il quale la garanzia apprestata da detto articolo opera attribuendo la tutela processuale delle situazioni giuridiche soggettive nei termini in cui queste risultano riconosciute dal legislatore; di modo che quella garanzia trova confini nel contenuto del diritto al quale serve e si modella sui concreti lineamenti che il diritto stesso riceve dall'ordinamento.

8.1. – Infine, circa gli altri due parametri evocati, è sufficiente rilevare che la disciplina censurata non presenta nesso diretto né con l'adempimento di obblighi internazionali, cui ha riguardo l'art. 11 della Costituzione, né con l'art. 81, il quale attiene ai limiti al cui rispetto è vincolato il legislatore ordinario nella sua politica finanziaria, ma non concerne le scelte che il medesimo compie nel ben diverso ambito della disciplina della responsabilità amministrativa (da ultimo, v. sentenza n. 327 del 1998) (*omissis*).

CORTE COSTITUZIONALE, 12 dicembre 1998, n. 406 - *Pres.* Vassalli- *Red.* Chieppa - Presidenza del Consiglio dei Ministri (avv. Stato Fiumara).

Giustizia amministrativa - Sentenza esecutiva - Ricorso per ottemperanza - Necessità del giudicato - Legittimità.

(Cost. artt. 3, 24, 103, 113; regio decreto 26 giugno 1924 n. 1054, art. 27, comma 1, n. 4; legge 6 dicembre 1971 n. 1034, art. 37).

Non contrasta con il principio dell'effettività della tutela giudiziaria la norma che consente il ricorso per ottemperanza dinanzi al giudice amministrativo solo in base ad una sentenza passata in giudicato e non anche in forza di una diversa pronuncia che sia tuttavia già esecutiva come quella del TAR (1).

(*omissis*)

1. – Nel corso del giudizio promosso nei confronti del Comune di Vigliano Biellese, ai sensi dell'art. 33 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, dalla Società Italiana per il gas p.a. per l'esecuzione della sentenza n. 293 del 1996 con la quale erano stati annullati gli atti di aggiudicazione della gara per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione dell'acqua potabile alla Sigesa s.p.a., il Tribunale amministrativo regionale del Piemonte, ha sollevato questione di legittimità degli artt. 37 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, 27, primo comma, numero 4, del regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, 90 e 91 del regio decreto 17 agosto 1907, n. 642.

Il giudice rimettente, dopo aver ricostruito in fatto *l'iter processuale* della vicenda avente ad oggetto l'impugnazione degli atti del Comune di Vigliano Biellese relativi alla procedura di aggiudicazione, a trattativa privata, della concessione del servizio di distribuzione dell'acqua potabile in favore della Sigesa s.p.a., decisa con sentenza d'annullamento n. 293 del 1996 e nei cui confronti l'amministrazione comunale aveva interposto appello al Consiglio di Stato, ha sottolineato che quest'ultima amministrazione, senza richiedere la sospensione dell'esecutività della sentenza innanzi al giudice di secondo grado investito dell'esame dell'appello, si era rifiutata espressamente di assumere i provvedimenti necessari per conformarsi alla statuizione del Tribunale amministrativo regionale; tanto è che l'originaria affidataria del servizio, controinteressata nel giudizio amministrativo, continuava a svolgere il servizio.

---

(1) La decisione che si annota appare di grandissimo interesse in quanto — per inquadrare la questione costituzionale sollevata — affronta la complessa tematica del rapporto tra giudizio di ottemperanza e principio di esecutività della sentenza di primo grado del G.A., rapporto nel quale la logica prima che la pratica individuano in prima battuta una intrinseca contraddizione, foriera di ogni genere di dubbi sulla valenza della funzione giurisdizionale nel suo complesso.

Giova seguire l'*iter* argomentativo della Corte per far risaltare gli aspetti più significativi della pronuncia.

Ricorda la sentenza che il giudizio di ottemperanza aveva già una sua collocazione nel t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato, ove esso riguardava specificamente l'esecuzione delle decisioni dei tribunali ordinari (e quindi si sommava ai giudizi di esecuzione del cod. civ. come uno strumento ulteriore disponibile solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza da eseguire).

Per l'esecuzione della sentenza del Consiglio di Stato il problema si poneva solo marginalmente nelle rare ipotesi in cui le stesse fossero state impugnate con ricorso per Cass. ex art. 111 Cost.

Comunque la disponibilità del rimedio in parola per dare esecuzione sia alle sentenze del G.O. sia a quelle del G.A. porta ad escludere una disparità di trattamento tra i soggetti ricorrenti in relazione al diverso titolo giurisdizionale disponibile secondo l'ordine delle giurisdizioni.

In questo confronto invece la differenza emerge quando si consideri che le tipiche azioni esecutive esperibili dinanzi al giudice civile non richiedono il passaggio in giudicato della

In diritto, il giudice *a quo* richiama nelle premesse che il ricorso era basato sull'art. 33 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 contenente la previsione che le sentenze del giudice amministrativo sono immediatamente esecutive, mentre un consolidato orientamento giurisprudenziale è contrario all'esperibilità immediata del giudizio di «esecuzione» coattiva, essendo questo il tipico rimedio del giudizio d'ottemperanza, fondato sul presupposto che la sentenza da eseguire sia passata in cosa giudicata ai sensi dell'art. 324 del codice di procedura civile (tra le tante, v. Consiglio di Stato, ad plen., 23 marzo 1979, n. 12; 1° aprile 1980, n. 10).

Poiché il riscontro del dato normativo, come conformato dall'indirizzo ermeneutico giurisprudenziale, depone in senso contrario alla pretesa fatta valere nel giudizio di merito, ad avviso del collegio rimettente, si imporrebbe l'indagine sulla legittimità costituzionale delle disposizioni che disciplinano il giudizio di ottemperanza, preclusive all'ottenimento del bene della vita cui sarebbe preordinata la tutela giurisdizionale, in contrasto altresì con il precetto scaturente dalla proclamata esecutività della sentenza del giudice amministrativo.

Sul piano dell'effettività della tutela giurisdizionale che trova presidio costituzionale negli artt. 24 e 113 della Costituzione, atti a garantire il soddisfacimento effettivo dei diritti e degli interessi accertati in giudizio nei confronti di qualsiasi soggetto, dovrebbe essere affermata, secondo la prospettazione del giudice *a quo*, l'incostituzionalità delle disposizioni che regolano il giudizio di ottemperanza nella parte in cui precludono che siano portate ad esecuzione coattiva le decisioni giustiziali di per sé esecutive, prima di aver acquisito autorità di cosa giudicata.

Il dubbio di legittimità costituzionale troverebbe ulteriore fondamento alla stregua della sentenza n. 419 del 1995 della Corte, che ha riconosciuto il potere del giudice amministrativo di assumere tutti i provvedimenti necessari all'esecuzione delle proprie ordinanze cautelari; il che oltretutto, quale portato logico-giuridico,

---

sentenza, essendo già azionabili in base a decisioni esecutive di diritto o espressamente dichiarate tali dal giudice del merito.

Per dare conto di tale diversità la Corte opportunamente illustra le diverse modalità con cui si atteggia il giudizio di ottemperanza in relazione alla diversa natura delle sentenze pronunciate dal TAR; il che consente di portare alla luce la peculiarità di questo giudizio nel cui alveo sono state fatte confluire dalla normativa e dalla stessa giurisprudenza (a sua volta sollecitata da una pressante domanda di giustizia sostanziale) una serie articolata di pronunce di varia natura.

Si passa così dal giudizio di condanna al pagamento di una somma di denaro, che è il più simile a quello del G.O., a quello che vincola strettamente l'Amministrazione ad adottare provvedimenti o a compiere operazioni materiali, ad un'ulteriore situazione in cui il deciso lascia un certo margine di discrezionalità all'Amministrazione, rispetto al quale il giudizio di ottemperanza assume quindi una funzione del tutto peculiare assolutamente estranea ai principi del processo civile, ove l'esecuzione richiede un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile.

È su tale contrapposizione di fondo che la Corte perviene a negare l'esistenza di disparità di trattamento, rilevando che proprio la peculiarità del giudizio amministrativo esclude l'esigenza costituzionale di una uniformità nei presupposti relativi al passaggio in giudicato della decisione.

Questa rigorosa analisi dei possibili contenuti del giudizio amministrativo ha in effetti portato ad emergenza la corretta *ratio* della scelta legislativa, che ha voluto negare al ricorrente vittorioso

sottintenderebbe che a maggior ragione tale potere venisse attribuito alla sentenza che, a differenza della misura cautelare, abbia definito un grado di giudizio.

Sul piano dell'intrinseca ragionevolezza delle disposizioni censurate, che si tradurrebbe altresì in ingiustificata disparità di trattamento, rileverebbe, sempre secondo il giudice *a quo*, la distinzione fra effetti demolitori, ripristinatori e conformativi, conseguenti alle sentenze del giudice amministrativo, in diretta corrispondenza alla natura dell'interesse fatto valere in giudizio: solo i c.d. interessi oppositivi, che non necessitano di misure attuative concrete, sarebbero immediatamente garantiti dall'annullamento degli atti impugnati; non quelli pretensivi, pur sempre omogenei quanto a tutela giurisdizionale.

Sotto altro profilo, la violazione dell'art. 3 in relazione agli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione si evincerebbe dalla comparazione con l'esecutività *ex lege* delle sentenze emesse dal giudice ordinario, suscettibili di essere portate ad esecuzione coattiva, a prescindere dalla natura della sentenza e dal contenuto della statuizione, nei confronti della pubblica amministrazione senza che possano invocarsi ostacoli all'esecuzione forzata che la prassi giudiziale ha progressivamente ridotto; irrazionalità vieppiù palese se considerata con riguardo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo avente ad oggetto i rapporti paritetici, le cui decisioni sono di contenuto omologo a quelle rese dal giudice ordinario.

D'altra parte il presunto grado di certezza, sguarnito di tutela costituzionale, insito nell'autorità di cosa giudicata delle sentenze emesse dal giudice amministrativo, si rivelerebbe, secondo la prospettazione delle censure, meramente ipotetico se verificato, con riguardo alle sentenze del Consiglio di Stato, alla luce dell'esclusività del difetto di giurisdizione quale unico motivo di ricorso in Cassazione; mentre il ricorso straordinario per revocazione e l'opposizione di terzo pongono in discussione la stessa nozione teorica di definitiva certezza della situazione giuridica definita con sentenza passata in giudicato.

Inoltre l'eventuale pregiudizio scaturente dal mutamento dell'assetto di interessi in forza dell'esecuzione della pronuncia non definitiva sarebbe scongiurato dall'attribuzione del potere di sospensione della sentenza al giudice investito della cognizione dell'appello.

---

in primo grado il potere di attivare un giudizio idoneo a conseguire l'adozione di provvedimenti che l'Amministrazione avrebbe eventualmente realizzato solo di fronte ad una pronuncia irreversibile.

Naturalmente il giudizio della Corte attiene alla correttezza sul piano dei princìpi costituzionali, i quali anche per quanto concerne l'effettività della tutela giurisdizionale impongono solo che sia realizzabile in sede giurisdizionale l'obbligo della P.A. di conformarsi alle sentenze, ma non pretendono che ciò avvenga ancora prima della formazione del giudicato, sicché esso nega rilievo costituzionale alla questione ma non affronta radicalmente il problema sull'assunta contraddittorietà del sistema.

Anzi, la Corte incidentalmente osserva che la limitazione del giudizio di ottemperanza al giudicato è una «interpretazione plausibile» che il giudice *a quo* ritiene di seguire, e soprattutto ripropone l'antinomia concettuale quando rileva che rispetto ad una sentenza del G.A. di primo grado, in quanto tale immediatamente esecutiva anche se non passata in giudicato, la «*spontanea* esecuzione» da parte dell'Amministrazione sarebbe pur sempre «un atto *dovuto*».

Infine, sempre secondo il collegio rimettente, sul piano sistematico, l'irragionevolezza delle disposizioni censurate si evidenzierebbe dal più frequente intervento del legislatore volto ad introdurre disposizioni acceleratorie del corso del giudizio amministrativo (cfr., da ultimo, art. 31-*bis* della legge 11 febbraio 1994, n. 109), tale da porsi in insanabile contrasto con disposizioni che, viceversa, subordinano il soddisfacimento della pretesa fatta valere in giudizio ad eventi temporali remoti, quali il passaggio in giudicato della sentenza.

2. – Nel giudizio è intervenuto il Presidente del Consiglio dei Ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile o, comunque, infondata.

La questione, come proposta dal giudice *a quo*, difetterebbe della rilevanza avendo questi autonomamente modificato il titolo della domanda del ricorso, avanzato ai sensi dell'art. 33 della legge n. 1034 del 1971, e non come giudizio di ottemperanza verso le cui disposizioni si appuntano le censure di legittimità costituzionale.

Nel merito, secondo la difesa erariale, la questione sarebbe infondata poiché il giudice *a quo*, pur muovendo dall'esatto presupposto dell'imprescindibilità della tutela esecutiva, non considera la specificità del processo amministrativo ed, altresì, i limiti che circoscrivono l'esecuzione coattiva delle sentenze nei confronti dell'attività provvedimentale dell'amministrazione.

D'altra parte la censura che investe la postulata incoerenza dell'esecutività delle sentenze di primo grado e l'ammissibilità del ricorso per ottemperanza delle sole sentenze passate in giudicato, si rivelerebbe ad una indagine approfondita insostenibile.

L'esecutività, infatti, rileva l'Avvocatura, sarebbe propria delle sentenze autoesecutive, quali sono le sentenze di annullamento emesse dal giudice amministrativo all'esito di un giudizio impugnatorio; mentre l'azione di ottemperanza è diretta a conseguire effetti ulteriori, mediati, tali da presupporre l'adozione di provvedimenti, diversi da quelli oggetto di impugnazione.

Ora, sembra potersi arguire dalla parte successiva della motivazione. che spontaneità stia qui per autonomia, in quanto l'Amministrazione, essendo tenuta a conformarsi al *decisum*, resta tuttavia autonoma riguardo alla determinazione da assumere, nel caso concreto, secondo il tipo di sentenza che è stata pronunciata.

Vale a dire che la P.A. non potrebbe adottare nuovi atti in contrasto con la pronuncia esecutiva o che abbiano il loro necessario presupposto nell'atto impugnato ed annullato, ma non sarebbe invece tenuta a modificare da subito il proprio orientamento od a reiterare le valutazioni la cui legittimità rimane *sub judice*, per cui il vincolo derivante dalla decisione esecutiva paralizza il suo agire ma non le impone di conformarsi *de plano* alle linee di condotta che la sentenza ritiene legittima.

Il che sembra convalidare la tesi difensiva proposta dall'Avvocatura, laddove essa sottolinea la diversità tra le sentenze autoesecutive come le sentenze di annullamento, che vincolano la P.A. senza bisogno di alcun giudizio di ottemperanza, rispetto a quelle altre pronunce che, per essere attuate, richiedono l'adozione di nuovi provvedimenti diversi da quelli oggetto dell'impugnazione.

Del resto la natura stessa del giudizio di ottemperanza, riconducibile per espressa previsione normativa alla giurisdizione estesa al merito riservata alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo, renderebbe intuitiva ragione del carattere sostitutivo di tale giudizio rispetto a provvedimenti discrezionali, altrimenti rimessi alle attribuzioni dell'amministrazione.

Né si rivelerebbe fondata l'argomentazione incentrata sulla comparazione delle misure esecutive proprie della fase cautelare, che per sua natura è meramente interinale ed inidonea ad incidere in via definitiva sull'assetto di interessi dedotto in giudizio, con il giudizio di ottemperanza, diretto ad adeguare stabilmente la situazione anteriore alla statuizione, imponendo misure attuative e provvedimenti all'amministrazione, al fine di ricercare un momento di equilibrio fra la necessità di garantire la effettività della decisione giurisdizionale e quella, in ossequio al principio di divisione dei poteri, di non invadere la sfera destinata alla amministrazione da parte del potere giudiziario.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. – Il Tribunale amministrativo regionale del Piemonte, con ordinanza 22 gennaio 1997, ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 37 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (Istituzione dei tribunali amministrativi regionali), 27, primo comma, numero 4, del regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054 (Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato), 90 e 91 del regio decreto 17 agosto 1907, n. 642 (Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato), nella parte in cui stabiliscono che i ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi alle decisioni pronunciate dagli organi di giustizia amministrativa possano essere proposti esclusivamente avverso le sentenze passate in giudicato e non anche con riferimento a sentenze di primo grado, esecutive e non sospese dal giudice di appello, ma non passate in giudicato.

A parere del tribunale rimettente, le norme anzidette violerebbero gli artt. 3, 24, 103 e 113 della Costituzione, in quanto l'effettività della tutela giudiziaria esecutiva sarebbe procrastinata in modo irragionevole tanto più se comparata con le misure esecutive proprie della tutela cautelare; traducendosi, inoltre, nella violazione del principio di uguaglianza stante l'ingiusta discriminazione fra chi abbia ottenuto una sentenza civile immediatamente esecutiva anche in mancanza di

---

Per queste ultime infatti non si giustifica il giudizio di ottemperanza, secondo l'avveduta valutazione del legislatore — che solo al giudicato ha voluto ricollegare la funzione di indirizzo del *decisum* giurisdizionale rispetto alla deliberazione amministrativa e quindi la traduzione della prima nell'agire di un organo straordinario, qual'è il Commissario *ad acta* — poiché appunto nel delicato equilibrio tra funzione amministrativa e giurisdizionale la prevalenza della seconda, che si fa azione amministrativa, postula quanto meno che essa sia espressione di ultima istanza, cioè provenga da quell'autorità giudiziaria legittimata nel caso di specie ad esprimere in via definitiva la determinazione del potere cui appartiene.

giudicato, e chi, pur avendo ottenuto una sentenza esecutiva amministrativa, non può esperire il ricorso per ottemperanza.

2. – Va preliminarmente rilevato che il richiesto scrutinio di costituzionalità deve incentrarsi sugli artt. 37 della legge n. 1034 del 1971, e 27, primo comma, numero 4, del regio decreto n. 1054 del 1924, che sono le norme dalle quali può dedursi il presupposto contestato, mentre gli artt. 90 e 91 del regio decreto n. 642 del 1907 hanno la sola funzione di regolamentazione della procedura per i ricorsi cui le prime si riferiscono.

3. – La questione non è fondata. Giova premettere che lo speciale (per l'oggetto e la procedura) giudizio ex art. 27, numero 4, del regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054 (Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato) era concepito con specifico riguardo alle sentenze dei tribunali ordinari ed è stato esteso a tutte le decisioni di organi giurisdizionali, compresi quelli della giustizia amministrativa, prima dalla giurisprudenza e poi espressamente, per quanto riguarda il giudicato degli organi di giustizia amministrativa, dall'art. 37 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 nel regolare la distribuzione della competenza tra Tribunale amministrativo regionale e Consiglio di Stato. Mentre solo con il decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, art. 70, è stata enucleata — salvo quanto previsto per la esecuzione forzata dal codice procedura civile — una particolare procedura di «ottemperanza agli obblighi derivanti dalla sentenza delle commissioni tributarie» purché «passata in giudicato», attribuita alla competenza delle commissioni tributarie, laddove in precedenza la giurisprudenza, sia pure in modo non uniforme, aveva ammesso l'azionabilità del giudizio avanti al giudice amministrativo.

Di conseguenza, stante l'unicità dei presupposti del ricorso per ottemperanza di sentenze dei giudici ordinari e di quelle dei giudici amministrativi, deve escludersi in radice qualsiasi disparità nell'ambito dei ricorsi per l'esecuzione del giudicato.

Invece differenti, rispetto all'azione in base a ricorso per ottemperanza, e quindi non comparabili, sono le azioni esecutive davanti al giudice ordinario secondo le norme del codice di procedura civile, sia nella forma dell'espropriazione forzata mobiliare ed immobiliare sia nelle forme per consegna o rilascio ovvero per violazione di un obbligo di fare o di non fare. Rispetto a dette azioni esecutive è ininfluente il mancato passaggio in giudicato della sentenza o provvedimento giudiziale purché esecutivo, trattandosi di circostanza necessaria solo per il concorrente strumento di tutela costituito dal giudizio di ottemperanza davanti al giudice amministrativo.

Ed è questo uno schema che in materia di conflitto ricalca esattamente i presupposti della legittimazione a ricorrere dinanzi alla Corte nel tipico giudizio, che le compete di risolvere, tra i poteri dello Stato.

Si tratta in effetti, spostando la problematica dal piano delle pronunce a quello dei soggetti, proprio di un conflitto tra potere amministrativo e potere giurisdizionale, che viene risolto dalla legge accordando la prevalenza al primo fino alla formazione del giudicato ed al secondo dopo tale momento, secondo un equilibrio che la Corte ha valutato legittimo sul piano dei princìpi costituzionali.

GIAN PAOLO POLIZZI

D'altro canto il giudizio di ottemperanza, secondo l'attuale elaborazione giurisprudenziale, ricomprende una pluralità di configurazioni (in relazione alla situazione concreta, alla statuizione del giudice e alla natura dell'atto impugnato), assumendo talora (quando si tratta di sentenza di condanna al pagamento di somma di denaro esattamente quantificata e determinata nell'importo, senza che vi sia esigenza ulteriore di sostanziale contenuto cognitorio) natura di semplice giudizio esecutivo — come tale assoggettabile alle limitazioni proprie delle «azioni esecutive» nei confronti degli enti locali dissestati — e quindi qualificabile come rimedio complementare che si aggiunge al procedimento espropriativo del codice di procedura civile, rimesso alla scelta del creditore. In altri casi il giudizio di ottemperanza può essere diretto a porre in essere operazioni materiali o atti giuridici di più stretta esecuzione della sentenza; in altri ancora ha l'obiettivo di conseguire una attività provvedimentale dell'amministrazione ed anche effetti ulteriori e diversi rispetto al provvedimento originario oggetto della impugnazione; inoltre può essere utilizzato, in caso di materia attribuita alla giurisdizione amministrativa, anche in mancanza di completa individuazione del contenuto della prestazione o attività cui è tenuta l'amministrazione, laddove invece l'esecuzione forzata attribuita al giudice ordinario presuppone un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile.

Del resto il giudizio di ottemperanza non deve necessariamente (sotto il profilo costituzionale) modellarsi, anche nei presupposti, al processo esecutivo ordinario, attese le peculiarità funzionali del giudizio amministrativo (esteso al merito) con potenzialità sostitutive e intromissive nell'azione amministrativa, non comparabili con i poteri del giudice dell'esecuzione nel processo civile.

Infatti, non esiste un principio (costituzionalmente rilevante) di necessaria uniformità di regole processuali tra i diversi tipi di processo (civile e amministrativo), potendo i rispettivi ordinamenti processuali differenziarsi sulla base di una scelta razionale del legislatore, derivante dal tipo di configurazione del processo e dalle situazioni sostanziali dedotte in giudizio, naturalmente a condizione che non siano vulnerati i principi fondamentali di garanzia ed effettività della tutela (sentenza n. 82 del 1996).

4. – Il limitare l'ambito dello speciale giudizio di ottemperanza — diretto ad ottenere l'adempimento coattivo dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso — al giudicato, inteso come cosa giudicata, è una interpretazione plausibile che il giudice *a quo* ritiene di seguire.

Tale limitazione costituisce una scelta che rientra nella discrezionalità legislativa, in quanto non obbligata sul piano costituzionale, essendo libero il legislatore di adottare particolari sistemi di esecuzione in via amministrativa delle sentenze dei giudici nei confronti delle pubbliche amministrazioni, quando queste non si conformino spontaneamente (scelta di recente ripetuta nel processo tributario), fermo il principio (v. sentenza n. 435 del 1995) che in caso di «pronuncia giurisdizionale la quale riconosca come ingiustamente lesivo dell'interesse del cittadino un determinato comportamento dell'amministrazione, incombe su quest'ultima l'obbligo di conformarsi ad essa, ed il contenuto di tale obbligo consiste appunto nell'attuazione di quel risultato pratico, tangibile, riconosciuto come giusto e necessario dal giudice». La fase di esecuzione coattiva di questo

obbligo, che pur nasce con la pronuncia del giudice con il carattere della esecutività, è costituzionalmente necessaria senza alcuna possibilità di distinzioni tra funzioni giurisdizionali di natura diversa o tra pubbliche autorità anche di rilevanza costituzionale (sentenza n. 435 del 1995), mentre non necessariamente sul piano costituzionale la proponibilità della speciale azione deve coincidere con la pronuncia di primo grado non passata in giudicato.

La procedura di ottemperanza — con la possibilità di esercizio di poteri sostitutivi rispetto all'amministrazione inadempiente e di inserimento nello svolgimento concreto dell'azione amministrativa mediante un commissario *ad acta* o, a seconda della fattispecie, direttamente da parte del giudice — nei confronti della pubblica amministrazione comporta l'esercizio di una giurisdizione estesa anche al merito, di modo che non è irragionevole, nell'attuale contesto del sistema processuale, la scelta di porre, come presupposto della speciale azione, l'esistenza di una cosa giudicata, anche se è stata auspicata una diversa soluzione legislativa accompagnata da modifiche al processo amministrativo.

5. – L'azione di ottemperanza al giudicato, così come configurata, non esclude né limita la ulteriore tutela giurisdizionale, potendo il soggetto interessato, da un canto, avvalersi dell'azione esecutiva ordinaria per espropriazione forzata in base a sentenza esecutiva contenente condanna al pagamento di somma di denaro; dall'altro canto, proporre le normali azioni di fronte all'inerzia dell'amministrazione, nonché le impugnazioni contro gli atti della amministrazione che siano in contrasto con le statuizioni contenute in una sentenza provvista di esecutività, ancorché non definitiva. Del resto, la spontanea esecuzione (pur sempre atto dovuto) da parte della Amministrazione di una sentenza del giudice amministrativo di primo grado, in quanto immediatamente esecutiva, non può configurare di per sé acquiescenza alla sentenza stessa, anche se intervenga successivamente all'appello e senza riserva alcuna circa l'obbligatorietà del comportamento sulla base della sentenza, proprio perché l'Amministrazione «è tenuta a darvi esecuzione», secondo un indirizzo giurisprudenziale tutt'altro che isolato.

Sullo stesso piano qualsiasi nuovo atto dell'Amministrazione, che sia in contrasto con la statuizione contenuta nella sentenza esecutiva o che trovi fondamento o giustificazione o che si basi sul presupposto dell'esistenza di un atto annullato con la medesima sentenza ovvero dia ulteriore seguito ai provvedimenti eliminati dal mondo giuridico con l'annullamento disposto da sentenza esecutiva, è affetto da antigiuridicità derivata (per violazione dell'obbligo, in precedenza sottolineato, a carico della Amministrazione di conformarsi alla pronuncia giurisdizionale), suscettibile di essere censurato in sede giurisdizionale con gli ordinari rimedi previsti per la tutela delle posizioni di diritto soggettivo o di interesse legittimo, restando affidato ai giudici l'esercizio dei poteri cautelari conferiti dagli ordinamenti processuali, con le conseguenze attuative (v., sulle possibilità di esecuzione delle ordinanze di sospensiva del giudice amministrativo, sentenza n. 419 del 1995).

D'altro canto, secondo un indirizzo della giurisprudenza amministrativa, perfino il giudice che ha provveduto sulla sospensione di una sentenza impugnata in appello conserva il potere di emanare provvedimenti cautelari che impongano

alla Amministrazione la assunzione di atti ritenuti necessari per l'effettiva tutela interinale dell'interesse perseguito. Infatti, su un piano più generale è stato affermato il principio che qualora il diritto assistito da *fumus boni iuris* sia minacciato da pregiudizio imminente ed irreparabile provocato dalla cadenza dei tempi necessari per farlo valere in via ordinaria, spetta al giudice il potere di emanare i provvedimenti di urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito (sentenza n. 190 del 1985 a proposito di controversie patrimoniali attribuite alla giurisdizione esclusiva).

In ogni caso, la mancata adozione da parte dell'Amministrazione di provvedimenti che rimuovano o interrompano gli effetti persistenti e produttivi di ulteriori conseguenze giuridiche a seguito di atti annullati o comportamenti dichiarati illegittimi da sentenza esecutiva o il mancato conformarsi alle statuizioni della medesima sentenza esecutiva — ancorché non ancora suscettibile di coazione in forma specifica attraverso il giudizio di ottemperanza — è un comportamento a rischio dell'Amministrazione inadempiente (e del funzionario responsabile), potendo ravvisarsi responsabilità nelle diverse forme — a seconda della sussistenza dei relativi presupposti — e nelle sedi competenti (*omissis*).

CORTE COSTITUZIONALE, 11 febbraio 1999, n. 27 - *Pres.* Granata - *Red.* Zagrebelsky - Provincia autonoma di Trento (avv. Falcon) c. Presidente del Consiglio dei Ministri (avv. Stato Caramazza).

Corte Costituzionale - Conflitto di attribuzione - Tra Provincia autonoma e Stato - Relativo ad un atto di giurisdizione - Ammissibilità - Limiti.

Riguardo agli atti di giurisdizione il conflitto di attribuzione è configurabile solo quando viene contestata radicalmente la riconducibilità dell'atto alla funzione giurisdizionale o viene messa in discussione l'esistenza stessa del potere giurisdizionale nei confronti del soggetto ricorrente; pertanto è inammissibile il conflitto di attribuzione diretto a censurare il modo di esercizio della funzione giurisdizionale (1).

(*omissis*)

1. – La Provincia autonoma di Trento propone conflitto di attribuzione contro il Presidente del Consiglio dei Ministri, in riferimento alla sentenza del Consiglio di Stato, sezione IV, n. 625 del 6 giugno 1997, che ha confermato una pronuncia

(1) Principio pacifico in giurisprudenza, come risulta dai precedenti citati in motivazione. Nella fattispecie l'inammissibilità del conflitto appare evidente in quanto la Provincia ricorrente contesta non già l'esistenza del potere giurisdizionale, bensì l'interpretazione del diritto vigente contenuta in una sentenza del Consiglio di Stato, introducendo così un terzo grado di giudizio in cui si chiede alla Corte Costituzionale di correggere gli errori *in iudicando* del giudice di vertice del plesso della giustizia amministrativa.

del Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento di annullamento, per incompetenza, dell'ordinanza del Presidente della Giunta provinciale di sospensione dell'autorizzazione all'apertura di un esercizio commerciale. Sarebbero violati l'art. 20, primo comma, dello statuto speciale per la Regione Trentino-Alto Adige (decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1972, n. 670) e il decreto del Presidente della Repubblica 1° novembre 1973, n. 686 (recante «Norme di attuazione dello statuto speciale per la Regione Trentino-Alto Adige concernente esercizi pubblici e spettacoli pubblici»). La norma statutaria — confermata dall'art. 3, primo comma, delle menzionate norme di attuazione — stabilisce che «i Presidenti delle Giunte provinciali esercitano le attribuzioni spettanti all'autorità di pubblica sicurezza previste dalle leggi vigenti», tra le quali dovrebbe ritenersi inclusa quella relativa alla sospensione della licenza degli esercizi pubblici, prevista dall'art. 100 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (regio decreto 18 giugno 1931, n. 773).

Ad avviso della ricorrente, la decisione del giudice amministrativo che ha dato origine al conflitto disconoscerebbe una competenza provinciale avente fondamento nello statuto speciale, in quanto il Consiglio di Stato ha qualificato il provvedimento adottato dal Presidente della Giunta provinciale ai sensi dell'art. 100 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza come provvedimento per l'ordine pubblico, di competenza dello Stato, a norma dell'art. 21 dello statuto speciale.

2. – Il conflitto non è ammissibile.

2.1. – Atti di giurisdizione, secondo consolidata giurisprudenza di questa Corte, possono essere a base di conflitto di attribuzione tra Regioni e Stato, oltre che tra poteri dello Stato, purché il conflitto medesimo non si risolva in mezzo improprio di censura del modo di esercizio della funzione giurisdizionale (sentenze nn. 289 del 1974, 98 e 183 del 1981, 70 del 1985, 285 del 1990, 99 e 175 del 1991, 357 del 1996).

Contro gli errori *in iudicando* di diritto sostanziale o processuale, infatti, valgono i rimedi consueti riconosciuti dagli ordinamenti processuali delle diverse giurisdizioni; non vale il conflitto di attribuzione. A ritenere diversamente, il giudizio presso la Corte costituzionale si trasformerebbe inammissibilmente in un nuovo grado di giurisdizione avente portata tendenzialmente generale. Avendo infatti per lo piu' le situazioni soggettive delle Regioni base diretta o almeno indiretta in norme di rango costituzionale attributive di competenza, la gran parte dei motivi di doglianza da parte delle stesse contro decisioni giurisdizionali finirebbe per potersi trasformare automaticamente in motivo di ricorso per conflitto di attribuzione, con evidente forzatura dei caratteri propri di quest'ultimo e alterazione dei rapporti tra la giurisdizione costituzionale e quella riconosciuta a istanze giurisdizionali non costituzionali.

Invece, ancora secondo la giurisprudenza di questa Corte sopra ricordata, il rimedio del conflitto di attribuzione relativamente ad atti di giurisdizione è configurabile quando sia contestata radicalmente la riconducibilità dell'atto che determina il conflitto alla funzione giurisdizionale (cfr., ad esempio, sentenze nn.

150 del 1981 e 283 del 1986) ovvero sia messa in questione l'esistenza stessa del potere giurisdizionale nei confronti del soggetto ricorrente. In tutti questi casi, il conflitto verrebbe infatti a configurarsi non come controllo sul contenuto dell'attività giurisdizionale, ma come garanzia di sfere di attribuzioni che si vogliono costituzionalmente protette da interferenze da parte di organi della giurisdizione o che si vogliono riservare al controllo di altra istanza costituzionale.

2.2. – Nella specie, la Provincia autonoma ricorrente non contesta l'esistenza del potere giurisdizionale relativamente alla legittimità dei provvedimenti di sospensione della autorizzazione all'apertura degli esercizi commerciali. Essa contesta invece l'argomentazione contenuta nella sentenza del Consiglio di Stato secondo la quale tali provvedimenti sarebbero da ascrivere alla difesa dell'ordine pubblico e non invece della sicurezza pubblica, con la conseguente affermazione della competenza statale invece che regionale.

Trattasi quindi di una controversia che, avendo base in una questione di interpretazione del diritto vigente che influisce sulla decisione del giudice che si vorrebbe censurare, non attiene all'esistenza della giurisdizione in quanto tale. Il ricorso per conflitto di attribuzione deve pertanto essere dichiarato inammissibile.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara inammissibile il conflitto di attribuzione sollevato dalla Provincia autonoma di Trento nei confronti dello Stato, in relazione alla sentenza del Consiglio di Stato, sezione IV, n. 625 del 6 giugno 1997, con il ricorso indicato in epigrafe (*omissis*).

SEZIONE SECONDA

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA E INTERNAZIONALE

I

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Plenum*, 22 ottobre 1998, nelle cause riunite da C-10/97 a C-22/97 - *Pres.* Rodrìguez Iglesias – *Rel.* Puissochet - *Avv. Gen.* Ruiz - Jarabo Colomber - Domande di pronuncia pregiudiziale proposte dal Pretore di Roma nelle cause Min. Finanze c. IN.CO.GE. srl ed altri. Interv.: Governi italiano (avv. Braguglia e Quadri), francese (ag. Rispal - Bellanger e Mignot) e del Regno unito (ag. Nicoll) e Commissione delle C.E. (ag. Traversa).

Comunità europee - Tasse di concessione governativa - Ripetizione dell'indebito - Conseguenze dell'incompatibilità con il diritto comunitario di un tributo nazionale - Regole di competenza giurisdizionale e disposizioni di rimborso di diritto interno.

(Trattato CE, art. 5; direttiva del Consiglio 17 luglio 1969, n. 69/335/CEE; decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 641, art. 13; decreto-legge 19 dicembre 1984, n. 853. conv. in legge 17 febbraio 1985 n. 17; decreto-legge 30 agosto 1993, n. 331, conv. in legge 29 ottobre 1993 n. 427; codice civile, art. 2946).

L'obbligo incombente al giudice nazionale di disapplicare una normativa nazionale che abbia istituito un tributo contrario al diritto comunitario deve portarlo, di regola, ad accogliere le domande di rimborso del detto tributo. Tale rimborso dev'essere garantito conformemente alle disposizioni del suo diritto nazionale, fermo restando che queste ultime non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario. Un'eventuale riqualificazione dei rapporti giuridici sorti tra l'amministrazione fiscale di uno Stato membro e singole società del detto Stato all'atto della riscossione di un tributo nazionale successivamente riconosciuto contrario al diritto comunitario rientra, pertanto, nella sfera dell'ordinamento nazionale (1).

(1-4) Soluzione logica, quella della prima sentenza, conforme a quanto proposto dal Governo italiano, in quanto il fatto che l'indebita riscossione di un'imposta — nella specie la tassa di concessione governativa già ritenuta incompatibile con la direttiva 69/335/CEE — sia conseguenza del contrasto della norma tributaria interna con il diritto comunitario non elimina certo la natura fiscale della lite innescata dalla domanda di rimborso del contribuente, con la conseguente applicazione delle regole processuali e sostanziali della particolare materia, fermo che — come ripetutamente affermato dalla Corte di giustizia — le disposizioni di diritto nazionale non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna e non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordi-

II

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, sez. 5°, 9 febbraio 1999, nella causa C-343/96 - *Pres. rel.* Puissochet - *Avv. Gen.* Ruiz - Jarabo Colomber - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Pretore di Bolzano nella causa Dilexport srl c. Min. Finanze. Interv.: Governi italiano (avv. Stato Braguglia), francese (ag. de Salins e Mignot) e del Regno unito (ag. Nicoll) e Commissione delle C.E. (ag. Traversa).

Comunità europea - Imposta di consumo sulle banane - Ripetizione dell'indebito - Conseguenze dell'incompatibilità con il diritto comunitario di un tributo nazionale - Disposizioni di rimborso di diritto interno.
(Trattato CE, art. 95; legge 9 ottobre 1964, n. 986; decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, art. 91; d.l. 30 settembre 1982, n. 688, conv. nella legge 27 novembre 1982, n. 873, art. 19; legge 29 dicembre 1990, n. 428, art. 29).

Comunità europea - Imposta di consumo sulle banane - Ripetizione dell'indebito - Traslazione dell'imposta - Onere della prova.
(Trattato CE, art. 95; legge 29 dicembre 1990, n. 428, art. 29).

Comunità europea - Imposta di consumo sulle banane - Ripetizione dell'indebito - Regole procedurali nazionali.
(Trattato CE, art. 95; legge 29 dicembre 1990, n. 428, art 29).

Il diritto comunitario non osta a disposizioni nazionali che assoggettino il rimborso di dazi doganali o di tributi incompatibili con il diritto comunitario a modalità relative ai termini e alla procedura meno favorevoli di quelle previste per l'azione di ripetizione dell'indebito tra privati, purché tali modalità si applichino

---

namento comunitario. Cfr., per la giurisprudenza nazionale, Cass. sez. un. 23 febbraio 1996, n. 3458, citata in motivazione.

Le sentenze della Corte di giustizia 15 settembre 1998, nelle cause C-231/96, EDIS, e C-260/96, SPAC, citate al n. 27 della motivazione, sono pubblicate in *questa Rassegna*, 1998, I, 365, con nota.

Nello stesso senso la successiva sentenza 17 novembre 1998, nella causa C-228/96, FALL. APRILE, con la quale la Corte ha statuito che: «1) il diritto comunitario non osta all'applicazione di una disposizione nazionale che mira a sostituire, per tutte le azioni di rimborso in materia doganale, un termine speciale di decadenza, quinquennale e poi triennale, che deroga al termine ordinario di prescrizione di ripetizione dell'indebito di dieci anni, purché il detto termine di decadenza, analogo a quello già previsto per diverse imposizioni, si applichi allo stesso modo alle azioni di ripetizione fondate sul diritto comunitario e a quelle fondate sul diritto interno; 2) in circostanze come quelle della causa *a qua*, il diritto comunitario non vieta a uno Stato membro di opporre un termine nazionale di decadenza alle azioni di rimborso di tributi percepiti in violazione di disposizioni comunitarie, anche se questo Stato membro non ha ancora modificato la propria normativa interna per renderla compatibile con tali disposizioni». E nello stesso senso anche, sostanzialmente, la seconda sentenza annotata, con la prima e l'ultima massima (se ne omette, quindi, la motivazione).

ugualmente alle azioni di rimborso fondate sul diritto comunitario e a quelle fondate sul diritto interno e non rendano impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al rimborso. Il diritto comunitario non osta a che, a seguito di sentenze della Corte che dichiarano l'incompatibilità con il diritto comunitario di determinati diritti o tributi, uno Stato membro adotti disposizioni che rendono le modalità di rimborso applicabili a questi diritti e tributi meno favorevoli di quelle che sarebbero applicate in loro assenza, purché tali modificazioni non riguardino specificamente i diritti o tributi in questione e le nuove disposizioni non rendano impossibile o eccessivamente difficile il diritto al rimborso (2).

Il diritto comunitario osta a che uno Stato membro assoggetti il rimborso di diritti doganali e di imposte incompatibili con il diritto comunitario a una condizione, quale l'assenza di ripercussione di tali diritti e imposte su altri soggetti, relativamente al ricorrere della quale l'onere della prova incomberebbe al ricorrente (3).

Il diritto comunitario non osta a che una domanda di rimborso di diritti doganali o di imposizioni incompatibili con il diritto comunitario sia soggetta, a pena di irricevibilità, a una condizione non retroattiva di notifica al servizio tributario che ha ricevuto la dichiarazione dei redditi dell'interessato per l'esercizio di competenza (4).

I

(*Omissis*).

1. – Con tredici ordinanze 17 dicembre 1996, giunte alla Corte il 16 gennaio 1997, la Pretura circondariale di Roma ha proposto, a norma dell'art. 177 del Trattato CE, una questione pregiudiziale vertente sulle conseguenze derivanti, in diritto interno, dall'incompatibilità di un tributo nazionale con il diritto comunitario.

Con la massima (3) la Corte, nel presunto contrasto interpretativo della norma nazionale, ha osservato, con la motivazione che si riporta, che sarebbe contraria al diritto comunitario una norma nazionale che presuma l'avvenuta traslazione dell'imposta sui consumatori trasferendo quindi l'onere della prova contraria al contribuente, mentre perfettamente compatibile con il diritto comunitario sarebbe una norma nazionale secondo la quale spetta all'amministrazione dimostrare mediante «tutti i mezzi di prova generalmente ammessi dal diritto nazionale» l'avvenuta traslazione: ma proprio quest'ultima — come ha rilevato in causa il governo italiano — è la portata dell'artt. 29 comma 2 della legge 428/1990, il quale ha precisato che «i diritti .... riscossi in applicazione di disposizioni nazionali incompatibili con norme comunitarie sono rimborsati *a meno che il relativo onere non sia stato trasferito su altri soggetti*», derogando così espressamente, come precisato nel comma 3, alla regola generale dell'art. 19 del decreto-legge 688/1982 conv. in legge 873/82, rimasta ferma per il rimborso di tributi che «non rilevano per l'ordinamento comunitario» (cfr. Cass. 26 febbraio 1998 n. 2083; 5 maggio 1995 n. 4922), per cui spetta al contribuente dare la prova della mancata traslazione. In tal senso quindi resta ferma la giurisprudenza della Corte di cassazione che addossa l'onere della prova dell'avvenuta traslazione all'amministrazione ma consente anche che questa prova venga data attraverso presunzioni, gravi precise e concordanti, riferibili ovviamente al caso esaminato e basata su elementi rilevanti per il caso di specie (Cass. 7 marzo 1997 n. 2086; 1° settembre 1995 n. 9215).

2. – Tale questione è stata sollevata nell'ambito di controversie tra il Ministero delle Finanze e la IN.CO.GE '90 e altre dodici società a responsabilità limitata (in prosieguo: la «IN.CO.GE '90 e a.») in merito alle modalità di rimborso della tassa di concessione governativa per l'iscrizione delle società nel registro delle imprese (in prosieguo: la «tassa di concessione»).

3. – La tassa di concessione è stata istituita dal decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 641 (GURI n. 292, dell'11 novembre 1972, Supplemento n. 3; in prosieguo: il «decreto n. 641/1972»). Essa è stata oggetto, in quanto applicata all'iscrizione nel registro dell'atto costitutivo delle società, di modifiche successive in relazione ai suoi importi e alla sua periodicità.

4. – Gli importi della tassa di concessione sono stati anzitutto notevolmente aumentati con decreto legge 19 dicembre 1984, n. 853 (GURI n. 347, del 19 dicembre 1984), convertito nella legge 17 febbraio 1985, n. 17 (GURI n. 41-*bis*, del 17 febbraio 1985), il quale ha anche stabilito che il versamento della tassa sarebbe dovuto avvenire, in futuro, non solo al momento dell'iscrizione nel registro dell'atto costitutivo della società, ma anche il 30 giugno di ciascun anno solare successivo.

Gli importi della tassa sono stati poi di nuovo modificati nel 1988 e nel 1989. In quest'ultima occasione, essi hanno raggiunto il livello di 12 milioni di LIT per le società per azioni e in accomandita per azioni, di 3,5 milioni di LIT per le società a responsabilità limitata e di 500.000 LIT per le altre società.

5. – Nella sentenza 20 aprile 1993, cause riunite C-71/91 e C-178/91, Ponente Carni e Cispadana Costruzioni (*Racc.*, I-1915), pronunciata con riferimento alla tassa di concessione, la Corte ha dichiarato che l'art. 10 della direttiva del Consiglio 17 luglio 1969, 69/335/CEE, concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali (GU L 249, 25), dev'essere interpretato nel senso che, fatte salve le disposizioni derogatorie dell'art. 12, esso vieta un tributo annuale dovuto in ragione dell'iscrizione delle società di capitali anche qualora il gettito di tale tributo contribuisca al finanziamento del servizio incaricato della tenuta del registro in cui sono iscritte le società. La Corte ha parimenti deciso che l'art. 12 della direttiva 69/335 dev'essere interpretato nel senso che i diritti di carattere remunerativo di cui al n. 1, lett *e*), dello stesso articolo possono essere remunerazioni riscosse come corrispettivo di operazioni imposte dalla legge per uno scopo di interesse generale, come l'iscrizione delle società di capitali. L'entità di tali diritti, che può variare a seconda della forma giuridica della società, dev'essere calcolata in base al costo dell'operazione, che può essere determinato forfettariamente.

6. – In seguito a tale sentenza, il decreto legge 30 agosto 1993, n. 331 (GURI n. 203, del 30 agosto 1993), convertito nella legge 29 ottobre 1993, n. 427 (GURI n. 255, del 29 ottobre 1993), ha ridotto la tassa di concessione a 500.000 LIT per tutte le società e ne ha soppresso la riscossione annuale.

7. – La IN.CO.GE. '90 e a. hanno proposto con successo, ai sensi degli artt. 633 e ss. del codice di procedura civile, dinanzi al Pretore di Roma, diversi ricorsi

ingiuntivi per ottenere dal Ministero delle Finanze la restituzione delle somme che avevano versato a titolo di tassa di concessione negli anni precedenti.

8. – Il Ministero delle Finanze ha proposto tuttavia opposizione ai decreti ingiuntivi del Pretore di Roma sollevando due eccezioni relative, l'una, all'incompetenza di quest'ultimo a conoscere di una controversia di natura tributaria, e l'altra, alla decadenza dal diritto al rimborso delle ricorrenti limitatamente alle somme versate oltre un triennio prima della presentazione delle loro domande di ripetizione, ai sensi dell'art. 13 del decreto n. 641/1972.

9. – Dall'ordinanza di rinvio risulta che tali eccezioni vanno accolte o respinte insieme in quanto sono ambedue vincolate alla natura tributaria o civile della controversia. Infatti, se questa è di natura fiscale, il Pretore è incompetente a conoscerne e non gli spetterà quindi esaminare l'eccezione di decadenza. Per contro, se la lite non ha natura tributaria, ma rientra nel regime della ripetizione dell'indebito del diritto civile, non soltanto spetterà al giudice *a quo* risolverla, ma non sarà nemmeno applicabile il termine di decadenza triennale di cui all'art. 13 del decreto n. 641/1972.

10. – Il Pretore di Roma aggiunge in proposito che, nella sentenza 23 febbraio 1996, n. 3458, la Corte suprema di cassazione (sezioni unite) ha dichiarato che la restituzione della tassa di concessione rientra in quest'ultima disposizione poiché questa si applica a tutti i tributi indebitamente pagati, indipendentemente dalla causa dell'indebito pagamento.

11. – Il giudice *a quo* non condivide tuttavia quest'analisi. Esso ricorda che, conformemente alla giurisprudenza della Corte, la normativa nazionale, anche posteriore, contraria al diritto comunitario va disapplicata dal giudice statale senza che se ne debba chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale (sentenza 4 giugno 1992, cause riunite C-13/91 e C-113/91, Debus, *Racc.*, I-3617). Ora, nel caso di specie, la disapplicazione integrale della legge italiana che ha istituito la tassa di concessione avrebbe necessariamente l'effetto di privare della loro natura tributaria i rapporti giuridici sorti tra il Ministero delle Finanze e le società ricorrenti all'atto del versamento delle somme controverse. Dato che queste sono state riscosse sulla base di un tributo ormai inesistente e quindi in mancanza di qualsiasi credito tributario dello Stato, il loro rimborso rientrerebbe nel regime della ripetizione dell'indebito, soggetto al termine di prescrizione decennale del codice civile.

12. – È alla luce di ciò che il Pretore di Roma ha sospeso il procedimento e ha sottoposto alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«se l'incompatibilità tra l'art. 10 della direttiva del Consiglio 17 luglio 1969, 69/335/CEE, interpretato nel senso risultante dalla sentenza della Corte in data 20 aprile 1993 (resa nelle cause riunite C-71/91 e C-178/91), e l'art. 3, commi 18 e 19, del decreto-legge 19 dicembre 1984, n. 853, convertito in legge 17 febbraio 1985, n. 17, comporti, in base ai criteri di integrazione tra la normativa nazionale e quella comunita-

ria elaborati dalla Corte medesima, la disapplicazione totale dei citati commi 18 e 19 dell'art. 3, ed in particolare se essa comporti che il giudice nazionale non debba tenere conto di dette norme interne neanche in sede di qualificazione del rapporto giuridico, in forza del quale un soggetto di uno Stato membro richiede all'amministrazione finanziaria la restituzione delle somme versate in violazione del citato art. 10 della direttiva 69/335/CEE».

Sulla competenza della Corte

13. – Il governo del Regno Unito afferma che la Corte è incompetente in merito alla questione sollevata dal Pretore di Roma per la parte in cui quest'ultima verte sull'interpretazione del diritto italiano e non su quella del diritto comunitario. Infatti, spetterebbe a ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario (sentenze 16 dicembre 1976, causa 33/76, Rewe, *Racc.*, 1989, e causa 45/76, Comet, *Racc.*, 2043).

14. – A tal riguardo va rilevato che, conformemente alla giurisprudenza costante della Corte, incombe effettivamente a ciascuno Stato membro il compito di designare il giudice competente a risolvere liti vertenti sui diritti soggettivi, scaturenti dall'ordinamento comunitario, fermo restando, tuttavia, che gli Stati membri sono tenuti a garantire, in ogni caso, la tutela effettiva dei detti diritti. Alla luce di questa riserva, non spetta alla Corte intervenire nella soluzione dei problemi di competenza che possono discendere, nell'ambito dell'ordinamento giudiziario nazionale, dalla definizione di determinate situazioni giuridiche fondate sul diritto comunitario (sentenze 9 luglio 1985, causa 179/84, Bozzetti, *Racc.*, 2301, punto 17; 18 gennaio 1996, causa C-446/93, SEIM, *Racc.*, I-73, punto 32, e 17 settembre 1997, causa C-54/96, Dorsch Consult, *Racc.*, I-4961, punto 40).

15. – Tuttavia, la Corte è competente a indicare al giudice nazionale gli elementi del diritto comunitario che possono contribuire alla soluzione del problema di competenza che esso deve risolvere (sentenze Bozzetti, punto 18, e SEIM, punto 33, citate). A tal fine essa può, eventualmente, desumere gli elementi di cui trattasi dal testo della questione proposta e dai dati riferiti dal giudice nazionale (v., in particolare, sentenza 4 dicembre 1980, causa 54/80, Wilner, *Racc.* 3673, punto 4).

16. – A tal riguardo, dall'ordinanza di rinvio si ricava che il Pretore di Roma s'interroga sulle conseguenze derivanti, in diritto interno, dall'incompatibilità di un tributo nazionale con il diritto comunitario. Il giudice *a quo* fonda infatti il suo convincimento che le controversie pendenti innanzi ad esso non siano di natura tributaria ma rientrino, secondo l'ordinamento italiano, nel regime generale della ripetizione dell'indebito sul fatto che una siffatta incompatibilità, comportando la disapplicazione integrale delle disposizioni nazionali rilevanti e rendendo giuridicamente del tutto inesistente il tributo di cui trattasi, dovrebbe produrre necessariamente l'effetto di privare quest'ultimo della sua natura fiscale.

17. Ne discende che la Corte è competente in merito alla questione proposta.

Sulla questione proposta

18. – La Commissione ricorda che, nella sentenza 9 marzo 1978, causa 106/77, Simmenthal (*Racc.*, 629), la Corte ha dichiarato, in particolare, che le disposizioni del Trattato e degli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti con il diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere «*ipso iure*» inapplicabile qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali in quanto incompatibili con norme comunitarie. La Commissione ne deduce che uno Stato membro sarebbe del tutto incompetente ad adottare una disposizione fiscale incompatibile con il diritto comunitario di modo che una norma del genere e l'obbligo fiscale corrispondente dovrebbero essere considerati inesistenti.

19. – Questa interpretazione non può essere accolta.

20. – Occorre rilevare che, nella citata sentenza Simmenthal, la Corte era chiamata a pronunciarsi segnatamente sulle conseguenze dell'applicabilità diretta di una disposizione del diritto comunitario in caso di incompatibilità di quest'ultima con una disposizione successiva della legislazione di uno Stato membro. Ebbene, nella sua giurisprudenza anteriore (v., in particolare, sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64, Costa, *Racc.*, 1158), la Corte aveva già sottolineato l'impossibilità per uno Stato membro di far prevalere una norma nazionale su una norma comunitaria contraria, senza fare distinzioni tra diritto nazionale anteriore e successivo. Nella citata sentenza Simmenthal la Corte pertanto ha affermato che qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore che successiva alla norma comunitaria (sentenza Simmenthal, *cit.*, punti 21 e 24). Questa giurisprudenza è stata riconfermata in numerose occasioni (v., in particolare, sentenze Debus, *cit.*, punto 32; 2 agosto 1993, causa C-158/91, Levy, *Racc.*, I-4287, punto 9, e 5 marzo 1998, causa C-347/96, Solred, *Racc.*, I-937, punto 30).

21. – Contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione, non può pertanto dedursi dalla citata sentenza Simmenthal che l'incompatibilità con il diritto comunitario di una norma di diritto nazionale successiva abbia l'effetto di rendere quest'ultima inesistente. Posto di fronte a una situazione del genere, il giudice nazionale è viceversa obbligato a disapplicare la detta norma, fermo restando che quest'obbligo non limita il potere dei giudici nazionali competenti di applicare, tra i vari mezzi offerti dall'ordinamento interno, quelli che appaiono loro più appropriati per tutelare i diritti attribuiti agli individui dal diritto comunitario (v. sentenza 4 aprile 1968, causa 34/67, Lück, *Racc.*, 325, in particolare 334 e s.).

22. – Occorre ancora chiedersi se la disapplicazione, in seguito a una sentenza della Corte, di una normativa nazionale che abbia istituito un tributo contrario al diritto comunitario abbia l'effetto di privare retroattivamente il detto tributo della sua natura di tassa e quindi di far venir meno la natura tributaria dei rapporti giuridici sorti tra l'amministrazione fiscale nazionale e le società debitrici del tributo all'atto della riscossione di quest'ultimo.

23. – Conformemente a una giurisprudenza costante, l'interpretazione di una norma di diritto comunitario data dalla Corte nell'esercizio della competenza ad essa attribuita dall'art. 177 del Trattato chiarisce e precisa, quando ve ne sia bisogno, il significato e la portata della norma, quale deve, o avrebbe dovuto, essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore. Ne risulta che la norma così interpretata può e deve essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa se, per il resto, sono soddisfatte le condizioni che consentono di portare alla cognizione dei giudici competenti una controversia relativa all'applicazione di detta norma (sentenze 27 marzo 1980, causa 61/79, Denkavit italiana, *Racc.*, 1205, punto 16, e 2 dicembre 1997, causa C-188/95, Fantask e a., *Racc.*, I-6783, punto 37).

24. – Sempre secondo tale giurisprudenza, il diritto di ottenere il rimborso di tributi percepiti in violazione delle norme del diritto comunitario è la conseguenza e il complemento dei diritti riconosciuti ai singoli dalle norme comunitarie così come interpretate dalla Corte. Lo Stato membro è pertanto tenuto, il linea di principio, a rimborsare i tributi riscossi in violazione del diritto comunitario (sentenza Fantask e a., *cit.*, punto 38).

25. – Tuttavia, in assenza di una normativa comunitaria in materia, tale rimborso può essere richiesto solo in osservanza delle modalità formali e sostanziali stabilite dalle diverse legislazioni nazionali, fermo restando che le dette modalità non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (v., in particolare, sentenze 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck, *Racc.*, I-4599, punto 12, e 8 febbraio 1996, causa C-212/94, FMC e a., *Racc.,* I-389, punto 71).

26. – Pertanto, l'obbligo incombente al giudice nazionale di garantire il rimborso di un tributo nazionale riscosso in violazione del diritto comunitario dev'essere adempiuto, fatto salvo il rispetto delle due condizioni stabilite dalla giurisprudenza della Corte, conformemente alle disposizioni del suo diritto interno. Ne discende che la fissazione delle modalità di rimborso applicabili e la qualificazione, a tal fine, dei rapporti giuridici tra l'amministrazione fiscale di uno Stato membro e singole società del detto Stato all'atto della riscossione di un tributo del genere rientrano nella sfera dell'ordinamento nazionale.

27. – Occorre del resto ricordare che, come deciso recentemente dalla Corte, il diritto comunitario non osta, il linea di principio, a che la normativa di uno Stato

membro contempli, accanto a un termine di prescrizione ordinario applicabile alle azioni di ripetizione dell'indebito tra privati, modalità particolari di reclamo e di azione giudiziale per la contestazione delle tasse e degli altri tributi (sentenze 15 settembre 1998, causa C-231/96, Edis, punto 37, e causa C-260/96, Spac, punto 21, non ancora pubblicate nella *Raccolta*).

28. – Ebbene, il potere in tal modo riconosciuto dalla Corte di prevedere anche modalità particolari per il rimborso di tributi ed altre imposte riconosciuti contrari al diritto comunitario sarebbe del tutto svuotato d'efficacia se, come sostenuto dalla Commissione, il contrasto fra un tributo nazionale e il diritto comunitario portasse necessariamente a privare il detto tributo del suo carattere di tassa e facesse venir meno la natura tributaria dei rapporti giuridici sorti tra l'amministrazione fiscale nazionale e i soggetti passivi all'atto della riscossione del tributo di cui trattasi.

29. – Occorre pertanto risolvere la questione proposta dichiarando che l'obbligo incombente al giudice nazionale di disapplicare una normativa nazionale che abbia istituito un tributo contrario al diritto comunitario deve portarlo, di regola, ad accogliere le domande di rimborso del detto tributo. Tale rimborso dev'essere garantito conformemente alle disposizioni del suo diritto nazionale, fermo restando che queste ultime non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario. Un'eventuale riqualificazione dei rapporti giuridici sorti tra l'amministrazione fiscale di uno Stato membro e singole società del detto Stato all'atto della riscossione di un tributo nazionale successivamente riconosciuto contrario al diritto comunitario rientra, pertanto, nella sfera dell'ordinamento nazionale (*omissis*).

II

(*omissis*).

44. – Con la quarta e la quinta questione il giudice nazionale domanda se il diritto comunitario osti a che uno Stato membro assoggetti il rimborso di diritti doganali e di imposizioni incompatibili con il diritto comunitario a una condizione, quale l'assenza di traslazione su terzi di tali diritti e imposizioni, relativamente al ricorrere della quale l'onere della prova incomberebbe al ricorrente.

45. – Secondo Dilexport e la Commissione a tali questioni si deve dare una risposta affermativa. Esse ricordano che la Corte ha dichiarato, in particolare nella citata sentenza San Giorgio, che il diritto comunitario osta a presunzioni o a discipline della prova dirette a far incombere sul contribuente l'onere di dimostrare che i tributi indebitamente pagati non sono stati trasferiti su altri soggetti, o a limitazioni particolari per quanto riguarda la forma delle prove da apportare, come l'esclusione di mezzi di prova non documentali. Il governo francese, che rileva che la formulazione dell'art. 29, n. 2, della legge del 1990, non contiene alcuna disciplina

dell'onere della prova, condivide questo punto di vista nel caso in cui la normativa nazionale dovesse essere interpretata nel senso indicato dal giudice *a quo*.

46. – Il governo italiano sostiene che, contrariamente a quanto indicato dal giudice *a quo*, l'art. 29, n. 2, della legge del 1990 è stato oggetto di un'interpretazione costante da parte della Corte suprema di cassazione secondo la quale è a carico dell'amministrazione la prova che il diritto o l'imposizione controversa sono stati trasferiti su altri soggetti, sulla base dei mezzi di prova ammessi dal diritto nazionale, quali presunzioni gravi, precise e concordanti o consulenze tecniche.

47. – Si deve ricordare che, secondo la giurisprudenza della Corte, il diritto comunitario non osta a che un ordinamento giuridico nazionale rifiuti il rimborso di una tassa indebitamente riscossa quando ciò comporti un arricchimento senza causa degli aventi diritto. Nulla si oppone quindi, sotto il profilo del diritto comunitario, a che i giudici tengano conto, secondo il loro diritto nazionale, della circostanza che i tributi indebitamente riscossi abbiano potuto essere incorporati nel prezzo delle merci e ripercossi sui consumatori. Non possono quindi considerarsi nel loro complesso contrarie al diritto comunitario disposizioni legislative nazionali che escludano il rimborso di imposte, dazi e tasse riscossi in violazione del diritto comunitario quando sia appurato che la persona tenuta al pagamento del tributo lo ha di fatto riversato su altri soggetti (v. sentenze citate San Giorgio, punto 13, Comateb e a., punto 21, e 27 febbraio 1980, causa 68/79, Just, *Racc.*, 501, punto 26).

48. – Sono per contro incompatibili con il diritto comunitario tutte le modalità di prova il cui effetto sia di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'ottenimento del rimborso della tassa riscossa in violazione del diritto comunitario. Tale è il caso, in particolare, di presunzioni o di discipline della prova dirette a far incombere sul contribuente l'onere di dimostrare che i tributi indebitamente pagati non sono stati trasferiti su altri soggetti, o di limitazioni particolari per quanto riguarda la forma delle prove da apportare, come l'esclusione di mezzi di prova non documentali (sentenze San Giorgio, *cit.*, punto 14, e 25 febbraio 1988, cause riunite 331/85, 376/85 e 378/85, Bianco e Girard, *Racc.*, 1099, punto 12).

49. – Nel caso di specie, l'art. 29, n. 2, della legge del 1990 prevede che i diritti e le imposizioni ivi menzionati sono rimborsati quando sono incompatibili con la legislazione comunitaria, salvo che l'onere corrispondente sia stato trasferito su altri soggetti.

50. – Il governo italiano e il giudice nazionale contestano, tuttavia, l'interpretazione data a questa disposizione dalle giurisdizioni nazionali.

51. – Occorre ricordare che la Corte non è competente a interpretare il diritto nazionale (v., tra l'altro, la citata sentenza Deville, punto 17) e che spetta al giudice nazionale, e a lui solo, determinare l'esatta portata delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali (v. sentenza 16 aprile 1991, causa

C-347/89, Eurim-Pharm, *Racc.*, I-1747, punto 15, e 16 dicembre 1992, cause riunite C-132/91, C-138/91 e C-139/91, Katsikas, *Racc.*, I-6577, punto 39).

52. – Se, come ritiene il giudice nazionale, esiste una presunzione di ripercussione su altri soggetti dei diritti e dei tributi illegittimamente pretesi o indebitamente riscossi e se è a carico del ricorrente la prova contraria di tale presunzione per ottenere il rimborso del tributo, si dovrà considerare che le disposizioni di cui si tratta sono contrarie al diritto comunitario.

53. – Se, per contro, come sostiene il governo italiano, spetta all'amministrazione dimostrare, mediante tutti i mezzi di prova generalmente ammessi dal diritto nazionale, che il tributo è stato trasferito su altri soggetti, si dovrà invece considerare che le disposizioni di cui si tratta non sono contrarie al diritto comunitario.

54. – La quarta e la quinta questione devono quindi risolversi nel senso che il diritto comunitario osta a che uno Stato membro assoggetti il rimborso di diritti doganali e di imposte incompatibili con il diritto comunitario a una condizione, quale l'assenza di ripercussione di tali diritti e imposte su altri soggetti, relativamente al ricorrere della quale l'onere della prova incomberebbe al ricorrente (*omissis*).

I

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, sez. 6°, 27 ottobre 1998, nella causa C-4/97 - *Pres.* Kapteyn - *Rel.* Ragnemalm - *Avv. Gen.* Fennelly - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Commissione tributaria provinciale di Firenze nella causa Manifattura italiana Nonwoven s.p.a. c. Dir. Gen. Entrate Toscana - Interv.: Governi Italiano (avv. Stato de Bellis) ed ellenico (ag. Kanellopoulos) e Commissione delle C.E. (ag. Traversa).

Comunità europee - Imposte gravanti sulla raccolta di capitali - Imposta sul patrimonio netto delle imprese.

(Direttiva del Consiglio 17 luglio 1969, n. 69/335/CEE come mod. dalla direttiva 10 giugno 1985, n. 85/303/CEE, artt. 4 e 7; decreto-legge 30 settembre 1992 n. 394).

La direttiva del Consiglio 17 luglio 1969, 69/335/CEE, concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali, come modificata dalla direttiva del Consiglio 10 giugno 1985, 85/303/CEE, non osta alla riscossione, a carico delle società di capitali, di un'imposta come l'imposta sul patrimonio netto delle imprese (in Italia) (1).

(1-2) Soluzioni conformi a quelle proposte dal governo italiano. Di ampio respiro è la prima sentenza, riguardante in generale l'imposta sul patrimonio netto delle imprese, qualificabile come imposta diretta e quindi non rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva comunitaria. Un caso di specie è invece quello della seconda sentenza, dove l'imposta, pur indiretta, sfugge comunque alla previsione della medesima direttiva.

II

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, sez. 6°, 27 ottobre 1998, nella causa C-152/97 - *Pres.* Hirsch - *Rel.* Ragnemalm - *Avv. Gen.* Cosmas. Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Commissione tributaria provinciale di Milano nella causa Abbruzzi Gas s.p.a. c. Amm.ne tributaria di Milano - Interv. Governo italiano (avv. Stato de Bellis) e Commissione delle C.E. (ag. Traversa).

Comunità europee - Imposte gravanti sulla raccolta di capitali - Fusione di società - Incorporazione ad opera di una società che già detiene l'intero capitale sociale delle società incorporate.

(Direttiva del Consiglio 17 luglio 1969, n. 69/335/CEE, come mod. dalla direttiva 10 giugno 1985, n. 85/303/CEE, artt. 4 e 7; decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131, artt. 1, 2 e 50; decreto-legge 20 giugno 1996 n. 323, conv. in legge 8 agosto 1996 n. 425).

La direttiva del Consiglio 17 luglio 1969, 69/335/CEE, concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali, come modificata dalla direttiva del Consiglio 10 giugno 1985, 85/303/CEE, non osta alla riscossione di un'imposta di registro in caso di incorporazione di società ad opera di un'altra società che già detiene la totalità delle azioni e delle quote delle società incorporate (in Italia) (2).

I

(*omissis*)

1. – Con ordinanza 18 ottobre 1996, pervenuta in cancelleria il 9 gennaio 1997, la Commissione tributaria provinciale di Firenze ha sottoposto a questa Corte, ai sensi dell'art. 117 del Trattato CE, una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione della direttiva del Consiglio 17 luglio 1969, 69/335/CEE, concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali (GU L 249, 25), come modificata dalla direttiva del Consiglio 10 giugno 1985, 85/303/CEE (GU L 156, 23; in prosieguo: la «direttiva»).

2. – Tale questione è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra la Manifattura italiana Nonwoven S.p.A. (in prosieguo: la «Nonwoven») e la Direzione regionale delle entrate per la Toscana (in prosieguo: l'«amministrazione tributaria») riguardo alla domanda della Nonwoven diretta al rimborso di una somma versata a titolo di imposta sul patrimonio netto delle imprese.

3. – La direttiva mira, in particolare, ad armonizzare gli elementi che contribuiscono alla fissazione e alla riscossione dell'imposta gravante sui conferimenti di capitali nelle società nell'ambito della Comunità, nel contesto dell'eliminazione degli ostacoli fiscali che si frappongono alla libera circolazione dei capitali (v., in particolare, sentenza 5 marzo 1998, causa C-347/96, Solred, *Racc.*, I-937, punto 3).

4. – L'art. 4, n. 1, della direttiva dispone:

«sono sottoposte all'imposta sui conferimenti le operazioni seguenti:

a) la costituzione di una società di capitali;

b) la trasformazione in società di capitali di una società, associazione o persona giuridica che non sia una società di capitali;

c) l'aumento del capitale sociale di una società di capitali mediante conferimento di beni di qualsiasi natura;

d) l'aumento del patrimonio sociale di una società di capitali mediante conferimento di beni di qualsiasi natura, remunerato non con quote rappresentative del capitale o del patrimonio stesso, bensì con diritti della stessa natura di quelli dei soci (...)».

5. – L'art. 4, n. 1, lett. *e*), *h*), della direttiva stabilisce che il trasferimento da un paese terzo o da un altro Stato membro della sede della direzione effettiva o della sede statutaria di una società di capitali è anch'esso soggetto all'imposta sui conferimenti.

6. – L'art. 4, n. 2, della direttiva elenca le diverse operazioni che possono essere assoggettate all'imposta sui conferimenti:

«*a*) l'aumento del capitale sociale di una società di capitali mediante incorporazione di utili, riserve o provvigioni;

b) l'aumento del patrimonio sociale di una società di capitali mediante prestazioni effettuate da un socio che non implicano un aumento del capitale sociale, ma che trovano la loro contropartita in una modifica dei diritti sociali ovvero che possono aumentare il valore delle quote sociali;

c) il prestito contratto da una società di capitali se il creditore ha diritto ad una quota degli utili della società;

d) il prestito contratto da una società di capitali presso un socio, un congiunto o un figlio di un socio, nonché quello contratto presso un terzo quando esso è garantito da un socio, a condizione che tali prestiti abbiano la stessa funzione di un aumento del capitale sociale».

7. – L'art. 7, n. 2, della direttiva dispone che gli Stati membri possono esentare dall'imposta sui conferimenti o assoggettare ad un'unica aliquota non superiore all'1% talune operazioni previste dalla direttiva.

8. – La direttiva prescrive anche, ai sensi dell'ultimo «considerando», la soppressione di altre imposte indirette aventi le stesse caratteristiche dell'imposta sui conferimenti e dell'imposta di bollo sui titoli e il cui mantenimento rischia di rimettere in questione le misure previste dalla medesima direttiva. Tali tributi, di cui è vietata la riscossione, sono in particolare elencati nell'art. 10 della direttiva, ai sensi del quale:

«oltre all'imposta sui conferimenti, gli Stati membri non applicano, per quanto concerne le società, associazioni o persone giuridiche che perseguono scopi di lucro, nessuna altra imposizione, sotto qualsiasi forma:

a) per le operazioni previste all'articolo 4;

b) per i conferimenti, prestiti o prestazioni, effettuati nel quadro delle operazioni previste all'articolo 4;

c) per l'immatricolazione o per qualsiasi altra formalità preliminare all'esercizio 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».

9. – L'imposta sul patrimonio netto delle imprese è stata introdotta nel sistema tributario italiano con il decreto legge 30 settembre 1992, n. 394 (GURI n. 230 del 30 settembre 1992). I soggetti passivi dell'imposta sono, in particolare, le società di capitali, le società cooperative e le società di mutua assicurazione, gli enti pubblici e privati diversi dalle società, che hanno per oggetto esclusivo e/o principale l'esercizio di attività commerciali, nonché le persone fisiche che svolgono attività produttive di reddito d'impresa.

10. – La base imponibile dell'imposta è costituita dal patrimonio netto della società risultante dal bilancio di fine esercizio, detratti gli utili dell'esercizio considerato, e comprendente in particolare i seguenti elementi:

– il capitale sociale sottoscritto, ancorché non versato, nonché i versamenti a fondo perduto o in conto capitale eseguiti dai soci;

– le riserve variamente denominate e costituite: riserva legale o statutaria, riserve da sovrapprezzo delle azioni o per azioni proprie in portafoglio, riserve vincolate al reinvestimento e altre riserve o fondi;

– i fondi destinati alla copertura di oneri generici ed a futuri investimenti;

– gli utili di precedenti esercizi riportati a nuovo;

– le perdite afferenti all'esercizio considerato e le eventuali perdite di esercizi precedenti riportate a nuovo.

11. – Dal patrimonio imponibile sono detratte le partecipazioni azionarie, possedute alla fine dell'esercizio da almeno tre mesi, in società assoggettate all'imposta medesima.

12. – L'aliquota dell'imposta è pari allo 0,75% del patrimonio netto risultante alla chiusura del periodo d'imposta.

13. – La procedura di recupero e il contenzioso sono disciplinati dalle norme in materia di imposta sui redditi.

14. – Il 30 novembre 1994 la Nonwoven, non avendo ottenuto risposta da parte dell'amministrazione tributaria alla domanda di rimborso della somma di 93.063.000 LIT che aveva dovuto versare come imposta sul patrimonio netto delle imprese per i periodi d'imposta 1992 e 1993, ha presentato dinanzi alla Commissione tributaria provinciale di Firenze un ricorso avverso il silenzio-rifiuto opposto alla detta domanda.

15. – A sostengo del ricorso la Nonwoven ha fatto valere che l'imposta sul patrimonio netto delle imprese è illegittima in quanto grava sul capitale sociale che è già stato assoggettato all'imposta di registro allorché è stato conferito alla società. Pertanto essa disconoscerebbe il divieto, sancito dalla direttiva, di assoggettare la raccolta di capitali a qualsiasi altro tributo diverso dall'imposta sui conferimenti.

16. – L'amministrazione tributaria ha contestato tale argomentazione, deducendo, da un lato, che l'imposta sul patrimonio netto delle imprese è un'imposta diretta, per cui sarebbe erroneo sostenere che possa considerarsi, sia sotto il profilo giuridico che sotto quello economico, come imposta indiretta, e, dall'altro, che, per la sua natura, essa esula dalla sfera d'applicazione della direttiva.

17. – In considerazione degli argomenti dinanzi ad esso prospettati, il giudice nazionale ha ritenuto che la soluzione della controversia dipenda essenzialmente dell'applicabilità della direttiva in ordine alla decisione sulla domanda di rimborso ad esso sottoposta, nonostante che l'imposta sul patrimonio netto delle imprese sia unanimemente qualificata come imposta diretta. La Commissione tributaria provinciale di Firenze ha quindi deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione:

«se sia compatibile con l'ordinamento comunitario, e segnatamente con la direttiva 69/335/CEE, la previsione legislativa di un'imposta sul patrimonio netto delle società di capitali che abbia effetti economicamente equivalenti a quelli di un'imposta indiretta sui conferimenti».

18. – Il giudice *a quo* chiede quindi, in sostanza, se la direttiva osti alla riscossione, a carico delle società di capitali, di un'imposta come l'imposta sul patrimonio netto delle imprese.

19. – In via preliminare, poiché il giudice *a quo* ha accertato che l'imposta sul patrimonio netto delle imprese è unanimemente qualificata come imposta diretta, si deve rilevare che risulta da una giurisprudenza costante che la qualificazione di un'imposta, tassa, dazio o prelievo alla luce del diritto comunitario dev'essere compiuta dalla Corte in base alle caratteristiche oggettive del tributo, indipendentemente dalla qualificazione che gli viene attribuita nel diritto nazionale (v. sentenza 13 febbraio 1996, cause riunite C-197/94 e C-252/94, Bautiaa e Société française maritime, *Racc.*, I-505, punto 39, e giurisprudenza *cit.*).

20. – In primo luogo, per quanto riguarda le caratteristiche oggettive dell'imposta di cui trattasi nella causa *a qua*, occorre osservare, come ha fatto l'avvocato generale nel paragrafo 14 delle sue conclusioni, che le varie operazioni che, ai sensi dell'art. 4, n. 1, della direttiva, devono essere assoggettate all'imposta sui conferimenti sono tutte caratterizzate dal trasferimento di capitali o di beni ad una società di capitali nello Stato membro che riscuote l'imposta. Del pari, le categorie di operazioni che, ai sensi dell'art. 4, n. 2, possono essere assoggettate a tale tributo si risolvono tutte in un effettivo aumento del capitale o del patrimonio sociale.

21. – Per contro, l'imposta sul patrimonio, come quella in esame nella causa *a qua*, è riscossa annualmente, al momento della chiusura dell'esercizio, sul patrimonio sociale netto delle imprese risultante dal bilancio. Essa non presuppone alcuna operazione implicante un movimento di capitali o di beni e non corrisponde quindi a nessuna delle operazioni imponibili enumerate nell'art. 4 della direttiva, al quale fa riferimento l'art. 10, lett. *a*) e *b*).

22. – In secondo luogo, anche se la base dell'imposta di cui alla causa *a qua* tiene conto dell'ammontare del capitale sottoscritto, che deve o può essere assoggettato all'imposta sui conferimenti, tale capitale rappresenta solo un componente del patrimonio netto delle imprese. Infatti la base imponibile è costituita dalla somma di svariate voci contabili, tra le quali le riserve o i fondi nonché gli utili degli esercizi precedenti portati a nuovo e le perdite, tanto quelle dell'esercizio attuale che quelle degli esercizi anteriori.

23. – Pertanto un'imposta siffatta, diversamente dall'imposta sui conferimenti che colpisce operazioni per la raccolta di capitali, è riscossa sul patrimonio netto delle società di capitali, come definito dalla normativa nazionale. Di conseguenza, e contrariamente a quanto sostenuto dalla Nonwoven, l'imposta di cui trattasi nella causa *a qua* non si risolve in un aumento dell'aliquota dell'imposta sui conferimenti o in un'ulteriore riscossione di tale imposta.

24. – Ne risulta che un'imposta come quella di cui trattasi nella causa *a qua* non costituisce un'imposta sui conferimenti né un'imposta avente le stesse caratteristiche di questa.

25. – Pertanto, la questione sollevata dev'essere risolta nel senso che la direttiva non osta alla riscossione, a carico delle società di capitali, di un'imposta come l'imposta sul patrimonio netto delle imprese (*omissis*).

II

(*omissis*).

12. – La Agas deteneva l'intero capitale sociale delle società Briangas S.p.A. e Italgasdotti S.r.l. Il 20 dicembre 1994 le assemblee degli azionisti e dei soci di queste tre società ne deliberavano la fusione, mediante l'incorporazione della Briangas e della Italgasdotti da parte della Agas. La fusione non comportava alcun aumento del capitale sociale della Agas, bensì l'annullamento delle sue partecipazioni, corrispondenti ad azioni e a quote delle società incorporate, che erano iscritte all'attivo del bilancio.

13. – La Briangas e la Italgasdotti conferivano alla Agas, a seguito dell'operazione di fusione, un patrimonio netto che ammonta rispettivamente a LIT 1.439.682.051 e a LIT 22.105.502.520.

14. – Alla registrazione dell'atto di fusione, il 28 dicembre 1994, l'Ufficio del Registro Atti Pubblici di Milano riscuoteva la somma di LIT 236.052.000 a titolo di imposta di registro, applicando un'aliquota pari all'1% del valore del patrimonio netto delle società incorporate, quale risultante dalla loro situazione patrimoniale valutata ai fini dell'atto di fusione.

15. – L'11 luglio 1996 la Agas domandava all'Ufficio del Registro la restituzione dell'impsta di registro corrisposta, maggiorata degli interessi, facendo valere, in sostanza, l'incompatibilità dell'art. 4 della tariffa allegata al decreto n. 131 con gli artt. 4 e 7 della direttiva.

16. – In mancanza di una risposta da parte dell'amministrazione fiscale, il 13 novembre 1996 la Agas ha proposto ricorso avverso tale decisione dinanzi alla Commissione tributaria provinciale di Milano.

17. – Dubitando dell'interpretazione da dare alla direttiva, la Commissione tributaria provinciale di Milano ha deciso di sospendere il procedimento fino a che la Corte non si sia pronunciata a titolo pregiudiziale sulla questione seguente:

«le disposizioni per l'uniformità della tassazione indiretta sui conferimenti a società di capitali nell'Unione si riferiscono anche all'ipotesi di fusione per incorporazione di una società in un'altra che già era proprietaria del 100% del capitale della prima?».

La questione pregiudiziale

18. – Con tale questione il giudice *a quo* domanda in sostanza se la direttiva osti alla riscossione di un'imposta di registro in caso di fusione per incorporazione di società ad opera di un'altra società che già detiene la totalità delle azioni e delle quote delle società incorporate.

19. – A questo proposito, risulta dal combinato disposto degli artt. 1 e 4 della direttiva che l'imposta riscossa sui conferimenti a società di capitali costituisce un'«imposta sui conferimenti» ai sensi della direttiva allorché si applica alle operazioni elencate da quest'ultima (sentenza 13 febbraio 1996, cause riunite C-197/94 e C-252/94, Bautiaa e Société française maritime, *Racc.*, I-505, punto 31).

20. – Infatti, le operazioni soggette o che possono essere assoggettate dagli Stati membri all'imposta armonizzata sui conferimenti sono definite all'art. 4 della direttiva in modo oggettivo e uniforme per tutti gli Stati membri, senza fare riferimento alle eventuali peculiarità dei singoli diritti nazionali o all'organizzazione dei regimi fiscali nazionali (sentenza Bautiaa e Société française maritime, *cit.*, punto 32).

21. – Ne consegue che, per rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva, l'operazione considerata deve potersi ricollegare a una delle fattispecie previste

all'art. 4 cui fa riferimento l'art. 10, lett. *a*) e *b*), della direttiva. A ciò va aggiunto in divieto, enunciato all'art. 10, lett. *c*), della direttiva, di assoggettare ad imposta la registrazione o qualsiasi altra formalità preliminare all'esercizio di un'attività alla quale una società può essere sottoposta in ragione della sua forma giuridica. Quest'ultimo divieto è giustificato dal fatto che, anche se i tributi di cui trattasi non colpiscono i conferimenti di capitali in quanto tali, essi sono tuttavia riscossi per le formalità connesse alla forma giuridica della società, vale a dire a motivo dello strumento usato per raccogliere capitali, per cui il loro mantenimento rischierebbe di mettere in discussione anche gli scopi perseguiti dalla direttiva (sentenza 11 giugno 1996, causa C-2/94, Denkavit International e a., *Racc.*, I-2827, punto 23).

22. – Tenuto conto del caso di cui si tratta nella controversia *a qua*, si deve dichiarare, in primo luogo, che un'operazione di fusione ad opera di una società che già detiene la totalità delle azioni e delle quote delle società incorporate non comporta un aumento del capitale sociale della stessa e non rientra, pertanto, nella previsione dell'art. 4, n. 1, lett. *c*), della direttiva.

23. – Una simile operazione non rientra neanche nell'ambito di applicazione dell'art. 4, n. 1, lett. *d*), della direttiva.

24. – Certamente, il conferimento alla società incorporante dei patrimoni netti delle società incorporate può causare un aumento del patrimonio sociale della prima società. Tuttavia, per essere assoggettabile ad imposta, tale operazione deve, secondo la disposizione in esame, trovare una contropartita non in quote rappresentative del capitale o del patrimonio sociale, bensì in diritti della stessa natura di quelli dei soci, quali il diritto di voto, la partecipazione agli utili o all'attivo risultante dalla liquidazione.

25. – Ora, nel caso di incorporazione ad opera di una società che detiene la totalità delle azioni o delle quote sociali della società incorporata, una remunerazione di questo tipo è semplicemente inapplicabile.

26. – Si deve infine dichiarare che un'operazione come quella considerata nella causa *a qua* non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 4, n. 2, lett. *b*), della direttiva. Questa disposizione presuppone infatti che l'aumento del patrimonio sociale consista in prestazioni effettuate da un socio, il che non si verifica nell'operazione in esame.

27. – Per quanto riguarda, in secondo luogo, l'applicabilità dell'art. 10, lett. *c*), della direttiva, si deve rilevare che, in un caso come quello in esame, non sembra che l'imposta di registro sia stata versata per l'immatricolazione di una nuova società di capitali, vale a dire per una formalità preliminare all'esercizio di un'attività. L'imposta non è stata percepita neanche per l'iscrizione di un aumento di capitale che sia condizione per l'esercizio e la prosecuzione di tale attività (v., in proposito, sentenza 2 dicembre 1997, causa C-188/95, Fantask e a., *Racc.*, I-6783, punto 22).

28. – Ne consegue che il divieto previsto dall'art. 10, lett. *c*), della direttiva non vige nei confronti dell'imposta di registro controversa nella causa *a qua*.

29. – Si deve concludere che, sebbene la direttiva abbia segnatamente l'obiettivo di evitare che i trasferimenti di attivi tra società incontrino ostacoli di natura fiscale in modo da favorire la riorganizzazione e il raggruppamento di imprese (v., in questo senso, sentenza 13 ottobre 1992, causa C-50/91, Commerz-Credit-Bank, *Racc.*, I-5225, punto 11), essa non trova applicazione nel caso di un'imposta di registro riscossa per l'incorporazione di società ad opera di un'altra società che già ne detiene la totalità del capitale.

30. – Si deve quindi risolvere la questione sottoposta alla Corte nel senso che la direttiva non osta alla riscossione di un'imposta di registro in caso di incorporazione di società ad opera di un'altra società che già detiene la totalità delle azioni e delle quote delle società incorporate (*omissis*).

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Plenum*, 24 novembre 1998, nella causa C-274/96 - *Pres.* Rodrìguez Iglesias - *Rel.* Ragnemalm - *Avv. Gen.* Jacobs - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Pretore di Bolzano nei procedimenti penali c. H.O. Bickel e U. Franz. - Interv.: Governo italiano (avv. Stato Ferri) e Commissione delle C.E. (ag. Van Nuffel e Altieri).

Comunità europee - Libera circolazione delle persone - Parità di trattamento - Regime linguistico applicabile ai procedimenti penali - Lingua tedesca nella provincia di Bolzano.

(Trattato CE, artt. 6, 8A e 59; Statuto Trentino Alto Adige appr. con decreto del Presidente della Repubblica 30 agosto 1972 n. 670, artt. 99 e 100; decreto del Presidente della Repubblica 15 luglio 1988 n. 574 artt. 13-15).

Il diritto riconosciuto da una normativa nazionale di ottenere che il procedimento penale si svolga in una lingua diversa dalla lingua principale dello Stato interessato rientra nella sfera di applicazione del Trattato e deve conformarsi all'art. 6 di quest'ultimo. L'art. 6 osta ad una normativa nazionale che riconosce ai cittadini di una lingua determinata, diversa dalla lingua principale dello Stato membro interessato, i quali risiedono nel territorio di un determinato ente locale, il diritto di ottenere che il procedimento penale si svolga nella loro lingua, senza garantire il medesimo diritto ai cittadini degli altri Stati membri, della stessa lingua, che circolano e soggiornano nel detto territorio.

(*omissis*).

1. – Con ordinanze 2 agosto 1996, pervenute in cancelleria il 12 agosto successivo, la Pretura circondariale di Bolzano, Sezione distaccata di Silandro, ha sottoposto alla Corte, a norma dell'art. 177 del Trattato CE, una questione pregiudiziale vertente sull'interpretazione degli artt. 6, 8 A e 59 del Trattato CE.

2. – La questione è stata sollevata nell'ambito di due procedimenti penali promossi, l'uno, nei confronti del signor Bickel e, l'altro, nei confronti del signor Franz.

3. – Il signor Bickel, cittadino austriaco, residente a Nüziders in Austria, esercita la professione di camionista. Il 15 febbraio 1994 veniva fermato alla guida del suo autocarro a Castelbello, nella Regione Trentino-Alto Adige in Italia, da una pattuglia di carabinieri che gli notificava una contravvenzione per guida in stato di ebbrezza.

4. – Il signor Franz, cittadino tedesco, residente a Peissenberg, in Germania, si recava nella Regione Trentino-Alto Adige come turista. Il 5 maggio 1995 veniva sottoposto a un controllo doganale in esito al quale risultava in possesso di un coltello di tipo proibito.

5. – Entrambi gli imputati dichiaravano al Pretore di Bolzano di non conoscere la lingua italiana e chiedevano che il procedimento avviato nei loro confronti si svolgesse in tedesco, avvalendosi delle norme intese a tutelare la comunità di lingua tedesca della Provincia di Bolzano.

(*omissis*).

11. – Nutrendo dubbi sull'applicabilità, ai sensi del diritto comunitario, delle norme processuali previste per i cittadini della Provincia di Bolzano ai cittadini di altri Stati membri che si recano nella medesima Provincia, il giudice nazionale ha deciso di sospendere il procedimento sino alla pronuncia della Corte sulla seguente questione:

«se i principi della non discriminazione ai sensi dell'art. 6, primo comma, del diritto di viaggio e di soggiorno dei cittadini dell'Unione ai sensi dell'art. 8A nonché della libertà dei servizi ai sensi dell'art. 59 del Trattato impongano che a un cittadino dell'Unione il quale possiede la cittadinanza di uno Stato membro e dimora in un altro Stato membro venga concesso il diritto di chiedere che un procedimento penale nei suoi confronti venga svolto in un'altra lingua, quando i cittadini di questo Stato, che si trovano nella stessa situazione, godono di tale diritto».

12. – Con tale questione il giudice nazionale chiede in sostanza se il diritto riconosciuto da una normativa nazionale di ottenere che un procedimento penale si svolga in una lingua diversa dalla lingua principale dello Stato interessato rientri nella sfera di applicazione del Trattato e debba quindi conformarsi al suo art. 6. In caso di soluzione affermativa, il giudice nazionale chiede inoltre se l'art. 6 del Trattato osti ad una normativa nazionale, come la normativa di cui trattasi, che riconosce ai cittadini di una lingua determinata, diversa dalla lingua principale dello Stato membro interessato, e residenti nel territorio di un determinato ente locale, il diritto di ottenere che il procedimento penale si svolga nella loro lingua, senza garantire il medesimo diritto ai cittadini degli altri Stati membri, della stessa lingua, che circolano e soggiornano nel detto territorio.

Sulla prima parte della questione

13. – Va rammentato anzitutto che nell'ottica di una Comunità basata sul principio della libera circolazione delle persone e della libertà di stabilimento la tutela dei diritti e delle prerogative dei singoli in materia linguistica riveste

un'importanza particolare (sentenza 11 luglio 1985, causa 137/84, Mutsch, *Racc.*, 2681, punto 11).

14. – Vietando «ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità», l'art. 6 del Trattato impone la completa parità di trattamento per soggetti che si trovino in una situazione disciplinata dal diritto comunitario, rispetto ai cittadini dello Stato membro (sentenza 2 febbraio 1989, causa 186/87, Cowan, *Racc.*, 195, punto 10).

15. – Le situazioni disciplinate dal diritto comunitario comprendono segnatamente quelle rientranti nel diritto alla libera prestazione dei servizi conferito dall'art. 59 del Trattato. Conformemente alla giurisprudenza della Corte, tale diritto include la libertà per i destinatari dei servizi di recarsi in un altro Stato membro per fruirvi di un servizio (citata sentenza Cowan, punto 15). Rientrano quindi nell'art. 59 tutti i cittadini degli Stati membri i quali, senza godere di un'altra libertà garantita dal Trattato, si recano in un altro Stato membro al fine di ricevervi determinati servizi o avendo la facoltà di riceverne. Tali cittadini, fra cui rientrano i signori Bickel e Franz, possono recarsi e spostarsi liberamente nello Stato ospitante. Del resto, ai sensi dell'art. 8A del Trattato «ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dal presente trattato e dalle disposizioni adottate in applicazione dello stesso».

16. – A tale proposito, la possibilità per i cittadini dell'Unione di comunicare in una data lingua con le autorità amministrative e giudiziarie di uno Stato, alla stessa stregua dei cittadini di quest'ultimo, è idonea a facilitare l'esercizio della libertà di circolare e di soggiornare in un altro Stato membro. Ne consegue che soggetti come i signori Bickel e Franz, quando esercitano il loro diritto di circolare e soggiornare in un altro Stato membro, hanno in linea di principio il diritto di fruire di un trattamento non discriminatorio rispetto ai cittadini di tale Stato, ai sensi dell'art. 6 del Trattato, quanto all'uso delle lingue che vi sono utilizzate.

17. – Se la legislazione penale e le norme di procedura penale, nel novero delle quali rientra la controversa disposizione nazionale, sono in linea di principio riservate alla competenza degli Stati membri, tuttavia dalla giurisprudenza costante della Corte risulta che il diritto comunitario pone dei limiti a tale competenza. Le norme considerate non possono infatti porre in essere discriminazioni nei confronti di soggetti cui il diritto comunitario attribuisce il diritto alla parità di trattamento né limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario (v., in tal senso, citata sentenza Cowan, punto 19).

18. – Ne risulta che, nella misura in cui possa riguardare il diritto alla parità di trattamento dei cittadini degli Stati membri che esercitano il diritto di circolare e soggiornare in un altro Stato membro, una normativa nazionale relativa alla lingua processuale applicabile dinanzi ai guidici penali di tale Stato dev'essere conforme all'art. 6 del Trattato.

19. – La prima parte della questione sottoposta alla Corte va quindi risolta nel senso che il diritto riconosciuto da una normativa nazionale di ottenere che un procedimento penale di svolga in una lingua diversa dalla lingua principale dello Stato interessato rientra nella sfera di applicazione del Trattato e deve conformarsi all'art. 6 di quest'ultimo.

Sulla seconda parte della questione

20. – Secondo i signori Bickel e Franz, al fine di evitare qualsiasi discriminazione contraria all'art. 6 del Trattato, il diritto di ottenere che il processo si svolga in tedesco dovrebbe essere garantito a tutti i cittadini dell'Unione, quando il medesimo diritto sussista in capo ai cittadini di uno degli Stati che ne fanno parte.

21. – Il governo italiano fa valere che il diritto in questione è esclusivamente conferito ai cittadini appartenenti al gruppo linguistico tedesco della Provincia di Bolzano e residenti in tale Provincia. L'obiettivo delle norme controverse consisterebbe nel riconoscere l'identità etnico-culturale della persona che appartiene alla minoranza tutelata. Ne deriverebbe che il diritto di ottenere l'impiego della lingua della minoranza etnico-culturale interessata non dovrebbe essere esteso al cittadino di uno Stato membro che si trovi occasionalmente e temporaneamente presente nella regione in questione, nella misura in cui gli siano garantiti strumenti che gli consentano di esercitare adeguatamente il suo diritto di difersa nonostante egli non conosca la lingua ufficiale dello Stato in questione.

22. – Quanto alla Commissione, essa rileva che, nella fattispecie di cui alla causa *a qua*, il diritto di ottenere che il procedimento si svolgga in tedesco non è riconosciuto a tutte le persone di cittadinanza italiana ma soltanto a quelle che, da un lato, risiedono nella Provincia di Bolzano e, dall'altro, appartengono al gruppo di lingua tedesca di tale Provincia. Spetterebbe quindi al giudice nazionale determinare anzitutto in modo concreto se la normativa di cui trattasi istituisca una discriminazione in ragione della nazionalità, circoscrivere la cerchia di persone che sarebbero vittime della discriminazione ed esaminare in seguito se quest'ultima possa essere giustificata da circostanze oggettive.

23. – Dagli atti di causa emerge che la normativa italiana riserva ai cittadini di lingua tedesca della Provincia di Bolzano il diritto di ottenere che il processo si svolga in questa lingua. Ne risulta che i cittadini di lingua tedesca di altri Stati membri e segnatamente della Germania e dell'Austria, come i signori Bickel e Franz, i quali circolano o soggiornano in tale Provincia, non possono esigere che un procedimento penale si svolga in tedesco benché, secondo le norme nazionali, tale lingua sia parificata alla lingua italiana.

24. – Alla luce di tale situazione, risulta che i cittadini di lingua tedesca degli altri Stati membri, i quali circolano e soggiornano nella Provincia di Bolzano, sono

svantaggiati rispetto ai cittadini italiani di lingua tedesca residenti in questa stessa regione. Infatti, mentre un cittadino italiano di lingua tedesca residente nella Provincia di Bolzano può, se è imputato in tale Provincia, ottenere che il procedimento si svolga in tedesco, tale diritto sarà rifiutato ad un cittadino di lingua tedesca di un altro Stato membro che circoli nella stessa Provincia.

25. – Anche supponendo, come sostiene il governo italiano, che i cittadini di lingua tedesca degli altri Stati membri residenti nella Provincia di Bolzano possano effettivamente avvalersi della normativa controversa e svolgervi le loro difese in tedesco, cosicché non vi sarebbe discriminazione in base alla nazionalità tra i residenti nella regione, va rilevato che i cittadini italiani sono favoriti rispetto ai cittadini di altri Stati membri. Infatti, la maggior parte dei cittadini italiani di lingua tedesca può esigere che il tedesco venga utilizzato per tutta la durata del procedimento nella Provincia di Bolzano, in quanto essi soddisfano il criterio di residenza previsto dalla normativa controversa, mentre la maggior parte dei cittadini di lingua tedesca degli altri Stati membri, non soddisfacendo tale criterio, non può avvalersi della detta normativa.

26. – Ne discende che una normativa, come quella di cui trattasi nella causa *a qua*, che subordina il diritto di ottenere che, nel territorio di un determinato ente locale, un procedimento penale si svolga nella lingua dell'interessato a condizione che quest'ultimo risieda in tale territorio favorisce i cittadini dello Stato in questione rispetto ai cittadini degli altri Stati membri che esercitano il proprio diritto alla libera circolazione e, di conseguenza, è in contrasto con il principio di non discriminazione affermato all'art. 6 del Trattato.

27. – Una siffatta condizione di residenza può essere giustificata solo se basata su considerazioni oggettive, indipendenti dalla cittadinanza delle persone interessate, e adeguatamente commisurate allo scopo legittimamente perseguito dall'ordinamento nazionale (v., in particolare, sentenza 15 gennaio 1998, causa C-15/96, Schöning-Kougebetopoulou, *Racc.*, I-47, punto 21).

28. – Tuttavia, risulta dall'ordinanza *a qua* che non è questo il caso della normativa controversa.

29. – L'argomento del governo italiano, secondo cui tale normativa è diretta a tutelare la minoranza etnico-culturale che risiede nella Provincia interessata non costituisce, nel presente contesto, una valida giustificazione. Certo, la tutela di una minoranza, come quella di cui trattasi, può costituire un obiettivo legittimo. Non risulta tuttavia dagli atti di causa che l'estensione della normativa controversa ai cittadini di lingua tedesca di altri Stati membri che esercitano il loro diritto di libera circolazione lederebbe tale obiettivo.

30. – Va peraltro rilevato che, all'udienza, i signori Bickel e Franz hanno osservato, senza essere contraddetti sul punto, che i giudici interessati sono in grado di svolgere i procedimenti in lingua tedesca senza che ciò dia luogo a complicazioni o costi supplementari.

31. – La seconda parte della questione pregiudiziale va quindi risolta nel senso che l'art. 6 osta ad una normativa nazionale che riconosce ai cittadini di una lingua determinata, diversa dalla lingua principale dello Stato membro interessato, i quali risiedono sul territorio di un determinato ente locale, il diritto di ottenere che il procedimento penale si svolga nella loro lingua, senza garantire il medesimo diritto ai cittadini degli altri Stati membri, della stessa lingua, che circolano e soggiornano nel detto territorio (*omissis*).

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, sez. 6°, 21 gennaio 1999, nelle cause riunite C-215/96 e C-216/96 - *Pres. rel.* Hirsch - *Avv. Gen.* Ruiz. - Jarabo Colomber - Domande di pronuncia pregiudiziale proposte dal Tribunale di Genova nelle cause C. Bagnasco ed altri c. Banca Popolare di Novara e Cassa di risparmio di Genova e Imperia - Interv.: Governo italiano (avv. Stato Fiumara) e Commissione delle C.E. (ag. Mascardi e Wils).

Comunità europee - Concorrenza - Abuso di posizione dominante - Norme bancarie uniformi - Apertura di credito in conto corrente e *fideiussione omnibus*.

(Trattato CE, artt. 85 e 86; legge 10 ottobre 1990 n. 287).

Norme bancarie uniformi che permettono alle banche, nei contratti relativi all'apertura di credito in conto corrente, di modificare in qualsiasi momento il tasso d'interesse in ragione di cambiamenti intervenuti sul mercato monetario, mediante una comunicazione affissa nei loro locali oppure con le modalità che esse ritengano più opportune, non hanno per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato CE. Norme bancarie uniformi relative alla fideiussione omnibus *a garanzia dell'apertura di credito in conto corrente che derogano alla disciplina comune della fidejussione, come quelle in esame nella causa* a qua, *non sono atte, nel loro complesso, a pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato. L'applicazione delle dette norme bancarie uniformi non costituisce sfruttamento abusivo di una posizione dominante nel senso dell'art. 86 del Trattato CE* (1).

---

(1) Nel corso del 1993 l'ABI - Associazione bancaria italiana, associazione di imprese che raggruppa la quasi totalità delle banche operanti sul territorio nazionale per la tutela degli interessi dei propri membri, aveva notificato alla Commissione delle Comunità europee le circolari inviate ai propri membri contenenti le Norme bancarie uniformi (NBU) per ottenerne un vaglio alla luce dell'art. 85 del Trattato di Roma. La stessa documentazione era stata inviata anche alla Banca d'Italia, in qualità di autorità nazionale competente all'applicazione della normativa a tutela della concorrenza e del mercato al settore creditizio ai sensi dell'art. 20 della legge italiana 10 ottobre 1990, n. 287.

La Commissione delle C.E. rispondeva precisando che la maggior parte degli accordi notificatile dall'ABI non apparivano in grado di pregiudicare, totalmente o in modo sensibile, il commercio fra gli Stati membri. In effetti, essa precisava che: «*a*) i servizi bancari in questione si

(omissis)

1. – Con due ordinanze del 15 maggio 1996, pervenute in cancelleria il 21 giugno successivo, il Tribunale di Genova ha sottoposto a questa Corte, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE, quattro questioni relative all'interpretazione degli artt. 85 e 86 dello stesso Trattato rispetto ad alcune norme bancarie uniformi (in prosieguo: le «NBU») che l'Associazione Bancaria Italiana (in prosieguo: l'«ABI») impone ai propri membri in occasione della conclusione di contratti relativi all'apertura di credito in conto corrente e alla *fideiussione omnibus*.

2. – Tali questioni sono sorte nell'ambito di due controversie tra il signor Bagnasco e altri e la Banca Popolare di Novara soc. coop. a r.l. (in prosieguo: la «BPN»), nel procedimento C-215/96, e il signor Bagnasco e altri e la Cassa di Risparmio di Genova e Imperia S.p.a. (in prosieguo: la «Carige»), nel procedimento C-216/96, in merito alla restituzione di crediti concessi da questi istituti bancari.

3. – Gli attori nel procedimento *a quo*, il signor Bagnasco, quale debitore principale, ed i suoi fideiussori, debitori in solido, hanno proposto opposizione contro due decreti ingiuntivi del 1° giugno 1992 — provvisoriamente esecutivi — con i quali il presidente del Tribunale di Genova aveva loro ingiunto, su ricorso della BPN e della Carige, di pagare in favore della BPN, la somma di Lit. 222.440.332 in relazione alle seguenti causali (*omissis*).

12. – In relazione al complesso di tali clausole, il giudice *a quo* ritiene che una decisione della Corte sia pertinente con riferimento alle somme che la BPN e la Carige considerano loro dovute in relazione ai contratti di conto corrente stipulati dal signor Bagnasco e alle garanzie fideiussorie rilasciate al riguardo dagli altri opponenti. Il giudice *a quo* ha quindi deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) se le Norme Bancarie Uniformi dettate dall'ABI alle sue associate, relativamente al contratto per l'apertura di credito in conto corrente, in quanto dettate e applicate in modo uniforme e vincolante da parte delle banche associate nell'ABI, siano compatibili, nella parte in cui sottopongono l'apertura del credito a un regime di determinazione del tasso di interesse non previamente determinato né

---

limitano al territorio nazionale e concernono delle attività economiche che per disposizione contrattuale o per la loro stessa natura non possono esercitarsi che sul territorio italiano oppure hanno una influenza molto ridotta sul commercio fra gli Stati membri; *b*) la partecipazione a questi accordi delle filiali o succursali di istituzioni finanziarie non italiane è limitata». Pertanto essa dichiarava di non voler procedere a ulteriori attività istruttorie relative a tali accordi, ritenendo loro inapplicabile l'art. 85 del Trattato.

I soli accordi che invece la Commssione riteneva di propria competenza riguardavano le «norme sul conto corrente di corrispondenza utilizzabile in valuta», le «norme sul conto corrente di corrispondenza aperto in valuta estera», le «norme che regolano i servizi di incasso o di accettazione degli effetti, documenti o assegni sull'Italia e sull'estero», le «norme uniformi relative ai finanziamenti in valuta», accordi estranei a quelli interessanti la causa.

determinabile dal cliente, con la norma di cui all'art. 85 del Trattato, in quanto idonee a pregiudicare il commercio tra Stati membri, e aventi a oggetto e come effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune;

2) quali effetti l'eventuale riconoscimento dell'incompatibilità *sub* 1) può produrre sulle corrispondenti clausole dei contratti di apertura di credito in conto corrente, stipulati «a valle» dalle banche associate con i singoli clienti, posto che l'insieme delle banche associate nell'ABI possa venire considerato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 86 del Trattato, come detentore di una posizione dominante collettiva sul mercato nazionale del credito, di cui l'applicazione concreta della normativa in esame (relativamente alla determinazione del tasso di interesse debitore) si configuri come sfruttamento abusivo;

3) se le NBU dettate dall'ABI alle sue associate relativamente al contratto di *fideiussione omnibus* a garanzia dell'apertura di credito — in quanto dettate e applicate in modo uniforme e vincolato da parte delle banche associate — siano compatibili, in relazione alle singole clausole di cui alla motivazione della presente ordinanza e nel loro complesso, con la norma di cui all'art. 85 del Trattato, in quanto idonee a pregiudicare il commercio tra Stati membri, e aventi a oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune;

4) quali effetti l'eventuale riconoscimento dell'incompatibilità *sub* 3) può produrre sulle corrispondenti clausole dei contratti di *fideiussione «omnibus»* e sui

---

Sulle stesse NBU, però, in quanto rientranti nell'ambito di applicazione della normativa nazionale a tutela della concorrenza, la Banca d'Italia avviava un'istruttoria, ai sensi dell'art. 14 della suddetta legge n. 287/90. Al termine di essa la Banca d'Italia emanava il provvedimento n. 12 - «Associazione Bancaria Italiana» del 3 dicembre 1994: in esso si precisava che la predisposizione, la divulgazione e la raccomandazione dell'ABI alle banche aderenti di utilizzare i modelli di contratto, noti come «Norme Bancarie Uniformi», nel regolamento dei rapporti con la clientela con criteri di stretta uniformità dovevano ritenersi attività che, quali decisioni di un'associazione di imprese, integravano intese vietate ai sensi dell'art. 2, comma 2, della legge suddetta. Tenuto conto che l'ABI raggruppa la quasi totalità delle banche italiane, l'adozione uniforme degli schemi contrattuali da essa predisposti era suscettibile di incidere in maniera consistente sulle condizioni di mercato.

In particolare la Banca d'Italia rilevava che alcune NBU contenevano clausole lesive della concorrenza, altre contenevano clausole anch'esse lesive della concorrenza ma si riferivano a procedure ormai da tempo desuete e/o rifluite, in tutto o in parte, in altri schemi contrattuali, altre ancora non restringevano affatto la concorrenza. Il contrasto con l'art. 2, comma 2, lett. *a*), della legge n. 287/90 veniva constatato per alcune clausole che determinavano le condizioni economiche sia in termini di prezzo sia in termini di oneri a carico delle parti al verificarsi delle possibili vicende del rapporto contrattuale. In particolare, si riteneva che le clausole che fissano direttamente o indirettamente i prezzi di acquisto o di vendita o altre condizioni contrattuali erano limitative della concorrenza, indipendentemente dal fatto che le restrizioni costituissero lo scopo o fossero l'effetto di tali indicazioni.

Nel frattempo, in corso dell'istruttoria l'ABI aveva modificato alcune delle NBU all'esame della Banca d'Italia, sicché quest'ultima, nel provvedimento di chiusura adottato, si limitava a indicare specificatamente all'ABI le ulteriori condizioni contrattuali che avrebbero dovuto essere eliminate, concludendo con la disposizione all'ABI: — di adottare e comunicare alle associa-

contratti stessi, stipulati «a valle» dalle singole banche, posto che l'insieme delle banche associate nell'ABI possa essere considerato, ai sensi e per l'effetto dell'art. 86 del Trattato, come detentore di una posizione dominante collettiva sul mercato nazionale del credito, di cui l'applicazione concreta della normativa in esame si configuri come sfruttamento abusivo».

13. – Occorre innanzitutto precisare che, successivamente alla stipula dei contratti in discussione di fronte al giudice a *quo*, la disciplina applicabile agli istituti di apertura di credito in conto corrente e di *fideiussione omnibus* è stata modificata. La legge n. 154/92 ha infatti riformato l'istituto della *fideiussione omnibus* introducendo l'obbligo di predeterminare l'importo massimo garantito.

14. – Inoltre, l'ABI ha deciso di notificare, in data 22 febbraio 1993, le proprie NBU alla Commissione perché venissero esaminate alla luce dell'art. 85 del Trattato. Gli stessi documenti sono stati notificati alla Banca d'Italia, in qualità di autorità nazionale competente all'applicazione della normativa a tutela della concorrenza e del mercato nel settore creditizio.

15. – Con lettera 7 luglio 1993 la Commissione ha comunicato alla Banca d'Italia di aver deciso di esaminare solo 3 dei 26 accordi notificatile. Senza prendere posizione sulla questione di un'eventuale restrizione della concorrenza, la Commissione ha comunicato che la maggior parte degli accordi, fra cui quelli

---

te in un termine di 60 giorni le modifiche sopra indicate; — di comunicare alle associate in un termine di 30 giorni che le NBU costituiscono una mera traccia priva di valore vincolante o di raccomdazione e che, quindi, ogni associata ha la facoltà di avvalersene o meno, nonché di apportare tutte le modifiche ritenute opportune.

I predetti obblighi venivano adempiuti dall'ABI a cavallo degli anni 1994-1995 e, pertanto, dalla NBU disciplinanti i contratti tipo predisposti dall'Associazione, venivano eliminate le clausole lesive della concorrenza.

Quanto infine all'ipotesi che le NBU potessero costituire un'ipotesi di abuso di posizione dominante collettiva, la Banca d'Italia riteneva che tale fattispecie non potesse essere valutata in relazione alla predisposizione e divulgazione da parte dell'ABI di contratti tipo bensì con riferimento ai comportamenti fattuali delle banche sul mercato. E nel valutare le conseguenze sulle NBU della caducazione delle condizioni contrattuali lesive della concorrenza, la Banca d'Italia, adeguandosi al principio affermato dalla giurisdizione comunitaria, riteneva che la presenza nell'oggetto dell'intesa di alcune clausole non consentite dalle regole di concorrenza non rendesse necessariamente l'intesa nel suo complesso sottoposta al divieto.

Tale situazione veniva rappresentata dal governo italiano alla Corte, la quale non poteva che constatare che non emergeva alcun elemento di contrasto, passato o presente, con gli artt. 85 e 86 del Trattato (mentre la violazione di regole di concorrenza a livello nazionale era stata adeguatamente rilevata e fatta cessare). Conseguente è stata la risposta ai quesiti posti dal giudice nazionale nel senso che le Norme bancarie uniformi dettate dall'Associazione bancaria italiana alle proprie associate relativamente ai contratti per l'apertura di credito in conto corrente e ai contratti di *fideiussione omnibus* a garanzia dell'apertura di credito non erano né sono incompatibili con gli artt. 85 e 86 del Trattato CE.

O.F.

relativi all'apertura di un credito in conto corrente e alla *fideiussione omnibus*, non sembravano in grado di pregiudicare, totalmente o in modo sensibile, il commercio fra gli Stati membri. In tal senso essa ha precisato che, da un lato, i servizi bancari in questione si limitano al territorio nazionale e concernono delle attività economiche che per disposizione contrattuale o per loro stessa natura non possono esercitarsi che sul territorio italiano oppure hanno una influenza molto ridotta sul commercio fra gli Stati membri e che, dall'altro, la partecipazione a questi accordi delle filiali o succursali di istituzioni finanziarie non italiane è limitata. Pertanto essa ha dichiarato di non voler procedere a ulteriori attività istruttorie relative a tali accordi, ritenendo loro inapplicabile l'art. 85 del Trattato.

16.– I soli accordi che invece la Commissione ha ritenuto di propria competenza riguardano le norme sul conto corrente di corrispondenza utilizzabile in valuta, le norme sul conto corrente di corrispondenza aperto in valuta estera, le norme che regolano i servizi di incasso o di accettazione degli effetti, documenti o assegni sull'Italia e sull'estero.

17. – Il 23 novembre 1993 la Banca d'Italia ha avviato una procedura ai sensi della legge n. 287/90, il cui art. 2, paragrafo 2, riproduce il disposto dell'art. 85, n. 1 del Trattato, per l'esame dei 23 accordi esclusi dall'inchiesta della Commissione. La procedura si è chiusa con il provvedimento n. 12 del 3 dicembre 1994 (*Bollettino dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato* del 19 dicembre 1994, anno IV, n. 48, 75) nel quale la Banca d'Italia ha dichiarato lesive della concorrenza le NBU relative sia alle fidejussioni a garanzia di apertura di credito sia all'apertura di credito utilizzabile in conto corrente. Con tale provvedimento l'ABI è stata invitata a modificare gli accordi e a comunicare tali modifiche ai suoi membri. L'ABI è stata altresì invitata a precisare che le dette NBU costituiscono una mera traccia, priva di valore vincolante o di raccomandazione, e che, quindi, ogni associato ha la facoltà di avvalersene o meno, nonché di apportare tutte le modifiche ritenute opportune.

18. – A seguito di tale decisione l'ABI ha modificato le NBU nel senso richiesto dalla Banca d'Italia. Tali modifiche tuttavia non hanno avuto effetto retroattivo sui contratti già conclusi. (*omissis*)

Sulla prima questione

23. – Con la prima questione il giudice nazionale domanda, in sostanza, se le NBU, permettendo alle banche, nei contratti relativi all'apertura di credito in conto corrente, di modificare in ogni momento il tasso d'interesse a seconda delle variazioni intervenute sul mercato monetario mediante una comunicazione affissa nei loro locali oppure nel modo che esse ritengano più opportuno, abbiano per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza o possano pregiudicare il commercio tra Stati membri nel senso dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

24. – Gli attori nel procedimento *a quo* sostengono che esistono in Italia un cartello per la fissazione dei tassi di interesse praticati dalle banche nei confronti dei loro debitori nonché accordi e/o intese aventi ad oggetto le condizioni generali di contratto, elaborate in sede ABI mediante le NBU, che le banche inseriscono sistematicamente nei contratti standard sottoposti alla clientela. In forza di tali clausole la posizione del debitore principale e del fidejussore (di qualunque nazionalità) che abbiano debiti nei confronti di una banca italiana è deteriore rispetto a quella di qualunque altro debitore e/o fidejussore che negozi con una banca di un altro Stato membro.

25. – Neppure il tasso iniziale è frutto di una libera negoziazione tra le parti in quanto, essendo le banche aderenti all'ABI tenute a rispettare le decisioni del cartello, il cliente non troverà variazioni significative nei tassi praticati tra i vari istituti di credito.

26. – Secondo gli attori del procedimento *a quo* le banche avrebbero inoltre la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni. L'unica tutela per il cliente sarebbe costituita dal recesso. Tale possibilità sarebbe però del tutto teorica, in quanto il cliente ben difficilmente troverà, proprio per l'esistenza del cartello, aziende di credito che applichino tassi di interesse diversi. Il cliente che si trovi a dover ricorrere all'apertura di credito in conto corrente sarebbe quindi in posizione di assoluta soggezione nei confronti delle banche aderenti all'ABI.

27. – La BPN sostiene che l'ipotesi di dipendenza e di vincolo dei suoi contratti da imposizioni dell'ABI, vale a dire la situazione descritta nell'ordinanza di rinvio, è del tutto inesistente ed inconcepibile. Inoltre, l'analisi del mercato rilevante — merceologico e geografico — mostra come l'attività bancaria non lasci spazio ad ampi margini di «politica» bancaria uniforme, idonea ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza.

28. – La Carige osserva che il regime del tasso di interesse non pienamente determinato né determinabile non è incompatibile con l'art. 85 del Trattato, in quanto esso non è frutto di accordi tra imprese atti a pregiudicare in maniera rilevante la concorrenza sul mercato delle prestazioni relative ai trasferimenti di capitali.

29. – Il governo italiano osserva che, con nota 22 febbraio 1993, l'ABI ha notificato alla Commissione le circolari inviate ai propri membri contenenti le NBU, chiedendone l'esame alla luce dell'art. 85 del Trattato. La stessa documentazione è stata inviata anche alla Banca d'Italia, in qualità di autorità nazionale competente per l'applicazione della normativa a tutela della concorrenza e del mercato nel settore creditizio.

30. – Il governo italiano sottolinea che i soli accordi che la Commissione ha ritenuto di propria competenza riguardavano le norme sul conto corrente di corrispondenza utilizzabile in valuta, le norme sul conto corrente di corrispondenza

aperto in valuta estera e le norme che regolano i servizi di incasso o di accettazione degli effetti, documenti o assegni sull'Italia e sull'estero. Tali accordi non interesserebbero la presente causa.

31. – Secondo la Commissione, se non è escluso che le clausole in esame abbiano effetti restrittivi sulla concorrenza, comportando una limitazione della libertà contrattuale delle banche associate dell'ABI, le stesse clausole non sono tuttavia incompatibili con l'art. 85 del Trattato, in assenza di un pregiudizio sensibile del commercio tra Stati membri.

32. – Si deve ricordare che, ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato, sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni d'imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune.

33. – In base alla giurisprudenza costante della Corte, per stabilire se un accordo debba considerarsi vietato in ragione delle alterazioni del gioco della concorrenza che ne conseguono, occorre considerare come la concorrenza si svolgerebbe in mancanza dell'accordo stesso (v. sentenze 28 maggio 1998, causa C-7/95 P, Deere/Commissione, *Racc.*, I-3111, punto 76, e causa C-8/95 P, New Holland Ford/Commissione, *Racc.*, II-3175, punto 90).

34. – Orbene, se l'art. 85, n. 1, del Trattato non limita siffatta valutazione ai soli effetti attuali, ma quest'ultima deve anche tener conto degli effetti potenziali dell'accordo sulla concorrenza nel mercato comune, un accordo non ricade sotto il divieto dell'art. 85 qualora esso pregiudichi il mercato in misura irrilevante (sentenze citate Deere/Commissione, punto 77, e New Holland Ford/Commissione, punto 91).

35. – A questo proposito, occorre constatare che l'apertura di credito in conto corrente costituisce un'operazione bancaria che, per sua natura, è legata alla facoltà della banca di modificare il tasso d'interesse convenuto in funzione di elementi di riferimento quali, in particolare, le condizioni di rifinanziamento del credito da parte delle banche. Se questa facoltà implica per il cliente della banca il rischio di un aumento degli interessi in corso di contratto, essa gli offre ugualmente la possibilità di una diminuzione degli stessi. Poiché, come avviene nel caso di specie, le variazioni del tasso d'interesse dipendono da elementi oggettivi, quali sono i cambiamenti intervenuti sul mercato monetario, un'intesa che esclude la facoltà di stabilire un tasso d'interesse fisso non può avere un'influenza restrittiva sensibile sul gioco della concorrenza.

36. – Per quanto riguarda la clausola per la quale le banche comunicano le modificazioni del tasso d'interesse mediante l'affissione nei loro locali oppure nel mondo che esse considerano più opportuno, basta constatare che tale clausola non vieta alle banche di prevedere forme di comunicazione più idonee con i loro clienti.

37. – Si deve quindi risolvere la prima questione nel senso che le NBU, permettendo alle banche, nei contratti relativi all'apertura di credito in conto corrente, di modificare in qualsiasi momento il tasso d'interesse in ragione di cambiamenti intervenuti sul mercato monetario, mediante una comunicazione affissa nei loro locali oppure nelle modalità che esse ritengano più opportune, non hanno per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

Sulla terza questione

38. – Con la terza questione il giudice nazionale domanda, in sostanza, se le NBU relative alla *fideiussione omnibus* a garanzia dell'apertura di credito in conto corrente, come descritte al punto 11 della presente sentenza, abbiano, nel loro complesso, per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza o possano pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

39. – Gli attori nel procedimento *a quo* rilevano che il fidejussore di una banca operante in Italia è tenuto, secondo la giurisprudenza italiana, a pagare tutte le somme richieste dalla banca con riferimento alle operazioni bancarie da essa realizzate a favore del debitore principale, siano queste tipiche, accessorie od occasionali, in corso o da intraprendere, nonostante le suddette operazioni, a causa del potere discrezionale della banca, possano comportare un aumento imprevedibile, nel corso dell'esecuzione del rapporto bancario, dell'esposizione complessiva del cliente nei confronti della banca.

40. – A sostegno di tale argomento gli attori della causa *a qua* richiamano il punto 7, paragrafo 5, del contratto di fidejussione, secondo il quale l'obbligazione mantiene tutti i suoi effetti anche se l'obbligazione principale è, per qualsiasi motivo, invalida, intendendosi il fidejussore, per l'ipotesi di dichiarata nullità o annullamento dell'obbligazione principale, obbligato come se la stessa fosse stata da esso assunta in proprio.

41. – La Carige osserva, per contro, che le NBU dettate dall'ABI relativamente al contratto di *fideiussione omnibus* a garanzia dell'apertura di credito sono compatibili con l'art. 85 del Trattato dal momento che non sono atte a pregiudicare in misura rilevante la concorrenza sul mercato a causa della natura del servizio.

42. – La Commissione rileva che, allo stato attuale delle sue conoscenze circa i flussi a carattere transfrontaliero di domanda ed offerta dei servizi bancari di apertura di credito in conto corrente e di *fideiussione omnibus*, i servizi in questione non sembrano rivestire un'importanza determinante per l'entrata sul mercato finanziario italiano di banche provenienti da altri Stati membri. Riferendosi all'argomentazione svolta nella sua lettera 7 luglio 1993, la Commissione sostiene

che le NBU disciplinanti i due contratti della controversia *a qua* non soddisfano una delle condizioni necessarie all'applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, ovvero l'essere idonee a pregiudicare in modo sensibile il commercio tra Stati membri.

43. – Si deve ricordare, in via preliminare, che la fideiussione costituisce una forma classica di garanzia mediante la quale può garantire, in particolare, il saldo debitore di un conto corrente. Nel diritto italiano, la fideiussione è oggetto di disciplina specifica nel codice civile, che può essere derogata a determinate condizioni.

44. – Stabilendo «norme relative alla fidejussione a garanzia di operazioni bancarie», in deroga alla disciplina del codice civile, le NBU mirano a garantire il credito delle banche nel modo più efficace possibile.

45. – In compenso, poiché queste norme, secondo la constatazione del giudice nazionale, sono obbligatorie per i membri dell'ABI, esse limitano la libertà contrattuale delle banche impedendo loro di offrire ai propri clienti, che domandano un'apertura di credito, condizioni più favorevoli per il contratto di fidejussione connesso. Tuttavia, quest'ultimo è di natura accessoria rispetto al contratto principale, di cui nella maggior parte dei casi costituisce in pratica un presupposto (v. sentenza 17 marzo 1998, causa C-45/96, Dietzinger, *Racc.*, I-1199, punto 18).

46. – Ciò considerato, piuttosto che esaminare immediatamente se questa limitazione della libertà contrattuale comporti effetti sensibili sulla concorrenza, occorre in primo luogo analizzare quali siano gli effetti eventuali sul commercio tra Stati membri di clausole come quelle contenute nei contratti di *fideiussione omnibus* controversi nella causa *a qua*.

47. – A questo proposito, risulta da una giurisprudenza costante che un accordo tra imprese, per poter pregiudicare il commercio fra Stati membri, deve consentire di prevedere con sufficiente grado di probabilità, in base ad un insieme di elementi oggettivi di fatto o di diritto, che esso sia atto ad incidere direttamente o indirettamente, effettivamente o potenzialmente, sui flussi commerciali fra Stati membri, in modo da poter nuocere alla realizzazione degli obiettivi di un mercato unico fra Stati (v. sentenza 11 luglio 1985, causa 42/84, Remia e a./Commissione, *Racc.*, 2545, punto 22). Dunque, il pregiudizio per gli scambi intracomunitari deriva in generale dalla combinazione di diversi fattori che, considerati isolatamente, non sarebbero necessariamente determinanti (v. sentenza 15 dicembre 1994, causa C-250/92, DLG, *Racc.*, I-5641, punto 54).

48. – Sempre secondo costante giurisprudenza, l'art. 85, n. 1, del Trattato non prescrive che venga dimostrato che gli accordi da esso considerati abbiano pregiudicato in misura rilevante gli scambi intracomunitari, ma richiede che si provi che gli accordi sono atti a produrre questo effetto (v. sentenza 17 luglio 1997, causa C-219/95 P, Ferriere Nord/Commissione, *Racc.*, I-4411, punto 19).

49. – Nel caso di specie, in merito agli effetti della disciplina della *fideiussione omnibus* sugli scambi intracomunitari, si può immaginare che le filiali o succursali di banche di altri Stati membri, che hanno una sede in Italia, si vedano obbligate, per fruire dei vantaggi dell'appartenenza all'ABI, ad applicare le NBU, rinunciando così ad applicare condizioni più favorevoli. Del pari, tenuto conto del fatto che la grande maggioranza delle banche italiane è associata all'ABI, i clienti che desiderino concludere un contratto di apertura di credito in conto corrente potrebbero vedere ridotte le loro possibilità di scelta di una banca, poiché la conclusione di un tale contratto dipende dalla costituzione di una fidejussione secondo le dette NBU, alle quali, per l'essenziale, non può derogarsi.

50. – È ben vero che, in via di principio, stabilire se le condizioni di applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato ricorrano o meno è questione che dipende da analisi economiche complesse, che spetta al giudice nazionale intraprendere applicando, se del caso, i criteri stabiliti dalla giurisprudenza della Corte. Tuttavia, in determinate situazioni, e alla luce delle indicazioni fornite dalla Corte, tale analisi non appare necessaria (v. sentenza DLG, *cit.*, punto 55). È questo il caso nella specie.

51. – A questo proposito occorre tenere conto del fatto che la Commissione, adita dall'ABI circa la questione della compatibilità delle clausole relative alla *fideiussione omnibus* con l'art. 85 del Trattato, ha constatato che il servizio bancario in questione riguarda attività economiche che hanno un'influenza assai ridotta sugli scambi tra Stati membri e che la partecipazione di filiali o succursali di istituti di credito non italiani è limitata (v. punto 15 della presente sentenza). Inoltre, la Commissione ha precisato, in risposta a una questione della Corte, che la possibile utilizzazione dei contratti di apertura di credito e di *fideiussione omnibus* da parte dei clienti privilegiati delle banche estere, ovvero sia le grandi imprese e gli operatori stranieri, non è molto importante e, comunque, non determinante ai fini della scelta da parte delle banche straniere di stabilirsi o meno in Italia, in quanto i contratti di cui si tratta nella causa *a qua* sono raramente utilizzati da questo tipo di clientela. Queste constatazioni della Commissione non sono state contestate nell'ambito del presente procedimento.

52. – Non vi è nessun altro elemento agli atti che consenta, peraltro, di considerare, con un grado di probabilità sufficiente, che la reticenza dei clienti che desiderano concludere un contratto di apertura di credito in conto corrente a scegliere una banca, a causa dell'esistenza delle NBU relative alla *fideiussione omnibus*, possa comportare un effetto sensibile sul commercio intracomunitario.

53. – Occorre quindi risolvere la terza questione nel senso che le NBU relative alla *fideiussione omnibus* a garanzia dell'apertura di credito in conto corrente che derogano alla disciplina comune della fideiussione, come quelle in esame nella causa *a qua*, non sono atte, nel loro complesso, a pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

Sulla seconda e sulla quarta questione

54. – Con la seconda e con la quarta questione il giudice *a quo* domanda, in primo luogo, se l'applicazione delle NBU costituisca, ai sensi dell'art. 86 del Trattato, uno sfruttamento abusivo di una posizione dominante collettiva da parte delle banche associate all'ABI. Egli domanda poi quali effetti potrebbe avere un'eventuale incompatibilità delle dette NBU con gli artt. 85 e 86 del Trattato sulle clausole corrispondenti dei contratti conclusi dalle banche con i loro clienti.

55. – La BPN sostiene che le clausole in questione non esprimono una posizione dominante, giacché l'autolimitazione evidenziata dal limite debitorio e dalle pattuizioni che attribuiscono specifici diritti di recesso, di informativa, ecc., al fidejussore sono in pieno contrasto con l'ipotesi di un'attuazione, attraverso clausole di contenuto uniforme o «di cartello», di una volontà contrattuale limitativa o lesiva della libera concorrenza, proveniente da soggetti estranei al diretto rapporto contrattuale di specie.

56. – La Commissione sottolinea anzitutto, richiamandosi alla giurisprudenza DIP e a. della Corte (sentenza 17 ottobre 1995, cause riunite C-140/94, C-141/94 e C-142/94, *Racc.*, I-3257, punti 26 e 27), che il solo fatto che l'ABI raccolga la quasi totalità delle banche italiane non sembra sufficiente a concludere che essa comporti la detenzione, da parte dei suoi membri nel loro insieme, di una posizione dominante collettiva.

57. – A suo parere, non sembra neppure potersi affermarsi che, nel caso in cui si dovesse ammettere l'esistenza di una posizione dominante collettiva in capo all'insieme delle banche aderenti all'ABI, i comportamenti descritti dal giudice *a quo* costituiscano un abuso di tale posizione.

58. – A questo proposito si deve richiamare che, ai sensi dell'art. 86 del Trattato, e incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo.

59. – Senza che sia necessario esaminare se le banche associate in seno all'ABI occupino una posizione dominante collettiva nel senso dell'art. 86 del Trattato, è sufficiente constatare che, come risulta dall'esame della prima questione, poiché la modifica del tasso di interesse di un credito in conto corrente dipende da elementi obiettivi, quali i cambiamenti interventi sul mercato monetario, tale comportamento non può, in ogni caso, costituire sfruttamento abusivo di una posizione dominante nel senso dell'art. 86 del Trattato.

60. – Riguardo alle NBU relative alla *fideiussione omnibus* a garanzia dell'apertura di credito in conto corrente, risulta dall'esame della terza questione che, nel loro insieme, la loro applicazione non è idonea ad arrecare un pregiudizio sensibile agli scambi intracomunitari.

61. – Ciò considerato, occorre risolvere la seconda e la quarta questione nel senso che l'applicazione delle dette NBU non costituisce sfruttamento abusivo di una posizione dominante nel senso dell'art. 86 del Trattato.

62. – Tenuto conto delle soluzioni apportate alle questioni precedenti, non occorre risolvere la questione relativa agli effetti che un'eventuale incompatibilità delle dette NBU con gli artt. 85 e 86 del Trattato potrebbe avere sulle clausole corrispondenti dei contratti conclusi dalle banche con i loro clienti (*omissis*).

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, sez. 5°, 25 febbraio 1999, nella causa C-131/97 - *Pres.* Moitinho de Almeida - *Rel.* Edward - *Avv. Gen.* Léger - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Pretore di Bologna nella causa Carbonari ed altri c. Università degli Studi di Bologna, Ministeri della Sanità, dell'Università e della Ricerca Scientifica e del Tesoro - Interv.: Governo italiano (avv. Stato Fiumara) e spagnolo (ag. Perez de Ayala Becerril) e Commissione delle C.E. (ag. Traversa e Drijber).

Comunità europee - Diritto di stabilimento - Libera prestazione di servizi - Medici - Specializzazioni mediche - Riconoscimento di diplomi - Obbligo di retribuzione - Effetto diretto.

(Direttive CEE del Consiglio, 16 giugno 1975, n. 75/362 e n. 75/363; direttiva CEE del Consiglio 26 gennaio 1982, n. 82/76; decreto-legislativo 8 agosto 1991, n. 257).

L'art. 2, n. 1, lett. c)*, nonché il punto 1 dell'allegato della direttiva del Consiglio 16 giugno 1975, 75/362/CEE, concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative per le attività di medico, come modificata dalla direttiva del Consiglio 26 gennaio 1982, 82/76/CEE, concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli di medico e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi e la direttiva 75/363 devono essere interpretati nel senso che:*

– l'obbligo di retribuire in maniera adeguata i periodi di formazione dei medici specialisti s'impone unicamente per le specialità mediche comuni a tutti gli Stati membri o a due o più di essi e menzionate agli artt. 5 o 7 della direttiva del Consiglio 16 giugno 1975, 75/362/CEE;

– tale obbligo è incondizionato e sufficientemente preciso nella parte in cui richiede — affinché un medico specialista possa avvalersi del sistema di reciproco riconoscimento istituito dalla direttiva 75/362 — che la sua formazione si svolga a tempo pieno e sia retribuita;

– il detto obbligo non consente tuttavia, di per sé, al giudice nazionale di identificare il debitore tenuto a versare la remunerazione adeguata, né l'importo della stessa.

Il giudice nazionale è tenuto tuttavia, allorché applica disposizioni di diritto nazionale precedenti o successive ad una direttiva, ad interpretarle, quanto più possibile, alla luce della lettera e dello spirito della direttiva stessa (1).

(*omissis*)

1. – Con ordinanza 2 dicembre 1996, pervenuta alla Corte il 1° aprile 1997, il Pretore di Bologna ha sottoposto a questa Corte, a norma dell'art. 177 del Trattato CE, una questione pregiudiziale vertente sull'interpretazione della direttiva del Consiglio 26 gennaio 1982, 82/76/CEE, che modifica la direttiva 75/362/CEE concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli di medico e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi e la direttiva 75/363/CEE concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative per le attività di medico (GU L 43, 21).

2. – La questione è sorta nell'ambito di una controversia tra la signora Carbonari e altri 121 ricorrenti, da una parte, e l'Università degli Studi di Bologna, il Ministero della Sanità, il Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica e il Ministero del Tesoro, dall'altra, in merito al diritto dei medici specializzandi a una «remunerazione adeguata» nel corso del periodo di formazione.

La normativa comunitaria

3. – La direttiva del Consiglio 16 giugno 1975, 75/362/CEE (GU L 167, 1; in prosieguo: la «direttiva 'riconoscimento'»), mira al riconoscimento reciproco dei

---

(1) La questione esaminata dalla Corte di Giustizia è sorta da una causa pendente innanzi al Pretore di Bologna e promossa da alcuni laureati in medicina iscritti dall'anno accademico 1990/91 a scuole di specializzazione della Facoltà di medicina dell'Università di Bologna, i quali chiedevano la corresponsione di un compenso per l'attività compiuta durante la formazione e per tutto il periodo di durata della specializzazione ai sensi delle citate direttive CEE e, in particolare, della n. 82/76, alla quale lo Stato Italiano ha dato attuazione in ritardo con il decreto legislativo 8 agosto 1991 n. 257.

Sulla questione si era già espresso il TAR Lazio, sez. I, con la sentenza 16 aprile 1993, n. 601, in *I TAR,* 1993, I, 1591, confermata in fatto, e perciò non pubblicata sulla Rivista, dal Consiglio di Stato, sez. IV, 23 settembre 1994, n. 735. Il giudice amministrativo aveva ritenuto, infatti, che nella fattispecie in esame sussistessero tutte le condizioni per l'immediata applicabilità della normativa comunitaria, del tutto incondizionata e sufficientemente precisa, nonché per la disapplicazione del decreto legislativo n. 257/91 *cit.*, nella parte in cui riserva l'applicazione dell'ordinamento comunitario ai soli medici ammessi a partire dall'anno accademico 1991/92, lasciando sopravvivere il precedente regime per le specializzazioni esaurite o già in corso.

Nella sentenza che si annota, la Corte, in particolare ai punti 42 e 43, ha precisato che, dal sistema del reciproco riconoscimento dei diplomi, risulta che lo Stato membro in cui la formazione dei medici specialisti è effettuata deve garantire che essa soddisfi tutte le condizioni previste dalle direttive. Ne deriva che se lo Stato membro non assicura tale garanzia, i medici specialisti che hanno seguito tale formazione non rientrano nel novero di coloro che possono giovarsi del reciproco riconoscimento.

diplomi, certificati e altri titoli di medico e comporta misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi. La direttiva del Consiglio 16 giugno 1975, 75/363/CEE (GU L 167, 14; in prosieguo: la «direttiva 'coordinamento'»), mira, da parte sua, al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative attinenti alle attività di medico. Entrambe sono state modificate, in particolare, dalla direttiva 82/76.

4. – Per quanto riguarda il riconoscimento dei diplomi di specialista la direttiva «riconoscimento» distingue tre ipotesi. Allorché la specializzazione di cui si tratta è comune a tutti gli Stati membri e compare nell'elenco di cui all'art. 5, n. 2, della stessa direttiva, il riconoscimento è automatico (art. 4). Qualora la specializzazione sia propria a due o più Stati membri e sia menzionata all'art. 7, n. 2, il riconoscimento è automatico tra di loro (art. 6). Infine, l'art. 8 dispone che, per le specializzazioni che non compaiono nell'elenco di cui all'art. 5 né in quello di cui all'art. 7, lo Stato membro ospitante potrà esigere dai cittadini degli altri Stati membri che soddisfino le condizioni di formazione previste a tal fine dal suo diritto interno, tenendo conto tuttavia dei periodi di formazione compiuti da tali cittadini e sanzionati da un titolo di studio rilasciato dalle competenti autorità dello Stato membro d'origine o di provenienza quando tali periodi corrispondono a quelli richiesti nello Stato membro ospitante per la specializzazione in questione.

5. – La direttiva «coordinamento» prevede, ai fini del riconoscimento reciproco dei diplomi, certificati ed altri titoli di medico specialista, una cena armonizzazione dei presupposti attinenti alla formazione e all'accesso alle varie specializzazioni mediche.

In concreto, perciò, si dovrebbe ritenere che la retribuzione spetti quando dopo la scadenza del termine per l'attuazione della direttiva n. 82/76, lo specializzando, anche se iscritto prima dell'anno accademico 1991/1992 in base al decreto legislativo n. 257/91 *cit.*, abbia di fatto sostanzialmente osservato le condizioni della direttiva (tempo pieno, assenza di altra attività professionale...), purché sia stato iscritto a corsi di specializzazione comuni a tutti gli Stati membri o a due o più di essi e menzionati agli artt. 5 e 7 della direttiva n. 75/362 e sempre che non si sia maturata la prescrizione.

Sull'ammontare della remunerazione la Corte ha, da un lato, rimesso la questione al giudice nazionale; dall'altro ha indicato al giudice nazionale stesso di attenersi il più possibile ad un'interpretazione della normativa nazionale alla luce della lettera e dello spirito della direttiva. Il giudice nazionale potrebbe, quindi, accogliendo il suggerimento della Corte, applicare estensivamente e logicamente i criteri del decreto legislativo n. 257/91, adottando opportunamente un criterio unico ed omogeneo per tutti.

Infine, va ricordato che la Corte, richiamando alcuni suoi precedenti specifici, si è occupata anche del profilo riguardante l'eventuale responsabilità dello Stato Italiano per i danni derivanti dalla violazione degli obblighi imposti dalla direttiva n. 82/76 per tardiva attuazione. Un'applicazione retroattiva e completa delle misure di attuazione della direttiva stessa è stata ritenuta, quindi, idonea a rimediare alle conseguenze pregiudizievoli scaturenti dal ritardo nell'attuazione stessa, salvo che i beneficiari della remunerazione in questione non dimostrino l'esistenza di danni ulteriori e diversi eventualmente subiti per non aver fruito a suo tempo dei vantaggi garantiti dalla direttiva.

G.P.

6. – Come risulta dal secondo «considerando» di tale direttiva, al fine di coordinare le condizioni di formazione del medico specialista, occorre prevedere «taluni criteri minimi concernenti l'accesso alla formazione specializzata, la sua durata minima, il modo e il luogo in cui quest'ultima dev'essere effettuata, nonché il controllo di cui deve formare oggetto» e, ai sensi della sua ultima frase, «tali criteri riguardano soltanto le specializzazioni comuni a tutti gli Stati membri nonché quelle comuni a due o più Stati membri».

7. – L'art. 2, n. 1, della direttiva «coordinamento», come modificato dall'art. 9 della direttiva 82/76, dispone in particolare che la formazione che permette il conseguimento di un diploma, certificato o altro titolo di medico specialista deve soddisfare le condizioni ivi menzionate. Vi si richiede in particolare, alla lett. *c*), che la formazione si svolga «a tempo pieno e sotto il controllo delle autorità o degli enti competenti, conformemente al punto 1 dell'allegato».

8. – L'allegato alla direttiva «coordinamento», aggiunto dall'art. 13 della direttiva 82/76 e intitolato «Caratteristiche della formazione a tempo pieno e della formazione a tempo ridotto dei medici specialisti», dispone quanto segue:

«1. *Formazione a tempo pieno dei medici specialisti.*

Essa si effettua in posti di formazione specifici riconosciuti dalle autorità competenti.

Essa implica la partecipazione alla totalità delle attività mediche del servizio nel quale si effettua la formazione, comprese le guardie, in modo che lo specialista in via di formazione dedichi a tale formazione pratica e teorica tutta la sua attività professionale per l'intera durata della normale settimana lavorativa e per tutta la durata dell'anno, secondo le modalità fissate dalle autorità competenti. Tale formazione forma pertanto oggetto di un'adeguata rimunerazione.

La formazione può essere interrotta per motivi quali servizio militare, missioni scientifiche, gravidanza, malattia. La durata totale della formazione non può essere ridotta a causa delle interruzioni.

(...)».

9. – Gli artt. 4 e 5 della direttiva «coordinamento» stabiliscono la durata minima delle formazioni specialistiche che permettono il conseguimento dei diplomi, certificati o altri titoli previsti dagli artt. 5 e 7 della direttiva «riconoscimento» e che sono comuni a tutti gli Stati membri o a due o più di essi.

10. – L'art. 16 della direttiva 82/76 dispone che gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva entro e non oltre il 31 dicembre 1982, informandone immediatamente la Commissione.

11. – Successivamente ai fatti che hanno dato origine alla causa *a qua*, le direttive «riconoscimento», «coordinamento» e 82/76 sono state abrogate e sostituite dalla direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/16/CEE, intesa ad agevolare

la libera circolazione dei medici e il reciproco riconoscimento dei loro diplomi, certificati ed altri titoli (GU L 165, 1).

La normativa nazionale

12. – Le direttive «riconoscimento» e «coordinamento» sono state trasposte in diritto italiano con legge 22 maggio 1978, n. 217 (GURI n. 146 del 29 maggio 1978).

13. – Con sentenza 7 luglio 1987, causa 49/86, Commissione/Italia (*Racc.*, 2995), la Corte ha dichiarato che la Repubblica italiana, non avendo adottato nel termine prescritto le disposizioni necessarie per conformarsi alla direttiva 82/76, era venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del Trattato CEE.

14. – A seguito di tale sentenza, la direttiva 82/76 è stata trasposta con decreto legislativo 8 agosto 1991, n. 257 (GURI n. 191 del 16 agosto 1991; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 257»), entrato in vigore 15 giorni dopo la data della sua pubblicazione.

15. – L'art. 4 del decreto legislativo n. 257 determina i diritti e i doveri dei medici specializzandi, e il suo art. 6 istituisce una borsa di studio in loro favore.

16. – Ai sensi dell'art. 6, n. 1, dello stesso decreto legislativo:

«Agli ammessi alle scuole di specializzazione (...) in relazione all'attuazione dell'impegno a tempo pieno per la loro formazione, è corrisposta, per tutta la durata del corso, ad esclusione dei periodi di sospensione della formazione specialistica, una borsa di studio determinata per l'anno 1991 in 21.500.000 LIT. Tale importo viene annualmente, a partire dal 1° gennaio 1992, incrementato dal tasso programmato di inflazione ed è rideterminato ogni triennio, con decreto del Ministro della Sanità (...) in funzione del miglioramento stipendiale tabellare minimo previsto dalla contrattazione relativa al personale medico dipendente dal Servizio sanitario nazionale».

17. – Infine, l'art. 8, n. 2, dello stesso decreto precisa che le sue disposizioni si applicano a decorrere dall'anno accademico 1991/1992.

18. – Risulta dall'ordinanza di rinvio che tale disposizione è stata interpretata nel senso che la borsa di studio istituita dal decreto legislativo n. 257 non riguarda, anche dopo l'anno accademico 1991/1992, i medici specializzandi ammessi precedentemente.

La causa a qua

19. – I ricorrenti nella causa *a qua* hanno tutti dichiarato di essere laureati in medicina. Nell'anno accademico 1990/1991 erano iscritti a varie scuole di

specializzazione delle facoltà di medicina dell'Università di Bologna, tra cui cardiologia, ostetricia, neurologia, psichiatria, pediatria, urologia, oftalmologia, medicina del lavoro e altre ancora.

20. – Non avendo essi percepito alcuna remunerazione nell'ambito del citato anno accademico, i ricorrenti nella causa *a qua* hanno sostenuto in particolare, nel ricorso depositato il 30 luglio 1992 alla Pretura circondariale di Bologna, che, in base all'art. 2, n. 1, lett. *c*), nonché al punto 1 dell'allegato della direttiva «coordinamento», come modificata dalla direttiva 82/76, essi avevano diritto ad una «remunerazione adeguata» nel loro periodo di formazione specialistica.

21. – Quanto ai convenuti nella causa *a qua*, essi hanno sostenuto in particolare che alle direttive di cui trattasi non si poteva riconoscere alcun effetto diretto, in quanto le loro disposizioni non genererebbero obblighi chiari, precisi e incondizionati a carico dello Stato in materia di remunerazione dei medici specializzandi.

22. – Ritenendo che la soluzione della controversia dipendesse dall'interpretazione della normativa comunitaria, in particolare della direttiva 82/76, il Pretore di Bologna ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«se la disposizione della direttiva 82/76/CEE, nella parte in cui prevede che la formazione dei medici specialisti 'forma oggetto di una adeguata remunerazione', debba essere interpretata, in mancanza dell'emanazione di norme specifiche della Repubblica italiana nei termini previsti, nel senso dell'efficacia diretta a favore dei medici specializzandi nei confronti delle amministrazioni della Repubblica italiana, e se attribuisca ai medici specializzandi in formazione il diritto ad un compenso adeguato correlato alla complessiva attività di formazione svolta nei servizi incaricati dallo Stato, con il relativo obbligo per tali amministrazioni, ivi compresa l'Università degli studi di Bologna, di corrispondere tale compenso».

23. – Con tale questione il giudice *a quo* domanda in sostanza se, stante la mancata trasposizione entro i termini, l'art. 2, n. 1, lett. *c*), nonché il punto 1 dell'allegato della direttiva «coordinamento», nella versione risultante dalla direttiva 82/76 — che sanciscono l'obbligo di remunerare adeguatamente i periodi di formazione relativi alle specializzazioni mediche —, siano, dal punto di vista del loro contenuto, incondizionati e sufficientemente precisi perché i medici specializzandi possano far valere tale obbligo dinanzi ai giudici nazionali nei confronti delle amministrazioni di uno Stato membro.

24. – Occorre in primo luogo individuare l'ambito di applicazione dell'art. 2, n. 1, lett. *c*), nonché del punto 1 dell'allegato della direttiva «coordinamento», come modificata dalla direttiva 82/76, al fine di determinare le specialità mediche per le

quali i medici specializzandi possono avvalersi del diritto a una remunerazione adeguata nel periodo di formazione.

25. – I ricorrenti nella causa principale sostengono che, benché talune delle specializzazioni di cui trattasi non siano menzionate nella direttiva «riconoscimento» come comuni a tutti gli Stati membri o a due o più di essi, discende dal principio della parità di trattamento — da applicarsi a situazioni identiche o analoghe — nonché dal principio del riconoscimento delle specializzazioni che tale circostanza non può far venir meno l'obbligo di versare una remunerazione adeguata avente la stessa natura di quella prevista dalla normativa comunitaria.

26. – Il governo spagnolo e la Commissione ritengono, per contro, facendo riferimento alla sentenza 6 dicembre 1994, causa C-277/93, Commissione/Spagna (*Racc.*, I-5515), che il diritto ad una remunerazione nel corso del periodo di formazione riguardi esclusivamente le specializzazioni previste dagli artt. 5 e 7 della direttiva «riconoscimento».

27. – È sufficiente ricordare in proposito che la Corte ha già dichiarato, nella citata sentenza Commissione/Spagna, punto 20, che l'obbligo di retribuire i periodi di formazione relativi alle specializzazioni mediche, prescritto dall'art. 2, n. 1, lett. *c*), della direttiva «coordinamento», s'impone soltanto per le specializzazioni mediche comuni a tutti gli Stati membri o a due o più di essi e menzionate dagli artt. 5 o 7 della direttiva «riconoscimento».

28. – Poiché le dette disposizioni elencano, per le formazioni specialistiche di cui trattasi, tanto le denominazioni vigenti negli Stati membri quanto le autorità o gli enti competenti, spetta al giudice *a quo* determinare, tra i ricorrenti nella causa principale, quelli che appartengono alla categoria dei medici iscritti ad una di tali formazioni specialistiche, che possono avvalersi — in forza della direttiva «coordinamento», come modificata dalla direttiva 82/76 — del diritto ad una remunerazione adeguata nel loro periodo di formazione.

29. – In secondo luogo, il governo italiano sostiene che soltanto il rispetto di talune modalità, che devono essere determinate dal legislatore nazionale, può consentire ai medici specializzandi di compiere la formazione a tempo pieno in conformità alle indicazioni della direttiva «coordinamento» e, quindi, di percepire la remunerazione adeguata.

30. – Il governo spagnolo sostiene, più precisamente, che il diritto alla remunerazione non è una caratteristica della formazione prevista dalla direttiva «coordinamento» al fine di coordinare i diversi sistemi. Tale diritto costituirebbe soltanto una conseguenza delle caratteristiche di tale formazione. Ne consegue che esso sarebbe subordinato, da una parte, ad un'azione espressa delle autorità nazionali che istituisca un sistema di formazione conforme alla direttiva «coordinamento», e, d'altra parte, al presupposto che i medici specialisti completino una formazione a tempo pieno ai sensi dell'allegato di tale direttiva.

31. – Occorre preliminarmente ricordare che il rappresentante del governo italiano ha affermato, in udienza, che a decorrere dall'anno accademico 1991/92 la formazione dei medici specialisti in Italia si svolge in conformità alle prescrizioni delle direttive «riconoscimento», «coordinamento» e 82/76.

32. – Per quanto riguarda gli anni accademici precedenti il 1991/1992, il rappresentante del governo italiano ha ricordato che i medici specializzandi non erano tenuti, all'epoca, a rispettare la regola del tempo pieno.

33. – Giova sottolineare in proposito che il punto 1 dell'allegato della direttiva «coordinamento», come modificata dalla direttiva 82/76, è esplicito ed incondizionato nel senso che esige la partecipazione alla totalità delle attività mediche del dipartimento in cui la formazione si svolge, ivi comprese le guardie, cosicché il medico specializzando dedica a tale formazione pratica e teorica tutta la sua attività professionale per tutta la durata della settimana lavorativa e per tutto l'anno.

34. – Benché lo stesso punto preveda che le relative modalità devono essere fissate dalle autorità competenti, i requisiti della formazione a tempo pieno ivi elencati sono sufficientemente precisi da consentire al giudice *a quo* di individuare quali fra i ricorrenti nella causa principale appartenenti alla categoria dei medici specializzandi abbiano, nel periodo precedente l'anno accademico 1991/1992, soddisfatto le condizioni di formazione dei medici specialisti a tempo pieno ai sensi delle direttive «coordinamento» e 82/76.

35. – In terzo luogo, i ricorrenti nella causa principale sostengono che, per quanto riguarda il contenuto dell'obbligo di remunerare i periodi di formazione relativi alle specializzazioni mediche, il giudice nazionale può prendere in considerazione la normativa nazionale precedente o successiva alla direttiva 82/76 per conformarsi allo spirito e alla lettera di quest'ultimo. A loro parere, alla luce del tenore del decreto legislativo n. 257, il contenuto del diritto a una remunerazione adeguata dei medici specializzandi nonché l'autorità obbligata, in forza del rapporto di lavoro, ad effettuare il versamento di tale remunerazione sono perfettamente identificati.

36. – A parere dei governi italiano e spagnolo, le disposizioni di cui trattasi non sono sufficientemente precise e incondizionate. Esse non sono pertanto atte a conferire direttamente ai medici specializzandi — in mancanza di provvedimenti di trasposizione — il diritto di ottenere una remunerazione adeguata.

37. – La Commissione, dal canto suo, sostiene che, benché le disposizioni di cui trattasi sanciscano un obbligo chiaro e preciso, il cui contenuto è il versamento di una somma di denaro a titolo di retribuzione del lavoro subordinato svolto nei centri universitari o ospedalieri a tal fine autorizzati dalle competenti autorità nazionali, il legislatore comunitario ha implicitamente delegato agli enti competenti degli Stati membri o ai contratti collettivi nazionali la fissazione dei livelli di remunerazione

«adeguati» alla quantità e qualità delle attività dei medici specializzandi, cosicché tale elemento non risponde al requisito del carattere incondizionato.

38. – A tal fine, è pacifico che la direttiva «riconoscimento» è volta, in particolare, al reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli di medico specialista e che, per consentire agli Stati membri di procedere al detto reciproco riconoscimento in modo da collocare tutti i professionisti cittadini degli Stati membri su un piano di parità all'interno della Comunità, la direttiva «coordinamento» prevede una certa armonizzazione dei presupposti relativi alla formazione e all'accesso alle diverse specializzazioni mediche.

39. – Tra le norme minime relative alla formazione dei medici specialisti rientrano in particolare quelle attinenti alla durata minima della formazione specializzata, alle modalità di insegnamento e al luogo in cui esso deve svolgersi, al controllo di cui dev'essere oggetto nonché alla necessità che sia versata una remunerazione adeguata.

40. – Quanto all'osservanza delle norme minime di formazione, occorre rilevare che il legislatore comunitario, insistendo sulla durata minima della formazione specialistica nonché sul fatto che essa deve svolgersi a tempo pieno, ha ritenuto che il livello della formazione dei medici specialisti non dovesse essere compromesso dal parallelo esercizio, a titolo privato, di un'attività professionale retribuita. È per tale ragione che la direttiva 82/76 prevede l'obbligo di retribuire i periodi di formazione relativi alle specializzazioni mediche.

41. – Quest'ultimo obbligo è pertanto interamente connesso all'osservanza dei presupposti per la formazione dei medici specialisti, presupposti che consentono agli Stati membri di procedere al reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati e altri titoli di medico specialista in conformità alla direttiva «riconoscimento».

42. – Risulta pertanto dal sistema del reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati e altri titoli di medico specialista che lo Stato membro in cui la formazione dei medici specialisti è effettuata deve garantire che essa soddisfi tutte le condizioni previste dalle direttive «coordinamento» e 82/76 e che i medici specializzandi percepiscano una remunerazione.

43. – In assenza di una siffatta garanzia, infatti, le autorità degli altri Stati membri non possono fare affidamento sull'equivalenza della normativa dello Stato membro interessato in materia di formazione dei medici specialisti, il che contrasta con l'obiettivo delle direttive «riconoscimento», «coordinamento» e 82/76. D'altronde, qualora uno Stato membro non subordini il conseguimento dei diplomi, certificati e altri titoli di medico specialista ai presupposti di formazione previsti dalle direttive «coordinamento» e 82/76, i medici specialisti che hanno seguito tale formazione non rientrano nella categoria di coloro che possano giovarsi del sistema del reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati e altri titoli istituito dalle direttive «riconoscimento», «coordinamento» e 82/76.

44. – In tale contesto l'art. 2, n. 1, lett. *c*), nonché il punto 1 dell'allegato della direttiva «coordinamento», come modificata dalla direttiva 82/76, impongono agli Stati membri, per quanto riguarda i medici legittimati a fruire del sistema del reciproco riconoscimento, di retribuire i periodi di formazione relativi alle specializzazioni mediche, ove esse rientrino nell'ambito d'applicazione della direttiva. Il detto obbligo è, in quanto tale, incondizionato e sufficientemente preciso.

45. – È pacifico, tuttavia, che le direttive «coordinamento» e 82/76 non contengono alcuna definizione comunitaria della remunerazione da considerarsi adeguata, né dei metodi di fissazione di tale remunerazione. Definizioni del genere rientrano, in via di principio, nella competenza degli Stati membri che devono, in tale settore, adottare specifici provvedimenti di attuazione.

46. – Da ultimo, per quanto riguarda l'identificazione dell'istituzione cui compete il versamento della remunerazione adeguata, è giocoforza rilevare, come fa la Commissione, che né la direttiva «coordinamento» né la direttiva 82/76 identificano il debitore tenuto a retribuire i periodi di formazione relativi alle specializzazioni mediche e che, di conseguenza, gli Stati membri dispongono di un'ampia discrezionalità in merito.

47. – Ciò considerato, l'art. 2, n. 1, lett. *c*), nonché il punto 1 dell'allegato della direttiva «coordinamento», come modificata dalla direttiva 82/76, non sono in proposito incondizionati. Essi non consentono infatti al giudice nazionale di identificare il debitore tenuto al versamento della remunerazione adeguata, né l'importo di quest'ultima.

48. – Giova ricordare tuttavia che, conformemente ad una giurisprudenza costante fin dalla sentenza 10 aprile 1984, causa 14/83, Von Colson e Kamann (*Racc.*, 1891, punto 26), l'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato come pure il dovere loro imposto dall'art. 5 del Trattato di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo valgono per tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali. Come risulta dalla costante giurisprudenza della Corte, nell'applicare il diritto nazionale, e in particolare le disposizioni di una legge che — come nella causa *a qua* — sono state introdotte specificamente al fine di garantire la trasposizione di una direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 189, terzo comma, del Trattato CE (v. sentenze 13 novembre 1990, causa C-106/89, Marleasing, *Racc.*, I-4135, punto 8, e 16 dicembre 1993, causa C-334/92, Wagner Miret, *Racc.*, I-6911, punto 20).

49. – In queste condizioni, spetta al giudice *a quo* valutare in quale misura l'insieme delle disposizioni nazionali — più in particolare, per il periodo successivo alla loro entrata in vigore, le disposizioni di una legge promulgata al fine di trasporre

la direttiva 82/76 — possa essere interpretato, fin dall'entrata in vigore di tali norme, alla luce della lettera e dello scopo della direttiva, al fine di conseguire il risultato da essa voluto.

50. – Nella fattispecie, spetta quindi al giudice di rinvio, sulla scorta delle considerazioni che precedono, accertare se l'importo della remunerazione adeguata e l'istituzione tenuta al pagamento possano essere determinati sulla base dell'insieme delle disposizioni di diritto nazionale.

51. – Il governo italiano e la Commissione hanno inoltre esaminato l'eventuale responsabilità dello Stato italiano per i danni derivanti dalla violazione degli obblighi impostigli dalla direttiva 82/76.

52. – In assenza di una questione pregiudiziale sul punto, è sufficiente ricordare come la Corte abbia ripetutamente dichiarato che, nel caso in cui il risultato prescritto da una direttiva non possa essere conseguito mediante interpretazione, il diritto comunitario impone agli Stati membri di risarcire i danni causati ai singoli dalla mancata attuazione di una direttiva purché siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire che la norma violata abbia lo scopo di attribuire diritti a favore dei singoli il cui contenuto possa essere identificato, che la violazione sia sufficientemente grave e che esista un nesso di causalità diretta tra la violazione dell'obbligo imposto allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi (v., in particolare, sentenze 14 luglio 1994, causa C-91/92, Faccini Dori, *Racc.*, I-3325, punto 27, e 8 ottobre 1996, cause riunite C-178/97, C-179/94 e da C-188/94 a C-190/94, Dillenkofer e a., *Racc.*, I-4845, punti 21 e 23).

53. – In proposito la Corte, nella sentenza 10 luglio 1997, cause riunite C-94/95 e C-95/95, Bonifaci e a. (*Racc.*, I-3969), ha dichiarato che l'applicazione retroattiva e completa delle misure di attuazione di una direttiva permette di rimediare alle conseguenze pregiudizievoli della tardiva attuazione di tale direttiva, a condizione che la direttiva stessa sia stata regolarmente recepita. Tuttavia, spetta al giudice nazionale far sì che il risarcimento del danno subito sia adeguato. Un'applicazione retroattiva, regolare e completa delle misure di attuazione della direttiva sarà a tal fine sufficiente, a meno che i beneficiari non dimostrino l'esistenza di danni ulteriori da essi eventualmente subiti per non aver potuto fruire a suo tempo dei vantaggi pecuniari garantiti dalla direttiva e che dovrebbero quindi essere anch'essi risarciti.

54. – Alla luce di quanto sopra, la questione sollevata va risolta nei seguenti termini: l'art. 2, n. 1, lett. *c*), nonché il punto 1 dell'allegato della direttiva «coordinamento», come modificata dalla direttiva 82/76, devono essere interpretati nel senso che:

– l'obbligo di retribuire in maniera adeguata i periodi di formazione dei medici specialisti s'impone unicamente per le specialità mediche comuni a tutti gli Stati membri o a due o più di essi e menzionate agli artt. 5 o 7 della direttiva «riconoscimento»;

– tale obbligo è incondizionato e sufficientemente preciso nella parte in cui richiede — affinché un medico specialista possa avvalersi del sistema di reciproco riconoscimento istituito dalla direttiva «riconoscimento» — che la sua formazione si svolga a tempo pieno e sia retribuita.

– il detto obbligo non consente tuttavia, di per sé, al giudice nazionale di identificare il debitore tenuto a versare la remunerazione adeguata, né l'importo della stessa.

Il giudice nazionale è tenuto tuttavia, allorché applica disposizioni di diritto nazionale precedenti o successive ad una direttiva, ad interpretarle, quanto più possibile, alla luce della lettera e dello spirito della direttiva stessa.

Sulle spese

55. – Le spese sostenute dai governi italiano e spagnolo, nonché dalla Commissione, che hanno presentato osservazioni alla Corte, non possono dar luogo a rifusione. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese (*omissis*).

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Plenum*, 16 marzo 1999, nella causa C-159/97 – *Pres.* Rodriguez Iglesias - *Rel.* Jann - *Avv. Gen.* Lèger - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte di cassazione italiana nella causa Trasporti Spedizioni Internazionali Castelletti S.p.A. c. Hugo Trumpy S.p.A. Interv.: Governi italiano (avv. Stato Fiumara e G. Aiello) e del Regno unito (ag. Lindsey Nicoll e Collins) e Commissione delle C.E. (ag. Buhiges e de March).

Comunità europee - Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale - Clausola attributiva di competenza - Forma ammessa dagli usi del commercio internazionale.

(Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968, e succ. mod. rat. in Italia con legge 21 giugno 1971, n. 804, art. 17).

L'art. 17, primo comma, seconda frase, terza ipotesi, della Convenzione 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, come modificata dalla convenzione 9 ottobre 1978 relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, deve essere interpretato nel modo seguente: 1) Il consenso dei contraenti alla clausola attributiva di competenza si presume esistente se un siffatto comportamento corrisponde a un uso vigente nel settore del commercio internazionale in cui operano le parti di cui trattasi e se queste ultime conoscevano quest'uso o avrebbero dovuto conoscerlo. 2) L'esistenza di un

uso, che deve essere accertata nel settore commerciale in cui i contraenti esercitano la loro attività, è dimostrata quando un determinato comportamento è generalmente e regolarmente osservato dagli operatori attivi in tale settore in sede di stipula di contratti di un determinato tipo. Non è necessario che sia dimostrata l'esistenza di siffatto comportamento in determinati paesi, né, in particolare, in tutti gli Stati contraenti. Non si può sistematicamente esigere una determinata forma di pubblicità. Il fatto che un comportamento che presenti gli elementi costitutivi di un uso sia contestato in sede giudiziale non è sufficiente a fargli perdere detta qualità. 3) I requisiti concreti che implica la nozione di «forma ammessa» devono essere esclusivamente valutati con riferimento agli usi commerciali del settore considerato del commercio internazionale, senza tenere conto dei requisiti particolari che possano essere previsti dalle disposizioni nazionali. 4) La conoscenza dell'uso deve essere valutata in capo alle parti originarie della Convenzione attributiva di competenza, senza che ai fini di questo esame abbia rilevanza la loro nazionalità. Tale conoscenza è dimostrata, indipendentemente da qualsiasi forma specifica di pubblicità, allorché, nel settore commerciale nel quale operano le parti, un determinato comportamento è generalmente e regolarmente osservato in sede di stipula di un certo tipo di contratti, così da poter essere considerato una prassi consolidata. 5) L'elezione del foro in una clausola attributiva di competenza può essere valutata solo in base a considerazioni che siano collegate ai requisiti previsti dall'art. 17 della Convenzione 27 settembre 1968. Considerazioni relative ai collegamenti tra il foro prescelto e il rapporto controverso, alla fondatezza della clausola e alle norme sostanziali in vigore dinanzi al foro prescelto sono estranee a tali requisiti (1).

---

(1) La clausola attributiva della competenza nelle polizze di carico.

La Corte di giustizia CE, con una decisione che si segnala per pragmatismo e precisione, torna a pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 17 della convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, soffermandosi in particolare modo sulla parte della richiamata disposizione modificata dalla convenzione del 1978 (1) e successivamente da quella di San Sebastian del 1989 (2).

L'art. 17 nel suo attuale tenore riconosce infatti anche la validità delle clausole attributive della competenza ove stipulate nel commercio internazionale «in una forma ammessa da un uso che le parti conoscevano od avrebbero dovuto conoscere e che in tale campo, è ampiamente conosciuto e regolarmente rispettato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel ramo commerciale considerato». Con la modifica introdotta nel 1978 si è dunque ammessa la possibilità di inserire nel contratto una clausola d'attribuzione della competenza indipendentemente da un'effettiva adesione volontaria della parte che non ha predisposto tale clausola.

Nel vaglio dei ben quattordici quesiti posti dal giudice remittente (3), la Corte di giustizia ha proceduto al loro esame attenendosi strettamente ai limiti del proprio sindacato al cui ambito

(1) Convenzione del 9 ottobre 1978 relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna ed Irlanda del Nord.

(2) Convenzione del 26 maggio 1989 relativa all'adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese.

(3) Chiamato a pronunciarsi sull'opponibilità al terzo destinatario della merce di una clausola della polizza di carico stipulata tra il caricatore ed il vettore che prevedeva la competenza del giudice inglese a conoscere delle controversie relative all'esecuzione del contratto di trasporto.

(*omissis*).

1. – Con ordinanza in data 24 ottobre 1996, pervenuta alla Corte il 25 aprile 1997, la Corte suprema di cassazione ha proposto, a norma del Protocollo 3 giugno 1971 relativo all'interpretazione da parte della Corte di giustizia della Convenzione 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, quattordici questioni relative all'interpretazione dell'art. 17 della Convenzione 27 settembre 1968, *cit.* (GU 1972, L 299, 32), come modificata dalla convenzione 9 ottobre 1978 relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord (GU L 304, 1, e — testo modificato — 77; in prosieguo: la «Convenzione»).

2. – Tali questioni sono state poste nell'ambito di una controversia, relativa al risarcimento di un danno asseritamente provocato in occasione delle operazioni di scarico di merci trasportate sotto diverse polizze dall'Argentina in Italia, che vede opposte la Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA (in prosieguo: la «Castelletti»), con sede in Milano, alla quale sono state consegnate le merci, e la Hugo Trumpy SpA (in prosieguo: la «Trumpy»), con sede in Genova, nella qualità di agente raccomandatario della nave e del vettore Lauritzen Reefers A/S (in prosieguo: la «Lauritzen»), avente sede in Copenaghen.

---

risulta estranea qualunque valutazione delle norme del diritto interno rilevanti nella materia trattata e delle circostanze di fatto da cui muoveva la controversia instaurata avanti al Giudice italiano.

Vale tuttavia la pena di soffermarsi su taluni aspetti che, pur non essendo espressamente richiamati nella decisione che si commenta, possono essere utili ad una sua migliore comprensione anche in relazione ai principi civilistici invocati dalla Corte di cassazione remittente con riferimento alla questione esaminata.

Il giudice di legittimità aveva infatti qualificato come «normativo» l'uso da cui discende la clausola derogatoria della competenza in quanto lo stesso sarebbe efficace a prescindere dalla volontà delle parti.

Questo presupposto argomentativo non sembra tuttavia condivisibile anche tenendo conto dell'attenuazione delle prescrizioni in materia di forma nel commercio internazionale derivanti dalla nuova versione dell'art. 17 della convenzione di Bruxelles.

La validità della proroga della competenza (4) non può infatti mai prescindere dall'accertamento dell'accordo di volontà. Non avrebbe senso altrimenti l'indagine, pur prescritta dalla norma in commento, circa la conoscenza o la conoscibilità dell'uso come presupposto per l'efficacia tra le parti della forma della clausola derogatoria della competenza utilizzata in concreto.

In sede di redazione della convenzione originaria del 1968 il Comitato redigente si era del resto preoccupato di non porre ostacoli agli usi commerciali, pur neutralizzando gli effetti delle clausole che rischiano di passare inosservate, senza però cadere in un formalismo eccessivo e non confacente alla prassi commerciale (5).

(4) Come chiarisce sul punto il Prof. Shlosser nell'omonima relazione sulle modifiche alla convenzione di Bruxelles introdotte nel 1978.

(5) Così la relazione Jenard sulla convenzione in G.U.C.E. n. C-59 del 5 marzo 1979, 37.

La Convenzione

3. – L'art. 17, primo comma, prima e seconda frase, della Convenzione dispone:

«qualora le parti, di cui almeno una domiciliata nel territorio di uno Stato contraente, abbiano convenuto la competenza di un giudice o dei giudici di uno Stato contraente a conoscere delle controversie, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico, la competenza esclusiva spetta al giudice o ai giudici di quest'ultimo Stato contraente. Questa clausola attributiva di competenza deve essere conclusa sia per iscritto, sia verbalmente con conferma scritta, sia, nel commercio internazionale, in una forma ammessa dagli usi in questo campo e che le parti conoscevano od avrebbero dovuto conoscere».

4. – Si deve rilevare che tale redazione è stata modificata, successivamente ai fatti all'origine della causa *a qua*, dalla convenzione 26 maggio 1989 relativa all'adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese (GU L 285, 1). L'art. 17, primo comma, dispone attualmente:

«qualora le parti, di cui almeno una domiciliata nel territorio di uno Stato contraente, abbiano convenuto la competenza di un giudice o dei giudici di uno Stato contraente a conoscere delle controversie, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico, la competenza esclusiva spetta al giudice o ai

---

In relazione alla nuova formulazione dell'art. 17 di cui alla convenzione del 1978, il Comitato redigente aveva poi rilevato che il commercio internazionale non può fare a meno di clausole standard anche attributive di competenza, sicché si era reso necessario attenuare le prescrizioni in materia di forma, ma aveva avvertito che si trattava «come è da sottolineare espressamente, solo di un'attenuazione delle esigenze di forma» in quanto «l'esistenza di un accordo di volontà quanto all'inclusione nel contratto di condizioni contrattuali generali e di alcune delle loro clausole deve sempre essere provata» (6).

Attraverso il meccanismo della presunzione (7), i comportamenti degli operatori economici, quando sono conformi a prassi proprie di un determinato settore del commercio internazionale, assumono quindi la rilevanza di comportamenti concludenti e cioè univocamente significativi della conforme volontà che le parti del contratto intendevano esprimere al momento della sua stipulazione (8). Tale interpretazione è stata peraltro condivisa dalla stessa Corte di giustizia con la decisione 20 febbraio 1997, causa C-106/95, MSG (9), emessa successivamente alla decisione di rimessione della Corte di cassazione delibata nel caso di specie.

(6) Si veda in proposito la relazione Shlosser *cit.* e le decisioni della Corte di giustizia 14 dicembre 1976, causa C-24/76 Estasis Salotti in *Foro it.* 1977, IV, 133 e 10 marzo 1992 causa C-214/89, Duffryn (in *Racc.*, 1769).

(7) Che si ritiene *juris tantum* visto che ammette la prova contraria.

(8) La riconducibilità della clausola derogatoria della competenza alla volontà delle parti anche nella fattispecie esaminata è del resto sostenuta anche nelle conclusioni dall'Avvocato generale Leger che, rifacendosi sul punto alla Relazione Jenard sulla Convenzione del 27 settembre 1968 ed alle precedenti decisioni della Corte di Giustizia Tilly Russ del 19 giugno 1984 in questa *Rassegna*, 1984, 917, Estasis Salotti e Segoura e 6 maggio 1980, causa 784/79 Porta Leasing (*Racc.*, 1517), ne correla l'efficacia alla conoscenza dell'uso ed all'adesione tacita da parte dell'operatore commerciale.

(9) In *Racc.*, I-911.

giudici di quest'ultimo Stato contraente. Questa clausola attributiva di competenza deve essere conclusa:

a) per iscritto o verbalmente con conferma scritta, o;

b) in una forma ammessa dalle pratiche che le parti hanno stabilito tra loro, o;

c) nel commercio internazionale, in una forma ammessa da un uso che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere e che, in tale campo, è ampiamente conosciuto e regolarmente rispettato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel ramo commerciale considerato» (*omissis*).

(*omissis*).

13. – Si deve, in via preliminare, ricordare che la Corte ha stabilito nella sentenza 14 dicembre 1976, causa 24/76, Estasis Salotti (*Racc.*, 1831, punto 9), che, mentre il semplice fatto che a tergo del contratto redatto su moduli predisposti da una delle parti sia stampata una clausola attributiva di competenza non soddisfa i requisiti stabiliti dall'art. 17, la situazione è diversa nel caso in cui nello stesso contratto firmato da entrambe le parti siano espressamente richiamate condizioni generali contenenti una clausola attributiva di competenza.

Si può dunque ritenere che l'uso richiamato dall'art. 17 abbia natura di uso negoziale che, attribuendo rilevanza ad una determinata forma di individuazione del giudice competente a conoscere delle controversie insorte relativamente al rapporto contrattuale presupposto dalla polizza di carico, agisce sul contenuto del contratto stesso finendo per avere la medesima efficacia propria delle altre disposizioni negoziali.

La posizione del giratario della polizza di carico, che, come noto, subentra nei diritti e negli obblighi del caricatore, in relazione all'attribuzione di competenza dovrà dunque essere definita alla stregua del diritto nazionale regolante la circolazione della polizza. Ne consegue che se tale diritto stabilisce la successione del giratario in tutti i diritti ed obblighi nascenti dal titolo nei confronti del girante il primo dovrà ritenersi vincolato alla designazione del giudice concordata dalle parti originarie (vettore e caricatore). Se quindi una clausola derogatoria della competenza viene unilateralmente inserita nella polizza di carico conformemente ad un uso del commercio internazionale, il giratario rimarrà vincolato a tale attribuzione di competenza.

Pur trattandosi di un uso negoziale si deve inoltre ritenere che la collocazione del suo richiamo nell'ambito della convenzione di Bruxelles, gli attribuisca una potenziale efficacia derogatoria, non solo delle norme legislative dispositive, ma anche di quelle imperative nel novero delle quali rientrano gli art. 1340 e 1341 codice civile che, come noto, individuano le condizioni generali di contratto che necessitano a pena d'inefficacia della specifica approvazione scritta.

In relazione a siffatta natura l'esistenza dell'uso nonché della sua conoscenza o della sua colpevole ed inescusabile ignoranza dovrà pertanto essere sempre allegata e provata da chi intende valersene.

Con riferimento alla forma attraverso la quale la clausola derogatoria della competenza deve essere manifestata la Corte di giustizia, riproponendo l'interpretazione dell'art. 17 già propugnata in altre occasioni (10), invita il giudice remittente a determinare la «forma ammessa» (rilievo grafico della clausola e lingua nella quale è espressa) con riferimento agli usi commerciali del settore considerato.

(10) Sentenza Elefanten Schuh 24 giugno 1981, causa C-150/80 (*Racc.*, 1671).

14. – Va pure ricordato che, tenuto conto della ripartizione delle competenze nel contesto del procedimento pregiudiziale previsto dal Protocollo 3 giugno 1971, relativo all'interpretazione da parte della Corte di giustizia della Convenzione, spetta esclusivamente al giudice nazionale definire l'oggetto delle questioni che egli intende sottoporre alla Corte. Infatti, secondo la costante giurisprudenza, spetta esclusivamente al giudice nazionale adito, che si assume la responsabilità della decisione, valutare, alla luce delle peculiarità di ciascuna causa, tanto la necessità di una pronuncia pregiudiziale ai fini del giudizio quanto la rilevanza delle questioni sottoposte alla Corte (v. sentenze 27 febbraio 1997, causa C-220/95, Van den Boogaard, *Racc.*, I-1147, punto 16; e 20 marzo 1997, causa C-295/95, Farrell, *Racc.*, I-1683, punto 11).

15. – Come risulta dalla formulazione delle questioni poste, il giudice *a quo* chiede esclusivamente che vengano precisati quattro elementi che condizionano la validità di una clausola attributiva di competenza stipulata in una forma ammessa dagli usi, terza ipotesi dell'art. 17, primo comma, della Convenzione, vale a dire:

– il consenso delle parti riguardo alla clausola (prima questione);

– la nozione di uso del commercio internazionale (nona, quarta, quinta e ottava questione);

Al di là quindi delle ipotesi della stipulazione della clausola in forma scritta o per via orale (confermata successivamente in forma scritta) tutte le altre forme eventualmente contemplate dagli usi vigenti nel commercio internazionale possono avere rilievo solo in quanto ad essi conformi.

Il richiamo all'uso deve essere effettuato *per relationem* posto che gli Stati contraenti non hanno la facoltà di prescrivere requisiti di forma diversi da quelli stabiliti dalla convenzione e, nel caso di specie, dall'uso a cui questa rimanda, anche solo in funzione di completamento del precetto in esame, perché, altrimenti, si finirebbe per violare la convenzione stessa. Ne consegue che, una volta individuato l'uso vigente a cui le parti si sono conformate, è solo con riferimento a quest'ultimo che il giudice potrà trarre elementi di convincimento per individuare la «forma ammessa».

Questa, se conforme all'uso, potrà perciò derogare anche alle eventuali norme imperative vigenti negli ordinamenti degli Stati contraenti che, a loro volta, non possono vanificare gli usi ai quali si riferisce l'art. 17, con disposizioni legislative nazionali che prescrivono ulteriori requisiti di forma.

A questo proposito occorre rilevare che la Corte di cassazione, ponendo il quesito relativo alla compatibilità della clausola di proroga della competenza ha sorprendentemente contraddetto un indirizzo interpretativo ormai consolidato nel senso della non necessarietà della preventiva approvazione in forma scritta della clausola in questione (11). Il giudice di legittimità è tornato però di recente a ribadire questa impostazione ermeneutica avendo affermato che la proroga della competenza non necessita dell'apposita approvazione in forma scritta di cui all'art. 1341 codice civile anche nel caso previsto dalla nuova versione dell'art. 17 della convenzione (12). Risulta pertanto pacifico, secondo le più recenti conclusioni a cui è pervenuto il giudice remittente, che,

(11) Cass. SS.UU. 11 dicembre 1987, n. 9210; 6 luglio 1991, n. 7473; 19 dicembre 1994, n. 10910.

(12) Cass. SS.UU. 10 marzo 1998, n. 2642.

– la nozione di forma ammessa (seconda, undicesima e decima questione); e

– la conoscenza delle parti riguardo all'uso (tredicesima, quattordicesima e dodicesima questione).

16. – Da tali questioni risulta del pari che il giudice *a quo* si interroga circa l'esistenza, riguardo all'art. 17 della Convenzione, di eventuali limiti quanto all'elezione del foro (terza, settima e sesta questione).

Sulla prima questione, relativa al consenso delle parti riguardo alla clausola attributiva di competenza

17. – Con la prima questione il giudice *a quo* chiede, in sostanza, se l'art. 17 della Convenzione, nella sua redazione risultante dalla convenzione d'adesione 9 ottobre 1978, nella parte in cui si riferisce alla nozione di «usi» impiegando nel contempo il termine «conclusa», presupponga necessariamente che venga accertato il consenso delle parti alla clausola attributiva di competenza.

18. – Al riguardo, si deve ricordare che la formulazione iniziale dell'art. 17 subordinava la validità di una clausola attributiva di competenza all'esistenza di una convenzione scritta, o di una convenzione orale confermata per iscritto, e che, al fine di

---

anche una disposizione tipicamente imperativa come quella contenuta nell'art. 1341 codice civile, può essere derogata dall'uso negoziale che integra il contratto tra vettore e caricatore in base alla forza precettiva della convenzione internazionale dalla quale è previsto. Questa conclusione non ha tuttavia attenuato il rigore con il quale la Corte di cassazione valuta di volta in volta se esistano serie garanzie di adesione alla clausola da parte del contraente che non l'ha predisposta.

Degna di rilievo appare anche quella parte della decisione che si commenta nella quale la Corte di giustizia fornisce elementi ermeneutici per l'accertamento dell'esistenza di un uso commerciale allo scopo di garantire un'applicazione uniforme della convenzione in tutti gli Stati contraenti.

Le nozioni della convenzione suscettibili di essere interpretate diversamente da un ordinamento all'altro devono essere infatti interpretate in modo autonomo alla luce soprattutto del sistema e delle finalità della convenzione medesima (13).

Per quanto concerne il procedimento di formazione dell'uso, la Corte di giustizia si richiama anzitutto alla decisione del 20 febbraio 1997 emessa nella causa C-106/95 *cit.*, nella quale aveva affermato che «esiste un uso nel ramo commerciale interessato, quando, segnatamente, un determinato comportamento è generalmente e regolarmente osservato dagli operatori in tale ramo, in sede di stipula di contratti di un determinato tipo» (14).

(13) Sentenza Benincasa che rinvia in particolare alle sentenze 21 giugno 1978, causa Bertrand (*Racc.*, 1431) e 19 gennaio 1993, causa c-89/91 Shearson Lehman Hutton (*Racc.*, I-139).

(14) Quest'approccio appare conforme a quello seguito dalla citata Convenzione di San Sebastian del 1989 che ha precisato che l'uso al quale si fa riferimento deve essere nel commercio internazionale «ampiamente conosciuto e regolarmente rispettato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel ramo commerciale considerato».

tener conto degli usi particolari e delle esigenze del commercio internazionale, la convenzione di adesione 9 ottobre 1978 ha introdotto nell'art. 17, primo comma, seconda frase, della Convenzione, una terza ipotesi, la quale prevede, nel commercio internazionale, la valida stipulazione di una clausola attributiva di competenza in una forma ammessa dagli usi in questo campo che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere (sentenza 20 febbraio 1997, causa C-106/95, MSG, *Racc.*, I-911, punto 16).

19. – Nella sentenza MSG, *cit.*, punto 17, la Corte ha stabilito che, nonostante la semplificazione introdotta nell'art. 17, il consenso degli interessati resta sempre uno degli scopi di tale disposizione, giustificato dall'esigenza di tutelare il contraente più debole, evitando che clausole attributive di competenza, inserite nel contratto da una sola delle parti, passino inosservate.

20. – La Corte ha tuttavia aggiunto che la modifica apportata all'art. 17 consente di presumere che l'esistenza di tale accordo sia dimostrata quando esistono al riguardo usi commerciali nel settore considerato del commercio internazionale, usi che le medesime parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere (sentenza MSG, *cit.*, punti 19 e 20).

21. – Occorre quindi rispondere al primo quesito che l'art. 17, primo comma, seconda frase, terza ipotesi, della Convenzione deve essere interpretato nel senso

---

Ne consegue che l'onere della prova, che si riferisce ovviamente al contenuto dell'uso e non alla sua efficacia che discende automaticamente dalla Convenzione, dovrà essere commisurato all'*id quod plerumque accidit* in un certo settore commerciale e tra le parti che in esso operano (15).

Sotto questo profilo mette conto rilevare che, proprio in quanto l'art. 17 intende semplificare al massimo gli scambi commerciali attenuando i requisiti di forma della clausola derogatoria della competenza, non si può subordinare la vigenza dell'uso alla sua inclusione in una raccolta, sia perché non esiste a livello internazionale un'autorità a ciò deputata, sia perché il suo accertamento dipende dall'indagine giudiziaria. Sicché l'eventuale pubblicità dell'uso potrà costituire solo un argomento di prova circa la sua sussistenza e come tale sarà liberamente apprezzabile dal giudice.

La Corte di giustizia ha infine riaffermato che lo scopo della convenzione di Bruxelles è l'istituzione di regole uniformi di competenza giurisdizionale internazionale, sicché ove ne ricorrano i presupposti le regole ivi contenute devono essere applicate a prescindere dal collegamento territoriale tra il rapporto giuridico controverso ed il giudice designato ed a prescindere anche dalla preventiva delibazione della loro fondatezza e validità. Anche il vaglio di legittimità e di ragionevolezza della clausola derogatoria della competenza deve pertanto ritenersi effettuato una volta per tutte al momento del recepimento nel diritto interno della convenzione da parte dello Stato contraente. Il liberalismo che caratterizza il sistema dell'art. 17, per il quale ogni convenzione attributiva della giurisdizione deve reputarsi in linea di principio ammissibile, è dunque incompatibile con un controllo puntuale sul contenuto della clausola. Sicché una clausola formalmente valida non potrà essere messa in discussione perché iniqua o non appropriata (16).

GIACOMO AIELLO

(15) Cfr. in tal senso LUCIA MAZZARINI, *Questioni in tema di applicazione dell'art. 17 della Convenzione di Bruxelles*, in *Giust. Civ.* 1996, 2065.

(16) Relazione Kholer.

che il consenso dei contraenti alla clausola attributiva di competenza si presume esistente se un siffatto comportamento corrisponde a un uso vigente nel settore del commercio internazionale in cui operano le parti di cui trattasi e se queste ultime conoscevano quest'uso o avrebbero dovuto conoscerlo.

Sulle questioni nona, quarta, quinta e ottava, relative alla nozione di uso del commercio internazionale

22. – Con tali questioni il giudice *a quo* chiede, in sostanza, quali siano i paesi nei quali debba essere constatata l'esistenza di un uso, come si formi il consenso su quest'ultimo, di quali forme di pubblicità esso debba essere oggetto e quali siano le conseguenze da ricavare, riguardo all'esistenza di un uso in tale campo, da azioni che contestano la validità di clausole attributive di competenza inserite in polizze.

23. – Nella sentenza MSG, *cit.*, punto 21, la Corte ha indicato che spetta al giudice nazionale, in primo luogo, valutare se il contratto di cui trattasi rientri nell'ambito del commercio internazionale e, in secondo luogo, verificare l'esistenza di un uso nel settore del commercio internazionale in cui gli interessati operano.

24. – Riguardo al primo punto, è pacifico che, nella causa *a qua*, il contratto rientra nell'ambito del commercio internazionale.

25. – Riguardo al secondo punto, la Corte ha precisato nella sentenza MSG, *cit.*, punto 23, che l'esistenza di un uso non dev'essere determinata con riferimento alla legge di uno degli Stati contraenti e non deve essere accertata in rapporto al commercio internazionale in generale, ma con riguardo al settore commerciale in cui i contraenti esercitano la loro attività.

26. – La Corte ha del pari stabilito nella sentenza MSG, *cit.*, punto 23, che esiste un uso nel settore commerciale interessato quando, segnatamente, un determinato comportamento è generalmente e regolarmente osservato dagli operatori in tale settore in sede di stipula di contratti di un determinato tipo.

27. – Ne consegue che non è necessario che sia dimostrata l'esistenza di siffatto comportamento in determinati paesi né, in particolare, in tutti gli Stati contraenti. La circostanza che una prassi sia generalmente e regolarmente osservata dagli operatori attivi nei paesi che occupano una posizione preponderante nel settore del commercio internazionale di cui trattasi può costituire un indizio che agevola la dimostrazione dell'esistenza di un uso. Il criterio decisivo resta tuttavia quello di accertare se il comportamento di cui trattasi sia generalmente e regolarmente osservato dagli operatori nel settore del commercio internazionale nel quale sono attivi i contraenti.

28. – Non contenendo l'art. 17 della Convenzione alcuna indicazione riguardo alle forme di pubblicità, si deve considerare, come ha fatto l'avvocato generale nel paragrafo 152 delle sue conclusioni, che non si può esigere, per dimostrare

l'esistenza di un uso, l'eventuale pubblicità che possa essere data presso associazioni o organismi specializzati ai formulari prestampati nei quali compaia la clausola attributiva di competenza, pur essendo tale pubblicità idonea ad agevolare la prova di una prassi generalmente e regolarmente osservata.

29. – Un comportamento che presenti gli elementi costitutivi di un uso non perde tale qualità per il fatto di essere oggetto di contestazioni dinanzi ai tribunali, qualunque sia la portata di tali contestazioni, fintantoché continui, ciononostante, ad essere generalmente e regolarmente osservato nel settore di attività considerato per il tipo di contratto di cui trattasi. Così, la circostanza che numerosi caricatori e/o giratari di polizze di carico abbiano contestato la validità di una clausola attributiva di competenza agendo in giudizio dinanzi a giudici diversi da quelli designati non sarebbe idonea a far perdere all'inserimento di tale clausola in detti documenti la qualità di uso, fintantoché sia dimostrato che corrisponde ad una prassi generalmente e regolarmente osservata.

30. – La nona, la quarta, la quinta e l'ottava questione vanno quindi risolte dichiarando che occorre interpretare l'art. 17, primo comma, seconda frase, terza ipotesi, della Convenzione come segue:

l'esistenza di un uso, che deve essere accertata nel settore commerciale in cui i contraenti esercitano la loro attività, è dimostrata quando un determinato comportamento è generalmente e regolarmente osservato dagli operatori attivi in tale settore in sede di stipula di contratti di un determinato tipo;

non è necessario che sia dimostrata l'esistenza di siffatto comportamento in determinati paesi né, in particolare, in tutti gli Stati contraenti;

non si può sistematicamente esigere una determinata forma di pubblicità;

il fatto che un comportamento che presenti gli elementi costitutivi di un uso sia contestato in sede giudiziale non è sufficiente a fargli perdere detta qualità.

Sulle questioni seconda e decima, relative alla nozione di forma ammessa

31. – Con la seconda questione il giudice *a quo* si interroga sui requisiti concreti che implica la nozione di «forma ammessa» ai sensi dell'art. 17 della Convenzione. Si chiede più in particolare se la clausola attributiva di competenza debba essere necessariamente contenuta in un atto scritto recante la sottoscrizione della parte che l'ha prevista, sottoscrizione a sua volta corredata di un riferimento alla clausola, se quest'ultima debba essere messa in evidenza rispetto alle altre clausole e se la lingua nella quale la clausola è redatta debba avere un nesso con la nazionalità delle parti.

32. – Con l'undicesima questione il giudice *a quo* si interroga sulle condizioni in presenza delle quali l'inserimento della clausola in questione su un modulo predisposto e non sottoscritto dalla parte non predisponente possa considerarsi eccessivamente oneroso per quest'ultima, ovvero abusivo.

33. – Con la decima questione il giudice *a quo* si chiede se si possa ammettere che, nell'ambito dell'art. 17 della Convenzione, venga invocato un uso che derogherebbe alle disposizioni legislative imperative adottate da taluni Stati contraenti riguardo alla forma delle clausole attributive di competenza.

34. – Si deve ricordare, a tale proposito, che nella sentenza 24 giugno 1981, causa 150/80, Elefanten Schuh (*Racc.*, 1671, punto 25), la Corte ha giudicato che l'art. 17 stabilisce esso stesso, per garantire la certezza del diritto ed assicurare il consenso delle parti, i requisiti di forma che le clausole attributive di competenza devono possedere.

35. – Ne consegue che la validità di una clausola attributiva di competenza può essere subordinata al rispetto di un particolare requisito di forma solo se questo si ricolleghi ai requisiti di cui all'art. 17.

36. – Spetta al giudice nazionale riferirsi agli usi commerciali nel settore considerato del commercio internazionale per stabilire se, nella causa della quale è investito, il modo in cui materialmente si presenta la clausola attributiva di competenza, ivi compresa la lingua nella quale essa è redatta, e il suo inserimento in un modulo prestampato non sottoscritto dalla parte non predisponente siano conformi alle forme ammesse da tali usi.

37. – Nella sentenza Elefanten Schuh, *cit.*, punto 26, la Corte ha stabilito che gli Stati contraenti non hanno la facoltà di prescrivere requisiti di forma diversi da quelli previsti dalla Convenzione.

38. – Gli usi ai quali si riferisce l'art. 17 non possono pertanto essere vanificati da disposizioni legislative nazionali che prescrivano il rispetto di ulteriori requisiti di forma.

39. – Occorre quindi risolvere la seconda, l'undicesima e la decima questione dichiarando che l'art. 17, primo comma, seconda frase, terza ipotesi, della Convenzione deve essere interpretato nel senso che i requisiti concreti che implica la nozione di «forma ammessa» devono essere esclusivamente valutati con riferimento agli usi commerciali del settore considerato del commercio internazionale, senza tener conto dei requisiti particolari che possano essere previsti dalle disposizioni nazionali.

Sulle questioni terza, quarta e dodicesima, relative alla conoscenza delle parti riguardo all'uso

40. – Con tali questioni il giudice *a quo* chiede in sostanza, anzitutto, quale delle parti debba essere a conoscenza dell'uso e se la sua nazionalità svolga un ruolo al riguardo; inoltre quale livello di conoscenza tale parte debba avere circa il detto uso e, infine, se debba essere data pubblicità, e semmai in quale forma, ai formulari prestampati contenenti clausole attributive di competenza.

41. – Quanto al primo aspetto, la Corte ha stabilito nella sentenza Tilly Russ, *cit.*, punto 24, che, qualora la clausola attributiva di competenza inserita in una polizza di carico sia valida, ai sensi dell'art 17 della Convenzione, nel rapporto tra il caricatore ed il vettore, essa può essere invocata nei confronti del terzo portatore della polizza di carico, dal momento che questi subentra al caricatore nei suoi diritti ed obblighi in forza del vigente diritto nazionale.

42. – Poiché la validità della clausola alla luce dell'art. 17 dev'essere accertata nei rapporti tra le parti originarie, ne consegue che la conoscenza dell'uso deve essere valutata in capo alle parti, senza che la loro nazionalità abbia rilevanza ai fini di questo esame.

43. – Quanto al secondo aspetto, dalla sentenza MSG, *cit.*, punto 24, risulta che la conoscenza effettiva o presunta di un uso da parte dei contraenti può essere provata, in particolare, dimostrando che essi avevano in precedenza stretto rapporti commerciali tra di loro o con altre parti operanti nel settore considerato, o che, nell'ambito di quest'ultimo, un determinato comportamento è sufficientemente noto per il fatto di essere generalmente e regolarmente osservato in sede di stipula di un certo tipo di contratti, da poter essere considerato come una prassi consolidata.

44. – Per quel che concerne il terzo aspetto, si deve considerare, tenuto conto del silenzio della Convenzione riguardo ai mezzi di prova che possono essere addotti per dimostrare la conoscenza di un uso, che l'eventuale pubblicità data ai formulari prestampati contenenti clausole attributive di competenza presso associazioni o organismi specializzati, pur essendo atta ad agevolare la prova richiesta, non può costituire un mezzo di prova indispensabile a questo effetto.

45. – Occorre quindi risolvere la tredicesima, la quattordicesima e la dodicesima questione dichiarando che l'art. 17, primo comma, seconda frase, terza ipotesi, della Convenzione va interpretato nel senso che la conoscenza dell'uso deve essere valutata in capo alle parti originarie della Convenzione attributiva di competenza, senza che ai fini di questo esame abbia rilevanza la loro nazionalità. Tale conoscenza è dimostrata, indipendentemente da qualsiasi forma specifica di pubblicità, allorché, nel settore commerciale nel quale operano le parti, un determinato comportamento è generalmente e regolarmente osservato in sede di stipula di un certo tipo di contratti, così da poter essere considerato una prassi consolidata.

Sulle questioni terza, settima e sesta, relative all'elezione del foro competente

46. – Con tali questioni il giudice *a quo* si interroga sull'esistenza, riguardo all'art. 17 della Convenzione, di eventuali limiti quanto all'elezione del foro competente. Chiede se sia necessario che le parti eleggano un foro avente un qualsiasi nesso con la causa, se il giudice adito possa controllare la fondatezza della clausola nonché l'obiettivo perseguito dalla parte che l'ha inserita e se la circostanza

che le disposizioni sostanziali vigenti dinanzi al foro prescelto rechino una limitazione della responsabilità di tale parte possa avere un'incidenza sulla validità della clausola.

47. – Occorre al riguardo ricordare che la Convenzione non riguarda le norme di diritto sostanziale (sentenza 13 novembre 1979, causa 25/79, Sanicentral, *Racc.*, 3423, punto 5), ma persegue l'istituzione di regole uniformi di competenza giurisdizionale internazionale (sentenza 3 luglio 1997, causa C-269/95, Benincasa, *Racc.*, I-3767, punto 25).

48. – Come la Corte ha più volte rilevato, è conforme allo spirito di certezza del diritto che costituisce uno degli scopi della Convenzione la possibilità per il giudice nazionale adito di pronunciarsi agevolmente sulla propria competenza in base alle regole della Convenzione, senza essere costretto a procedere all'esame della causa nel merito (sentenze 22 marzo 1983, causa 34/82, Peters, *Racc.*, 987, punto 17; 29 giugno 1994, causa C-288/92, Custom Made Commercial, *Racc.*, I-2913, punto 20, e Benincasa, *cit.*, punto 27). Nella sentenza Benincasa, *cit.*, punti 28 e 29, la Corte ha precisato che tale esigenza di garantire la certezza del diritto grazie alla possibilità di prevedere con sicurezza il foro competente è stata interpretata, nell'ambito dell'art. 17 della Convenzione, imponendo l'osservanza di rigorosi requisiti formali, essendo tale disposizione diretta a designare, in modo chiaro e preciso, il giudice di uno Stato membro contraente che abbia la competenza esclusiva conformemente alla volontà delle parti.

49. – Ne consegue che l'elezione del foro competente può essere valutata solo alla luce di considerazioni che siano collegate ai requisiti previsti dall'art. 17.

50. – Per tali motivi la Corte ha più volte stabilito che l'art. 17 della Convenzione prescinde da qualsiasi legame oggettivo tra il rapporto giuridico controverso e il giudice designato (v. sentenze 17 gennaio 1980, causa 56/79, Zelger *Racc.*, 89, punto 4; MSG, *cit.*, punto 34, e Benincasa, *cit.*, punto 28).

51. – Per le medesime ragioni, in una situazione come quella di cui nella causa *a qua*, si deve escludere un ulteriore controllo della fondatezza della clausola nonché dell'obiettivo perseguito dalla parte che l'ha inserita e non può essere accordata rilevanza, riguardo alla validità della detta clausola, a norme sostanziali di responsabilità in vigore dinanzi al foro prescelto.

52. – La terza, la settima e la sesta questione devono pertanto essere risolte dichiarando che l'art. 17, primo comma, seconda frase, terza ipotesi, della Convenzione va interpretato nel senso che l'elezione del foro in una clausola attributiva di competenza può essere valutata solo in base a considerazioni che siano collegate ai requisiti previsti dall'art. 17 della Convenzione. Considerazioni relative ai collegamenti tra il foro prescelto e il rapporto controverso, alla fondatezza della clausola e alle norme sostanziali in vigore dinanzi al foro prescelto sono estranee a tali requisiti (*omissis*).

SEZIONE TERZA

GIURISPRUDENZA DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Un., 6 novembre 1998, n. 11211 - *Pres.* La Torre - *Est.* Sabatini - *P.G.* Lo Cascio - Ministero delle Finanze e Ministero dei Lavori Pubblici (avv. Stato Clemente) c. Pasta (avv. S.A. Romano).

Demanio - Trasformazione bene di proprietà privata in bene demaniale - Acquisto per accessione - Ammissibilità - Fattispecie.

La costruzione di un'opera privata (nella fattispecie, una darsena su di un lago) dà luogo all'acquisto per accessione del bene del privato da parte della proprietà pubblica, sulla base del principio dell'inscindibilità del corpo idrico, costituito dall'acqua e da quanto viene da essa ricoperto (1).

(omissis)

Con il primo motivo del ricorso le ricorrenti Amministrazioni deducono, con riferimento all'art. 360 nn. 3 e 5 codice procedura civile, la violazione e falsa

---

(1) La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, chiamata a pronunciarsi in tema di rapporti tra proprietà privata e beni demaniali, interviene con una sentenza che, nell'affrontare un caso particolare, fissa il principio secondo cui, nel rapporto determinato da un'accessione da immobile a immobile, il bene demaniale è da ritenersi «cosa principale» che, quindi, per sua natura, attrae il bene privato accedente.

La fattispecie concreta, posta all'attenzione del Supremo Collegio, concerne l'ipotesi in cui un terreno originariamente privato, viene trasformato dal proprietario in darsena.

La costruzione di questo tipo di opera porta, per sua natura, all'espansione delle circostanti acque lacuali sul terreno appartenente al privato.

Sorge di qui il problema: l'edificazione della darsena ed il conseguente allagamento delle acque del lago sul terreno privato comportano che la darsena diviene di proprietà pubblica o rimane, invece, in proprietà del privato?

Il ragionamento dell'organo di legittimità si fonda sull'analisi e la scelta delle due tesi contrapposte in materia, sviluppate dalle parti contendenti. Da una parte, si sostiene che la darsena è e resta privata, salvo tuttalpiù il diritto della pubblica amministrazione per la derivazione dell'acqua che allaga la darsena stessa; secondo, perciò, questa impostazione si giungerebbe ad affermare il principio secondo cui la proprietà del suolo è separabile da quella dell'acqua.

E proprio la critica a quest'ultima affermazione, dall'altra parte, viene posta a sostegno della tesi opposta, secondo cui, se il corso d'acqua è pubblico, tale è anche il suo alveo e se, dunque, come nel caso di specie, l'alveo si estende su di un terreno privato per effetto di un allagamento, il terreno privato sovrastato dalle acque pubbliche diventa pubblico.

La suddetta valutazione è stata, pertanto, fatta propria dalla Suprema Corte, che giunge a tale conclusione, sia sulla base di un'impostazione sistematica degli artt. 822 e 823 primo comma

applicazione dell'art. 943 codice civile, degli artt. 1 e 2 regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775, degli artt. 822 e 934 codice civile con riferimento agli artt. 812, 832 e 840 stesso codice, nonché vizio di motivazione e — sulla premessa che principio fondamentale dell'ordinamento, risalente al diritto romano, è che, se il corso d'acqua è pubblico, tale è anche il suo alveo, e che, ove il corso d'acqua muti il suo alveo, il terreno privato occupato dal nuovo letto diventa pubblico — affermano che la sentenza impugnata, nel separare la proprietà del suolo da quella dell'acqua, ha illegittimamente negato che il lago sia un bene unico ed immobile, e contrasta inoltre con il principio secondo cui, se un lago è demaniale, tutto il lago, compreso il terreno ricoperto dall'acqua, appartiene al demanio.

Aggiungono che non si può derivare acqua pubblica senza concessione, e che non è possibile l'ideale frazionamento del lago demaniale in tante parti, alcune delle quali possono essere dichiarate private se ritenute non asservite al pubblico interesse, perché, se così fosse, al demanio verrebbero sottratti porticcioli, piattaforme ed altro.

Con il secondo motivo le stesse denunciano, sotto altro profilo, ulteriore vizio di motivazione nonché la violazione dell'art. 1158 codice civile, e sostengono che l'affermata realizzazione delle due darsene in contestazione su terreno privato non tiene conto di quanto in contrario addotto nelle proprie difese da esse ricorrenti e non è stato minimamente confermato dal c.t.u.

Precisano che la tesi, condivisa dallo stesso Tribunale Superiore, era contrastata dai precedenti atti di concessione e che, implicando questa che il privato detenga il bene per conto dell'amministrazione che ne esercita il possesso, quest'ultima, se già non lo era, era divenuta proprietaria dell'immobile per usucapione ai sensi dell'art. 1158 codice civile.

I due motivi, strettamente connessi, possono essere esaminati congiuntamente.

Come questa C.S. ha affermato (tra le altre, con sent. 8 marzo 1993 n. 2754 di queste sezioni unite), nella violazione di legge deducibile, in base all'art. 111 cost., come motivo di ricorso per cassazione avverso le decisioni, in unico grado od in appello, del Tribunale Superiore delle acque pubbliche, può ricomprendersi il solo vizio di motivazione — sotto i profili della inesistenza, della contraddittorietà o della mera apparenza — risultante dal testo del provvedimento impugnato, mentre esorbita dai limiti propri del detto mezzo di impugnazione la verifica della sufficienza e della razionalità della motivazione stessa in ordine alle

---

codice civile, sia sulla scorta del combinato disposto delle norme appena richiamate con l'art. 943. Con riferimento ai quali sarebbero da escludere eventuali ipotesi ricostruttive della disciplina giuridica del demanio pubblico tese a consentire frazionamenti del regime proprietario.

La decisione annotata merita, dunque, di essere condivisa proprio per la profondità dell'indagine ricostruttiva dello statuto della proprietà demaniale, che appare, nondimeno, coerente con l'interpretazione dottrinaria che fa, appunto, rientrare nel panorama della demanialità idrica anche gli alvei e i bacini invasi dai laghi con le loro rive c.d. interne (v. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Diritto Amministrativo*, I, 967); e questo sulla considerazione che l'acqua è *ipso iure* pubblica, sia che venga considerata isolamente per la sua consistenza fisica (acqua attuale), sia per l'ampiezza del bacino da essa ricoperto (acqua potenziale), come nel caso in esame.

questioni di fatto, la quale importa un raffronto tra le ragioni del decidere espresse nella sentenza impugnata e le risultanze probatorie sottoposte al vaglio del giudice del merito.

Orbene, poiché le modalità di realizzazione delle due darsene in contestazione — alle quali il Pasta, come ha precisato nel corso del giudizio di appello, ha limitato le sue censure — costituiscono una questione di fatto, il secondo motivo del ricorso, nella parte in cui pone in discussione la congruenza della relativa motivazione, è inammissibile.

Fermo restando, pertanto, che, come la sentenza impugnata ha insindacabilmente accertato, dette darsene furono realizzate su suolo di proprietà di dante causa dell'attuale resistente mediante escavazione e sbancamento — e, tuttavia, come i giudici del merito hanno anche accertato a mezzo di consulenza d'ufficio, al solo scopo di essere utilizzate come tali e, pertanto, di essere invase dalle acque del lago, il che è avvenuto per una profondità di cm. 45 —, è in discussione tra le parti se e quali modificazioni abbia subito la proprietà del predetto suolo: rimasto, secondo la tesi del Pasta, accolta dalla sentenza impugnata, di proprietà privata dello stesso, e divenuto anch'esso, per effetto di detta duratura trasformazione, come le ricorrenti invece sostengono, porzione dell'alveo del lago, e, pertanto, demanio dello Stato al pari, come è incontestato, del lago stesso nella sua interezza.

Tanto precisato, la separazione, affermata dalla sentenza impugnata, tra la proprietà dell'acqua che allaga le due darsene — che la stessa sentenza ha precisato essere rimasta nondimeno demaniale, con la conseguenza che essa ha fatto salvo il diritto della pubblica amministrazione per la relativa derivazione — e la proprietà del suolo sottostante, è non solo priva di ogni supporto normativo ma è, al contrario, contrastata dalle norme che regolano la materia e delle quali a ragione, pertanto, le ricorrenti lamentano la violazione.

Il regime giuridico del demanio pubblico — cui, come s'é detto, incontestatamente appartiene il lago di Como — non consente infatti, ai sensi degli artt. 822 e 823 primo comma codice civile ed a tutela di beni di rilevante interesse e della relativa pubblica fruizione, che essi possano appartenere a privati, ne comporta inoltre la inalienabilità ed esclude infine che gli stessi possano formare oggetto di diritti a favore di terzi se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano: il che, come è incontroverso, nella specie, riguardo al Pasta, non è giammai avvenuto.

Il tutto in linea con l'orientamento della giurisprudenza costituzionale (v. Cost. 19 luglio 1996 n. 259, in *Foro it.*, 1997, I, 1, 1664), secondo cui il principio del dominio inscindibile del corpo idrico, contenente e contenuto, ossia alveo e invaso d'acqua, non crea una forma di nuovo demanio pubblico non prevista dalla legge, ma è conforme alla natura del bene acqua intesa come bene unitario da un punto di vista di statuto proprietario, essendone frazionabile il solo regime dell'uso.

Nella giurisprudenza della Cassazione, invece, il principio dell'estensione del demanio idrico sulle acque ricoperte trova conferma in Cass. n. 5491/94 e n. 6591/81; mentre l'affermazione specifica in base alla quale la darsena insiste su di un terreno di natura demaniale e può, pertanto, essere oggetto di concessione si trova in Cass. n. 10908/94.

FABRIZIO URBANI NERI

Dispone poi il primo comma dell'art. 943 codice civile che il terreno, che l'acqua copre quando essa è all'altezza dello sblocco del lago (o dello stagno), appartiene al proprietario del lago (o dello stagno), ancorché il volume dell'acqua venga a scemare: la norma non consente dunque frazionamenti del regime proprietario, tanto più, in combinato disposto con i menzionati artt. 822 e 823 primo comma codice civile, con riferimento a laghi demaniali.

Se, dunque, la demanialità del lago comporta che siano assoggettate al relativo regime giuridico non solo le acque, ma anche l'alveo e le rive che lo delimitano, non può poi trascurarsi di considerare che la legge prevede una serie di limitazioni quanto alle facoltà di godimento delle proprietà limitrofe a beni pubblici: e così, tra l'altro, l'art. 879 codice civile, in deroga al precedente art. 877, non consente costruzioni in adesione ad edifici demaniali, e gli artt. 55 e 77 cod. nav. dispongono rispettivamente che in prossimità del demanio marittimo non possono eseguirsi opere di alcun genere senza una speciale autorizzazione dell'autorità marittima, e che i proprietari frontisti hanno l'obbligo di adottare speciali misure per evitare l'interrimento dei fondali dei canali e degli altri corsi d'acqua che sboccano nei porti.

Disposizioni, queste, che sono dirette ad apprestare una maggior tutela, per così dire esterna, ai beni demaniali, al fine di impedire che ne siano compromesse le facoltà di godimento.

In tale quadro normativo devono essere esaminati gli effetti giuridici prodotti dalle modificazioni strutturali dei beni demaniali, le quali possono essere naturali o artificiali: ipotesi, quest'ultima, che ricorre nella specie, nella quale, come detto, una porzione di terreno, originariamente privata, è stata trasformata in darsena mercé opere di escavazione, sbancamento ed allagamento.

Riguardo a tali modificazioni ha affermato questa C.S. (sez. un. 6 giugno 1994 n. 5491 e 19 dicembre 1994 n. 10908), in tema di individuazione dei terreni ricompresi nel demanio per la loro contiguità a laghi pubblici, che opera, secondo il principio desumibile dal citato art. 943, il principio per cui l'estensione dell'alveo — suscettibile della detta ricomprensione — deve essere determinata con riferimento al livello delle piene ordinarie allo sbocco del lago, senza che si possa tener conto del perturbamento determinato da cause eccezionali (meteoriche, geosismiche o prodotte dall'opera dell'uomo per esigenze momentanee) e senza che dall'alveo propriamente detto possa distinguersi il lido, che, invece, è una componente strutturale del primo, come sopra individuato, potendo soltanto l'alveo stesso distinguersi dalla spiaggia, come zona di terreno scoperto contigua all'alveo la quale, ove esistente, resta assoggettata al regime della demanialità per i pubblici usi del lago.

Nella specie, è stato invece insindacabilmente accertato che le trasformazioni in questione sono state attuate alcuni decenni orsono ed hanno carattere permanente e non momentaneo, e da ciò segue che il terreno, da esse interessato, è entrato a far parte del demanio pubblico.

In tal senso convergentemente depongono la rilevata inseparabilità tra acqua ed alveo, l'inalienabilità dei beni del demanio pubblico, l'inesistenza di atti — ai sensi del primo comma ultima parte dell'art. 823 codice civile — in favore dell'attuale resistente e danti causa, e le limitazioni legali delle proprietà limitrofe ai beni

pubblici: complesso normativo dal quale scaturisce la conseguenza che, per accessione alla cosa principale, il terreno, originariamente privato ma trasformato in darsena, è divenuto anch'esso demaniale.

Non rileva che, riguardo a detto terreno, non risulti essere intervenuta alcuna manifestazione di volontà della pubblica amministrazione di apprensione di esso al demanio, dal momento che, come è stato autorevolmente osservato in dottrina, per i beni artificiali l'acquisto della qualità di bene pubblico si riconnette ad una situazione di fatto — nella specie, l'espansione dell'alveo — e non ad un atto giuridico.

L'affermazione, poi, secondo la quale l'estrema modestia delle due darsene (in realtà di superficie complessiva, come accertato, di 136 mq.) non ha comportato alcuna modificazione dell'invaso, è contraddetta dalla circostanza che la stessa superficie è rimasta allagata per l'accertata profondità di 45 cm.: fatto, come già accennato, pacifico perché ammesso dallo stesso Pasta, il quale osserva sul punto (p. 15 controricorso) «che le due darsene sono state ricavate scavando il terreno per trarne una derivazione delle acque».

Quanto, infine, al subordinato rilievo, contenuto nel secondo motivo del ricorso, della pretesa usucapione, esso è inammissibile perché involge una questione nuova, non esaminata dalla sentenza impugnata e che non risulta sia stata ad essa prospettata, ed è comunque assorbito dalle considerazioni che precedono.

Si impone pertanto, nei sensi di cui sopra, l'accoglimento del ricorso, con la conseguente cassazione della impugnata sentenza ed il rinvio della causa allo stesso Tribunale Superiore che riesaminerà la controversia — compreso l'appello incidentale — attenendosi ai principi dianzi affermati (*omissis*).

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Un., 27 novembre 1998, n. 12061 - *Pres.* Sgroi - *Rel.* Olla - *P.M.* Morozzo della Rocca - Hosri e Arrigoni c. Ministero degli Interni (avv. Stato Sica).

Corte costituzionale - Giudizio incidentale di legittimità - Decisioni - Accoglimento - In genere - Effetti - Retroattività - Operatività - Limiti - Nel caso di norme incostituzionali *ab inizio*.

Cittadinanza - Diritto internazionale in genere - Disciplina *ex* art. 10, terzo comma legge 555 del 1912 - Perdita automatica della cittadinanza per il solo fatto del matrimonio della cittadina di quest'ultimo - Pronuncia di incostituzionalità *ex* sent. n. 87/75 - Efficacia retroattiva - Limiti - Nel caso di matrimonio celebrato prima del 1° gennaio 1948.

*L'efficacia retroattiva di una sentenza dichiarativa dell'illegittimità costituzionale di una norma sin dal momento in cui quest'ultima sia entrata in vigore trova applicazione piena solo con riferimento alla categoria delle norme che si rivelino incostituzionali «*ab initio*»; quando invece, detta norma sia venuta a collidere con i parametri costituzionali solo successivamente alla data della sua*

entrata in vigore (c.d. ipotesi di incostituzionalità sopravvenuta), il termine di decorrenza degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità coincide con il momento in cui l'incostituzionalità si sia concretizzata. Da ciò discende che gli effetti della sentenza della Corte Costituzionale n. 87/75, che ha dichiarato l'illegittimità della disposizione di cui al terzo comma dell'art. 10 della legge 555 del 1912, per il suo contrasto con gli artt. 3 e 29 della Costituzione, nella parte in cui prevedeva che la cittadina italiana perdesse, indipendentemente dalla sua volontà, la cittadinanza italiana per il solo fatto di essersi sposata con uno straniero la cui cittadinanza si comunicasse in virtù del solo matrimonio, non possono retroagire oltre la data del 1° gennaio 1948, con l'ulteriore conseguenza per cui, in caso di un matrimonio stipulato avanti l'1 gennaio 1948, la perdita della cittadinanza debba intendersi — di per sé — validamente verificatasi, senza che la surrichiamata pronuncia possa altrimenti incidere se non nel senso di attribuire alla interessata il diritto di riacquistare la cittadinanza, ove lo voglia (1).

(omissis)

1.1. – Nel loro sviluppo cronologico i dati di fatto (come accertati dal giudice d'appello) e normativi che assumono rilevanza rispetto alla decisione sul ricorso devono essere così puntualizzati.

---

(1) Con la decisione in esame le Sezioni Unite affrontano il delicato problema della identificazione degli effetti di una sentenza della Corte costituzionale, dichiarativa della illegittimità costituzionale di una norma di legge anteriore alla vigente Costituzione, per contrasto con i principi successivamente introdotti dalla Carta costituzionale. L'occasione è data da caso di una cittadina italiana che, a causa del suo matrimonio con un cittadino straniero e per effetto dell'art. 10, comma 3 della legge 13 giugno 1912 n. 555, allora vigente in tema di cittadinanza (prima della decisione n. 87 del 1975 che dichiara illegittima la legge del 1912 nella parte in cui prevede la perdita della cittadinanza italiana, indipendentemente dalla volontà della donna), aveva perso lo *status* di cittadina italiana. Successivamente il di lei figlio, inizialmente acquistata dal padre la cittadinanza straniera, con l'entrata in vigore della legge 19 maggio 1975 n. 151 (il cui art. 219 comma 1 prevede la possibilità, per la donna che ha perso la cittadinanza per effetto del matrimonio con uno straniero, di riacquistarla con dichiarazione resa all'Autorità competente), e sulla base altresì della sentenza n. 30 del 1983 della Corte costituzionale, dichiarativa della illegittimità costituzionale della legge 1912, nella parte in cui prevede che sia cittadino per nascita anche il figlio di madre cittadina, rivendicava la cittadinanza italiana.

Le Sezioni Unite trovano occasione per ribadire il consolidato principio secondo il quale, la pronuncia di incostituzionalità di una legge o di un atto avente forza di legge anteriore alla Costituzione, non può retroagire, anche rispetto ai rapporti ancora pendenti, oltre il momento in cui si è verificato il contrasto tra detta norma ed i principi costituzionali e cioè, oltre la data di entrata in vigore della Carta Costituzionale (1° gennaio 1948) (SS.UU. 22 giugno 1963, n. 1706; C. Cost. 5 maggio 1967, n. 58).

Tale orientamento in sostanza, limita nel tempo il generale principio dell'efficacia retroattiva della pronuncia di costituzionalità nel senso che, se la norma dichiarata costituzionalmente illegittima è successiva alla Costituzione viene eliminata *ex tunc*, mentre se è antecedente, la norma è espunta dal nostro ordinamento a far data dal 1° gennaio 1948. Si ritiene, infatti, che la norma incostituzionale sia affetta da un vizio intrinseco, di natura sostanziale, che la norma porta con sé e ciò fino alla sua origine, se trattasi di norma di legge posteriore alla Costituzione ovvero dall'emanazione della Costituzione, qualora si tratti di legge anteriore (così anche Cass. 10 luglio 1971, n. 2222).

Nel 1939 Matilde Arrigoni, all'epoca cittadina italiana, contrasse matrimonio col cittadino libanese Antoine El Hosri e, in applicazione della disposizione di cui all'art. 10, comma 3, legge 13 giugno 1912, n. 555, acquisì la cittadinanza libanese e perse quella italiana.

Il 20 giugno 1942 la Arrigoni generò il figlio Fernand Antoine Hosri che divenne automaticamente cittadino libanese.

Con sentenza 16 aprile 1975, n. 87, la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità costituzionale del terzo comma dell'art. 10 della legge n. 555/1912 «nella parte in cui, per l'ipotesi di matrimonio di una cittadina italiana con uno straniero per la cui legge nazionale la cittadinanza del marito si comunichi alla moglie, prevede la perdita della cittadinanza italiana indipendentemente dalla volontà della moglie».

Anche in funzione di questa pronuncia, l'art. 219, comma 1 della legge 19 maggio 1975, n. 151 dispose che «la donna che, per effetto di matrimonio con uno straniero o di mutamento della cittadinanza da parte del marito, ha perduto la cittadinanza italiana prima dell'entrata in vigore della presente legge [20 settembre 1975] la riacquista con dichiarazione resa all'autorità competente a norma dell'art. 36 delle disposizioni di attuazione del codice civile».

Il 23 marzo 1982 la Arrigoni effettuò la dichiarazione prevista dalla norma appena richiamata e — giusta il disposto dell'art. 13, comma 1, legge n. 555/1912 —

Dal limite della retroattività così configurato, discende che, l'illegittimità costituzionale dell'art. 10 legge 555/1912 non potendo essere anteriore al 1° gennaio 1948, i rapporti e le situazioni sorte anteriormente a quella data rimangono assoggettati alla disciplina previgente.

Ai fini della controversia all'esame delle Sezioni Unite, deriva ulteriormente che con il matrimonio la cittadina italiana ha perso definitivamente la sua cittadinanza e che questo effetto giuridico, data l'anteriorità della norma rispetto all'entrata in vigore della Costituzione, non è inciso affatto dalla decisione della Corte costituzionale che ne ha rilevato la contrarietà a principi costituzionali (sent. n. 80 del 1983). Né il figlio nato da tale matrimonio potrebbe mai diventare cittadino italiano *iure sanguinis*. Rimane tuttavia, la possibilità, per la madre, di acquistare la cittadinanza mediante dichiarazione in tal senso ai sensi dell'art. 10, comma 3 della legge del 1912, n. 555 e per il figlio, se nato dopo quella data, di divenire comunque cittadino italiano *iure communicationis* ove la madre abbia esercitato detta facoltà.

In senso diametralmente opposto alla decisione in esame la soluzione adottata dalla Cassazione per un caso analogo con sentenza n. 6297, sez. I, del 10 luglio 1996, dove, al contrario, viene riconosciuto al figlio legittimo di madre cittadina nato in data anteriore alla Costituzione, lo *status* di cittadino *iure sanguinis* per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 80 del 1983 atteso che — spiegava la Cassazione in quell'occasione — «*anche la pronuncia di incostituzionalità di leggi anteriori alla Costituzione determina la cessazione* erga omnes *con effetto retroattivo della norma relativamente a situazioni o rapporti cui sarebbe ancora applicabile la norma stessa, ove non fosse intervenuta la pronuncia di incostituzionalità. Né la suddetta situazione può qualificarsi come esaurita nel momento in cui è intervenuta la pronuncia di incostituzionalità, rappresentando l'evento nascita il mero presupposto della fattispecie acquisitiva il cui titolo è costituito dalla filiazione da madre cittadina, che è stato aggiunto come criterio di attribuzione dello* status civitatis, *dalla decisione della Corte Costituzionale, la quale ha determinato l'acquisto di un diritto in precedenza non previsto dall'ordinamento*» (in tal senso anche Cass., sez. I, 18 novembre 1996, n. 10086).

P.P.

«riacquistò» la cittadinanza italiana a far data dal 24 marzo 1982, allorquando il figlio Fernand Antoine era ormai maggiorenne avendo compiuto il quarantesimo anno di età.

1.2. – La controversia che ne occupa ha, quale oggetto principale la questione se Fernand Antoine Hosri sia — come sostiene — cittadino italiano *iure sanguinis* ai sensi dell'art. 1, comma 1, n. 1 legge n. 555/1912 nel testo risultante dalla sentenza della Corte costituzionale n. 30/1983 per essere nato da madre che, alla data della nascita era cittadina italiana; o, quanto meno, *iure communicationis* ai sensi dell'art. 12, comma 1 della predetta legge n. 555/1912 per aver la madre riacquistato la cittadinanza italiana quando egli era ancora minorenne.

Come è immediatamente palese la soluzione di tale questione è direttamente subordinata all'acclaramento dello *status civitatis* della Arrigoni nel periodo compreso tra il 20 gennaio 1942 (data della nascita del figlio Fernando Antoine) ed il 20 gennaio 1963, data nella quale detto figlio ha acquistato la maggiore età, essendo incontroverso, ed incontrovertibile, che ove costei abbia recuperato la cittadinanza dopo questa data, sarebbe automaticamente da escludere che il figlio sia divenuto cittadino italiano anche *iure communicationis*.

A questo fine, tenuto conto che, sul piano formale, durante quel periodo la Arrigoni era cittadina libanese, il tema dell'indagine viene ad incentrarsi sul problema relativo alla identificazione degli effetti della richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 87/1975 sul suo *status civitatis*, con specifico riferimento alla circostanza che questa pronuncia ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma anteriore alla vigente Costituzione per il suo contrasto con le norme ed i principi introdotti da questa Carta costituzionale.

2.1. – Costituiva fermo orientamento di questa Corte Suprema, anche a Sezioni Unite, che, in via generale, la norma dichiarata costituzionalmente illegittima, comportando la sentenza della Corte costituzionale la sua definitiva ed integrale eliminazione dall'ordinamento con efficacia *erga omnes* deve essere disapplicata, anche d'ufficio, dal primo giorno successivo alla pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* del dispositivo della decisione della Corte costituzionale, rispetto a tutti i rapporti per i quali penda controversia giudiziale, compresi quelli precostituiti salvo che, rispetto ad essi, si siano determinate situazioni giuridiche ormai esaurite, consolidate ed intangibili, suscettibili — come tali — di essere diversamente regolate prescindendo dalla norma dichiarata incostituzionale; ma che, peraltro, quando la pronuncia di illegittimità costituzionale abbia ad oggetto una norma contenuta in una legge o in un atto anteriore all'entrata in vigore della Costituzione e sia stata determinata dal contrasto della norma dichiarata illegittima con norme e principi propri della vigente Carta costituzionale, i suoi effetti, anche rispetto ai rapporti ancora pendenti, non possono retroagire oltre il momento in cui il detto contrasto è venuto a verificarsi e, quindi, oltre il 1° gennaio 1948, data di entrata in vigore della Costituzione (v. Cass., 23 febbraio 1978, n. 903; 9 luglio 1974, n. 2022; 24 aprile 1974, n, 1287; 10 luglio 1971, n. 2222; 4 giugno 1969, n. 1969; S.U. 22 giugno 1963, n. 1706).

L'orientamento (che è stato condiviso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 58 del 5 maggio 1967 e dalla dottrina nettamente maggioritaria, ma dal quale si sono consapevolmente discostate le sentenze della 1ª Sezione civile 10 luglio 1996, n. 6297 e 18 novembre 1996, n. 10086) deve essere ribadito.

La categoria relativa alla ipotesi della declaratoria di illegittimità di una norma anteriore al 1° gennaio 1948 in conseguenza del mutamento del quadro costituzionale di riferimento dato dalla vigente Costituzione si inserisce a pieno titolo in quella c.d. della incostituzionalità sopravvenuta. In ordine ad una siffatta norma, infatti, il vizio di illegittimità si configura non già sin dall'origne, ma solo in coincidenza con l'entrata in vigore della Costituzione, così come, del resto, è stato sottolineato dalla stessa Corte costituzionale già nella sentenza n. 58/1967, allorquando ha affermato che gli effetti della pronuncia di incostituzionalità discendono «da una dichiarazione di invalidità che inficia... la disposizione impugnata fin dall'origine o fin dall'emanazione della Costituzione per leggi a questa anteriori».

Ora, anche sulla base di specifiche statuizioni della stessa Corte costituzionale, costituisce ormai diritto vivente che l'efficacia retroattiva della sentenza declaratoria dell'illegittimità costituzionale di una norma sin dal momento in cui è entrata in vigore trova piena applicazione solo con riferimento alla categoria delle norme incostituzionali *ab initio*; e che, invece allorquando la norma stessa sia venuta a collidere con i parametri costituzionali solo successivamente alla data della sua entrata in vigore (la incostituzionalità sopravvenuta), allora il termine di decorrenza degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità coincide (e deve coincidere) con il momento in cui il vizio di incostituzionalità si è concretizzato: infatti è solo in questo momento che si determina l'antinomia costituzionale della legge, il che significa che sino a quel momento la legge stessa era legittima e valida, sicché sarebbe necessariamente illogica e contraddittoria una retroattività che si estendesse a colpire la norma anche nel periodo della sua validità.

Pertanto (e da ciò, appunto, la conferma dell'orientamento meno recente) in ordine alla categoria che qui interessa non può che trovare applicazione il regime della retroattività degli effetti della sentenza della Corte costituzionale proprio delle sentenze rese in ipotesi di incostituzionalità sopravvenuta: vale a dire, che la retroattività non può essere anteriore al 1° gennaio 1948, data di entrata in vigore della Costituzione. Correlativamente, i rapporti e le situazioni sorti in data anteriore al 1° gennaio 1948 rimangono assoggettati alla disciplina previgente all'emanazione della Carta costituzionale, anche se sono non consolidati, non esauriti e non irretrattabili prescindendo dalla norma dichiarata incostituzionale.

2.2. – Ebbene, la sentenza della Corte costituzionale n. 87/1975 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del precetto di cui al terzo comma dell'art. 10 legge n. 555/1912 per il suo contrasto con gli artt. 3 e 29 della Costituzione, ossia per una antinomia costituzionale sopravvenuta a seguito della entrata in vigore della nostra Carta fondamentale.

Ne discende immediatamente che gli effetti di detta pronuncia di incostituzionalità non possono retroagire oltre la data del 1° gennaio 1948, sicché i

rapporti sorti e le situazioni verificatesi anteriormente a questa data rimangono intangibili e non possono essere in alcun modo incisi dalla sentenza stessa.

In altri termini, con riferimento ad un matrimonio — contratto avanti il 1° gennaio 1948 — di una cittadina italiana con uno straniero la cui cittadinanza si comunichi alla moglie, il matrimonio ha comportato: che la donna abbia perso validamente la cittadinanza italiana, interrompendo così, definitivamente, il relativo *status*; che questo effetto giuridico, in sé e per sé considerato, non è stato inciso in alcun modo dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 87/1975; e, di conseguenza, che detta sentenza, mentre non ha reso *tamquam non esset* la perdita della cittadinanza, ha prodotto il limitato risultato di attribuire alla donna il diritto di «riacquistare», ove lo voglia, la cittadinanza italiana.

Non si può condividere, perciò, la costruzione, prospettata in via prioritaria dai ricorrenti, secondo cui detta sentenza ha comportato, in una con l'ablazione *ipso iure* della perdita della cittadinanza, che la donna abbia conservato il proprio *status civitatis* anteriore al matrimonio, ininterrottamente, automaticamente ed indipendentemente dalla sua volontà.

Tanto a definitava ragione, ove si consideri che la costruzione qui disattesa, nell'escludere il concorso della volontà della donna, e della relativa manifestazione, in ordine alla determinazione della propria cittadinanza dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 87/1975, per un verso, si pone in intimo ed essenziale contrasto proprio con i principi sottesi a detta pronuncia, una volta che il giudice delle leggi ha individuato la ragione della incostituzionalità nel dato che il precetto di cui all'art. 10, comma 3 legge n. 555/1912 determina il mutamento della cittadinanza della donna indipendentemente dalla sua volontà; per altro verso, potrebbe comportare, per la donna, situazioni giuridiche pregiudicanti da lei non volute, costringendola, così, per evitarle, ad una successiva formale dichiarazione di rinuncia alla cittadinanza italiana.

2.3. – Quindi, la sentenza della Corte costituzionale n. 87/1975 ha avuto l'effetto non già di escludere che la Arrigoni abbia perso la cittadinanza italiana, ma quello, e soltanto quello, di attribuirle il diritto di «riacquistare» detta cittadinanza, attraverso la relativa manifestazione di volontà.

Ne deriva che alla data del 20 gennaio 1942 la Arrigoni era cittadina libanese, sì che difetta il presupposto previsto dall'art. 1, n. 1 legge n. 555/1912 (essere nato da madre che al momento della nascita sia cittadina italiana) perché il figlio Fernand Antoine, nato in quel giorno, sia divenuto cittadino italiano *iure sanguinis*.

2.4. – Pertanto — emendata ed integrata la motivazione della sentenza d'appello nei termini fin qui esposti — le censure sviluppate in via prioritaria dai ricorrenti risultano infondate e devono essere respinte.

3. – Tenuto conto delle sue particolarità, nella specie non rileva accertare se il riacquisto della cittadinanza italiana da parte della Arrigoni a seguito della sua dichiarazione in tale senso del 23 marzo 1982 produca i suoi effetti a decorrere dal 24 marzo 1983, così come previsto dal combinato disposto degli artt. 219, comma 1 legge 19 maggio 1975, n. 151 e 13 comma 1 legge 555/1912; ovvero retroagisca al

1° gennaio 1948 in forza della efficacia retroattiva (sia pure limitata) della sentenza della Corte costituzionale n. 57/1975, così come sostengono i ricorrenti nella prospettiva subordinata.

Invero, la Arrigoni non ha (né ha enunciato di avere) un diretto interesse personale alla anticipazione della data degli effetti del riacquisto della cittadinanza.

Inoltre, anche ad ammettere che gli effetti del riacquisto decorrano dal 1° gennaio 1948, ciò non comporterebbe che il figlio Fernand Antoine è divenuto cittadino italiano *iure communicationis* ai sensi dell'art. 12, comma 1 legge n. 555/1912.

Per vero, detta disposizione non trova applicazione ove, *nella data in cui il genitore acquista o riacquista la cittadinanza italiana*, il figlio minore «risiedendo all'estero conservi, secondo la legge dello Stato cui appartiene, la cittadinanza straniera», e in quella data l'attuale ricorrente risiedeva all'estero ed aveva la cittadinanza libanese.

Nel contempo risulta manifestamente infondata la questione di costituzionalità della limitazione nei confronti dei figli minori che risiedono all'estero e che conservano la cittadinanza italiana per il contrasto con l'art. 3 della Costituzione in funzione della asserita ingiustificata disparità di trattamento tra i regimi di cui gli artt. 2, comma 1, e 12, comma 1 legge n. 555/1912.

Infatti, tra le due norme sussiste una netta diversità in ordine al presupposto (lo *status civitatis* del genitore, e non il rapporto di filiazione in sé e per sé considerato) e alle situazioni rispettivamente considerate, che ben può supportare il diverso regime giuridico.

L'art. 2 riguarda l'ipotesi che il genitore fosse cittadino italiano al momento in cui è sorto il rapporto di filiazione naturale e sia sempre rimasto tale; ed attribuisce la cittadinanza italiana al figlio (il cui stato di filiazione sia stato acclarato successivamente alla nascita) *iure sanguinis*, con effetto coevo alla sua data di nascita.

L'art. 12, invece, riguarda l'ipotesi che il genitore abbia acquistato o riacquistato la cittadinanza italiana, ossia che il genitore sia divenuto cittadino italiano successivamente al sorgere della situazione di filiazione, sì che in questo momento fosse straniero ed abbia attribuito al figlio il proprio *status civitatis* non italiano per *ius sanguinis*; e dispone che il minore diventi automaticamente cittadino italiano *iure communicationis*, ma solo a far data dal giorno in cui, a sua volta, il genitore abbia acquistato o riacquistato la cittadinanza italiana.

Quindi, neanche la costruzione proposta dai ricorrenti in via subordinata è fondata *(omissis)*.

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Un., 17 dicembre 1998, n. 12622 - *Pres.* Favara - *Rel.* Paolini - *P.M.* Dettori (conf.) - Italispaca S.p.a. (avv. Carbone) c. Pres. Regione Siciliana (n.c.) e Presidenza Cons. Ministri (avv. Stato Laporta).

Giurisdizione civile - Concessione lavori pubblici - Giurisdizione A.G.O. - Legge n. 109/1994 e succ. modifiche - Controversie anteriori - Competenza arbitrale - Sussiste.

(Legge 11 febbraio 1994 n. 109, art. 31/*bis*, codice procedura civile art. 5).

Arbitrato - Lodo - Impugnazione per nullità - Intervento del terzo - Ammissibilità - Esclusione.

(Codice procedura civile, art. 828, 831).

*Nei giudizi arbitrali promossi, su questioni attinenti a diritti soggettivi, in data anteriore all'entrata in vigore dell'art. 31-*bis*, quarto comma, legge 11 febbraio 1994 n. 109 (come modificata con art. 9 del decreto-legge n. 101/1995, convertito in legge n. 216/1995) la competenza degli arbitri rimane ferma in virtù dello* ius superveniens *costituito dalla citata norma, senza che abbia rilievo ogni ipotizzabile problema circa la formale qualificazione del rapporto costituito, fra P.A. committente e soggetto assuntore, per l'esecuzione di intervento in materia di lavori pubblici (nella specie, la Corte ha, in particolare negato rilevanza alla distinzione tra concessioni di sola costruzione e concessioni comportanti trasferimento di pubblici poteri)* (1).

Nel giudizio di impugnazione per nullità di lodo arbitrale pronunciato prima dell'entrata in vigore della legge 5 gennaio 1994, n. 25, non è ammissibile l'intervento del terzo rimasto estraneo al giudizio arbitrale (2).

(*omissis*).

1. – I ricorsi, separatamente proposti avverso la stessa sentenza, a mente dell'art. 335 codice procedura civile, devono essere riuniti.

2. – La «ITALISPACA» S.p.A., cui, come detto, è succeduta nel processo, la «VALIM» S.p.A., ed il Presidente della Regione Sicilia hanno dedotto in discussione la convenzione in data 8 aprile 1988 surricordata, con la quale, il Presidente del Consiglio dei ministri, cui (in virtù del dettato del decreto-legge 3 maggio 1991 n. 142, convertito nella legge 3 luglio 1991 n. 195) è «subentrato a

---

(1) Inequivocabile richiamo alla *voluntas legis*, con relativa e conseguente segnalazione di indisponibilità — come pare — della Corte regolatrice a consentire eccezioni e riserve di sorta in materia nonché (in ossequio al novellato art. 5 codice procedura civile) ad approfondire la portata ed il significato del quinto comma dell'art. 31-*bis* legge 109/1994 (la cui letterale formulazione, pur con ogni «concessione» al pressapochismo del più recente legislatore, sembrava autorizzare una fondata distinzione tra «controversie» anteriori e «lavori» oggetto di concessioni anteriori alla legge).

Delle «ripudiate» sentenze, Cass. 12 giugno 1997 n. 5299 è in *Foro it.* 1997, I, 2879.

(2) Principio enunciato con riferimento alle regole previgenti alla legge 5 gennaio 1994 n. 25 (entrata in vigore il 17 aprile 1994) il cui art. 22, modificativo dell'art. 831 codice procedura civile, contempla ora l'opposizione di terzo al lodo arbitrale nei casi indicati nell'art. 404.

La richiamata, conforme Cass. 11 febbraio 1988 n. 1465 (in *Giust. civ.*, 1988, I, 1508), dopo aver distinto tra intervento nel giudizio arbitrale ed intervento nel giudizio d'impugnazione del relativo lodo argomentò l'inammissibilità, nel secondo caso, dal limitato ambito del giudizio «per nullità» nonché dall'irrilevanza del fatto che la sentenza resa dal giudice dell'impugnazione sia equiparabile ad una sentenza d'appello.

L'altro precedente, conforme, richiamato in motivazione si legge in *Giust. civ.* 1962, 1773; i precedenti contrari al principio enunciato sono invece, rispettivamente, in *Foro it.* 1976, I, 1220 (con nota di C.M. Barone) ed in *Foro it.* 1985, I, 816.

tutti gli effetti» nel contratto e nel rapporto derivatone il sopra indicato presidente di regione, ha affidato in regime di «concessione unitaria» alla dianzi nominata autrice della attuale ricorrente l'esecuzione del complesso di operazioni descritte in narrativa, e, denunciando la prima una serie di inadempimenti della p.a. concedente agli obblighi scaturenti dal negozio in argomento, ed il secondo di aver pagato alla concessionaria importi eccedenti le somme nella realtà dovutele, hanno azionato dinanzi ad un collegio arbitrale costituito secondo le previsioni risultanti da una clausola compromissoria inserita nella convenzione cennata, reciproche domande risarcitorie e recuperatorie.

Il collegio arbitrale, con sentenza pronunciata e resa esecutiva il 26 novembre 1993, ritenuta l'attitudine della clausola compromissoria contemplante la propria costituzione ad operare nella fattispecie, ha accolto in parte le confliggenti pretese.

Sul gravame *ex* art. 828 codice procedura civile prodotto dal Presidente della Regione Sicilia, la Corte di appello di Roma, con sentenza del 15 luglio 1996, in accoglimento dell'impugnazione, ha dichiarato la nullità della decisione arbitrale, ritenendo «non compromettibili in arbitri le controversie di cui è causa» in quanto afferenti a rapporti aventi il titolo in una concessione amministrativa, e da ritenere, perciò, riservate, in sede di giurisdizione esclusiva, alla cognizione dei giudici amministrativi a' termini dell'art. 5 legge 6 dicembre 1971 n. 1034.

La corte capitolina, premesso che «nella specie gli interventi straordinari per le città di Palermo e di Catania sono stati affidati alla ITALISPACA S.p.A., in virtù della convenzione dell'8 aprile 1988, ..., in regime di concessione unitaria con conferimento di attribuzioni e facoltà proprie dell'ente concedente quali la programmazione, la progettazione di massima ed esecutiva, l'esecuzione tramite appalto a terzi, la direzione dei lavori ed il collaudo nonché le attività occorrenti per l'acquisizione delle aree e degli immobili, onde può con assoluta sicurezza concludersi che trattasi di concessione non di mera esecuzione di opere ma implicante trasferimento di funzioni pubbliche», dopo aver evidenziato che «la concessione di costruzione si differenzia dall'appalto in quanto il concessionario non è obbligato soltanto al semplice compimento dell'opera pubblica intesa come mera attività materiale di costruzione, ma è tenuto anche a svolgere funzioni ed attività diverse ed ulteriori, previa attribuzione di poteri e facoltà propri dell'ente concedente, quali la progettazione dell'opera, la direzione dei lavori, la sorveglianza, l'espletamento delle necessarie procedure espropriative», e che «ciò implica in tutto o in parte in capo al concessionario l'esercizio di funzioni oggettivamente pubbliche proprie del concedente», ha ritenuto che le vertenze relative a concessioni di costruzione di opera pubblica, non riguardanti contestazioni su indennità, canoni e corrispettivi e insuscettibili di mettere in discussione la portata e il contenuto del rapporto controverso, rientrano «nella competenza del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 5, comma 1, legge 1034/71, con conseguente loro non compromettibilità in arbitrato». Ciò, innanzi tutto, in quanto non rileva, ai fini in argomento, la «equiparazione fra appalto e concessione di sola costruzione che si vorrebbe trarre dalla definizione contenuta nell'art. 4 n. 2 del decreto legislativo 19 dicembre 1991 n. 406 di attuazione della direttiva 89 - 440 C.E.E.», tale equiparazione operando «nell'ambito della procedura di aggiudicazione» e non per la «identificazione del giudice delle controversie insorte fra le parti»; altresì, in quanto non è possibile correlare il riconoscimento della giurisdizione degli arbitri e del giudice

ordinario all'art. 3 del decreto-legge 1° febbraio 1988 n. 19, convertito nella legge 28 marzo 1988 n. 99 — testi legislativi questi in base ai quali era stata posta in essere la convenzione di cui è causa — che, «per la realizzazione delle opere in discussione, ha attribuito al Presidente del Consiglio dei ministri il potere di derogare alle leggi ordinarie», essendo tale generica attribuzione di potere inidonea a legittimare interventi sulla normativa generale in tema di giurisdizione.

La corte distrettuale ha posto in risalto, inoltre, doversi escludere che lo *ius superveniens* di cui all'art. «31-*bis* commi 4 e 5 legge n. 109/1994, introdotto dall'art. 9 del decreto-legge 3 aprile 1995 n. 101 convertito in legge 2 giugno 1995 n. 216, in virtù del quale, ai fini della tutela giurisdizionale, le concessioni in materia di lavori pubblici sono equiparate agli appalti» abbia potuto determinare l'attrazione delle controversie di cui trattasi nella sfera di attribuzioni giurisdizionali del giudice ordinario, perché, «quale che sia il significato e la portata della normativa, nel presente giudizio, deve accertarsi se all'atto dell'introduzione del giudizio arbitrale, gli arbitri fossero o meno forniti di *potestas iudicandi* per decidere sulle domande proposte dalle parti ed in tale contesto il riferimento alle nuove disposizioni non è pertinente, dovendosi aver riguardo ai fini della competenza arbitrale alla legge all'epoca vigente»; essere ininfluente, sotto il profilo in discorso, il dato che «la legge in esame stabilisce che le disposizioni dell'art. 31-*bis* si applicano anche alle controversie relative ai lavori appaltati e concessi anteriormente alla data di entrata in vigore della legge, essendo evidente che tale retro-attività non riguarda le controversie sorte e decise sotto il vigore di una diversa normativa, bensì quelle successive, sebbene relative ad appalti e concessioni anteriori alla legge stessa», e ciò «in linea con la nuova disciplina dell'art. 5 codice procedura civile che ha espressamente stabilito che ogni mutamento sopravvenuto, tanto di fatto quanto di diritto, non incide sulla individuazione del giudice competente che va compiuta, in ogni caso, con riferimento allo stato di fatto ed alla legge vigente al momento della proposizione della domanda».

La «VALIM» S.p.A., con i tre motivi del ricorso principale, denuncia «violazione degli artt. 1, 37, 808, 829 n. 1 codice procedura civile (art. 360 nn. 1 e 3 codice procedura civile) con violazione e falsa applicazione degli artt. 5 e 7 della legge n. 1034/1971, degli artt. 1 e 3 legge n. 584/1977, dell'art. 4 decreto legislativo n. 406/1991, dell'art. 31-*bis* legge n. 109/1994, come modificata dal decreto-legge n. 101/1995 conv. con modif. dalla legge 216/1995, del decreto-legge n. 19/1988 conv. con modif. dalla legge 28 marzo 1988 n. 99/1988 e degli artt. 1362 e ss. c.c. in relazione alla convenzione P.C.M. - ITALISPACA dell'8 aprile 1988 (art. 360 nn. 1 e 3 codice procedura civile)», «ulteriore violazione degli artt. 1, 5, 37, 808, 829 n. 1 codice procedura civile e dell'art. 9, comma 2, del decreto-legge n. 238/1995, reiterato con decreto-legge n. 347/1995 e con decreto-legge n. 432/1995, convertito con modificazioni nella legge 534/1995 (art. 360 nn. 1 e 3 codice procedura civile)», nonché «motivazione insufficiente e contraddittoria (art. 360 n. 5 codice procedura civile)»: in estrema sintesi, sul presupposto che la discussa convenzione dell'8 aprile 1988 avrebbe dato luogo all'insorgenza di «un rapporto contrattuale che, avendo ad oggetto la realizzazione di opere e l'esecuzione di lavori pubblici con la prestazione dell'attività necessaria al risultato», non avrebbe comportato «nessun trasferimento di poteri pubblici» e si sarebbe rivelata «coincidente, nel suo nucleo di clausole di

contratto di scambio, con l'appalto ...», dopo aver negato che in astratto il termine concessione abbia reale «contenuto definitorio» e valenza di «autonoma categoria giuridica», sostiene che la corte romana avrebbe errato «a configurare il rapporto (in controversia) come concessione di ... beni e servizi pubblici ai sensi dell'art. 5 legge n. 1034/71», e non avrebbe «dato conto, in fatto e in diritto, degli elementi» in base ai quali ha ravvisato l'intervenuto trasferimento nel quadro dello stesso di funzioni e di poteri pubblici; che la medesima corte, ignorando il significato e la portata degli artt. 1 e 3 legge n. 584/1977, 4 decreto legislativo 406/1991, 31-*bis* legge n. 109/1994, introdotto dal decreto-legge 3 aprile 1995 n. 101 come convertito con legge 2 giugno 1995 n. 216, avrebbe erroneamente ritenuto una, asserita inesistente, «differenza di trattamento giuridico sostanziale fra l'appalto e la concessione», a suo dire, viceversa, integranti figure omologabili; che, in ogni caso, la facoltà di operare in deroga alle leggi vigenti accordata al Presidente del Consiglio dei ministri dai ripetuti decreti-legge n. 19 del 1988 e legge n. 99 del 1988 in relazione alle attività da porre in essere sulla base della normativa contenuta in detti testi legislativi avrebbe importato il potere «di disporre, sul piano sostantivo, dei diritti e delle posizioni giuridiche altrimenti qualificabili dedotti nella convenzione in controversia», e che ciò sarebbe stato sufficiente «a consentire la devoluzione in arbitri, che è vietata soltanto con riferimento a situazioni giuridiche insuscettibili di transazione»; che, comunque, «se anche la competenza giurisdizionale non fosse *ab initio* spettata all'A.G.O. dunque agli arbitri — ad essa sarebbe successivamente spettata per effetto retroattivo dell'art. 31/*bis* della legge 109/1994 nel testo vigente», per il quale «per le concessioni in materia di opere pubbliche vale la stessa tutela giurisdizionale offerta agli appalti anche con riferimento a controversie relative a rapporti concessori instaurati prima della sua entrata in vigore»; che non osterebbe al riconoscimento della giurisdizione degli arbitri e del giudice ordinario sulla vertenza in argomento, in virtù dello *ius superveniens* di cui all'art. 31-*bis* legge 109/1994, nel testo novellato dall'art. 9 decreto-legge 3 aprile 1995 n. 101 come convertito nella legge 2 giugno 1995 n. 216, il dettato dell'art. 5 codice procedura civile, nel testo risultante dalla novellazione recata dalla legge 26 novembre 1990 n. 353, per il quale «la giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente ed allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti della legge e dello stato medesimo», in quanto tale disposizione codicistica, assunta entrata in vigore il 22 ottobre 1995, in virtù di quanto statuito dall'art. 9 decreto-legge 18 ottobre 1995 n. 432, convertito con legge 20 dicembre 1995 n. 534, sarebbe destinata a restare priva di efficacia con riferimento ai mutamenti legislativi in tema di giurisdizione risultanti, come quello di cui trattasi, da leggi promulgate prima della sua intervenuta vigenza.

Le così prospettate censure, da esaminarsi congiuntamente, perché connesse, pur nella non condivisibilità di molte delle deduzioni in esse articolate, sono fondate nei termini di seguito precisati.

L'art. 31-*bis* legge 11 febbraio 1994 n. 109, nel testo introdotto dal decreto-legge 3 aprile 1995 n. 101, come convertito nella legge 2 giugno 1995 n. 216, nei commi 4 e 5, recita testualmente:

«ai fini della tutela giurisdizionale le concessioni in materia di lavori pubblici sono equiparate agli appalti.

Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle controversie relative ai lavori appaltati o concessi anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge».

In relazione alle disposizioni legislative considerate, queste Sezioni unite, con recente sentenza n. 10634 del 29 ottobre 1997 (cui *adde* le sostanzialmente con-formi Cass. SS.UU. civ., sent. n. 5252 del 12 giugno 1997 e *id.*, sent. n. 9481 del 26 settembre 1997) hanno enunciato il principio secondo il quale l'equiparazione ai fini della tutela giurisdizionale delle concessioni in materia di lavori pubblici agli appalti, disposta dall'art. 31-*bis*, quarto comma, della legge 11 febbraio 1994 n. 109 (introdotto dall'art. 9 decreto-legge n. 101 del 1995 come convertito nella legge n. 216 del 1995) è espressamente estesa dal comma quinto del menzionato art. 31-*bis* anche alle controversie relative ai lavori appaltati o concessi anteriormente alla data di entrata in vigore di detta disposizione: ne consegue che, quando prima dell'intervenuta modifica della normativa, per una di tali controversie sia stato promosso un giudizio arbitrale avente ad oggetto questioni relative a diritti soggettivi, la giurisdizione degli arbitri, e quella successiva del giudice ordinario, rimane ferma in virtù dello *ius superveniens* costituito dall'art. 31-*bis*, *cit.*, senza che abbia rilievo la qualificazione del rapporto come concessione o come appalto, e senza che in contrario operi la nuova formulazione dell'art. 5 codice procedura civile, la quale non esclude che debbano trovare applicazione nei giudizi pendenti le norme sopravvenienti che, diversamente regolando la giurisdizione, questa attribuiscano al giudice davanti al quale la domanda è stata proposta.

In applicazione del principio considerato, senz'altro da condividere, la vertenza di cui trattasi, pacificamente scaturita da concessione in materia di lavori pubblici ed avente ad oggetto contrastanti domande intese a far valere, da un lato, ragioni risarcitorie e richieste di corrispettivi, e, dall'altro, pretese recuperatorie ex art. 2033 codice civile, quindi, tutte diritti soggettivi, deve essere ritenuta ricadente nella giurisdizione degli arbitri e del giudice ordinario, e non in quella dei giudici amministrativi a mente dell'art. 5, comma 1, legge 6 dicembre 1971 n. 1034.

Sul tema, giova puntualizzare che, ai fini in argomento, ad avviso del collegio, non rileva la circostanza, indiscussa, che la concessione di cui trattasi, giusta quanto in narrativa evidenziato, non si configuri come concessione di mera costruzione, ma contempli, altresì, l'affidamento alla concessionaria di una serie di attività, oltre che materiali, tecniche e burocratico-amministrative prodromiche e strumentali rispetto alla realizzazione degli interventi costruttivi integranti l'oggetto principale del rapporto controverso.

Il ridetto art. 31-*bis*, comma 4, legge n. 109 del 1994, per come inequivocamente emerge dal suo testo letterale, prevede la generalizzata equiparazione agli appalti, ai fini della tutela giurisdizionale, di tutte le concessioni in materia di lavori pubblici, e non delle sole concessioni di costruzione di opere pubbliche, e, pertanto, deve ritenersi che il relativo dettato si applichi anche in relazione a quelle concessioni con le quali, come nella fattispecie, risultino commesse al concessionario, insieme alla realizzazione di una o più opere materiali, attività tecniche e/o amministrative preparatorie, accessorie e connesse rispetto a tale realizzazione (programmazione, progettazione, acquisizione delle aree e delle autorizzazioni, stipulazione degli appalti, vigilanza dell'andamento dei lavori, collaudi, ecc.).

Si deve soggiungere, al riguardo, che, tenuto conto dell'amplissima portata letterale della cennata disposizione legislativa, non possono essere condivise le conclusioni alle quali sono pervenute Cass. SS.UU. civ., sent. n. 11132 dell'11 novembre 1997 e le precedenti *id.*, sent. n. 10955 del 19 ottobre 1996 e n. 5299 del 12 giugno 1997, secondo le quali il comma 4 dell'art. 31-*bis* legge n. 109 del 1994, nel disporre che, ai fini della tutela giurisdizionale, le concessioni in materia di lavori pubblici sono equiparate agli appalti, fa riferimento unicamente alle concessioni di sola costruzione di opere pubbliche, restando esclusi i casi in cui il rapporto concessorio abbia un contenuto più esteso e si riferisca anche, fra l'altro, alla progettazione dell'impianto da costruire: l'interpretazione restrittiva della norma di cui trattasi recepita negli arresti citati, di vero, risulta confliggente con la lettera della legge e con la relativa *ratio*, da individuare nell'esigenza di eliminare, per quanto possibile, ogni margine di incertezza in ordine all'individuazione del giudice giurisdizionalmente competente a conoscere delle controversie su diritti fra pp.aa. committenti e soggetti assuntori dell'esecuzione degli interventi in materia di lavori pubblici prescindendo da ogni ipotizzabile questione circa la formale qualificazione del rapporto fra i medesimi costituiti.

Alla stregua delle considerazioni tutte fin qui sviluppate, in accoglimento del ricorso principale, deve essere dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario — e, prima, degli arbitri — a conoscere della causa fra la «VALIM» S.p.A. ed il Presidente della Regione Sicilia, con conseguenti cassazione della statuizione della sentenza impugnata recante declinatoria della giurisdizione di detto giudice su tale causa e rinvio di questa dinanzi alla corte distrettuale *a qua*.

3. – La «ITALISPACA» S.p.A. ed il Presidente della Regione Sicilia hanno azionato e coltivato nel giudizio arbitrale di cui in narrativa ragioni reciproche aventi il titolo nel rapporto concessorio scaturito dalla dianzi ripetutamente citata convenzione stipulata l'8 aprile 1988 fra il Presidente del Consiglio dei ministri, concedente, e la società sunnominata, concessionaria.

Gli arbitri, con sentenza del 26 novembre 1993, hanno pronunciato sul merito delle confliggenti pretese sul presupposto che ai contendenti dovesse essere riconosciuta la qualità di parti del rapporto in controversia, e che, segnatamente, a' sensi dell'art. 9 decreto-legge 3 maggio 1991 n. 142, convertito nella legge 3 luglio 1991 n. 195, il Presidente della Regione Sicilia fosse «subentrato» al Presidente del Consiglio dei ministri nel ruolo a tale autorità statuale spettante nel quadro del rapporto cennato.

Il Presidente della Regione Sicilia ha prodotto impugnazione per nullità, a mente dell'art. 828 codice procedura civile, avverso la sentenza arbitrale, all'uopo citando dinanzi alla corte di appello di Roma la «ITALISPACA» S.p.A., stata la sua unica contraddittrice dinanzi agli arbitri.

Nel giudizio di gravame così instaurato ha spiegato intervento il Presidente del Consiglio dei ministri articolando istanze ed assunti omologhi a quelli prospettati dalla p.a. reclamante, ed invocando, alla sua volta, la invalidazione della decisione da questa contestata.

La corte di appello, con la sentenza impugnata, ha dichiarato inammissibile l'intervento in questione, rilevando, per un verso, doversi escludere l'attuale

spettanza all'interventore di un qualsiasi ruolo nel rapporto sostanziale di cui è causa alla stregua del surrichiamato dettato dell'art. 9 decreto-legge n. 142 del 1991, e, per un altro, «discende(re) la inammissibilità nel presente giudizio dell'intervento del P.C.M. atteso che ai sensi dell'art. 344 codice procedura civile l'intervento in appello è ammissibile solo ai terzi che potrebbero proporre opposizione a norma dell'art. 404 codice procedura civile e tale facoltà, preclusa dall'art. 831 codice procedura civile (vecchio testo) è stata introdotta solo dalla legge 5 gennaio 1994 n. 25, non applicabile alla specie trattandosi di lodo emesso prima dell'entrata in vigore della predetta legge».

Il Presidente del Consiglio dei ministri, con l'unico motivo del suo ricorso incidentale, deduce che, in tal guisa statuendo, la corte capitolina sarebbe incorsa in «violazione e falsa applicazione degli artt. 2 decreto-legge 19/1988 (conv. con legge n. 99/1988) e 9 decreto-legge n. 142/1991 (conv. con legge n. 195/1991) in relazione agli artt. 14 lett. *g* e *p* regio decreto legislativo 15 maggio 1946 n. 455 (sub 1. cost. 26 febbraio 1948 n. 2), nonché degli artt. 344 e 404 codice procedura civile (art. 360 n. 3 codice procedura civile)»: in definitiva, sostiene che una corretta interpretazione sistematica delle disposizioni di cui ai decreti-legge n. 19 del 1988 e n. 142 del 1991, nonché delle relative leggi di conversione avrebbe dovuto, e dovrebbe, indurre nel convincimento, che ad esso ricorrente competano e qualità di parte del rapporto controverso, e, quindi, titolo ad intervenire nel giudizio di impugnazione per nullità della sentenza arbitrale di cui trattasi, recante statuizioni riguardanti detto rapporto.

L'assunto non ha fondamento.

In proposito, va rilevato che — dovendo restare riservato al giudice del quale è stata come sopra dichiarata la giurisdizione e dinanzi al quale è stata rinviata la causa, sempre che risulti essere stato sollecitato ritualmente, con i motivi del gravame di cui all'art. 828 codice procedura civile, l'esame della problematica afferente alla individuazione dei soggetti ai quali spetta la veste di parti del rapporto concessorio sostanziale controverso — nella presente sede deve essere affrontata e risolta esclusivamente la questione, pregiudiziale, attinente al processo, relativa alla verifica della sussistenza della legittimazione, processuale, del Presidente del Consiglio dei ministri ad intervenire nel giudizio di impugnazione per nullità della sentenza arbitrale più sopra menzionata, resa fra altri soggetti ed all'esito di un procedimento al quale egli è stato estraneo.

Al riguardo, premesso che la fattispecie concerne impugnazione per nullità di sentenza arbitrale incontestatamente pronunciata antecedentemente all'entrata in vigore della legge 5 gennaio 1994 n. 25, e che, perciò, il giudizio ad essa relativo, di massima, e per quanto qui interessa, deve intendersi regolato dalla normativa risultante dal testo originario del codice di procedura civile (art. 27, comma 4, legge *cit.*), si rendono necessarie le seguenti considerazioni.

Questa Corte, nelle uniche due sentenze, di sezioni semplici, che si sono occupate *ex professo* ed argomentatamente della tematica relativa all'ammissibilità dell'intervento del terzo nel giudizio di impugnazione per nullità della sentenza arbitrale (Cass. sez. I civ., sent. n. 437 del 6 marzo 1962, e *id.*, sent. n. 1465 dell'11 febbraio 1988), ha enunciato il principio secondo il quale, alla stregua del codice di rito nel testo in vigore prima della novellazione di cui alla legge n. 25 del

1994, *prec. cit.*, l'intervento del terzo stato estraneo al giudizio arbitrale nel processo di gravame cennato non è consentito, restando affidata la tutela dei diritti di detto terzo che possano subire pregiudizio per effetto della sentenza degli arbitri all'esperimento di un'ordinaria azione di accertamento, svincolata dall'osservanza dei termini di cui agli artt. 404 e 326 codice procedura civile e dalle regole di competenza risultanti dall'art. 828 del codice di procedura.

Si è posto in risalto, a supporto di tale enunciazione, che l'impugnazione per nullità della sentenza arbitrale ha un ambito delimitato, concernente i soli casi di cui all'art. 829 codice procedura civile, che sono ben lungi dal portare ad una revisione del giudizio di prima istanza, come è caratteristico dell'appello, perché diretti ad assicurare il rispetto di regole interne del procedimento arbitrale, o perché afferenti a denuncia di vizi assimilabili a quelli suscettibili di rilevare in sede di legittimità: che, consequenzialmente, deve ritenersi esclusa la legittimazione del terzo ad inserire in un tale giudizio una qualche sua autonoma causa di nullità.

Si è osservato, altresì che il riconoscimento dell'ammissibilità dell'intervento del terzo nel giudizio in discorso non può essere correlato al dettato dell'art. 344 del codice di rito (con il connesso rinvio all'art. 404 stesso codice), posto che tale norma, diretta a consentire, in via eccezionale, l'intervento in appello di soggetti che, in quanto titolari di diritti autonomi e incompatibili con quelli controversi fra le parti e suscettibili di essere pregiudicati dalla sentenza resa dal primo giudice o da quella emananda dal giudice d'appello, avrebbero potuto spiegare intervento già in prime cure, reca previsione che non si attaglia al giudizio di impugnazione per nullità cennato in ragione sia delle limitazioni all'intervento dei terzi nel procedimento arbitrale derivanti dal compromesso, che di tale giudizio è la fonte, sia del fatto, già evidenziato, che il giudizio di impugnazione di sentenza arbitrale per nullità è destinato a restare circoscritto a motivi specifici e non può estendersi ad altri profili concernenti la posizione del terzo.

L'orientamento giurisprudenziale risultante dai due arresti dianzi citati appare convincente, merita di essere condiviso e deve presiedere alla definizione della causa in argomento (sul tema essendo da precisare soltanto che non possono costituire precedenti validi a contrastare l'indirizzo recepito Cass. sez. I civ., sent. n. 4431 del 24 novembre 1976 e *id.*, sent. n. 4820 del 28 settembre 1984, dalle quali risultano enucleabili affermazioni recanti declaratoria dell'ammissibilità dell'intervento del terzo nel giudizio di impugnazione per nullità della sentenza arbitrale: ed infatti, da un lato, l'affermazione contenuta al riguardo nel primo di detti ultimi arresti si rivela sostanzialmente non motivata, e, dall'altro, la seconda delle sentenze considerate riconosce ammissibile l'intervento nel giudizio in parola solo in termini concessivi).

Conclusivamente, in applicazione dell' orientamento giurisprudenziale accolto, la declaratoria della sentenza impugnata relativa all'inammissibilità dell'intervento di terzo dell'attuale ricorrente incidentale nel procedimento di impugnazione di sentenza arbitrale instauratosi fra il Presidente della Regione Sicilia e la «ITALISPACA» S.p.A. va ravvisata conforme al diritto e deve essere tenuta ferma, previa, per quanto di ragione, revisione della relativa motivazione nei sensi dianzi illustrati.

Il ricorso incidentale, correlativamente, deve essere rigettato (*omissis*).

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 9 febbraio 1999, n. 1082 - *Pres.* Senofonte - *Est.* Macioce - *P.M.* Mele - Fortes c. Ministero dell'Interno e Prefettura di Palermo (avv. Stato Basilica).

Immigrazione - Decreto pretorile - Ricorso per cassazione - Inammissibilità dell'impugnazione.

Non è ammissibile il ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost. avverso il decreto pretorile reso sul ricorso proposto ex art. 11 comma 8 della legge n. 40/98, essendo tale provvedimento, pur decisorio, del tutto privo del requisito indefettibile della definitività, in quanto atto sottoponibile al reclamo di cui all'art. 739 codice procedura civile (1).

(*omissis*).

Con decreto motivato 8 aprile 1998 il Prefetto di Palermo, provvedendo ai sensi dell'art. 11 comma 2° lett. *b*) della legge 6 marzo 1998 n. 40, disponeva l'espulsione dallo Stato di Fortes Vitoria Antonia cittadina del Cabo Verde perché ella, già titolare di permesso di soggiorno scaduto il 22 aprile 1996, non aveva provveduto a chiederne il rinnovo entro i sessanta giorni dalla scadenza. La Fortes proponeva ricorso al Pretore di Palermo ai sensi dell'art. 11 comma 8 legge *cit.* deducendo l'illegittimità e l'ingiustificatezza dell'espulsione e, in subordine,

---

(1) La riforma dell'immigrazione al primo esame della Corte di Cassazione e la novità contenuta nel decreto legislativo 13 aprile 1999, n. 113.

A) La sentenza n. 1082/99 riveste una notevole importanza, perché costituisce la prima decisione della Corte di Cassazione in materia di immigrazione, dopo l'entrata in vigore della riforma attuata con la legge n. 40/98 (le cui disposizioni sono poi confluite nel Testo Unico approvato con decreto legislativo 5 luglio 1998, n. 286). Il giudice di legittimità accoglie l'eccezione della controricorrente Amministrazione, dichiarando l'inammissibilità del ricorso per cassazione ex art. 111 avverso il decreto pretorile che rigetta il ricorso dell'immigrato, essendo tale provvedimento, pur decisorio, del tutto privo dell'indefettibile requisito della definitività, in quanto atto sottoponibile al reclamo di cui all'art. 739 codice procedura civile.

B) Questi i fatti: una cittadina di Capo Verde ricorreva al Pretore contro il decreto di espulsione emesso nei suoi confronti dal Prefetto di Palermo (*ex* art. 11, comma 2 lett. *b*) della legge n. 40/98) per il mancato rinnovo del permesso di soggiorno (la domanda era stata presentata ben oltre il termine di scadenza). Il Pretore di Palermo rigettava il ricorso, ritenendo, tra l'altro, che la ricorrente, pur risiedente in Italia da oltre 10 anni, non aveva alcun diritto alla cittadinanza, ma solo l'interesse legittimo all'accoglimento di una domanda che (ai sensi dell'art. 9 legge n. 91/91) avesse proposto.

La donna proponeva allora, contestualmente, ricorso straordinario per cassazione *ex* art. 111 Cost. e reclamo al Tribunale contro il decreto pretorile.

La Corte di Cassazione ha deciso il ricorso con la sentenza che si annota, accogliendo la tesi dell'Amministrazione, che aveva eccepito l'inammissibilità del ricorso immediato contro la decisione pretorile, in quanto l'immigrata avrebbe dovuto esperire previamente il rimedio del reclamo al Tribunale.

l'incostituzionalità della normativa: il Pretore, sentita la Fortes, con decreto 17 aprile 1998 rigettava l'opposizione affermando che:

1. – La Fortes, scaduto il permesso di soggiorno in data 22 aprile 1996, aveva chiesto il rinnovo solo l'8 aprile 1998 e cioè ben oltre i previsti novanta giorni dalla scadenza.

2. – La ricorrente, pur risiedente nella Repubblica da oltre 10 anni, non aveva alcun diritto alla cittadinanza italiana ma solo l'interesse legittimo all'accoglimento di una domanda che, ai sensi dell'art. 9 legge 5 febbraio 1991, avesse proposto.

3. – La questione di costituzionalità delle norme, con riguardo egli artt. 3 e 16 Cost., era irrilevante, perché la Fortes non era cittadina italiana e quella sollevata con riguardo all'art. 13 era infondata, per l'inapplicabilità di tale disposizione.

Per la cassazione di tale decreto — e sull'assunto che esso fosse direttamente ricorribile ai sensi dell'art. 111 Cost. — ha proposto ricorso la Fortes con atto notificato il 23 aprile 1998 articolato su quattro mezzi.

Si sono costituiti l'intimato Prefetto ed il Ministro, notificando rituale controricorso ed illustrandone in discussione orale i contenuti.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo del ricorso la Fortes denunzia la violazione degli art. 11 legge 40/98 e 9 lett. *f)* legge 91/92, per avere il Pretore applicato la normativa sulla espulsione in modo restrittivo: A) non considerando che la norma prevede la

---

A questa conclusione, la Suprema Corte perviene passando attraverso l'enunciazione di due principi: 1) dall'esame delle nuove norme che regolano la cosiddetta «espulsione amministrativa» deriva che è sempre possibile ricorrere in Cassazione contro le decisioni del Tribunale, che definiscono in sede di reclamo le impugnazioni contro i decreti del Prefetto. Pertanto, se è vero che in questo caso la donna avrebbe dovuto prima proporre reclamo al Tribunale, è errato sostenere che le decisioni del Pretore in materia sono revocabili in ogni momento e non incidono su diritti soggettivi, essendo provvedimenti definitivi sulla libertà personale sempre ricorribili per cassazione; 2) mentre le disposizioni precedenti, ora abrogate, prevedevano la giurisdizione del T.A.R. sui provvedimenti di espulsione, stabilendo un sistema di controlli delle misure interno alla giurisdizione amministrativa e, come tale, non sottoponibile al ricorso straordinario in Cassazione, in virtù dell'innovazione legislativa del 1998 si è voluto dare al giudice ordinario, «giudice dei diritti soggettivi», la cognizione su una impugnativa che, per l'organo al quale è proposta e per le garanzie di difesa che la devono assistere (il patrocinio gratuito), «non può non presupporre la denuncia della lesione di un diritto soggettivo».

C) La sentenza che si pubblica, pur apprezzabile per la conclusione cui perviene (di notevole rilevanza pratica), contiene un *obiter dictum* che non può essere condiviso, in cui si anticipa che è ammissibile il ricorso straordinario ex art. 111 Cost. avverso il provvedimento del Tribunale reso in sede di reclamo del decreto pretorile.

Come è noto, con la legge 6 marzo 1998, n. 40 è stata introdotta una nuova disciplina dell'ingresso, soggiorno e allontanamento degli stranieri, integralmente sostitutiva della legge Martelli, ad eccezione delle disposizioni in materia di diritto di asilo (che sono oggetto di uno specifico disegno di legge all'esame del Senato). La nuova normativa prevede che il Governo

espulsione quando, scaduti i sessanta giorni, non sia neanche stato richiesto il permesso; B) ignorando il fatto che essa ricorrente aveva ormai quesito il diritto alla cittadinanza italiana e che ne avrebbe proposto la richiesta; C) non considerando il fatto che l'espulsione non poteva essere disposta a carico degli stranieri già nella Repubblica prima dell'entrata in vigore della legge.

Con il secondo motivo, poi, la Fortes denunzia l'illegittimità costituzionale dell'art. 11, interpretato nel senso censurato con il primo motivo, per violazione degli artt. 3, 13, 26, 24 Cost., per la parte in cui la normativa sarebbe stata applicabile nei riguardi dello straniero che avesse quesito il diritto alla cittadinanza e per la parte in cui avrebbe riservato trattamento di favore al cittadino comunitario.

Con il terzo mezzo, quindi, la Fortes denunzia violazione degli artt. 11 comma 15 e 12 comma 1 della legge 40/98 per aver il Pretore ritenuto legittima l'espulsione nei confronti di chi dimorava nello Stato da più di dieci anni.

Con il quarto motivo, infine, la ricorrente censura il decreto per violazione dell'art. 11 comma 14 per non avere il Pretore ridotto da cinque a tre anni la durata della espulsione.

---

presenti ogni tre anni un documento programmatico sulla politica della immigrazione, nel quale devono essere indicati gli interventi che lo Stato si propone di svolgere, anche mediante accordi con i Paesi interessati. Nel documento sono inoltre contenuti i criteri generali per la definizione dei flussi di ingresso nel territorio italiano. Il primo documento programmatico risulta attualmente all'esame delle Camere. Sempre in generale, va ricordato che il Governo ha adottato, ai sensi della stessa legge n. 40/1998, un testo unico che riunisce e coordina tutte le disposizioni in materia di stranieri (decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286).

La riforma ha avuto tra i suoi obiettivi la riorganizzazione sistematica della disciplina vigente in materia di espulsione dello straniero, considerando di volta in volta l'espulsione come misura amministrativa, misura di sicurezza o sanzione sostitutiva alla detenzione. In particolare, l'art. 11 riduce a due sole ipotesi le tipologie dei provvedimenti di espulsione amministrativa. Infatti, viene soppressa l'espulsione facoltativa da parte del Prefetto, sicché residuano solo due ipotesi: *a*) la prima è l'espulsione disposta discrezionalmente dal Ministro dell'interno per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato; *b*) la seconda è l'espulsione obbligatoria disposta dal Prefetto, nei casi in cui lo straniero sia entrato nel territorio dello Stato eludendo i controlli di frontiera o vi soggiorni senza aver richiesto il permesso di soggiorno o con permesso revocato, annullato o scaduto da oltre 60 giorni senza aver presentato domanda di rinnovo, o appartenga ad una delle categorie indicate nell'art. 1 della legge n. 1423/56 (persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità) e nell'art. 1 della legge n. 575/65, recante disposizioni contro la mafia. In entrambi i casi, l'espulsione è disposta con decreto motivato previo nulla osta dell'autorità giudiziaria, qualora lo straniero sia sottoposto a procedimento penale e non sussistano inderogabili esigenze processuali.

Tra le novità più importanti introdotte dalla legge n. 40/98 vi è senz'altro quella relativa al meccanismo di tutela giurisdizionale. Innovando rispetto al sistema precedente (introdotto, si ricorderà, con la legge Martelli), si è infatti previsto che soltanto nel caso di espulsione disposta dal Ministro dell'interno, in considerazione della discrezionalità dell'atto, è assicurata la possibilità del ricorso al T.A.R. del Lazio (comma 11), mentre contro il provvedimento di espulsione disposto dal Prefetto può essere presentato unicamente ricorso al Pretore del luogo di residenza o di dimora dello straniero entro 5 giorni dalla comunicazione del provvedimento o entro 30 giorni ove l'espulsione sia eseguita con l'accompagnamento immediato. In quest'ultima ipotesi, qualora sia disposta dal Questore la misura del trattenimento dello straniero in un centro di permanenza temporaneo, il Pretore, sentito l'interessato, e osservando le disposizioni relative

Alla stessa ammissibilità del ricorso straordinario *ex* art. 111 Cost., proposto dalla Fortes avverso il decreto 17 aprile 1998 del Pretore di Palermo, la controricorrente Amministrazione muove ampie riserve non senza aver premesso che la Fortes, contestualmente al predetto ricorso straordinario, avrebbe pur proposto al Tribunale di Palermo reclamo *ex* art. 739 codice procedura civile. A criterio dell'Avvocatura Generale dello Stato l'inammissibilità del ricorso per cassazione sarebbe da affermare sotto un duplice profilo: da un canto, e con rilievo assorbente, ai provvedimenti presi dall'Autorità Giudiziaria sui ricorsi avverso i decreti di espulsione ai sensi dell'art. 11 comma 9 legge 40/98 difetterebbe il carattere della decisorietà essendo il provvedimento prefettizio censurabile dallo straniero con l'invocazione di provvedimenti di giurisdizione volontaria, sempre revocabili e modificabili, e comunque non incidendo la misura di espulsione su alcuno «*status*» dello straniero. Dall'altro canto, e con riguardo al decreto emesso dal Pretore di Palermo fatto segno al contestato ricorso straordinario, sarebbe anche da rilevarne la inimpugnabilità stante la tassatività del ricorso al Pretore, previsto, dall'art. 11 comma 8, quale unico mezzo di impugnazione. Ed infine, e comunque, l'atto difetterebbe del requisito della

---

ai procedimenti camerali di cui agli artt. 737 ss. codice procedura civile, decide con un unico provvedimento accettando o respingendo il ricorso entro dieci giorni dalla data di deposito del ricorso stesso (commi 8 e 9 dell'art. 11 *cit.*).

Nella vertenza esaminata dalla Suprema Corte era stata impugnata, con ricorso straordinario per cassazione, una decisione pretorile che già era stata fatta oggetto di reclamo innanzi al Tribunale di Palermo. Ad avviso dell'Amministrazione, dunque, la ricorrente, presentando reclamo al Tribunale, nei modi e nelle forme di cui all'art. 739 codice procedura civile, aveva già esaurito ogni possibile mezzo di impugnazione consentito dalla legge, disponendo il terzo comma del citato articolo, che «salvo che la legge disponga altrimenti, non è ammesso reclamo contro i decreti ... del tribunale pronunciati in sede di reclamo». E la legge che qui interessa non contiene alcuna norma che fa eccezione a questo principio generale.

A sostegno di tale tesi militano anche altre ragioni, dovendosi considerare la natura del procedimento camerale, destinato a concludersi con provvedimenti che hanno forma di decreto, che non incidono su diritti soggettivi, per i quali non opera il principio dell'assorbimento delle nullità, ex art. 161, comma 1, che possono essere revocati o modificati in ogni tempo, che sono pertanto inidonei ad acquistare l'efficacia propria del giudicato. Ed il ricorso per cassazione, si sa, è il rimedio di legittimità tipico ed ineliminabile di ogni provvedimento idoneo al giudicato. Ad ulteriore riprova di ciò, è sufficiente richiamare l'orientamento giurisprudenziale formatosi in merito all'interpretazione dell'art. 111 Cost., secondo il quale un simile mezzo di impugnazione, è sì ammissibile con riguardo ai provvedimenti emessi in forma diversa da quella della sentenza (in base alla prevalenza del principio della sostanza su quello della forma), purché tuttavia detti provvedimenti soddisfino tre esigenze imprescindibili, e cioè: *a*) incidano su diritti soggettivi; *b*) abbiano natura decisoria; *c*) non siano altrimenti impugnabili.

In coerenza con questi principi, la Suprema Corte ha escluso dal ricorso straordinario ex art. 111 Cost. i provvedimenti di giurisdizione volontaria. Se, infatti, il mezzo di impugnazione *de quo* deve costituire l'estremo e tipico rimedio di legalità attraverso il quale passa l'*iter* che conduce al giudicato, il provvedimento che si impugna non può non possedere entrambi gli indici di idoneità al giudicato, vale a dire la «decisorietà» e la «definitività», come hanno chiarito le Sezioni Unite della Cassazione in una nota pronuncia del 1986. Proprio intervenendo in materia di provvedimenti camerali, la Suprema Corte spiegò che «il problema deve risolversi verificando se nei provvedimenti in camera di consiglio emessi in secondo grado sussistano le condizioni

definitività, posto che, quand'anche si intendesse superare i rilievi sopra riportati, esso sarebbe semmai reclamabile innanzi al Tribunale *ex* art. 739 codice procedura civile e non direttamente ricorribile in cassazione.

Ritiene il Collegio che dall'esame delle nuove norme poste a regolare l'«espulsione amministrativa» ex art. 11 legge 6 marzo 1998 n. 40 (e confluite nell'art. 13 del «T.U. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero» approvato con decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286), discenda la indubbia esperibilità del ricorso straordinario ai sensi dell'an. 111 Cost. avverso i provvedimenti che definiscano in sede di reclamo le impugnazioni avverso i decreti del Prefetto. E di qui, se va disattesa la tesi principale sostenuta dalla controricorrente Amministrazione dell'Interno, a mente della quale le decisioni del Pretore sarebbero decreti di volontaria giurisdizione, revocabili in ogni momento e non incidenti su diritti soggettivi, va certamente accolto il rilievo concernente la non ammissibilità del ricorso straordinario della Fortes, proposto avverso un atto sottoponibile al reclamo di cui all'art. 739 codice procedura civile.

---

della impugnabilità per cassazione (...) le quali consistono nella decisorietà, intesa come risoluzione di una controversia su diritti soggettivi o *status*, e nella definitività, intesa come mancanza di rimedi diversi e nell'attitudine del provvedimento a pregiudicare con l'efficacia propria del giudicato quei diritti e quegli *status*». Non solo, ma aggiunse la Corte che «le due condizioni devono coesistere, in quanto è irrilevante la decisorietà se il provvedimento è sempre modificabile o revocabile, tanto per una nuova e diversa valutazione delle circostanze precedenti, quanto per il sopravvenire di nuove circostanze, nonché per motivi di legittimità. In questi casi il provvedimento non contiene una statuizione definitiva ed un pregiudizio irreparabile ai diritti che vi sono coinvolti. Pur essendo necessaria la prima condizione attinente al contenuto (per esempio: una modifica del diritto o dello *status*), detto contenuto deve essere anche espressione di un potere giurisdizionale esercitato con carattere vincolante rispetto all'oggetto della pronuncia, in modo da garantirne l'immodificabilità da parte del giudice che lo ha pronunciato, e l'efficacia di giudicato ex art. 2909 codice civile» (Cass. civ., SS.UU., 23 ottobre 1986, n. 6220, in *Foro it.*, 1987, I, 3278; Cass. civ., sez. I, 20 maggio 1987, n. 4607).

Nel caso di specie, difettavano gli estremi dell'idoneità al giudicato, come interpretati dalla giurisprudenza. Innanzitutto, depone a favore della inammissibilità del ricorso straordinario per cassazione la stessa lettera della legge, la quale, all'art. 11, comma 8, espressamente dispone che «avverso il decreto di espulsione può essere presentato unicamente ricorso al pretore», con ciò lasciando preclusa ogni ulteriore possibilità di impugnazione, fatta salva ovviamente quella ordinariamente prevista dall'art. 739 codice procedura civile, di cui la ricorrente si era, nella fattispecie, ampiamente avvalsa.

In secondo luogo, risultava assente nel provvedimento camerale *de quo* la contestuale presenza degli elementi di attitudine al giudicato. Per quanto riguarda la decisorietà, è da osservare come il decreto del Pretore di Palermo non ha inciso, né modificandolo né estinguendolo, sullo *status* di cittadino italiano della ricorrente, né tantomeno sullo *status* di profuga, dal momento che la ricorrente non era né cittadina italiana né risultava essere profuga. Né, del resto, può essere denunciata l'eventuale violazione di diritti costituzionalmente tutelati, visto che l'art. 10, secondo comma, della Cost. stabilisce che «la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali» ed è chiaro che, nella fattispecie in esame, il provvedimento impugnato era stato emanato dalla Prefettura in stretta osservanza delle norme contenute proprio in quella legge ordinaria cui la Costituzione fa riferimento e che, perciò, risultava pienamente rispettoso del principio di legalità.

1. – L'espulsione amministrativa disciplinata dall'art. 11 della legge 6 marzo 1998 n. 40 si articola, come è noto, nella espulsione disposta dal Ministro per ragioni di ordine pubblico o sicurezza (comma 1), la cui illegittimità è denunziabile innanzi al TAR del Lazio (comma 11), e dall'espulsione disposta dal Prefetto nei casi di cui alle lettere *a*), *b*) e *c*) del comma 2 (sintetizzabili nelle tre ipotesi de: lo straniero entrato clandestinamente — lo straniero carente del titolo per soggiornare — lo straniero «pericoloso» o sospetto di appartenenza mafiosa), la cui validità è sindacabile dal Pretore «nei modi di cui agli artt. 737 e seguenti del codice di procedura civile» (commi 8, 9 e 10).

2. – È altrettanto noto che nel casi di impossibilità di respingimento od espulsione immediata dello straniero (per necessità di soccorso personale, indagine sulla nazionalità o temporanea indisponibilità di vettori), il questore dispone il trattenimento dello straniero stesso in centri di permanenza per giorni 20 più 10 con decreto da sottoporre alla convalida del Pretore «... nei modi di cui agli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile...» (art. 12 commi 1, 2, 3 e 4), il cui provvedimento (decreto di convalida e proroga) è immediatamente ricorribile per cassazione (comma 5).

Del resto, quando il legislatore ha voluto consentire il ricorso per cassazione, lo ha fatto esplicitamente; il comma 6 dell'art. 12 prevede infatti che avverso i decreti di convalida e di proroga dello straniero espulso e soggiornante presso centri di permanenza temporanea, sia proponibile ricorso in cassazione, precisando altresì che tale ricorso non sospende l'esecuzione della misura.

Ma, anche volendo prescindere dal requisito della decisorietà, è comunque indispensabile che contestualmente ricorra l'ulteriore requisito della irrevocabilità del provvedimento. Sul punto, basterà rilevare che il permesso di soggiorno o il suo rinnovo possono essere revocati «sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio e che non si tratti di irregolarità amministrative» (art. 5, comma 5), dal che si deduce che l'intera materia è sottoposta al massimo ad una stabilità *rebus sic stantibus*, che la rende modificabile, se non in ogni caso, almeno nell'ipotesi in cui sopravvengano nuove circostanze.

D) Nel merito, la vertenza ha investito, anzitutto, il problema della individuazione dei limiti di applicabilità dell'art. 17, comma 2, lett. *c*), della legge n 40/98 e, segnatamente, il problema del significato da attribuire al divieto di espulsione degli stranieri «conviventi con parenti entro il quarto grado o con il coniuge, di nazionalità italiana». Il nodo da sciogliere ha riguardato la possibilità di far rientrare nella predetta statuizione situazioni diverse dalla dimora, invocando —come ha fatto la ricorrente — un rapporto di tenore diverso, quale la «divisione» della vita con la sorella. Ma il requisito, cui la permanenza nel territorio italiano è subordinato, è espressamente quello della convivenza, cioè il fatto di dimorare nella stessa abitazione, senza che si possano ipotizzare situazioni succedanee, per giunta vaghe e non ben definite.

Né, sotto diverso angolo visuale, la nuova legge può essere interpretata secondo criteri di assoluto favore per le ragioni dell'immigrato, attribuendo alla espulsione una finalità unicamente respressiva di comportamenti negativi o trasgressioni, con esclusione cioè di «semplici errori». Sul punto, è illuminante la motivazione espressa dal Tribunale adito: «A fronte di una pregressa disposizione (art 4 decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, modif. dalla legge 28 febbraio 1990, n. 39, in materia di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari già presenti nel territorio dello Stato), che già prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/98 disciplinava il rilascio ed il rinnovo del permesso di soggiorno, e sanzionava con l'espulsione la violazione dei relativi obblighi (artt. 4, comma 11, e 7, comma 2, decreto-legge 30 dicembre 1989 nel testo modif. da legge 28 febbraio 1990, n. 39), è chiaro allora

3. – L'innovazione introdotta dal legislatore del 1998 in tema di rimedi giurisdizionali avverso i decreti prefettizi di espulsione e le misure di pubblica sicurezza del trattenimento nei centri di permanenza (e ferma restando la sindacabilità innanzi al TAR delle espulsioni adottate dal Ministro per ragioni squisitamente politiche) appare di tutta evidenza. Il preesistente regime posto dagli artt. 2 e segg. del decreto-legge 416/89 conv. dalla legge 28 febbraio 1990 n. 39 (abrogati dall'art. 46 lett. *e*) della legge 6 marzo 1998 n. 40) prevedeva, infatti, la giustiziabilità innanzi al T.A.R. di tutti i provvedimenti di espulsione sì da far affermare a questa Corte che, coerentemente con la estraneità della libertà di circolazione nello Stato dello straniero dall'ambito del diritto alla libertà personale di cui all'art. 13 Cost., si era previsto un sistema di controlli delle misure di espulsione interno alla giurisdizione amministrativa e, come tale, non sottoponibile al ricorso straordinario *ex* art. 111 2° comma Cost. (cass. S.U 3394/94).

4. – L'innovazione posta dal legislatore del 1998 in termini di rimedi giurisdizionali avverso le espulsioni ordinarie («non politiche»), e tradottasi nella

---

che il ritardo della Fortes rientra proprio nella previsione che regolamenta gli effetti di un inadempimento già sanzionato, imponendo al Prefetto l'adozione del provvedimento di cui al citato art. 11, comma 2, lett. *b*), legge n. 40/98)».

Il richiamo a disposizioni previgenti non è ultroneo, perché la legge n. 40/98 non è certo il primo intervento in materia di soggetti extracomunitari, ispirato a principi di solidarietà sociale e rispetto dell'altrui libertà. Il nostro legislatore è stato, infatti, sempre attento ai diritti dell'extracomunitario e, del resto, ancor prima della legge citata, la condizione giuridica dello straniero trova nel nostro Paese tutela a livello costituzionale, senza contare poi le numerose convenzioni internazionali intervenute in tal senso, specie negli ultimi anni.

Neppure si può limitare l'espulsione, ex art. 11, comma 2, lett. *b*), alla sola ipotesi in cui il permesso di soggiorno non sia mai stato richiesto. In argomento, il Tribunale ha ritenuto che «la norma in questione va esaminata alla luce del 4° comma dell'art. 5 della stessa legge, a mente del quale 'il rinnovo del permesso di soggiorno deve essere richiesto dallo straniero almeno trenta giorni prima della scadenza', e va con ciò più logicamente interpretata nel senso che, in mancanza di una tempestiva richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno, allo spirare del 60° giorno successivo il Prefetto deve procedere all'espulsione dello straniero. Diversamente opinando, del resto, si finirebbe con vanificare la portata della norma, poiché si consentirebbe allo straniero di evitare l'espulsione chiedendo il rinnovo del permesso di soggiorno al momento stesso dell'accertamento dell'infrazione».

In effetti, la norma citata stabilisce che l'espulsione venga disposta quando il permesso di soggiorno «è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato chiesto il rinnovo». Se il legislatore avesse voluto attribuire una diversa rilevanza alla norma, la stessa sarebbe stata formulata nel seguente modo: «è scaduto da più di sessanta giorni o non ne è stato chiesto il rinnovo», sostituendo la congiunzione «e» con la disgiuntiva «o». Invece, l'uso della congiunzione «e» riconduce il decreto di espulsione al fatto che, pur essendo intervenuta una richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno, questa tuttavia venga avanzata con notevole ritardo rispetto al termine fissato per la scadenza del permesso stesso.

D'altra parte, essendo il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno subordinati alla verifica della sussistenza di una serie di requisiti (motivi di lavoro, disponibilità dei mezzi di sussistenza, non pericolosità sociale, ecc.), è ovvio che, qualora si lasciasse passare un periodo irragionevolmente lungo dalla scadenza del permesso, i suddetti requisiti potrebbero, nel frattempo,

sottoposizione alla cognizione camerale del Pretore sia delle misure di espulsione sia dei decreti di trattenimento temporaneo, appare, dunque, ispirata ad una coerente visione della materia: al giudice ordinario — giudice dei diritti soggettivi — si è inteso dare, all'esito di un procedimento camerale esclusivo (vd. l'avverbio «unicamente» di cui al comma 8 dell'art. 11), da introdurre in tempi minimi (5 giorni) e da decidere «in ogni caso» entro tempi brevissimi (10 giorni) ed in modo informale, la cognizione su una impugnativa che, per l'organo al quale è proposta e per le garanzie di difesa che la devono assistere (il patrocinio gratuito di cui al comma 10 del ridetto art. 11), non può non presupporre la denunzia della lesione di un diritto soggettivo. Del resto è significativo che avverso i decreti pretorili di convalida e proroga del provvedimento del questore sul trattenimento dei clandestini sia dato dall'art. 12 comma 6 direttamente il ricorso per cassazione (senza sospensione della misura), scelta eloquente dell'intento di accordare — là dove l'urgenza di provvedere sulla convalida comporta il diniego del reclamo *ex* art. 739 codice procedura

---

se non riscontrati nell'immediatezza, subire una modificazione al punto tale da non essere più accertabili (ad esempio, lo straniero potrebbe non essere più rinvenibile, o potrebbe essere cessato dal rapporto di lavoro, per cui precedentemente aveva ottenuto l'ingresso nello Stato italiano).

In ogni caso, la fattispecie normativa esaminata va tenuta distinta dalla previsione contenuta nell'art. 11, comma 15, le cui statuizioni si rivolgono esclusivamente ed unicamente allo straniero «privo di valido documento attestante la sua identità e nazionalità», o comunque che possa sottrarsi all'esecuzione del provvedimento di espulsione «tenuto conto di circostanze obiettive riguardanti il suo inserimento sociale, familiare e lavorativo» (art. 11, comma 5).

Infatti, chi — come la ricorrente — ha già attestato la nazionalità del proprio Paese di origine o ha attestato la sua identità allo Stato italiano, ha in forza di ciò potuto avere «regolari rapporti di lavoro». E la circostanza di essere entrato nel territorio italiano sulla base di un regolare permesso di soggiorno e di aver vissuto in esso per lungo tempo non può impedire l'espulsione dell'immigrato, perché una tale asserzione, oltre ad essere priva di riscontro giuridico, è stata disconosciuta dallo stesso giudice di merito, il quale ha al proposito osservato che il comma 15 dell'art. cit., che pure si riferisce all'ipotesi dello straniero giunto nel territorio dello Stato prima della data di entrata in vigore della legge n. 40/98, non pone tuttavia un principio generale in favore di tutti gli stranieri giunti sul territorio italiano prima dell'entrata in vigore di tale legge.

Infine, l'art. 11 della legge in oggetto, così interpretato, non sembra affetto da illegittimità costituzionale, in quanto la permanenza per un periodo di tempo prolungato nel territorio italiano non è idonea a far acquisire all'immigrato il diritto ad ottenere la cittadinanza italiana, ex art. 9, lett. *f)* della legge n. 91/92, differenziando la sua posizione rispetto a quella dello straniero che tale diritto non può vantare.

Infatti, la cittadinanza italiana, se pure può essere concessa allo straniero che risieda legalmente in Italia da almeno dieci anni, è in ogni caso subordinata alla concessione di apposito «decreto del Presidente della Repubblica, sentito il Consiglio di Stato, su proposta del Ministro dell'interno» (art. 9, prima parte, della legge n. 91/92). Trattasi, dunque, di complessa procedura, la cui attivazione è rimessa dalla legge all'impulso di parte.

Inoltre, il provvedimento di concessione della cittadinanza italiana viene adottato sulla base di valutazioni ampiamente discrezionali circa l'esistenza di un'avvenuta integrazione dello straniero in Italia, in guisa che il mero decorso del termine decennale all'uopo utile non attribuisce all'extracomunitario alcun diritto soggettivo, atteggiandosi quale mero presupposto di fatto necessario per la più ampia e discrezionale decisione delle Autorità competenti.

civile ed impone la decisione pretorile in unico grado — comunque il ricorso *ex* art. 111 2° comma Cost., impugnazione straordinaria a tutela dei diritti avverso le decisioni assunte in violazione di legge.

5. – Se, dunque, la ragione del ricorso al Pretore avverso il decreto di espulsione ben può essere la prospettazione di una sua adozione al di fuori dei casi previsti alle lettere *a*), *b*) e *c*) del comma 2 dell'art. 11 e, conseguentemente, la lesione che da tal illegittima espulsione deriverebbe ai «..diritti in materia civile..» spettanti allo «..straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato..» (art. 2 comma 2), la decisione che da tal ricorso discende esula radicalmente dall'ambito della giurisdizione volontaria nella quale il controricorso dell'Avvocatura Erariale vorrebbe riportarla in ragione della pretesa configurazione di un mero interesse legittimo o semplice in capo allo straniero extracomunitario fatto segno ad espulsione.

Nel caso di specie, quindi, la ricorrente avrebbe potuto richiedere la cittadinanza italiana, ma non ha provveduto a presentare le relative pratiche. Questa inerzia non poteva certamente valere a fondare a suo vantaggio una situazione di privilegio, che, anzi, avrebbe dato luogo ad un ingiustificato trattamento rispetto allo straniero che, diligentemente, si fosse attivato nei termini di legge per ottenere la cittadinanza italiana.

E) Mentre si avviava a soluzione — con il chiarimento giurisprudenziale apportato dalla sentenza della Cassazione — veniva pubblicato (nella *Gazzetta Ufficiale* n. 97 del 27 aprile 1999) il decreto legislativo 13 aprile 1999, n. 113, contenente «Disposizioni correttive al testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'articolo 47, comma 2, della legge 6 marzo 1998, n. 40», che ha rovesciato radicalmente l'acquisizione giurisprudenziale.

In particolare, si segnala l'art. 3, che sostituisce il comma 9 dell'art. 13 del testo unico approvato con il citato decreto legislativo n. 286/1998, statuendo che «il ricorso, a cui deve essere allegato il provvedimento impugnato, è presentato al pretore del luogo in cui ha sede l'autorità che ha disposto l'espulsione. Nei casi di espulsione con accompagnamento immediato, sempreché sia disposta la misura di cui al comma 1 dell'articolo 14, provvede il pretore competente per la convalida di tale misura. Il pretore accoglie o rigetta il ricorso decidendo con unico provvedimento adottato, in ogni caso, entro dieci giorni dalla data di deposito del ricorso, sentito l'interessato, nei modi di cui agli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile».

Ma, soprattutto, va sottolineata la novità introdotta dall'art. 4, che novella il citato art. 13 inserendo il seguente art. 13-*bis* (Partecipazione dell'amministrazione nei procedimenti in camera di consiglio): «1. - Se il ricorso di cui all'articolo 13 è tempestivamente proposto, il pretore fissa l'udienza in camera di consiglio con decreto, steso in calce al ricorso. Il ricorso presentato fuori dei termini è inammissibile. Il ricorso con in calce il provvedimento del giudice è notificato, a cura della cancelleria, all'autorità che ha emesso il provvedimento. 2. - L'autorità che ha emesso il decreto di espulsione può stare in giudizio personalmente o avvalersi di funzionari appositamente delegati. La stessa facoltà può essere esercitata nel procedimento di cui all'articolo 14, comma 4. 3. - Gli atti del procedimento e la decisione sono esenti da ogni tassa e imposta. 4. - La decisione non è reclamabile, ma è impugnabile per Cassazione».

Un tratto di penna del legislatore e la soluzione giurisprudenziale che aveva accolto la tesi dell'Amministrazione sancendo l'inammissibilità del ricorso per cassazione risulta immediatamente superata.

6. – Del resto la statuizione pretorile e la decisione presa all'esito del reclamo proponibile *ex* art. 739 codice procedura civile (norma richiamata con il rinvio agli artt. 737 e seguenti codice procedura civile formulato al ridetto comma 9 dell'art. 11) sono misure sostanzialmente decisorie e tendenzialmente definitive, non essendo prevista, né essendo minimamente ipotizzabile, la facoltà dell'interessato di istare in ogni momento, e senza vincoli di giudicato, per la modifica o la revoca delle misure stesse ai sensi dell'art. 742 codice procedura civile (facoltà correlata alla natura dell'interesse tutelato e costituente segno distintivo della volontaria giurisdizione: cfr. dalle note S.U. 6220/86 alle recenti cass. 8046/98 - 2934/98 - 5228/97 - 4090/97 - 1278/97).

7. – Se modificabilità sussiste — secondo le ipotesi prospettate in ricorso dall'Amministrazione controricorrente — essa coinvolge espressamente il rilascio del permesso di soggiorno (art. 5 comma 5 della legge) e cioè l'atto amministrativo

---

Dalla Relazione al decreto legislativo risulta che la questione era stata oggetto di uno specifico rilievo delle Commissioni Affari Costituzionali di Camera e Senato, che avevano «raccomandato di tener conto della sentenza n. 1082 del 1999 della Corte di Cassazione». Ma dalla stessa Relazione risulta che «si è ritenuto di mantenere inalterata la norma già proposta nell'originario testo del correttivo, ora riportata all'art. 4, che tende a precisare che nella fattispecie considerata, il provvedimento del pretore è definitivo e, quindi, ricorribile per Cassazione. Tale soluzione si rende infatti obbligata per omogeneità con l'art. 14, comma 6, del testo unico (che dispone la proponibilità del ricorso per Cassazione contro i decreti del pretore di convalida e di proroga della permanenza dello straniero nel Centro di accoglienza) e per intima coerenza con il sistema dell'art. 13 che vuole risolto il procedimento scaturente dall'impugnazione entro i quindici giorni antecedenti l'esecuzione dell'espulsione».

Si osserva che la sorprendente soluzione normativa (pubblicata in Gazzetta il 27 aprile 1999) è di pochi giorni successiva allo straordinario evento costituito dall'Assemblea generale della Corte suprema di cassazione tenutasi a Roma, nell'aula magna del Palazzo di giustizia venerdì 23 aprile 1999, per discutere sulla cd. crisi della Cassazione. Ebbene è forse utile qui richiamare, conclusivamente, un passo significativo della Relazione del Primo pres. Zucconi Galli Fonseca, che può forse costituire spunto di meditazione sulla vicenda: «l'ammissione generalizzata del ricorso per cassazione — per di più in un'epoca di generale espansione della domanda di giurisdizione e di flusso incessante e disordinato della legislazione, spesso ambigua, mai consolidata, e perciò difficilmente conoscibile — investe la Corte della trattazione di un grandissimo, e in astratto illimitato, numero di ricorsi, incompatibile con la struttura e la funzionalità di una Corte suprema: ciò ha infatti reso la Cassazione italiana pletorica, affetta da ipertrofia — come l'ha definita il Procuratore Generale nel suo recente discorso inaugurale — per l'impressionante dilatazione di tutti gli indici numerici della sua struttura e della sua funzione; quindi disarticolata, incapace di dominare il prodursi di decisioni contrastanti, forzata a trascurare l'unità del sistema e magari a travalicare nell'apprezzamento dei fatti. Ma sottostante a questo fenomeno prodotto da cause quantitative, che soltanto nella legge possono avere un contenimento, ne sta un altro forse più preoccupante. Si tratta della compromissione delle stesse funzioni di legittimità della Corte, derivante dall'attribuzione al suo esame di ricorsi che nella stragrande parte dei casi non implicano questioni di diritto: il che avviene in particolare quando la legge esclude l'appello e investe la Cassazione del ricorso contro provvedimenti di prima istanza, così sovraccaricando il giudice di legittimità senza assicurare una tutela appropriata al diritto di difesa dei cittadini».

FEDERICO BASILICA

fonte dello «*status*» di straniero «regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato» (art. 2 comma 2) che, in quanto tale, è certamente revocabile e modificabile, ma non riguarda in alcun modo i decreti adottati dall'A.G.O. su impugnazione dello straniero che, ove definitivamente reiettivi della stessa, non potranno aver seguito in una loro «revoca» per mutamento delle circostanze di ammissione al soggiorno essendo soltanto ipotizzabile che tale mutamento sia autonomanente valutato, in sede propria, dall'Autontà amministrativa al fine di eventuale riammissione.

8. – L'ampia ed accurata rassegna che la controricorrente Amministrazione ha fatto dell'evoluzione della giurisprudenza di questa Corte in tema di attrazione nella g.v. di provvedimenti resi in materia di affidamento di minori, di potestà genitoriale, di adozione, di nomina e revoche e di società — giurisprudenza pervenuta alla ferma negazione della ricorribilità *ex* art. 111 Cost. anche avverso gli atti di v.g. che neghino il «diritto processuale» di agire (cfr. da ultimo cass. 11729/98) — appare del tutto inconferente, posto che in tutte le ipotesi citate la rivedibilità e precarietà della decisione presa non è certo correlata alla «debolezza» dell'interesse tutelato ma è funzionale alla strumentalità della stessa rispetto al superiore interesse in giuoco, nel mentre nella decisione sull'espulsione amministrativa in discorso alla valutazione del Prefetto si contrappone, specularmente, la sola pretesa dell'espulso alla verifica delle condizioni legittimanti l'esclusione del suo diritto.

9. – Quanto, infine, alla possibilità che dalla previsione espressa del ricorso per cassazione avverso i decreti Pretorili di convalida o proroga della misura di trattenimento (comma 6 art. 12) si deduca la non ricorribilità di quelli adottati ai sensi del comma 9 dell'art. 11, sulle impugnazioni avverso le misure di espulsione, essa va radicalmente esclusa (come cennato al capo 4) in una lettura costituzionalmente corretta delle previsioni. La previsione esplicita «*de qua*» comporta soltanto la deroga per il sindacato sulle convalide pretorili, ed in ragione della evidente urgenza di pervenire alla esecuzione, al principio della reclamabilità della decisione (art. 739 codice procedura civile) : sulle decisioni pretorili adottate in sede di impugnazione dei decreti di espulsione è invece esperibile l'ordinario reclamo in tribunale la cui ricorribilità è conseguente alla ridetta decisorietà del provvedimento (senza alcuna esigenza di ribadire la ricorribilità ex art. 111 Cost. in un quadro nel quale l'esclusione di tal ricorso sarebbe «*ictu oculi*» incostituzionale).

10. – Ma da quanto testè affermato discende anche, e solo sul punto condividendosi l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla controricorrente, che nel caso di specie alla Fortes era dato il reclamo al Tribunale di Palermo, contro la decisione del quale eventualmente avrebbe potuto (o potrebbe ancora) esperire il rimedio del ricorso straordinario, restando, invece, del tutto inammissibile l'esperimento del ricorso nei riguardi del decreto pretorile che, pur decisorio, era del tutto privo del requisito indefettibile della definitività.

Dichiarata l'inammissibilità del ricorso si stima equo — in ragione della assoluta novità delle questioni trattate — disporre la compensazione tra le parti delle spese del giudizio di legittimità (*omissis*).

SEZIONE QUARTA

GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

I

CONSIGLIO DI STATO, Ad. Plen., 28 aprile 1999, n. 4 - *Pres.* Laschena - *Est.* Maruotti - Ferrovie dello Stato S.p.a. c. A. Menga.

II

CONSIGLIO DI STATO, Ad. Plen., 28 aprile 1999, n. 5 - *Pres.* Laschena - *Est.* Maruotti - Ferrovie dello Stato S.p.a. c. M. Spagnardi.

III

CONSIGLIO DI STATO, Ad. Plen., 28 aprile 1999, n. 6 - *Pres.* Laschena - *Est.* Maruotti - Telecom Italia S.p.a. c. Editoriale Ipotesi S.p.a. e Ministero delle Comunicazioni.

Atto amministrativo - Accesso ai documenti - Attività di diritto privato della pubblica amministrazione - Configurabilità.

Ai sensi dell'art. 22 della legge n. 241 del 1990 ed in applicazione dell'art. 97 della Costituzione, che sancisce il rispetto dei valori dell'imparzialità e del buon andamento dell'Amministrazione, l'istituto dell'accesso trova applicazione nei confronti di ogni tipologia di attività della Pubblica Amministrazione. E le esigenze del buon andamento e della imparzialità dell'Amministrazione riguardano allo stesso modo tutte le attività volte all'emanazione dei provvedimenti, anche quando si tratti delle attività ispettive di vigilanza, di controllo e di accertamento delle infrazioni alle leggi vigenti (1).

I

Premesso in fatto

(omissis)

1. – Il sig. Antonio Menga, dipendente della S.p.a. Ferrovie dello Stato, ha partecipato al corso di formazione quadri per il passaggio al profilo di capo tecnico sovrintendente ed ha superato l'esame finale.

---

(1) L'Adunanza Plenaria, con le sentenze in esame, ha esaminato il problema se possa esercitarsi il diritto di accesso nei confronti dell'attività privatistica della Pubblica Amministrazione, risolvendolo nel senso che l'istituto dell'accesso trova applicazione nei confronti degli atti dell'Amministrazione in quanto tali, non rilevando la loro disciplina sostanziale pubblicistica o privatistica e neppure se, nel caso di controversia, vi sia la giurisdizione ordinaria o quella amministrativa; pertanto, tranne le eccezioni tassativamente previste dalla legge, per tutti gli atti dell'Amministrazione sussistono le esigenze della trasparenza, che rendono possibile il concreto perseguimento dei valori costituzionali sanciti dall'art. 97 della Costituzione.

Egli ha chiesto alla società di accedere agli atti riguardanti il corso ed ai titoli prodotti dai candidati, rilevando che nel caso di silenzio avrebbe proposto ricorso al TAR ai sensi dell'art. 25 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Col ricorso n. 855 del 1997, proposto al TAR per l'Abruzzo, sede dell'Aquila, il sig. Menga ha impugnato il silenzio serbato dalla S.p.a. Ferrovie dello Stato ed ha dedotto la violazione dell'art. 23 della legge 241 del 1990 e dell'art. 2 del decreto del Presidente della Repubblica 27 giugno 1992, n. 352.

Il TAR, con l'ordinanza n. 645 del 17 dicembre 1997, ha ordinato alla società di depositare «una allegata relazione in ordine alla vicenda di cui è controvesia, con allegati i provvedimenti di cui al ricorso».

2. – Con l'appello in esame, la S.p.a. Ferrovie dello Stato ha chiesto che, in riforma dell'ordinanza impugnata, sia respinto il ricorso di primo grado, poiché, a seguito della trasformazione dell'Ente Ferrovie in S.p.a., «deve ritenersi che le Ferrovie dello Stato non si inquadrino più, istituzionalmente, nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione» e che l'attività della società è disciplinata dal diritto privato, tranne i soli atti emessi nella sua qualità di concessionaria *ex lege*.

In subordine, l'appellante ha dedotto che il ricorso di primo grado sarebbe inammissibile, poiché la società ha respinto l'istanza d'accesso e non si è formato il silenzio impugnato.

L'appellato si è costituito in giudizio ed ha chiesto che il gravame sia respinto.

3. – Con l'ordinanza n. 1205 del 1998, la Sesta Sezione:

a) ha qualificato come sentenza l'impugnata pronuncia del TAR;

b) ha ravvisato un contrasto di giurisprudenza circa la sussistenza del diritto di accesso in relazione all'attività privatistica della pubblica amministrazione;

c) ha rimesso l'esame dell'appello all'Adunanza Plenaria.

4. – Alla camera di consiglio del 22 marzo 1999 la causa è stata trattenuta per la decisione.

Secondo l'Adunanza Plenaria, infatti, la *ratio* e il testo dell'art. 22 della legge n. 241 del 1990 non consentono di affermare che l'accesso vada escluso per gli atti dell'Amministrazione disciplinati dal diritto privato: di conseguenza, l'accesso va escluso nei soli casi espressamente previsti dalla legge (cfr., l'art. 24 della legge n. 241 del 1990, l'art. 8 del decreto del Presidente della Repubblica n. 352 del 1992 e l'art. 4 del decreto legislativo n. 39 del 1997) ma non per il solo fatto che sia rivolto verso gli atti che, tenuto conto delle leggi amministrative di settore, sono disciplinati dal diritto privato.

In generale sui rapporti tra la legge n. 675 del 1990 e la legge 241 del 1990 sull'accesso ai documenti amministrativi, con particolare riferimento all'attività contrattuale di diritto privato della Pubblica Amministrazione, si veda la nota di G. MANGIA, *L'accesso ai documenti amministrativi e il rispetto della legge sulla* privacy, *con particolare riferimento all'attività contrattuale di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, in questa *Rassegna, infra, II, 51*.

G.M.

Considerato in diritto

1. – Nel presente giudizio, è controverso se gli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, si applichino quando un dipendente della S.p.a. Ferrovie dello Stato chieda alla società di accedere agli atti di un procedimento concorsuale, cui abbia partecipato per ottenere il passaggio ad un profilo superiore.

Con il gravame in esame, la S.p.a. Ferrovie dello Stato ha impugnato l'ordinanza (avente natura di sentenza) con cui il TAR per l'Abruzzo le ha ordinato di depositare gli atti del procedimento e, col primo motivo, ha dedotto che:

– a seguito della trasformazione dell'Ente Ferrovie in S.p.a., «deve ritenersi che le Ferrovie dello Stato non si inquadrino più, istituzionalmente, nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione»;

– la sua attività, anche di gestione del personale, è disciplinata dal diritto privato, tranne i soli atti emessi nella sua qualità di concessionaria *ex lege*.

La Sesta Sezione ha richiamato i contrapposti orientamenti giurisprudenziali che si sono formati sulla questione se possa esercitarsi il diritto d'accesso nei confronti dell'attività privatistica della pubblica amministrazione ed ha manifestato la propria adesione al c.d. orientamento restrittivo.

Peraltro, considerato l'evidente carattere di massima della questione, la Sesta Sezione ha ritenuto opportuno deferire la soluzione della controversia all'Adunanza Plenaria, per una composizione dei vari orientamenti delle Sezioni e, «ove dovesse prevalere la tesi dell'interpretazione estensiva», affinché «vengano adeguatamente precisati i limiti oltre i quali la disciplina sull'accesso non può spingersi in tema di attività privatistica».

2. – Ritiene l'Adunanza Plenaria che, potendosi seguire l'impostazione dell'ordinanza di rimessione, vada dapprima esaminato l'ambito di applicabilità nei confronti della pubblica amministrazione degli articoli 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990 e vadano poi verificati i limiti entro i quali l'accesso possa aver luogo nei confronti dell'attività dei concessionari dei pubblici servizi.

3. – Per quanto riguarda l'accesso agli atti di diritto privato della pubblica amministrazione, si sono formati vari orientamenti.

3.1. – Per quello definito «restrittivo» dall'ordinanza di rimessione, in linea di principio va escluso l'accesso, sulla base delle seguenti considerazioni:

– gli obiettivi del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione sarebbero perseguibili solo quando essa «si presenti come autorità», e non quando «agisca con il diritto dei privati, senza godere di potestà particolari o di posizioni di supremazia»;

– non sarebbe «giustificabile alcuna intrusione» quando l'ente agisca con il diritto dei privati, poiché «il diritto di accesso rappresenta una sorta di contrappeso in favore dell'amministrato nei confronti di una posizione del soggetto pubblico o assimilato che si trovi in una condizione di potestà ed eserciti strumenti pubblicistici» (Sez. V, 17 dicembre 1996, n. 1559, in tema di accesso alla relazione

inviata ad un Comune dal direttore dei lavori di cui all'art. 63 del regio decreto 25 maggio 1895, n. 350).

Gli stessi principi sono stati enunciati dalle decisioni che hanno escluso l'accesso nei confronti dell'attività, non riferibile a poteri autoritativi, degli enti pubblici economici (Sez. VI, 11 dicembre 1996, n. 1734, riguardante l'Ente Poste; Sez. IV, 5 giugno 1995, n. 412, in materia di accesso agli atti dell'ente S.A.C.E.) e dei concessionari (Sez. VI, 2 aprile 1997, n. 539, riguardante un procedimento di assegnazione di un incarico dirigenziale da parte della S.p.a Ferrovie dello Stato).

In sintesi, si è qualificato il diritto di accesso come il «contrappeso in favore dell'amministrato nei confronti del soggetto pubblico che gode di posizioni di supremazia derivanti dall'esercizio della funzione autoritativa» (Sez. IV, 5 giugno 1995, n. 412, *cit.*).

3.2. – L'opposto orientamento è stato seguito dalle decisioni per le quali anche l'attività di diritto privato «costituisce cura concreta di interessi della collettività non meno dell'attività di diritto amministrativo», non potendosi «discriminare l'attuazione della trasparenza e dell'imparzialità in base al criterio formale del regime giuridico dell'attività delle pubbliche amministrazioni» (Sez. IV, 17 giugno 1997, n. 649; Sez. VI, 3 giugno 1997, n. 843; Sez. IV, 4 febbraio 1997, n. 82, rispettivamente riguardanti l'attività del Ministero delle Finanze, dell'I.N.A.I.L. e del Ministero del Tesoro).

Si è al riguardo precisato che «l'accesso agli atti di diritto privato posti in essere da un soggetto pubblico o da un concessionario di pubblici servizi è ammissibile allorché detti atti accedano ad un'attività che, indipendentemente dal regime giuridico formale, costituisca, nella sua essenza, cura concreta di interessi della collettività» (Sez. VI, 14 aprile 1998, n. 484).

3.3. – Per un orientamento intermedio, l'accesso agli atti di diritto privato delle pubbliche amministrazioni (e degli enti pubblici economici) va ammesso, tranne quando si tratti «di attività esclusivamente privatistica e del tutto disancorata dall'interesse pubblico di settore istituzionalmente rimesso alle cure dell'apparato amministrativo» (Sez. IV; 15 gennaio 1998, n. 14, che ha ammesso l'accesso agli atti della S.A.C.E., riguardanti una pratica di indennizzo in relazione ad un contratto da eseguire all'estero per la costruzione di un tronco stradale).

4. – Ritiene l'Adunanza Plenaria che l'Istituto dell'accesso trovi applicazione nei confronti di ogni tipologia di attività della pubblica amministrazione.

4.1. – L'art. 22 della legge n. 241 del 1990 ha disciplinato il «diritto di accesso ai documenti amministrativi», «al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale», e ha dato attuazione all'art. 97 della Costituzione, per il quale la legge assicura «il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione».

Tali principi costituiscono i valori essenziali di riferimento di ogni comportamento dell'amministrazione.

Le esigenze del buon andamento e della imparzialità «dell'amministrazione» (come disciplinate dall'art. 97 della Costituzione) riguardano allo stesso modo l'attività volta all'emanazione dei provvedimenti e quella con cui sorgono o sono gestiti i rapporti giuridici disciplinati dal diritto privato.

Ogni attività dell'amministrazione, anche quando le leggi amministrative consentono l'utilizzazione di istituti del diritto privato; è vincolata all'interesse collettivo, in quanto deve tendere alla sua cura concreta, mediante atti e comportamenti comunque finalizzati al perseguimento dell'interesse generale.

L'attività amministrativa è quindi configurabile non solo quando l'amministrazione eserciti pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando essa (nei limiti consentiti dall'ordinamento) persegua le proprie finalità istituzionali mediante una attività sottoposta, in tutto o in parte, alla disciplina prevista per i rapporti tra i soggetti privati (anche quando gestisca un servizio pubblico o amministri il proprio patrimonio o il proprio personale).

4.2. – In attuazione del principio costituzionale per cui l'attività amministrativa nel suo complesso deve essere trasparente e controllabile, l'art. 22 della legge n. 241 del 1990 (nonché l'art. 1 ss. del decreto legislativo 24 febbraio 1997, n. 39, attuativo della direttiva comunitaria n. 313 del 1990 in materia di ambiente) non ha attribuito decisivo rilievo alla natura pubblicistica o privatistica degli atti nei cui confronti si chieda l'accesso e non ha indicato una particolare tipologia di atti dell'amministrazione nei cui confronti l'accesso sia radicalmente precluso.

Mediante la disciplina sull'accesso, il legislatore:

– ha permesso una più diffusa conoscenza dei processi decisionali (agevolando il concreto perseguimento dei valori dell'imparzialità e del buon andamento);

– ha favorito la partecipazione ed il controllo degli amministrati sui comportamenti dei soggetti che agiscono per l'amministrazione, che sono pertanto stimolati a comportarsi responsabilmente, con attenzione, diligenza e correttezza e sulla base di parametri di legalità, con il conseguente svolgimento di un'attività controllabile e, pertanto, qualitativamente migliore;

– ha introdotto un istituto che può anche avere un effetto deflattivo dei giudizi, poiché la conoscenza dei documenti rilevanti, «o corroborando la legittimità degli atti amministrativi o comunque ingenerando il convincimento dell'inopportunità dell'impugnazione, può dissuadere dall'azione giurisdizionale» (Sez. V, 18 dicembre 1997, n. 1591; Sez. IV, 6 marzo 1995, n. 158).

Né la *ratio* né il testo dell'art. 22 della legge n. 241 del 1990 consentono di affermare che l'accesso vada escluso per gli atti dell'amministrazione disciplinati dal diritto privato:

– tali atti rientrano nell'attività di amministrazione in senso stretto degli interessi della collettività;

– la legge non ha introdotto alcuna deroga alla generale operatività dei principi della trasparenza e dell'imparzialità e non ha garantito alcuna «zona franca» nei confronti dell'attività disciplinata dal diritto privato.

L'accesso, quindi, va escluso nei soli casi espressamente previsti dalla legge (cfr. l'art. 24 della legge n. 241 del 1990 e l'art. 8 del decreto del Presidente della Repubblica n. 352 del 1992, l'art. 4 del decreto legislativo n. 39 del 1997), ma non per il solo fatto che sia rivolto verso gli atti che, tenuto conto delle leggi amministrative di settore, sono disciplinati dal diritto privato.

4.3. – Il legislatore, nel sancire che l'accesso possa avere luogo anche nei confronti degli atti dell'amministrazione disciplinati dal diritto privato, ha determinato una regola coerente con le più recenti tendenze volte a ridurre il tradizionale rilievo della distinzione tra gli atti amministrativi autoritativi e quelli di diritto privato della pubblica amministrazione.

Se in passato i criteri di riparto della giurisdizione (in assenza di specifiche norme di settore) si basavano sulla distinzione tra gli interessi legittimi e i diritti soggettivi (col rilievo inevitabile da attribuire alla natura pubblicistica o privatistica degli atti dell'amministrazione), in alcune materie e anche per l'influsso del diritto comunitario (in tema di accesso, anche ai sensi della direttiva n. 313 del 1990, nonché di appalti pubblici di lavori, di servizi e di forniture) le leggi più recenti hanno introdotto normative sostanziali la cui applicabilità prescinde dalla distinzione tra soggetti pubblici e privati e dalla natura dei loro atti.

Già per le controversie in materia di accesso, e pure per le liti proposte contro un concessionario di un pubblico servizio, l'art. 25 della legge n. 241 del 1990 ha previsto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (Sez. Un., 28 maggio 1998, n. 5292; Sez. Un., 16 dicembre 1994, n. 11214).

Più in generale, in materia di appalti, nei limiti previsti dalle leggi di recepimento delle direttive comunitarie, anche agli atti delle imprese è stato attribuito un rilievo pubblicistico, tale da configurare la giurisdizione amministrativa di legittimità per le controversie sorte prima del 1° luglio 1998 (Cass., Sez. Un., 13 febbraio 1999, n. 64; Sez. Un., 5 febbraio 1999, n. 24; Cons. Stato, Sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478; Sez. V, 20 dicembre 1996, n. 1577).

Per le controversie sorte dal 1° luglio 1998, il legislatore ha poi ritenuto di porre un'ampia deroga al criterio tradizionale di riparto della giurisdizione e di devolvere alla giurisdizione amministrativa esclusiva anche le controversie intercorrenti tra soggetti privati, in settori in cui sono coinvolti interessi pubblici (art. 33 del decreto legislativo n. 80 del 31 marzo 1998).

Per converso, le leggi di riforma del pubblico impiego (tranne alcune eccezioni) hanno ritenuto di sottoporre i relativi rapporti alla giurisdizione ordinaria ed alla disciplina generale dei rapporti di lavoro privato (sia pure con gli inevitabili adattamenti, imposti dall'art. 97 della Costituzione; cfr. Corte Cost., 16 ottobre 1997, n. 309), anche quando si controverta di atti aventi un'indubbia incidenza sull'organizzazione amministrativa e, dunque, sulle strutture istituite per soddisfare gli interessi pubblici.

Il legislatore, oltre ai casi di privatizzazione di soggetti tenuti a svolgere servizi in favore della collettività ed ai peculiari poteri delle autorità indipendenti (legge 14 novembre 1995, n. 481), ha introdotto altresì nel sistema:

– la figura dell'accordo di diritto amministrativo (artt. 11 e 15 della legge n. 241 del 1990), per i quali si applicano, «ove non diversamente previsto, i prin-

cipi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili», prevedendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ragione degli interessi pubblici coinvolti;

– la disciplina di soggetti formalmente privati ma istituzionalmente tenuti a soddisfare interessi pubblici anche sulla base del diritto comunitario e di quello amministrativo, quali le società miste e in genere gli organismi di diritto pubblico che non rientrano nel novero delle pubbliche amministrazioni.

Il legislatore, pertanto, nell'ambito di un fenomeno di reciproca interferenza del diritto amministrativo e del diritto privato, ha disciplinato alcuni settori in cui vanno soddisfatti gli interessi della collettività, individuando la normativa sostanziale applicabile e determinando il giudice che conosca delle controversie, senza trarre rigide conseguenze e contrapposizioni tra la natura pubblicistica o privatistica degli atti dell'amministrazione, del resto a volte neppure identificabile sulla base di precostituiti canoni legislativi (come risulta dalle oscillazioni giurisprudenziali del passato).

Tuttavia, pur nell'ambito della progressiva osmosi tra le discipline pubblicistiche e quelle privatistiche, resta determinante il rispetto dei valori dell'imparzialità e del buon andamento, sanciti dall'art. 97 della Costituzione.

La normativa sull'accesso ha il medesimo ambito di applicazione dell'art. 97 e riguarda quindi gli atti dell'amministrazione in quanto tali:

– ai fini dell'accesso, non rileva la loro disciplina sostanziale pubblicistica o privatistica e neppure se, nel caso di controversia, vi sia la giurisdizione ordinaria o quella amministrativa (di legittimità, esclusiva o di merito);

– tranne le eccezioni tassativamente previste dalla legge, per tutti gli atti dell'amministrazione sussistono le esigenze della trasparenza, che agevola il concreto perseguimento dei valori costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità.

4.4. – L'amministrazione non può dunque negare l'accesso agli atti riguardanti la sua attività di diritto privato solo in ragione della loro natura privatistica.

Chi ne ha interesse, anche quale dipendente, può accedere agli atti di un procedimento dominato dai principi di buona fede e correttezza oltre che da quello di legalità.

Anche in relazione a trattative in corso per il sorgere di obbligazioni e contratti, chi ne ha interesse può formulare l'istanza di accesso proprio per verificare se è stata violata la normativa pubblicistica (cfr. art. 24 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e art. 56 della legge 1990, n. 142, come interpretati da Sez. V, 31 dicembre 1998, n. 1996; Sez. V, 22 marzo 1995, n. 454, per cui l'imprenditore del settore può contestare la sussistenza dei presupposti posti a base di una trattativa privata conclusa con altri).

L'amministrazione può invece negare l'accesso, per tutelare se stessa, nei soli casi previsti dall'art. 24 della legge n. 241 del 1990, dall'art. 8 del decreto del Presidente della Repubblica n. 352 del 1992, e dall'art. 4 del decreto legislativo n. 39 del 1997, ad esempio quando il soggetto, senza averne un interesse, nel corso di trattative consentite dalla legge o nella fase dell'esecuzione di un contratto, inten-

da accedere ad atti interni che riguardino la sfera delle libere valutazioni dell'amministrazione in ordine alla convenienza delle scelte da adottare.

5. – Occorre a questo punto esaminare l'ambito di applicazione dell'art. 23 della legge n. 241 del 1990 e l'art. 2, comma 1, lettera *b*), del decreto legislativo n. 39 del 1997, per i quali l'accesso si esercita anche nei confronti degli «enti pubblici» e dei «concessionari di pubblici servizi».

5.1. – Dal punto di vista soggettivo, nell'ambito dei «concessionari di pubblici servizi» vanno annoverati tutti i soggetti, comunque denominati, che gestiscono un servizio pubblico (come inteso dall'art. 33 del decreto legislativo n. 80 del 1998), sulla base di un titolo giuridico, sia esso la legge o un atto anche non avente il *nomen* di concessione (ad esempio per conto del Servizio sanitario nazionale: Sez. Un., 12 luglio 1995, n. 7641; 27 aprile 1995, n. 4679; 24 novembre 1994, n. 9971; 9 ottobre 1990, n. 9923).

L'imprenditore privato, quando svolge in base a tale titolo il servizio pubblico, è assoggettato dall'art. 23 della legge n. 241 del 1990 ad un regime sostanziale particolare (che incide anche sulla sua organizzazione interna), perché è tenuto a soddisfare gli interessi pubblici e a far esercitare l'accesso (nei limiti consentiti dalla stessa legge e dal regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 27 giugno 1992, n. 352, ovvero, in materia di ambiente, dalla direttiva comunitaria n. 313 del 1990 e dal decreto legislativo n. 39 del 1997).

5.2. – Dal punto di vista oggettivo dell'attività svolta dal gestore, il legislatore (in coerenza con la tendenza che non attribuisce rilievo decisivo alla natura del soggetto che cura gli interessi collettivi) ha disposto che le esigenze di trasparenza dell'attività amministrativa e del suo svolgimento imparziale concernano anche le attività di natura tipicamente negoziale e materiale (svolte in regime pubblicistico nei soli casi previsti dalla legge) con cui si gestisce un servizio pubblico e si entra in contatto con gli utenti.

Il richiamo agli enti pubblici, anche economici, ed ai concessionari di pubblici servizi evidenzia che in linea di principio la legge consente l'accesso alle loro attività di interesse pubblico, anche se sottoposte in tutto o in parte alla disciplina sostanziale del diritto privato: gli interessi collettivi meritano una identica tutela quando è gestito un servizio pubblico, poco importando sotto tale aspetto se esso sia svolto da un soggetto pubblico o da un privato in regime di mercato e concorrenza o di esclusiva (il che fa risultare al pubblico un vero e proprio *alter ego* dell'amministrazione).

Anche l'attività degli enti pubblici economici e dei gestori di pubblici servizi, quando si manifesta nella gestione di interessi pubblici, rientra quindi nell'ambito di applicazione dell'art. 97 della Costituzione (e non dell'art. 41 sulla libertà dell'iniziativa economica): essa, pur se sottoposta di regola al diritto comune, è svolta, oltre che nell'interesse proprio, anche per soddisfare quelli della collettività ed ha rilievo pubblicistico, sicché si deve attenere ai principi della trasparenza e del buon andamento (le cui violazioni possono anche indurre l'amministrazione, o le autorità indipendenti, a esercitare i propri poteri di autotutela, di vigilanza e di controllo).

In primo luogo, l'accesso previsto dall'art. 23 della legge n. 241 del 1990 riguarda i casi in cui una norma comunitaria o di diritto interno (in ragione delle esigenze di mercato, degli interessi pubblici coinvolti o della gestione del denaro pubblico) imponga al gestore del pubblico servizio l'attivazione di procedimenti per la formalizzazione delle proprie motivate determinazioni, anche di scelta dei propri contraenti (come avviene in materia di appalti pubblici di lavori, servizi o forniture).

In tali casi (nei quali la norma affida al gestore del servizio anche lo svolgimento di una pubblica funzione, tale da giustificare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: art. 33 del decreto legislativo n. 80 del 1998), la normativa di settore equipara l'attività del soggetto privato a quella tipicamente amministrativa, per quanto riguarda l'ambito di operatività dell'art. 97 della Costituzione e dell'istituto dell'accesso.

In secondo luogo, l'accesso è esercitabile nei confronti del gestore in relazione alle modalità con cui è materialmente gestito il servizio pubblico e a ciò che attenga alla sua organizzazione: i destinatari del servizio possono accedere agli atti suscettibili di incidere sulla qualità del servizio, sul rispetto delle norme che proteggono gli utenti e sul soddisfacimento delle loro esigenze.

In terzo luogo, oltre alle attività da svolgere sulla base di una norma ed a quelle direttamente riguardanti la gestione del servizio, l'accesso può avere luogo anche in relazione alla residua attività del gestore, quando si manifesti un interesse pubblico prevalente rispetto a quello imprenditoriale, sulla base di un giudizio di bilanciamento.

Tale giudizio caso per caso va svolto in sede di giurisdizione esclusiva sulla base di una valutazione composita, che tenga conto:

– del pubblico servizio in concreto svolto, della strumentalità, rispetto ad esso, dell'attività oggetto della domanda di accesso, nonché delle eventuali previsioni delle carte di servizio del settore;

– del regime sostanziale dell'attività del gestore, svolto in regime di esclusività (che rende ravvisabile all'utenza un vero e proprio *alter ego* dell'amministrazione) o in un sistema di mercato e di concorrenza (che, se del caso, possono far ravvisare le esigenze di riservatezza tassativamente previste dall'art. 8, comma 5, lettera d), del decreto del Presidente della Repubblica n. 352 del 1992);

– delle eventuali regole procedimentali, anche di diritto privato, che il gestore si sia posto per organizzare il servizio con determinazioni basate sulla trasparenza e sui principi di buona fede e di correttezza.

Sulla base di tali criteri, un interesse pubblico prevalente è ravvisabile quando il gestore del servizio (spontaneamente o in applicazione di una norma) ponga in essere un procedimento di natura comparativa con criteri precostituiti, per la selezione del personale più meritevole e per organizzare con efficienza il servizio.

Le scelte effettuate all'esito di tale procedimento hanno un rilievo pubblicistico, da un lato perché si tratta della selezione di coloro che fanno parte della complessiva organizzazione del gestore, entrano in contatto col pubblico e determinano la qualità del servizio, e dall'altro perché si ripercuotono sull'utenza le iniziative e le proteste di coloro che, in forma individuale, associativa o sindacale, lamentino che le scelte finali si siano basate su comportamenti scorretti.

In altri termini, il soggetto che assume di essere stato leso dal gestore nel corso di un procedimento per l'assunzione o la promozione di dipendenti non solo può lamentare la violazione dei principi di buona fede e di correttezza innanzi al giudice ordinario, ma può accedere agli atti del medesimo procedimento, in quanto vi è lo svolgimento di una attività strettamente connessa e strumentale alla quotidiana attività di gestione del servizio pubblico.

L'accesso agli atti del gestore del servizio pubblico, pur quando essi sono disciplinati dal diritto privato e comportano la giurisdizione ordinaria, consente il perseguimento delle medesime finalità connesse all'accesso agli atti dell'amministrazione (e cioè una più diffusa conoscenza dei processi decisionali, lo stimolo a comportamenti ispirati ai canoni di diligenza, buona fede e correttezza, ad una deflazione delle controversie): vi è l'interesse pubblico all'effettuazione di scelte corrette da parte del gestore, quando esse siano finalizzate all'organizzazione efficiente ed alla qualità del servizio.

Pertanto, quando il gestore di un servizio pubblico pone in essere un procedimento disciplinato dal diritto privato, prevale l'interesse pubblico alla trasparenza e può chiedere l'accesso chi abbia interesse ad accertare se vi sia stata una scorrettezza.

6. – Tenuto conto dei criteri che precedono, ritiene l'Adunanza Plenaria che la S.p.a. Ferrovie dello Stato debba consentire all'appellato l'accesso agli atti del procedimento indetto per il conferimento di promozioni ai propri dipendenti.

Non rilevano in contrario le deduzioni svolte nell'atto d'appello, per cui la società, per la sua natura privata, non rientra tra le pubbliche amministrazioni e gestisce il personale sulla base della normativa privatistica.

Come si è sopra osservato, gli articoli 22 e 23 della legge n. 241 del 1990 non precludono l'accesso agli atti di natura privata e, in presenza di un interesse pubblico prevalente, ammettono l'accesso nei confronti di chi svolga un pubblico servizio (in base ad una norma di legge o ad un atto amministrativo), applicando regole di diritto privato.

Essi si applicano, del resto, quando vi sia un «interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti», e cioè anche quando il giudice ordinario (come nella specie) abbia giurisdizione sulla situazione sostanziale di chi chieda l'accesso.

Contrariamente a quanto è stato dedotto dall'appellante, i criteri di riparto tra le varie giurisdizioni possono essere disposti dal legislatore (salvo il principio sancito dall'art. 103 della Costituzione, per il quale «il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi») in considerazione anche di esigenze di natura organizzativa, ma non incidono sull'ambito di applicazione della normativa sull'accesso.

Neppure può condividersi la deduzione per cui la gestione del personale delle S.p.a. Ferrovie dello Stato non avrebbe alcuna conseguenza sullo svolgimento del servizio e non sarebbe connessa allo svolgimento delle funzioni pubbliche, esercitabili dalla società.

Infatti, gli atti della società con cui avviene la selezione del personale incidono sulla scelta del personale più idoneo e preparato ed incide direttamente, quindi, sulla qualità del servizio di trasporto ferroviario.

È inoltre indubbio che il rispetto della normativa sulla trasparenza e sul buon andamento dei concorsi indetti dalla S.p.a. Ferrovie dello Stato (anche in considerazione della titolarità del relativo patrimonio azionario) coinvolga interessi di natura

pubblicistica e contribuisca ad instaurare corretti rapporti, anche di natura sindacale, tra la società ed i propri dipendenti, con potenziali riduzioni di tensioni e proteste e con la conseguente maggiore qualità, funzionalità ed efficienza del servizio.

7. – Il primo motivo d'appello va pertanto respinto, perché non sussistono le ragioni addotte per escludere l'accesso agli atti del concorso cui ha partecipato l'appellato, né peraltro emergono (o sono stati rappresentati dall'appellante) specifici interessi che inducano a ritenere infondata l'originaria domanda, sulla base del necessario giudizio di bilanciamento.

8. – Col secondo motivo del gravame, proposto in via subordinata, l'appellante ha chiesto che il ricorso di primo grado sia dichiarato inammissibile, poiché la società ha respinto l'istanza d'accesso e non si è formato il silenzio impugnato.

La censura va respinta, sia perché la lettera raccomandata n. 4108 del 29 ottobre 1997, che ha espressamente respinto la domanda di accesso, non risulta recapitata entro il 5 ottobre 1997 (data in cui l'appellato ha chiesto all'ufficiale giudiziario la notifica del ricorso di primo grado), sia perché, a seguito della reiezione dell'istanza, la controversia va risolta in sede giurisdizionale, ai sensi dell'art. 25, comma 5, della legge n. 241 del 1990.

9. – L'appello è nel suo complesso infondato e va respinto.

Va pertanto confermata la pronuncia appellata, con cui è stato ordinato alla S.p.a. Ferrovie dello Stato di consentire l'accesso a tutti gli atti riguardanti il corso di formazione quadri, cui ha partecipato l'appellato (*omissis*).

III*

(*omissis*).

1. – La società appellata:

a) ha concluso un contratto con la S.p.a. Telecom Italia (concessionaria del Ministero delle comunicazioni per la gestione del c.d. servizio audiotex), in base al quale fornisce a pagamento informazioni (riguardanti lo svolgimento di giochi, quali il totocalcio e il totogol) agli utenti che telefonano ai numeri telefonici col prefisso 144 o 166, che le sono stati assegnati;

b) ha ricevuto la notifica di cinque diffide del Ministero delle comunicazioni, aventi ad oggetto la contestazione di comportamenti considerati scorretti, ed ha impugnato tali atti in sede giurisdizionale (con ricorsi che risultano ancora pendenti);

c) con una istanza del 16 giugno 1997, ha chiesto alla S.p.a. Telecom Italia di accedere agli atti elencati in dieci punti, e complessivamente riguardanti tutta l'attività di gestione dei servizi audiotex, ed in particolare l'attività di controllo (di c.d. monitoraggio) sull'attività dei centri di servizio che hanno stipulato contratti con la

(*) Si omette la pubblicazione della sentenza n. 5/99, analoga alla n. 4/99, sopra riportata.

S.p.a. Telecom Italia, l'elenco delle richieste del Ministero delle comunicazioni di disabilitazione nei confronti di altri centri di servizio, la corrispondenza intercorsa tra la S.p.a. Telecom Italia ed il Ministero ovvero altri soggetti pubblici o privati «comunque afferente la vicenda in questione».

La S.p.a. Telecom Italia, con la nota n. 24260 del 9 luglio 1997, ha respinto la domanda di accesso, rilevando la genericità di alcuni punti della richiesta, l'esigenza di tutelare la riservatezza degli altri soggetti che svolgono l'attività di centri di servizio audiotex e l'assenza di un suo obbligo di fornire copia degli atti in possesso del Ministero.

1.1. – Col ricorso di primo grado, proposto al TAR per il Lazio ai sensi dell'art. 25 della legge n. 241 del 1990, la società appellata ha lamentato l'illegittimità del diniego ed ha chiesto che sia dichiarato il suo diritto di accedere a tutti i documenti richiesti.

Con la sentenza impugnata, il TAR ha respinto il ricorso per la parte in cui ha chiesto l'accesso con riferimento agli atti richiamati nei punti 1, 8, 9 e 10 della originaria istanza (perché formulata in termini generici) e nel punto 2, tendente a conoscere i dati identificativi dei soggetti, «operanti nel settore dei servizi auditel, al cui capitale partecipi Telecom Italia direttamente o attraverso società collegate o controllate» (perché riguardanti «attività di diritto privato»).

Il TAR ha invece accolto il ricorso per la parte riguardante la richiesta di accesso:

– agli atti indicati nei punti 3, 4 e 5 dell'istanza, concernenti le iniziative poste in essere dal Ministero delle comunicazioni e dalla S.p.a. Telecom Italia nei confronti di altri centri di servizio, nello svolgimento dell'attività di vigilanza e di controllo;

– agli atti richiamati al punto 6 e 7 dell'istanza, e specificamente riguardanti l'appellata, in quanto in possesso della S.p.a. Telecom, non rilevando la circostanza che essi siano anche nella disponibilità del Ministero delle comunicazioni e possano avere rilevanza in giudizi pendenti presso il giudice ordinario o quello amministrativo.

1.2. – Con l'appello in esame, la S.p.a. Telecom Italia ha impugnato la sentenza del TAR per i capi che hanno accolto le censure di primo grado.

La società originaria ricorrente non ha formulato appello incidentale avverso i capi della sentenza che hanno comportato la sua soccombenza.

1.3. – Dopo avere ricostruito le vicende che hanno condotto alla proposizione del gravame, l'appellante con l'unico articolato motivo ha dedotto che:

a) con l'originaria istanza di accesso la società appellata ha inteso acquisire elementi di fatto per sostenere che nei suoi confronti vi è stata un'attività di vigilanza e di controllo che non è stata svolta nei confronti di altri soggetti che gestiscono i centri di servizio;

b) i suoi illeciti, una volta accertati, dovevano essere repressi e non possono essere giustificati per il fatto che altri illeciti non siano stati eventualmente accertati o repressi;

c) in base all'art. 8, comma 5, del decreto del Presidente della Repubblica n. 352 del 1992, legittimamente vi è stato il rigetto dell'istanza volta ad acquisire informazioni (riservate e coperte da segreto) sull'attività di vigilanza e di controllo svolta nei confronti di altri soggetti, poiché va tutelata la loro riservatezza, anche ai sensi degli articoli 20 e seguenti della legge n. 675 del 1996;

d) non può ammettersi che la società appellata abbia un interesse generico a verificare il buon andamento dell'attività di vigilanza e di controllo;

e) in ogni caso, se anche si dovesse ritenere possibile l'accesso agli atti riguardanti altri centri di servizio, il TAR avrebbe dovuto ordinare l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei controinteressati.

La Sesta Sezione, rilevata l'esigenza di determinare la natura pubblicistica o contrattuale dell'attività di vigilanza e di controllo svolta dalla S.p.a. Telecom, ha richiamato gli orientamenti giurisprudenziali che si sono formati sulla questione se possa esercitarsi il diritto d'accesso nei confronti dell'attività privatistica della pubblica amministrazione e dei concessionari di pubblici servizi ed ha rimesso l'appello all'esame dell'Adunanza Plenaria.

1.4. – Con una successiva memoria, l'appellante ha richiamato la normativa applicabile per i servizi audiotex e per la relativa attività di vigilanza ed ha ribadito le proprie conclusioni:

– sull'assenza di un interesse dell'appellata a conoscere le iniziative poste in essere dal Ministero delle comunicazioni o dalla S.p.a. Telecom Italia nei confronti di altri soggetti che gestiscono i servizi audiotex;

– sulla insussistenza dell'obbligo di consentire l'accesso ai suoi atti che non hanno natura pubblicistica e sono stati posti in essere in esecuzione delle determinazioni del Ministero delle comunicazioni, perché altrimenti si dovrebbe ammettere che l'accesso non tutela «quel bene preziosissimo che è l'informazione, ma di indagine e financo di ispezione di quanto si faccia nell'esercizio di un'impresa».

2. – Ritiene l'Adunanza Plenaria che l'appello nel suo complesso sia infondato e vada respinto, poiché:

a) in base alla normativa vigente, gli atti del Ministero delle comunicazioni e della S.p.a. Telecom Italia (riguardanti l'attività di vigilanza e di controllo nei confronti dei gestori dei servizi audiotex e le specifiche iniziative riguardanti la società appellata) sono in ogni caso riferibili ad una attività di natura pubblicistica (sicché non rileva nel presente giudizio l'esame della questione se l'accesso sia consentito nei confronti degli atti disciplinati dal diritto privato);

b) la società appellata ha un interesse ad accedere a tali atti, tutelato dagli articoli 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990;

c) l'accesso agli atti in concreto può avere luogo con modalità che non contrastano con le esigenze di riservatezza delle altre società che svolgono l'attività di centri di servizio audiotex.

3. – Gli atti oggetto dei punti 3, 4, 5, 6 e 7 della originaria istanza di accesso rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 22, primo comma, della legge n. 241 del 1990, il quale consente l'accesso ai documenti amministrativi «*al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale*».

L'attività di vigilanza e di controllo nei confronti dei centri di servizio audiotex, infatti, costituisce espressione di poteri pubblicistici.

In applicazione della direttiva della CEE n. 388 del 1990, l'art. 3, comma 8, del decreto legislativo n. 103 del 1995 ha attribuito al Ministro delle poste e delle telecomunicazioni il potere di prescrivere le modalità tecniche delle attività dei soggetti autorizzati ad offrire al pubblico i servizi di trasmissione dei dati.

Col regolamento adottato col decreto n. 385 del 13 luglio 1995, il Ministro ha disciplinato le attività che possono svolgere gli imprenditori in regime di concorrenza tra loro quali c.d. centri di servizi audiotex, prevedendo il compenso spettante al concessionario della rete telefonica per il servizio offerto.

La S.p.a. Telecom Italia, quale gestore della rete telefonica, conclude contratti di diritto privato con gli imprenditori del servizio audiotex, determina il costo delle telefonate sulla base del corrispettivo del servizio e della durata della conversazione, deduce il costo del trasporto fisso e riscuote dagli utenti i compensi dovuti per le chiamate effettuate.

Per quanto riguarda l'attività di vigilanza, l'art. 20 del medesimo regolamento dispone che essa è svolta dal Ministero delle poste e delle telecomunicazioni (cui è succeduto il Ministero delle comunicazioni), mediante azioni di monitoraggio sull'effettivo buon andamento dei servizi e nel rispetto dei relativi obblighi.

Nel caso di accertata violazione, il Ministero può irrogare una sanzione, che a seconda della gravità dei fatti può consistere nella diffida a cessare il comportamento illegittimo ovvero nella disattivazione.

Ai sensi dell'art. 21, «*il gestore della rete è tenuto a dare tempestiva applicazione alle sanzioni predette*».

Da tale normativa emerge la natura pubblicistica ed autoritativa dei provvedimenti sanzionatori del Ministero e la natura pubblicistica della connessa attività di vigilanza e di controllo, nonché di quella di esecuzione delle sanzioni irrogate.

Tale natura è attribuibile anche all'attività di monitoraggio, di vigilanza e di controllo che la S.p.a. Telecom Italia (quale concessionario della rete telefonica, tenuto ad applicare le sanzioni irrogate dal Ministero) svolga sulla base della normativa vigente, della concessione rilasciata in suo favore e di specifiche richieste del Ministero.

Le risultanze degli accertamenti effettuati nei confronti dei centri di servizio, nell'ambito dell'attività materiale di vigilanza e di controllo, rientrano nel novero degli «*atti, anche interni, formati dalle pubbliche amministrazioni o, comunque, utilizzati ai fini dell'attività amministrativa*» (art. 22, comma 2, della legge n. 241 del 1990).

L'accesso nei confronti dei relativi atti è consentito, dunque, non importando sotto tale aspetto se gli accertamenti siano stati direttamente svolti dal Ministero, nell'ambito della sua attività istituzionale, ovvero dal concessionario della rete, che è tenuto a dare esecuzione alle richieste del Ministero, nell'ambito della dovuta atti-

vità di collaborazione affinché i servizi siano offerti all'utenza nel rispetto della normativa di settore e del generale canone della correttezza.

4. – Contrariamente a quanto è stato dedotto dall'appellante, va ravvisato l'interesse della società appellata ad accedere agli atti indicati nei punti 3, 4, 5, 6 e 7 della originaria istanza del 16 giugno 1997.

Va fatta applicazione del principio generale per cui vanno rilasciati al richiedente gli atti che riguardino direttamente la sua sfera giuridica, anche quando si tratti di attività svolta nell'esercizio di poteri di vigilanza e di controllo.

4.1. – L'art. 22 della legge n. 241 del 1990, sull'accesso ai documenti amministrativi, ha dato attuazione all'art. 97 della Costituzione, per il quale la legge assicura «*il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*».

Tali principi costituiscono i valori essenziali di riferimento di ogni comportamento dell'amministrazione.

Mediante la disciplina sull'accesso, il legislatore:

– ha permesso una più diffusa conoscenza dei processi decisionali (agevolando il concreto perseguimento dei valori dell'imparzialità e del buon andamento);

– ha favorito la partecipazione ed il controllo degli amministrati sui comportamenti dei soggetti che agiscono per l'amministrazione, che sono pertanto stimolati a comportarsi responsabilmente, con attenzione, diligenza e correttezza e sulla base di parametri di legalità, con il conseguente svolgimento di un'attività controllabile e, pertanto, qualitativamente migliore;

– ha introdotto un istituto che può anche avere un effetto deflattivo dei giudizi, poiché la conoscenza dei documenti rilevanti, «o corroborando la legittimità degli atti amministrativi o comunque ingenerando il convincimento dell'inopportunità dell'impugnazione, può dissuadere dall'azione giurisdizionale» (Sez. V, 18 dicembre 1997, n. 1591; Sez. IV, 6 marzo 1995, n. 158).

Le esigenze del buon andamento e della imparzialità «*dell'amministrazione*» (come disciplinate dall'art. 97 della Costituzione) riguardano allo stesso modo, pertanto, tutte le attività volte all'emanazione dei provvedimenti, anche quando si tratti delle attività ispettive di vigilanza, di controllo e di accertamento delle infrazioni alle leggi vigenti (cfr. Sez. IV, 6 agosto 1997, n. 772): chi svolge tale attività non si avvale di una «zona franca» di applicazione della normativa sull'accesso.

L'accesso va escluso nei soli casi espressamente previsti dalla legge (cfr. l'art. 24 della legge n. 241 del 1990 e l'art. 8 del decreto del Presidente della Repubblica n. 352 del 1992, l'art. 4 del decreto legislativo n. 39 del 1997), tra i quali non rientra quello dello svolgimento dell'attività di vigilanza, di controllo o di accertamento di illeciti.

4.2. – Per quanto riguarda gli atti indicati nei punti 6 e 7 della originaria istanza di accesso (cioè quelli trasmessi dalla S.p.a. Telecom Italia all'autorità giudiziaria, al Ministero o ad altri organi amministrativi), non rileva in questa sede verificare se siano fondate le contestazioni rivolte alla società appellata dal Ministero delle comunicazioni, con alcuni provvedimenti impugnati in distinti giudizi (che risultano ancora pendenti).

Contrariamente a quanto è stato reiteratamente dedotto dalla S.p.a. Telecom Italia, sussiste l'interesse della società appellata a conoscere gli elementi posti a suo carico e oggetto delle segnalazioni trasmesse alle autorità competenti, poiché:

– per l'art. 24, comma 2, lettera *d*), della legge n. 241 del 1990, l'accesso va consentito agli interessati in relazione agli atti «*la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici*»;

– se anche il Ministero delle comunicazioni o la S.p.a. Telecom Italia abbiano trasmesso all'autorità giudiziaria una denuncia di reato per i fatti oggetto dell'attività di vigilanza e di controllo sui servizi audiotex svolti dall'appellata (circostanza che non è stata peraltro comprovata e neppure esposta), non poteva esservi il rigetto della domanda di accesso, in assenza di un provvedimento di sequestro (Sez. IV, 28 ottobre 1996, n. 1170);

– il soggetto nei cui confronti sia stato emesso un provvedimento sanzionatorio ha titolo ad accedere alla documentazione che lo riguarda, anche «al fine di un sindacato a posteriori sulla legittimità del comportamento tenuto dall'Amministrazione e dai suoi funzionari» (cfr. Sez. IV, 20 maggio 1996, n. 665).

4.3. – A parte le precisazioni svolte nel successivo punto 5 sull'esigenza di rispettare la riservatezza delle società eventualmente sottoposte a controllo, va altresì considerato sussistente l'interesse della società appellata ad accedere anche agli atti indicati nei punti 3, 4, e 5 della originaria istanza del 16 giugno 1997, riguardanti lo svolgimento dell'attività di vigilanza e di controllo dei servizi audiotex nei confronti di altre società.

La società appellata, sia nella istanza del 16 giugno 1997 che negli atti dei due gradi del giudizio, ha evidenziato di avere interesse ad accedere ad atti che potrebbero fare ravvisare profili di eccesso di potere nei provvedimenti sanzionatori emessi nei suoi confronti (sotto i profili dello sviamento, della inidonea ricostruzione dei fatti e della disparità di trattamento).

Pertanto, essa ha chiesto l'acquisizione di atti che, anche sotto tale aspetto, sono riferibili all'esigenza di difendere compiutamente i suoi interessi legittimi, poiché:

– l'accesso ai documenti amministrativi va consentito anche quando la relativa istanza sia preordinata alla loro utilizzazione in un giudizio (Sez. IV, 6 marzo 1995, n. 158; Sez. VI, 25 novembre 1994, n. 1715; Sez. VI, 19 luglio 1994, n. 1243; Sez. VI, 20 giugno 1994, n. 1015);

– l'accertamento dell'interesse all'esibizione degli atti riguardanti il richiedente va effettuato con riferimento alle finalità che egli dichiara di perseguire, non potendosi operare alcun apprezzamento in ordine alla fondatezza o ammissibilità della domanda o della censura che sia stata proposta o si intenda proporre, la cui valutazione spetta solo al giudice chiamato a decidere (cfr. Sez. IV, 27 agosto 1998, n. 1131; Sez. IV, 8 settembre 1995, n. 688; Sez. VI, 25 novembre 1994), sicché non può in questa sede l'appellante dedurre che sarebbero inammissibili le censure di eccesso di potere, formulate dalla società appellata nei giudizi proposti avverso gli atti sanzionatori emanati nei suoi confronti.

5. – Vanno altresì respinte le residue censure formulate dall'appellante, secondo cui, rilevando le esigenze di riservatezza delle società che svolgono i servizi audiotex e nei cui confronti è stata svolta l'attività di vigilanza e di controllo, la sentenza impugnata dovrebbe essere riformata o, quanto meno, dovrebbe essere integrato il contraddittorio nei confronti delle medesime società.

Poiché anche l'attività di vigilanza e di controllo va svolta nel rispetto delle esigenze di imparzialità e di buon andamento, l'impresa che svolge la sua attività in regime di concorrenza ha titolo a conoscere gli atti determinativi degli eventuali criteri predeterminati in base ai quali siano state svolte le attività di vigilanza e di controllo nei suoi confronti, nonché le specifiche risultanze della complessiva attività svolta, senza favoritismi, per fare rispettare la normativa del settore.

In tal modo, oltre a tutelare l'interesse dell'impresa alla conoscenza di circostanze da porre se del caso all'esame del giudice eventualmente adito, l'ordinamento tutela l'interesse pubblico allo svolgimento di una corretta attività di vigilanza e di controllo, maggiormente stimolata quando il comportamento di chi la effettua è valutabile, anche a posteriori, sulla base dei principi della trasparenza e del buon andamento (cfr. Sez. IV, 20 maggio 1996, n. 665, *cit.*).

La fondatezza dell'istanza di accesso dell'impresa che opera in regime di concorrenza va però esaminata tenendo anche conto della riservatezza e delle esigenze industriali e commerciali dei soggetti nei cui confronti è stata svolta l'attività di vigilanza e di controllo.

Poiché l'interesse dell'impresa richiedente è quello di verificare che tale attività sia svolta senza favoritismi, nel rispetto dei principi costituzionali e della normativa di settore, non sussiste uno specifico ed ulteriore interesse tutelabile alla diretta conoscenza dei dati identificativi dei soggetti nei cui confronti siano state concretamente svolte le indagini ovvero siano state accertate infrazioni.

L'originaria istanza di accesso, infatti, come in casi similari in cui va garantito l'anonimato (cfr. Cons. giust. amm., 25 ottobre 1996, n. 384; Sez. V, 28 aprile 1995, n. 639) può essere soddisfatta, nella specie, rilasciando gli atti con la copertura dei dati identificativi delle medesime società e dei numeri telefonici loro assegnati.

La S.p.a. Telecom Italia, pertanto, deve consentire l'accesso agli atti che abbiano eventualmente determinato i criteri da seguire nel corso delle attività di vigilanza, di controllo e di c.d. monitoraggio, nonché agli atti che, nel corso delle medesime attività, abbiano in concreto riguardato altri centri di servizio, senza consentire di risalire alle società coinvolte dalle operazioni di controllo e ai numeri telefonici loro assegnati.

6. – Va infine respinta la deduzione formulata dall'appellante nella sua memoria difensiva, per cui l'istanza di accesso poteva essere formulata nei soli confronti del Ministero, quale titolare della *potestas publica*.

A parte l'assenza di uno specifico motivo di appello avverso la statuizione contraria espressamente contenuta a pp. 14 e 15 della sentenza impugnata, rileva il dato testuale dell'art. 25, comma 2, della legge n. 241 del 1990 e dell'art. 3, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica n. 352 del 1992, per i quali l'istanza di accesso può essere formulata nei confronti dell'amministrazione «che ha formato il documento o che lo detiene stabilmente», e cioè anche del concessionario, che non

abbia formato il documento, ma sia tenuto a rispettare gli articoli 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990.

9. – L'appello è nel suo complesso infondato e va respinto.

La S.p.a. Telecom Italia, con le modalità sopra precisate, deve pertanto consentire l'accesso ai propri atti riguardanti l'attività di vigilanza e di controllo svolta nei confronti della società appellata e degli altri centri di servizio audiotex, nonché agli atti, di cui abbia la disponibilità materiale, con cui il Ministero delle comunicazioni ha determinato i criteri di svolgimento della medesima attività, ha constatato le infrazioni di altre società e ha irrogato le relative sanzioni (*omissis*).

CONSIGLIO DI STATO, sez. IV, 8 febbraio 1999 n. 128 - *Pres.* Iannotta - *Est.* Numerico - Emiliani (avv. Guerra) c. Ministero della Difesa (avv. Stato Nucaro).

Esecuzione del giudicato - Ricorso in ottemperanza - Giudicato in materia pensionistica della Corte dei conti - Rivalutazione monetaria - Proponibilità innanzi al giudice amministrativo in sede di ottemperanza - Esclusione.

È inammissibile, in sede di ottemperanza ad un giudicato della Corte dei Conti in materia pensionistica, la domanda avente per oggetto la rivalutazione monetaria del credito e gli interessi moratori, proposta per la prima volta innanzi al giudice amministrativo (1).

(*omissis*)

Il ricorso in ottemperanza in esame è in parte infondato, in parte inammissibile.

L'infondatezza riguarda la domanda di interessi.

La Corte dei conti, con la sentenza di cui si chiede l'esecuzione accordò il diritto all'indennità *una tantum* per il periodo di servizio militare in s.p.e. dal quale il sig. Lanfranco Emiliani si era dimesso; riconobbe pure il diritto agli interessi.

---

(1) Con la decisione in esame il Consiglio di Stato fa applicazione dei principi recentemente affermati con l'Adunanza Plenaria n. 7 del 1997.

La giurisprudenza amministrativa, seppure pacifica nell'ammettere il ricorso all'ottemperanza del giudice amministrativo anche nei confronti di giudicati emessi da giudici speciali (nella specie trattasi di giudicato della Corte dei Conti), si pone il problema della sussistenza della giurisdizione ove si tratti di integrare il *dictum* contenuto nel giudicato — per esempio, come nel caso in esame, ordinando la corresponsione di interessi e di rivalutazione — anche in difetto di una pronuncia esplicita della decisione da ottemperare.

La soluzione adottata è di tipo restrittivo. Se infatti, da un lato, il giudice dell'ottemperanza può adottare una statuizione analoga a quella che avrebbe potuto emettere in un nuovo giudizio di cognizione, risolvendo problemi interpretativi che comunque spetterebbero alla propria giurisdizione, dall'altro, il medesimo giudice difetta di un analogo potere integrativo allorché il

Questi sono stati attribuiti, con i mandati esibiti dall'amministrazione, prima dell'instaurazione del giudizio.

L'inammissibilità riguarda la domanda in quanto volta ad ottenere la rivalutazione sulla sorte capitale riscossa.

In tema, occorre richiamare la recente decisione dell'Adunanza plenaria 17 gennaio 1997, n. 1.

Tale precedente, al quale si deve conformità per l'autorità della sua fonte, ritiene che il giudice amministrativo non ha gli usuali poteri di interpretazione integrativa del precetto giudiziale con riferimento agli accessori a quel precetto quando la decisione di cui si chieda l'ottemperanza sia stata adottata, come nel caso, da un Giudice appartenente ad un diverso ordine giurisdizionale e quando la questione sui diritti accessori rientri nella sua giurisdizione: ultima condizione, questa, che, per pacifico orientamento della Cassazione (Cass., 4 ottobre 1996, n. 8682 e 9 marzo 1995, n. 2742), si deve intendere verificata con riferimento all'estensione dei poteri di cognizione della Corte dei conti.

Per le considerazioni esposte il ricorso va in parte respinto ed in parte dichiarato inammissibile (*omissis*).

CONSIGLIO DI STATO, sez. IV, 11 marzo 1999, n. 260 - *Pres.* Iannotta - *Est.* De Lipsis - Sgandurra (avv. Marzano), Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dei Lavori Pubblici e ANAS (avv. Stato G. Palmieri) c. Elia (avv. Rienzi).

Impiego pubblico - Dirigenti generali - Nomina - Atto di alta amministrazione - Motivazione - Necessità.

In tema di atti di alta amministrazione preordinati alla provvista di personale dello Stato ai massimi livelli, i parametri di legittimità ai quali deve essere rapportata l'azione amministrativa discendono direttamente dai precetti costituzionali di cui agli artt. 97 e 113 Cost. e dai principi scaturenti dalla disciplina di rango ordinario di cui alla legge n. 241/90.

---

giudicato da eseguire provenga da un giudice appartenente ad un diverso ordine giurisdizionale e le questioni da risolvere, in base alle norme attributive della giurisdizione, spettino a quest'ultimo. Ciò in quanto l'esercizio di quei poteri integrativi finirebbe col comportare la violazione proprio delle regole sul riparto della giurisdizione.

Sui poteri del giudice amministrativo dell'ottemperanza di interpretare anche in via integrativa la sentenza, al fine di garantire effettività al giudicato da eseguire, tra le tante: Ad. Plen. 15 marzo 1989 n. 7; Cons. Stato, sez. V, 16 maggio 1989 n. 307.

Pacifica è anche la giurisprudenza amministrativa sulla estensione del ricorso in ottemperanza del giudice amministrativo anche ai giudicati di giudici speciali; per tutte cfr.: Cons. Stato, Ad.Plen., 23 dicembre 1994 n. 14.

P.P.

Ne deriva, da un lato, che è necessario che i soggetti prescelti (senza alcuna valutazione comparativa) siano effettivamente professionalmente qualificati con riferimento al grado ed alle funzioni dell'ufficio; dall'altro, che è necessario che, dagli atti del procedimento, emergano i criteri seguiti dall'Amministrazione e le ragioni giustificatrici, così da consentirne la puntuale verifica anche in sede giurisdizionale (1).

(*omissis*).

1. – I due appelli possono esser riuniti attesa la loro connessione soggettiva ed oggettiva.

2. – Come diffusamente evidenziato in narrativa, l'adito TAR, con l'impugnata sentenza, ha annullato il decreto del Presidente della Repubblica 7 novembre 1994,

---

(1) La sentenza si segnala non solo per l'applicazione dei principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di atti di alta amministrazione e dei quali si tratterà diffusamente *infra,* ma anche per alcune puntualizzazioni in tema di effetti dell'annullamento in sede giurisdizionale dell'atto amministrativo per difetto di motivazione.

Nella sentenza *de qua* si precisa che l'immediata efficacia esecutiva della sentenza di primo grado riguarda soltanto l'effetto caducatorio e non quello conformativo della futura attività amministrativa; aderendo, così alla tricotomia classica, individuata dalla dottrina (Nigro, Sandulli) e dalla giurisprudenza (per i riferimenti cfr. A. ROMANO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, 1992, 728-733) in base alla quale l'annullamento giurisdizionale di un provvedimento amministrativo determina, appunto, effetti demolitori (delle situazioni giuridiche soggettive costituite dall'atto impugnato), effetti ripristinatori (delle situazioni giuridiche soggettive modificate dall'atto impugnato) ed effetti conformativi (consistenti nel vincolo imposto all'attività di rinnovazione dell'atto impugnato).

La sentenza *de qua*, perciò, statuisce che gli effetti ripristinatori dell'esecutività della sentenza di primo grado «non si spingono» fino all'attribuzione all'appellato dell'incarico oggetto della delibera annullata in sede giurisdizionale in primo grado.

Sul primo profilo, attinente alle modalità ed ai criteri di scelta in tema di atti di alta amministrazione, oltre ai precedenti menzionati nella sentenza che si annota, (Cons. Stato, sez. IV, 14 luglio 1995, n. 562, in *Cons. Stato*, 1995, I, 1034; *id.*, 1° settembre 1998, n. 1139, *ivi,* 1998, I, 1255), vanno ricordate *id.,* 9 luglio 1998, n. 1068, in *Foro It.*, 1999, III, 105; *id.*, 5 febbraio 1998, n. 120, *ibidem,* con ampi riferimenti nella motivazione della decisione stessa alla quale si ispira chiaramente la sentenza che si annota.

Più in generale, la Corte dei Conti richiede una motivazione specifica con riferimento al possesso dei requisiti richiesti per i soggetti estranei all'Amministrazione (Sez. contr., 24 marzo 1993, n. 41, *ivi, Rep.* 1993, voce *Impiegato dello stato*, n. 510).

Infine, va ricordato il profilo attinente alla trasformazione dell'ANAS in ente pubblico economico, ritenuto — in definitiva — irrilevante dal Consiglio di Stato, perché la questione è stata esaminata e risolta con riferimento ai principi generali di cui all'art. 21 decreto legislativo n. 29/93.

Successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo 26 febbraio 1994, n. 143 e con la trasformazione giuridica dell'Ente in ente pubblico economico attuata dal d.P.C.M. in data 26 luglio 1995, anche i rapporti di lavoro hanno subito un *mutamento di disciplina*, essendo da quel momento in poi regolati dal codice civile, dai contratti collettivi (per il personale dirigenziale stipulato in data 15 maggio 1996 ed immediatamente applicabile a decorrere da tale data) e dai regolamenti adottati dall'Ente (art. 10 decreto legislativo n. 143/94 *cit.*; art. 15 dello Statuto dell'Ente, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 21 aprile 1995, n. 242).

n. 15638 di nomina del dott. Sgandurra a dirigente generale di livello C dell'ANAS, ed il decreto ministeriale 22 febbraio 1995, n. 2367, con il quale il Ministero dei lavori pubblici ha attribuito al dott. Sgandurra la funzione di direttore centrale per gli affari generali e del personale dell'ANAS, per violazione dell'art. 21 del decreto legislativo n. 29/93, poiché il decreto impugnato non reca alcuna motivazione circa il possesso dei requisiti per la nomina e dal *curriculum vitae* del dott. Sgandurra non emergerebbe con immediatezza che egli abbia maturato una professionalità specifica nel campo della gestione amministrativa.

Nel presente giudizio le intimate amministrazioni hanno ottenuto la sospensione dell'esecuzione dell'impugnata sentenza (ordinanza n. 2350/97).

Successivamente, a seguito di istanza di revocazione della predetta ordinanza, presentata dall'odierno appellato sulla base della circostanza nuova di essere stato

---

Pertanto, la nomina dei direttori centrali avviene in base all'art. 7, 3° comma, del citato, decreto legislativo n. 143/94, il quale conferisce all'Amministratore tutti i poteri di gestione ordinaria e straordinaria, in base all'art. 11 dello Statuto, ed in base all'art. 7 del Regolamento di organizzazione, richiamato dal primo comma dell'art. 11 dello Statuto, ed approvato con delibera n. 11 in data 27 dicembre 1995 del Consiglio di Amministrazione, secondo il quale alle direzioni centrali l'Amministratore prepone funzionari con la qualifica di dirigente dandone comunicazione al Consiglio di Amministrazione.

Evidentemente il quadro di riferimento ha assunto connotati diversi proprio per effetto della *trasformazione del regime giuridico dell'Ente e del rapporto di lavoro dei suoi dipendenti* (v. art. 5, che disciplina l'assunzione del personale dirigenziale, del Regolamento del personale approvato con delibera n. 12 in data 27 dicembre 1995 del Consiglio di Amministrazione), svincolandosi da una rigida applicazione dell'art. 21 del decreto legislativo n. 29/93 *cit.* e senza che possa ipotizzarsi alcuna « riserva» in favore del personale già appartenente ai ruoli dell'ANAS (questa è la chiave di lettura corretta che scaturisce anche dal 3° comma del citato art. 5 del regolamento che per il personale già in servizio fa riferimento per la nomina a dirigente alla dimostrata ed elevata competenza e professionalità nel settore di attività ove é necessario ricoprire l'incarico).

Brevi osservazioni in tema di atti di alta amministrazione.

1. – *NOZIONE*

Secondo la dottrina più autorevole (A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, 1989, 19) non rientrano nell'attività politica ma rappresentano il primo grado di attuazione dell'indirizzo politico nel campo amministrativo gli atti di suprema direzione della Pubblica Amministrazione designati come atti di alta amministrazione e segnano il raccordo tra la funzione di governo, espressione dello Stato – Comunità, e la funzione amministrativa, espressione dello Stato – Soggetto e che essi realizzano al più alto livello.

L'attività di alta amministrazione attiene alle scelte di fondo dell'azione amministrativa discrezionale ed è demandata ai supremi organi di direzione della P.A..

Gli atti di alta amministrazione ineriscono, quindi, all'attività amministrativa e sono soggetti al regime giuridico proprio degli atti amministrativi; sono sottoposti al sindacato dei giudici non diversamente dagli altri atti amministrativi, pur se condizionatamente alla loro rilevanza esterna ed alla loro efficacia immediata (A. ROMANO) e, diversamente dagli atti politici, non sono liberi nella scelta dei fini, ma sono legati — pur nell'ampia discrezionalità che caratterizza l'alta amministrazione — ai fini indicati dalle leggi.

riammesso in servizio per effetto di due provvedimenti del Pretore e del Tribunale in funzione di giudice del lavoro, la Sezione — con ordinanza n. 1092/1998 — ha revocato la precedente ordinanza n. 2350/1997.

2.1. – Orbene, giova a questo punto evidenziare una prima considerazione: sia la sentenza di annullamento, oggi appellata, sia l'ordinanza cautelare di rigetto dell'istanza di sospensione dell'esecuzione della predetta decisione — contrariamente a quanto sembra ritenere l'odierno resistente — non comportano come effetto automatico il diritto del dott. Elia a ricoprire l'incarico di cui trattasi.

In altri termini, gli effetti ripristinatori della esecutività della citata sentenza n. 1514/1997 (conseguente all'adozione dell'ordinanza di revoca n. 1092/1998) non si spingono fino all'attribuzione al dott. Elia dell'incarico di direttore centrale AA.GG. e Personale.

L'alta amministrazione consta di una parte fissa, rigorosamente prevista dall'ordinamento, consistente nell'attività amministrativa che la legge stessa rimette al Consiglio dei Ministri o ai Comitati interministeriali, e una parte variabile, essenzialmente direttiva e volta ad imprimere all'azione amministrativa discrezionale gli indirizzi di base.

Tra gli atti inerenti alla parte fissa si collocano le deliberazioni del Consiglio dei Ministri relative alla nomina ed alla revoca delle più alte cariche dello Stato, aventi carattere fiduciario, quali ad es., Segretario Generale e Direttore Generale dei Ministeri, Prefetti, Capi missioni diplomatiche, Avvocato Generale dello Stato (Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 1981, n. 340, in *Cons. Stato*, 1981, I, 387 e in *Foro Amm.*, 1981, I, 849, con nota di F. PIGA, *Attività di alta amministrazione e controllo giurisdizionale*).

Si tratta di una categoria eterogenea (A. ROMANO, *op. cit.*, 300) e «di difficile precisazione» (F. CUOCOLO, *Enc. Treccani*, vol. I, voce *Alta Amministrazione*).

Gli atti di alta amministrazione si caratterizzano per il fatto di essere dotati di amplissima discrezionalità e, in quanto tali, per non essere propriamente atti di mera attuazione, attraverso la scelta dei modi e dei mezzi, dei fini stabiliti dalla legge.

Altro elemento connotatore della categoria è la titolarità soggettiva che appartiene per definizione agli organi di vertice dell'Amministrazione.

2. – *I PRINCIPI ELABORATI DALLA GIURISPRUDENZA*

2.1. – *La sindacabilità degli atti di alta amministrazione.*

La giurisprudenza ha operato una progressiva erosione della sfera dell'attività c.d. politico-amministrativa sottratta per definizione al sindacato giurisdizionale al fine di sottoporre al vaglio del giudice amministrativo anche provvedimenti connotati da una forte motivazione politica.

Come si è già detto, il Consiglio di Stato, con la citata sentenza n. 562/95, ha precisato che, in tema di atti di alta amministrazione preordinati alla provvista di personale dello Stato ai massimi livelli, i parametri di legittimità ai quali deve essere ragguagliata l'azione amministrativa sono direttamente identificabili negli artt. 97 e 113 Cost., oltre che nella disciplina di rango ordinario contenuta nella legge n. 241/90.

Ne deriva, da un lato, l'esigenza sostanziale che i soggetti prescelti siano effettivamente di qualificazione professionale adeguata al grado, alla complessità ed alla delicatezza delle funzioni inerenti l'ufficio e, dall'altro, l'esigenza formale che dagli atti del procedimento emergano i criteri seguiti dalla Amministrazione ai fini della scelta, o comunque, le ragioni giustificanti la stessa, sì da consentirne la puntuale verifica anche in sede giurisdizionale.

Come è noto, l'immediata efficacia esecutiva della sentenza di primo grado riguarda l'effetto caducatorio e non quello confermativo della futura attività amministrativa.

Pertanto, sotto questo profilo, l'istanza per l'esecuzione della ordinanza n. 1092/98 e della sentenza n. 1514/97, in quanto intesa a «voler far ricoprire, nelle more della decisione di merito, la direzione generale AA.GG. e Personale dell'ANAS con il dott. Elia» non e ammissibile.

2.2. – Ma l'istanza in questione non appare ammissibile sotto un ulteriore profilo.

Invero, trattasi di domanda concernente le modalità di esecuzione di un provvedimento attinente alla fase cautelare (ormai conclusa) di un giudizio, il cui merito viene deciso con la presente sentenza; essa, quindi, è accessiva alla sentenza appellata, la quale non può avere un effetto interinale di sovrapposizione all'effetto definitivo della presente decisione.

Ha ancora precisato il Consiglio di Stato che i provvedimenti di scelta alle più alte cariche dello Stato, proprio in ragione della natura squisitamente discrezionale dei provvedimenti stessi, sono sindacabili soprattutto sotto il profilo dell'eccesso di potere (fattispecie in tema di nomina ad ambasciatore, Cons. Stato, sez. IV, 9 novembre 1995, n. 898/95, in Cons. Stato, 1995, I, 1503; *id.*, 6 aprile 1993, n. 393, *ivi*, 1993, I, 486).

2.2. – *Il profilo attinente alla organizzazione dell'ufficio*

Nel caso di revoca della nomina ad ambasciatore, il TAR Lazio, Sez. I, con sentenza 20 maggio 1996, n. 773, ha respinto il ricorso, ritenendo che l'organizzazione degli uffici della Pubblica Amministrazione rientri in un potere che per molti versi è insindacabile nel giudizio di legittimità, trattandosi dell'esercizio concreto di una serie di atti che tendono al raggiungimento delle finalità proprie dell'Amministrazione e la cui concreta adozione, sempre che non sia manifestamente illogica, è il connotato essenziale della sua esistenza.

Tali vicende organizzatorie, quando attengono alla preposizione ad uffici di particolare rilevanza, assumono connotazioni più marcatamente discrezionali, in cui possono essere valutate esigenze di natura complessa, non necessariamente esternabili in precise e compiute ragioni obiettive, quali la convenienza di una certa preposizione, l'opportunità di un avvicendamento, la necessità o l'opportunità di avvalersi di soggetto in possesso di specifiche qualità contingentemente ritenute correlate con l'organizzazione dell'ufficio. In tutte queste evenienze, quindi, non si discute della «capacità assoluta» di un soggetto, ma si relaziona la posizione dello stesso con il particolare momento di un determinato ufficio e si assumono le conseguenti disposizioni sulla base di questo giudizio relazionale.

2.3. – *Il profilo della motivazione*

L'orientamento giurisprudenziale può dirsi, comunque, consolidato nel senso che l'Amministrazione deve manifestare chiaramente le ragioni della scelta compiuta, non avendo alcun rilievo in proposito la natura di atto di alta amministrazione, applicandosi anche a tale tipo di atto l'obbligo immanente sull'Amministrazione di indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche della specifica determinazione assunta.

Tale obbligo di motivazione discende dalla sussistenza, a fronte della potestà esercitata, di posizioni soggettive tutelate dall'ordinamento (Cons. Stato, sez. IV, 19 maggio 1997, n. 528, *ivi*, 1997, I, 648; *id.*, 11 giugno 1997, *ibidem*, 680).

2.4. – *Il profilo fiduciario*

La componente fiduciaria costituisce il sostrato sostanziale e la ragione stessa dell'attività di alta amministrazione, tanto che le norme prevedono, in ipotesi particolari, (ad es., Segretario Generale

3. – Nell'ordine logico delle varie pregiudiziali proposte nella complessa vicenda oggetto del giudizio, il collegio esamina, innanzi tutto, l'eccezione relativa alla tardività del ricorso di primo grado.

Assumono, in sostanza, gli odierni appellanti che la notorietà e la risonanza dei due provvedimenti impugnati in primo grado dal controinteressato (sia quello di nomina del dott. Sgandurra a dirigente generale dell'ANAS del 7 novembre 1994, sia quello di attribuzione delle funzioni al medesimo, datato 22 febbraio 1995) sarebbero stati tali da far presumere l'avvenuta conoscenza dei medesimi in un periodo antecedente a quello indicato nel ricorso introduttivo (proposto soltanto il 10 luglio 1995).

Avvalorerebbe, inoltre, tale eventualità la circostanza che l'interessato abbia occupato per mesi l'ufficio contiguo a quello dello Sgandurra (onde non avrebbe potuto ignorare la sua promozione), nonché il fatto che il dirigente del servizio personale, con nota del 3 marzo 1995, aveva «comunicato a tutti i dirigenti, tecnici ed amministrativi, dell'ANAS, e quindi anche al dott. Elia, l'assegnazione al dott. Sgandurra delle funzioni di direttore centrale, con decorrenza da 22 febbraio 1995».

Il suesposto assunto è privo di pregio.

3.1. – Al fine di stabilire la tempestività del ricorso, la presunzione di piena conoscenza del provvedimento deve essere ancorata ad elementi univoci e sicuri, tali da rendere certo, e non semplicemente probabile, che in un determinato momento l'interessato abbia avuto cognizione dell'atto.

Nel caso di specie, in difetto di alcuna produzione documentale dalla quale possa inequivocabilmente desumersi la tardività del ricorso introduttivo, non può fondatamente accertarsi l'esatta data in cui l'interessato abbia sicuramente avuto cognizione dell'atto in un ben determinato momento.

---

della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Vice Segretario Generale, Capi Dipartimento) una sorta di «*spoiling system* temperato» (art. 18, 3° comma, legge n. 400/88, secondo il quale i decreti di nomina alle predette cariche cessano di avere efficacia dalla data di giuramento del nuovo governo).

La giurisprudenza ha precisato che la fiducia non va intesa come affinità di idee personali o politiche o generica compatibilità o simpatia, ma deve consistere nella ricerca di dati obiettivi con riferimento alle probabilità di svolgimento ottimale di mansioni pubbliche per un periodo indipendente dalle vicende governative (cfr., nelle fattispecie in tema di nomina ad ambasciatore, le sentenze citate n. 562/95 e 393/93).

Nel caso della revoca delle funzioni attinenti ad alte cariche, dalla forte connotazione fiduciaria dell'incarico può derivare una diversa ampiezza e latitudine del potere discrezionale dell'Amministrazione e, quindi, una correlativa consequenziale riduzione dell'area del sindacato di legittimità che può esercitare il giudice amministrativo, attenendo la considerazione del permanere del rapporto fiduciario ad un profilo concreto di insindacabili valutazioni di merito.

Il giudice amministrativo, però, ritiene costantemente che sia comunque necessario esternare nell'atto i motivi che hanno fatto venir meno il rapporto fiduciario, anche attraverso l'elencazione di fatti specifici; operando una distinzione tra il momento della nomina e quello della revoca, nel quale l'accento si sposta sul dato obiettivo, quale, ad es., lo svolgimento ottimale delle mansioni affidate con la nomina ovvero il decorso del tempo nell'ipotesi di assenza di prefissione della data di scadenza dell'incarico stesso.

Va, comunque, ricordato che, in base ad un orientamento giurisprudenziale, dal carattere fiduciario di un incarico e dalla conseguente amplissima discrezionalità nel conferirlo deriva «un diritto

Né al riguardo può indurre a diversa conclusione l'asserita circostanza dell'esistenza della citata nota del dirigente del servizio personale, inviata in comunicazione a tutti gli altri dirigenti ANAS, relativa all'assegnazione al dott. Sgandurra delle funzioni di direttore centrale. Ciò in quanto la suddetta nota potrebbe non essere mai pervenuta a conoscenza del dott. Elia per *vis maior* o altro fatto impeditivo.

Pertanto, non essendo stati offerti quegli elementi idonei ad integrare gli estremi di una prova rigorosa, il ricorso di primo grado deve ritenersi tempestivamente prodotto.

4. – Con una ulteriore eccezione di rito, il dott. Sgandurra chiede l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata per sopravvenuto difetto di interesse. E ciò per un duplice ordine di considerazioni; in primo luogo, l'originario ricorrente, il dott. Elia: «sarà collocato a riposo, per raggiunti limiti di età, il 1° dicembre 1997, si che non è dato di comprendere quale persistente interesse gli si potrebbe riconoscere all'annullamento dei provvedimenti impugnati».

Inoltre, con la trasformazione dell'ANAS, sarebbe venuto meno nell'odierno appellato «il presupposto stesso di un interesse all'impugnazione del provvedimento di nomina», atteso che l'attribuzione delle funzioni di direttore centrale non presupporrebbe più, nel nuovo ordinamento, la qualifica di dirigente generale.

La su rappresentata eccezione in ordine all'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse va disattesa.

4.1. – In primo luogo, osserva il Collegio che il collocamento a riposo dell'originario ricorrente non fa venir meno in questi l'interesse — quanto meno morale — alla definizione del presente giudizio.

---

all'ufficio» per cui ogni provvedimento inteso ad estinguere tale diritto deve essere motivato (Cons. Stato, sez. VI, 2 novembre 1983, n. 806, *ivi*, 1983, I, 1226); precisando la stessa pronuncia che la notorietà di un fatto può dispensare dall'onere di provarlo, ma non dall'obbligo di esporlo in motivazione e di esternare le relative valutazioni dell'Amministrazione.

Va esaminato un ultimo profilo che attiene alla comunicazione dell'avvio del procedimento *ex* art. 7 legge n. 241/90.

La natura e la struttura del procedimento di alta amministrazione non consentono di contemplare l'intervento dei soggetti interessati e l'esigenza di celerità è «*in re ipsa*», atteso il carattere fortemente fiduciario e la particolare connotazione del provvedimento di specie, volto ad assicurare, anche attraverso un delicato equilibrio con gli interessi privati, il perseguimento del superiore interesse allo svolgimento delle funzioni cui l'Amministrazione è preposta.

Peraltro, sulla questione generale dell'obbligo della comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo la giurisprudenza si è attestata su posizioni assolutamente non formalistiche, ritenendo che esso sussiste solo quando, in relazione alle ragioni che giustificano l'adozione del provvedimento amministrativo e a qualsiasi altro profilo, la comunicazione stessa apporti una qualche utilità all'azione amministrativa, perché questa sul piano del merito e della legittimità riceva arricchimento dalla partecipazione del destinatario del provvedimento. Pertanto, in mancanza di tale utilità viene meno l'obbligo della comunicazione (Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 1996, n. 283, *ivi*, 1996, I, 421).

GABRIELLA PALMIERI

In termini più generali, va, poi, osservato che l'interesse all'impugnazione di un provvedimento amministrativo non viene meno per il solo fatto che, nelle more del giudizio, venga emanato, comunque, un nuovo provvedimento (anche se privo dell'efficacia integralmente satisfattiva dell'interesse dedotto in giudizio), ovvero intervenga la trasformazione dell'Ente con conseguente privatizzazione del rapporto d'impiego dei dirigenti.

Nella fattispecie in esame, non può revocarsi in dubbio che sussiste per l'Elia l'attualità dell'interesse a ricorrere, atteso che i nuovi elementi verificatisi non sono idonei a rimuovere il fatto storico per cui si controverte e che, comunque, l'utilità della domanda di annullamento si realizza anche nella soddisfazione morale costituita dalla tutela della integrità professionale del ricorrente a non essere pretermesso nella promozione ad opera di altro soggetto di pari qualifica.

Pertanto, permanendo una residua utilità (ancorché meramente strumentale o morale) non può essere dichiarata l'improcedibilità del ricorso.

5.1. – Anche il dedotto vizio di extrapetizione, rappresentato solo nell'appello del dott. Sgandurra, è infondato.

Sostiene al riguardo l'appellante che il TAR ha annullato gli impugnati provvedimenti per difetto di motivazione circa il possesso dei requisiti per la nomina nonché per «il dubbio ipotizzato relativamente alla specifica professionalità dell'appellante», profili di censura, peraltro, non dedotti dall'originario ricorrente né nei motivi prospettati nel gravame introduttivo né nei motivi aggiunti.

Tale tesi non può essere condivisa, in quanto appare agevole ricostruire il secondo motivo del ricorso di primo grado come difetto di motivazione in relazione al meccanismo di provvista dei dirigenti generali stabilito dall'art. 21 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, specie laddove viene evidenziato l'obbligo di «una istruttoria e di una motivazione rinforzate» per il caso di «nomina di un esterno», atteso che «la possibilità per una amministrazione di attingere i propri dirigenti da quelli di altre amministrazioni», comunque postulava il «possesso dei richiesti requisiti professionali» (pag. 8 del ricorso introduttivo).

D'altra parte, il giudice di prime cure ha ritenuto fondata la censura di difetto di motivazione a fronte della omessa evidenziazione nel corpo del provvedimento impugnato dell'acclarato possesso da parte del dott. Sgandurra della «professionalità adeguata alle funzioni da svolgere».

Pertanto, anche l'esaminata doglianza non è fondata.

6. – Nel merito l'appello è infondato.

Come in precedenza accennato, i primi giudici — nell'annullare i provvedimenti gravati — hanno, in sostanza, ritenuto che dal *curriculum* non emergesse con immediatezza che il dott. Sgandurra avesse maturato una professionalità specifica nel campo amministrativo.

In particolare, il TAR — mentre non ha condiviso la tesi dell'originario ricorrente intesa a sostenere che la nomina alla qualifica di dirigente generale dell'ANAS è riservata ai dirigenti superiori dell'ANAS stessa — ha accolto la dedotta violazione dell'art. 21 del citato decreto legislativo 29/93, in quanto la scelta dell'Amministrazione, deve sempre essere orientata nei confronti di soggetti dotati di professionalità adeguata alle funzioni da svolgere.

6.1. – Giova, al riguardo, ribadire i principi affermati dalla giurisprudenza di questo Consiglio in materia di provvedimenti (discrezionali) di nomina dei dirigenti generali dello Stato.

La circostanza che l'Amministrazione fruisca di poteri ampiamente discrezionali con riferimento ai soggetti da nominare dirigenti generali, senza vincoli derivanti da aspettative di carriera dei funzionari che prestano servizio all'interno dell'Amministrazione stessa ed in ossequio al principio legislativo secondo cui — nel conferimento di tali qualifiche di vertice — si deve privilegiare l'obiettivo della piena efficienza della Pubblica amministrazione attraverso la più ampia possibilità di reperimento dei soggetti più capaci e meritevoli, non esclude di per sé che, in relazione a singole fattispecie, possano emergere posizioni di singoli qualificati a chiedere la verifica della legittimità delle nomine stesse.

Pertanto, in tema di atti di alta amministrazione, preordinati alla provvista di personale dello Stato ai massimi livelli, i parametri di legittimità ai quali deve essere rapportata l'azione amministrativa sono direttamente identificabili negli art. 97 e 113 della Cost., oltre che nella disciplina di rango ordinario contenuta nella legge 7 agosto 1990, n. 241; il che implica, da un lato, l'esigenza sostanziale che i soggetti prescelti (senza alcuna valutazione comparativa tra essi) siano effettivamente di qualificazione professionale adeguata al grado, alla complessità ed alla delicatezza delle funzioni inerenti all'ufficio e, dall'altro, l'esigenza formale che dagli atti del procedimento emergano i criteri seguiti dall'Amministrazione ai fini della scelta, o comunque le ragioni giustificanti la stessa, si da consentirne la puntuale verifica anche in sede giurisdizionale (cfr.: Sez. IV, 14 luglio 1995, n. 562, in *Ras. Cons. Stato*, 1995, I, 1034; Sez. IV, 1° settembre 1998, n. 1139 *ivi*, 1998, I, 1255).

6.2. – Applicando i su esposti principi al caso di specie, non può non riconoscersi la illegittimità dell'impugnato decreto di nomina del dott. Sgandurra, con particolare riferimento ai profili evidenziati dal TAR di difetto di motivazione «circa il possesso dei requisiti per la nomina» (non superabile né ammettendo un implicito richiamo alla proposta del Ministro dei lavori pubblici né argomentando *ex post* sulla «necessità funzionale» della predetta nomina, come rimedio alla grave situazione di malaffare esistente nell'azienda) e carenza nel *curriculum* di quella «professionalità specifica maturata nel campo della gestione amministrativa», elemento necessario alla nomina *de qua*.

Con questo non si vuole affermare che il dott. Sgandurra — funzionario dotato, nel complesso, di notevole spessore — sia stato nominato in ragione di rapporti fiduciari di collaborazione con esponenti del Governo allora in carica né che il medesimo non abbia mai svolto compiti riconducibili all'area dello svolgimento delle funzioni dirigenziali.

Ciò che si vuole, invece, affermare è che, nel caso di specie, dalla documentazione istruttoria agli atti, risulta comprovata la valutazione che del *curriculum vitae* dell'interessato ha effettuato il giudice di prime cure in termini di carenza dei necessari elementi attitudinali atti a giustificare il possesso, in capo all'interessato, della specifica professionalità per essere scelto dall'Amministrazione ai fini dell'accesso alla nomina *de qua*.

Invero, posto che la congruità dell'atto di nomina va verificato esclusivamente attraverso l'esame del menzionato *curriculum* dell'interessato, il Collegio non può non rilevare che il dott. Sgandurra — ancorché abbia svolto importanti compiti quale dirigente della Polizia Stradale e come capo della segreteria dell'Alto

Commissariato antimafia — non vanta alcuna significativa esperienza nei settori di attività in cui si articola, in maniera predominante, la Direzione Centrale degli Affari Generali e del Personale (così come indicati nell'organigramma relativo alle competenze attribuite alla predetta Direzione Centrale).

Inoltre, dall'esame del suo *curriculum*, si evince agilmente che l'interessato non ha mai svolto funzioni inerenti alla gestione del personale.

6.3. – Pertanto, va confermata — anche con riferimento al disposto dell'art. 21 del richiamato decreto legislativo n. 29/1993, il quale ha previsto che la nomina a dirigente generale debba essere effettuata in favore di soggetti dotati di professionalità adeguata alle funzioni da svolgere — la illegittimità dei provvedimenti impugnati in primo grado per i motivi esposti in precedenza.

7. – Alla stregua delle su esposte considerazioni gli appelli vanno respinti e, per l'effetto, va confermata l'impugnata decisione.

Il rigetto degli appelli principali esonera il Collegio dall'esame del ricorso incidentale proposto dal dott. Elia (*omissis*).

CONSIGLIO DI STATO, sez. V, 19 marzo 1999 n. 290 - *Pres.* Iannotta - *Est.* Buonvino - U.S.L. 35 Regione Campania (avv. Grasso) c. Minetti (avv.ti D'Avino e Correale); Ministero del Tesoro (avv. Stato Sabelli).

Sanità - ASL - Personale - Stipendi e assegni - Mansioni superiori - Rilevanza - Esclusione.

Allo svolgimento di mansioni superiori alla qualifica di inquadramento, anche se verificatosi su formale incarico e su posto vacante, non si correla, a meno che specifiche disposizioni non prevedano eccezionalmente il contrario, l'attribuzione del corrispondente inquadramento sovraordinato (1).

(omissis)

3. – È da respingere, invece, il secondo degli appelli in epigrafe.

---

(1) Ancora una pronuncia in tema di retribuzione di mansioni superiori. Una questione ancora dibattuta in attesa della definitiva attuazione dell'art. 56 del decreto legislativo n. 29/1993.

La tormentata questione della rilevanza dello svolgimento di mansioni superiori da parte dei dipendenti del Servizio sanitario nazionale torna all'attenzione del Consiglio di Stato che, con la decisione qui riportata, esclude la possibilità per il dipendente di ottenere le retribuzioni differenziali per lo svolgimento di mansioni inerenti a qualifica superiore, a meno che ciò sia espressamente consentito da un'apposita previsione normativa che il collegio ravvisa, in tal caso, nella eccezionale disposizione di cui all'art. 1 della legge 207/1985, disciplina diretta a sanare situazioni di precarietà esistenti al momento della sua entrata in vigore.

Il Consiglio di Stato dunque, pur accogliendo la pretesa dell'interessata, fondando l'accoglimento sulla rilevata esistenza di una norma eccezionalmente derogatoria, si allinea all'orientamento più restrittivo in materia di mansioni superiori che ne sancisce radicalmente l'irrilevanza ai fini

3.1. – La sentenza impugnata dichiara il diritto dell'originaria ricorrente all'inquadramento in qualifica dirigenziale ai sensi dell'art. 1 della legge n. 207/1985.

3.2. – L'appellante, oltre ad insistere per la riunione dei due appelli in epigrafe, sembra volere affermare, anzitutto, che il secondo degli originari ricorsi (cui si riferisce la sentenza qui in esame) sarebbe stato inammissibile, reiterando la domanda già svolta nel primo dei ricorsi di primo grado.

Ma così non è, dal momento che il primo di detti ricorsi era volto alla declaratoria del diritto all'inquadramento sulla base di un semplice silenzio rifiuto, mentre il secondo ricorso mirava alla declaratoria del diritto all'inquadramento sulla base della speciale — e sopravvenuta — disciplina normativa di cui alla legge n. 207 del 20 maggio 1985; legge che, a talune condizioni, era volta a sanare specifiche posizioni di precariato. Differente è quindi la seconda domanda, in quanto basata su normativa (applicabilità del disposto di cui legge n. 207/1985) del tutto distinta rispetto alla prima (illegittimità del silenzio rifiuto); con la conseguenza che il secondo ricorso non reiterava la stessa domanda già avanzata con il primo, ma costitutiva domanda del tutto nuova e autonoma e, pertanto, meritevole di separato giudizio.

3.3. – Nel passare al merito dell'appello, giova premettere che i primi giudici suffragano la propria decisione segnalando, in particolare e con articolata motivazione:

a) che i compiti espletati dall'interessata, alle date di riferimento previste dalla legge, erano di carattere dirigenziale;

b) che tali compiti erano stati sempre esperiti in base ad incarichi formali;

c) che gli stessi erano stati svolti su posto vacante, anche se si trattava di un organico provvisorio.

Ebbene, l'Amministrazione appellante, nelle proprie censure deduce, in primo luogo, che l'accoglimento della domanda giudiziale della ricorrente Minetti, così come disposto dal TAR, comporterebbe il passaggio dell'interessata dai ruoli del personale esecutivo a quello dirigenziale; ma che, nello stabilire l'equiparazione, la legge n. 833/1978 e il decreto del Presidente della Repubblica n. 761/1979 faceva-

---

non solo della progressione in carriera ma della stessa retribuzione (in tal senso anche Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 1997, n. 429, ove peraltro non si riconosce la previsione derogatoria di cui alla legge 207/1985; Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 1997 n. 290; Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 1997 n. 356; Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 1997 n. 353 ma per i soli dipendenti non medici).

Le ragioni sottese all'orientamento più rigoroso sono individuate dalla giurisprudenza amministrativa: 1) nell'indisponibilità degli interessi pubblici coinvolti; 2) nel carattere formale che contrassegna l'organizzazione della P.A. compresa quella del servizio Sanitario nazionale che, pertanto, richiede che l'attribuzione delle mansioni e del correlativo trattamento economico trovino il loro presupposto indefettibile nel provvedimento di inquadramento o di nomina e non siano rimesse alle libere determinazioni dei funzionari amministrativi; 3) nell'impossibilità di invocare l'art. 36 Cost. a giustificazione della retribuibilità delle mansioni superiori, atteso che detta norma costituisce solo il parametro per verifi-

no riferimento alle qualifiche desumibili dai decreti del Presidente della Repubblica nn. 411/1976 e 509/1979, tra le quali non sarebbero state assolutamente previste quelle attribuite alla ricorrente nell'ente di provenienza, né avrebbero potuto esserlo dato il carattere di sussidiarietà di queste ultime.

Tale doglianza è priva di ogni giuridica consistenza ai fini del presente appello, atteso che nella sentenza impugnata non si fa questione degli inquadramenti intervenuti ai sensi della contrattazione del «parastato», né di quelli correlati alla legge n. 833/1978 e al decreto del Presidente della Repubblica n. 761/1979, bensì della

---

care se le scelte operate dal legislatore in materia abbiano violato il principio costituzionale della «giusta retribuzione».

Il contrapposto orientamento, inizialmente affermatosi proprio nel settore dei dipendenti del S.S.N., si fondava sull'interpretazione, peraltro non univoca, della complessa disciplina normativa — che contempla la possibilità di svolgimento di mansioni superiori, sia pure a determinate condizioni e limiti (art. 29 del decreto del Presidente della Repubblica 20 dicembre 1979 n. 761, nonché per il personale medico, art. 7 del decreto del Presidente della Repubblica 25 maggio 1969 n. 128) — data dalla Corte Costituzionale con le decisioni n. 57/1989 e 296/1990. La Corte, considerando, in particolare, l'art. 29 del decreto del Presidente della Repubblica n. 761 del 1979 quale disposizione di carattere eccezionale e di stretta interpretazione — nel senso che l'adibizione temporanea a mansioni superiori non può dare diritto al superiore trattamento economico se non entro il limite temporale dei sessanta giorni ivi previsto — finiva col ritenere che il prolungamento oltre tale termine implicasse un arricchimento ingiustificato tale da determinare la diretta applicabilità dell'art. 36 Cost. e, pertanto, l'obbligo per il datore di lavoro, di integrare la retribuzione del dipendente sanitario in misura corrispondente alla qualità del lavoro effettivamente prestato. Così anche Corte Cost. 19 giugno 1990 n. 296 su remissione dell'Ad. Plen del Consiglio di Stato, nonché sulla scia di tali decisioni: Cons. Stato, sez. IV, 4 luglio 1996 n. 817; Cons. Stato sez. V, 12 marzo 1996 n. 265; Cons. Stato sez. V, 18 maggio 1998 n. 608. Unici presupposti per il riconoscimento delle mansioni superiori, sono individuati nella vacanza del posto in organico e nell'esistenza, per il dipendente, di un vero e proprio obbligo di esercitarle (tra le più recenti: Cons. di Stato, sez. V, 18 maggio 1998, n. 611).

Il prevalere, nei più recenti pronunciamenti, dell'indirizzo più restrittivo sembra dipendere dalla difficoltà di identificare volta per volta norme derogatorie, dato l'equivoco significato di molte disposizioni autorizzative dello svolgimento di mansioni superiori da parte del personale sanitario, nonché dal probabile timore di finire col provocare ingiustificate disparità di trattamento nell'ambito di determinate categorie di dipendenti pubblici. Si pensi alle contrapposte pronunce del Consiglio di Stato che, facendo leva su disposizioni particolari applicabili al personale medico (art. 7 del decreto del Presidente della Repubblica 27 marzo 1969 n. 128 relativo alla sostituzione dell'aiuto da parte dell'assistente ospedaliero), aveva inizialmente riservato l'affermata irrilevanza ai fini economici dello svolgimento di mansioni superiori, al solo personale non medico: Cons.Stato sez. V, 14 aprile 1997 n. 353, per poi estendere detta irrilevanza a tutto il personale sanitario con Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 1997 n. 290.

La difficoltà di individuare le norme effettivamente derogatorie nel senso di consentire lo svolgimento di mansioni superiori si ritrova, in effetti, in alcune pronunce in cui il Consiglio di Stato sottolinea il valore di sanatoria di certe normative, quali la legge n. 207 del 1985, richiamata anche dalla decisione in esame, nella quale il Legislatore, se in alcune norme ha riconosciuto lo svolgimento di fatto di mansioni superiori, ciò ha fatto solo «a titolo di sanatoria per il passato» e, comunque, previa riaffermazione, nell'ambito della stessa normativa, del «divieto di utilizzare a qualsiasi titolo il personale in deroga alle vigenti disposizioni di legge» (art. 14 legge 207/1985). In Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 1997 n. 429, ad esempio, se da un lato si ribadisce l'irrilevanza dello svolgimento di mansioni superiori per tutti i dipendenti pubblici ivi compreso il personale medico, facendo salve «le disposizioni derogatorie», dall'altro, tali disposizioni non vengono poi puntualmente indicate.

corretta applicabilità della del tutto autonoma ed eccezionale disciplina derogatoria di cui alla ripetuta legge n. 207/1985.

3.4. – In ogni caso, secondo l'appellante, la sig.ra Minetti solo nel 1988 sarebbe stata preposta al settore programmi di incentivazione e aggiornamento del personale e che anche per tale limitato settore non sarebbe stata richiesta la preposizione di un dirigente.

Anche tale censura appare irrilevante per la definizione del gravame, in quanto l'inquadramento *ex lege* 207/1985 non tiene conto della posizione rivestita nel 1988

La vicenda relativa ai dipendenti del Servizio sanitario nazionale, almeno stando alle decisioni più recenti sembra, quindi, sempre più rifluire ed allinearsi alla giurisprudenza maggioritaria formatasi in relazione ai dipendenti pubblici statali per i quali, salvo taluni casi isolati ad opera, soprattutto, di alcuni T.A.R., la giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato non ha seguito nei suoi possibili sviluppi le indicazioni della Corte Costituzionale ed il principio della conformità alla Costituzione della remunerazione delle superiori mansioni fondato sulla diretta applicazione dell'art. 36 Cost.

Ancorandosi al principio di cui all'art. 31 T.U. imp. civ., in virtù del quale l'esercizio di mansioni superiori non comporta la corresponsione del trattamento economico superiore a quello spettante al prestatore nella qualifica di appartenenza, la giurisprudenza in materia si è per lo più attestata sul principio di generale irrilevanza anche ai fini economici delle mansioni svolte. In tal senso: Cons. Stato sez. IV, 15 ottobre 1990 n. 768; Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 1995 n. 89; Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 1995 n. 452; Cons. Stato, sez VI, 27 gennaio 1996 n. 134; Cons. Stato, sez. IV, 17 giugno 1997 n. 647; e da ultimo, Ad. Plen. 4 settembre 1997 n. 20; ma si veda anche la più recente giurisprudenza costituzionale che, a proposito dell'art. 97 Cost., ha finito con l'affermare che il principio va inteso nel senso che «anche il passaggio ad una fascia funzionale superiore, comportando l'accesso da un nuovo posto di lavoro, corrispondente a funzioni più elevate, è una figura di reclutamento soggetta alla regola del pubblico concorso»: così, Corte Cost. 20 luglio 1994 n. 313 nonché, per una statuizione analoga, Corte Cost. 27 dicembre 1991 n. 487.

Non mancano, tuttavia, le pronunce che continuano ad affermare l'inesistenza, nell'ambito del pubblico impiego in generale, di un principio che impedisca di riconoscere la maggiorazione retributiva delle prestazioni che eccedano la qualifica formalmente rivestita ritenendo che, diversamente opinando, si violerebbe il principio della corrispondenza del trattamento economico ad una attività concretamente svolta (Cons. di Stato, sez. VI, 18 luglio 1997 n. 1123; Cons. di Stato, sez VI, 22 aprile 1997 n. 655).

Resta, comunque, nel sistema previgente l'emanazione del decreto legislativo n. 29/1993, la difficoltà di ritenere direttamente applicabile l'art. 36 della Costituzione, nascendo l'impiego pubblico da un atto autoritativo, il provvedimento di nomina, essendo tale rapporto regolato in ogni sua fase dalla legge, e mancando, oltretutto, in tale sistema, una norma analoga a quella di cui all'art. 2099 codice civile che consente al solo giudice del lavoro — a differenza di quello amministrativo — di integrare la disciplina normativa al fine di garantire il rispetto del principio della giusta retribuzione (sulla problematica in generale: *La riforma del pubblico impiego* di O. FORLENZA, G. TERRACCIANO, I. VOLPE; SALA, *Ancora sulle mansioni di fatto degli impiegati pubblici alla luce dello Statuto dei Lavoratori* in *Giur. Amm.* 1983, 52).

La materia non sembra trovare pace neanche sul versante normativo. Dopo la previsione, ad opera del decreto legislativo n. 29 del 1993 (artt. 56 e 57), di una disciplina generale, sostanzialmente analoga a quella privatistica, quanto alle mansioni relative alla qualifica di appartenenza ed alle qualifiche superiori, peraltro di non facile applicazione per un'Amministrazione non ancora riformata e, soprattutto, non ancora «contrattualizzata», ne viene dapprima differita l'efficacia, da ultimo, al 31 dicembre 1998 con l'art. 39 della legge n. 449 del 1997. Abrogato, quindi, l'art. 57 del decreto legislativo n. 29 del 1993 dal decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80 del 1998, la

o nel periodo immediatamente precedente, ma solo di quella rivestita tra il 30 giugno 1984 e la data di entrata in vigore della legge stessa.

In ogni caso, con tale censura l'appellante si limita a sostenere che l'originaria ricorrente non avrebbe esperito mansioni di carattere dirigenziale; ma ciò viene dedotto in modo apodittico, del tutto generico e indimostrato, senza in alcuna misura contestare quanto puntualmente e partitamente dedotto dai primi giudici a supporto della propria decisione.

Potrà anche fondatamente dubitarsi, per quanto sopra si è visto, della correttezza di tali apprezzamenti; ciò però non toglie che essi sono stati, nella decisione oggetto del presente gravame, articolatamente motivati e supportati da elementi giuridico-fattuali specificamente individuati; mentre l'appellante non fornisce, in questo specifico ricorso in appello — nettamente distinto ed autonomo dall'appello sopra esaminato — alcuna puntuale controdeduzione alle argomentazioni così svolte dal TAR (applicabilità, nella specie, del disposto di cui alla citata delibera di G.R. n. 560/1984; preposizione all'ufficio distaccato di Castellammare di Stabia con assoluta ed esclusiva responsabilità del settore amministrativo fin dall'Ente di provenienza; continuità di svolgimento di funzioni dirigenziali anche quale responsabile dei settori Personale ed Economico etc.).

3.5. – Evidenzia, ancora, la ASL che l'art. 1 della legge n. 207/1985 presuppone, comunque, l'esistenza di un incarico formale in un posto vacante in pianta organica e che, inoltre, nell'ambito del pubblico impiego le mansioni superiori svolte di fatto sarebbero del tutto irrilevanti sia ai fini economici che di carriera, così come per l'emanazione di provvedimenti di preposizione ad uffici.

Anche tali doglianze sono da disattendere.

L'appellante richiama, infatti, l'anzidetto art. 1 della legge n. 207 del 1985, senza, però, contrastare in alcun modo quanto dal TAR illustrato in merito alla piena applicabilità, nella specie, della norma stessa, sia per la sussistenza di provvedimenti formali di conferimento di incarichi, continuativi, di livello dirigenziale, sia per la vacanza del posto.

I primi giudici, oltre ad individuare i citati provvedimenti di conferimento di incarico, hanno anche spiegato con chiarezza le ragioni per cui il posto di cui si discute era da ritenersi a tutti gli effetti vacante, seppure appartenente ad un organico provvisorio; l'appellante si limita, invece, ad affermare che l'art. 1 della legge 207/85 si applica solo in presenza di vacanza organica, ma non smentisce in alcuna misura quanto in concreto e motivatamente dedotto dai primi giudici in ordine alla

---

disciplina delle mansioni superiori viene ridisciplinata dal nuovo testo dell'art. 56 — come modificato dall'art. 25 del menzionato decreto n. 80 del 1998 — per poi essere ulteriormente modificata dal decreto legislativo 29 ottobre 1998 n. 387.

L'efficacia della nuova disposizione, che prevede in via di principio, il diritto alla retribuzione propria della qualifica della quale si sono svolte le mansioni è, tuttavia, rinviata al momento della emanazione dei contratti collettivi di lavoro ed all'attuazione degli ordinamenti professionali ivi prevista che, quanto meno nell'intento del Legislatore, dovrebbero porre la parola fine a tante incertezze giurisprudenziali e normative.

PAOLA PALMIERI

effettiva esistenza della vacanza organica di cui si tratta e alla conseguente applicabilità, nella specie, della norma stessa.

3.6. – L'appellante afferma, ancora, che nel caso in esame, l'art. 14 della citata legge n. 207/1985 avrebbe inibito l'espletamento di mansioni superiori. Anche tale censura è da disattendere in quanto la stessa legge n. 207/1985, all'art. 1 — che il TAR ha ritenuto applicabile nella specie — mira proprio a sanare situazioni di precarietà in atto al momento della sua entrata in vigore, mentre l'inibitoria anzidetta vale solo per il futuro; con la conseguenza che il citato art. 14 è stato qui inutilmente invocato, in quanto i primi giudici hanno inteso assegnare decisiva rilevanza proprio ai presupposti giuridico-fattuali maturati al momento dell'entrata in vigore della legge n. 207/1985.

3.7. – Quanto al fatto, pure dedotto dall'appellante, secondo cui al semplice espletamento di mansioni superiori non potrebbe correlarsi il diritto al corrispondente inquadramento in posizione sovraordinata, può osservarsi che ciò non è normalmente possibile; ma che proprio l'art. 1 della legge n. 207/1985, nella specie ritenuto concretamente applicabile, ha eccezionalmente e in via di sanatoria reso possibile tale operazione (*omissis*).

CONSIGLIO DI STATO, sez. VI, 3 dicembre 1998, n. 1649 - *Pres.* De Roberto - *Est.* Romeo-Codacons (avv. Rienzi) c. P.C.M. (avv. Stato Di Pace).

Atto amministrativo - Diritto d'accesso - Interesse rilevante - Insussistenza di un interesse personale e concreto del Codacons ad accedere alla documentazione sull'uso delle cd. auto blu.

L'interesse giuridicamente rilevante per legittimare la richiesta di accesso deve essere personale, cioè immediatamente riferibile al soggetto che pretende di conoscere i documenti e specificamente inerente alla situazione da tutelare.

L'interesse al corretto utilizzo delle auto blu è un interesse di fatto che è proprio di ogni singolo cittadino e che tale rimane anche se la sua tutela è assunta dal Codacons, il quale organismo particolare, privo di «rappresentatività» generale nell'ordine reale, non può agire che per la difesa dei soli cittadini da esso rappresentati e quindi è privo di quell'interesse «concreto» che la legge richiede come presupposto indefettibile per l'esercizio del diritto di accesso (1).

---

(1) Il caso delle auto blu ed il difetto di legittimazione all'accesso del Codacons.

a) La questione esaminata.

Non c'è dubbio che, con l'introduzione del diritto di accesso, il nostro legislatore abbia voluto assicurare una forma di «controllo democratico» dell'efficienza ed imparzialità dell'attività amministrativa: il principio di pubblicità e di trasparenza (art. 1 legge n. 241/1990), l'obbligo di motivazione del provvedimento (art. 3), l'identificazione di un responsabile del procedimento (artt. 4 e 6), il principio di partecipazione (del privato e degli enti esponenziali) al procedimento sono tutti strumenti che — unitamente all'accesso — si muovono nella direzione della controllabilità dell'operato dei pubblici poteri, sotto i profili della correttezza, imparzialità ed efficienza

(*omissis*).

Il T.A.R. del Lazio ha respinto il ricorso per l'esibizione della documentazione relativa ai criteri di utilizzo delle autovetture in dotazione delle amministrazioni centrali dello Stato, la cui richiesta d'accesso era stata formulata dal Codacons (...). Alle richieste di accesso, solo due amministrazioni (...) hanno dato risposta negativa (...), mentre, in relazione alle altre, si è formato il provvedimento implicito di rifiuto per l'inutile decorso del termine di 30 giorni di cui al 4° comma dell'art. 25 della legge 241/1990.

Il primo giudice, dopo aver richiamato il contenuto delle istanze di accesso ha statuito che il ricorrente, alla stregua dell'art. 22 della legge n. 241/1990, non è titolare dell'invocato diritto di accesso, difettando in capo allo stesso l'interesse concreto che la norma pone come presupposto indefettibile per l'esercizio di tale diritto.

(su questi profili — prima dell'avvento della legge n. 241/1990 — si veda VILLATA, *La trasparenza amministrativa,* in *Dir. proc. amm.*, 1987, 539; ed il più recente *L'accesso ai documenti amministrativi* di CARINGELLA, GAROFOLI, SEMPREVIVA, Milano, 1999, 14).

È altrettanto vero, però, che il legislatore si è preoccupato di prevenire gli abusi connessi ad un generalizzato riconoscimento del diritto di accesso a *«chiunque»* ed infatti ha subordinato *l'actio ad exhibendum* alla sussistenza di una specifica posizione legittimante, individuandola nella titolarità di *«un interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti»* (art. 22 comma 1). Che si sia trattato di una scelta meditata lo dimostra il consapevole abbandono dell'originario schema del disegno di legge n. 1913 (presentato alla Camera il 19 novembre 1987) predisposto dalla Commissione Nigro, che - come è noto - faceva dell'accesso il contenuto di una vera e propria azione popolare, esercitabile da chiunque, a prescindere dalla titolarità di una posizione legittimante, essendo essa preordinata alla tutela dell'interesse pubblico. A fugare ogni dubbio in proposito è, del resto, intervenuto il decreto del Presidente della Repubblica 27 giugno 1992, n. 352, che all'art. 2, primo comma, nel ribadire la necessità che chi chiede l'accesso «vi abbia un interesse» precisa (significativamente) che deve trattarsi di un interesse «personale e concreto» per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti.

La questione della legittimazione rappresenta, tuttavia, uno dei profili più problematici che connotano l'istituto dell'accesso e la grande attenzione che dottrina e giurisprudenza vi hanno dedicato discende dalla diffusa convinzione che da essa dipende la stessa funzione che il diritto è destinato ad assolvere nell'ordinamento.

La sentenza che si annota contiene importanti precisazioni sull'argomento. Con essa è stato risolto il cd. caso delle auto blu (cui la stampa aveva dato notevole risalto) portato all'esame del Consiglio di Stato dal Codacons, che aveva chiesto l'accesso alla documentazione relativa ai criteri di utilizzo delle vetture di servizio, negata dalle amministrazioni interessate. *L'actio ad exhibendum* era stata respinta dal T.A.R. del Lazio, che aveva riconosciuto la carenza dell'interesse concreto richiesto come presupposto indefettibile dalla legge n. 241/1990. Questa tesi è stata contestata dal CODACONS sull'assunto che l'interesse concreto richiesto dall'art. 22 sussiste e consiste nell'incremento di spesa e nel nocumento all'ambiente e al traffico cittadino derivante da un indebito uso delle auto blu; l'appellante sostiene che l'associazione vanta un interesse immediato alla tutela di tale situazione rientrando la difesa dell'ambiente e degli utenti nei suoi fini statutari.

b) La soluzione.

La decisione in epigrafe ribadisce che il diritto di accedere agli atti amministrativi non è riconosciuto a tutti, ma solo a «chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti» e che tale interesse *«deve essere personale, cioè immediatamente riferibile al soggetto che chiede l'accesso ai documenti e specificamente inerente alla situazione da tutelare»*. In tal modo, il Consiglio di Stato ribadisce la sua precedente giurisprudenza (in questo senso tra le molte: Cons. Stato, sez. IV, 17 giugno 1997, n. 649, in *Urb. e appalti*, 1997, 1218; Cons. Stato, sez. IV, 3 feb-

Di questa conclusione si duole il Codacons, il quale chiede la riforma della decisione impugnata per i seguenti motivi:

– il Codacons è una associazione che ha come fine statutario la tutela dei diritti degli utenti e consumatori innanzi a soggetti pubblici e privati erogatori di beni e servizi;

– con l'istanza di accesso, che è stata denegata, si intendeva conoscere gli effetti dei due menzionati decreti del Presidente del Consiglio, con i quali era stato regolamentato l'utilizzo delle autovetture di servizio, la cui illegittimità era stata denunciata dal Codacons innanzi al TAR Lazio, perché ritenuti pregiudizievoli agli interessi dell'associazione, a motivo del considerevole incremento di spesa e dell'incidenza negativa sul traffico e sull'inquinamento del centro storico di Roma. In questo senso, la domanda di accesso era giustificata dal fatto che la valutazione del-

---

braio 1996, n. 98, in *Cons. Stato*, 1996, I, 133) che ha individuato — nella situazione protetta dall'ordinamento (elemento oggettivo) e nell'interesse del soggetto rispetto alla situazione meritevole di tutela — i presupposti per la sussistenza del diritto d'accesso in capo al soggetto richiedente.

Muovendo da queste premesse la decisione effettua una verifica di tipo formale della sussistenza di tali requisiti, escludendo sia che l'interesse al corretto uso delle auto blu possa qualificarsi come situazione protetta dall'ordinamento, trattandosi invece di una situazione di mero fatto non tutelabile in via giurisdizionale, sia negando che il Codacons possa farsi portatore di un interesse che per essere così generale non può ascriversi tra le finalità di un'associazione. Il Consiglio di Stato si spinge oltre, precisando che si è al di fuori della tematica dei c.d. interessi diffusi, cioè di quegli interessi che «sono privi di referente personale» per questa via sottraendo quindi al Codacons la legittimazione processuale in qualità di ente esponenziale che ne persegue la tutela a vantaggio di tutti.

c) L'evoluzione giurisprudenziale relativa a profilo della legittimazione: un percorso in tre fasi.

Come è noto, il profilo della legittimazione è stato oggetto di elaborazione giurisprudenziale, in considerazione della formula generale con cui il legislatore definisce la titolarità del diritto di accesso. Infatti ai sensi del citato art. 22, tale diritto può essere esercitato da «chiunque vi abbia interesse» per la tutela di «situazioni giuridicamente rilevanti» e la latitudine dell'espressione spiega perché il giudice amministrativo abbia svolto un ruolo fondamentale nella individuazione dei caratteri e connotati che l'interesse all'accesso deve presentare perché il soggetto si possa ritenere legittimato all'accesso nonché al ricorso art. 25, su molti dei quali il dibattito può ritenersi tutt'altro che chiuso.

c.1) La prima e seconda fase: dall'identificazione all'autonomia del diritto di accesso rispetto all'interesse legittimo e al diritto soggettivo.

A fronte di un primo orientamento restrittivo, in cui la locuzione «situazione giuridicamente rilevante» viene intesa come situazione normativamente qualificata in termini di diritto soggettivo o interesse legittimo (in tal senso: Cons. Stato, sez. VI, 27 marzo 1992, n. 193, in *Giur. it.*, 1993, III, 265; Cons. Stato, sez. VI, 30 ottobre 1993, n. 783, in *Foro amm.* 1993, 2129), in un momento successivo il giudice amministrativo muta indirizzo, riconoscendo che affermare la coincidenza tra interesse all'accesso ed interesse a ricorrere in sede giurisdizionale equivale a frustrare nella pratica la *ratio* della legge consistente nella tutela all'informazione nei confronti della pubblica amministrazione (in tal senso Cons. Stato, sez. IV, 26 novembre 1993, n. 1036, in *Giur. it.*,1994, III, 322), perché il ricorso per l'accesso si risolverebbe «nella ripetizione di un potere comunque attribuito all'interessato di ottenere tramite l'intervento del giudice i documenti rilevanti per la difesa delle proprie posizioni sostanziali» (Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 1994, n. 1243, in *Giur. it.*, 1995, III, 27). Tale mutamento ha consentito di riconoscere l'autonomia del diritto di accesso e di ampliare il concetto di «situazione giuridicamente rilevante» per cui si è

l'effettivo pregiudizio, che sarebbe potuto derivare al Codacons, poteva essere fatta solo mediante la conoscenza degli effetti prodotti dai provvedimenti impugnati; non è dato comprendere le ragioni di «segretezza» che inducono a negare, ad una associazione di utenti e consumatori, la documentazione richiesta, che dovrebbe essere di dominio pubblico (...);

– l'istanza di accesso si inseriva in un contesto nel quale il Codacons aveva già impugnato i due decreti del Presidente del Consiglio, gravemente illegittimi e pregiudizievoli agli interessi dell'associazione, perché lasciavano alla totale discrezionalità delle varie amministrazioni l'individuazione di categorie di pubblici dipendenti, cui consentire l'uso dell'auto di servizio con l'aumento dei dipendenti beneficiari. Questo aumento non può che provocare uno sperpero delle risorse pubbliche e un danno per l'utenza, in quanto si utilizzano le autovetture per scopi diversi da quelli del servizio ai cittadini;

– il giudice amministrativo ha riconosciuto in passato al Codacons la piena legittimazione ad agire, in considerazione dell'attività statutaria, che «è anche rivolta al miglioramento della qualità della vita nella comunità urbana» e che «siffatti obiettivi hanno assunto nell'attuale momento della vita sociale un rilievo generalizzato, qualificabile senz'altro collettivo ed inerente alla personalità umana, che si sviluppa anche nelle formazioni sociali dirette a salvaguardia»;

---

ammessa la legittimazione nei confronti dei soggetti che possono dimostrare, «indipendentemente dall'esistenza di una lesione della posizione giuridica del richiedente» «che il provvedimento o gli atti endoprocedimentali abbiano dispiegato o siano idonei a dispiegare effetti diretti o indiretti» anche nei loro confronti (*Cons. Stato*, sez. IV, 4 luglio 1996, n. 820, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1096; nello stesso senso T.A.R. Lazio, sez. III, 30 gennaio 1997, n. 201, in *Trib. Amm. Reg.*, 1997, I, 458). Si inserisce su tale scia l'ulteriore configurazione di una duplice legittimazione all'accesso: una in un certo senso automatica riconosciuta in capo ai soggetti che siano «parti necessarie od eventuali del procedimento» che «discende direttamente dalla legge» ed una seconda che va «accertata caso per caso in base al criterio dell'interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti per i soggetti terzi rispetto al procedimento» (Cons. Stato, sez. VI, 11 febbraio 1997, n. 260, in *Giur. it.*,1997, III, 1, 454).

c.2) La terza fase: dalla situazione giuridicamente rilevante all'interesse meritevole di tutela.

A tale seconda fase sembra esserne succeduta una terza in cui dal requisito della titolarità di una situazione giuridicamente rilevante come presupposto della richiesta di accesso si è passati a ritenere sufficiente che tale richiesta sia motivata con riferimento ad un interesse meritevole di tutela e tale deve essere considerato «ogni interesse serio, non emulativo né riconducibile a mera curiosità» (Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 1994, n. 1243, in *Giur. it.*, 1994, III, 114). È interessante aggiungere che secondo un autorevole opinione rientra nel sindacato del giudice amministrativo il giudizio su ciò che è meritevole e ciò che non lo è (CANNADA BARTOLI, *Sulla tardività della delibera a stare in giudizio; sui limiti della discrezionalità amministrativa*, in *Giur. it.*, 1994, III, 114).

L'interpretazione estensiva data dalla giurisprudenza della nozione di posizione giuridicamente rilevante è funzionale all'espansione della legittimazione al diritto di accesso per consentire che il maggior numero di soggetti possano usufruire della libertà d'informazione e così assecondare la finalità della legge consistente nel garantire la trasparenza e la pubblicità dell'azione amministrativa: in questo senso, recentemente, il Consiglio di Stato ha affermato che «l'esercizio del diritto d'accesso ai documenti amministrativi (...) ha un ambito ed una finalità che trascendono tale sede, essendo rivolto ad assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e a favorirne lo sviluppo

– l'associazione è portatrice di un interesse giuridicamente rilevante, che è differente dall'interesse legittimo e/o dal diritto soggettivo;

– il TAR non ha affrontato il problema del traffico e dell'inquinamento, che il Codacons intendeva qualificare con precisione, per definire con esattezza in che misura i decreti impugnati dall'associazione avrebbero potuto pregiudicare gli interessi degli utenti;

– come riconosciuto dalla giurisprudenza, la ragion d'essere del diritto d'accesso è costituita dal fine di assicurare la trasparenza e di favorire l'imparzialità e, nella specie, l'interesse che ha mosso il Codacons a richiedere l'accesso non è riconducibile a mera curiosità, ma risponde alla precisa finalità di conoscere quei documenti che, soli, consentono di valutare quale sia la portata di decreti che hanno comportato un notevole aumento della spesa pubblica.

DIRITTO

1.– Il Codacons insiste perché gli venga riconosciuta la legittimazione ad agire (negata dal primo giudice), assumendo che l'interesse che intende tutelare è immediatamente riferibile allo stesso, in virtù di una precisa indicazione statutaria del-

---

imparziale» (Cons. Stato, sez. IV, 29 aprile 1997, n. 433, in *Tributi*, 1997, 909). Tuttavia la giurisprudenza si è mostrata concorde nell'affermare che «l'interesse dell'istante all'accesso non può essere identificato nella generica pretesa di controllo del buon andamento dell'attività amministrativa» (Cons. Stato, commiss. Spec., 21 settembre 1994, n. 1285, in *Foro Amm.*, 1996, 174) e questo perché «la norma contenuta nell'art. 22, 1° comma, legge 241/90 non ha introdotto alcun tipo di azione popolare» (Cons. Stato, sez. VI, 1° ottobre 1996, n. 1288, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1535).

d) *Conclusioni.*

Questa fondamentale precisazione viene ora ribadita dalla sentenza in rassegna, che circoscrive in maniera puntuale i connotati del diritto di accesso, limitandolo alle sole ipotesi in cui sia diretto a tutelare un interesse connesso ad un bene che l'ordinamento ritiene meritevole di protezione. Il CODACONS — chiarisce il Consiglio di Stato — «ha nella specie un interesse di mero fatto e quindi è privo di quell'interesse (concreto) che la legge n. 241/1990 (e soprattutto l'art. 2 comma 1 del decreto del Presidente della Repubblica n. 352/1992: *N.d.R.*) richiede come presupposto indefettibile per l'esercizio del diritto d'accesso». Del resto, proprio per assicurare la finalizzazione della richiesta di accesso alla tutela di tale «concreto» interesse (non ravvisabile nel generico interesse alla trasparenza dell'attività amministrativa), lo stesso Consiglio di Stato insiste sulla necessità che la richiesta medesima sia motivata con specifico riferimento alla sussistenza di detto interesse.

In definitiva, l'ampliamento della facoltà di accedere ai documenti amministrativi trova un limite nella impossibilità di usufruirne ai soli fini di controllo dell'agire della pubblica amministrazione. Questo aspetto mette in luce come nella legge n. 241/1990 la trasparenza amministrativa non sia tutelata come valore in sé, ma in una prospettiva individualistica. L'azione amministrativa deve essere trasparente, ma se ed in quanto ciò sia funzionale alla tutela di interessi individuali: la legge sull'accesso ha introdotto «un diritto ad un'informazione qualificata, non riconosciuto, peraltro, in via generale a tutti i cittadini, ma in rapporto ad una specifica legittimazione individuata nella titolarità di un interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti» (Cons. Stato, sez. IV, 12 maggio 1993, n. 530, in *Corte Conti*, 1993, fasc. 3, 222).

FEDERICO BASILICA

l'associazione, che ha come finalità quella di tutelare, anche a mezzo di azioni giudiziarie, gli interessi dei cittadini-utenti. Nella specie, il pregiudizio di questi, che assurgerebbe a pregiudizio della stessa associazione, sarebbe dovuto all'indubbio aggravio di spesa per l'erario a causa di un anomalo utilizzo delle auto blu e dal fatto che un aumento di queste sarebbe destinato ad incrementare il già consistente traffico del centro storico di Roma.

Su un versante più propriamente processuale, la richiesta d'accesso viene giustificata con il richiamo dell'impugnativa (dello stesso Codacons) avverso i due decreti (citati in fatto) della Presidenza del Consiglio, che, nonostante la disposta riduzione di un terzo del numero delle auto blu, avrebbero lasciato alla totale discrezionalità delle varie amministrazioni la possibilità di individuare la cerchia dei due decreti impugnati, può consentire una adeguata valutazione del pregiudizio che deriva al Codacons dall'emanazione di questi due decreti.

2.– L'appello è infondato

Merita di essere richiamato l'art. 22 della legge n. 241/1990, che, per la prima volta, riconosce in forma generale il diritto di accesso «a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti», nell'intento «di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale».

Alla stregua di questa proposizione normativa, l'accesso ai documenti incontra un limite negativo: esso non è riconosciuto a «tutti», ma solo a «chiunque vi abbia interesse»; interesse che la norma stessa si incarica di specificare, individuandolo nella «tutela di situazioni giuridicamente rilevanti». Si può allora dire che la struttura interna di questo diritto non è quella di potere giuridicamente accordato a «chiunque», ma solo a «chi è portatore di quello specifico interesse».

Detto questo, bisogna convenire con il primo giudice, che — richiamando un indirizzo giurisprudenziale, secondo il quale l'interesse giuridicamente rilevante per legittimare la richiesta di accesso deve essere «personale, cioè immediatamente riferibile al soggetto che pretende di conoscere i documenti e specificamente inerente alla situazione da tutelare» — ha statuito che il Codacons ha, nella specie, un interesse di mero fatto, e quindi è privo di quell'interesse «concreto» che la legge n. 241/1990 richiede come presupposto indefettibile per l'esercizio del diritto di accesso.

In verità, l'appellante — come avanti detto — cerca di dimostrare la sussistenza di questo interesse, richiamando, da una parte, la finalità statutaria di tutelare i cittadini-utenti, anche a mezzo di azioni giudiziarie, e, dall'altra, il pregiudizio che a questi deriva da un utilizzo anomalo delle auto blu sia per l'aggravio di spesa per l'erario, sia per l'incremento del già consistente traffico del centro storico di Roma.

Non è il caso di verificare se la valutazione negativa che si dà dell'utilizzo delle autovetture di servizio sia frutto, oppure no, di una aprioristica presa di posizione del Codacons. Lo stesso dichiara, invero, che non è certo del pregiudizio che questo utilizzo arreca ai cittadini-utenti, tant'è che reclama l'esibizione della documentazione relativa ai criteri di utilizzo delle autovetture in dotazione alle amministrazioni centrali, al fine di avere elementi precisi per sostenere l'illegittimità dei decreti del Presidente del Consiglio, i quali, nonostante la riduzione di un terzo delle auto blu, hanno lasciato alla discrezionalità delle varie amministrazioni l'individuazione dei dipendenti beneficiari.

Quand'anche, infatti, rispondesse al vero un presunto utilizzo anomalo delle auto blu, non per questo potrebbe configurarsi in capo al Codacons un interesse giuridicamente tutelato, che legittimi la richiesta di accesso a una documentazione, che, per essere interna alla stessa amministrazione, non è idonea ad incidere in alcun modo su «una situazione giuridicamente rilevante» del Codacons medesimo, né quantomeno sui cittadini-utenti.

Questi — come correttamente affermato dal primo giudice — hanno un interesse di mero fatto a che l'amministrazione faccia un uso corretto delle autovetture in dotazione (lo stesso interesse che ogni cittadino ha al legittimo esercizio dell'azione amministrativa), che li abilita a protestare, con mezzi diversi da quello giudiziario, la loro indignazione, qualora questo utilizzo anomalo delle autovetture di servizio effettivamente sussista.

In ogni caso, quest'interesse di fatto dei cittadini-utenti, rappresentati dal Codacons, non può assurgere a «situazione giuridicamente rilevante» di quest'ultimo, sol perché l'associazione ha come fine statutario quello di tutelare, anche a mezzo di azioni giudiziarie, gli utenti e i consumatori innanzi a soggetti pubblici e privati erogatori di beni e servizi.

Non è certo la sommatoria di più interessi di fatto che trasforma una posizione di fatto in una posizione di diritto. La circostanza poi che un soggetto collettivo abbia scelto di tutelare un determinato interesse non può valere a definire la rilevanza di questo in termini giuridici.

Si è al di fuori della c.d. tematica degli interessi diffusi, cioè di quegli interessi che, per essere privi di referente personale, vengono assunti da «collettività e gruppi», che ne perseguono la tutela a vantaggio di «tutti».

L'interesse al corretto utilizzo delle auto blu — si ripete — è un interesse di fatto che è proprio di ogni singolo cittadino, e che tale rimane anche se la sua tutela è assunta dal Codacons, il quale organismo particolare, privo di «rappresentatività» generale nell'ordine reale, non può agire che per la difesa dei soli cittadini da esso rappresentati.

La pretesa di perseguire un bene di tutti non può, infatti, essere attuata in virtù della mera scelta di raggiungere un fine comune a ogni cittadino. Se così fosse, si correrebbe il rischio di abbassare un bene di tutti (quale quello, perseguito dal Codacons, di migliorare la qualità dei servizi, di ridurre il traffico cittadino e il livello di inquinamento del centro storico, di evitare sprechi del denaro pubblico e altri) a un bene frazionario, vale a dire a finalità di un'associazione privata, composta di cittadini il cui fine particolare verrebbe a configurarsi come fine generale in virtù della scelta, statutariamente determinata.

In mancanza, dunque, di un interesse giuridicamente rilevante sia per i cittadini-utenti, rappresentati dal Codacons, sia di questo, deve escludersi che nella specie possa essere azionato il diritto di accesso di cui alla legge n. 241/1990.

L'appello va, pertanto, respinto.

Sussistono motivi per disporre la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge l'appello in epigrafe (*omissis*).

CONSIGLIO DI STATO, sez. VI, 11 gennaio 1999 n. 8 - *Pres.* de Roberto - *Est.* Minicone - Corea (avv.ti Abbamonte e Colarizi) c. Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica e Tecnologica (avv. Stato Bruni N.) ed altri.

Impiego pubblico - Concorso universitario - Procedimento - Commissione giudicatrice - Astensione e incompatibilità - Cause - Rapporto professionale stabile tra commissario d'esame e candidato - Dovere di astensione - Sussiste.

Pur escludendosi che la conoscenza personale ed il rapporto tra docente ed allievo siano di per sé motivo di astensione, costituisce causa di astensione la sussistenza di rapporti personali tra esaminatore ed esanimando tali da far sorgere il sospetto che il candidato venga giudicato, non sulla base delle prove, bensì in virtù delle conoscenze personali ovvero, qualora sia accertata la sussistenza di rapporti personali e diversi da quelli che di regola intercorrono tra maestro ed allievo (1).

(*omissis*).

6. – Nel merito, la censura di violazione dell'obbligo di astensione da parte del prof. Rizzon è fondata.

---

(1) La decisione in esame affronta il problema relativo all'obbligo di astensione del componente della commissione di concorso in posizione di conflitto di interesse con alcuno tra i candidati. Il Consiglio di Stato, nella prima parte della motivazione, si richiama al consolidato orientamento che, con riferimento agli organi collegiali in generale ed ai casi di incompatibilità dei loro membri, sancisce l'obbligo di astensione del componente dell'organo collegiale in posizione di conflitto di interesse, in attuazione dei generali precetti costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione. Ciò ogniqualvolta sussista uno specifico e diretto collegamento tra deliberazione da adottare, da parte dell'organo collegiale ed interesse proprio del votante ovvero dei suoi congiunti, anche per i casi in cui la votazione non possa avere altro apprezzabile esito e la scelta effettuata sia in concreto la più utile ed opportuna per l'interesse pubblico (in tal senso e con riferimento alle delibere collegiali di organi comunali e provinciali: Cons. di Stato, sez. VI, 9 novembre 1994, n. 1590; Cons. di Stato, sez. V, 2 marzo 1994 n. 137; Cons. di Stato, sez. V, 7 giugno 1993 n. 670; Cons di Stato, sez. IV, 2 aprile 1988, n. 290). Sull'operatività dell'obbligo di astensione anche per il caso di comprovata inimicizia con il destinatario del provvedimento e ciò, tanto nella fase della discussione quanto in quella strettamente deliberativa: Tar Trento 6 agosto 1992; Tar Campania, sez. II, 27 agosto 1986 n. 294; nel senso di un vero e proprio obbligo di allontanamento dall'aula: Cons. di Stato, sez. IV, 20 settembre 1993 n. 794).

Partendo dalla disciplina delle cause di incompatibilità nella composizione degli organi collegiali alla stregua della normativa vigente (art. 279 T.U. legge codice penale n. 383/1934; artt. 51 e 52 codice procedura civile) e calando tali principi nell'ambito della materia concorsuale la giurisprudenza amministrativa precisa ulteriormente che le ipotesi di incompatibilità che determinano l'illegittimità di una procedura concorsuale devono essere normativamente previste, avendo carattere eccezionale e derogatorio della legittimazione attribuita in via ordinaria a determinate categorie di soggetti (in tal senso Cons. di Stato, sez. VI, 5 maggio 1998 n. 631). Discende dall'affermato principio l'impraticabilità di un'interpretazione estensiva ed analogica nonché la tipicità delle situazioni di incompatibilità. Le ipotesi di incompatibilità allo svolgimento delle funzioni di componente di commissione di concorso, non previste da norme dirette espressamente a

6.1. – La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha ripetutamente affermato - richiamandosi all'art. 51 codice procedura civile, all'art. 290 del T.U. approvato con regio decreto 4 febbraio 1915 n. 148, agli artt. 16 e 279 del TU. approvato con regio decreto 3 marzo 1934 n. 383, e soprattutto, a livello costituzionale, al principio della imparzialità dell'azione amministrativa -, che viene a porsi in posizione di incompatibilità il soggetto, chiamato a provvedere sia come autorità monocratica sia quale membro di un organo collegiale, che risulti portatore di un proprio interesse: e ciò anche quando la determinazione adottata non avrebbe potuto conseguire altro apprezzabile esito o perfino quando la scelta sia, in concreto, la più utile ed opportuna per l'interesse pubblico (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 1993 n. 670; sez. IV., 2 aprile 1988 n. 290).

Larga applicazione del principio sopra riportato si è avuta proprio in materia concorsuale, dove, escluso che la conoscenza personale e il rapporto tra docente e allievo siano di per sé motivo di astensione, si è affermato un criterio sintomatico d'incompatibilità destinato ad operare quando i rapporti personali fra esaminatore ed esaminando siano tali da far sorgere il sospetto che il candidato sia stato giudicato non in base al risultato delle prove, bensì in virtù delle conoscenze personali, ovvero quando sia accertata la sussistenza di rapporti personali diversi e più saldi di quelli che di regola intercorrono tra maestro ed allievo (Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 1978 n. 890).

---

salvaguardare l'imparzialità dei giudizi della commissione, devono, pertanto, comunque ricondursi ai principi contenuti negli artt. 51 e 52, restando residualmente affidata al senso di responsabilità e correttezza degli interessati la possibilità di astensione facoltativa, qualora ricorrano gravi ragioni di convenienza (Cons. di Stato, sez. VI, 6 novembre 1997, n. 1617). L'applicazione del principio di eccezionalità fa dunque sì che si tenda generalmente ad escludere che la conoscenza personale possa costituire di per sé un motivo di astensione, quanto meno ove la stessa si risolva nel normale rapporto tra docente ed allievo.

Muovendo da un criterio meno formalistico la giurisprudenza amministrativa ha, tuttavia, elaborato un criterio sintomatico di incompatibilità, in base al quale la procedura concorsuale finisce col ritenersi viziata tutte le volte in cui, dati i rapporti personali tra esaminatore ed allievo, possa sorgere il sospetto che il candidato non sia stato giudicato in base al risultato delle prove ma, piuttosto, in base alle conoscenze personali ovvero «quando sia accertata la conoscenza di rapporti di conoscenza personali diversi e più saldi di quelli che di regola intercorrono tra maestro ed allievo» (Cons. di Stato, sez. VI, 27 giugno 1978 n. 890). Fra tali ultime ipotesi è stato appunto ricompreso il caso di specie, dove il collegio aveva appurato l'esistenza di un vero e proprio sodalizio di natura professionale ed economica tra un componente della Commissione ed uno dei concorrenti a professore universitario distinguendo in ogni caso, come non rilevante ai fini della legittimità della procedura concorsuale, l'ipotesi in cui emergano tra docente e concorrente forme di collaborazione o di pubblicazione congiunta, intese quali manifestazioni di semplice stima e di fiducia propria del maestro nei confronti dell'allievo.

Attraverso tale via, la giurisprudenza amministrativa finisce di fatto per scalzare il principio di tassatività attestandosi su posizioni meno formalistiche anche se tali da richiedere caso per caso, una delicatissima indagine volta ad appurare se il rapporto di amicizia e di stima, che ben può sussistere nell'ambiente accademico, sia trasmodato in un tipo di rapporto tale da far dubitare dell'imparzialità del giudicante.

P.P.

6.2. – Nel caso in esame, dai modelli 750 relativi ai redditi percepiti dall'anno 1990 all'anno 1994 dall'associazione tra professionisti denominata Centro Diagnostico Cardiovascolare, corrente in Bari, come attestati sia dalle copie degli stessi sia dall'interrogazione meccanografica esibite dagli appellanti (e va sottolineato che il lavoro della Commissione si è svolto dal 26 luglio 1993 al 15 febbraio 1994), emerge che di detta associazione facevano parte sia il prof. Rizzon (per una quota del 40%) sia il prof. Iliceto (per una quota del 20%).

Esisteva, dunque, fra il primo e il secondo, un autentico sodalizio professionale con caratteri di stabilità e con reciproci interessi di carattere economico, idoneo, alla stregua dei parametri individuati dalla giurisprudenza, a determinare quella situazione d'incompatibilità di cui parla la giurisprudenza avanti riferita.

Ed è appena il caso di osservare che non si rendeva necessario, in presenza di tali presupposti, comprovare che tale rapporto si fosse concretato in un effettivo favore verso il candidato, come sostengono i controinteressati, essendo sufficiente a radicare l'incompatibilità del prof. Rizzon anche il solo pericolo di una compromissione dell'imparzialità di giudizio, derivante dall'accertato vincolo professionale.

7. – Le conclusioni di cui sopra non appaiono scalfite dal documento esibito dalla difesa dei controinteressati, con il consenso di controparte, all'udienza di discussione degli appelli, consistente in una dichiarazione sottoscritta, con firma autenticata in data 21 dicembre 1992, dai componenti dello studio medico associato, in base alla quale il prof. Rizzon manifestava l'intento di non far più parte di detto studio a decorrere dal 10 gennaio 1993 (in deroga al preavviso di sei mesi previsto dal patto associativo), con subingresso, nella sua quota, di altri due soci, nelle persone di Chiddo Adele Maria Rosaria e del prof. Iliceto Sabino.

Tale atto, infatti, recante l'impegno ad un comportamento con efficacia futura rispetto al momento della sua sottoscrizione, non può che cedere a fronte del dato di fatto che, ancora nel 1994, come è stato comprovato, la dichiarazione dei redditi concernenti il Centro Diagnostico Cardiovascolare, prodotta dal legale rappresentante, imputa i redditi stessi, per le quote del 40% e del 20%, rispettivamente al prof. Rizzon e al prof. Iliceto, confermando, quindi, la non attuazione della dichiarazione e la perdurante continuatività dei rapporti economici.

La circostanza, poi, che, come ha affermato la difesa dei controinteressati alla discussione orale, tali redditi fossero da ascrivere a crediti anteriori all'anno di riferimento, in disparte l'assenza di qualsiasi riscontro probatorio, da un lato, non sarebbe idonea a far venir meno l'attualità della cointeressenza fra il Commissario e il candidato, dall'altro, si mostra in disaccordo con quanto affermato nel predetto documento

A tenore di quest'ultimo, infatti, a far tempo dal 1° gennaio 1993, sarebbero stati considerati «come propri di Chiddo Adele Maria Rosaria e Iliceto Sabino, in ragione del cinquanta per cento (50%) ciascuno, da un lato tutti i diritti e dall'altro tutti gli obblighi ed oneri che erano rispettivamente a favore e a carico di Rizzon Paolo»; mentre gli stessi soggetti dichiaravano «di aver definito e liquidato, e tanto

ove occorra anche transattivamente, tutti i loro rapporti di dare e avere inerenti il subingresso in oggetto» per il quale precisavano che «nulla più si devono né si dovranno ed a qualsiasi titolo».

Il che dimostra, anche per questo profilo, come la dichiarazione trasfusa nel documento non abbia, poi, trovato pratica applicazione.

8. – La fondatezza del motivo ora riferito conduce all'accoglimento degli appelli proposti con assorbimento di ogni altro motivo.

In riforma della sentenza impugnata — e per le ragioni enunciate in motivazione — va, conseguentemente, annullato il provvedimento impugnato disponendosi, per motivi di equità, la compensazione integrale tra le parti delle spese in giudizio (*omissis*).

CONSIGLIO DI STATO, sez. VI, 1 febbraio 1999, n. 99 - *Pres.* De Lise - *Est.* Barra Caracciolo - Ministero dell'Università e della ricerca scientifica (avv. Stato Tortora) c. Bosco ed altri (avv. Colarizi).

Impiego pubblico - Concorsi - Università - Predeterminazione criteri di valutazione - Obbligo - Sussiste.

Dalla circolare PO/933 in data 23 luglio 1993 del Ministro dell'Università e della ricerca scientifica discende l'obbligo, per le commissioni giudicatrici nei concorsi a posti di professore universitario, di predeterminare i criteri per la valutazione dei candidati e cioè quei criteri che, in linea di massima, presiedono alla formulazione del giudizio relativo all'idoneità e meritevolezza del candidato (1).

(*omissis*).

Gli appelli esposti in narrativa vanno riuniti ai fini di una contestuale decisione essendo diretti avverso la medesima sentenza.

La questione centrale degli appelli consiste nello stabilire se dalla Circolare PO/933 in data 23 luglio 1993 del Ministro dell'Università e della ricerca scientifica discenda l'obbligo, per le commissioni giudicatrici nei concorsi a posti di professore universitario, di predeterminare i criteri per la valutazione dei candidati, nel

(1) Con la sentenza in esame il Consiglio di Stato ha affermato che la circolare PO/933 in data 23 luglio 1993 del Ministro dell'Università e della ricerca scientifica esprime una direttiva di competenza specifica del Ministro, vincolante per gli organi e gli uffici, anche a carattere straordinario (come una Commissione giudicatrice) perché il potere di direttiva è espressivo della funzione di indirizzo del Ministro rispetto all'applicazione di norme che prevedono poteri discrezionali.

Sull'efficacia vincolante delle circolari e sulla loro impugnabilità vedi Cons. Stato, sez. IV, 29 gennaio 1998 n. 112, in *Foro it.* 1998, III, 627.

senso di criteri che, in linea di massima, presiedano alla formulazione del giudizio relativo all'idoneità e meritevolezza del candidato. La Circolare citata indicava di esplicitare «orientamento procedurale e indirizzi comportamentali che rendessero comprensibile all'esterno l'iter logico seguito nella formulazione dei giudizi individuali, correlando detti indirizzi a parametri di valutazione in funzione dei titoli posseduti dai candidati».

Va anzitutto chiarito che detta Circolare ha effetto vincolante in quanto, in primo luogo, la stessa Commissione si è ad essa richiamata, dichiarando di volerne seguire le indicazioni (cfr. verbale n. 3); tuttavia, la medesima avrebbe avuto applicazione anche a prescindere da tale richiamo, posto che esprime una direttiva di competenza specifica del Ministro, vincolante per gli organi e gli uffici, anche a carattere straordinario (come una Commissione giudicatrice), che operino nella materia oggetto delle sue attribuzioni, essendo il potere di direttiva propriamente espressivo della funzione di indirizzo del Ministro rispetto all'applicazione di norme che prevedono poteri discrezionali.

La prima obiezione degli appellanti alla capacità di detta Circolare a prefigurare un obbligo di predeterminazione dei criteri di valutazione (sia pure in forma attenuata), è che tale predeterminazione non è stata ritenuta necessaria, in questo tipo di concorsi, dal prevalente indirizzo giurisprudenziale, che risulterebbe in effetti richiamato dalla stessa Circolare.

In realtà, la giurisprudenza cosi richiamata, non giunge, però, nel complesso delle affermazioni che costituiscono il suo nucleo logico e la sua *ratio*, a negare ogni possibile predeterminazione dei detti criteri. Tale orientamento, facendo leva sulla presenza di un elevato tasso di discrezionalità tecnica (nel senso di ineliminabile variabilità di apprezzamenti nel formulare giudizi che richiedono conoscenze al massimo livello di complesse discipline cognitive della cultura umana), ha piuttosto escluso che si applichi l'intero *corpus* di principi logici che, nei concorsi per l'assunzione nel pubblico impiego (e nelle procedure valutative complesse a carattere comparativo, in genere), impongono una prefissione di criteri di valutazione sviluppata nell'indicazione di categorie di titoli, e l'attribuzione di coefficienti numerici a ciascuna di esse secondo una logica ricavabile dai criteri stessi.

La stessa giurisprudenza, tuttavia, non può essere utilizzata per negare ogni possibile oggettivabilità anticipata dei criteri che presiedono alle operazioni valutative in questione, perché un orientamento preventivo che renda certa e verificabile l'osservanza dei fondamentali principi di ragionevolezza e *par condicio* nella formulazione dei giudizi è pur sempre enunciabile, usando la perizia e la ponderatezza che gli esperti della materia, chiamati a far parte delle Commissioni giudicatrici, devono possedere ed esprimere secondo la loro specifica competenza. In sostanza, la giurisprudenza in questione mira a non appesantire, incasellandola in griglie di parametri e categorizzazioni troppo rigide, l'espressione di giudizi altamente qualificati, ma al tempo stesso non afferma la totale insuscettibilità di questo tipo di giudizi a seguire premesse di merito già enunciate nelle loro linee essenziali, individuabili, secondo lo stato della scienza, in ogni branca del sapere umano.

In questo solco si pone, correttamente, la Circolare «*de qua*», che si rifà ad un «generalizzato bisogno di trasparenza» che possa «consentire la comprensione

all'esterno dell'iter logico seguito per la formulazione dei giudizi individuali e collegiali», quindi di entrambi i momenti logici in cui si esplicano le valutazioni affidate alla Commissione giudicatrice.

Quanto ora detto sgombra il campo dall'obiezione mossa dai controinteressati, per cui la Circolare avrebbe un contenuto talmente generico da risultare insuscettibile di concrete applicazioni: anche non considerando che tale obiezione semmai si traduce in una censura di illogicità propria della Circolare (che non risulta invece oggetto di impugnazione incidentale in primo grado), va ribadito che la prefissione di premesse valutative di merito è possibile per ogni campo della cultura umana, e l'opinabilità relativa non è eliminabile ma solo limitabile. Nel suo indicare la possibilità di prefissione di parametri, dunque, la Circolare persegue, non genericamente, ma consentendo la necessaria flessibilità di applicazione, un fine di trasparenza e di oggettivazione del giudizio delle Commissioni giudicatrici.

Che il significato della Circolare sia di direttiva ad esplicitare criteri predeterminativi in linea generale («di massima») della sostanza valutativa dei giudizi, risulta dal tenore inequivoco delle sue espressioni, laddove viene delimitato il suo obiettivo, appunto, nella esigenza di trasparenza proprio con riguardo alla «formulazione dei giudizi individuali e collegiali». È tenendo conto di tale premessa della Circolare che vanno comprese le susseguenti indicazioni che essa esprime, laddove parla dell'esigenza di darsi indirizzi comportamentali, funzionali alla trasparenza nella formulazione dei giudizi, consistenti nella «attribuzione di parametri di valutazione» per cui il giudizio «dovrà tener conto di quanto predeterminato in modo omogeneo ed oggettivamente riscontrabile».

La Circolare, peraltro, nel suo testo utilizza anche il termine «orientamenti procedurali», (in modo che risulta equivalente all'espressione «indirizzi comportamentali»). Su questa locuzione fanno leva gli appellanti per sostenere che l'obbligo incombente sulla Commissione si muovesse sul piano non della valutazione «intrinseca dei candidati», ma su quello della indicazione della sequenza delle fasi procedurali in cui si sarebbero sviluppati i lavori della Commissione, dovendosi intendere l'esigenza di comprensione dell'iter logico come riferita all'aspetto estrinseco dell'ordine dei lavori e non con riferimento al ragionamento svolto nel merito.

Questa tesi è da disattendere, perché è in contrasto con il significato obiettivo delle espressioni usate nella Circolare, nei termini sopra illustrati, e con la stessa *ratio* della medesima, che non può non sottendere la riscontrabilità oggettiva, in base alla prefissazione di criteri, proprio del momento del giudizio. La predeterminazione di un ordine procedurale a scopo esclusivamente descrittivo, come sostenuto dagli appellanti, non corrisponde invece alle esigenze sottolineate dalla Circolare e si risolverebbe in un mero enunciato tautologico, il quale, con ampie locuzioni e parafrasi, ripeterebbe quella che è una sequenzialità già ricavabile dalla disciplina della materia e dai consolidati principi della logica affermati dalla giurisprudenza. D'altra parte, la funzione amministrativa è in sé un fenomeno procedimentale, sicché anche il momento valutativo esprimente la discrezionalità si configura in termini di un'operazione di durata, cioè di un tipo particolarmente formalizzato di fattispecie a formazione progressiva, in cui il momento di espressione della volontà o, come nel caso, del giudizio, è inscindibile dal suo modulo di

formazione, che è quello procedimentale. Si vuol dire che il «merito» della valutazione esprime l'area della discrezionalità della funzione e questa non può che assumere una proiezione procedimentale, specialmente nel caso di valutazioni comparative multiple e complesse, sicché ogni parametro valutativo è, al tempo stesso, un criterio informatore della procedura, le cui fasi si giustificano, appunto, proprio al fine di dare al criterio stesso un'applicazione ottimale sul piano organizzativo.

Nel caso di specie, non risultando enucleati orientamenti procedurali nei sensi sopra precisati, cioè atti ad esprimere parametri di valutazione tali da rendere comprensibile all'esterno l'iter logico seguito nella formulazione dei giudizi individuali e collegiali, è da condividere l'accoglimento della prima censura del ricorso in primo grado pronunziato dal giudice di prime cure (*omissis*).

I

CONSIGLIO DI STATO, sez. VI, 17 febbraio 1999, n. 172 - *Pres.* Giovannini - *Est.* Caringella - Ricorsi riuniti: 1) Upper Deck International Inc. (avv. Recchia) c. Panini S.p.a. (avv. Guarino), Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (avv. Stato Braguglia), Edigamma S.r.l. (avv. Reboa), Associazione Italiana Calciatori (avv. Franci e Giugni) e Merlin Publishing S.r.l.; 2) Topps Italia S.r.l. (avv. Ludogroff e D'Amelio) c. Panini S.p.a. (avv. Guarino), Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (avv. Stato Braguglia), Edigamma S.r.l., Upper Deck International Inc., Associazione Italiana Calciatori; 3) Curatela del Fallimento Euroflash S.r.l. e della Diamond Publishing S.p.a. (avv. Prospero e De Ferrari) c. Panini S.p.a. (avv. Guarino), Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (avv. Stato Braguglia), Associazione Italiana Calciatori; 4) Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (avv. Stato Braguglia) c. Panini S.p.a. (avv. Guarino), Associazione Italiana Calciatori, Topps Italia S.r.l., Edigamma S.r.l., Upper Deck Internationale Inc.

Concorrenza - Provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Poteri del titolare del diritto di esclusiva utilizzazione delle immagini di calciatori professionisti in tenuta da gioco - Cessione a terzi del diritto di esclusiva (parziale o totale) - Intesa restrittiva della concorrenza vietata - Configurabilità - Esclusione - Abuso di posizione dominante - Presupposti - Danni ai consumatori - Dimostrazione - Necessità.
(Legge 10 ottobre 1990, n. 287, artt. 2 e 3).

Al titolare di un diritto di esclusiva è riconosciuta la libertà di scelta in ordine allo sfruttamento più redditizio del proprio diritto, ivi compresa quella dell'identità e del numero dei soggetti cui affidare la sua commercializzazione.

Gli accordi che trasferiscono a terzi il diritto di esclusiva (parziale o totale) di utilizzazione dell'immagine di calciatori professionisti in tenuta da gioco a fini commerciali non configurano intese restrittive della concorrenza vietate ai sensi dell'art. 2 della legge antitrust, sussistendo un obbligo a contrarre con i terzi solo ove

l'esclusiva derivi da una determinazione autoritativa della P.A. o sia imposta dall'interesse dei consumatori.

Per configurare l'abuso di posizione dominante vietato dall'art. 3 della legge antitrust occorre la dimostrazione che l'offerta del prodotto da parte di un solo titolare della licenza comporti un pregiudizio ai danni dei consumatori (1).

II

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO, sez. I, 7 aprile 1999 n. 873 - *Pres.* Schinaia - *Est.* Romano - Ricorsi riuniti: BMG - Ricordi S.p.a. (avv. G. Guarino, A. Guarino, Varrenti); Polygram Italia S.r.l. (avv. Grassani e Berruti), Emi Music Italy S.p.a. (avv. Lubrano e Traverso), Sony Music Entertainment Italy S.p.a. (avv. Scoca, Abatescianni, Ferrara e Roversi), Warner Music Italia S.p.a. (avv. Denozza, Sorrentino, Mondini) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (avv. Stato Braguglia) e nei confronti di Federazione Italiana Strumenti Musicali Elettronici (F.I.S.M.E.D) (avv. Annecchino, Sciarretta e Parrotta), Vendomusica e Albini Colombo.

Concorrenza - Intesa restrittiva - Pratiche concordate -Provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Procedimento - Prova - Mercato rilevante - Definizione - Parallelismo oligopolistico - Non esclude le pratiche concordate - Sanzioni amministrative - Presupposti.
(Cost. art. 102; legge 10 ottobre 1990, n. 287 articoli 2, 10, 12, 14, 15, 31, 33; decreto del Presidente della Repubblica 10 settembre 1991, n. 461).

Non costituiscono vizi procedimentali della delibera con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato accerti la violazione da parte di imprese dell'art. 2, comma 2 della legge n. 287/1990 per aver partecipato ad una pratica concordata l'avere, anteriormente all'inizio della formale istruttoria, proceduto all'espletamento di audizioni ed alla acquisizione di informazioni nonché l'avere segretato alcuni dei documenti contenenti specifici segreti commerciali ed aziendali, non dimostrativi della fondatezza della contestata violazione.

(1-2) Il Consiglio di Stato ed il TAR Lazio si pronunciano nuovamente in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza.

La prima decisione (che conferma TAR Lazio, sez. I, sent. 8 gennaio 1998 n. 96 in *Foro Italiano*, 1998, III, 74 con nota di L. PARDOLESI) affronta il tema degli accordi escludendo che la cessione in forma segmentata od unitaria, da parte del suo unico titolare, di un diritto di esclusiva avente per oggetto l'utilizzazione dell'immagine di calciatori professionisti in tenuta da gioco, al fine di fabbricare e commercializzare album di figurine, figurine autoadesive e prodotti del collezionabile editoriale, configuri un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza vietata ai sensi dell'art. 2 della legge antitrust.

Il supremo giudice amministrativo muove dalla qualificazione del diritto che costituisce oggetto dell'accordo, configurandolo come diritto di esclusiva in relazione al quale l'impresa tito-

All'Autorità ed ai procedimenti che innanzi ad essa si svolgono non è riconoscibile natura giurisdizionale con la conseguenza che non sono applicabili le regole degli atti e procedimenti giurisdizionali.

Non contrasta con la garanzia del contraddittorio l'indicazione sommaria nella contestazione dei fatti contestati purché le parti siano messe in condizione di partecipare al procedimento e di accedere alla documentazione per esprimere le proprie ragioni.

Non possono trovare applicazione al procedimento antitrust le norme del processo civile relative all'incarico di consulenza tecnica.

Legittimamente l'Autorità procede alle audizioni senza la partecipazione dell'intero organo collegiale.

Non avendo l'Autorità natura di collegio perfetto, è legittima la deliberazione assunta anche con la sola metà più uno dei componenti.

Non costituisce sintomo di illegittimità della delibera il tempo impiegato dall'Autorità per la sua adozione in relazione al numero degli argomenti all'ordine del giorno, ove la delibera sia preceduta da un lungo approfondimento istruttorio. È sufficiente, ai fini della validità del verbale, che da esso risultino gli elementi per valutare la conformità dell'iter seguito rispetto alle norme procedimentali, né produce effetti invalidanti l'approvazione del verbale dopo che il provvedimento sia stato notificato agli interessati.

La prova dell'esistenza di pratiche concordate deve ritenersi raggiunta - a prescindere dalla sussistenza della concreta intenzione di falsare il mercato - sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti.

È mercato rilevante quello individuato con riferimento alla produzione ed alla commercializzazione del prodotto, in ambito nazionale.

L'esistenza di un parallelismo nel mercato oligopolistico non esclude la configurabilità di pratiche concordate finalizzate a falsare il gioco della concorrenza.

L'irrogazione di sanzioni pecuniarie rilevanti ha per presupposti non cumulativi la gravità e la prolungata durata dell'infrazione ed il loro calcolo va operato in base al fatturato realizzato dall'impresa nell'area economica nella quale la regola di mercato è stata violata per effetto dell'intesa vietata (2).

---

lare è libera di scegliere la forma di sfruttamento più redditizia, attraverso la sua gestione diretta ovvero la cessione a terzi (uno, o più d'uno).

Ciò premesso, il Consiglio di Stato esclude che possano derivare limitazioni all'esercizio dell'esclusiva — e alla possibilità di sua cessione a terzi — dal diritto antitrust, ove dall'accordo non scaturisca una situazione nuova diretta ad impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza.

Di rilievo è l'approdo della decisione pubblicata, ove non si esclude che la cessione del diritto di esclusiva possa configurare, ove venga dimostrata la potenzialità di danno per i consumatori, nella specie non indagata dall'Autorità, un abuso di posizione dominante vietato dall'art. 3 della legge antitrust.

Sulla commercializzazione dell'immagine personale con diritto di esclusiva cfr. Cass., sez. I, 11 ottobre 1997 n. 9880 in *Foro Italiano* 1998, I, 499: sulla nozione del diritto di esclusiva dell'immagine v. Cass., sez. I, 10 novembre 1979 n. 5790, in *Foro Italiano*, 1980 I, 81, con nota di PARDOLESI.

I

(*omissis*).

Con delibera in data 28 marzo 1996, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato disponeva l'avvio di un'istruttoria, ai sensi dell'art. 14, primo comma, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'Associazione Italiana Calciatori (AIC) e della Panini S.p.a., per violazione dell'art. 2 della stessa legge con riferimento a due contratti, stipulati tra le parti rispettivamente il 1° luglio 1992 ed il 5 maggio 1995, aventi ad oggetto la cessione, da parte dell'AIC alla Panini, del diritto di riprodurre le immagini dei calciatori professionisti in tenuta da gioco al fine di fabbricare e commercializzare album di figurine e relative figurine autoadesive nonché altri prodotti appartenenti al collezionabile editoriale. Per la precisione, il primo contratto, di validità triennale, aveva ad oggetto la cessione alla Panini del diritto non esclusivo di utilizzazione delle immagini dei calciatori in tenuta da gioco per la realizzazione e messa in commercio di collezioni di figurine autoadesive, a fronte del pagamento di un corrispettivo minimo, integrato da *royalties*. Nello stesso tempo l'AIC, nella sua veste di terzo, cessionario unico dei diritti dei singoli calciatori, si obbligava innanzi tutto a non rilasciare altre licenze a più di quattro imprese concorrenti. In secondo luogo, era specificamente pattuito che l'estensione temporale del diritto di sfruttamento accordato ai licenziatari diversi dalla Panini fosse limitata agli ultimi quattro mesi dell'anno solare, corrispondenti, in pratica, ai primi quattro mesi dell'annata calcistica, con correlativa promozione del prodotto «non oltre la fine dell'anno».

Il secondo contratto del 1995 prevedeva, per converso, una licenza esclusiva, in luogo della precedente tecnica di segmentazione del mercato, ed un'estensione spaziale illimitata, in quanto comprensiva di tutte le manifestazioni sportive, in Italia o all'estero, in cui fossero impegnate la nazionale italiana o le singole squadre di club. La licenza, inoltre, non era più limitata ad un settore merceologico (figurine autoadesive) ma copriva tutti i prodotti del «collezionabile editoriale».

Nel corso del procedimento la S.p.a. Panini presentava istanza di autorizzazione dell'intesa ai sensi dell'art. 4 della legge n. 287/1990. All'esito dell'istruttoria,

---

Sulla prevalenza dello scopo di lucro rispetto alla funzione informativa delle immagini dei calciatori commercializzate v. Cons. St., sez. VI, ord. 19 marzo 1997 n. 349 in *Riv. dir. sport.*, 1997, 294.

Sugli accordi costituenti intese vietate si veda in dottrina *Diritto antitrust italiano*, a cura di A. FIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L. C. UBERTAZZI, Zanichelli, Bologna, 1997, 159 ss.; ALESSI-OLIVERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Giappichelli, Torino, 1991, 20 ss.; in giurisprudenza v. di recente Cass. sez. I, 1 febbraio 1999 n. 827 in *Foro Italiano*, I, 99, 831 con nota di LAMBO ove si giudica applicabile la disciplina antitrust anche alle convenzioni restrittive stipulate precedentemente alla sua entrata in vigore, sul rilievo che la legge 287 non regolerebbe l'atto, bensì il rapporto da esso scaturente. Costituiscono rilevanti precedenti del giudice amministrativo sent. Consiglio di Stato, sez. VI, 30 dicembre 1996 n. 1791 in *Foro Amm.*. 1996, II, I, 3381 ove è sancita l'illegittimità del provvedimento dell'Autorità per omessa comunicazione dell'atto iniziale del procedimento, nonché sent. Consiglio di Stato, sez. VI, 30 dicembre 1996 n. 1792, in *Foro Italiano*, 1997, III, 213 con note di PARDOLESI e LIANTONIO, ove è stabilito che, affinché sia configurabile l'accordo avente ad oggetto la restrizione della concorrenza,

l'Autorità, ritenuta la sussistenza degli addebiti contestati, con provvedimento adottato in data 31 ottobre 1996 deliberava nei termini che seguono: i contratti di licenza stipulati nel 1992 e nel 1995 tra l'AIC e la società Panini si configuravano alla stregua di intese restrittive della concorrenza ai sensi dell'art. 2, comma 2, della legge n. 287/1990; era pregiudizialmente preclusa all'Autorità la possibilità di pronunciarsi sull'istanza di autorizzazione in deroga presentata dalla Panini, con riferimento al contratto di licenza stipulato nel 1992, mentre era da rigettare quella avanzata a proposito del contratto di licenza stipulato nel 1995; l'AIC e la società Panini erano diffidate a porre fine, nel termine di 30 giorni, all'intesa restrittiva; l'AIC era tenuta a presentare, nello stesso termine, relazione riguardo alle iniziative adottate al fine di ripristinare le condizioni di concorrenza effettiva nel mercato delle collezioni sul calcio.

Il Tribunale, previa riunione, ha accolto i ricorsi proposti dalla Panini e dall'AIC avverso la determinazione del Garante.

L'Autorità Garante e le società ricorrenti in epigrafe indicate chiedono l'annullamento della sentenza contestando la ricostruzione giuridica della fattispecie operata dai primi Giudici. L'AIC e la Panini si sono costituite in giudizio sollecitando la reiezione del gravame.

Le parti hanno depositato memorie illustrative delle rispettive posizioni.

All'udienza del 10 luglio 1998 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. – È oggetto di impugnazione la sentenza di prime cure con la quale è stato annullato il provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza che ha qualificato alla stregua di accordi restrittivi della concorrenza due contratti stipulati nel 1992 e nel 1995 tra l'Associazione Italiana Calciatori (AIC) e la Panini S.p.a., aventi ad oggetto la cessione, da parte dell'AIC alla Panini, del diritto di riprodurre le immagini dei calciatori professionisti in tenuta da gioco al fine di fabbricare e com-

---

il comportamento illecito deve essere tenuto da un soggetto autorizzato ad agire per conto della società e ad assumere impegni a nome della stessa, con esclusione di tecnici e di personale dirigenziale che abbiano preso parte all'intesa.

Sulla nozione di abuso di posizione dominante v. anche TAR Lazio, sez. I, 23 settembre 1996 n. 1576.

La materia delle intese restrittive è affrontata anche dal TAR nella sentenza che si pubblica. Essa risolve molte questioni in merito alle regole del procedimento, ribadendone anzitutto la natura di procedimento amministrativo, come tale sottratto alle norme proprie del procedimento giurisdizionale. In precedenza, v. per gli aspetti procedimentali TAR Lazio 21 luglio 1993 n. 1157; TAR Lazio 16 settembre 1996 n. 1547; TAR Lazio 16 settembre 1996 n. 1548 (in particolare sulla segretezza degli atti ed il diritto di accesso); TAR Lazio 1° agosto 1995 n. 1473 (sulle notificazioni); TAR Lazio 24 marzo 1993 n. 497 e 24 ottobre 1994 n. 1598 (sui termini di avvio dell'istruttoria e di conclusione del procedimento).

La sentenza si occupa delle pratiche concordate su cui v. la già richiamata sentenza del Consiglio di Stato n. 1792/1996 che ne sottolinea la distinzione rispetto agli accordi per l'irrile-

mercializzare album di figurine e relative figurine autoadesive nonché altri prodotti appartenenti al collezionabile editoriale. Il primo contratto, di validità triennale, aveva ad oggetto la cessione alla Panini del diritto non esclusivo di utilizzazione delle immagini dei calciatori in tenuta da gioco per la realizzazione e messa in commercio di collezioni di figurine autoadesive, a fronte del pagamento di un corrispettivo minimo, integrato da *royalties*. Nello stesso tempo l'AIC, nella sua veste di terzo, cessionario unico dei diritti dei singoli calciatori, si obbligava innanzi tutto a non rilasciare ulteriori licenze a più di quattro imprese concorrenti. In secondo luogo, era specificamente pattuito che l'estensione temporale del diritto di sfruttamento accordato ai licenziatari diversi dalla Panini fosse limitata agli ultimi quattro mesi dell'anno solare, corrispondenti, cioè, ai primi quattro mesi dell'annata calcistica. Il secondo contratto del 1995 prevedeva, per converso, una licenza esclusiva, in luogo della precedente tecnica di segmentazione del mercato, ed un'estensione spaziale illimitata, in quanto comprensiva di tutte le manifestazioni sportive, in Italia o all'estero, in cui fossero impegnate la nazionale italiana o le singole squadre di club. La licenza, inoltre, non era più limitata ad un settore merceologico (figurine autoadesive) ma copriva tutti i prodotti del «collezionabile editoriale».

A fronte della statuizione adottata dal Garante il primo Giudice ha articolato una parabola motivazionale così calibrata:

a) l'AIC non si è limitata alla semplice intermediazione-cessione di un diritto originario della personalità da essa acquisito dai singoli titolari, ma ha essa stessa creato un diritto nuovo, di contenuto composito, in cui concorrono immagine-ritratto nonché diritti di privativa appartenenti ad altri soggetti (società sportive, sponsor, leghe calcistiche e federazione calcistica), ciascuno dotato di una propria autonomia, ma che, assemblati insieme, costituiscono un prodotto nuovo, avente un proprio valore di mercato distinto da quello dei singoli diritti che lo compongono;

b) alla luce del carattere di originalità e novità dei diritti di cui alla lettera a), sarebbe stata suscettibile di approfondimento ulteriore la conclusione secondo cui lo sfruttamento economico esclusivo del diritto *de quo* da parte del suo titolare non sarebbe meritevole di protezione (e, quindi, di limitazione dell'applicazione delle

---

vanza, ai fini della configurabilità delle prime, della prova circa la partecipazione di soggetti a ciò abilitati oltre che dell'accertamento di effetti restrittivi della concorrenza.

Come precedenti dello stesso TAR in materia di intese restrittive sotto forma di pratiche concordate, vedi sentenze 2 novembre 1993 n. 1549, 1° agosto 1995 n. 1474, 27 marzo 1996 n. 476, 12 aprile 1996 n. 605, 10 dicembre 1997 n. 972.

Quanto alla definizione del mercato nazionale o di parte rilevante di esso, v. TAR Lazio, 21 luglio 1993 n. 1157, 21 febbraio 1994 n. 251, 5 maggio 1994 n. 652, 27 marzo 1996 n. 476. In dottrina, sul parallelismo oligopolistico v. C. Osti, *Il controllo dell'oligopolio*, in *Giur. comm.* 1993. I, 580; R. Pardolesi, «*Parallelismo e collusione oligopolistica: il lato oscuro dell'«antitrust»*, comm. a sent. Corte Giustizia C.E. 31 marzo 1993, in *Foro Italiano*, 1994, IV, 65.

Sulle sanzioni pecuniarie antitrust v. Cass., S.U., 5 gennaio 1994 n. 52, in *Foro Italiano*, 1994, I, 732, con nota di Barone e TAR Lazio 21 luglio 1993 n. 1157 citate nella decisione; TAR Lazio 23 settembre 1996 n. 1576.

F.Q.

normative di tutela della concorrenza) in quanto attività collaterale e marginale rispetto all'attività agonistica dei calciatori e non funzionale ad incentivare direttamente quest'ultima;

c) la constatata situazione di monopolio innescata dalla titolarità in via esclusiva dei diritti ceduti in capo alla associazione cedente avrebbe imposto il vaglio delle pattuizioni *de quibus* non già alla stregua della fattispecie astratta dell'intesa restrittiva della concorrenza *ex* art. 2 della legge n. 287/1990, bensì alla luce della diversa fattispecie dell'abuso di posizione dominante *ex* art. 3 della legge n. 287/1990, segnatamente in relazione alla subordinazione della illiceità dell'abuso di posizione dominante al requisito ulteriore, non prescritto in tema di intese restrittive della concorrenza, della derivazione di un danno in testa ai consumatori.

I ricorsi vanno riuniti in quanto relativi alla medesima sentenza.

2.*a*) – Con un primo ordine di doglianze, suscettibili di trattazione congiunta, le parti ricorrenti contestano la conclusione, peraltro *ultra* od *extra petita*, secondo cui il diritto ceduto con le fattispecie oggetto della stigmatizzazione del Garante sarebbe un prodotto nuovo, caratterizzato dall'assemblaggio, non sprovvisto di apporto creativo, di diritti diversi ognuno dei quali oggetto di cessione da parte del titolare originario. Una più corretta disamina dei presupposti giuridici e fattuali della vicenda dimostra infatti che le fattispecie pattizie in questione erano nella sostanza funzionali alla sola cessione del diritto, spettante in via di origine ai calciatori — e, per essi, in forza di clausola statutaria, all'AIC — a sfruttare la riproduzione delle proprie immagini. L'inclusione nelle immagini medesime dei simboli della nazionale e delle squadre di club non necessiterebbe, in forza della normativa vigente, di alcun consenso da parte di soggetti terzi. Il diritto oggetto delle intese reputate dal Garante restrittive è in definitiva riconducibile al paradigma di cui all'art. 96 della legge sul diritto d'autore. In via subordinata, ove anche si accedesse alla tesi sviluppata dai primi Giudici in merito al carattere di novità del diritto oggetto di commercializzazione, parimenti non sarebbero rintracciabili gli estremi di «attività creative, artistiche e comunque intellettuali» meritevoli di piena remunerazione attraverso beneficio della sottrazione ai rigori della normativa anticoncorrenziale. Segnatamente, l'assenza di uno sforzo meritevole di remunerazione comporta la non traslabilità delle coordinate giurisprudenziali elaborate in tema di privative per brevetto industriale e di diritto di autore su opere letterarie ed artistiche.

2.*b*) – Con un secondo gruppo di censure, congiuntamente scrutinabili nonostante la parziale diversità sul versante della formulazione, gli appellanti mettono l'accento sull'irrilevanza del riferimento del Garante, oggetto di valutazione critica del Tribunale, alla violazione dell'art. 2 anziché dell'art. 3 della legge n. 287/1990, attese la funzionalizzazione delle norme *de quibus* al perseguimento dello stesso obiettivo rappresentato dalla protezione del diritto di iniziativa economica *ex* art. 41 Cost., la possibilità che una medesima condotta sia sussumibile in entrambe le fattispecie legislative, l'insindacabilità della scelta discrezionale e adeguatamente motivata del Garante in merito alla norma su cui fare perno per garantire gli interessi di cui è portatrice in chiave tutoria e, in definitiva, la possibile identità dei requisiti costitutivi. Non è in definitiva dubitabile che un'intesa siglata da soggetto

detentore di posizione dominante possa rivelarsi restrittiva della concorrenza a mente dell'art. 2 della legge n. 287/1990. Parimenti la stipulazione di un contratto di esclusiva, senza estrinsecarsi in abuso di posizione dominante, può ciò non di meno falsare in modo rilevante il gioco della concorrenza e, per l'effetto, risultare oggetto di riprovazione a mente del più volte citato art. 2. Si soggiunge, in una prospettiva in parte diversa, da parte della difesa della curatela del fallimento Euroflash e della S.p.a. Diamond, che l'applicazione dei principi in tema di privativa è contraddetta *ab ovo* dalla considerazione che nella specie la titolarità del diritto allo sfruttamento dell'immagine non si appunta in via originaria in capo all'AIC ma deriva in testa all'associazione in forza di fattispecie convenzionali traslative. In specie si evidenzia, a sostegno della sussumibilità delle convenzioni di che trattasi nell'ambito dell'art. 2 piuttosto che dell'art. 3 della legge n. 287, che non è sostenibile la tesi secondo cui la tutela che la legge attribuisce al diritto di ogni persona a sfruttare la propria immagine istituisca un monopolio *ex lege* che obbliga la persona medesima a contrattare con chiunque lo richieda. Di qui la conclusione che la fattispecie in esame era suscettibile di valutazione ai soli sensi dell'art. 3 della legge del 1990. Si conclude che le valutazioni dei primi Giudici in ordine alla norma da applicare alla fattispecie in esame sarebbero irrilevanti ai fini della verifica della legittimità sostanziale della determinazione gravata, la quale ha con coerenza preso atto degli effetti ingenerati dalle stipulazioni sulla possibilità di permanenza di altri concorrenti sul mercato delle figurine.

3.*a*) – È incontestabile in punto di fatto che l'AIC, in qualità di organismo di categoria al quale sono associati i giocatori tesserati della Federazione Italiana Calcio, detiene in esclusiva il diritto di utilizzazione economica dell'immagine dei calciatori in tenuta da gioco, diritto ceduto dagli stessi ai sensi dell'art. 23 dello Statuto AIC. Segnatamente, l'abbinamento dell'immagine fisica dei calciatori ai colori delle squadre di club ovvero ai colori della squadra nazionale è consentito per effetto di cessione da parte delle leghe e della FIGC. Il diritto esclusivo finale in capo all'AIC deriva dal concorso dei diritti esclusivi ceduti da parte dei calciatori, delle leghe e dell'associazione.

3.*b*) – Reputa il Collegio che decisiva ed assorbente ai fini dell'esito della controversia risulta, a prescindere dal carattere di novità o meno del prodotto, *id est* del diritto, oggetto di cessione, la valutazione della ricorrenza dei presupposti oggettivi e soggettivi della fattispecie di cui all'art. 2 della legge del 1990, con particolare riguardo all'emersione dei tratti distintivi, sul piano ontologico, di una restrizione in senso tecnico della concorrenza.

La ricostruzione del Garante, nel postulare la configurazione di un'intesa restrittiva della concorrenza, non tiene conto, ad avviso della Sezione, della posizione di partenza di cui gode l'organismo di categoria, unico soggetto capace già *ex se* di presentarsi sul mercato, per effetto di convenzioni e di norme statutarie non oggetto di stigmatizzazione sul versante antitrust, quale offerente del prodotto rappresentato dal ritratto dei calciatori professionisti in tenuta da gioco. L'AIC, associazione di categoria dei calciatori tesserati alla Federazione Italiana Calcistica (F.I.G.C.), nonostante la forma associativa e le finalità statutarie colle-

gate alla tutela degli interessi morali, professionali ed economici degli iscritti, opera *in subiecta materia* come impresa. Giova sul punto ricordare che la normativa antimonopolistica, in armonia con gli indirizzi comunitari, recepisce una nozione di impresa più ampia di quella tradizionale sottesa all'art. 2082 codice civile, comprensiva degli organismi associativi operanti come agenzie di vendita esclusiva in relazione alla gestione di diritti, come nella specie, dal contenuto tipicamente economico. Gestione i cui proventi nel concreto vengono destinati al perseguimento degli scopi statutari, con particolare riguardo ai profili mutualistici.

Tanto premesso, devesi rimarcare che in linea generale il nostro ordinamento, salvo non si verta in tema di settori vitali e di interessi generali, considera l'esercizio del diritto di esclusiva come legittima forma di sfruttamento di un bene (intellettuale o industriale) da parte del titolare. La titolarità del diritto implica in via strutturale la possibilità, in capo al titolare, di orientarsi, nell'esercizio della politica *lato sensu* imprenditoriale reputata più conveniente, circa la forma di sfruttamento più redditizia. Di qui la praticabilità di una scelta in linea tendenziale insindacabile tra le varie modalità rappresentate dalla produzione o gestione diretta del bene economico, dalle cessioni plurime, dalla cessione *in toto* dell'esclusiva ovvero, in ipotesi, dalla rinuncia allo sfruttamento. Non è sul punto seriamente dubitabile che, nell'esercizio della libertà di impresa che le compete, l'AIC, ove lo avesse reputato conveniente dal punto di vista economico, avrebbe potuto intraprendere direttamente l'attività di produzione delle raccolte o collezioni di figurine connesse ai campionati di calcio e collocarle direttamente sul mercato. La commercializzazione del prodotto, ricavato dai diritti esclusivi oggetto di concessione da parte dei titolari originari, avrebbe costituito esercizio tipico del diritto di impresa, non limitabile, nell'ottica dell'art. 2 della legge del 1990, attraverso l'imposizione di un obbligo di divisione con altri operatori commerciali del mercato.

La possibilità dell'esercizio in prima persona dell'attività di commercializzazione di un diritto di cui si vanta la titolarità esclusiva comporta, sempre in via di principio, la libertà di scelta circa l'identità ed il numero dei soggetti ai quali affidare l'opera di commercializzazione. La titolarità dell'esclusiva comporta uno *jus excludendi alios* dalla commercializzazione del prodotto e si condensa nella libertà di decidere se ed entro quali limiti disporre del proprio diritto in favore di terzi. In quest'ottica gli accordi che trasferiscono a terzi lo *jus excludendi* non configurano un'intesa restrittiva della concorrenza vietata dalla legge antitrust ma anzi risultano procompetitivi: il titolare consente uno sfruttamento del diritto che altrimenti, salva la ricorrenza di esigenze di interesse sociale, sarebbe comunque precluso ai terzi. Un obbligo di contrarre con i terzi è configurabile ove l'esclusiva, lungi dal derivare dalla pertinenza ad un solo referente soggettivo della titolarità della risorsa, derivi da una determinazione autoritativa della P.A. e, più in generale, come si vedrà in seguito, sia imposta dalla tutela dell'interesse dei consumatori

In sostanza, così come costituisce esercizio di libertà di impresa la possibilità di gestire direttamente il prodotto piuttosto che affidarne ad altri la commercializzazione, non dissimilmente deve opinarsi in merito alla traslazione del relativo compito in capo a terzi. Nella specie, per l'appunto, l'AIC, sulla base delle risultanze di contatti informali, ha reputato più conveniente, anche alla luce delle esperienze pregresse, l'affidamento in prevalenza (contratto del 1992) o in esclusiva (stipulazione

del 1995) ad un unico soggetto, per via della valutazione, oltre che del corrispettivo pattuito per lo sfruttamento della posizione di privilegio, dei proventi derivanti dalle *royalties* calcolate percentualmente in rapporto alle vendite. Non è illogico sul punto ritenere che un soggetto che goda dell'esclusiva, in considerazione degli introiti sicuri derivanti dallo sfruttamento della posizione solitaria sul mercato, abbia la possibilità di investire in modo più massiccio, articolare in modo più variegato la politica di gestione del prodotto e, per l'effetto, garantire al cedente un introito maggiore di quello assicurabile da una molteplicità di soggetti equiordinati, sottoposti alle forche caudine dell'alea della concorrenza di altri operatori.

3.*c*) – Dalle considerazioni che precedono deriva che nella specie si verte in tema di esercizio di un diritto di privativa da parte del titolare, concretantesi nell'opzione, reputata economicamente più conveniente in un'ottica imprenditoriale, della cessione preferenziale o totale in testa ad un unico referente. Detta ricostruzione consente al Collegio di convenire con il primo Giudice in merito alla non qualificabilità degli accordi di che trattasi a guisa di intese restrittive della concorrenza ai sensi dell'art. 2 della legge n. 287/1990. Per definizione l'intesa costituisce un accordo capace di creare una situazione nuova, a sua volta specificamente diretta ad impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza. Non ricorrono per motivi ontologici i requisiti dell'intesa ove l'accordo sia sprovvisto della capacità di generare un *quid novi*, ma miri ad disciplinare il regime della medesima situazione preesistente, con il solo corollario della sostituzione di un soggetto ad altro soggetto. Si ponga mente sul punto alla circostanza che l'infungibilità del bene oggetto di licenza, ossia la commercializzazione delle immagini dei calciatori in tenuta da gioco, comporta una sostanziale unicità e non sostituibilità del prodotto rispetto a collezioni di figurine relative a soggetti diversi e, quindi, risulta capace di determinare un contesto di separatezza in cui opera il soggetto titolare.

Allo stesso modo in cui la gestione diretta del prodotto dell'AIC non avrebbe potuto creare una turbativa del mercato, e ciò in virtù della non preesistenza di un mercato e della riconduzione del diritto da commercializzare in capo ad un unico soggetto per via della pregressa esclusiva, del pari è da escludere che una turbativa della concorrenza ai sensi dell'art. 2 possa derivare dall'affidamento della gestione del medesimo prodotto a soggetto diverso dal precedente titolare del diritto, a sua volta investito dai titolari originari. Il vincolo negoziale creato nella fattispecie non fuoriesce dai binari delle concessioni di privative su beni immateriali (siano essi di proprietà intellettuale o industriale), non concretizzanti *ex se* intese anticoncorrenziali, e segnatamente pattuizioni restrittive della concorrenza. Non può venire in rilievo una limitazione dell'assetto concorrenziale allorquando la concorrenza sia in radice esclusa, ossia la situazione monopolistica preesista — sia pure in forma virtuale mercé la mancata intrapresa dell'iniziativa economica diretta da parte del titolare del diritto allo sfruttamento — e venga solo trasferita con l'accordo. Ancora più sinteticamente la posizione monopolistica non deriva dalle intese incriminate ma dalla titolarità a monte dell'esclusiva. In definitiva l'esclusiva (totale o parziale) di cui risulta titolare la Panini, lungi dall'atteggiarsi a conseguenza di un accordo idoneo ad immutare in senso negativo il gioco della concorrenza, costituisce il portato del monopolio pregresso dell'AIC, intrinseco nella titolarità del diritto, in merito

alla utilizzazione giuridica di un prodotto confezionato attraverso la cessione dei diritti da parte dei titolari originari anch'essi in via esclusiva. Non assume sul punto soverchio rilievo la circostanza che nella specie il diritto non spetti in via originaria all'AIC ma si consolidi in capo a questa in forma derivata per effetto degli accordi intervenuti con i titolari in partenza, ossia i calciatori. In disparte la considerazione che l'AIC si presenta quale organo esponenziale dell'interesse dei singoli atleti, va rimarcato che le modalità con le quali si costituisce il diritto di esclusiva, posta la non contestazione delle medesime e del risultato finale derivatone, nulla spostano sul punto della inidoneità di un'intesa volta alla cessione dell'esercizio dell'esclusiva ad alterare un equilibrio concorrenziale in partenza inimmaginabile per difetto della concorrenza medesima relativamente al prodotto specifico.

Tali essendo le coordinate giuridiche della vicenda, può convenirsi che l'esercizio tipico del diritto di privativa, *id est* la cessione dell'esercizio della stessa al miglior offerente ai fini della massimizzazione del profitto, si atteggia ad espressione della libertà di impresa non suscettibile di censura o conformazione in chiave anticoncorrenziale ove non debordi nel tentativo abusivo di perseguimento di obiettivi esulanti dalla connotazione propria del diritto, ossia non riveli una distorsione funzionale etichettabile in termini di abusività e di capacità invasiva e distorsiva ai danni di altri operatori presenti sul mercato. Deve in altri termini escludersi, in conformità ai principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria, che la concessione di un'esclusiva da parte dell'unico titolare della risorsa necessaria per il confezionamento del prodotto, possa *ex se* innescare una violazione dell'art. 85 del trattato CE, in quanto la semplice sostituzione di un soggetto ad altro soggetto nell'esercizio di esclusiva incontestabilmente di pertinenza di quest'ultimo si riflette in un puro mutamento soggettivo che è ontologicamente inidoneo a determinare un'alterazione del gioco della concorrenza. L'equilibrio generale e l'accessibilità del mercato non sono all'evidenza incisi a seconda che l'attività in via esclusiva di commercializzazione delle figurine venga esercitata da parte del titolare del diritto (nella specie dall'AIC) ovvero dal soggetto che abbia stipulato con quest'ultimo il contratto di licenza (la Panini). In ogni caso non muta il dato oggettivo della presenza di un unico referente soggettivo legittimato alla commercializzazione del prodotto. La stipulazione dell'accordo non sortisce un esito peggiorativo nel confronto tra situazione concorrenziale prodotta dall'accordo e situazione concorrenziale verificabile in assenza del medesimo.

3.*d*) – Tali essendo i presupposti della vicenda in relazione alla causa reale della limitazione concorrenziale, devesi ritenere che, esclusa l'emersione di un'intesa restrittiva a fronte della fattispecie relativa alla cessione di un diritto di esclusiva da parte del soggetto risultato unico titolare della stessa, il quesito al quale avrebbe dovuto rispondere il Garante riguarda il mantenimento della condotta tenuta dall'associazione calciatori, in sede di intese pattizie con la Panini, nei limiti fisiologici segnati dal legislatore in caso di titolarità di esclusiva o di posizione preminente sul mercato ovvero l'esorbitanza rispetto agli stessi con l'assunzione delle caratteristiche patologiche dell'abuso. In particolare, ammesso e non concesso che il dominio insito *in re ipsa* nel diritto di esclusiva sia compatibile con la configurazione di un mercato di riferimento e che in particolare di

abuso di posizione dominante o monopolistica possa parlarsi ove difetti il dato fattuale dell'operatività concreta del titolare sul mercato, si pone il problema, non esplorato dall'Autorità, della configurazione di una situazione di monopolio ingenerante un obbligo a contrarre. Segnatamente, il baricentro interpretativo si sposta verso l'emersione, in caso di titolarità di un diritto esclusivo, di un obbligo a contrarre con una pluralità di interlocutori, ove si verta in tema di attività non relativa alla gestione di servizi pubblici o alla fruizione di beni essenziali, più in generale ove si tratti di attività, come nella specie, difficilmente configurabile in termini di rilevante e primario interesse collettivo. In specie, non è stata presa in considerata la cristallizzazione, in relazione ai prodotti in questione, di esigenze sociali idonee ad innescare l'abdicazione o la limitazione del diritto alla massimizzazione del profitto.

Premessa l'esorbitanza rispetto alla sfera cognitiva del Collegio della verifica della ricorrenza o meno dei presupposti dell'art. 3 della legge n. 287/1990, con specifico riguardo alla configurazione di un mercato di riferimento al quale ricondurre l'assunzione di posizione egemonica, le argomentazioni degli appellanti in punto di irrilevanza del richiamo all'art. 2 ovvero all'art. 3 della legge n. 287/1990 — stante l'attagliabilità delle argomentazioni del Garante anche alla fattispecie dell'abuso di posizione dominante — sono in linea di principio contraddette dalla considerazione che la norma in tema di abuso, diversamente dalla disciplina in materia di intesa restrittiva, richiede, per quel che riguarda la fattispecie dell'art. 3 lett. *b* (impedimento o limitazione della produzione, degli sblocchi o degli accessi al mercato, dello sviluppo tecnico o del processo tecnologico), il presupposto ulteriore, non scrutinato dall'Autorità Garante, della derivazione dalla condotta abusiva di un pregiudizio ai danni dei consumatori, *sub specie* di variazioni peggiorative su prezzi, quantità, qualità e varietà dei prodotti immessi sul mercato. Non è dubitabile che detto requisito aggiuntivo rispetto ai tasselli dell'intesa restrittiva, è stato contemplato dal legislatore in virtù della considerazione che la lesione della sfera dei soggetti interessati ad entrare in un mercato non sono considerati sufficienti, in un mercato già inquinato in origine dall'assenza o dalla penalizzazione della concorrenza, a far scattare la risposta negativa dell'ordinamento, ove non si profili altresì un *vulnus* ai danni dei consumatori. Per converso, il provvedimento contestato, pur conducendo un'attenta indagine microeconomica in merito alla problematica sostituibilità del prodotto, non è arricchito dalla verifica degli effetti negativi a sfavore degli acquirenti delle figurine, *sub specie* di peggioramento, sul piano qualitativo ed economico, dell'offerta ai consumatori e delle determinazioni conseguentemente assumibili da questi ultimi. Non è in sostanza acclarato che l'offerta del prodotto editoriale da parte di un solo titolare della licenza comporti una maggiore esosità ed un peggioramento qualitativo rispetto alle condizioni praticabili in caso di offerta promanante da una molteplicità di soggetti.

4. – Le considerazioni che precedono confermano la bontà delle argomentazioni sviluppate dai Primi Giudici in ordine al difetto motivazionale ed ai vizi di legittimità individuati nel provvedimento impugnato, e per l'effetto, impongono la reiezione dei ricorsi (*omissis*).

II

(*omissis*).

1. – I ricorsi in epigrafe possono essere riuniti, ai fini di un'unica decisione, sussistendo tra gli stessi connessione per l'oggetto, in ragione dell'identità del provvedimento impugnato e delle principali questioni proposte dalle parti.

2. – Prima di procedere all'esame dei motivi di diritto proposti da ciascuna delle ricorrenti imprese, giova riassumere brevemente, in punto di fatto, la vicenda cui mettono capo i motivi anzidetti.

Il procedimento in esame è stato occasionato dalla presentazione di due segnalazioni da parte della Associazione Vendomusica del 22 gennaio e 28 febbraio 1996 ed ha avuto inizio con provvedimento formale del 24 ottobre 1996, dopo che l'Autorità intimata aveva operato una prima delibazione della questione, anche acquisendo, limitatamente a tale fine, elementi ulteriori rispetto a quelli forniti dalla predetta Associazione.

Nel citato atto di avvio dell'istruttoria l'Autorità ha precisato che il procedimento è stato avviato per una ipotesi di violazione dell'art. 2 della legge n. 287/1990, avente ad oggetto accordi o pratiche concordate tra le principali case discografiche (c.d. major), con riguardo:

a) alla fissazione dei prezzi di vendita di supporti fonografici agli esercizi commerciali (c.d. prezzi di listino o PPD);

b) alla determinazione di altri aspetti delle politiche commerciali attuate nei confronti dei rivenditori;

c) alla limitazione ed alla ripartizione dei titoli interessati alla campagna pubblicitaria attuata in occasione del Salone della Musica svoltosi nel mese di ottobre 1996.

Nello stesso provvedimento di apertura dell'istruttoria l'Autorità ha precisato, inoltre, di ritenere che l'ipotizzata uniformità di comportamento delle Major potesse essere stata facilitata dalla adesione delle stesse alla Federazione Industria Musicale Italiana, associazione costituita proprio per iniziativa delle anzidette Major.

Nel corso del procedimento l'Autorità ha più volte prorogato il termine di chiusura dell'istruttoria, al fine di poter portare a compimento sia specifici accertamenti ispettivi sia le audizioni delle parti, nonché al fine di acquisire dalla Società Grandi Numeri s.r.l. apposita relazione di indagine statistica relativa alle condizioni di fornitura praticate dalle Major alla rete di distribuzione sia al dettaglio sia all'ingrosso.

Con la delibera impugnata l'Autorità, sulla base di tutti gli elementi acquisiti nel corso del procedimento, ha affermato che le imprese ricorrenti hanno violato l'art. 2, comma 2, della legge n. 287/1990, per aver partecipato ad una pratica concordata avente per oggetto e per effetto di falsare in maniera consistente la concorrenza sul mercato discografico in Italia, mediante la definizione di una struttura ed un livello uniforme dei prezzi praticati ai rivenditori; ha applicato alle medesime imprese una sanzione pecuniaria che è stata commisurata, per ciascuna delle imprese, alla gravità e durata delle infrazioni commesse da ciascuna

di esse ed anche al comportamento tenuto nel corso del procedimento; ha ingiunto, infine, a dette imprese di cessare dall'attuazione e continuazione dell'infrazione accertata e di astenersi da ogni accordo e pratica concordata che potesse avere oggetto od effetto analogo a quello accertato e, in particolare, dall'effettuare riunioni, al di fuori di quanto richiesto da finalità associative legittime e dallo scambio di informazioni, che in ogni caso consentissero di individuare il comportamento delle singole imprese discografiche.

3. – Ciò premesso, rileva il Collegio che i motivi di diritto proposti dalle parti possono essere suddivisi, ai fini del decidere, in due grandi gruppi:

– da un lato, quelli attinenti alle regole del procedimento che l'Autorità avrebbe disatteso;

– dall'altro, quelli concernenti le questioni di c.d. legalità sostanziale delle determinazioni assunte dall'Autorità con la delibera impugnata.

4. – Le censure proposte con il primo di detti gruppi di motivi possono essere così riassunte:

a) violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa sotto molteplici e specifici profili;

b) illegittimità del procedimento per divergenza tra l'oggetto del provvedimento di avvio e quello di chiusura dell'istruttoria;

c) violazione delle norme procedimentali relative sia al conferimento sia all'espletamento dell'incarico peritale;

d) illegittimità delle audizioni perché effettuate in assenza dell'organo collegiale dell'Autorità ovvero di almeno uno dei suoi componenti;

e) violazione delle regole del collegio perfetto;

f) illegittimità dei modi e dei tempi dell'adunanza nella quale è stato deliberato il provvedimento impugnato;

g) illegittima verbalizzazione dell'adunanza dell'Autorità in data posteriore alla notifica del provvedimento.

4.1. – La doglianza riassuntivamente indicata *sub* A) è articolata in più profili che il Collegio ritiene di dover esaminare distintamente, attesa la loro rilevanza e possibile incidenza determinante nell'economia del presente giudizio.

4.1.1. – Con un primo profilo è stato evidenziato che la dedotta violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa si sarebbe verificata in conseguenza dell'espletamento, da parte dell'Autorità — prima della notifica alle parti interessate dell'atto di apertura dell'istruttoria e, quindi, senza il coinvolgimento di queste ultime — di alcuni adempimenti propri di tale fase istruttoria, quali l'audizione della denunziante Soc. Vendomusica e l'acquisizione di alcuni elementi di conoscenza presso terzi.

La doglianza non può essere condivisa poiché la fase preprocedimentale della quale si contesta la legittimità non soltanto non è vietata dalle norme regolanti il

procedimento in questione, ma anzi trova giustificazione nei poteri attribuiti all'Autorità dalle norme della legge n. 287/1990.

Ed infatti, l'art. 12 di detta fonte legislativa prevede che, proprio ai fini della corretta attivazione del potere di istruttoria formale rimesso all'Autorità, quest'ultima debba, preventivamente a tale momento, «*valutare*» gli elementi acquisiti su iniziativa di parte ovvero di ufficio e cioè porre in essere una attività che le consenta di operare una prima delibazione della questione, potendosi anche pervenire, all'esito di tale delibazione, all'archiviazione degli atti.

A tal fine, non priva di significato è la circostanza che il Legislatore abbia utilizzato proprio tale specifico verbo («*valutare*»), tenuto conto che ogni relativo processo, dal più semplice al più complesso, presuppone necessariamente una fase istruttoria più o meno ampia ed approfondita, a seconda dello spessore della ponderazione richiesta, come deducibile dal contesto di riferimento nella quale è inserita.

Nella specie, in presenza di una prima denunzia da parte della Soc. Vendomusica, l'Autorità, nel corretto esercizio del suddetto potere, ha operato una sommaria verifica degli elementi segnalati, acquisendo prime informazioni sia presso la stessa denunziante (audizione) sia presso altre fonti, per escluderne, poi, la valutabilità, ai fini di cui all'art. 14 della legge 287/1990, tant'è che nella lettera di apertura di istruttoria notificata alle ricorrenti, non v'è alcun riferimento a tale prima denunzia, bensì ad altre due successivamente prodotte dalla medesima Soc. Vendomusica.

Peraltro, occorre tener conto che l'Amministrazione afferma nei propri scritti difensivi (cfr. pag. 27), senza essere smentita sul punto, che alle parti è stato, in ogni caso, consentito di prendere visione pure degli atti acquisiti al fascicolo nella fase preistruttoria del procedimento, per cui è anche in fatto, oltre che in diritto, insussistente la dedotta violazione del principio del contraddittorio e, *in parte qua*, del diritto di difesa.

In breve, può convenirsi con la difesa dell'Autorità che gli adempimenti posti in essere informalmente nella fase precedente l'istruttoria formale prevista dall'art. 14 della legge n. 287/1990 sono non solo legittimi, ma anche doverosi, rispondendo a principi di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa che l'avvio di un procedimento antitrust, in particolar modo a seguito di denunzia, sia preceduto da una prima delibazione degli elementi a disposizione, in relazione ai quali ben può rendersi necessario acquisire, *ex officio*, ulteriori elementi informativi.

4.1.2. – Con un secondo profilo si è argomentato in ordine alla illegittimità della segretazione che l'Autorità ha disposto di parte della documentazione acquisita al procedimento e si è contestata, prima ancora, la sussistenza di un potere della stessa Autorità di procedere al bilanciamento degli opposti interessi all'accesso ed alla segretezza, sul presupposto che risulterebbe comunque pregiudicato gravemente il contraddittorio.

Tali argomentazioni non possono essere condivise alla stregua delle seguenti motivazioni.

La disciplina vigente in materia di accesso ai documenti in possesso dell'Autorità della Concorrenza e del Mercato è deducibile dalle disposizioni contenute nei comma

3 e 4 dell'art. 14 della legge n. 287/1990 e nei comma 1, 3 e 4 dell'art. 8 del regolamento esecutivo di detta legge (approvato con decreto del Presidente della Repubblica n. 461/1991) ed è l'unica a trovare applicazione nella specie, come ha già chiarito questa Sezione con la sentenza 1547 del 17 settembre 1996.

Essa, a ben vedere, consente di rispettare, contemporaneamente, sia le esigenze di riservatezza prospettate da chi, comunque coinvolto in un procedimento *antitrust*, abbia interesse a non vedere divulgati i propri segreti di affari sia il diritto di difesa di chi si trovi ad essere destinatario di un provvedimento ai sensi dell'art. 2 della legge n. 287/1990, proprio perché conferisce all'Autorità, sostanzialmente, il potere di operare, in relazione alla documentazione per la quale sia stata richiesta in parte od in tutto la segretazione, quel bilanciamento di interessi che, invece, si contesta potesse essere legittimamente effettuato.

E ciò perché, il legislatore ha ragionevolmente, quanto sostanzialmente, voluto escludere ogni possibile contrapposizione tra la rigorosa disciplina dettata in ordine alla generale riservatezza degli atti e dei documenti inerenti i procedimenti antitrust e l'eventuale indiscriminata garanzia del diritto di accesso, in nome del diritto di difesa.

Nella specie, il comportamento tenuto dall'Autorità non sembra, in ogni caso, contrastante con il diritto riconosciuto dall'art. 14 della legge n. 287/1990 di prendere visione degli atti e documenti dell'istruttoria poiché detta Autorità, bilanciando gli opposti interessi (peraltro alternativamente fatti valere anche dalle imprese ricorrenti nel corso del procedimento in esame) ha consentito alle parti del procedimento di poter:

– esercitare il diritto di visione integrale soltanto per quegli atti e documenti riservati, o per parti di essi, che contenessero informazioni ed elementi direttamente attinenti, ovvero direttamente sintomatici, dell'ipotesi di intesa restrittiva contestata, attesa la loro valenza di elementi essenziali e fondanti le determinazioni conclusivamente assunte;

– ottenere, comunque, il diritto di visione parziale di quei documenti riservati che non dimostrassero in modo diretto o fossero sintomo nella stessa maniera dell'esistenza di un accordo o di una pratica concordata;

– conoscere quali e quanti documenti fossero stati fatti oggetti di segretazione, con ciò consentendo, in ogni caso, agli interessati anche una verifica sia sulla richiesta sia sulla decisione di segretazione, attraverso la visione non solo delle istanze al riguardo prodotte dalle imprese interessate, ma anche dei provvedimenti in proposito emanati dall'Autorità.

In sintesi, l'Autorità — secondo quanto dalla stessa affermato nei propri scritti difensivi, senza essere contraddetta sul punto — ha, comunque, segretato soltanto quella parte di documentazione, peraltro minima, che conteneva specifici segreti commerciali ed aziendali e che non era direttamente dimostrativa della fondatezza o dell'infondatezza della contestata violazione, e cioè quei dati che non sono stati utilizzati per decidere.

4.1.3. – Parimenti non condivisibili sono, poi, le seguenti ulteriori deduzioni con le quali è stato complessivamente denunziato, che, nel corso del procedimen-

to, l'Autorità avrebbe sostanzialmente compresso il diritto di difesa delle parti attraverso:

– la possibilità concessa alla Soc. Grandi Numeri di depositare la relazione peritale successivamente al termine prestabilito, riducendo in tal modo lo spazio di tempo utile per controdedurre;

– la fissazione di un termine (dal 28 luglio al 15 settembre) per il deposito delle memorie difensive eccessivamente ristretto, tenuto anche conto della sua coincidenza con il periodo generalmente feriale;

– la fissazione dell'audizione finale delle parti in data anteriore a quella di deposito delle memorie;

– il diniego di proroga dei termini di chiusura del procedimento, pur essendo, da un lato, chiara la natura contenziosa del procedimento e, per l'effetto, l'applicabilità dell'istituto della sospensione dei termini in periodo feriale, e, dall'altro, evidente che i tempi di difesa effettivamente concessi fossero del tutto insufficienti.

Al riguardo, può preliminarmente osservarsi come tutte le anzidette deduzioni sembrano muovere, sostanzialmente, dal convincimento, più o meno espressamente palesato, che al procedimento *antitrust* possano applicarsi automaticamente le norme proprie dei procedimenti giurisdizionali, ivi comprese quelle relative alla disciplina dei termini.

A tal ultimo riguardo, giova immediatamente precisare che tale tesi non può essere seguita, poiché, a parere del Collegio, non è in ogni caso possibile riconoscere — a Costituzione vigente — natura giurisdizionale all'Autorità intimata ed ai procedimenti che innanzi ad essa si svolgono, per il noto divieto di istituzione di giudici straordinari o di giudici speciali imposto dall'art. 102, comma secondo. Inoltre, l'eventuale previsione (o ritenuta configurabilità) di un organo a natura giurisdizionale che emani, nell'esercizio delle sue istituzionali attribuzioni, atti di contenuto giurisdizionale giustiziabili, in via ordinaria, innanzi ad altra Autorità Giurisdizionale preposta a diverso e distinto plesso, risulterebbe in contrasto con i principi informatori del nostro generale ordinamento giudiziario, così come disegnato dal Costituente, essendo caratteristica indefettibile e comune a tutti i giudici dei diversi plessi non soltanto la loro terzietà, ma anche la piena autonomia degli uni dagli altri, ed in particolare delle rispettive pronunzie, tranne quanto previsto dall'art. 111 della Costituzione.

Tale autonomia, invece — in disparte l'effettiva natura terza o meno dell'Autorità — certamente non sussisterebbe nella specie, prevedendosi dalla legge n. 287/1990 l'impugnabilità, in via ordinaria, innanzi al Giudice Amministrativo degli atti (invero autoritativi) emanati dall'Antitrust.

Consegue l'inapplicabilità della sospensione dei termini in periodo feriale invocata dalle ricorrenti imprese, potendo farsi ricorso a tale istituto esclusivamente per gli atti ed i procedimenti giurisdizionali.

Inoltre, giova soggiungere che neppure può incidere, nei sensi voluti dalle ricorrenti imprese, l'eventuale riconoscimento di una natura quanto meno amministrativo-contenziosa al procedimento in questione, poiché è noto, per pacifica giurisprudenza del Giudice Amministrativo, che pure in tal caso (vedasi ad esempio l'ipotesi dei procedimenti da ricorso amministrativo, anche straordinario) non trova

applicazione la suddetta norma processuale di sospensione dei termini. Dalle suesposte premesse consegue che nessuna lesione del contraddittorio o del diritto di difesa può farsi discendere dal deposito, oltre il termine prefissato, della relazione commissionata dall'Autorità alla Soc. Grandi Numeri, poiché risulta in atti che alle parti è stato, comunque, concesso un termine (45 giorni) ampiamente superiore a quello minimo (15 giorni) stabilito dall'art. 7, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica n. 461/1991, anche ai fini delle audizioni previste dall'art. 14 della legge n. 287/1990.

Neppure può avere incidenza alcuna sulla legittimità della delibera impugnata la circostanza che il decorso del termine anzidetto è pressocché coinciso con il periodo estivo poiché, una volta chiarita l'inapplicabilità dell'istituto della sospensione dei termini relativi ai procedimenti giurisdizionali, una tale evenienza perde qualsivoglia apprezzabile consistenza in questa sede giurisdizionale.

Né può condividersi la doglianza relativa all'anticipazione dell'audizione, rispetto alla data di deposito delle memorie difensive, poiché nessuna delle norme applicabili alla fattispecie in esame impone, in argomento, un ordine procedimentale vincolato e perché, in ogni caso, non è irrazionale la specifica procedura seguita nella specie, tenuto conto che il termine entro il quale la denunziante Vendomusica ha depositato la propria memoria (peraltro, meramente riassuntiva di quanto dedotto nel corso dell'audizione finale di tutte le parti del procedimento, come afferma l'Autorità nelle proprie difese, senza essere smentita) era stabilito a favore di tutte le parti del procedimento, ivi comprese le imprese ricorrenti.

Tutto ciò, senza tralasciare di evidenziare che tale momento procedimentale, ulteriore rispetto all'audizione, ha, semmai, garantito ancor più il contraddittorio e, quindi, quel diritto di difesa il cui esercizio rimane pur sempre una facoltà del titolare il quale, come le ricorrenti nella specie, può anche non avvalersene nella massima misura prevista, ritenendo, evidentemente, sufficienti le modalità a tal fine già sperimentate.

A non diversa negativa sorte soggiace, poi, anche la doglianza di diniego di proroga dei termini di chiusura del procedimento, rientrando nei poteri di ogni autorità amministrativa determinare l'eventuale prolungamento dei tempi procedimentali, in assenza di un limite temporale perentoriamente prefissato *ex lege* ovvero in via regolamentare.

Nella specie, possono ritenersi sufficientemente evidenti e ragionevoli le motivazioni dell'opposto diniego, stante, da un lato, la già intervenuta proroga degli stessi termini di chiusura dell'istruttoria per ben due volte, e, dall'altro, il rilievo della adeguatezza degli elementi raccolti e dei termini concessi per la consultazione degli atti, nonché per il deposito delle argomentazioni di parte.

4.1.4. – È stato eccepito, inoltre, che l'Autorità avrebbe continuato ad assumere elementi istruttori pur dopo la chiusura della relativa fase procedimentale.

Il rilievo, tenuto conto del concreto evento cui si riferiscono le argomentazioni allo scopo svolte, si dimostra però privo di consistenza ad un più approfondito riscontro.

Ed invero, per quel che risulta, la doglianza è riferita specificamente all'acquisizione da parte dell'Autorità del documento contenente i dati di bilancio di una delle imprese ricorrenti, al fine di individuare la concreta misura di sanzione applicabile, in conseguenza della accertata violazione della norma del comma 2, dell'art. 2, della legge n. 287/1990.

Come ben osserva la difesa dell'Autorità, non ha rilievo nella specie il momento temporale nel quale è stato acquisito il documento poiché esso, contenendo null'altro che il fatturato storico, è servito soltanto come fattore matematico per il calcolo della misura concreta della sanzione pecuniaria già individuata nella sua sostanza (dimensione percentuale) dall'Autorità, all'atto dell'adozione della delibera impugnata.

Dunque, nella fattispecie nessun nuovo elemento probatorio è stato acquisito dopo la chiusura dell'istruttoria, al fine di sorreggere le motivazioni della delibera impugnata, per cui nessuna violazione del contraddittorio può imputarsi all'Autorità sotto il profilo esaminato.

4.2. – La seconda delle doglianze pregiudizialmente sollevate in questa sede (riassuntivamente indicata nel capo 4 della presente sentenza, *sub* B) è volta a censurare la delibera impugnata perché la dedotta divergenza tra l'oggetto del provvedimento di avvio dell'istruttoria e quello di sua chiusura sarebbe ricavabile dal fatto che, nel corso dell'istruttoria, le indagini si sarebbero estese ad aspetti del tutto nuovi ed autonomi rispetto a quelli originariamente considerati nel predetto atto di avvio dell'istruttoria, quali:

– la conclusione di accordi tra le Major sia per la realizzazione di *compilations* e l'acquisizione di artisti sia per regolare i rapporti da intrattenere con gli organismi radiotelevisivi, la grande distribuzione organizzata e gli edicolanti sia per il rilancio dei c.d. singoli;

– l'adozione di un codice etico per l'autoregolamentazione dell'attività di scritturazione degli artisti.

Rileva, preliminarmente, il Collegio che non v'é motivo per discostarsi, in generale, da quanto la Sezione ha già avuto modo di affermare in occasioni analoghe, in sede di interpretazione delle norme di cui agli articoli 14 della legge n. 287/1990 e 3 del decreto del Presidente della Repubblica n. 461/1991.

È stato, infatti, già precisato che non è in contrasto con la garanzia del contraddittorio che «...gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni...» — che devono essere contenuti nel provvedimento di avvio dell'istruttoria, in applicazione della suddetta specifica locuzione dispositiva recata dal comma 3 dell'art. 3 del regolamento n. 461/1991 — siano costituiti «...da un'indicazione sommaria degli elementi di fatto contestati e delle conseguenze giuridiche che secondo l'Autorità ne derivano...» (cfr. TAR Lazio, sez. I, n. 1576/1996).

È stato, inoltre, già evidenziato che è ragionevole che, in un'istruttoria diretta ad accertare infrazioni al corretto svolgersi della concorrenza, «...non possono che essere indicati, all'avvio dell'istruttoria stessa, che gli elementi essenziali in merito ad infrazioni e comportamenti che in quel momento sono solo presunti e rispetto ai quali si hanno notizie derivanti da denunzie e da precedenti indagini meramente conoscitive...» (cfr. TAR Lazio, sez. I, n. 1474/1995).

Consegue l'illogicità della pretesa che l'Autorità, sin dal suo primo atto formale, debba indicare, in dettaglio, tutti gli elementi che poi sorreggeranno le sue determinazioni finali.

A parere del Collegio, ciò che è indefettibile è che le parti, nei modi disciplinati dal più volte citato regolamento esecutivo della legge n. 287/1990, siano messe in condizioni di partecipare al procedimento e di accedere alla documentazione utile a consentire la libera espressione delle proprie ragioni.

E, nella specie, tutto ciò risulta essere stato garantito poiché gli atti istruttori posti in essere ed i contenuti degli stessi sono stati partecipati alle imprese ricorrenti (cfr. lettera di comunicazione delle risultanze istruttorie del 28 luglio 1997), per cui le stesse imprese, come già rilevato più innanzi, hanno avuto un tempo più che congruo (45 giorni) per rassegnare, al riguardo, le rispettive osservazioni.

Diversamente opinando, si perverrebbe all'illogica conclusione che l'Autorità, ogni qualvolta nel corso dell'istruttoria viene a conoscenza di atti e fatti che, seppur prima di allora ignoti, sono comunque connessi con l'oggetto dell'istruttoria formale avviata, dovrebbe, comunque, procedere a nuova ed autonoma contestazione agli interessati, in contrasto con quei principi di speditezza ed economicità dell'azione amministrativa che ognora devono trovare applicazione, purché, come nella specie, non incidano negativamente sul diritto al contraddittorio ed alla difesa delle proprie ragioni.

Le esigenze di completezza del procedimento — la cui soddisfazione costituisce, a ben vedere, la miglior garanzia degli interessi delle parti tutte del procedimento — comportano, in sintesi, che il procedimento deve essere necessariamente integrato durante il suo corso quando le nuove allegazioni costituiscano naturale complemento dell'oggetto iniziale, poiché è in tal modo che si consente a tutte le parti di esprimere compiutamente le rispettive ragioni.

Nella specie, non sembra revocabile in dubbio che — essendo scopo dell'istruttoria avviata dall'Autorità *ex* art. 14 della legge n. 287/1990 la verifica della eventuale sussistenza di una ipotesi di intesa restrittiva della libertà di concorrenza nel mercato discografico, in una delle due sue possibili accezioni dell'accordo ovvero della pratica concordata — l'oggetto del procedimento inizialmente individuato potesse legittimamente arricchirsi, nel corso dello stesso, con elementi che presentassero aspetti di effettiva connessione con l'oggetto stesso.

Non sembra seriamente dubitabile, infatti, che ad un oggetto così come legittimamente definito nella specie dal provvedimento di avvio dell'istruttoria, *ex* art. 3, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica n. 461/1991, siano estranei elementi ed argomenti che convergono tutti a definire il complessivo comportamento tenuto nel caso in esame dalle imprese discografiche qualificate «*Major*» del mercato discografico.

Infatti, la conclusione di accordi che abbiano a loro specifico oggetto la realizzazione di *compilations* o di dischi singoli, ovvero l'adozione di regole di comportamento nella scritturazione degli artisti, ovvero ancora i rapporti da intrattenere sia con gli organismi televisivi sia con la grande e la piccola distribuzione, è logicamente materia da ritenere connessa naturalmente e necessariamente con una indagine che si riprometta di scoprire se le maggiori case discografiche agenti sul mercato italiano (ed anche europeo), nel fissare i listini prezzo dei supporti fonografici e

gli altri aspetti di politica commerciale e promozionale del settore, abbiano o meno violato la regola dell'art. 2 della legge n. 287/1990.

4.3. – Con la censura indicata *sub* C) è stato eccepito che sarebbero state violate le regole procedimentali relative sia al conferimento dell'incarico di perizia sia all'espletamento dello stesso, con finale compromissione anche della garanzia del contraddittorio.

In particolare, si è sostenuto:

– sotto un primo profilo, che illegittimamente non avrebbero trovato applicazione le disposizioni del codice di procedura civile — che sarebbero, invece, applicabili al procedimento in esame, richiamando la legge n. 287/1990 i modelli processualcivilistici in più parti — con la conseguenza dell'erronea attribuzione dell'incarico, peraltro immotivatamente, ad una società di capitali anziché ad una persona fisica iscritta in apposito albo e dell'erronea sostanziale estromissione delle parti, in violazione dell'art. 194 codice procedura civile, dalla fase di espletamento del sub procedimento peritale, del quale le parti avrebbero potuto avere contezza soltanto attraverso la relazione finale all'uopo redatta dall'incaricato;

– sotto un secondo profilo, che dalla delibera di conferimento emergerebbe come l'incarico sarebbe stato utilizzato non come strumento di ricerca della verità, ma bensì come «...espediente surrettizio per accreditare la soluzione voluta dell'istruttoria in corso...», anche tenuto conto dell'assoluta indefinibilità del quesito («analisi campionaria») posto all'incaricato.

Quanto al primo dei suddetti profili ritiene il Collegio che non possano trovare applicazione nella specie le norme del rito processuale civile poiché la legge regolatrice dei procedimenti antitrust disciplina in via autonoma e speciale i mezzi istruttori di cui può avvalersi l'Autorità nell'esercizio dei poteri ad essa riconosciuti dalla stessa legge.

Infatti, il legislatore della legge n. 287/1990, soltanto laddove ha voluto, ha espressamente previsto la possibilità di integrazione delle norme procedimentali antitrust con quelle del codice di procedura civile.

Ciò perché ha conferito caratteristiche peculiari al procedimento *antitrust* e lo ha informato a principi comuni in genere a procedimenti amministrativi, i quali assicurano sostanzialmente la garanzia del contraddittorio attraverso la conoscenza degli atti interni del procedimento, specialmente se aventi natura e funzione istruttoria, come nella specie, soltanto dopo la loro formazione, tranne che apposita disposizione non consenta anche la partecipazione alla loro elaborazione.

Consegue che i riferimenti operati dalle parti ricorrenti alle norme degli articoli 31 e 33, comma secondo, della legge n. 287/1990 non solo non hanno la funzione loro accreditata, ma anzi sorreggono, per le ragioni anzidette, il convincimento testé espresso di inapplicabilità delle norme del codice di procedura civile all'incarico di perizia previsto dagli articoli 14, comma 2, della legge citata e 6 del regolamento esecutivo di quest'ultima (decreto del Presidente della Repubblica n. 461/1991).

Né può, per questo preteso ed insussistente obbligo di osservare le norme del codice di procedura civile, disporsi, in questa sede, una consulenza tecnica o perizia

(che, peraltro, coinvolgerebbe apprezzamenti tecnico-valutativi che, come tali, sembrano preclusi a questo Giudice) in quanto ogni ponderazione degli elementi istruttori acquisiti per tale via attiene al merito delle valutazioni riservate all'Autorità dalla legge n. 287/1990.

Quanto al secondo di detti profili, non possono condividersi le relative argomentazioni poiché esse, diversamente da quanto affermato, in parte, non trovano corrispondenza alcuna nel testo della delibera di conferimento dell'incarico, non emergendo da quest'ultima elementi che concretamente consentano di ritenere proposto e perseguito quel diverso scopo cui sarebbe stato orientato detto mezzo istruttorio, e, per altra parte, sono smentite dalla chiara indicazione espressa dall'Autorità di voler acquisire, attraverso la perizia, elementi idonei a verificare la sussistenza o meno del presupposto della contestata violazione, e cioè se veramente fosse esistita, per il periodo considerato, una struttura ed un livello uniforme di prezzi praticati ai rivenditori del mercato discografico italiano, per effetto del comportamento praticato dalle imprese c.d. *Major*.

4.4. – Infondata è, altresì, l'eccezione rubricata *sub* D), in quanto sembra ragionevole escludere, alla luce delle vigenti disposizioni, che le audizioni delle parti possano aver luogo soltanto con la partecipazione dell'intero organo collegiale costituente l'Autorità ovvero, in subordine, con la presenza di almeno uno dei suoi componenti, pena l'invalidità non soltanto delle audizioni stesse, ma anche dell'intero procedimento nel quale sono sperimentate.

Ed invero, come ha già chiarito la Sezione in precedente occasione (cfr. n. 96 del 8 gennaio 1998) non può non tenersi conto della separazione funzionale esistente, alla stregua della specifica normativa regolamentare attualmente vigente, tra attività istruttoria ed attività deliberativa, delle quali la prima è rimessa agli uffici e la seconda all'organo collegiale costituente l'Autorità.

Né può ipotizzarsi la partecipazione anche di uno soltanto dei membri dell'Autorità poiché, come è stato pure precisato nella citata sentenza, non lo consente la volontà espressa dal legislatore della legge n. 287/1990 a favore della natura necessariamente collegiale dell'Autorità.

La garanzia del contraddittorio, in sintesi, non può essere messa in dubbio a seconda della qualità del soggetto preposto all'audizione poiché essa è essenzialmente collegata a fatti e circostanze oggettivamente esistenti o meno.

Nella specie, l'acquisizione diretta delle valutazioni e degli elementi offerti dalle parti mediante le audizioni effettuate è avvenuta, secondo quanto allo stato risulta dagli atti, senza alcuna limitazione di qualsivoglia genere e con la garanzia di imparzialità insita nella qualità di pubblico ufficiale riconosciuta dalla legge ai funzionari dell'Autorità che vi hanno concretamente provveduto.

4.5. – Con la censura *sub* E) si sostiene che l'Autorità avrebbe deliberato in assenza di uno dei suoi componenti e che tale circostanza invaliderebbe l'intero procedimento, tenuto conto che la legge richiederebbe come *quorum* strutturale la presenza di tutti i componenti, avendo l'Autorità stessa natura di collegio perfetto.

La soluzione a tale quesito non può che essere negativa, condividendo il Collegio le argomentazioni espresse in argomento dal Consiglio di Stato con parere della sua Prima Sezione n. 785/1995, nell'adunanza del 12 aprile 1995.

Ed infatti, può consonarsi nel rilevare che non solo difettano disposizioni che direttamente od anche indirettamente obblighino l'Autorità a deliberare con la totalità dei suoi componenti, ma anzi è riconosciuta dal Legislatore alla medesima Autorità (cfr. art 10, comma 6, della legge n. 287/1990) un'ampia autonomia in materia di organizzazione e di funzionamento che ha consentito, attraverso il regolamento interno allo scopo emanato, di definire, in piena discrezionalità, l'assetto delle maggioranze sia per quanto attiene al c.d. *quorum* strutturale sia per quanto attiene al c.d. *quorum* funzionale.

In sintesi, non avendo l'Autorità natura di collegio perfetto, ben può ritenersi che essa possa legittimamente deliberare anche con la sola metà più uno dei suoi componenti, per cui è immune dal vizio denunziato la delibera impugnata.

4.6. – Non diversa risposta negativa deve, poi, darsi al quesito posto con la doglianza *sub* F) con la quale si afferma, da un lato, l'irregolarità della fase deliberativa dell'Autorità, in quanto quest'ultima avrebbe assunto le numerose e complesse determinazioni contenute nella delibera impugnata in un tempo manifestamente inadeguato, tenuto conto del complessivo tempo impiegato per esaminare e discutere tutti gli argomenti iscritti all'ordine del giorno dell'adunanza e, dall'altro, l'illegittimità dell'art. 25 del regolamento interno di organizzazione e di funzionamento perché, prevedendo che «...nella seduta la discussione è introdotta dal relatore, che propone l'approvazione, la modifica o il rigetto delle proposte degli uffici...», inciderebbe sull'imparzialità del giudizio del Collegio che finirebbe per decidere sulla base di proposte «...precostituite dagli uffici...».

Ed infatti, questa Sezione ha già avuto modo di affermare (cfr. sentenza n. 96 del 8 gennaio 1998) che la separazione funzionale esistente, a mente del decreto del Presidente della Repubblica n. 461/1991, tra attività istruttoria spettante agli uffici ed attività decisoria rimessa al collegio costituente l'Autorità non incide minimamente sulla garanzia di imparzialità che deve assistere le valutazioni di competenza di detta Autorità, in quanto quest'ultima, nella sua espressione collegiale, rimane sempre totalmente libera di modificare, approvare o rigettare le proposte formulate dal relatore sulla base dei dati istruttori forniti dagli uffici.

Ciò perché rimane, in ogni caso, strumentale l'attività esercitata dagli uffici, che non assume mai dignità di momento procedimentale autonomo.

È in tale ottica che va letta, dunque, la norma dell'art. 25 del regolamento interno dell'Autorità, che legittimamente ha consentito la partecipazione all'adunanza del Direttore dell'unità organizzativa competente alla raccolta dei dati istruttori, riproducendo essa, come pure chiarito con la medesima sentenza sopra citata, uno schema procedimentale usuale nell'attività di ogni organo collegiale.

Né può trarsi alcun sintomo di inadeguatezza del tempo impiegato dall'Autorità per adottare la delibera impugnata dal calcolo puramente matematico del tempo stesso e dalla combinazione di detto calcolo con il numero di argomenti iscritti all'ordine del giorno dell'adunanza, perché in tal modo si omette di considerare che

al Collegio (costituente l'Autorità), e non anche al solo relatore, erano già ampiamente noti i termini della questione per averla esaminata più volte prima dell'adunanza finale, e cioè in sede di emanazione del provvedimento di avvio dell'istruttoria, in sede di conferimento dell'incarico peritale alla società Grandi Numeri, ed in sede di comunicazione alle parti dei risultati dell'istruttoria, oltre che sulla base degli esiti delle audizioni effettuate e delle memorie prodotte in corso di procedimento dalle parti.

Né, ancora, incombeva in capo all'Autorità alcun obbligo di integrale verbalizzazione della discussione (cfr. sul punto C.d.S. n. 220 del 24 aprile 1989), essendo sufficiente, ai fini che qui rilevano, che dal verbale risultino elementi che consentano di ritenere (come nella specie è possibile fare) che l'*iter* seguito è conforme alle norme regolatrici del procedimento ed, in ogni caso, ad ordinari criteri di razionale formazione della volontà collegiale.

4.7. – Infine, nessun rilievo invalidante può avere la circostanza che l'approvazione del verbale dell'adunanza nella quale è stato adottato il provvedimento impugnato sia avvenuta dopo la notifica agli interessati del provvedimento stesso, tenuto conto che la volontà collegiale viene in essere nel momento della sua espressione e che l'atto di approvazione del verbale ha come suo contenuto soltanto la certificazione, da parte del medesimo organismo, della corrispondenza delle determinazioni effettivamente assunte con quelle riportate nel relativo documento che le contiene.

In ogni caso, è da condividere l'avviso secondo il quale tale circostanza costituisce al più mera irregolarità che è stata sanata dall'approvazione del verbale della seduta in questione, comunque intervenuta nella specie.

5. – Ciò deciso in via pregiudiziale, può ora darsi ingresso all'esame delle questioni che le parti hanno proposto con riferimento al c.d. merito delle valutazioni operate dall'Autorità.

Dette questioni possono essere così riassunte, tenuto conto delle specifiche censure mosse da ciascuna delle imprese ricorrenti:

1) l'Autorità avrebbe erroneamente definito il mercato rilevante sia dal punto di vista merceologico sia dal punto di vista geografico perché non avrebbe tenuto conto, sotto il primo profilo, della differenza tra produzione e commercializzazione dei supporti fonografici (consistenti in musicassette, compact disc e dischi in vinile già contenenti, ovviamente, la riproduzione di brani musicali), della infungibilità di detti supporti, nonché delle differenze relative ai generi musicali; sotto il secondo profilo, delle rilevanti importazioni di supporti fonografici, con conseguente artificiale riduzione del mercato rilevante al solo ambito del mercato nazionale;

2) l'Autorità, inoltre, attraverso l'erronea individuazione del mercato rilevante, avrebbe anche ampliato l'oggetto dell'intesa che le imprese ricorrenti avrebbero posto in essere, pur avendo in concreto effettuato accertamenti circa la sussistenza dell'intesa stessa soltanto con riferimento ad un solo dei prodotti, e cioè i compact disc di musica pop;

3) l'Autorità avrebbe operato una ricostruzione e valutazione dei fatti in contrasto con le caratteristiche proprie del mercato dei supporti fonografici, che, avendo struttura oligopolistica, naturalmente produrrebbe il riscontrato parallelismo dei prezzi ed il tendenziale allineamento di tutte le altre condizioni contrattuali, nonché, avrebbe mal interpretato, nella stessa ottica, lo scambio di informazioni avutosi a livello di associazione rappresentativa e le iniziative pubblicitarie congiuntamente organizzate e svolte;

4) l'Autorità, infine, avrebbe illegittimamente applicato sanzioni amministrative alle imprese ricorrenti, essendo carenti i presupposti di gravità e durata richiesti *ex lege* ed immotivate le relative determinazioni, anche con riferimento all'aspetto della quantificazione delle stesse, nonché incorrendo, peraltro, in disparità di trattamento, tenuto conto della specifica misura di sanzione pecuniaria irrogata alla Soc. Emi, in comparazione con quelle irrogate alle restanti Major.

6. – Nessuna di dette censure può essere condivisa, alla stregua delle seguenti motivazioni.

6.1. – L'Autorità afferma di essere pervenuta alla contestata adozione della delibera impugnata sulla base di una rilevante quantità di elementi che, pur non avendo natura e consistenza di prove dirette dell'intesa raggiunta per condizionare od escludere il libero mercato dei supporti fonografici nel periodo considerato, tuttavia costituirebbero indizi gravi, precisi e concordanti che, congiuntamente valutati, fornirebbero prova almeno sufficiente dell'intesa restrittiva anzi detta.

In particolare, dall'istruttoria sarebbe emerso:

– un elevato grado di uniformità dei prezzi praticati ai rivenditori che si rifletterebbe sui prezzi al pubblico, notoriamente allineati;

– la coincidenza delle condizioni di vendita dei supporti fonografici effettivamente praticate, avuto riguardo al contributo per spese di trasporto, al *ticket* TV, ai termini di pagamento ed alle condizioni di resa della merce invenduta;

– un intenso scambio di informazioni in sede associativa, avente ad oggetto dati strategici dell'attività di impresa e proiettato a realizzare concretamente un coordinamento delle attività anzidette;

– l'esistenza di un contesto collaborativo anche per altri rilevanti aspetti delle politiche commerciali, quali l'organizzazione congiunta sia della distribuzione dei prodotti attraverso il canale della grande distribuzione sia della promozione pubblicitaria in occasione di eventi particolari.

6.2. – Un primo quesito cui occorre dare risposta è se, ai fini della corretta individuazione di una pratica concordata sia sufficiente l'esistenza di una serie di indizi gravi, precisi e concordanti, come ritenuto dall'Autorità, ovvero necessiti, in ogni caso, una prova diretta e puntuale.

Dispone l'art. 2 della legge 287/1990 che le intese restrittive della libertà di concorrenza possano consistere:

a) in accordi;

b) in pratiche concordate;

c) in deliberazioni di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari.

Dispone la stessa norma che «...sono vietate le intese che hanno ad oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel... (*omissis*)... fissare direttamente o indirettamente i prezzi di acquisto o di vendita ovvero le altre condizioni contrattuali...».

Orbene, ritiene il Collegio, in linea di principio, che la prova della pratica concordata può ritenersi correttamente acquisita anche quando non emergano riscontri diretti della sussistenza di concreti elementi intenzionali proiettati a falsare il mercato, in quanto una tale prova è richiesta dalle citate disposizioni di legge soltanto con riferimento alle ipotesi indicate *sub* a) e *sub* c).

Deve convenirsi, infatti, con quell'avviso giurisprudenziale (cfr. Cds, sez. VI, n. 1792 del 30 dicembre 1996) secondo il quale per la configurabilità dell'ipotesi di «pratica concordata» è irrilevante la prova del raggiungimento di accordi da parte di persone fisiche a ciò abilitate.

Consegue che l'esistenza di indizi gravi, precisi e concordanti assume spessore sufficiente ai fini della dimostrazione della pratica concordata e può, dunque, costituire elemento fondante la eventuale relativa declaratoria.

6.3. – Prima, però, di verificare se gli elementi raccolti dall'Autorità nel corso dell'istruttoria costituiscano o meno indizi sufficienti ai fini che qui rilevano, occorre verificare preliminarmente se l'Autorità ha ben individuato l'ambito di riferimento della propria indagine e cioè se, alla luce del disposto dell'art. 2 della legge n. 287/1990, ha ben individuato il «*mercato rilevante*» dei supporti fonografici nel quale si sarebbe consumata la contestata violazione.

Al riguardo, giova subito ribadire, in linea generale, l'avviso (cfr. TAR Lazio, I, n. 1576/1996) secondo il quale, nel caso di intesa, l'Autorità, tenendo conto dei soggetti partecipanti all'accordo e delle condizioni economiche del mercato, deve considerare sufficiente, a fini probatori, anche soltanto la capacità potenziale dell'accordo o della pratica concordata di restringere la concorrenza nel mercato, in quanto riscontri concreti delle effettive conseguenze prodottesi sono necessari soltanto nella diversa e distinta ipotesi dell'abuso di posizione dominante.

Più in particolare, poi, può rilevarsi come l'Autorità abbia correttamente individuato il mercato rilevante sia sotto il profilo merceologico sia sotto quello geografico per le seguenti ragioni.

Ed invero, sotto il primo di detti profili, deve convenirsi che esso va individuato con riferimento alla produzione ed alla commercializzazione dei supporti fonografici ai rivenditori, senza alcuna distinzione per tipo di fonogramma o per generi musicali, tenuto conto che la domanda dei consumatori finali può rilevare, ai fini del presente procedimento, soltanto per spiegare, eventualmente, le politiche di approvvigionamento dei rivenditori e che questi ultimi esprimono una domanda di acquisto che è strettamente correlata all'esigenza di disporre, al minor costo, di un assortimento di titoli più possibile funzionale a soddisfare le attese dei consumatori finali.

A tal ultimo riguardo, soccorre, infatti, anche la comune esperienza della realtà commerciale effettivamente esistente ed il fatto, oggettivamente verificabile, che il magazzino del rivenditore di supporti fonografici è normalmente molto articolato per poter venire incontro immediatamente a qualsiasi richiesta del consumatore finale. Né può assumersi che l'Autorità abbia errato nel ritenere insussistente una segmentabilità del mercato, tenuto conto che la domanda presa in considerazione nel procedimento in esame non è quella del consumatore finale, bensì quella del rivenditore, come è deducibile dalla circostanza che la contestazione mossa alle imprese ricorrenti ha come suo oggetto l'omogenizzazione dei pezzi praticati ai rivenditori e non anche quelli al pubblico.

Infatti, al rivenditore non interessano le caratteristiche tecniche dei singoli supporti fonografici, né la loro astratta distinguibilità per generi musicali e per titoli, bensì interessa di riuscire ad offrire al consumatore finale una vasta gamma di brani musicali al costo più basso possibile.

Ciò perché è il consumatore finale che esprime preferenze specifiche e, quindi, caratterizza la sua domanda in termini di distinguibilità anche in relazione al tipo di supporto (compact, cassetta... etc.) ovvero al genere musicale.

Peraltro, tale avviso sembra trovare riscontro anche nella giurisprudenza comunitaria (cfr. decisione del 27 aprile 1992 – Emi-Virgin, in caso IV/M 202) laddove si osserva, con riferimento alla sostituibilità dei prodotti appartenenti a generi musicali diversi, che la domanda dei rivenditori non presenta caratteristiche di rigidità, come quella dei consumatori finali.

Sotto il secondo profilo (quello geografico), neppure può ritenersi che l'Autorità abbia errato nelle proprie valutazioni, tenuto conto che i mercati dei supporti fonografici tendono ad essere nazionali, come ha rilevato la medesima giurisprudenza comunitaria più innanzi citata.

Sembra corretto, infatti, che l'Autorità abbia tenuto conto, a tal proposito, dei seguenti fatti:

– che le imprese ricorrenti, pur essendo, come tutte le più importanti case discografiche, espressione di gruppi multinazionali, operano in ciascun Paese con proprie specifiche società locali, la cui attività comprende anche lo sfruttamento degli autori e degli artisti indigeni, con commercializzazione dei relativi prodotti unitamente a quelli stranieri;

– che le stesse imprese applicano per ciascun mercato nazionale specifiche condizioni di fornitura;

– che i rivenditori, certamente del mercato italiano, acquistano dalle filiali nazionali delle imprese discografiche e non anche da quelle estere.

Peraltro, il convincimento che il fenomeno delle importazioni nel mercato discografico italiano è «*...praticamente inesistente...*» è stato espresso da una delle stesse imprese ricorrenti, come risulta dal par. 14 del provvedimento impugnato nel quale si dà conto del contenuto, *in parte qua*, del piano commerciale 1994/1995 della BMG-Ricordi.

6.4. – Né dalle conclusioni espresse dall'Autorità in materia di mercato rilevante è disceso, un artificiale ampliamento dell'oggetto dell'intesa, come pure

sostengono le imprese ricorrenti, in quanto la valutazione operata ha riguardato, comunque, tutti i prodotti fonografici commercializzati dalle anzidette imprese, ancorché gli accertamenti compiuti hanno avuto di mira un particolare prodotto quale i compact disc di musica pop.

Infatti, a ben vedere, tale ultima circostanza non è in contraddizione con l'ambito di valutazione avuto presente dall'Autorità se si tiene conto dei dati del mercato discografico italiano, come deducibili dagli atti istruttori, compiuti dall'Autorità, e del fatturato realizzato dalle imprese ricorrenti.

Risulta, invero, che il mercato italiano dei prodotti fonografici è costituito, in termini di valore, per il 72% dai compact disc, per il 26% da musicassette e per lo 0,4% da dischi in vinile e che le imprese ricorrenti hanno realizzato, nel periodo considerato, il 90% del loro fatturato nel settore dei compact disc del genere musicale pop, mentre la restante quota ha interessato quasi totalmente le musicassette del medesimo genere musicale, attestandosi a livelli del tutto minimi la vendita dei dischi in vinile.

Dunque, la circostanza che l'accertamento sia stato compiuto su l'elemento del tutto predominante del mercato e della attività di produzione e commercializzazione posta in essere dalle imprese ricorrenti non solo non rende artificiale la valutazione complessivamente operata sull'intero mercato dei supporti fonografici, ma anzi la giustifica poiché l'eventuale restante accertamento non avrebbe potuto incidere, comunque, su detta valutazione, attesa la sua dimensione residuale.

6.5. – Ciò chiarito, occorre ora darsi carico delle questioni principali poste dalle parti ricorrenti e riassunte *sub* 3), del capo 5° della presente sentenza.

Innanzitutto, in punto di fatto, giova rilevare che i dati emersi in corso di istruttoria danno contezza:

a) del fatto che i prezzi praticati ai rivenditori mostrano un elevato grado di uniformità che, ovviamente, si riflette anche sui prezzi praticati al pubblico che sono notoriamente allineati;

b) del fatto che le condizioni di vendita sono quasi del tutto coincidenti con riferimento al contributo per le spese di trasporto, al *ticket* TV, ai termini di pagamento ed alle condizioni di resa della merce non venduta;

c) del fatto che è stato posto in essere, nel periodo oggetto di indagine, un'intenso scambio di informazioni relativamente ai dati strategici delle imprese ricorrenti, anche attraverso la comune istituzione rappresentativa di categoria;

d) del fatto che il contesto collaborativo tra le ricorrenti si è esteso alla organizzazione congiunta della commercializzazione dei prodotti attraverso il canale della grande distribuzione e delle politiche promozionali in occasioni di eventi particolari.

6.5.1. – Le ricorrenti, affermano, che l'Autorità non avrebbe considerato la struttura naturalmente oligopolistica del mercato dei supporti fonografici, la quale comporterebbe un parallelismo obbligato dei prezzi ed un allineamento tendenziale di tutte le altre condizioni contrattuali.

Affermano, inoltre che la stessa Autorità non avrebbe raffrontato la situazione propria, in genere, del mercato olipolistico dei supporti fonografici con quella accertata in conseguenza dell'istruttoria svolta.

Al riguardo, ritiene il Collegio di poter rilevare che il parallelismo di comportamento che fisiologicamente discende dalla natura oligopolistica di un mercato, non può essere considerata comunque, una verità incontrovertibile e non diversamente spiegabile, alla luce delle norme sulla libera concorrenza nello stesso, poiché detto parallelismo può, invece, sempre nel mercato oligopolistico, essere conseguenza anche (e prevalentemente) dello scambio di documenti e di informazioni strategiche e dell'essersi rivolti, ad esempio, con assiduità e frequenza ad un comune centro di coordinamento, con la conseguenza che, in tal caso, il mero parallelismo di comportamento assume i contorni illeciti della concertazione che diviene di quel parallelismo la sola spiegazione plausibile.

Si ha, allora, la vulnerazione dello scopo delle norme antitrust di evitare che i contatti diretti o indiretti tra le imprese abbiano lo scopo o l'effetto di influire sul comportamento di mercato di un concorrente, ovvero di rivelare a quest'ultimo il proprio comportamento futuro, la quale si rende palese allorquando, come nella specie, si abbiano riscontri sufficienti che l'allineamento dei prezzi ai rivenditori e la definizione di tutte le altre condizioni contrattuali sono spiegabili, soltanto con riferimento ai concreti comportamenti collusivi posti in essere dalle imprese.

Le risultanze istruttorie indicate nel provvedimento impugnato danno contezza dell'esistenza di elementi che, se è vero che singolarmente considerati non possono assurgere al rango di prova diretta, pur tuttavia, congiuntamente considerati, ben possono costituire indizi gravi, precisi e concordanti della deviazione da una fisiologica condizione di mercato oligopolistico perché, a ben vedere, risultano essere l'effetto di una concertazione che si dimostra essere l'unica causa efficiente del parallelismo di prezzi e dell'allineamento delle altre condizioni contrattuali riscontrati, nel mercato dei supporti fonografici.

Infatti, dalla documentazione ivi citata emerge che i prezzi praticati dalle imprese ricorrenti ai rivenditori sono sostanzialmente omogenei sia per struttura sia per livello, pur in assenza di identità di costi sostenuti, che, è dato, quest'ultimo, evidente sol che si tenga presente l'aspetto della estrema variabilità dei compensi corrisposti a ciascun autore o esecutore di brani musicali, in quanto intimamente connessa alla misura di popolarità da essi acquisita.

Né sembra seriamente contestabile il fondamento di tali dati poiché essi sono stati ricavati da quelli forniti dalla SIAE, in relazione ai prezzi di listino praticati dalle imprese ricorrenti, nonché da quelli contenuti nella relazione redatta dalla Società Grandi Numeri a compimento dello studio statistico commissionatogli dall'Autorità che, in particolare, ha posto in risalto come il 90% circa dei prezzi di listino di ciascuna delle imprese major è risultato fissato esattamente a lire 20.000.

Consegue che, in presenza dei citati dati e della concorrente risultanza che le imprese ricorrenti fossero aduse scambiarsi le rispettive tabelle dei prezzi di listino — anche attraverso l'associazione di categoria F.I.M.I. e prima ancora che i listini stessi fossero pubblici — possono già ritenersi sussistenti elementi sufficienti a provare una pratica concordata, così come contestata, e ciò perché, gli estremi della

«*pratica vietata*» ricorrono allorquando gli elementi essenziali costituenti il prezzo vengono artificialmente uniformati, allo scopo di far sì che i prezzi effettivi di vendita del bene si attestino a livelli diversi da quelli che naturalmente si determinerebbero in conseguenza del libero gioco della concorrenza (cfr. sul punto, dec. Comm. 8/2/80, n. 80/257/CECA).

Né, inoltre, può assecondarsi la tesi che gli scostamenti comunque esistenti dei prezzi praticati ai rivenditori sarebbero rilevanti ed incidenti nell'escludere la sostanziale omogeneità dei prezzi stessi poiché deve convenirsi con la difesa dell'Autorità che gli scostamenti rilevati nella specie sono ininfluenti, in quanto ammontanti a poche centinaia di lire (500 circa).

In sintesi, la riscontrata uniformità dei prezzi praticati ai rivenditori dalle ricorrenti imprese non può trovare, allo stato, altra razionale giustificazione, oltre la contestata violazione dell'art. 2 della legge n. 287/1990, tenuto conto:

– che il prezzo di listino (c.d. PPD) è risultato fissato da tutte le Major esattamente a 20.000 lire;

– che i costi sostenuti dalle Major, per la realizzazione dei supporti fonografici, sono considerevolmente variabili e che tale variabilità è conseguente alla variabilità molto elevata delle componenti di tali costi, quali le *royalties* versate agli artisti (che possono variare dal 5% al 22%), i corrispettivi per i contratti di licenza (variabili dal 7% al 50%), i c.d. minimi garantiti agli artisti, corrisposti in via di anticipazione (i quali possano variare a seconda della notorietà dell'artista da alcune centinaia di milioni ad alcuni miliardi di lire, in relazione a ciascun prodotto commercializzato) ed i costi di *marketing* e di promozione pubblicitaria;

– che tra tali costi, l'unico effettivamente comune a tutte le imprese discografiche è soltanto quello della duplicazione tecnica dei prodotti fonografici che, però, non incide sul prezzo di listino di ciascun singolo prodotto fonografico per più del 10%;

– che le altre condizioni contrattuali confermano come le restanti componenti del finale prezzo praticato ai rivenditori sono state anch'esse artificialmente costruite, sol che si tenga presente la pressoché totale uniformità, nel corso del tempo, sia dell'elemento «*contributo spese di trasporto e di imballaggio*», fissato mediamente al 6% del fatturato (al netto di IVA e al lordo del *ticket*-TV) senza alcuna possibile correlazione né con i costi effettivamente sostenuti da ciascuna casa discografica né con l'effettiva condizione esistente con ciascun rivenditore, prova ne sia, a tal ultimo riguardo, che la misura anzidetta non varia anche nella ipotesi che lo stesso rivenditore provveda autonomamente al trasporto della merce (cfr. doc. all. n. 11 produzione difesa della Autorità); sia dell'elemento «*Ticket-TV*», applicato nella misura di lire 3000 circa da ciascuna delle case discografiche ricorrenti, pur in presenza di costi di investimento pubblicitario ovviamente variabili per volume e nel tempo; sia dell'elemento «*condizioni di resa*» della merce invenduta, praticate dalle major nell'ordine pressoché allineato del 3% per i dettaglianti e dal 3% a 4,5% per i grossisti; sia dell'elemento «*termini di pagamento*», fissato nell'ordine comune di 30/60 giorni.

6.5.2. – Inoltre, a corroborare la valutazione espressa dall'Autorità ben si pongono anche gli ulteriori elementi acquisiti in corso di istruttoria, relativi all'intenso e cosciente scambio di informazioni avvenuto direttamente tra le imprese

ricorrenti, ovvero per il tramite dell'Associazione di categoria, con riguardo ai prezzi praticati ai rivenditori ed alla quantità e valore della merce venduta, nonché quelli relativi all'organizzazione di un comune rapporto di fornitura dei propri prodotti attraverso la grande distribuzione e di specifiche iniziative promozionali per eventi particolari.

Ed invero, quanto allo scambio di informazioni, può, innanzitutto, darsi atto che, effettivamente, l'Autorità non ha assunto i dati emersi al riguardo come elementi comprovanti, in via autonoma, il comportamento anticoncorrenziale tenuto dalle imprese ricorrenti, ma li ha considerati come fattori concorrenti a dimostrare la sussistenza di una pratica concordata.

Può, poi, rilevarsi più in particolare che di detto scambio, avvenuto in forma diretta e con riferimento ad informazioni strategiche, non può, allo stato, dubitarsi, alla luce di quanto emerge dai paragrafi 44 e 45 del provvedimento impugnato circa i listini prezzo (che risultano essere stati scambiati tra le Major prima della loro entrata in vigore) ed i fatturati realizzati che le stesse imprese (in ispecie, Bmg-Ricordi, Emi, Warner e Polygram) si sono vicendevolmente comunicati anche mediante lettere circolari.

Così pure, non può dubitarsi del ruolo avuto dalla F.I.M.I., sempre ai fini dello scambio di informazioni strategiche, tenuto conto:

– che detta Associazione di categoria è stata fondata nel 1992 proprio dalle imprese ricorrenti, dopo che le stesse erano uscite dall'unica precedente associazione esistente (AFI), alla quale aderivano unitariamente tutte le case discografiche esercenti nel mercato italiano;

– che nella stessa sono confluite le case discografiche (in totale 56) rappresentanti l'80% circa dell'intero mercato nazionale;

– che le imprese ricorrenti rappresentano nella F.I.M.I. oltre il 90% del fatturato complessivo degli aderenti a detta associazione;

– che il Comitato direttivo della F.I.M.I. è composto, per la quasi totalità, dai rappresentanti delle imprese ricorrenti, come è emerso dai verbali delle riunioni del 1992, citati nel provvedimento impugnato;

– che, infine, sempre dai verbali del comitato direttivo della F.I.M.I. e dagli altri atti acquisiti in corso di istruttoria presso detta Associazione, risulta come dati strategici relativi all'attività commerciale di ciascuna delle imprese sono stati scambiati tra le ricorrenti sia attraverso documenti redatti dalla F.I.M.I. (concernenti dati anche disaggregati delle attività di ciascuna delle major) sia attraverso le riunioni del Comitato direttivo dell'Associazione.

Dunque, può escludersi, allo stato degli atti, che nelle riunioni di tale Associazione, per quel che qui rileva, venissero affrontati soltanto aspetti e problemi di carattere generale del mercato discografico, poiché vi ostano le risultanze emergenti, ad esempio, dal verbale del 13 dicembre 1993 (cfr. doc. n. 12 della produzione di parte resistente) dal quale risulta che le imprese ricorrenti si scambiarono in quella occasione dati relativi agli aumenti di costi avuti ed alle modalità con le quali tali costi erano stati trasferiti nei singoli listini prezzo ovvero dagli atti acquisiti in sede ispettiva, in data 29 ottobre 1996, dai quali si evince che la F.I.M.I. effettuava un controllo periodico sull'uniformità del contributo spese di trasporto e

di imballaggio effettivamente applicato dalle società ad essa aderenti, sulla base di dati comunicati mensilmente dalle stesse società.

Quanto alle iniziative congiuntamente intraprese dalle imprese ricorrenti per la concorde commercializzazione di propri prodotti anche attraverso la grande distribuzione, ritiene il Collegio che ne sono sufficiente riprova, come deducibile dal paragrafo n. 70 del provvedimento impugnato, l'aver conferito, in comune, apposito mandato ad un unico operatore del settore (G.D.O. Service), con l'incarico di svolgere attività di *rack jobber*, nonché l'aver, in ogni caso, praticato, a prescindere dalla circostanza che le condizioni siano state formalmente negoziate separatamente, condizioni di fornitura identiche sia con riferimento allo sconto sul prezzo di listino, sia sulle percentuali di resa dell'invenduto, sia sui termini e modalità di pagamento, sia sul contributo spese di trasporto ed imballaggio.

Né, infine, può ritenersi illegittimo che l'Autorità abbia tenuto anche conto del fatto che, nel periodo considerato, le imprese ricorrenti hanno anche organizzato un'unica campagna promozionale per la vendita di 150 titoli, egualmente ripartiti tra di loro, in occasione del Salone della Musica di Torino, tenuto conto che tale evento costituisce, alla stregua delle non smentite affermazioni dell'Autorità, riscontro pure di una comune prassi promozionale che ancor più contribuisce a far ritenere sufficientemente provata la sussistenza di una precisa intesa tra le parti ricorrenti per escludere ogni possibilità di leale concorrenza in un mercato che, per sua natura, già presenta caratteri fisiologici di anelasticità.

6.5.3. – Alla stregua delle motivazioni sin qui rese e dei dati riassuntivamente ricavabili dalla tabella n. 16 del paragrafo n. 45 del provvedimento impugnato può, dunque, convenirsi con l'Autorità che, nel caso in esame, si è avuta una consapevole collaborazione tra le imprese ricorrenti, a danno della concorrenza, manifestatasi, in particolare, in una pratica concordata al fine di falsare il naturale gioco della concorrenza, attraverso:

– l'uniforme determinazione, nel tempo, dei prezzi di listino (che, peraltro, si sono attestati su livelli superiori a quelli fissati dalle altre case discografiche non *major*);

– l'allineamento costante nel tempo delle altre componenti del prezzo praticato ai rivenditori come *ticket-tv* e le spese di trasporto;

– l'omogeneizzazione dei prezzi finali richiesti ai rivenditori;

– l'assunzione di iniziative comuni e con esiti sostanzialmente identici sia per la commercializzazione dei propri prodotti, anche attraverso la grande distribuzione, sia attraverso specifiche iniziative promozionali comuni rivolte ad incidere direttamente sul consumatore finale, in occasione di eventi particolari, quali, nella specie, il Salone della Musica di Torino.

Né, infine, può condividersi la tesi che, nella specie, l'Autorità avrebbe, in ogni caso, omesso di raffrontare la situazione emergente dai dati istruttori con quella tipica di un mercato oligopolistico, quale quello dei supporti fonografici, poiché, a tal fine, è sufficiente rilevare che per ciascuno degli elementi valutati (siano essi relativi al prezzo sia alle altre condizioni commerciali) l'Autorità anzidetta ha posto in

comparazione espressa quelli relativi alle imprese ricorrenti con quelli delle altre imprese discografiche non *major*.

Di ciò sono testimonianza sufficiente le deduzioni e rilevazioni, ad esempio, fatte in relazione ai prezzi di listino nei paragrafi 50 e seguenti del provvedimento impugnato, ovvero nei paragrafi da 71 a 77, in sede di analisi del comportamento delle case discografiche non *major*, ovvero ancora nei paragrafi 159 e seguenti nei quali l'Autorità ha valutato la struttura ed il livello del prezzo ai rivenditori dei vari supporti fonografici.

6.6. – L'ultima delle questioni proposte dalle ricorrenti imprese concerne le sanzioni pecuniarie irrogate dall'Autorità che sarebbero illegittime perché difetterebbe una congrua motivazione dei presupposti di gravità e durata delle infrazioni accertate, sulla base dei quali dovrebbero risultare giustificate le sanzioni anzidette.

Inoltre, alcune delle ricorrenti sostengono, con riferimento alla misura individuata per sanzionare il comportamento tenuto dalla EMI MUSIC ITALY S.p.a., che la quantificazione delle sanzioni sarebbe stata operata in violazione del criterio della parità di trattamento.

Le tesi suddette non possono essere condivise per le seguenti motivazioni.

Innanzi tutto, non può ritenersi irrazionale che le infrazioni accertate nella specie — della cui corretta rilevazione si è dato contezza nei capi di motivazione che precedono — siano state ritenute gravi, poiché, per quantità e per spessore, esse giustificano le singole valutazioni operate, tenuto conto del numero e della convergenza dei riscontri emersi nonché della significativa valenza degli stessi, sotto il profilo economico.

Lo scopo distorsivo della regola di mercato cui sono risultati concretamente preordinati i comportamenti tenuti dalle imprese ricorrenti deve ritenersi sufficientemente emergente dall'istruttoria svolta ed idoneo a sorreggere le determinazioni sanzionatorie applicate, attesa la continuità ed organicità con la quale le c.d. Major hanno provveduto a coordinare, sul piano sostanziale, le rispettive attività di fissazione dei prezzi e delle altre condizioni contrattuali praticate ai rivenditori nonché le strategie di commercializzazione e di promozione dei prodotti.

Inoltre, giova considerare che dette infrazioni assumono valenza ancor più significativa, alla luce del fatto che i comportamenti imputati alle Major sono stati posti in essere in un mercato oligopolistico, già di per sé anelastico rispetto alla ordinaria regola di libera concorrenza praticabile nei mercati in genere e considerato che dette imprese, sono oggettivamente qualificabili come operatori dominanti del settore, coprendo esse circa l'80% del mercato nazionale dei supporti fonografici.

Non può sfuggire, infatti, come il potere economico esercitabile dalle imprese ricorrenti, la loro capacità strutturale ed organizzativa di presenza sul peculiare mercato in questione, congiunto alla accertata utilizzazione anche di sedi istituzionali comuni per facilitare rapporti e scambi aventi lo scopo di eliminare la già ridotta concorrenza esistente fisiologicamente in un mercato oligopolistico, costituiscano tutti elementi di tal indubbio e rilevante spessore da giustificare le concrete sanzioni irrogate a ciascuna delle imprese ricorrenti.

Né può condividersi la tesi che per potersi irrogare sanzioni pecuniarie di un certo rilievo occorra necessariamente la compresenza sia dell'elemento della

gravità sia della prolungata durata dell'infrazione, poiché tali requisiti non sono indefettibilmente cumulativi, come già ha avuto modo di chiarire la Sezione (cfr. sentenza n. 1157/1993) in precedente occasione, anche tenuto conto dell'avviso espresso dalla giurisprudenza comunitaria (cfr. sentenza 7 giugno 1983, cause riunite n. 100-103/80, Musique Diffusion Francaise c/ Commissione CE).

Tutto ciò, senza tralasciare di evidenziare che, anche a voler in ipotesi non ritenere applicabile il criterio anzidetto, comunque, il periodo di tempo nel quale nella specie la concertazione si è praticamente realizzata (1992/1997) è da ritenere sufficiente per qualificare, in accertata compresenza del requisito di gravità dell'infrazione, adeguate le misure sanzionatorie applicate.

Né, ancora, possono condividersi le deduzioni volte a contestare la correttezza dell'ambito di valutazione avuto presente dall'Autorità per quantificare le sanzioni irrogate poiché deve convenirsi con la difesa della predetta Autorità sul fatto che l'esperito accertamento effettuato tramite la perizia commissionata alla soc. Grandi Numeri non costituisce elemento necessario ed indefettibile per determinare la quota di fatturato da considerare.

L'unica regola applicabile nella specie, è quella resa palese dalla norma dell'art. 15, la quale, per quel che qui rileva, disponendo che la sanzione amministrativa deve essere calcolata sulla base del «fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, relativamente ai prodotti oggetto dell'intesa...», consente di ritenere, ragionevolmente, che la base di riferimento da utilizzare per quantificare la sanzione deve essere il fatturato realizzato dall'impresa nell'area economica nella quale la regola di mercato è stata violata per effetto dell'intesa vietata posta in essere.

Inoltre, alla luce della stessa norma, sembra sufficientemente chiaro che la locuzione «...esercizio chiuso...» vada interpretata nel senso che il legislatore ha inteso fare riferimento soltanto all'arco di tempo statutariamente prefissato per la redazione degli atti contabili fondamentali di impresa, per cui è ai risultati in sé considerati, così come ricavabili dalle relative scritture di ogni impresa, che occorre fare riferimento ai fini in esame.

I dati necessari possono, dunque, essere ricavati dai documenti contabili dell'impresa, indipendentemente dall'approvazione del formale documento di bilancio, poiché, diversamente, la funzione della norma sanzionatoria — riconducibile anche a scopi di tempestività e, quindi, di immediata efficacia della stessa — ne risulterebbe vulnerata per tale essenziale aspetto.

Infine, può escludersi che la delibera impugnata sia viziata per disparità di trattamento nell'applicazione delle concrete misure delle sanzioni pecuniarie irrogate poiché ritiene il Collegio che, anche in questo caso, l'Autorità abbia fatto corretta applicazione della norma dell'art. 15, comma 1, della legge n. 287/1990, tenuto conto del comportamento specificamente tenuto dalla ricorrente EMI nel corso del procedimento.

Infatti, il minimo edittale applicato trova giustificazione, peraltro ampiamente espressa con le motivazioni contenute nel paragrafo 190 della delibera impugnata, nella specifica circostanza che la EMI è stata l'unica delle imprese ricorrenti ad assumere, prima di ricevere la lettera relativa alle risultanze istruttorie, una serie di impegni volti a far cessare la collaborazione con le altre case disco-

grafiche, anche attraverso la FIMI, e cioè a dimostrare di voler ottemperare alla diffida contestatagli dall'Autorità ai sensi del citato comma 1 dell'art. 15 della legge n. 287/1990 (*omissis*).

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO, sez. I, 9 novembre 1998, n. 3143 - *Pres.* Schinaia - *Rel.* Monticelli - Saponara (avv. Tedeschini) c. Ministero di Grazia e Giustizia (avv. Stato Caramazza).

Atto amministrativo - Accesso ai documenti amministrativi - Istanza presentata da un deputato al Parlamento - Legittimazione - Status di parlamentare - Insussistenza.

(Legge 7 agosto 1990, n. 241, art. 22)

Un deputato al Parlamento nazionale non è legittimato ad accedere ai documenti amministrativi ai sensi della legge 7 agosto 1990 n. 241 per il sol fatto di essere un parlamentare e di avere interesse all'accesso per l'espletamento del suo mandato (1).

(omissis)

Il ricorrente, deputato al Parlamento nazionale, lamenta che il Ministero di Grazia e Giustizia gli abbia negato l'accesso ad atti relativi ad una ispezione ministeriale. La richiesta era stata formulata in considerazione del fatto che l'istante aveva presentato un'interrogazione con riferimento a tale ispezione ed intendeva così seguire in modo migliore e più consapevole le risposte del Ministro.

Il diniego è stato opposto in quanto non è stato ravvisato un diretto e concreto interesse alla conoscenza di atti che, secondo disposto dall'art. 4 comma 1, lett. *l*) del decreto del Ministro di Grazia e Giustizia 25 gennaio 1996 n. 115, sono sottratti all'accesso ai fini della tutela della riservatezza.

La tesi dell'amministrazione deve essere condivisa.

Va al riguardo considerato che il ricorrente aveva fatto valere ai fini dell'accesso, non già una situazione giuridica di carattere personale, bensì la sua posizione di deputato, interessato ad esercitare nel modo migliore le proprie attribuzioni.

---

(1) Non constano precedenti giurisprudenziali in termini, ma in senso conforme si è espressa la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi con parere del 28 febbraio 1996 pubblicato (in massima) in *L'accesso ai documenti amministrativi* n. 3, 95.

Il ragionamento del TAR appare ineccepibile sia perché la legge non prevede una automatica e generale legittimazione all'accesso in relazione ad uno *status* del soggetto, sia perché occorre tenere ben distinte dalla disciplina dell'accesso le prerogative riconosciute ai parlamentari in tema di sindacato sull'attività del governo, le quali hanno carattere essenzialmente politico.

Peranto, quando un deputato esercita il diritto di accesso lo fa come un qualunque cittadino che ai sensi dell'art. 25 legge 7 agosto 1990 n. 241 deve motivare la sua istanza circa l'esistenza di uno specifico interesse giuridicamente rilevante a conoscere i documenti richiesti (il quale secondo l'attuale giurisprudenza del Consiglio di Stato deve essere «serio e non meramente emulativo»).

Senonché, non appare compatibile con la particolare disciplina delle prerogative dei parlamentari in tema di sindacato sull'attività di governo prevedere per gli stessi la possibilità di avvalersi a tal fine del diritto d'accesso di cui alla legge n. 241/1990.

Ed invero, il nostro ordinamento prevede come fondamentale tra le attività del Parlamento quella di controllo sugli atti e comportamenti del Governo, tanto che i regolamenti dei due rami del Parlamento dettano una serie di norme che rendono molto incisivo e penetrante il sindacato dei membri del Parlamento.

Tale sindacato è, tuttavia, di carattere essenzialmente politico e non si concreta in strumenti giuridici in grado di far ottenere in modo coattivo le notizie richieste. Prevede, infatti, l'art. 131 del regolamento della Camera dei deputati (in questa sede interessa soprattutto questo regolamento) che il Governo può dichiarare di non poter rispondere indicandone il motivo.

É pertanto, evidente che, qualora si consentisse al parlamentare di avvalersi dell'accesso di cui alla legge n. 241/1990, si altererebbe la natura del sindacato previsto dall'ordinamento, il quale prevede una semplice responsabilità politica del Governo.

Una risposta positiva al quesito potrebbe comportare poi un'elusione del principio, ricavabile dal sistema, secondo cui il Governo, assumendosi le relative responsabilità politiche, può sempre decidere di non rispondere.

Per le suesposte considerazioni il ricorso deve essere respinto.

Sussistono ragioni per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese, competenze ed onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio
Sezione Prima.

Respinge il ricorso in epigrafe (*omissis*).

I

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO, sez. I, ordinanza 24 febbraio 1999, n. 684 - *Pres.* Schinaia - *Est.* Lucrezio Monticelli - Salomone Luigi (avv. Sanino) c. Ministero di Grazia e Giustizia (avv. Stato G. Palmieri).

Concorso - Esami a posti di notaio - Prova di preselezione informatica - Mancato superamento - Domanda cautelare -Ammissione con riserva alle prove scritte del concorso - Rigetto.

Va respinta la domanda incidentale di sospensione del provvedimento di non ammissione alle prove scritte del concorso per esami a posti di notaio per mancato superamento della prova di preselezione informatica, avendo la difesa

dell'Amministrazione fornito delucidazioni in ordine alle caratteristiche del sistema impiegato con particolare riferimento alla garanzia dell'anonimato e non emergendo elementi macroscopici di illogicità rispetto ai parametri normativi, e sussistendo un evidente interesse pubblico ad un sollecito svolgimento del concorso (1).

(1-2) La prova di preselezione informatica.

1. *Premesse.*

Si tratta del primo banco di prova per il nuovo strumento di preselezione a quiz che «debutta» al concorso da notaio ed è già previsto per il prossimo concorso di uditore giudiziario, con il dichiarato scopo di rendere ancora praticabile — nell'odierna realtà che vede la partecipazione di migliaia di candidati — lo svolgimento di prove concorsuali secondo il metodo tradizionale studiato per un decisamente più esiguo numero di partecipanti; incidendo non solo sui tempi di svolgimento del concorso stesso, riducendoli in modo significativo, ma anche e soprattutto sulla qualità della partecipazione, circoscrivendola ai soli candidati dotati di un certo grado di preparazione culturale misurato secondo parametri e criteri obiettivi identici per tutti.

Si tratta di un meccanismo che troverà sempre più frequente applicazione ed è opportuno, perciò, soffermarsi anche sulle sue caratteristiche intrinseche.

2. *Le fonti normative.*

La fonte normativa è costituita, innanzi tutto, dalla legge 26 luglio 1995, n. 328, che ha introdotto la prova di preselezione informatica nel concorso notarile e che, perciò, ha modificato alcune norme delle leggi 16 febbraio 1913, n. 89 e 6 agosto 1926, n. 1365.

In particolare, l'art. 1, 3° comma, della legge n. 328/1995 *cit.* ha aggiunto alla legge n. 89/1913 *cit.* l'art. 5-*bis* e, quindi, ha stabilito che le prove scritte del concorso per la nomina a notaio sono precedute da una prova di preselezione eseguita con strumenti informatici e con assegnazione ai candidati di domande con risposte multiple prefissate, secondo le modalità stabilite dal regolamento.

Il successivo comma 6 dell'art. 1 *cit.* ha previsto, infatti, l'emanazione di un regolamento di attuazione che contenga tutti gli elementi necessari all'esecuzione della prova di preselezione ed alla conservazione, gestione ed aggiornamento del sistema per la prova di preselezione.

Sono stati, quindi, adottati in ordine di tempo i decreti ministeriali 24 febbraio 1997, n. 74; 8 agosto 1997, n. 290; 24 luglio 1998, n. 339 nelle premesse dei quali sono richiamati i pareri favorevoli resi dal Consiglio di Stato Sezione Consultiva sugli atti normativi.

Infine, con decreto del D.G. Affari Civili e Libere Professioni in data 11 maggio 1998, pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* del 19 maggio 1998, n. 38, è stato indetto il primo concorso per esami a posti di notaio preceduto dalla prova di preselezione informatica e l'archivio di tutte le domande dal quale sono state tratte quelle poste ai candidati è stato pubblicato sul supplemento della G.U., 4a serie speciale, del 16 giugno 1998.

3. *Le modalità di svolgimento della prova di preselezione informatica.*

In base all'art. 5-*ter*, 3° comma, della legge n. 328/1995 *cit.*, oltre ai candidati contemplati nel comma 5 dell'art. 5-*bis* (sono esonerati dalla prova di preselezione coloro che hanno conseguito l'idoneità in uno degli ultimi tre concorsi espletati in precedenza), è ammesso a sostenere le prove scritte un numero di candidati pari a cinque volte i posti messi a concorso e, comunque, non inferiore a 900, secondo la graduatoria formata in base al punteggio conseguito da ciascun candidato nella prova di preselezione.

Nel caso di specie il concorso è stato bandito per 230 posti e, quindi, il numero di candidati ammesso doveva essere pari a 1.150 unità.

II

CONSIGLIO DI STATO, sez. IV, ordinanza 2 marzo 1999, n. 421 - *Pres.* De Lise - *Est.* Camera - Salomone Luigi (avv. Sanino) c. Ministero di Grazia e Giustizia (avv. Stato G. Palmieri).

All'esito delle prove di preselezione è risultato che 1562 candidati hanno riportato il punteggio massimo di 40, 60 e, pertanto, sono stati tutti ammessi a sostenere le prove scritte, pur essendo stato superato il numero di 1150, perché il 4° comma dell'art. 5-*ter, cit.,* prevede espressamente che sono comunque ammessi alle prove scritte i candidati classificati «*ex aequo*» rispetto all'ultimo che risulterebbe ammesso in base al punteggio conseguito nella prova di preselezione.

Pertanto, anche chi ha sbagliato una sola domanda e ha conseguito il minor punteggio di 37, 60 non ha potuto essere collocato utilmente nella graduatoria perché preceduto da ben 1562 candidati con punteggio maggiore che hanno esaurito il contingente determinato, appunto, dalla legge n. 328/1995, da ammettere alle prove scritte.

Le modalità di svolgimento della prova di preselezione sono, quindi, compiutamente individuate dalla norma primaria, dai regolamenti di attuazione e dal bando di concorso; in particolare, il numero dei quesiti (35) ed il tempo a disposizione (70 minuti) dei singoli candidati sono determinati dall'art. 4, punti 4 e 5, del decreto ministeriale n. 74/1997 e dall'art. 5 del bando.

La modifica introdotta prima dell'espletamento delle prove di preselezione dal decreto ministeriale 24 luglio 1998, n. 339 *cit.* è diretta a rendere praticabile il meccanismo introdotto dalla legge n. 325/1998, avendo riguardo alla rappresentazione di tutti i raggruppamenti per materie (art. 1, lett. *a*) e a tutti i gradi di difficoltà, tenendo conto a tal fine dell'intero l'archivio (art. *cit.* lett. *b*); con lo scopo, condiviso dal parere favorevole dell'Adunanza Consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato in data 13 luglio 1998, citato nelle premesse del decreto ministeriale, di individuare nella Commissione ministeriale per l'archivio informatico dei quesiti l'organo competente in via esclusiva a provvedere alla formazione, conservazione, gestione e aggiornamento del sistema e del relativo archivio informatico dei quesiti, per assicurare la parità di trattamento attraverso un'uniforme individuazione della percentuale del grado di difficoltà dei quesiti che compongono l'archivio e della percentuale di suddivisione degli stessi tra i vari gruppi argomentali.

Ogni questionario, composto di 35 quesiti complessivi, contiene non più di 4 quesiti di difficoltà massima, non più di 12 quesiti di difficoltà intermedia e non più di 19 quesiti di difficoltà più bassa.

I parametri di difficoltà sono stati determinati dalla Commissione per l'archivio informatico e sono riportati nel supplemento della *Gazzetta Ufficiale* del 16 giugno 1998 che pubblica l'intero archivio dei quesiti.

Lo scopo è evidentemente anche quello di dotare il sistema di meccanismi che impediscano la individuazione della sequenza dei quesiti e delle chiavi di accesso al sistema stesso.

Dalla relazione depositata per l'udienza camerale innanzi al TAR e di cui vi è espressa menzione nella motivazione dell'ordinanza stessa si evince come i quesiti siano stati generati *randomicamente* solo al momento dell'inserimento della *card* da parte del singolo candidato che ha scelto a caso la sua postazione e assicurando così non solo parità di trattamento, ma soprattutto rendendo impossibile qualsiasi manipolazione.

L'art. 5-*ter*, 1° comma, *cit.*, l'art. 4 decreto ministeriale 74/1997 *cit.* e l'art. 4, 1° comma, del bando di concorso prevedono espressamente che le prove di preselezione siano effettuate a gruppi di candidati in numero non superiore a 300, divisi secondo l'ordine alfabetico del loro cognome, previo sorteggio della lettera iniziale.

4. *L'inconfigurabilità dell'ammissione con riserva.*

Occorre, immediatamente sgombrare il campo da un possibile malinteso.

Concorso - Esami a posti di notaio - Prova di preselezione informatica - Mancato superamento - Domanda cautelare - Ammissione con riserva alle prove scritte del concorso -Accoglimento.

In accoglimento della domanda cautelare va disposta l'ammissione con riserva alle prove scritte del concorso a posti di notaio, considerando che l'appellante non chiede l'annullamento del bando di concorso, ma contesta solo le modalità di espletamento delle prove preselettive e che in ogni caso l'ammissione con riserva non arreca pregiudizio all'Amministrazione (2).

I

(*omissis*).

Ritenuto che, allo stato, non sembrano sussistere le ragioni richieste dalla legge per l'accoglimento della sospensiva, considerato che:

– la difesa dell'amministrazione ha fornito all'odierna Camera di Consiglio, mediante il riferimento alla nota n. 2/99 S.P. in data 29 gennaio 1999 del competente ufficio del Ministero di Grazia e Giustizia, (depositata nel fascicolo relativo al ricorso n. 1640/1999 la cui domanda di sospensiva è stata discussa contestualmente a quella di cui al presente ricorso), delucidazioni in ordine alle caratteristiche del sistema impiegato con particolare riferimento alla garanzia dell'anonimato:

– non emergono, ad un sommario esame, elementi macroscopici di illogicità in relazione alle linee seguite dal legislatore;

Ritenere che sia inammissibile l'ammissione con riserva alle prove scritte del concorso nel caso di mancato superamento della prova di preselezione non significa sostenere una battaglia di retroguardia o arroccarsi su posizioni retrive che volutamente ignorino l'orientamento in materia del giudice amministrativo, ormai fermo su posizioni di assoluto favore nei confronti di ricorrenti esclusi da prove concorsuali per esami.

Si tratta, invece, di superare gli schemi finora seguiti, per qualche verso ormai obsoleti, e ciò nell'interesse della maggioranza dei candidati che ha superato brillantemente la prova di preselezione.

Nel meccanismo introdotto dalla legge n. 325/1998, dai citati regolamenti di attuazione e dal bando di concorso non è quindi ipotizzabile l'ammissione con riserva ed in soprannumero perché essa, oltre a frustrare lo scopo delle norme che è invece proprio quello di limitare numericamente la partecipazione al concorso, verrebbe a rendere praticamente inutile l'espletamento della prova di preselezione ed a vanificarla peraltro proprio a danno di coloro i quali hanno riportato un punteggio maggiore.

Le decisioni del Consiglio di Stato (oltre a quella in epigrafe ne sono seguite due identiche in data 9 marzo 1999) hanno avuto un effetto limitatamente dirompente perché, dati i tempi ristretti, ben pochi (circa una trentina) sono riusciti a proporre ricorso al TAR Lazio ed ottenere il provvedimento di ammissione con riserva (motivato dal TAR stesso con riferimento unico ed espresso all'ordinanza del Consiglio di Stato n. 421/1999 che si annota con una serie di coeve ordinanze in data 3 marzo 1999) e, quindi, non hanno alterato in modo sostanziale l'esito della prova di preselezione stessa.

Va sottolineato che il Ministero di Grazia e Giustizia non era tenuto ad estendere le pronunce cautelari emesse dal TAR e dal Consiglio di Stato ai candidati non ricorrenti, sia perché comunque tale potere rientra sempre nella discrezionalità dell'Amministrazione e non è un atto dovuto; sia perché il disposto normativo è chiaro in proposito (art. 5-*ter*, 4° comma *cit.*).

– vi é un evidente interesse pubblico ed un sollecito svolgimento del concorso in questione cui hanno richiesto di partecipare un rilevante numero di candidati (circa 5.000).

P.Q.M.
Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio
Sezione Prima

Respinge la suindicata domanda incidentale di sospensione (*omissis*).

II

(*omissis*)
Considerato che l'appellante non chiede l'annullamento del bando di concorso, ma contesta solo le modalità di espletamento delle prove preselettive:

– che le censure non sembrano prive di *fumus boni juris*;

– che in ogni caso l'ammissione dell'appellante all'espletamento delle prove di concorso non arreca pregiudizio all'Amministrazione;

P.Q.M.

Accoglie l'appello (Ricorso numero 1608/1999) e, per l'effetto, in riforma dell'ordinanza impugnata, dispone l'ammissione con riserva al concorso dell'appellante (*omissis*).

Va, infine osservato che le decisioni in esame appartengono alla categoria delle ordinanze cautelari di tipo ordinatorio (sulle quali cfr. A. ROMANO, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, CEDAM, 1992, 662 e ss.), per le quali si pone, tra l'altro, in applicazione dei principi generali elaborati per le misure cautelari di tipo inibitorio o sospensive in senso stretto, il problema di individuare il momento in cui cessa la loro efficacia con riferimento al giudizio di merito.

Infatti, se non vi è dubbio che la loro efficacia venga meno nel caso che la sentenza di merito rigetti il ricorso, è controverso il caso in cui la sentenza di primo grado accolga il ricorso, annullando il provvedimento di diniego di ammissione.

Sembra esatto ritenere che in tale ipotesi l'Amministrazione sia tenuta ad assumere i provvedimenti necessari per evitare che la posizione del ricorrente risulti deteriore rispetto alle utilità allo stesso attribuite con l'ordinanza cautelare.

Le ordinanze con le quali si dispone l'ammissione con riserva (ad un concorso, come nel caso di specie, o ad una gara) sono denominate anche «propulsive» perché sollecitano un rinnovato esercizio di potestà provvedimentale della P.A. (sul tema specifico si è svolto il 14 aprile 1999 al Consiglio di Stato un Convegno di studi organizzato dalla Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti nel ventennale della sua fondazione).

La dottrina sottolinea che tali ordinanze non rendono inutile la successiva fase di cognizione piena (cfr. G. CARUSO, *La giustizia cautelare: i provvedimenti negativi e le ordinanze «propulsive» dei TAR*, in *Foro Amm.*, 1994, II, 2283 e ss.) essendo provvedimenti emanati in ottemperanza ad uno specifico ordine del giudice e con riserva all'esito definitivo della lite, non godendo di autonomia dal processo (cautelare) che li ha originati.

GABRIELLA PALMIERI

SEZIONE QUINTA

GIURISPRUDENZA TRIBUTARIA

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 3 luglio 1998, n. 6518 - *Pres.* Grieco - *Est.* Papa - *P.G.* Gambardella (conf.) - Fallimento soc. Soffieria Meccanica Industriale Grasso (avv. Di Nola) c. Ministero delle Finanze (avv. Stato Lancia) e soc. Gestione Esattorie Cuneesi (avv. Di Gravio).

Tributi erariali diretti - Imposta sul reddito delle persone fisiche - Fallimento del contribuente - Periodo compreso tra l'inizio dell'anno e la dichiarazione di fallimento - Autonoma obbligazione d'imposta ai fini IRPEF - Esclusione.

Tributi erariali diretti - Imposta sul reddito delle persone fisiche - Fallimento del contribuente - Dichiarazione del curatore *ex* art. 125, I comma, TUIR -Effetti.

Tributi erariali diretti - Imposta sul reddito delle persone fisiche - Fallimento del contribuente - IRPEF dovuta per l'anno in corso - Opponibilità ai creditori - Esclusione.

(TUIR, art. 125, I comma; legge Fall., art. 52).

Attesa la natura personale dell'Irpef, in caso di fallimento del contribuente, l'obbligazione relativa al periodo d'imposta in corso rimane unitaria, sicché non è ammissibile una determinazione parziale di essa riferita al periodo antecedente la dichiarazione di fallimento (1).

La dichiarazione del Curatore fallimentare relativa al reddito d'impresa risultante nel periodo antecedente la dichiarazione di fallimento non è titolo per un'autonoma tassazione dello stesso, ma deve essere riportata dal contribuente fallito nella propria dichiarazione annuale, ai fini della determinazione complessiva e unitaria dell'imponibile (2).

(1-3) La Suprema Corte, con decisione non priva di coerenza interna, ma che — a nostro modesto avviso — si presta a critiche, esaltando la natura personale dell'Irpef conclude che la relativa obbligazione tributaria non possa sorgere se non in riferimento ad un intero periodo d'imposta, con la conseguenza che, in caso di apertura di una procedura concorsuale a carico del contribuente, fatalmente il credito erariale non sarebbe opponibile alla massa dei creditori, anche per il periodo antecedente la dichiarazione di fallimento, in quanto sorgerebbe successivamente ad essa, con la determinazione annuale finale dell'imposta.

Il credito erariale per l'Irpef dovuta dal contribuente fallito, relativa al periodo d'imposta in cui è stato dichiarato il fallimento, non è opponibile alla Curatela, poiché sorge in momento successivo all'inizio della procedura concorsuale (3).

(*omissis*)

Denunzia l'Amministrazione finanziaria, con unico complesso motivo, violazione e falsa applicazione degli artt. 10 decreto del Presidente della Repubblica 600/1973, 125 decreto del Presidente della Repubblica 917/1986; 18 decreto del Presidente della Repubblica 42/1988, 55 e 59 legge fall. e combinato disposto degli stessi, nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su punto decisivo.

Premessa la propria legittimazione a ricorrere — in quanto parte necessaria nel processo, anche se non appellante —, afferma che la normativa nella specie applicabile è quella degli artt. 10 decreto del Presidente della Repubblica 600/1973 e 73 decreto del Presidente della Repubblica 597/1973, poiché si versa in materia di IRPEF per l'anno 1987, mentre il decreto del Presidente della Repubblica 917/1986 è entrato in vigore dal 1° gennaio 1988 (art. 136) ed il decreto del Presidente della Repubblica 42/1988 è ancora successivo — anche se poi osserva che ai fini proposti non esiste divario rilevante tra le due discipline —. Richiama, quindi, il contenuto dell'art. 10 *cit.* per dedurne che la dichiarazione del curatore, in esso prevista, era disposta «a fini impositivi»; puntualizza che il credito erariale, dal 1° gennaio alla dichiarazione di fallimento (10 luglio), va necessariamente insinuato nel fallimento, e che non vi è alcun motivo di attendere la decorrenza dell'anno solare, sovvenendo gli artt. 55 e 59 legge fall. che fissano la scadenza dei debiti pecuniari, agli effetti del concorso, alla data della dichiarazione di fallimento; ribadisce l'autonomia del presupposto d'imposta del periodo considerato, ai sensi dei citt. artt. 10 e 73, nonché dello stesso art. 125 t.u. 917/1986 — pur applicato nella sentenza impugnata —, per riaffermare la debenza dell'IRPEF pretesa e la natura concorsuale del relativo credito, non senza aver sottolineato le «conseguenze assurde» della soluzione opposta, che porterebbe ad escludere ogni garanzia patrimoniale, per l'erario, in caso di dichiarazione di fallimento intervenuta appena prima della scadenza dell'anno solare.

Di contenuto e struttura sostanzialmente analoghi è il ricorso della G.E.C. S.p.a., col quale si denunzia lo stesso vizio complesso, per pervenire alle medesime conclusioni. In esso, in particolare, si insiste sulla «scissione» dei due periodi, anteriore e successivo al fallimento, affermandosi che «non si può operare alcuna compensazione tra le due situazioni reddituali con la conseguenza che, nel primo

---

Va osservato che la stessa decisione, in un *obiter dictum*, ammette la frazionabilità dell'ILOR, in quanto imposta reale: «*non sorgono questioni in relazione a redditi omogenei (per le società di persone, ILOR artt. 6 e 118 b) TUIR) in dipendenza della loro stessa base di calcolo che ne consente la frazionabilità...*».

Deve osservarsi, però, che è lo stesso art. 125 TUIR a frazionare il periodo d'imposta in corso al momento della dichiarazione di fallimento, imponendo al Curatore la ricognizione del reddito d'impresa sin allora prodotto con la dichiarazione iniziale, e cumulando nel cosiddetto maxiperiodo il rapporto d'imposta successivo.

caso, vi sarà un debito da pagare (quindi insinuabile al passivo) e, nel secondo, un credito che potrà essere recuperato chiedendone il rimborso alla Finanza».

La controricorrente curatela, ricalcando il contenuto e l'impostazione della sentenza impugnata ed apportandovi ulteriori considerazioni, resiste alle argomentazioni dell'Amministrazione finanziaria.

I ricorsi vanno previamente riuniti, ai sensi dell'art. 335 codice procedura civile.

Procedendo, quindi, all'esame congiunto — per l'analogia di contenuto — ritiene il collegio di doverli respingere perché infondati.

Giova premettere — anche se la prospettiva non sarebbe destinata a mutare, sulla base del previgente sistema, come del resto ammettono le stesse ricorrenti — che la disciplina applicabile è quella risultante dalle disposizioni degli artt. 125 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986 n. 917, e 18 decreto del Presidente della Repubblica 4 febbraio 1988 n. 42, contenente disposizioni correttive e di coordinamento sistematico formale, di attuazione e transitorie, relative al medesimo testo unico.

Perciò, con riferimento all'ILOR, deve ritenersi che, tanto nel caso di imprenditore individuale, che in quello del socio illimitatamente responsabile di una società di persone (a sua volta dichiarato fallito *ex* art. 147 legge Fall.), i redditi di impresa prodottisi nel periodo antecedente la dichiarazione di fallimento siano autonomamente tassabili, in quanto il periodo d'imposta in corso da tale momento è terminato per lasciare luogo al maxiperiodo. Ciò, in particolare, avviene per l'ILOR sul reddito della società di persone, in quanto tutti i redditi a essa riferibili sono redditi d'impresa, *ex* art. 6, III comma, TUIR, e perché la società, non i soci, è il soggetto passivo di tale imposta: quindi non può avvenire alcuna confusione tra l'imponibile individuale del socio e quello dell'impresa collettiva. Inoltre, poiché tale ILOR è commisurata ai redditi prodottisi sino alla data di dichiarazione del fallimento, come da apposita dichiarazione iniziale del curatore, il relativo credito, in quanto antecedente tale data, è opponibile alla curatela del fallimento della società e nel contempo a quello dei soci, che è riunito al primo (art. 148 legge Fall.).

All'uopo, deve ritenersi che la dichiarazione del curatore sia idonea, in quanto dichiarazione finale del miniperiodo, a permettere l'iscrizione a ruolo della relativa ILOR *ex* art. 11, II comma, decreto del Presidente della Repubblica 602/1973.

Si veda inoltre la norma di cui all'art. 10, IV comma, decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973 n. 600 (ora sostituito dall'identico art. 5, comma IV, decreto del Presidente della Repubblica 22 luglio 1998 n. 322): la dichiarazione del curatore relativa al miniperiodo vi è annoverata come una dichiarazione dei redditi *tout court*.

Maggiori difficoltà ricostruttive si incontrano invece per l'obbligazione a titolo di IRPEF relativa ai redditi di impresa del miniperiodo. È palese che l'importo complessivo dell'imposta personale deve essere determinato alla fine del periodo d'imposta, dedotti gli oneri *ex* art. 10 TUIR, le detrazioni, e tutti gli altri componenti negativi.

Nelle società personali ciò avviene imputando ai soci *pro quota* il reddito prodotto dalla società (art. 5, I comma TUIR) e dividendo *pro quota* il risultato della dichiarazione iniziale della curatela (art. 125, I e II comma, TUIR; art. 18, IV comma, decreto del Presidente della Repubblica 42/88). Tale quota entra a far parte, quindi, del reddito IRPEF del socio, è cumulata con gli altri redditi e sulla somma si applica — dedotto quanto di competenza — l'aliquota.

Ma, a nostro avviso, altro è affermare che la IRPEF si deve determinare in modo unitario, altro ritenere che il relativo credito erariale sorga solo alla fine del periodo d'imposta, con le conseguenze, in tema di opponibilità *ex* art. 52 legge Fall., evidenziate.

Posto che il fallimento del cui debito si discute è stato dichiarato il 10 luglio 1987, risultano, infatti, superate le iniziali posizioni delle ricorrenti, con riferimento all'art. 136 decreto del Presidente della Repubblica 917/1986 (che fissa l'entrata in vigore dello stesso testo unico «al 1° gennaio 1988 con effetto per i periodi d'imposta che hanno inizio dopo il 31 dicembre 1987») e della controricorrente, con riguardo all'art. 36 decreto del Presidente della Repubblica 42/1988 (che stabilisce l'efficacia delle nuove disposizioni «anche per i periodi di imposta antecedenti al primo periodo d'imposta successivo al 31 dicembre 1987, se le relative dichiarazioni, validamente presentate, risultano ad esse conformi», stante la contestazione insorta circa la mancata presentazione della dichiarazione IRPEF ad opera del Grasso), giacché l'art. 31 comma 1° *cit.* decreto del Presidente della Repubblica n. 42 — come sottolinea la Curatela nella memoria — espressamente detta che «le disposizioni dell'art. 125 del testo unico, concernenti il fallimento e la liquidazione coatta amministrativa, si applicano anche per le procedure in corso alla data del 1° gennaio 1988» (salvo quanto stabilito nei commi successivi, che non riguardano la fattispecie in esame).

Il possesso di redditi, presupposto dell'imposta, è fatto continuativo, il rapporto d'imposta non si esaurisce nell'adempimento finale dell'obbligazione determinata su base annuale, ma è composto da numerosi obblighi, non solo formali, ma anche di pagamento anticipato (ritenute, acconti) la cui legittimità sarebbe dubbia se non fosse prevedibile il finale obbligo contributivo e non sussistesse l'attualità dell'obbligazione, ancorché illiquida. Può ben dirsi che, verificatosi il possesso anche di una sola fonte di reddito, l'obbligazione sorge, anche se con un oggetto determinabile e non ancora perfettamente determinato: né mancano le norme che ancorano a un preciso momento temporale la verificazione del presupposto (cfr. artt. 23 e 30; 42 I, II e III comma; 48, I comma; 50, 52 e ss.; 82/85 TUIR).

Pertanto è possibile, una volta determinato, in capo al periodo d'imposta, l'ammontare della stessa, riferirne una quota proporzionale all'ammontare del reddito d'impresa del miniperiodo, che è preconcorsuale, e opporre tale quota del credito — in quanto sorta prima del fallimento — ai creditori.

Su tale interpretazione è la dottrina (MICCINESI, *L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, Milano, 1990, 146-147: «niente osta alla possibilità di frazionare l'entità della obbligazione, che viene progressivamente formandosi, nell'arco di tempo preso a ragguaglio per la sua commisurazione, in funzione del dato cronologico attinente alla nascita della medesima.... ferma rimanendo la unicità di tale obbligazione e la sua determinazione unitaria»; *Idem,* 147: «Il debito d'imposta in questione — *quello risultante dalla dichiarazione annuale del fallito, che cumula il reddito d'impresa risultante dalla dichiarazione del curatore con gli altri redditi del fallito* — non può essere considerato concorsuale nella sua interezza, ma ciò non dovrebbe impedire... di scinderne la quota proporzionalmente riferibile al reddito d'impresa prefallimentare»).

Ciò, del resto accade in caso di morte del contribuente (fenomeno analogo al fallimento, che è la morte dell'impresa), laddove è previsto che i redditi del defunto siano tassati separatamente da quelli dell'erede (art. 65 decreto del Presidente della Repubblica 602/1973).

Altrimenti, stridente sarebbe la disparità di trattamento tra il credito — peraltro privilegiato — tributario e gli altri crediti sorti nel medesimo periodo prefallimentare in virtù di una relazione giuridica continuativa (come un qualsiasi contratto di conto corrente).

R.D.F.

Ciò posto, l'art. 125 T.U.I.R. disciplina le modalità di determinazione del reddito d'impresa, rispettivamente, «relativo al periodo compreso tra l'inizio dell'esercizio e la dichiarazione di fallimento» (o il provvedimento di liquidazione coatta amministrativa: comma 1°) ed al «periodo compreso tra l'inizio e la chiusura del procedimento concorsuale, quale che sia la durata di questo ed anche se vi è stato esercizio provvisorio» (comma 2°, 4°: cd. maxiperiodo). Interessa qui solo il primo, a proposito del quale la disciplina (che ricalca appunto quella, più succinta, dei previgenti artt. 10 decreto del Presidente della Repubblica 600/1973 e 73 decreto del Presidente della Repubblica 597/1973) risulta fissata nel senso della determinazione del reddito in questione «in base al bilancio redatto dal curatore» (o dal commissario liquidatore), con la seguente articolazione ulteriore: «Per le imprese individuali e per le società in nome collettivo e in accomandita semplice il detto reddito concorre a formare il reddito complessivo dell'imprenditore, dei familiari partecipanti all'impresa e dei soci relativo al periodo d'imposta in corso alla data della dichiarazione di fallimento o del provvedimento che ordina la liquidazione». In tale contesto, si inquadra il successivo art. 18 comma 4° decreto del Presidente della Repubblica n. 42 *cit.* che, in caso di fallimento (o di liquidazione coatta) di imprese individuali o di società di persone, fa obbligo al curatore (o al commissario liquidatore), unitamente agli adempimenti iniziale e finale (di cui al comma 1° art. *cit.*, che si riferisce al reddito d'impresa regolato dall'art. 125 t.u., definendo, appunto, 'iniziale' la dichiarazione di cui al comma 1° e 'finale' quella del comma 2°), di «consegnarne o spedirne copia per raccomandata all'imprenditore e a ciascuno dei familiari partecipanti all'impresa, ovvero a ciascuno dei soci, ai fini dell'inclusione del reddito o della perdita che ne risulta nelle rispettive dichiarazioni dei redditi relative al periodo d'imposta in cui ha avuto inizio e in quello in cui si è chiuso il procedimento concorsuale».

Ora, mentre non sorgono questioni in relazione a tributi su redditi omogenei (per le società di persone, ILOR: artt. 6 e 118 lett. *b* t.u. *cit.*) in dipendenza della loro stessa base di calcolo che ne consente la frazionabilità con riguardo all'arco temporale dall'inizio del periodo d'imposta alla dichiarazione del fallimento (cfr. art. 125 t.u. *cit.*, comma 4°), più complessa si rivela la soluzione, relativamente all'IRPEF sul reddito d'impresa del 'periodo' prefallimentare, dovendosi operare la scelta nell'alternativa — che si propone appunto nel presente procedimento — fra l'inscindibilità del periodo d'imposta (propriamente detto), corrispondente all'anno solare (art. 7 t.u. vigente, che riproduce l'art. 7 decreto del Presidente della Repubblica 597/1973), con conseguente affermazione di extraconcorsualità della pretesa dell'amministrazione finanziaria, e la possibilità di scissione del regime satisfattivo, con attribuzione alla dichiarazione (iniziale) del curatore di finalità impositive, anche ai fini dell'IRPEF, e qualificazione del credito d'imposta corrispondente come concorsuale.

Ritiene il collegio di dover aderire alla prima proposizione dell'alternativa, seguita nella sentenza impugnata.

Il reddito delle persone fisiche (artt. 8 segg. t.u.) si atteggia come una somma algebrica, comprensiva di poste attive e passive (in particolare: oneri deducibili, detrazioni d'imposta), con possibilità di determinazione dell'imponibile soltanto alla scadenza dell'anno solare, ed il reddito d'impresa, costituendo solo una posta dell'IRPEF, non può essere oggetto di autonoma tassazione. La ragione di ciò risiede nella impossibilità di individuare un reddito, propriamente detto, al momento

della dichiarazione di fallimento quale che ne sia l'evenienza, nell'ambito dell'anno solare) onde, esattamente, il giudice '*a quo*' ha rilevato che la soluzione opposta «contrasterebbe con il principio di capacità contributiva, non permettendo al contribuente di far valere quelle componenti negative verificatesi nel successivo periodo dominato dalla procedura concorsuale; e verrebbe altresì ad incidere, in maniera non consentita, sul carattere progressivo del tributo e su fattispecie di tassazione separata fuori dei limiti tassativi dettati dall'art. 16 del citato testo unico» (sentenza impugnata, pag. 15 seg.).

Nella delineata prospettiva, il richiamo agli artt. 55 e 59 legge fall. non si presenta puntuale, giacché l'anticipata scadenza dei debiti pecuniari presuppone proprio l'individuazione di un debito d'imposta che invece, nel caso in esame, non è ancora configurabile; allo stesso modo, non coglie nel segno la critica della G.E.C. S.p.a., circa una inammissibile compensazione fra una situazione di debito del contribuente per il periodo prefallimentare ed una (eventuale) di credito riferibile a quello successivo, trattandosi di argomento che dà per scontata proprio la 'scindibilità' da dimostrare. Quest'ultima in realtà, prospettata in dottrina attraverso la diversificazione fra unitarietà del debito d'imposta e scindibilità del regime satisfattivo, dev'essere invece esclusa, poiché — in corrispondenza con quanto precedentemente rilevato — alla scadenza del periodo propriamente detto (anno solare) risulterà impossibile l'individuazione delle singole poste in relazione alla imponibilità effettiva, e non sarà dato determinare la 'parte' di credito d'imposta prefallimentare, avuto riguardo altresì alla progressività delle aliquote.

In definitiva, quindi, deve affermarsi che la componente dell'IRPEF, derivante dal reddito dell'impresa dichiarata fallita nel corso del periodo d'imposta, limitatamente all'arco temporale che va dall'inizio dell'anno alla dichiarazione di fallimento, non può, per effetto della dichiarazione iniziale del curatore prevista dagli artt. 125 t.u. 917/1986 e 18 decreto del Presidente della Repubblica 42/1988, costituire oggetto di autonoma tassazione, restando l'IRPEF unitariamente determinabile solo alla scadenza dell'anno solare e nascendo pertanto il corrispondente debito d'imposta successivamente alla dichiarazione di fallimento — con la conseguenza dell'inopponibilità alla massa dei creditori —.

I ricorsi, come sopra riuniti, vanno dunque rigettati, non essendo contestato che l'imposta pretesa con la dichiarazione tardiva è stata determinata, attraverso la criticata 'scissione', unicamente sulla base della dichiarazione iniziale del Curatore e limitatamente all'arco temporale dal 1° gennaio 1987 alla dichiarazione di fallimento (del 10 luglio successivo) allorquando il periodo d'imposta, ai fini dell'IRPEF, era ancora «in corso», secondo la locuzione impiegata nel comma 1° art. 125 *cit.*

Al rigetto consegue, per il criterio della soccombenza, la condanna alle spese anticipate, per il presente giudizio, dalla Curatela fallimentare, nei confronti della sola Amministrazione finanziaria; nessuna statuizione va resa nei riguardi dell'altra ricorrente, per mancanza di attività difensiva specifica della stessa Curatela circa l'autonomo ricorso della Società concessionaria del servizio di riscossione.

P.Q.M.

Riuniti i ricorsi, li rigetta (*omissis*).

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Un., 28 luglio 1998, n. 7395 - *Pres.* Bile - *Est.* Pignataro - *P.M.* Lo Cascio (conf.) - Minerva Assicurazioni (avv. Cascino) c. Ministero delle Finanze (avv. Stato De Stefano).

Tributi erariali indiretti - Imposta sul valore aggiunto - Rimborsi - Fideiussione - Giurisdizione ordinaria.

(Decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972 n. 633 art. 38-*bis*).

*Appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la domanda di rimborso dell'I.V.A. proposta dal fideiussore che abbia garantito il rimborso accelerato al contribuente ex art. 38-*bis *del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972 n. 633* (1).

(*omissis*)

Con il primo motivo, denunziando violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 16 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972 n. 636 in relazione all'art. 360 nn. 1 e 3 codice procedura civile, la società ricorrente addebita alla corte di appello l'errore di avere attribuito alla controversia natura tributaria, come tale devoluta alla cognizione delle commissioni tributarie, mentre la domanda di restituzione della somma di L. 2.357.000 proposta da essa ricorrente trovava fondamento nel rapporto nascente dalla polizza fideiussoria stipulata dalla Imarredo s.r.l. e comportava l'individuazione dei limiti della garanzia senza che venisse in discussione il debito tributario della contribuente, ed in particolare l'obbligo della stessa di pagare la pena pecuniaria di L. 2.357.000 inflitta con l'avviso di accertamento.

Col secondo motivo la ricorrente denunzia vizio di omessa e insufficiente motivazione su punto decisivo della controversia e deduce che la corte d'appello avrebbe omesso di considerare che la assunzione dell'obbligazione da parte di essa società, scaturendo dalla polizza fideiussoria, era regolato dalle norme del codice civile e dalle clausole contrattuali ed in particolare da quella dell'art. 3 concernente l'oggetto della garanzia.

Col terzo motivo, denunziando violazione degli artt. 1942-1944 codice civile in relazione all'art. 360 nn. 1 e 3 codice procedura civile nonché vizio di omessa e insufficiente motivazione, la ricorrente deduce l'erroneità della affermazione contenuta nella sentenza impugnata, secondo cui il rapporto tra fisco e fideiussore sarebbe lo stesso che intercorre tra fisco e contribuente. Al riguardo osserva che la solidarietà dell'obbligazione del fideiussore non altera l'autonomia dei due rapporti e non esclude che il fideiussore possa garantire solo una parte del debito principale (nella specie le somme indebitamente rimborsate dall'ufficio I.V.A. con i relativi interessi, con esclusione della pena pecuniaria).

---

(1) La sentenza, evidentemente persuasiva, rivela la tendenza a non estendere i confini della giurisdizione speciale tributaria alle liti semplicemente accessorie al rapporto di imposta; in passato si è seguita la tendenza contraria (cfr. C. BAFILE, *Alcune riflessioni sui limiti della giurisdizione speciale tributaria*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1991, I ,721).

Con il quarto motivo la ricorrente denunzia violazione e falsa applicazione degli artt. 2033 e 2036 codice civile in relazione all'art. 360 n. 3 codice procedura civile nonché vizio di motivazione, e deduce che la corte territoriale avrebbe trascurato di considerare che la domanda di ripetizione (parziale) delle somme pagate era regolata dalla disciplina generale sull'indebito oggettivo (2033 codice civile) e si fondava sul presupposto della non debenza, da parte di essa società assicuratrice, della pena pecuniaria inflitta alla contribuente in relazione all'oggetto della garanzia indicato nella clausola di cui all'art.3 della polizza fideiussoria.

I motivi, che vanno esaminati congiuntamente nei profili che rilevano ai fini della decisione della questione di giurisdizione, meritano accoglimento sulla base delle seguenti considerazioni.

L'art. 38-*bis* del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972 n. 633, nel disciplinare le modalità del rimborso richiesto dal contribuente per eccedenza I.V.A. risultante dalla dichiarazione annuale, prevede che il contribuente stesso possa conseguirlo in via accelerata, senza il previo riscontro della spettanza del credito, a condizione che egli presti idonea garanzia per la restituzione della somma ricevuta nel caso in cui l'ufficio, eseguiti successivamente i riscontri, rilevi che l'eccedenza non sussisteva.

La garanzia può essere fornita, tra l'altro, mediante polizze fideiussorie rilasciate da imprese assicuratrici. In dette polizze è prevista una clausola-tipo, presente anche nel caso di specie, così formulata: «la società si obbliga a versare, a meno che non vi abbia già provveduto il contraente, senza eccezione alcuna, le somme richieste dall'ufficio I.V.A.».

In tale disposizione, queste sezioni unite (v. sentenze nn. 8592/1996, 3519/1994, 4966/1992) hanno ravvisato i caratteri del contratto autonomo di garanzia, riconosciuto da dottrina e giurisprudenza, e connotato — diversamente dal modello tipico della fideiussione — dalla non accessorietà della obbligazione di garanzia rispetto all'obbligazione garantita. A tale conclusione hanno indotto sia la formula «senza eccezione alcuna» caratteristica di tale contratto, sia la «*ratio*» della garanzia che non è quella di sostituire e garantire il versamento dell'imposta, ma, più semplicemente e provvisoriamente di rimettere le parti del rapporto tributario nella posizione anteriore al rimborso.

Sulla base degli esposti rilievi non può condividersi l'affermazione fatta dalla corte territoriale per ritenere sussistente la giurisdizione del giudice tributario, secondo la quale «il rapporto giuridico che intercorre tra fisco e fideiussore è lo stesso che intercorre tra fisco e contribuente», come se il fideiussore fosse un sostituto o un responsabile d'imposta.

Né appare esatta l'altra considerazione espressa nella sentenza impugnata, secondo cui l'oggetto della presente controversia sarebbe «l'accertamento dell'estensione del rapporto tributario, tale certamente essendo quello intercorrente tra fisco e contribuente, anche in relazione alla sola pena pecuniaria che trova radice nel tributo, sicché ogni contestazione su questa coinvolge il credito tributario».

Nella specie, infatti, l'attuale ricorrente, nel proporre la domanda di ripetizione della somma di L. 2.357.000 (versata all'amministrazione finanziaria, per pena pecuniaria inflitta alla contribuente Imarredo s.r.l.), ha dedotto in giudizio il rapporto nascente dalla polizza fideiussoria (ed autonomo rispetto a quello tributario), senza

porre minimamente in discussione il debito della contribuente concernente la pena pecuniaria alla stessa inflitta, ma assumendo che nell'oggetto dell'obbligazione di garanzia contrattualmente assunta non rientrava la somma dovuta dalla contribuente per pena pecuniaria.

Il rapporto tributario è, pertanto, estraneo all'oggetto della presente controversia, poiché questa concerne solo il rapporto «privatistico» nascente dalla stipulazione della polizza fideiussoria.

La conseguenza è che la controversia non rientra tra quelle devolute alla cognizione delle commissioni tributarie, ma rientra nella competenza giurisdizionale del giudice ordinario, ed in tali sensi deve essere emessa la pronuncia di queste sezioni unite.

La sentenza impugnata va, pertanto, cassata e la causa va rimessa, anche per le spese di questa fase di giudizio, al tribunale di Pesaro, che ha pure declinato la giurisdizione, quale giudice di primo grado (*omissis*).

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 5 settembre 1998, n. 8835 - *Pres.* Contillo - *Est.* Vitrone - *P.M.* Carnevali (diff.) - Ministero delle Finanze (avv. Stato Criscuoli) c. Mariani (avv. Colantoni).

Tributi (in generale) - Contenzioso tributario - Ricorso per cassazione - Notificazione - Inesistenza e nullità - Consegna dell'atto alle parti nel domicilio reale - Sanabilità.

La notificazione di un atto è inesistente solo quando differisce dal suo modulo legale in misura tale da impedire che possa inserirsi nello sviluppo del processo; in particolare la consegna dell'atto è inesistente solo quando venga effettuata in luogo e a soggetto totalmente estranei al destinatario; è soltanto nulla (e suscettibile di sanatoria con la rinnovazione o con la comparizione dell'intimato) quando la consegna sia eseguita in luogo ed a soggetto che, pur diversi da quelli indicati nella legge, abbiano un qualche riferimento con il destinatario.

Conseguentemente è affetta da nullità sanabile la notifica del ricorso per cassazione effettuata sul domicilio reale della parte anziché presso il procuratore costituito (1).

---

(1) Sentenza importante che modera il formalismo spesso dominante in materia di notificazioni. Accedere favorevolmente alla rinnovazione *ex* art. 291 codice procedura civile è un segnale di civiltà giuridica. Con la sanatoria è stata superata la questione della notificazione del ricorso per cassazione che presenta varie difficoltà. È infatti dubbio che l'art. 330 codice procedura civile possa applicarsi al processo tributario e che in particolare possa considerarsi procuratore costituito l'assistente tecnico dell'art. 12 del decreto legislativo 346/1992, che può essere persona che non ha dimestichezza con il processo ordinario. Più radicalmente è dubbio che l'assistenza tecnica sia rapportabile alla funzione procuratoria e non sia piuttosto una difesa senza rappresentanza con la conseguenza che sia del tutto inapplicabile l'art. 170 codice procedura civile.

Nello stesso senso è la sent. 19 ottobre 1998 n. 10344.

(*omissis*)

Va esaminata preliminarmente l'eccezione di nullità insanabile della notificazione del ricorso per cassazione avvenuta per mezzo del servizio postale presso il domicilio reale delle parti e non nel domicilio eletto presso il procuratore costituito nel giudizio dinanzi alla commissione regionale.

L'eccezione non ha fondamento poiché, com'è noto, la notificazione dell'atto di impugnazione può ritenersi giuridicamente inesistente solo quando differisca dal suo modulo legale in misura tale da impedire che essa, per la sua abnormità, possa inserirsi in alcun modo nello sviluppo del processo, e sia perciò insuscettibile di sanatoria, comportando l'impossibilità di una sua rinnovazione e l'inammissibilità dell'impugnazione che non venga riproposta in termini.

Ciò premesso, se il vizio attiene alla fase della consegna dell'atto, la notificazione è inesistente solo quando venga effettuata in un luogo o ad un soggetto totalmente estranei al destinatario, mentre è nulla, e in quanto tale suscettibile di sanatoria, se abbia luogo mediante consegna di copia dell'atto in luogo o a soggetto che, pur diversi da quelli indicati dal codice di rito, abbiano un qualche riferimento con il destinatario dell'atto (Cass. 3 marzo 1997, n. 1868): ne consegue che la notifica del ricorso per cassazione effettuata al domicilio reale della parte anziché presso il procuratore costituito nel giudizio nel quale è stata resa la sentenza impugnata determina non già l'inesistenza, ma solo la nullità della notificazione, sanabile con la sua rinnovazione, ovvero con la notificazione del controricorso, o anche solo con la partecipazione alla discussione orale da parte del destinatario dell'atto (Cass. 23 giugno 1997, n. 5575).

Essendo rimasta sanata la nullità della notificazione del ricorso dell'Amministrazione per raggiungimento dello scopo, come risulta dalla notificazione del controricorso, può passarsi all'esame delle censure proposte contro la decisione impugnata (*omissis*).

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 11 settembre 1998, n. 9023 - *Pres.* Cantillo - *Est.* Pignataro - *P. G.* Mele - Soc. Perfetti (avv. Restano) c. Ministero delle Finanze (avv. Stato De Bellis).

Tributi erariali diretti - Imposta sul reddito delle persone fisiche - Redditi di capitale - Obbligazioni di società commerciali - Ritenuta alla fonte operata dalla società emittente su somme erogate a titolo di rivalutazione del capitale asseritamente non imponibili prima della vigenza del TUIR - Domanda di rimborso del sostituto d'imposta - Sopravvenuta imponibilità dei proventi in base al TUIR - Retroazione - Sussistenza - Condizioni - Effetti.

(Decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973 n. 597, art. 41 lett. *d*) - decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973 n. 600, art. 26 - T.U. 22 dicembre 1986, n. 917, art. 41 lett. *b*) - decreto del Presidente della Repubblica 4 febbraio 1988 n. 42, art. 36).

Il sostituto d'imposta (nella specie, società di capitali emittente di obbligazioni) che, pur vigendo l'art. 41 lett. d), *decreto del Presidente della Repubblica*

29 settembre 1973 n. 597, abbia effettuato ritenute su somme corrisposte a titolo di rivalutazione del capitale, allora ipoteticamente non suscettibili di imposizione, non può ottenerne il rimborso, in quanto tali proventi sono stati assoggettati alla imposizione dal sopravvenuto art. 41 lett. b) *TU 22 dicembre 1986 n. 917, e in quanto tale norma retroagisce, ai sensi dell'art. 36 decreto del Presidente della Repubblica 4 febbraio 1988 n. 42, nel caso in cui la precedente dichiarazione sia conforme alla nuova normativa, a nulla rilevando, ai fini della norma di retroazione, la inesistenza di dichiarazioni del sostituito, ad essa non tenuto per legge* (1).

(*omissis*)

Con il primo motivo la società ricorrente deduce l'erronea applicazione retroattiva alla fattispecie dell'art. 41 lett. *b*) del decreto del Presidente della Repubblica n. 917/1986 per falsa applicazione della norma di cui all'art. 36 del decreto del Presidente della Repubblica n. 42/1988. Al riguardo sostiene che la commissione tributaria centrale avrebbe errato nell'attribuire rilevanza, ai fini dell'applicazione di detta norma, ai comportamenti tenuti ed alle dichiarazioni presentate dai sostituti d'imposta (società Selebeta e Seledelta Holding), mentre a tal fine occorreva far riferimento al comportamento dei sostituiti (obbligazionisti persone fisiche percettori dei proventi in questione), unici soggetti passivi dell'imposta e «veri» contribuenti, i quali non avevano presentato alcuna dichiarazione al riguardo non essendovi tenuti per essere le ritenute alla fonte a titolo d'imposta.

Col secondo motivo, denunziando omessa motivazione circa un punto decisivo della controversia, la società ricorrente deduce che la commissione tributaria centrale, per respingere la richiesta di rimborso, non avrebbe dovuto limitarsi a rilevare «l'esistenza di una nuova norma sostanziale retroattiva, la quale renda imponibile.... qualsiasi provento delle obbligazioni....», ma avrebbe dovuto rilevare che nel 1979 non esisteva «una corrispondente norma di accertamento» che imponesse al «soggetto pagatore» di effettuare le ritenute, poiché l'art. 26 del

---

(1) È di particolare interesse l'applicazione a sfavore del contribuente dell'art. 36 decreto del Presidente della Repubblica 42/1988, laddove prevede la retroazione delle norme del nuovo TUIR. Tale previsione appariva, di primo acchito, essere tesa a 'sanare' le irregolarità commesse nel vigore della vecchia normativa che tali non sarebbero state con la nuova. Qui invece si afferma l'irripetibilità di somme indebitamente percette tramite ritenuta d'imposta.

L'art. 36 invero fa riferimento all'agire conforme alla nuova normativa, manifestato con la dichiarazione del contribuente, quasi un elemento di pubblicità, di esternazione del comportamento. È evidente che la norma in questione, ove ci si attenesse a una interpretazione letterale del termine «dichiarazione», non potrebbe trovare applicazione in tutti quei casi in cui il contribuente non sia tenuto a presentare una dichiarazione. Pertanto la Corte, con esegesi condivisibile, interpreta il dettato normativo qualificando «dichiarazione» — ai fini dell'applicazione dell'art. 36 e quindi della retroazione delle norme del TUIR — ogni comportamento del contribuente che sia attuativo del rapporto d'imposta. In tali termini il sostituto d'imposta, che aveva ritualmente eseguito e poi versato le ritenute non dovute *illo tempore*, e reso la dichiarazione a lui propria, si è visto consolidare la ritenuta forse indebitamente — *ratione temporis* — operata. Ma — (e qui risiede lo spunto più interessante di riflessione — la Corte ha dovuto considerare in modo autonomo la posizione del 'vero' contribuente, il sostituito. L'argomento più forte della difesa avversaria consisteva, appunto,

decreto del Presidente della Repubblica n. 600/1973 (nel testo allora vigente) prevedeva l'obbligo della ritenuta sui soli interessi, premi ed altri frutti corrisposti agli obbligazionisti e non sul rimborso della svalutazione del capitale.

I due motivi, che vanno esaminati congiuntamente essendo logicamente connessi, sono infondati.

L'art. 36 del decreto del Presidente della Repubblica 4 febbraio 1988 n. 42 (recante disposizioni correttive e di coordinamento sistematico-formale, di attuazione e transitorie relative al testo unico delle imposte sui redditi approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986 n. 917) stabilisce: «Le disposizioni del testo unico non considerate nei precedenti articoli di questo capo hanno effetto anche per i periodi di imposta antecedenti al primo periodo di imposta successivo al 31 dicembre 1987, se le relative dichiarazioni, validamente presentate, risultano ad esse conformi».

La Corte Costituzionale, con sentenza del 17 febbraio 1994 n. 38, ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale di detto articolo (con riferimento agli artt. 3, 53, 76 e 77 Cost), nella parte in cui, al fine di eliminare controversie in ordine all'interpretazione delle norme previgenti, rende applicabili le disposizioni dettate dal citato decreto del Presidente della Repubblica n. 917 del 1986 anche per i periodi d'imposta antecedenti a quelli nello stesso considerati, se le dichiarazioni, validamente presentate, risultino conformi a tali disposizioni.

La giurisprudenza di questa corte (v. sentenze nn. 2947/1996, 10026/1955, 4037/1995) ha già posto in rilievo che il presupposto per rendere operante l'effetto di retroazione previsto dall'art. 36 del decreto del Presidente della Repubblica n. 42/1988 e quindi per rendere applicabili alle fattispecie pregresse, le disposizioni del nuovo testo unico sulle imposte dirette, è costituito dalla conformità delle dichiarazioni validamente presentate a tali disposizioni, precisando che il presupposto per la retroazione dello «*jus superveniens*» non viene meno quando la spontanea conformazione anticipata alla nuova disciplina sia stata, per così dire neutralizzata con la presentazione dell'istanza di rimborso.

---

nell'assunto che, in assenza di una dichiarazione anche del sostituito, l'art. 36 non avrebbe potuto operare.

Ma le due posizioni sono autonome. Da una parte, per il sostituto è rilevante ai fini della retroazione delle nuove norme, esclusivamente il proprio agire manifestato con la dichiarazione resa. Dall'altra il sostituito può chiedere il rimborso di quanto ingiustamente, in ipotesi, trattenuto, non potendosi ritenere — per non trarre conseguenze esegetiche in contrasto con il diritto di difesa del sostituito, *ex* art. 24 Cost — che il comportamento del sostituto lo pregiudichi.

L'istanza di rimborso va proposta nei noti termini di decadenza *ex* art. 38 decreto del Presidente della Repubblica 602/1973.

Tuttavia, si deve argomentare, che anche il sostituito, benché non tenuto a una dichiarazione, possa — indipendentemente dalla decadenza di cui sopra — far retroagire la nuova norma, se tiene un comportamento esterno conforme. Ciò potrà avvenire, in particolare, nel caso in cui il sostituito, in possesso delle certificazioni del sostituto d'imposta, ne faccia uso nella propria dichiarazione dei redditi, senza nulla contestare: in tal modo anche per lui potrà trovare applicazione la norma di cui all'art. 36, essendo la dichiarazione del contribuente conforme al nuovo assetto normativo.

R.D.F.

Secondo la tesi della ricorrente la norma dell'art. 36 del decreto del Presidente della Repubblica n. 42/1988 non sarebbe applicabile nel caso in esame, non potendo attribuirsi rilievo al comportamento del sostituto d'imposta, poiché solo il sostituito è il «vero» contribuente ed il soggetto passivo d'imposta.

La tesi non può essere condivisa.

Il sostituto d'imposta, secondo la definizione data dall'art. 64 del decreto del Presidente della Repubblica n. 600/1973, è colui che è tenuto al pagamento di imposte in luogo di altri per fatti o situazioni a questi riferibili. Egli è un debitore in proprio (e non un semplice responsabile per un debito altrui), che sostituisce del tutto il percipiente delle somme sottoposte a ritenute alla fonte a titolo d'imposta il quale è esonerato dall'adempimento dei relativi obblighi strumentali (come quello di dichiarazione).

Nella fattispecie concreta la controversia ha per oggetto la richiesta, da parte del sostituto d'imposta, del rimborso delle ritenute operate a titolo d'imposta sulle somme corrisposte agli obbligazionisti per svalutazione del capitale oggetto del prestito obbligazionario, somme che sono sottoposte a tassazione dall'art. 41 lett. *b*) del nuovo testo unico n. 917 del 1986.

Il comportamento in base al quale va verificato l'effetto di retroazione della nuova normativa è (e non può non essere che) quello tenuto dallo stesso sostituto d'imposta (ossia dalla società emittente le obbligazioni), dovendosi intendere il termine «dichiarazione» come comprensivo di ogni comportamento idoneo ad ottemperare all'obbligo tributario in modo conforme alla nuova normativa.

Le società emittenti delle obbligazioni, come ha accertato la decisione impugnata, hanno operato le ritenute in questione; hanno effettuato i relativi versamenti e hanno provveduto alla presentazione della dichiarazione prevista dall'art. 7 del decreto del Presidente della Repubblica n. 600/1973 — che pure assume rilievo ai fini dell'art. 36 del decreto del Presidente della Repubblica n. 42/1988 (v. Cass. 17 novembre 1992 n. 12297) — ritenendosi obbligate ad effettuare le ritenute in base alla normativa all'epoca vigente, cioè all'art. 41 lett. *d*) del decreto del Presidente della Repubblica n. 597/1973 ed alla norma dell'art. 26, 1° comma del decreto del Presidente della Repubblica n. 600/1973 quale «norma d'accertamento» secondo l'espressione usata dalla ricorrente, così come interpretata dalle stesse società.

Deve ritenersi, pertanto, corretta la conclusione alla quale è pervenuta la decisione impugnata, essendosi realizzate le condizioni alle quali l'art. 36 del decreto del Presidente della Repubblica n. 42 del 1988 subordina la retroazione delle norme del decreto del Presidente della Repubblica n. 917 del 1986.

Infatti, se il comportamento del sostituto di imposta costituisce adempimento del debito tributario, con effetto pienamente satisfattivo anche nei confronti del percettore del reddito, al quale non si richiede alcuna distinta dichiarazione, non sussiste ragione per la quale la retroazione della nuova normativa debba essere subordinata ad una non prevista dichiarazione del percettore.

In conclusione il ricorso principale va rigettato, restando assorbito quello incidentale condizionato con il quale si censura l'affermazione contenuta nella decisione impugnata, secondo cui l'assoggettabilità a tassazione delle somme in questione «parrebbe non rientrare in alcuna delle ipotesi di cui agli artt. 41 del decreto del Presidente della Repubblica, n. 597/1973 e 26 del decreto del Presidente della Repubblica n. 600/1973».

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 23 settembre 1998, n. 9497 - *Pres.* Sensale - *Est.* Cicala - *P.G.* Schirò (conf.) - Consorzio Nucleo di Balvano (avv. Berliri) c. Ministero delle Finanze (avv. Stato De Stefano).

Tributi erariali indiretti - Imposta sul valore aggiunto - Rimborso - Interessi dovuti dall'Amministrazione Finanziaria - Anatocismo - Spettanza - Esclusione.

(Decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, art. 38-*bis*, I comma; art. 1283 codice civile).

La disciplina di cui all'art. 1283 codice civile non trova applicazione in materia di interessi moratori su crediti tributari, poiché in materia tributaria gli effetti della mora debendi *sono regolati compiutamente dalle disposizioni della legge speciale (fattispecie in tema di rimborso IVA)* (1).

---

(1) Scorrendo l'elenco delle numerose disposizioni in tema di interessi moratori dovuti dalla P.A. in fattispecie di rimborso d'imposta non sembra esservi spazio per un'applicazione del saggio legale d'interesse.

Per le tasse e imposte indirette vige la legge 26 gennaio 1961, n. 29, richiamata anche dal T.u. di Registro (approvato con decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131), art. 77, e dal T.u. Successioni (approvato con decreto legislativo 31 ottobre 1990, n. 346), art. 55, per l'imposta di registro e l'imposta sulle donazioni, norme a loro volta richiamate dall'art. 31 del decreto del Presidente della Repubblica 643/1972 per la relativa INVIM. Per altre imposte indirette sussiste una disciplina derogatoria della legge 29 del 1961 (art. 93 del decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43 per le imposte doganali e l'IVA connessa; art. 38-*bis* del decreto del Presidente della Repubblica 633/1972 per l'IVA; art. 13, IV comma decreto legislativo 31 ottobre 1990, n. 347 per le imposte ipotecarie e catastali; art. 16 decreto-legge 26 maggio 1978, n. 216 in materia di imposte di fabbricazione e consumo; art. 37, II comma, T.u. Successioni per l'imposta di successione (e corrispondente INVIM, giusta il richiamo dell'art. 31 del decreto del Presidente della Repubblica 643 *cit.*); per la Tarsu e il plateatico vedi rispettivamente artt. 75, comma IV e 51, comma VI del decreto legislativo 15 novembre 1993, n. 507; per la ICIAP l'art. 4, VI comma del decreto-legge 2 marzo 1989, n. 66; per l'imposta di pubblicità l'art. 23, IV comma del decreto legislativo 507/1993).

Per le imposte dirette sui redditi si rinvia agli artt. 44 e 44-*bis* del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, richiamati altresì dalle tre patrimoniali straordinarie del 1992 — sui conti correnti, sugli immobili, sul patrimonio netto delle imprese — in base al VII comma dell'art. 7 del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 e all'art. 3, IV comma, decreto-legge 30 settembre 1992, n. 394; quanto all'ICI dispone l'art. 13, I comma, decreto legislativo 507/1993.

Va notato come il tasso d'interesse sia il medesimo per la mora del contribuente e per la mora del Fisco. Intuitivamente, data l'identità del regime, l'esclusione dell'anatocismo per i crediti della P.A. aventi natura pubblicistica comporta una identica soluzione nel caso reciproco.

Qui si controverte in tema di anatocismo e, con un'argomentazione di portata generale, pienamente condivisibile, che si tenterà di approfondire, si esclude l'applicazione dell'anatocismo in virtù della specialità ed esaustività della normativa tributaria. Va osservato che numerosa giurisprudenza di merito ha, invece, ammesso l'istituto (cfr. Commissione tributaria centrale, decisioni 2417/1995 e 3202/1995, in *Boll. Trib.*, 1996, 407), al punto che la stessa Corte Costituzionale nel decidere sul prospettato vizio di legittimità dell'art. 38-*bis* del decreto del Presidente della Repubblica 633/1972, nella parte in cui non prevede la spettanza degli interessi composti, ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione ritenendo che il «diritto vivente» fosse esattamente in quel senso orientato (Corte Costituzionale, ordinanza 266/1996).

(omissis)

Il motivo di ricorso merita accoglimento.

È bensì vero che nella sua ordinanza n. 266 del 19 luglio 1996 la Corte Costituzionale ha dichiarato la manifesta infondatezza della eccezione di legittimità costituzionale sollevata avverso l'art. 38-*bis*, 1° comma del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, in quanto «la premessa dalla quale muove il giudice rimettente, e cioè quella dell'esistenza di un 'diritto vivente' nel senso dell'inapplicabilità dell'art. 1283 del codice civile ai rimborsi IVA, non trova riscontro nella giurisprudenza ordinaria e tributaria, orientata, invece, a ritenere che la disciplina degli interessi anatocistici concerna anche le obbligazioni qui in esame».

Tuttavia il cenno della Corte Costituzionale è superato dalla sentenza 10 luglio 1996, n. 6310 di questa Corte secondo cui la disciplina concernente gli interessi anatocistici non trova applicazione in materia tributaria, ove prevalgono le disposizioni speciali che regolano compiutamente gli effetti della *mora debendi*.

Questa pronuncia è, del resto, conforme ad altra decisione (sia pur relativa all'art. 199-*bis*, decreto del Presidente della Repubblica 29 gennaio 1958, n. 645) secondo cui gli interessi sui crediti verso lo Stato, derivanti da rimborsi di tributi, sono assoggettati in considerazione della specialità della materia fiscale ad una disciplina diversa da quella adottata in campo civilistico, con la conseguenza che tale specifica normativa assorbe e sostituisce la seconda, sicché agli interessi nella misura dalla stessa fissata non sono cumulabili gli interessi legali determinati dall'ordinaria normativa codicistica (Cass. 6 dicembre 1991, n. 13137).

Si ritiene comunemente che il risalente e tradizionale (*cfr.* C.4.32.28.1: *Quapropter hac apertissima lege definimus nullo modo licere cuidam usuras futuri vel praeteriti temporis in sortem redigere et earum iterum usuras stipulari*) divieto di anatocismo sia un principio generale. Nei limiti in cui esso è consentito, se ne è limitata l'applicazione alle sole obbligazioni pecuniarie, escludendolo per gli interessi *c.d.* compensativi, attesa la assoluta eccezionalità della disposizione (cfr. tra le numerosissime decisioni, Cass. 5506/1994, 13508/1991, 2296/1990).

La sentenza in esame è conforme alla precedente 6310/1996 della stessa Sezione, in ordine alla quale il primo contributo dottrinale (FOSSA M., *Interessi anatocistici richiesti dalla Amministrazione Finanziaria*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1998, 3, II, 581 e ss.) ha dubitato della possibilità di adoperare lo schema interpretativo della specialità, in quanto, non rinvenendosi espresse deroghe normative, in campo tributario, all'art. 1283 codice civile, esso dovrebbe applicarsi attesa la sua natura di norma di diritto comune. È invece da obiettare che non tutte le norme del codice civile costituiscono «diritto comune», e in particolare proprio l'art. 1283 *cit.* ha caratteri di assoluta eccezionalità. Ne consegue che, non dovendosi, in ambito di *jus* speciale (perché derogatorio della misura degli interessi legali) espressamente derogare ad altre norme eccezionali, queste ultime non trovano applicazione di per sé.

L'unica eccezione potrebbe essere data dal caso di un tributo per cui non sia fissato un tasso speciale di interesse di mora: trovando allora applicazione il tasso legale stabilito dal Codice si dovrà concludere che trovi applicazione anche la norma di cui all'art. 1283 codice civile. Ciò, ovviamente, dovendosi escludere *in subiecta materia* un anatocismo convenzionale, potrà darsi solo in caso di anatocismo giudiziale.

R.D.F.

Né questo indirizzo giurisprudenziale appare in contrasto con le disposizioni costituzionali poiché rientra nella discrezionalità del legislatore scegliere il regime degli interessi propri dei diversi crediti: mentre la specificità del rapporto tributario giustifica diversità di disciplina che del resto sotto taluni profili giovano, ma sotto altri nuocciono, al creditore, come dimostra proprio la vicenda conclusa con la citata sentenza 6310/1996, in cui era lo Stato a richiedere gli interessi anatocistici.

Non essendo necessari accertamenti in fatto, è possibile decidere nel merito *(omissis)*.

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 9 ottobre 1998 n. 9965 - *Pres.* Corda - *Est.* Graziadei - *P.M.* Maccarone (conf.) - Ministero delle Finanze (avv. Stato Salimei) c. Fauci.

Tributi erariali diretti - Imposte sul reddito - Reddito risultante dalla dichiarazione - Liquidazione dell'imposta art. 36-*bis* decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973 n. 600 - Condonabilità - Esclusione.

(Decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973 n. 600, art. 36-*bis;* decreto-legge 10 luglio 1982 n. 429, art. 32).

Poiché il condono del decreto-legge n. 429/1982 (al pari degli altri simili) è indirizzato a prevenire o eliminare il contenzioso inerente a redditi dichiarati di cui l'ufficio postula l'accertamento, non possono essere compatibili con il condono i crediti certi e incontestabili tra i quali vanno ricompresi i crediti liquidati in base alla dichiarazione ex *art. 36-*bis *del decreto del Presidente della Repubblica n. 600/1973; la norma dell'art. 32 del decreto-legge 429/1982 secondo la quale il condono fa salvi gli effetti della anteriore liquidazione* ex *art. 36-*bis *non esclude che allo stesso modo la liquidazione ex art. 36-*bis *possa seguire la definizione per condono* (1).

(*omissis*).

Il ricorso è fondato.

In tema di tributi diretti, il condono di cui al decreto-legge n. 429 del 1982 (come del resto quello contemplato da analoghi provvedimenti legislativi) si riferisce ai redditi non denunciati o denunciati in misura inferiore, è indirizzato a prevenire od eliminare il contenzioso che possa insorgere o sia insorto a seguito dell'esercizio da parte dell'ufficio del potere-dovere di accertare detta omissione (totale o parziale), ed esige la presentazione di una dichiarazione integrativa, per il computo, sulla scorta di criteri predeterminati a secondo che sia stato o meno notificato avviso di accertamento, di un'obbligazione aggiuntiva a carico del contribuente, con l'effetto di evitare l'accertamento medesimo o di estinguere la controversia in corso sulla sua legittimità (artt. 14, 16, 19).

---

(1) Giurisprudenza ormai costante: nello stesso senso le sentenze nn. 8435, 9958, 9964 del 1998. La pronuncia, da condividere pienamente, oltre a chiarire una questione sul condono, definisce i caratteri della liquidazione *ex* art. 36-*bis*.

Il condono, pertanto, non riguarda, e non potrebbe riguardare alla luce della sua finalità di evitare od elidere cause tributarie (assicurando all'Amministrazione incassi immediati pure se potenzialmente inferiori a quelli conseguibili per il tramite di accertamento o di proseguimento del relativo contenzioso), crediti certi ed incontestabili, già definitivamente quantificati, oppure quantificabili in forza di elementi pacifici.

In tale ultima ipotesi rientra la «liquidazione in base alla dichiarazione» di cui all'art. 36-*bis* del decreto del Presidente della Repubblica n. 600 del 1973, atteso che, con essa, l'ufficio non riscontra omissioni del denunciante, ma rivede l'entità dell'obbligazione d'imposta, secondo i dati forniti dal debitore, correggendo eventuali errori.

L'inidoneità del condono ad incidere su detta liquidazione, indipendentemente dalla sequela temporale, è evidenziata dal medesimo art. 36-*bis*, ove stabilisce che la sua applicazione non pregiudica l'azione accertatrice (cui il condono si riferisce), senza distinguere a secondo che l'una preceda o segua l'altra, così confermando il distinto ambito dei due istituti.

L'art. 32 primo comma del decreto-legge n. 429 del 1982, quando fa salvi gli effetti della liquidazione in base alla dichiarazione che sia intervenuta prima dell'istanza di definizione agevolata, per poi escludere che le variazioni con essa apportate possano rifluire sul *quantum* dovuto a titolo di condono, fa puntuale applicazione dell'indicata autonomia.

La norma non può sottendere, come sembra ritenere la Commissione centrale, un canone di segno opposto, ove la domanda di condono preceda la liquidazione correttiva, vale a dire un'implicita previsione di «non salvezza» dell'art. 36-*bis* dopo la presentazione della domanda medesima.

Una disposizione in tal senso, traducendosi in un'eccezione al criterio generale, non potrebbe prescindere da un'espressa deroga.

L'introduzione di siffatta deroga in modo indiretto, cioè per il tramite di una delimitazione dell'area di operatività della regola generale, non sarebbe coerente con una previsione di mera salvezza, che è naturalmente propria della volontà del legislatore di esplicitare la conciliabilità fra due norme.

Una difforme esegesi della portata della predetta «salvezza», peraltro, implicherebbe sospetti d'illegittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3 e 53 della Costituzione (con la conseguenziale necessità di prescegliere, fra le possibili interpretazioni, quella rispettosa dei precetti costituzionali), tenendosi conto che determinerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento in situazioni omogenee, consentendo, soltanto al contribuente che riesca a precedere con l'istanza di condono la correzione degli errori commessi in sede di dichiarazione, di liberarsi del pagamento di quanto dovuto in base alla dichiarazione stessa, senza alcun esborso additivo (dato che l'ammontare da versarsi ai fini del condono resta insensibile a tali errori).

Alla soluzione adottata, infine, non sono opponibili l'irrevocabilità della domanda di condono e l'immodificabilità della definizione con essa ottenuta (se non per errore materiale o violazione della normativa del condono medesimo); la liquidazione *ex* art. 36-*bis*, anche se successiva, tocca una parte del rapporto tributario diversa da quella cui si riferisce il condono, sicché non ne comporta revoca o variazione.

In conclusione, dandosi continuità all'orientamento già espresso da questa Corte con la sentenza n. 8069 del 27 agosto 1997, si deve affermare che la liquidazione in base alla dichiarazione, di cui all'art. 36-*bis* del decreto del Presidente della Repubblica n. 600 del 1973, non è preclusa dall'anteriore presentazione d'istanza di definizione agevolata a norma del decreto-legge n. 429 del 1982.

Il principio richiede, con l'accoglimento del ricorso, l'annullamento della decisione impugnata, ed inoltre esige, in applicazione dell'art. 384 primo comma (nuovo testo) codice procedura civile, non occorrendo ulteriori accertamenti di fatto, la reiezione della domanda proposta dal contribuente con l'impugnazione dell'iscrizione a ruolo (*omissis*).

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 26 ottobre 1998 n. 10614 - *Pres.* Corda - *Rel.* Cappuccio - *P.G.* (concl. diff.) - Maccarone - soc. Mediocredito Toscano (avv. Di Mauro) c. Ministero delle Finanze (avv. Stato De Giovanni), Fallimento soc. Nuova Versilcars e altri.

Fallimento e procedure concorsuali - Ripartizione dell'attivo - crediti in prededuzione - Imposte dovute in base al condono di cui alla legge 30 dicembre 1991 n. 413 - Inclusione - Fallimento e altre procedure concorsuali - Ripartizione dell'attivo - Vendita o realizzo di immobili gravati da cause speciali di prelazione - Concorso tra creditori privilegiati e crediti prededucibili - Limiti - Tributi in generale - Sanatorie e condoni - Legge 30 dicembre 1991 n. 413 - Credito erariale conseguente al condono - Ipoteca a garanzia - Concorso con altre cause di prelazione – Effetti.

(Legge 30 dicembre 1991 n. 413, art. 61, comma 2 e art. 111, n. 1 legge fall.; artt. 54, 107 e 109 legge fall.; codice civile art. 2852).

L'art. 61, comma secondo, della legge 30 dicembre 1991 n. 413 equipara il credito dell'erario per le somme dovute a seguito del condono fiscale previsto dalla stessa legge ai crediti prededucibili di cui all'art. 111, n. 1, legge fall. (1).

(1-3) La sentenza in esame presta il destro a interessanti osservazioni.

Va premesso che il curatore fallimentare può, sentito il comitato dei creditori e ottenuta la autorizzazione del Giudice Delegato, presentare istanza di condono ai sensi della legge 30 dicembre 1991 n. 413, e che i relativi crediti fiscali sono equiparati a quelli prededucibili a norma dell'art. 111 n. 1 legge fall. Tale disposizione è appunto finalizzata a un realizzo non solo più rapido, ma preferenziale — rispetto agli altri creditori — della pretesa erariale.

Nel caso di specie l'Amministrazione si era anche munita di ipoteca ai sensi della legge 4/1929, che era stata iscritta su un immobile già gravato da altra simile garanzia reale. Il Giudice Fallimentare, in sede di riparto aveva, con provvedimento confermato dal Tribunale a seguito di reclamo (e quindi impugnato in questa sede) fatto prevalere il credito del Fisco, argomentando che tale soluzione, benché derogasse vistosamente alla ordinaria disciplina delle

I creditori muniti di privilegio speciale o di ipoteca su un immobile realizzato nel corso della procedura fallimentare non sono pregiudicati dai creditori di cui all'art. 111, n. 1 legge fall., se non per i crediti prededucibili che si riferiscano ad attività che abbiano arrecato vantaggi o utilità allo specifico bene oggetto di prelazione (2).

L'art. 61, comma secondo, della legge 30 dicembre 1991 n. 413 non altera l'ordine delle cause di prelazione, sicché l'ipoteca iscritta a garanzia dei crediti dell'erario dovuti a seguito del condono fiscale di cui alla stessa legge non prevale sulle ipoteche di grado anteriore (3).

(*omissis*)

Va premessa, sulla base degli — scarsi — accenni del decreto e del ricorso, la ricostruzione della fattispecie. Si deve presumere, dunque, che il curatore del fallimento Nuova Versilcars s.r.l., ottenuti i pareri e le autorizzazioni necessari,

---

cause di prelazione, fosse l'unica in grado di assicurare effetti all'espresso disposto dell'art. 61, comma II, legge 413/1991.

La Corte ha risolto il conflitto non solo osservando che la norma medesima non aveva in nulla innovato all'ordine delle cause di prelazione — il che, peraltro, è vero, atteso che non pare ortodosso inferire in modo implicito una deroga al regime delle stesse che, come è noto eccezionale, perché derogatorio del principio generale di cui all'art. 2740 codice civile — ma applicando una risalente regola giurisprudenziale — mai disattesa — che dà rilevanza, con riferimento al riparto del ricavo degli immobili acquisiti all'attivo e realizzati, ai soli crediti prededucibili relativi ad attività dell'Ufficio che abbiano incrementato il valore — o comunque recato uno specifico vantaggio — all'immobile venduto.

Infatti la legge fallimentare prevede che il ricavo della vendita di ciascun immobile dell'attivo — sia che avvenga con surroga del Curatore ai sensi dell'art. 107 I comma in una esecuzione precedentemente pendente, sia che avvenga in seno alla procedura *ex* art. 108, sia, infine, che si tratti di ricavo di vendita in sede esecutiva precedentemente compiuta, non ancora distribuito e acquisito all'attivo (e nel caso rientra il ricavo della esecuzione esattoriale: artt. 51 e 88 decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973 n. 602) sia accantonato in un conto speciale — uno per ciascun immobile: art. 107 III comma — e sia subito distribuito dal Giudice Delegato (art. 109). Poiché i creditori muniti di privilegio speciale o ipoteca hanno diritto di essere soddisfatti in tale sede *ex* art. 54 legge fall., si è ritenuto conforme al sistema di non far gravare sull'insieme dei creditori anche i debiti in prededuzione relativi ad attività che non abbiano giovato a tali specifici immobili. Tali debiti sono allora prededotti in sede di riparto parziale *ex* art. 109, e in essi va compreso l'anticipo del compenso del curatore, da liquidarsi *ex* art. 109 II comma legge fall.

Tra le spese *de quibus* — il cui apprezzamento come utili al bene realizzato è questione di merito — rientrano quelle di amministrazione e di liquidazione, quelle incrementative e di manutenzione, e, con clausola generale monotonamente ripetuta, quelle specificamente utili al bene gravato della garanzia reale.

Nel caso in commento, la Suprema Corte ha fatto buon governo di tale — ineccepibile — regola dichiarando che al primo creditore ipotecario non potevano essere opposti in prededuzione tutti i crediti *ex* art. 61, II comma, legge fall., ma solo quelli che a giudizio del giudice di rinvio avessero superato tale vaglio di «specifica utilità» e salvo ritenere che i crediti erariali da condono avessero mantenuto le originarie e specifiche cause di prelazione proprie delle obbligazioni tributarie, per imposte, sanzioni e interessi, per le quali era stata presentata istanza.

abbia presentato istanza di condono fiscale ai sensi della legge 413/1991 e che il fisco, nell'accoglierla, abbia provveduto ad iscrivere ipoteca fiscale, ai sensi dell'art. 26 della legge 4/1929 od ai sensi degli artt. 669 e seguenti codice procedura civile. Nonostante che tale ipoteca sia pacificamente successiva a quella iscritta dal Mediocredito Toscano s.p.a. (per una somma capitale che viene indicata dalla ricorrente società nell'ammontare complessivo di L. 676.188.806, conseguente a due finanziamenti accordati nel 1983/1984) il piano di riparto parziale dell'importo ricavato dalla vendita dell'immobile ipotecato prevedeva la estinzione del credito fiscale a preferenza di quello del Mediocredito che non trovava, quindi, capienza in sede privilegiata. Il giudice delegato nel rendere esecutivo il riparto ed il tribunale in sede di reclamo giustificavano tale soluzione con l'affermazione che il disposto dell'art. 61 legge 413/1991 «non può che comportare, per non svuotarsi di contenuto, una alterazione nell'ordine delle prelazioni».

A nostro parere non può parlarsi di effetto novativo del condono, con conseguente estinzione, per il principio generale di cui all'art. 1232 codice civile, delle originarie cause di prelazione. Premesso, da un punto di vista formale, che il condono fiscale non è l'incontro di due volontà, perché la P.A. è tenuta ad accettare l'istanza sol che ricorrano le condizioni di legge, va notato che non si tratta certamente, dal punto di vista ontologico, della sostituzione di un obbligo con un altro, tipico delle fattispecie di oblazione. La legge 413 definisce espressamente imposte quelle dovute a seguito delle dichiarazioni integrative, e sanzioni — sia pure ridotte, come nei casi degli artt. 35 e 47 — quelle che residuano.

Particolarmente importante è la norma dell'art. 39, in tema di riscossione di tali importi: «Le imposte dovute in base alle dichiarazioni integrative... sono riscosse mediante versamento diretto...».

Perciò deve ritenersi che tutte le cause di prelazione permangano, tanto quelle originarie (privilegi) che quelle sopravvenute (ipoteche); beninteso, con la applicazione degli ordinari criteri in tema di ordine delle preferenze.

La adesione al condono non consiste che nella determinazione del dovuto, ma sempre a titolo della medesima obbligazione il cui oggetto o la cui esistenza sia in contestazione.

Perciò l'obbligazione, seppur ridotta nell'ammontare dovuto, manterrà le sue cause di prelazione non venendo in questione alcun effetto novativo.

Nel caso di specie, dunque, l'Erario avrebbe dovuto far preliminarmente valere i propri privilegi speciali immobiliari.

In secondo luogo, e di fronte a creditori con causa di prelazione anteriore, si sarebbe dovuto provare che la istanza di condono avesse giovato all'immobile. L'unica ipotesi plausibile può essere quella della riduzione di un credito erariale concorrente sullo stesso immobile e munito, a sua volta, di una prelazione di grado pari o anteriore a quella dell'altro prelazionario, cui si opponga la prededuzione. In tale caso, infatti, la istanza di condono avrebbe l'effetto — almeno nella generalità dei casi — di ridurre la pretesa erariale e quindi di aumentare la capienza dell'altro credito.

La conclusione, abbastanza paradossale, è che in tutti i casi in cui l'istanza di condono può, nel riparto del ricavo di un immobile in sede fallimentare, dar luogo a un credito prededucibile lo stesso credito è già di per sé assistito da un privilegio sufficiente ad assicurarne il realizzo (salvo il caso, abbastanza scolastico, di pari grado di prelazione).

In terzo luogo, deve comunque ritenersi non inutile la iscrizione dell'ipoteca effettuata dal fisco in quanto essa, seppur cedendo alle ipoteche anteriori, aumenta le *chances* di realizzo dei crediti tributari originariamente non privilegiati.

R.D.F.

Sulla ricorribilità per cassazione del provvedimento, limitatamente alle eventuali violazioni di legge, non possono sussistere dubbi (cfr. Cass. 5020/1995), dal momento che il decreto, emesso dal tribunale ai sensi dell'art. 26 legge 267/1942, incide sulla realizzabilità del credito vantato dalla ricorrente che, privilegiata sull'immobile ma insoddisfatta, viene a concorrere sull'ulteriore attivo solo in via chirografaria (art. 54 legge fall.). Si tratta quindi di provvedimento non solo definitivo, perché la legge non prevede altro mezzo di gravame, ma con portata decisoria, perché viene ad incidere su posizioni di diritto soggettivo (S.U. 9 aprile 1984 n. 2255; S.U. 23 maggio 1984 n. 3166), quali sono l'ordine delle prelazioni ed i diritti del creditore ipotecario.

Col *primo* motivo di censura la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 107, 109, 111 e 113 della legge fallimentare, nonché degli artt. 53 e 54 sempre della legge fallimentare, sostenendo che è errato soddisfare i crediti prededucibili con precedenza rispetto ai crediti ipotecari, a meno che i crediti prededucibili non si colleghino ad attività direttamente volte ad incrementare, amministrare e liquidare i beni ipotecati. L'art. 109 legge fall., infatti, richiama la normativa fallimentare in tema di riparto solo sul piano procedurale mentre rimette al diritto sostanziale l'ordine dei privilegi, come del resto risulta indirettamente confermato dalla previsione di un conto speciale per le vendite dei singoli immobili, secondo il dettato dell'art. 107 legge fall., dalla particolare forza attribuita, ai crediti assistiti da garanzia reale, dagli artt. 53 e 54 legge fall. e dal consolidato orientamento giurisprudenziale (Cass. 3 novembre 1981 n. 5784).

Col *secondo* motivo di censura sostiene, in subordine, la ricorrente la violazione e falsa applicazione degli artt. 111 e 113 legge fall., dell'art. 61 legge 413/1991 e dell'art. 2852 codice civile, assumendo che le somme dovute all'erario dovrebbero essere imputate proporzionalmente non solo al ricavato degli immobili ma anche a quello degli altri cespiti e che dalla norma sul condono fiscale non può derivare una postergazione delle ipoteche di grado precedente.

I due motivi vanno esaminati congiuntamente perché prospettano due diverse interpretazioni dello stesso decreto. Si assume, sotto il primo profilo, che l'ordine di riparto è stato motivato da una — errata — prelazione del credito fiscale, di massa, rispetto al credito ipotecario; si assume, sotto il secondo, che la prededuzione non giustifica la sovversione dell'ordine delle ipoteche.

Il decreto poteva, in astratto, giustificare la priorità accordata al credito fiscale facendo leva o sul carattere di massa del credito, o sul privilegio speciale da cui era, in ipotesi, assistito, o sulla specialità della disciplina dettata dall'art. 61 della legge 413/1991.

In concreto, risulta dalla motivazione del provvedimento che non viene contestato il principio della prevalenza del credito ipotecario rispetto ai crediti di massa generici, né vengono invocati i privilegi speciali che assistevano il credito originario e che — artt. 2748.2 codice civile, ma derogato dall'art 2772.4 codice civile; Cass. 1878/79; 2294/78 — potevano giustificare la preferenza del credito fiscale. L'unica ragione, infatti, che viene addotta nel decreto si compendia nell'affermazione che «il disposto della legge qui in esame non può che comportare, per non svuotarsi di contenuto, una alterazione

nell'ordine delle prelazioni», così implicitamente deducendo che, se il concorso avesse potuto esser risolto sulla sola base prelazionaria, il privilegio della ricorrente, in quanto anteriore nel tempo, avrebbe prevalso. È quindi dalla particolare disciplina del credito che discende il soddisfacimento prioritario dell'erario e l'unico profilo da esaminare in questa sede attiene perciò alla portata dell'art. 61 della legge 30 dicembre 1991 n. 413. Stabilisce la norma che il curatore, ottenute le necessarie autorizzazioni, può avvalersi delle norme sul condono tributario dettate dalla stessa legge; in tal caso il pagamento delle somme dovute deve avvenire entro i termini previsti e «i relativi debiti sono equiparati a quelli previsti dall'art. 111 primo comma, n. 1) delle disposizioni approvate con regio decreto 16 marzo 1942 n. 267». Pur mancando precedenti giurisprudenziali specifici, si può considerare pacifico che il richiamo all'art. 111 n. 1 legge fall. implica soltanto la prededucibilità del credito, con una statuizione che, del resto, non è nuova nel nostro diritto tributario perché già introdotta, in passato, dall'art. 33 del decreto-legge 429/1982, conv. in legge 516/1982 ed, a proposito di tale norma, non si è dubitato che l'equiparazione ai debiti previsti dall'art. 111 n. 1 legge F. implichi la configurazione delle somme dovute all'erario per il condono come debito di massa (Cass. 6661/1996), ovviamente *ex lege*, poiché l'effetto è implicito nella richiesta di condono avanzata dal curatore ed accolta dall'ufficio fiscale.

È però pacifico, come discende del resto dalla lettura dell'art. 54.2 in relazione agli artt. 107 e 109 legge fall. che sul ricavo dei beni ipotecati i creditori ipotecari vanno soddisfatti a preferenza anche dei creditori di massa, ove non risulti che dal debito in prededuzione abbiano tratto particolare vantaggio.

Precisa la sentenza 25 ottobre 1971 n. 3015 della Cassazione — dopo aver escluso che il conflitto tra prededuzioni e garanzie reali possa risolversi a favore delle prededuzioni, come una mera interpretazione letterale dell'art. 111 n. 1 legge fall. potrebbe suggerire, o ricorrendo ad una prededuzione proporzionale, come da altra dottrina sostenuto — che: «l'equilibrio fra le due segnalate esigenze può essere rinvenuto soltanto ove si interpreti l'art. 111 legge fall. nel senso che la prededuzione delle spese relative alla procedura fallimentare incide sul bene gravato da garanzie reali speciali nei limiti in cui esse si riferiscono all'esecuzione relativa a questo bene, configurando questi limiti nelle spese specificamente sostenute per tale esecuzione e in un'aliquota delle spese generali, da calcolarsi, in relazione alle circostanze concrete, in misura corrispondente all'interesse e all'utilità, ovviamente, anche se solo potenziale, cioè sperata ma non concretamente realizzata, del creditore garantito.

Questa interpretazione della norma ha una base razionale e sistematica di indubbio valore, perché assicura la capienza per le spese dell'amministrazione del fallimento entro equi confini e salvaguarda le garanzie speciali — garanzie che la legge fallimentare, in linea di massima, mostra chiaramente di volere lasciare intere anche in caso di procedura concorsuale — nella massima misura compatibile con le caratteristiche di codesta procedura; mentre nessun danno può implicare per i creditori chirografari o assistiti da privilegio generale. Invero, per essa, da un lato,

il creditore garantito è gravato di tutte le spese necessarie al soddisfacimento delle sue ragioni attraverso lo strumento della procedura concorsuale, anche se questa è per lui più onerosa; ma, dall'altro, resta impedito che a quel soggetto si possa far carico di spese affrontate per interessi che gli siano estranei, e così si previene anche il pericolo che l'amministrazione fallimentare si induca ad affrontare spese imprudenti, nella fiducia di poterle coprire col ricavo del bene oggetto della garanzia; mentre non si può mai avere lo spostamento degli oneri relativi all'esproprio di codesto bene sugli altri creditori». Nello stesso senso si sono pronunciate, successivamente, Cass. 4370/1977; 4474/1977; 394/1978; 5784/1981 e, con specifico riferimento alla prededuzione del compenso del curatore, Cass. 5913/1994 e Cass. 5104/1997 che individuano nelle «attività di amministrazione e liquidazione specificamente riferibili ai beni ipotecati e finalizzate a consentire il soddisfacimento delle ragioni del creditore ipotecario» quel vantaggio specifico che consente di far gravare anche sul ricavo dei beni ipotecati parte del compenso del curatore.

Concludendo, la preferenza del creditore di massa rispetto al creditore ipotecario non si basa, secondo il criterio sinora enucleato dalla giurisprudenza, sulla sola qualifica del credito, ma richiede, come ulteriore elemento, che il credito o la parte di credito in prededuzione arrechi o possa arrecare un particolare vantaggio al creditore ipotecario.

L'art. 61.1 della legge n. 413/1991 dispone: «1. Il curatore del fallimento, sentito il parere del comitato dei creditori e con l'autorizzazione del giudice delegato, il commissario liquidatore ed il commissario dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, sentito il parere del comitato di sorveglianza e con l'autorizzazione dell'autorità di vigilanza, possono avvalersi delle disposizioni della presente legge. Il pagamento delle somme dovute deve avvenire entro i termini previsti dalle predette disposizioni. I relativi debiti sono equiparati a quelli previsti dall'art. 111, primo comma, n. 1), delle disposizioni approvate con regio decreto 16 marzo 1942, n. 267».

La norma si limita quindi a qualificare il debito per condono fiscale come debito di massa, in prededuzione *ex* art. 111 n. 1 legge fall., ma nulla dispone sull'eventuale conflitto con garanzie reali, che non può quindi, sulla sola base della norma tributaria, venir risolto in modo diverso dall'usuale.

Naturalmente, poiché rimangono del tutto estranei al tema del decidere, non essendo stati né esaminati né proposti, i problemi dell'effetto novativo del condono sui privilegi speciali fiscali e, nell'eventualità, della sussistenza di eventuali privilegi immobiliari prevalenti (artt. 2748, 2771, 2772 codice civile; Cass. 2294/1978), non è possibile escludere, in questa sede, che il condono abbia apportato al creditore ipotecario un vantaggio specifico. Del problema si occuperà, occorrendo, il tribunale di Prato in sede di rinvio perché, in accoglimento del primo motivo di impugnazione e della seconda parte del secondo motivo — ove si lamenta la postergazione dell'ipoteca del Mediocredito — il decreto impugnato va cassato. Rimane completamente assorbita la prima parte del secondo motivo, proposta in via subordinata al mancato accoglimento del primo (*omissis*).

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 27 ottobre 1998 n. 10664 - *Pres.* Senofonte - *Est.* Cicala - *P.M.* Raimondi (diff.) - Ministero delle Finanze (avv. Stato De Stefano) c. Cappellaccio (avv. Ascoli).

Tributi (in generale) - Accertamento - Istruttoria - Perquisizioni - Perquisizioni sull'ambito del processo penale e perquisizioni amministrative - Forme e autorizzazioni - Mezzi di tutela.

(Cost. art. 14; decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973 n. 600, art. 33; decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972 n. 633, art. 52; decreto legislativo 31 dicembre 1992 n. 546, art. 19).

L'art. 14 della Costituzione distingue le perquisizioni ordinate dalla autorità giudiziaria o da essa convalidate, che si assumono in un procedimento giurisdizionale, per lo più penale, e sono soggette ai controlli giurisdizionali dei rispettivi procedimenti, dalle perquisizioni a fini economici o fiscali che hanno natura amministrativa; tuttavia le perquisizioni amministrative, regolate dall'art. 33 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973 n. 600 che richiama l'art. 52 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972 n. 633, debbono essere autorizzate dal procuratore della Repubblica quando vengono eseguite in locali adibiti anche o soltanto ad abitazione. Le perquisizioni amministrative sono soggette a controllo nell'ambito del processo tributario, non con impugnazione diretta contro l'atto di perquisizione che ha natura endoprocedimentale, ma con l'impugnazione dell'atto terminale del procedimento sul quale si inserisce (1).

(*omissis*)

Col primo motivo l'Amministrazione sostiene l'insindacabilità da parte del giudice tributario dell'autorizzazione all'accesso emessa dalla Procura della Repubblica; e quindi una violazione dell'art. 52 del decreto del Presidente della Repubblica 633/1972.

Il motivo deve essere rigettato.

---

(1) La sentenza apporta notevole chiarezza alla tormentata materia, ma qualche dubbio resta ancora. L'autorizzazione data dal procuratore della Repubblica alla polizia tributaria diventa conferente all'indagine penale o a quella amministrativa (o ad entrambe) a seconda dell'esito dell'operazione; ma,se l'autorizzazione viene inizialmente concepita come atto del processo penale ma poi la perquisizione risulta irrilevante ai fini penali ed utile ai fini tributari, in quale sede potrà la commissione giudicare la legittimità di un atto tipico del processo penale? Riguardo alla perquisizione amministrativa, che sia chiaramente tale anche se autorizzata dal procuratore della Repubblica, va precisato che il giudice tributario chiamato a giudicare della fondatezza dell'accertamento che conclude il procedimento sul quale la perquisizione è utilizzata, se rileva una nullità dell'atto istruttorio di perquisizione (come di ogni altro singolo atto istruttorio) non può dichiarare la nullità dell'accertamento ma deve invece, giudicando sul merito, stabilire se nel complesso degli altri mezzi di prova acquisiti o da acquisire la pretesa tributaria risulti in tutto o in parte fondata eventualmente riducendo la base imponibile, senza cadere nella tentazione di annullare l'accertamento per invalidità derivata.

Ha sostenuto, in primo luogo, l'Avvocatura che le autorizzazioni all'accesso di cui si discute avrebbero natura di atti processuali penali e quindi sarebbero se mai soggette alle verifiche previste dal codice di procedura.

Per affrontare simile problematica, è opportuno considerare che l'art. 14 della Costituzione delinea un duplice ordine di ipotesi in cui è consentito procedere a perquisizioni, ispezioni o sequestri nell'ambito del «domicilio» di un soggetto.

«Perquisizioni, ispezioni o sequestri» possono — in primo luogo — essere compiuti con «le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale», ed in simili ipotesi essi vengono eseguiti o su ordine dell'autorità giudiziaria, o su iniziativa dell'autorità di pubblica sicurezza, che però abbisogna della tempestiva «convalida» dell'autorità giudiziaria. È chiaro come in simili fattispecie l'atto che autorizza o convalida la perquisizione viene ad inserirsi in un procedimento (quasi sempre penale), assume carattere giurisdizionale ed è soggetto ai controlli propri di tali atti.

Può naturalmente accadere che i dati acquisiti nell'ambito del processo penale siano utilizzati anche in sede tributaria; ed a questa eventualità si attaglia la massima secondo cui è consentita la utilizzazione ai fini tributari dei dati acquisiti nel corso di un processo penale, senza che al giudice tributario sia consentito sindacare la legittimità dei relativi provvedimenti assunti dal giudice penale (Cass. n. 10476 del 14 settembre 1992); mentre al giudice tributario spetterà applicare quelle disposizioni che disciplinano appunto la utilizzabilità a fini fiscali degli atti del processo penale (Cass. 29 gennaio 1997, n. 918).

In tutt'altra ottica si collocano gli accessi al domicilio di cui al 3° comma dell'art. 14 Cost., che consente alla legge speciale di prevedere accertamenti a fini economici e fiscali, pur in difetto delle incisive garanzie enunciate dal 2° comma.

Nell'ambito di questa norma costituzionale si pone l'art. 52 del decreto del Presidente della Repubblica 633/1972, cui rinvia l'art. 33 del decreto del Presidente della Repubblica 600/1973; e giova sottolineare che nella vicenda di cui in esame si discute appunto di una ipotesi di applicazione di tale art. 52 come esplicitamente afferma la sentenza impugnata, senza che il punto sia stato contestato in sede di ricorso.

In base all'art. 52 gli Uffici delle imposte possono disporre l'accesso d'impiegati dell'Amministrazione finanziaria nei locali destinati all'esercizio d'attività commerciali, agricole, artistiche o professionali per procedere ad ispezioni documentali, verificazioni e ricerche e ad ogni altra rilevazione ritenuta utile per l'accertamento dell'imposta e per la repressione dell'evasione e delle altre violazioni. Tuttavia per accedere in locali che siano adibiti anche ad abitazione, è necessaria anche l'autorizzazione del procuratore della Repubblica. In ogni caso, l'accesso nei locali destinati all'esercizio di arti o professioni dovrà essere eseguito in presenza del titolare dello studio o di un suo delegato (art. 52, 1° comma seconda parte; il testo è stato modificato, ma senza innovazioni che incidano sulla odierna pronuncia, dalla legge 413/1991).

L'accesso in locali diversi da quelli indicati può essere eseguito, previa autorizzazione del procuratore della Repubblica, soltanto in caso di gravi indizi di violazioni, allo scopo di reperire libri, registri, documenti, scritture ed altre prove delle violazioni (art. 52, 2° comma).

Siamo con tutta evidenza di fronte ad una attività di carattere amministrativo, pur se posta in essere da un organo giudiziario quale la Procura della Repubblica, ed in ordine alla quale non sono applicabili le garanzie previste dal codice di procedura penale; ed infatti ben può accadere che simili accertamenti non si inseriscano in alcun processo penale.

Anche però quando il sospetto di evasione fiscale dia luogo ad un procedimento penale, l'attività amministrativa regolata dall'art. 52 del decreto del Presidente della Repubblica 633/1972 si colloca su un piano diverso e distinto rispetto alle perquisizioni di cui all'art. 250 codice procedura penale (si veda la sentenza della terza sezione penale di questa Corte 16 novembre 1995, n. 3287, che nega la tutela processuale penale avverso l'autorizzazione all'accesso emessa dalla Procura della Repubblica).

Dunque l'eventuale tutela accordata al contribuente di fronte alle attività di cui al citato art. 52 non può che assumere le forme proprie del processo tributario. E carattere fondamentale di questo processo è di assumere a proprio indefettibile oggetto la contestazione di una pretesa fiscale, normalmente formalizzata in un atto di imposizione e solo eccezionalmente nel rifiuto di restituzione di un'imposta versata dal contribuente.

L'art. 19 del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, ha ribadito che anche nel «nuovo contenzioso» l'accesso al giudice tributario è subordinato alla impugnazione di un atto o comportamento dell'amministrazione finanziaria tassativamente indicato dalla legge, attraverso un lungo elenco, che sostanzialmente recepisce le indicazioni elaborate dalla giurisprudenza in riferimento al decreto del Presidente della Repubblica 636/1972.

Perciò la Cassazione ha ritenuto inammissibile il ricorso avverso il provvedimento con il quale, a norma dell'art. 35 decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, sulla disciplina dell'accertamento delle imposte sui redditi, il presidente della commissione di primo grado aveva autorizzato gli organi dell'amministrazione finanziaria a richiedere ad istituti di credito copia dei conti intrattenuti con un contribuente, atteso che detto provvedimento, emesso nell'ambito del procedimento tributario, aveva natura meramente ordinatoria e mancava, quindi, di contenuto decisorio (Cass. 19 marzo 1984, n. 1866; Comm. Trib. Centr. 10 maggio 1991, n. 3779); del pari, il processo verbale di constatazione della Guardia di Finanza non è direttamente impugnabile dinanzi alle Commissioni Tributarie, essendo sfornito di autonomia, trattandosi di atto endoprocedimentale il cui contenuto e le cui finalità consistono nel reperimento e nell'acquisizione degli elementi utili ai fini dell'accertamento. La mancata previsione della impugnabilità di tale atto non pone poi l'art. 16 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972 n. 636 in contrasto con gli artt. 24, 97 e 113 della Costituzione, atteso che la non impugnabilità deriva dalla sua natura di atto endoprocedimentale e la tutela giudiziaria ha modo di attuarsi in relazione all'atto terminale del procedimento (Cass. 28 aprile 1998, n. 4312).

L'Avvocatura dello Stato ha però sostenuto che il principio della inutilizzabilità della prova irregolarmente acquisita sarebbe proprio esclusivamente del processo penale, e dunque l'eventuale violazione dell'art. 52 decreto del Presidente della Repubblica 633/1972 sarebbe priva di effetti.

Simile tesi, oltretutto assai dubbia sul piano della legittimità costituzionale (art. 24 Cost.), si pone però in contrasto con la costante giurisprudenza di questa Corte che afferma che gli atti in questione sono sindacabili in via incidentale nel momento in cui il giudice valuta la sufficienza e la legittima acquisizione degli elementi forniti dalla Amministrazione (cfr. Cass. sez. un. 8 agosto 1990, n. 8062, in relazione all'autorizzazione all'accesso del Procuratore della Repubblica). Si vedano ad esempio, da ultimo, le sentenze di questa Corte n. 1036 del 2 febbraio 1998 (secondo cui, in mancanza dell'autorizzazione del Procuratore della Repubblica è illegittima l'acquisizione da parte della Guardia di Finanza di documenti contenuti all'interno di una borsa posta all'interno dell'autovettura del contribuente, ancorché, portata la borsa in caserma e chiusa in un plico sigillato, l'apertura del plico sia avvenuta con il consenso del contribuente) e 11036 dell'8 novembre 1997, secondo cui è illegittimo l'avviso di rettifica della dichiarazione del contribuente fondato su documentazione contabile rinvenuta all'interno dell'autovettura di un di lui dipendente, sottoposta a controllo da una pattuglia della Guardia di Finanza senza autorizzazione del Procuratore della Repubblica, ancorché tale documentazione sia stata consegnata spontaneamente dal dipendente stesso.

Si deve quindi procedere all'esame del secondo motivo di ricorso con cui la Amministrazione censura per violazione di legge e difetto di motivazione (art. 360 nn. 3 e 5 codice procedura civile art. 52 decreto del Presidente della Repubblica 633/1972) la sentenza impugnata, sostenendo la legittimità del provvedimento della Procura della Repubblica di Ancona.

Il motivo merita accoglimento.

La Commissione Tributaria Regionale delle Marche ha osservato come l'art. 52 del decreto del Presidente della Repubblica 633/1972 delinei tre ipotesi:

– locali destinati all'esercizio d'attività commerciali, agricole, artistiche o professionali;

– locali destinati all'esercizio d'attività commerciali, agricole, artistiche o professionali ed anche ad abitazione;

– locali diversi da quelli sopraindicati, cioè ad esempio destinati esclusivamente ad uso abitativo.

Come già ricordato, nel primo caso, l'autorizzazione all'accesso viene emessa dallo stesso Ufficio Tributario; negli altri due casi occorre l'intervento della Procura della Repubblica.

Il giudice tributario ha affermato che il caso di specie rientrava nella terza ipotesi, in quanto nell'edificio in questione i locali adibiti ad abitazione e quelli adibiti ad attività commerciale sarebbero stati distinti, con in comune solo il garage, da cui si accedeva sia ai locali abitativi sia a quelli commerciali.

Ritiene invece il collegio che l'uso promiscuo si verifichi non solo nella ipotesi in cui i medesimi ambienti siano contestualmente utilizzati per la vita familiare e per l'attività professionale, ma ogni qual volta la agevole possibilità di comunicazione interna consente il trasferimento dei documenti propri della attività commerciale nei locali abitativi; e quindi sia possibile averli sotto mano per ogni evenienza, e nel contempo però detenerli in stanze abitualmente destinate al sonno, o ai pasti. Dunque la sentenza impugnata deve sotto questo profilo esser cassata.

D'altronde anche seguendo l'impostazione dei giudici tributari il risultato finale non cambierebbe, perché la autorizzazione della Procura investiva tutto l'edificio e quindi anche le parti di esso destinate, secondo la Commissione Tributaria, ad esclusivo uso abitativo. Dunque era soddisfatta anche la condizione posta dal 2° comma dell'art. 52. Il secondo comma dell'art. 52 si differenzia infatti dalle disposizioni contenute nella seconda parte del 1° comma, solo perché nel capoverso è espressamente enunciato il requisito della sussistenza di «gravi indizi di violazioni». Ma la Commissione Tributaria Regionale non ha affatto dichiarato la illegittimità del provvedimento in questione per difetto di indicazione dei motivi; ed anzi non ha neppur affrontato simile questione.

Il secondo motivo di ricorso deve quindi essere accolto.

P.Q.M.

La Corte rigetta il primo motivo di ricorso, accoglie il secondo. Cassa la pronuncia impugnata con rinvio ad altra sezione della Commissione Tributaria Regionale delle Marche (*omissis*).

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 4 novembre 1998 n. 11053 - *Pres.* Sensale - *Rel.* Di Palma - *P.G.* (concl. conf.) Nardi - Ministero delle Finanze (avv. Stato Salimei) c. Società forestale del Mezzogiorno d'Italia (avv. Molajoli).

Tributi erariali diretti - ILOR - Esenzione decennale per i redditi derivanti da impianti riammodernati nel Mezzogiorno - Natura.

Tributi erariali diretti - ILOR - Esenzione decennale per i redditi derivanti da impianti riammodernati nel Mezzogiorno - Applicazione - Modalità - Applicazione immediata o differita all'atto del riconoscimento dell'Ufficio - Facoltà di scelta del contribuente.

Tributi erariali diretti - ILOR - Esenzione decennale per i redditi derivanti da impianti riammodernati nel Mezzogiorno - Applicazione differita - Rimborso dell'imposta versata - Termini.

(Decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973 n. 602, art. 38; decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972 n. 636, art. 16, comma sesto; decreto del Presidente della Repubblica 6 marzo 1978 n. 218, art. 101).

L'esenzione concessa dall'art. 101 decreto del Presidente della Repubblica 6 marzo 1978 n. 218 si applica ex lege, *e il relativo procedimento di riconoscimento non sfocia in un provvedimento costitutivo, ma solo ricognitivo della stessa* (1).

---

(1) La norma di cui all'art. 101 decreto del Presidente della Repubblica 218/1978 concede una esenzione decennale ILOR sui redditi prodotti da «stabilimenti» *ampliati*, *trasformati*, *ricostruiti* o *riammodernati* nel territorio già oggetto dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno.

Il contribuente che abbia richiesto il riconoscimento della esenzione prevista dall'art. 101 decreto del Presidente della Repubblica 6 marzo 1978 n. 218 può, a suo giudizio, applicare, salvo conguaglio all'atto del riconoscimento, la stessa, oppure continuare a versare l'ILOR salvo rimborso in tale momento (2).

Il rimborso dell'ILOR versata dal contribuente, che abbia richiesto il riconoscimento della esenzione prevista dall'art. 101 decreto del Presidente della Repubblica 6 marzo 1978 n. 218, e che abbia optato per l'applicazione differita della stessa, non è soggetto alle forme e ai termini di cui all'art. 38 decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, sibbene a quelle di cui all'art. 16 comma VI decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972 n. 636 (3).

(*omissis*).

2.1. – Con l'unico motivo (con cui deduce: «Violazione dell'art. 101 del T.U. 1978 n. 218 e dell'art. 38 del decreto 29 settembre 1973 n. 602. Falsa applicazione dell'art. 16 del decreto 26 ottobre 1972 n. 636 — art. 360 n. 3 codice procedura civile»), l'Amministrazione ricorrente critica la decisione impugnata, laddove ha ritenuto irrilevante stabilire la natura costitutiva o ricognitiva del provvedimento che riconosce il diritto all'esenzione; e sostiene che — siccome l'esenzione nasce direttamente dalla legge, quando si verificano le condizioni da essa poste, e non già per effetto di un atto di «concessione» della P.A. — ne conseguirebbe che, quando il contribuente ha posto in essere queste condizioni, sorgerebbe il diritto all'esenzione e cesserebbe, per ciò stesso, l'obbligo del pagamento dell'imposta; sicché, la domanda che egli è tenuto a rivolgere all'ufficio tributario sarebbe solo

---

Tale esenzione spetta, a far data dal primo esercizio di produzione del reddito e solo sulla parte di reddito derivante dalle suddette operazioni di trasformazione. Gli interessati devono presentare una domanda, che instaura un procedimento affidato in gran parte all'Ufficio Tecnico Erariale, e che è volto a controllare la esistenza dei presupposti e la quota di reddito esente.

L'esenzione, legata a circostanze obiettive, non è determinata dal provvedimento dell'Amministrazione, che riveste natura ricognitiva, da un lato, delle circostanze *de quibus*, e determinativo, dall'altro, della quota di reddito detassabile.

(2) Poste tali premesse, ci si chiede quale comportamento debba tenere il contribuente; se debba, cioè, sotto la propria responsabilità applicare subito l'esenzione ovvero se debba differire ciò all'esito del procedimento.

Non sembra condivisibile la tesi della Corte, che, dopo avere asserito — con tesi da condividere — la natura legale e non provvedimentale dell'esenzione *ex* art. 101, finisce per attribuire — con un fin troppo scoperto giuoco verbale, sostituendo al provvedimento il suo *iter* giuridico — al procedimento, sempre necessario, sempre a istanza di parte, indispensabile per determinare la quota esente, insostituibile per la valutazione dell'interesse pubblico, un ruolo dirimente. Ciò però non comporta, nel pensiero della Corte, una necessaria applicazione differita dell'esenzione, ma solo la facoltà per il contribuente di differirla o meno. In realtà non sembra che la *ratio legis* — incentivare con un intervento finanziario indiretto, lo sgravio fiscale — le iniziative di riammodernamento industriale, consenta un'applicazione differita della legge, e in tal senso milita anche la natura legale e non provvedimentale del beneficio. Inoltre, tale *ratio* risulta anche dalla diversa ma collegata e contigua esenzione di cui all'art. 102 decreto del Presidente della Repubblica 218, che prevede espressamente l'applicazione provvisoria. E ciò, si badi, nel quadro di una esenzione sicuramente derivante da

diretta a rendere attuabile in concreto il controllo dell'amministrazione sui requisiti richiesti dalla legge; con le ulteriori conseguenze che, qualora il contribuente, come accaduto nelle specie, per sua cautela, paghi ugualmente il tributo, il termine decadenziale non potrebbe che decorrere dal momento del pagamento, come previsto dall'art. 38 decreto del Presidente della Repubblica n. 602 del 1973, e che, proprio in quanto il provvedimento dell'amministrazione non è costitutivo dell'esenzione ma meramente ricognitivo, non potrebbe, nella specie, trovare applicazione l'art. 16 decreto del Presidente della Repubblica n. 636 del 1972, che fa decorrere il termine di decadenza del rimborso dal momento in cui sia sorto il diritto alla restituzione, se posteriore al pagamento.

2.2. – Il ricorso deve essere respinto.

La questione che, per la prima volta, viene posta a questa Corte consiste nello stabilire se il contribuente — il quale abbia chiesto ed ottenuto l'esenzione decennale dall'I.lo.r. ai sensi dell'art. 101 comma 2 del decreto del Presidente della Repubblica n. 218 del 1978, ed abbia, nelle more del provvedimento dell'amministrazione finanziaria, di «riconoscimento» dell'esenzione medesima, versato direttamente l'imposta (autotassazione) afferente al periodo di esenzione — debba proporre la relativa istanza di rimborso entro il termine di cui all'art. 38 comma 1 decreto del Presidente della Repubblica n. 602 del 1973 (e cioè, entro diciotto mesi dalla data del versamento diretto), ovvero entro quello previsto dall'art. 16 comma 6 decreto del Presidente della Repubblica n. 636 del 1972 (come sostituito dall'art. 7 decreto del Presidente della Repubblica n. 739 del 1981)

---

provvedimento concessivo, caratterizzato da discrezionalità amministrativa e non tecnica (gli interventi agevolati ivi contemplati devono rispondere a un organico sviluppo della economia meridionale, questione non tecnica ma di piena valutazione della situazione di fatto e degli interessi coinvolti nel territorio). Sarebbe contraddittorio che per una esenzione *ex lege* si applicasse diverso principio.

(3) Quanto al rimborso dell'ILOR versata da chi non abbia applicato da subito la esenzione, dovrà perciò affermarsi la piena applicabilità dell'art. 38 decreto del Presidente della Repubblica 602/1973, trattandosi di versamenti diretti per somme non dovute, anche solo parzialmente.

Resta da esaminare il caso in cui, applicata provvisoriamente la esenzione, l'Ufficio non la riconosca nella stessa misura.

Sembra evidente che in tal caso debba seguire l'iscrizione a ruolo delle somme non versate, anche nel caso di esenzione riconosciuta per importo minore, e ciò ai sensi degli artt. 36-*bis* decreto del Presidente della Repubblica 600/1973 e 14 a) decreto del Presidente della Repubblica 602/1973. Nel caso in cui il contribuente sia a credito, trattandosi di una riliquidazione dell'imposta dovuta, non si porranno problemi di istanza di rimborso.

Presupposto per il calcolo della differenza è il controllo della dichiarazione e delle allegate quietanze di versamento. Opererà il rimborso di ufficio *ex* art. 41 II comma, 42-*bis* decreto del Presidente della Repubblica 602 *cit.*, e, in tal caso, i termini prescrizionali o decadenziali decorreranno, per il principio di cui all'art. 2935 codice civile, non essendo possibile il ricalcolo dell'ILOR dovuta se non a seguito delle determinazioni dell'ufficio, dalla data in cui esse divengano definitive.

R.D.F.

— nella parte in cui prevede che, in caso di versamento diretto, il contribuente che ritiene di aver diritto a rimborsi ne fa istanza all'ufficio tributario competente entro due anni dal giorno in cui sia sorto il diritto alla restituzione, se tale giorno sia posteriore alla data del pagamento — e cioè, entro due anni dalla data del provvedimento che «riconosce» il diritto all'esenzione.

La soluzione corretta è quella, adottata dalla decisione impugnata, nel secondo senso della prospettata alternativa. E ciò, sulla base delle considerazioni che seguono.

2.3. – Mentre il primo comma dell'art. 101 decreto del Presidente della Repubblica n. 218 del 1978 (T.u. delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno) dispone che per gli stabilimenti industriali tecnicamente organizzati, che si impiantano nei territori indicati nell'art. 1 dello stesso decreto e per le costruzioni annesse è concessa l'esenzione decennale dall'I.lo.r. sui relativi redditi industriali, il secondo comma (rilevante, nella specie) stabilisce che per gli stabilimenti già esistenti nei predetti territori, che siano ampliati (come avvenuto nella specie: cfr., *supra*, n. 1.1), trasformati, riattivati, ricostruiti o rammodernati, «è accordata per dieci anni, l'esenzione dall'I.lo.r. per il reddito derivante dall'ampliamento, dalla trasformazione, dalla riattivazione, dalla ricostruzione o dal rammodernamento». Il quarto comma prescrive, inoltre, che le imprese che svolgono attività produttive di redditi esenti devono tenere la contabilità in modo che sia possibile determinare separatamente la parte di utili attribuibile a tali attività. Deve aggiungersi, infine, che l'art. 104 dello stesso decreto prevede che le modalità per l'applicazione delle agevolazioni, previste (anche) dall'art. 101, sono fissate dal Ministro delle Finanze d'intesa con il Ministro per gli interventi straordinari nel Mezzogiorno.

2.4. – Siffatta disciplina rappresenta la formulazione «ultima» di disposizioni analoghe succedutesi nel tempo. La prima di queste, nel dopoguerra, era contenuta nell'art. 3 del decreto legislativo C.P.S. 14 dicembre 1947 n. 1598 (Disposizioni per l'industrializzazione dell'Italia meridionale ed insulare) che — con distinzione fra gli stabilimenti, formulazione e *ratio* analoghe — esentava per dieci anni le relative imprese dall'imposta di ricchezza mobile. Tale disposizione fu ribadita, e la sua efficacia prorogata, da leggi successive e, in particolare, dall'art. 13 comma 2 della legge 26 giugno 1965 n. 717 (Disciplina degli interventi per lo sviluppo del Mezzogiorno), il quale previde che le modalità per l'applicazione delle agevolazioni sarebbe stata fissata con decreto interministeriale.

In attuazione di tale previsione, fu adottato il decreto interministeriale (Ministro per le Finanze e Ministro per gli interventi straordinari nel Mezzogiorno) 14 dicembre 1965 (Modalità d'applicazione delle agevolazioni fiscali per il Mezzogiorno, pubbl. nella *Gazzetta Ufficiale* n. 315 del 18 dicembre 1965), che nell'art. 19, fra l'altro, stabilì che «l'esenzione decennale dall'imposta di ricchezza mobile per i redditi degli stabilimenti industriali tecnicamente organizzati, impiantati, ampliati, trasformati, riattivati, ricostruiti o rammodernati... deve essere richiesta con apposita istanza o nel contesto della dichiarazione unica annuale dei redditi all'ufficio distrettuale delle imposte dirette....».

Come risulta anche da quanto disposto dal successivo art. 20, relativo all'esenzione degli utili reinvestiti, la domanda del contribuente veniva istruita dall'ufficio distrettuale delle imposte anche con la collaborazione dell'ufficio tecnico erariale competente per territorio ed il procedimento si concludeva con un provvedimento dell'ufficio distrettuale di riconoscimento o di diniego dell'agevolazione richiesta.

La disposizione agevolativa *de qua* fu, poi, trasposta nell'art. 106 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1967 n. 1523 (t.u. delle leggi sul Mezzogiorno). A seguito dell'entrata in vigore della riforma tributaria del 1971-1973, il legislatore adottò la soluzione di attenuare le nuove imposte dirette nelle fattispecie in questione, trasferendo l'esenzione dall'imposta di ricchezza mobile cat. B all'imposta locale sui redditi art. 26 comma 2 decreto del Presidente della Repubblica n. 601 del 1973, recante disciplina delle agevolazioni tributarie). La disposizione medesima ha trovato, infine, il suo assetto definitivo nell'analizzato art. 101 del t.u. del 1978.

Nonostante che, come già rilevato, sia l'art. 114 del t.u. del 1967, sia l'art. 104 del t.u. del 1978 prevedessero l'emanazione di un decreto interministeriale che stabilisse le modalità di applicazione delle agevolazioni fiscali per l'industria, il decreto ministeriale del 1965, dianzi analizzato, per quanto attiene al «procedimento» relativo all'agevolazione *de qua*, non è stato mai, a quanto consta, né modificato, né abrogato (tanto è vero che risulta applicato anche al caso di specie, come emerge dalle incontestate «cadenze» procedimentali esposte nello «svolgimento del processo»).

2.5. – Ciò posto, la critica mossa dall'Amministrazione finanziaria alla decisione impugnata (cfr., *supra*, n. 2.1) pecca per «astrattezza», in quanto, se è vero che, in generale, l'esenzione opera *ex lege* — nel senso che essa deve essere riconosciuta dall'ufficio tributario anche in mancanza di ogni richiesta del contribuente — è altrettanto vero che la singola legge di agevolazione può richiedere — espressamente, od anche implicitamente, con riferimento alla strutturazione legislativa della agevolazione medesima — la domanda del contribuente stesso, nel qual caso la domanda, la richiesta o l'istanza diviene elemento della fattispecie a formazione progressiva del diritto all'esenzione.

Che, con riferimento al caso di specie, il diritto del contribuente, ai sensi dell'art. 101 comma 2 decreto del Presidente della Repubblica n. 218 del 1978, all'esenzione decennale dall'I.lo.r., per il reddito derivante dall'ampliamento dello stabilimento industriale tecnicamente organizzato (ovvero dalle altre attività, ivi considerate, effettuate sullo stesso), non discenda «automaticamente» dalla legge, ma presupponga necessariamente un previo «procedimento», è dimostrato dalle considerazioni che seguono: *A*) Posto che quella di specie, e le altre agevolazioni fiscali predisposte dagli artt. 100-106 del decreto del Presidente della Repubblica n. 218 del 1978 sono, con ogni evidenza, finalizzate alla realizzazione dell'interesse pubblico alla industrializzazione del Mezzogiorno d'Italia, è la stessa definizione legislativa dei presupposti del beneficio *de quo* a richiedere la previa valutazione, da parte dell'Amministrazione, della esistenza, nel caso specifico, dell'interesse pubblico perseguito dalla legge: e così, che si tratti di «stabilimenti industriali

tecnicamente organizzati» (cfr., in tal senso, Cass. n. 5479 del 1998, nonché, ad es., la legge n. 707 del 1978, «interpretativa», fra l'altro, dell'art. 101 n. 218 del 1978); che gli stessi siano già «esistenti» nei territori considerati dalla legge; che i medesimi siano stati «ampliati....», etc. (cfr., *supra*, n. 2.3); *B*) L'esenzione *de qua* — quale strutturata dal legislatore: «esenzione... per il reddito derivante dall'ampliamento....» — implica necessariamente la previa determinazione, da parte dell'Amministrazione, del (la parte di) reddito esente, come appare confermato dall'art. 101 comma 4, che impone alle imprese che svolgono attività produttive di redditi esenti la tenuta della contabilità, in modo tale che sia possibile determinare separatamente la parte di utile esente e non; *C*) Il fatto che il legislatore abbia previsto — fin dall'art. 13 comma 2 della legge n. 717 del 1965 (disposizione, poi, riprodotta tal quale nei due testi unici dianzi ricordati: cfr., *supra*, n. 2.4) — l'emanazione di un atto di normazione secondaria disciplinante le «modalità di applicazione» (fra le altre) della agevolazione *de qua*, fa già chiaramente intendere che questa non discende automaticamente dalla legge che la prevede, ma dipende dall'esito di un «procedimento» disciplinato dall'Amministrazione; *D*) Conclusione, questa, confortata dall'analisi di detto «procedimento», quale prefigurato dall'art. 19 (in combinato disposto con l'art. 20) del decreto ministeriale 14 dicembre 1965 dianzi citato, da cui emerge, in sintesi, che l'esenzione *de qua* «deve essere richiesta con apposita istanza o nel contesto della dichiarazione... dei redditi» dall'interessato (art. 19 comma 1); che la sussistenza dei requisiti e delle condizioni, previste dalla legge per l'esenzione, deve essere «comprovata» (e cioè, controllata) da un ufficio pubblico (ufficio tecnico erariale: art. 20 commi 6 e 7); e che tale procedimento deve concludersi con un provvedimento di «riconoscimento» o di «diniego», totale o parziale, del diritto all'esenzione.

2.6. – Alla luce di tutti gli elementi di analisi dianzi considerati, può concludersi che l'art. 101 comma 2 del decreto del Presidente della Repubblica n. 218 del 1978 riconosce alle imprese — che ampliano, trasformano, riattivano, ricostruiscono o rammodernano stabilimenti industriali tecnicamente organizzati nei territori di cui all'art. 1 dello stesso testo unico — il diritto all'esenzione decennale dall'I.lo.r. in misura parziale, relativamente cioè a quella parte di reddito prodotto, derivante da una delle predette attività; che il riconoscimento di tale diritto è subordinato alla proposizione della relativa domanda del contribuente ed all'accertamento-valutazione della sussistenza dei requisiti previsti dalla legge, operato da uffici dell'Amministrazione finanziaria (ufficio distrettuale delle imposte dirette ed ufficio tecnico erariale); e che il riconoscimento medesimo deve essere «formalizzato» in un provvedimento di quest'ultima, avente ad oggetto anche la determinazione del reddito esente (e, conseguentemente, la riduzione della base imponibile ai fini dell'I.lo.r.).

2.7. – Se — tenuto conto dei pochi precedenti di questa Corte (sentt. nn. 2462 del 1977 e 3515 del 1982, in tema di esenzione decennale dall'imposta di ricchezza mobile, accordata da disposizioni analoghe a quella in esame: cfr., *supra*, n. 2.4) — è agevole ribadire che, anche relativamente all'esenzione *de qua*, questa, pur avendo carattere oggettivo, non opera automaticamente, in quanto postula la «domanda» del

contribuente; e se — sempre alla luce dei predetti precedenti, nonché di più recenti in materie analoghe: cfr. sentt. nn. 10992 del 1995 e 2444 del 1996) — è altrettanto agevole affermare che il provvedimento positivo dell'Amministrazione finanziaria, per un verso, si limita ad «accertare» la sussistenza dei presupposti di fatto cui la legge collega l'agevolazione, e, per l'altro, con esercizio di discrezionalità meramente tecnica, determina la quota di reddito esente; non può negarsi, tuttavia, che il diritto del contribuente all'esenzione in esame viene «riconosciuto» dall'Amministrazione soltanto al termine (con il perfezionamento) della fattispecie «tipica» a formazione progressiva (del «procedimento») — prefigurata dalla legge (combinato disposto degli artt. 101 comma 2 e 104 decreto del Presidente della Repubblica n. 218 del 1978) e dal decreto ministeriale 14 dicembre 1965 (combinato disposto degli artt. 19 e 20), che, in attuazione della legge, ha dettato le «modalità di applicazione» dell'agevolazione — i cui elementi necessari sono, da un lato, la domanda del contribuente medesimo, e, dall'altro, il provvedimento positivo dell'Amministrazione. In altre parole, se la domanda del contribuente — il quale è titolare *ex lege* del diritto all'esenzione — ha funzioni di impulso del procedimento e di delimitazione nel tempo dell'efficacia del provvedimento di riconoscimento dell'esenzione, quest'ultimo ha la sola funzione di rendere incontestabile (in sede amministrativa e giurisdizionale), da parte dell'Amministrazione finanziaria, il diritto medesimo.

2.8. – Da quanto ora osservato consegue che — come il contribuente può esercitare e far valere il diritto all'esenzione, in quanto attribuitogli dalla legge, anche prima del provvedimento di riconoscimento (ad es., in sede di «autotassazione», ovvero in sede contenziosa avverso un provvedimento impositivo dell'Amministrazione) — così egli ha anche la facoltà (ad es., per ragioni cautelative o prudenziali) di non esercitarlo, fintantoché la fattispecie tipica prevista dalla legge non si sia perfezionata con il riconoscimento dell'esenzione, che, come dianzi sottolineato, può anche esser negato in tutto o in parte (con provvedimento autonomamente impugnabile: cfr. Cass. nn. 6262 del 1980, 661 del 1986 a s.u., 722 del 1987). Nell'ipotesi in cui il contribuente decida di non esercitare il diritto all'esenzione — che corrisponde a quella di specie — egli, in attesa del provvedimento dell'Amministrazione, deve comportarsi «come se» non ne fosse titolare, vale a dire corrispondendo il tributo nei tempi e nei modi di legge, mediante versamento diretto all'esattoria, ai sensi del combinato disposto degli artt. 8 comma 1 decreto del Presidente della Repubblica n. 599 del 1973 (Istituzione e disciplina dell'imposta locale sui redditi) e 3 comma 1 n. 6 decreto del Presidente della Repubblica n. 602 del 1973 (Disposizioni sulla riscossione delle imposte sui redditi). E che tale comportamento del contribuente sia pienamente legittimo, è dimostrato dalla stessa configurazione legislativa dell'esenzione *de qua*, che prevede un suo «riconoscimento», nel senso dianzi precisato, da parte dell'Amministrazione; sicché, il contribuente medesimo, al fine di evitare contestazioni e/o eventuali sanzioni, può legittimamente optare per l'attesa del provvedimento di quest'ultima (che — si ribadisce — può anche avere contenuto negativo) e, conseguentemente, per il pagamento, *medio tempore*, dell'imposta.

Ma se è così, il provvedimento di riconoscimento del diritto all'esenzione — che, con riferimento alla data di presentazione della domanda ed al periodo di esenzione, produca i suoi effetti (anche) relativamente ad imposta già pagata — è «costitutivo» (non già del diritto all'agevolazione — che, invece, viene solo «incontestabilmente accertato» — ma) del diritto alla restituzione dell'imposta, indebitamente (per effetto del riconoscimento) pagata.

Ed allora, alla fattispecie qui considerata risulta inapplicabile l'art. 38 comma 1 decreto del Presidente della Repubblica n. 602 del 1973, per la decisiva ragione che tale disposizione disciplina fattispecie di rimborso di «versamenti diretti» che sono, fin dall'origine, non dovuti: fattispecie, cioè, in cui il «titolo» per la restituzione sussista e sia, perciò, invocabile, dal contribuente nei confronti dell'Amministrazione, fin dal momento del versamento.

Alla fattispecie medesima è, invece, applicabile l'art. 16 comma 6 decreto del Presidente della Repubblica n. 636 del 1972 — nella parte in cui dispone che, «in caso di versamento diretto... il contribuente che ritiene di aver diritto a rimborsi ne fa istanza all'ufficio tributario competente... in mancanza di disposizioni specifiche, entro due anni... dal giorno in cui sia sorto il diritto alla restituzione» — nelle ipotesi in cui, quale quella di specie, il diritto alla restituzione sia sorto in data posteriore a quella del pagamento dell'imposta. E l'applicabilità di questa disposizione discende dal decisivo rilievo, secondo cui siffatta ipotesi non è prefigurata dall'art. 38 comma 1 decreto del Presidente della Repubblica n. 602 del 1973 (opinando diversamente, ne conseguirebbe la palese, irragionevole vanificazione del termine di decadenza di diciotto mesi, ivi stabilito per esercitare, in sede amministrativa, il diritto al rimborso); sicché, «in mancanza di disposizioni specifiche» (l'art. 38 comma 1, appunto), risulta applicabile, con ogni evidenza, l'art. 16 comma 6, nella sua natura di disposizione residuale e «di chiusura» in materia di rimborso d'imposta (*omissis*).

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 19 novembre 1998 n. 11653 - *Pres.* Grieco - *Rel.* Olla - *P.G.* (concl. conf.) Gambardella - Ministero delle Finanze (avv. Stato Salimei) c. Hertz Italiana (avv. Adonnino).

Tributi erariali diretti - IRPEG - Reddito d'impresa - Elementi negativi - Somme versate per sanatoria di infrazioni tributarie - Sanatoria disposta con decreto-legge 10 luglio 1982 n. 429 - Detraibilità - Limiti - Principi di inerenza e di competenza - Limiti.

(Decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973 n. 597, artt. 61, comma I, e 74; decreto-legge 10 luglio 1982 n. 429, convertito in legge 7 agosto 1982 n. 516, artt. 31 e 20 comma VI).

Le somme versate a seguito dell'istanza di sanatoria delle violazioni concernenti l'imposta di bollo, ai sensi dell'art. 31 decreto-legge 10 luglio 1982 n. 429 conv. in legge 7 agosto 1982 n. 516, sono, ai sensi dell'art. 20, comma sesto, del medesimo decreto-legge, deducibili dall'imponibile ancorché il relativo onere si

riferisca a violazioni non commesse nel periodo d'imposta in cui avviene il versamento (1).

L'art. 61, I comma, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 597, che consente, nella determinazione del reddito d'impresa, la deduzione delle imposte diverse da quelle sul reddito o da quelle per cui sia prevista rivalsa anche facoltativa, opera secondo il principio di cassa e non secondo quello di competenza, in ciò derogando all'art. 74 del medesimo decreto del Presidente della Repubblica, anche se il pagamento avvenga dopo la naturale scadenza grazie a disposizioni di legge speciale, incluse quelle di sanatoria o condono (2).

(*omissis*)

1. – Il ricorso proposto dall'Amministrazione Finanziaria dello Stato ha ad oggetto la questione se alla determinazione del reddito di impresa relativo ad un determinato periodo di imposta concorrano (in negativo) le somme versate dall'imprenditore nello stesso periodo a titolo di definizione amministrativa — in forza del c.d. condono tributario del 1982, di cui al decreto-legge 10 luglio 1982 n. 429 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1982 n. 516 — delle pendenze tributarie riguardanti l'imposta di bollo dovuta per periodi di imposta antecedenti quello nel quale il pagamento stesso è stato effettuato.

In sede di legittimità, la controversia si incentra in modo esclusivo sulla identificazione della fonte normativa il cui precetto risulti pertinente ai fini della risoluzione della questione.

---

(1) Nel caso in esame, si trattava di un soggetto IRPEG avente natura di società commerciale, il cui reddito, per definizione normativa, è reddito di impresa. Di conseguenza, i costi relativi alla sanatoria di cui al decreto-legge n. 429/1982, deducibili in forza dell'art. 20, comma sesto, dello stesso decreto-legge, avrebbero dovuto, secondo l'Amministrazione, essere considerati come elementi negativi del reddito d'impresa in base ai due principi di competenza e di inerenza: cioè non, integralmente, nell'anno del versamento, ma a seconda dell'anno di commissione dell'infrazione.

Del tutto preliminare l'osservazione che l'art. 20 consente la deduzione delle somme versate per la sanatoria delle violazioni finanziarie delle stesse imposte deducibili *ex* art. 61 decreto del Presidente della Repubblica n. 597 (ora, TUIR, art. 64, I comma). Tanto è stato chiarito con l'interpretazione autentica di cui all'art. 2-*bis* del decreto-legge 15 dicembre 1982 n. 915 introdotto dalla legge di conversione 12 febbraio 1983 n. 27.

Ora, è noto che tale imputazione di elementi negativi avviene per cassa in deroga al principio dell'art. 74 decreto del Presidente della Repubblica n. 597 (ora, TUIR, art. 75). Ne segue che anche la deduzione delle somme per il condono deve seguire la medesima regola, non essendo quindi rilevante il momento consumativo dell'infrazione. Quanto all'argomento, senz'altro suggestivo, che una infrazione fiscale non può essere considerata inerente ai fini del reddito d'impresa, essa è superata, pur nella sua intrinseca verità, dalla contraria disposizione dell'art. 20 medesimo.

(2) Cfr. oggi il comma 1 e il comma 5 dell'art. 75 TUIR che, rispettivamente, limitano il principio di competenza alle ipotesi non diversamente regolate (come, per le imposte deducibili, espressamente dispone l'art. 64 comma primo par. secondo TUIR) ed escludono dal principio, più severo ancora, dell'inerenza specifica delle poste attive e delle poste passive, i costi fiscali, salva l'inerenza generale delle stesse all'impresa esercitata.

R.d.F.

2. – Difatti, nell'unico mezzo di annullamento la ricorrente nega che rispetto allo specifico tema possa trovare applicazione il disposto dell'art. 20 legge n. 516/1982, per il quale «l'imposta locale sui redditi e l'imposta sul valore aggiunto dovute a seguito delle dichiarazioni integrative di cui al presente titolo non sono deducibili ai fini del reddito complessivo soggetto all'imposta sul reddito delle persone fisiche o all'imposta sul reddito delle persone giuridiche»; ovvero quello di cui all'art. 61 comma 1 decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973 n. 597 (all'epoca in vigore) per il quale «le imposte sul reddito e quelle per le quali è prevista la rivalsa, anche facoltativa, non sono ammesse in deduzione. Le altre imposte sono deducibili nel periodo d'imposta in cui avviene il pagamento o ha inizio la riscossione dei ruoli nei quali sono iscritte». E sostiene che, invece, deve trovare applicazione l'art. 74 del detto decreto del Presidente della Repubblica n. 597/1973 per il quale, in via generate, la determinazione ai fini fiscali del reddito di un'impresa deve essere effettuata tanto sulla base del principio di competenza per il quale, ricavi, costi ed oneri concorrono a determinare il reddito del solo esercizio in cui hanno contribuito alla formazione del reddito; quanto, inoltre, sulla base del principio di inerenza, per il quale i costi e gli oneri sono deducibili solo ed in quanto si riferiscano ad attività ed operazioni da cui derivano i proventi e i ricavi che concorrono a formare il reddito di impresa.

La ricorrente, dopo aver ammesso l'ininfluenza ai fini della risoluzione della questione del principio di inerenza in quanto «in teoria potrebbe forse non escludersi che l'imposta di bollo possa essere in qualche modo collegata all'esercizio dell'impresa», così argomenta le riassunte conclusioni.

La disposizione di cui al sesto comma dell'art. 20 legge n. 516/1982 deve essere interpretata in senso restrittivo anche, e soprattutto, «in considerazione della eccezionalità del condono». Alla stregua di siffatto canone ermeneutico si deve escludere la ammissibilità di una sua interpretazione *a contrariis*, con la conseguenza che il precetto normativo da essa fissato ha la sola portata «di escludere la deducibilità di imposte ordinariamente deducibili quale l'ILOR e l'IVA per la quale non vi sia rivalsa», e non anche quella di consentire — in deroga alla regola generale sul principio di competenza — «la deducibilità anche delle imposte ordinariamente non deducibili dal reddito di quel dato anno».

Il precetto di cui al primo comma dell'art. 61 del decreto del Presidente della Repubblica n. 597/1973, dal suo canto, non è applicabile, per un verso, perché «regola e presiede il caso ordinario del pagamento alla scadenza, sia in autotassazione che a mezzo ruoli, e non certo il caso patologico dell'esazione» o del pagamento in funzione del condono tributario e nel corso del relativo procedimento; per altro verso, perché si tratta di un disposizione derogatoria del principio generale fissato nell'art. 74 decreto del Presidente della Repubblica n. 597/1973, sicché è di stretta interpretazione e può trovare applicazione solo con riferimento alle ipotesi espressamente previste.

Pertanto, a suo avviso, non può che trovare applicazione il disposto dell'art. 74 decreto del Presidente della Repubblica n. 597/1973.

Ebbene, sostiene, sulla base di questa norma le somme pagate a titolo di definizione amministrativa (secondo la disciplina del condono tributario del 1982) di una pendenza in materia anche di bollo non possono essere portate in deduzione

ai fini della determinazione del reddito di impresa dell'esercizio (e del correlativo periodo di imposta) in cui il pagamento stesso è avvenuto: ciò perché «le imposte così pagate non hanno concorso alla formazione del reddito dell'anno dal quale si pretende dedurle che si sarebbe, ed anzi si è prodotto, anche senza il pagamento di tali imposte».

Ne trae che la Commissione Tributaria centrale ha violato gli artt. 61 e 74 decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973 n. 597 ed ha applicato falsamente l'art. 20 legge 7 agosto 1982 n. 516 allorché — a seguito della erronea diversa lettura delle dette norme — ha affermato il principio opposto, e alla sua stregua ha statuito che la S.p.a. Hertz aveva diritto a dedurre dal reddito relativo all'esercizio chiuso il 31 dicembre 1982 la somma di L. 1.158.279.500, versata il 24 novembre 1982 per definire in via amministrativa secondo la disciplina del condono tributario del 1982, le controversie in materia di imposta di bollo dovuta in relazione a precedenti esercizi.

3. – La costruzione giuridica proposta dalla ricorrente si incentra, dunque, sull'assunto che il precetto di cui sesto comma dell'art. 20 legge n. 516/1982 esclude la deducibilità (ai fini della formazione del reddito complessivo soggetto alle imposte sui redditi delle persone fisiche e delle persone giuridiche) sia delle somme versate per la definizione delle pendenze relative all'imposta di bollo; e, in ogni caso, esclude la deducibilità delle somme versate per la definizione di pendenze riguardanti periodi di imposta precedenti quello nel quale il pagamento è avvenuto.

4.1. – La costruzione così sintetizzata non può essere condivisa.

4.2. – Per quanto attiene al punto relativo alla fenomenologia delle imposte deducibili, dalla corretta esegesi del sesto comma dell'art. 20 legge n. 516/1982 (nel testo introdotto dall'art. 2 *bis* decreto-legge 15 dicembre 1982 n. 916 convertito, con modificazioni, in legge 12 febbraio 1983 n. 27) discende che questa disposizione consente la deducibilità (al fine ivi previsto) delle somme che il contribuente abbia corrisposto per la definizione (in forza del condono tributario del 1982) delle pendenze relative a tutte le imposte diverse dall'ILOR e dall'IVA, sempre, peraltro, che si tratti di imposte deducibili ai sensi dell'art. 61 comma 1 decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973 n. 597. Quindi, per quel che qui rileva, consente la deducibilità delle somme versate per la definizione di pendenze in materia di imposta di bollo, una volta che — come del resto neanche la ricorrente contesta — gli oneri relativi a questo tributo sono deducibili ai fini della formazione del reddito, anche ai sensi dell'art. 61 decreto del Presidente della Repubblica n. 597/1973.

In tale senso depone, innanzitutto, il rilievo che la formulazione letterale della norma non avrebbe alcuna logica ove il suo precetto dovesse essere inteso nel senso che, come si assume dall'Amministrazione Finanziaria, lo stesso dispone l'indeducibilità tanto — per espressa previsione — delle somme versate per la definizione delle pendenze ILOR ed IVA, quanto — in via indiretta ed in forza della mancata espressa previsione, in positivo, della loro deducibilità — delle somme versate per la definizione delle altre imposte. È del tutto palese, infatti, che per

pervenire all'introduzione di un siffatto precetto sarebbe stato sufficiente prevedere l'indeducibilità di tutte le somme a qualsiasi titolo versate, con un formula generica e generalizzante; e che la formulazione adottata è strumentale al fine di rendere immediatamente certa ed inequivoca l'identificazione delle sole imposte escluse dalla deducibilità. Ed è appena il caso di sottolineare che, diversamente da quanto sostiene la ricorrente, «l'eccezionalità del condono» non inibisce in alcun modo un'interpretazione *a contrariis* delle relative norme.

Nello stesso senso depone, inoltre, la constatazione che il precetto, così come ricostruito dalla ricorrente, determinerebbe una disciplina specifica del tutto antinomica rispetto a quella generale in tema di formazione del reddito di impresa dettato dall'art. 61 comma 1 decreto del Presidente della Repubblica n. 597/1973 all'epoca vigente che consente la deducibilità di tutte le «altre imposte» diverse da quelle sul reddito e da quelle per le quali è prevista la rivalsa anche facoltativa; nonché il rilievo che tale antinomia non avrebbe giustificazione alcuna.

4.3. – Per quanto attiene, poi, al distinto punto relativo ai limiti quantitativi dei versamenti deducibili, si deve dire che il precetto del sesto comma dell'art. 20 legge n. 516/1982 consente la deducibilità nell'esercizio in cui il versamento ai fini del condono è avvenuto dell'intero ammontare delle somme versate, anche se strumentali alla definizione di imposte (ovviamente deducibili) dovute per periodi di imposta antecedenti quell'esercizio. Vale a dire che consente la deduzione dal reddito di un solo anno (quello relativo all'esercizio in cui è avvenuto il versamento) della somma globalmente versata a titolo di condono, quand'anche non «di competenza» di quell'esercizio.

Per vero, la norma non contiene alcuna limitazione in ordine alla estensione delle somme deducibili, e già questo comporta che la deducibilità non può che essere estesa all'intero importo del versamento a prescindere dal periodo di imposta cui lo stesso ineriva.

La lettura emergente dal dato letterale è definitivamente confortata da da due ulteriori, distinti argomenti:

a) in via generale, la deducibilità ai fini della determinazione del reddito di impresa degli oneri fiscali, ove ammessa, è assoggettata al principio c.d. «di cassa», che attribuisce rilevanza al momento del pagamento e non a quello di competenza: infatti, il regime relativo alla deducibilità degli oneri fiscali è fissato nel primo comma dell'art. 61 comma 1 del decreto del Presidente della Repubblica n. 597/1973 (che costituisce norma speciale in ordine a detti oneri e, pertanto, esclude, nei loro confronti, l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 74 della medesima fonte normativa) ed alla sua stregua la deduzione delle somme pagate per assolvere gli oneri tributari deve essere effettuata «nel periodo di imposta in cui avviene il pagamento o ha inizio la riscossione nei ruoli nei quali sono iscritte».

Ora, dalla portata generale della previsione di cui all'art. 61 comma 1 decreto del Presidente della Repubblica n. 597/1973 consegue, per un verso, che il principio di cassa deve trovare applicazione non solo nella ipotesi (ordinaria e perciò considerata dal legislatore) del pagamento alla scadenza, ma in tutte le ipotesi in cui l'ordinamento positivo ammetta la deducibilità di un tributo: quindi, anche nella

ipotesi — non diversamente disciplinata — dei versamenti ai fini del condono del 1982, che, dunque, sono deducibili globalmente nell'anno del pagamento a prescindere dall'esercizio di inerenza del tributo definito; per altro verso, che la lettura accolta risulta totalmente armonica al sistema di determinazione del reddito in ordine ai pagamenti dei tributi e, pertanto, da preferirsi non fosse altro che per questa ragione.

b) Il sistema del condono tributario del 1982 aveva come effetto sostanziale globale quello di escludere, per il contribuente che avesse proceduto alla dichiarazione integrativa, le conseguenze negative connesse al mancato tempestivo adempimento degli obblighi tributari.

Ebbene, mentre la lettura qui accolta si armonizza pienamente con siffatto effetto globale, la lettura proposta dalla ricorrente risulta con esso incompatibile (e, perciò, anche sotto questo profilo da disattendere), perché comporta che al contribuente viene preclusa la possibilità di portare in deduzione un tributo che, invece, avrebbe potuto dedurre ove avesse provveduto tempestivamente al relativo adempimento, sicché si risolve nella conservazione di una conseguenza negativa.

4.4. – È principio, allora, che a mente dell'art. 20 comma 6 decreto-legge 10 luglio 1982 n. 429 convertito in legge 7 agosto 1982 n. 516 come modificato dall'art. 2-*bis* decreto-legge 15 dicembre 1982 n. 916 convertito in legge 12 febbraio 1983 n. 27, nella determinazione del reddito complessivo di impresa soggetto all'imposta sul reddito delle persone fisiche o delle persone giuridiche relativo all'esercizio nel quale il contribuente ha versato le somme dovute per la definizione amministrativa ai sensi del condono tributario del 1982 delle pendenze in materia di imposta di bollo, può essere dedotto l'intero ammontare della somma versata dal contribuente ai fini del detto condono anche se relativo alla definizione delle imposte dovute per periodi precedenti quello in cui il pagamento stesso è stato effettuato.

5. – Ne discende che la Commissione Tributaria Centrale non è incorsa nella violazione di legge denunciata nel motivo, posto che si è uniformata all'enunciato principio e ne ha fatto corretta applicazione nel caso di specie; e che il mezzo di annullamento è infondato e deve essere respinto.

6. – Ne deriva, in ultima analisi, il rigetto del ricorso (*omissis*).

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 11 gennaio 1999 n. 166 - *Pres.* Papa - *Rel.* Cicala - *P.G.* (concl. conf.) Raimondi - Ministero delle Finanze (avv. Stato G. Aiello) c. Lory Makuc (avv. Coen).

Tributi erariali diretti - Società di persone - Accertamento in capo alla società - Effetti nei riguardi dei singoli soci - Automaticità - Esclusione.

(TUIR, art. 5 commi 1 e 3 lett. *b*); decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973 n. 600, artt. 38 e 39; decreto legislativo 31 dicembre 1992 n. 546, art. 36 comma 2 n. 4, art. 29 comma 1). Conformi le coeve sentenze 167 e 168 rese tra le stesse parti.

L'accertamento, concernente l'imponibile IRPEF e ILOR, elevato nei confronti di una società di persone, non ha efficacia automatica anche nei confronti dei singoli soci, cui il reddito è pro *quota imputabile* (1).

Legittimamente il giudice tributario, dal quale siano contestualmente decise più cause concernenti questioni legate da un nesso di consequenzialità necessaria, motiva le sentenze delle cause dipendenti rinviando alle argomentazioni delle principali, ciò non configurando affatto motivazione per relationem *ma la semplice constatazione che la sentenza principale comportava necessariamente identiche conclusioni per le altre* (2).

(*omissis*)

L'Amministrazione deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 103 codice procedura civile, 38, 40 decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, art. 5, decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 597, art. 14 decreto legislativo n. 546/1992 nonché omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia in relazione all'art. 360, n. 3 e 5 codice procedura civile.

Secondo l'Amministrazione il Giudice tributario avrebbe dovuto dichiarare inammissibile il ricorso della contribuente, rilevando che difettava l'interesse a ricorrere dal momento che ad essa si estendeva automaticamente il ricorso della società.

Soggiunge che comunque erroneamente la Commissione regionale avrebbe stabilito un nesso di pregiudizialità tra la controversia relativa all'ammontare del

---

(1) La Suprema Corte sembra avere affermato, forse troppo semplicisticamente, il principio per cui l'accertamento ai fini delle imposte sui redditi di una società personale non produce effetti automatici sui singoli atti di accertamento del maggiore imponibile dei soci, cui tale reddito è imputato *pro quota*.

Ciò sarebbe giustificato dalla necessità, per il socio, di potere contraddire l'atto che ridetermina i redditi della società.

La soluzione pecca di eccessivo garantismo e non tiene conto del fatto che unico legittimato a contraddire l'atto di accertamento nei confronti della società è la medesima, come rappresentata in base alla legge o allo statuto; e al proposito occorre ricordare che anche nelle società in nome collettivo, ove il socio è di norma anche coamministratore, la sua volontà è pur sempre in rapporto dialettico con quella degli altri soci, titolari dello *jus veti* (art. 2257 codice civile). E ciò, a voler tacere dei casi in cui il socio non rappresenta affatto la società, come nell'amministrazione congiuntiva o nel caso di nomina di apposito amministratore (artt. 2258, 2259 codice civile).

Onde evitare, pertanto, il paradossale risultato di far rimettere costantemente in discussione l'accertamento, con inammissibile eccesso di tutela, a opera dei soci, cui per legge si imputa il reddito della società personale, si deve limitare la possibilità di costoro di impugnare l'accertamento relativo ai redditi dei singoli, da una parte ai vizi formali e propri dell'atto, dall'altra a quelli relativi al computo del reddito complessivo, non afferenti cioè alla quota di imponibile IRPEF imputata *ex* art. 5 TUIR. Infine, e con riferimento a tale quota, alla errata imputazione (nell'*an* o nel *quantum* della quota stessa) ovvero al diverso ammontare della stessa dovuto alla erroneità dell'accertamento «sociale» se e in quanto contestato ritualmente dalla società.

Pertanto, ove tale accertamento divenga inoppugnabile (o tale divenga la sentenza che pronunzi sul relativo ricorso) tale ammontare non sarà più contestabile.

reddito societario e quella concernente il reddito di partecipazione del socio, ritenendo che l'esito del primo giudizio, non ancora passato in giudicato, precludesse ogni indagine sull'effettivo possesso del reddito da parte del socio contribuente.

Entrambi i profili del ricorso debbono essere rigettati.

Il primo perché il socio della società di fatto ha un evidente interesse a contraddire l'atto che gli determina i redditi della società in misura maggiore al dichiarato, e conseguentemente gli accolla un maggior reddito proporzionale alla quota.

Per quanto attiene al secondo profilo, occorre ricordare che questa Corte con le sue sentenze n. 7654 del 10 luglio 1991 e n. 3923 del 1° aprile 1992, ha ammesso che, almeno nella specifica materia tributaria, quando il medesimo organo giudicante si trovi a pronunciare contestualmente più decisioni in cui siano affrontate questioni legate fra di loro con un vincolo di consequenzialità necessaria, è consentito che la motivazione di una decisione consista in un rinvio alle argomentazioni svolte nell'altra. Del resto in tale caso non si ha tanto la motivazione di una sentenza *per relationem* cioè mediante rinvio agli argomenti contenuti in altra sentenza, ma piuttosto la constatazione che la decisione in un certo senso di una delle controversie comportava necessariamente la identica conclusione per l'altra.

La motivazione *per relationem* è anche ammessa da Cass. 28 gennaio 1987, n. 821. Mentre è ovviamente nulla la sentenza della Commissione Tributaria Centrale motivata con la mera enunciazione della opportunità di uniformarsi ad altra

---

(2) L'art. 36, II comma, n. 4 del decreto legislativo n. 546/1992, enunziante i requisiti della motivazione della sentenza del giudice tributario, richiede che la stessa sia succinta. Ciò, a differenza, del rito civile (art. 132 II comma n. 4 codice procedura civile) che per la motivazione della sentenza fa riferimento a criteri di concisione (così anche il vecchio rito tributario, art. 37 *b*) decreto del Presidente della Repubblica n. 636/1972), mentre, com'è noto, il criterio della succinta motivazione è proprio delle ordinanze (art. 134 codice procedura civile).

In tal quadro sembra giustificabile la massima in commento, anche se il criterio è assolutamente empirico con riferimento alla contestualità necessaria per tale procedimento motivazionale fra le varie decisioni, il che può creare problemi alle parti nel dover rintracciare la sentenza di riferimento, che, proprio perché stilata insieme alle altre, non ha ancora un numero e con esso non è citabile.

Del resto, sembra che il principio, nell'epoca della videoscrittura, sia assolutamente da riprovare, al limite come fondamento di una violazione di norme disciplinari *ex* art. 15 decreto legislativo n. 545/1992, fermo restando che ove la sentenza base non sia individuabile le altre devono considerarsi nulle.

Rimedio a ciò nei casi come quello in commento sarebbe stato l'uso dei poteri di riunione dei ricorsi connessi, *ex* artt. 29 e 55-61 decreto legislativo n. 546/1992, ricordando come esso sia più vasto di quello previsto nel rito civile e come possa essere applicato in appello e con semplice decreto presidenziale. Ciò consentirebbe di pervenire a un giudizio definitivo sull'accertamento del reddito della società e dei soci.

R.D.F.

decisione, che si afferma adottata nei confronti di altro contribuente, ma della quale non viene riportata la motivazione e non viene neppure indicato il contenuto decisorio (Cass. 5 maggio 1992, n. 5314).

È per altro da sottolineare come ipotesi di questo genere dovrebbero essere evitate attraverso l'istituto del litisconsorzio ora espressamente regolato anche dalla legislazione sul processo tributario (art. 14 decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546) (*omissis*).

CORTE DI CASSAZIONE, sez. I, 22 gennaio 1999 n. 580 - *Pres.* Rocchi - *Rel.* Altieri - *P.G.* (concl. conf.) Maccarone - Bonzano (avv. Contaldi) c. Ministero delle Finanze (avv. Stato De Bellis).

Tributi (in generale) - Contenzioso tributario - Nuovo rito - Ricorso per cassazione - Art. 360 n. 5 codice procedura civile - Applicabilità.

(Decreto legislativo 31 dicembre 1992 n. 546, art. 62 comma primo, e codice procedura civile art. 360 n. 5).

È ammissibile il ricorso per cassazione avverso le sentenze della Commissione Tributaria Regionale per carente, insufficiente e contraddittoria motivazione: è tale, quella che si limiti a richiamare in modo generico «l'accertamento minuziosamente eseguito dalla Guardia di Finanza» in quanto non consente la ricostruzione della ratio decidendi (1).

---

(1) La sentenza applica l'art. 62 decreto legislativo 31 dicembre 1992 n. 546, che, in tema di ricorso per cassazione avverso le sentenze della Commissione Regionale richiama l'art. 360 codice procedura civile nella sua integralità, così rendendo possibili, altresì, le censure in ordine al difetto di motivazione.

Va ricordato che nel precedente sistema di contenzioso tributario, tale motivo di ricorso, se era pacificamente ammesso avverso le sentenze della Corte di Appello giusta il rinvio alle norme codicistiche contenuto nell'art. 40 u.c. decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972 n. 636, non lo era per le sentenze della Commissione centrale, per cui, mancando una norma *ad hoc* regolante il ricorso per Cassazione, restava applicabile l'art. 111 Cost., con la conseguenza che poteva censurarsi unicamente la carenza radicale della motivazione, in senso grafico, ovvero la sua apparenza. Soluzione, invero, non dissimile da quella adottata per altri organi di giurisdizione in posizione di autonomia e rilevanza (Sezione Disciplinare del C.S.M., Consiglio Nazionale Forense, Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche).

Non si può che prendere atto della innovazione, ancorché essa configuri un sistema ancor più garantista di quello introdotto, nel nuovo rito penale, dall'art. 606 lett. *e*) codice procedura penale, che consente il ricorso per Cassazione, oltre che nel caso di omessa motivazione, anche e solo in quello di manifesta illogicità della stessa, e non per l'insufficienza della medesima. La riforma del processo tributario si pone, quindi, in controtendenza rispetto ai vari tentativi volti a sottrarre alla Cassazione — gravata da un immenso carico di lavoro — il controllo sulla sufficienza della motivazione.

R.D.F.

(*omissis*).

2.1. – Col primo motivo il ricorrente, denunciando carenza di motivazione in relazione a punti decisivi della controversia, nonché violazione degli articoli 118 disposizioni attivative codice procedura civile; 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241; 2729 codice civile e 39 decreto del Presidente della Repubblica n. 600 del 1973, lamenta che la decisione impugnata abbia totalmente omesso di considerare le ragioni esposte dal contribuente a sostegno dell'appello, e in particolare le risultanze del procedimento penale e la relazione del consulente tecnico di parte.

2.2. – Col secondo motivo, denunciando insufficienza della motivazione e violazione delle norme indicate al primo motivo sotto altro profilo, il ricorrente censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha condiviso, in modo apodittico e senza tener conto delle difese del contribuente, le valutazioni della Guardia di Finanza. Deduce, in particolare, un erroneo apprezzamento degli indizi, i quali sarebbero privi dei caratteri di cui all'art. 2729 codice civile, richiamato dall'art. 39 del decreto del Presidente della Repubblica n. 600 del 1973.

2.3. – Col terzo motivo il ricorrente denuncia, sotto ulteriore profilo, omessa motivazione e violazione delle norme già indicate al primo motivo, lamentando che la decisione impugnata non contenga alcuna motivazione nei punti in cui ha ritenuto non operante il condono per l'anno 1979 e per una parte del volume d'affari del 1984. La motivazione, infatti, renderebbe del tutto impossibile la ricostruzione dell'*iter* logico della decisione.

3. *Motivi della decisione.*

Per esigenze logiche deve essere preliminarmente esaminato il terzo motivo.

La doglianza è inammissibile, in quanto, con la stessa, viene denunciato, non già una erronea valutazione o interpretazione del giudice di merito circa il contenuto della dichiarazione integrativa, ai fini del condono, ma un vero e proprio errore di percezione sull'(in)esistenza dell'idonea documentazione; in altre parole, un errore revocatorio deducibile ai sensi dell'art. 395, n. 4, codice procedura civile.

Le altre censure, che possono essere congiuntamente esaminate, meritano accoglimento.

Premesso che le decisioni delle Commissioni Tributarie Regionali possono essere censurate in cassazione sotto il profilo di tutti i motivi previsti dall'art. 360 codice procedura civile, e quindi anche per carente, insufficiente e contraddittoria motivazione (art. 26 del decreto legislativo n. 546 del 1992).

La Corte osserva che la decisione impugnata, limitandosi a richiamare in modo generico «l'accertamento minuziosamente eseguito dalla Guardia di Finanza», non contiene alcun elemento atto a consentire il controllo di legittimità sulla motivazione circa la pretesa evasione dell'IVA per gli anni 1979 e 1984, sia in relazione agli elementi acquisiti dai verbalizzanti, sia in relazione alle argomentazioni difensive formulate dal contribuente.

Si tratta di motivazione apparente, la quale non consente la ricostruzione della *ratio decidendi* ed è quindi, *a fortiori*, censurabile ai sensi dell'art. 360, n. 5, codice procedura civile.

L'accoglimento del primo e del secondo motivo comporta la cassazione della sentenza impugnata, con rinvio per nuovo esame ad altra sezione della Commissione Tributaria Regionale del Piemonte, la quale deciderà anche sulle spese del presente giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte di Cassazione

accoglie i primi due motivi e dichiara inammissibile il terzo (*omissis*).

SEZIONE SESTA

GIURISPRUDENZA PENALE

CORTE DI CASSAZIONE, sez. III, 10 febbraio 1997, n. 257 - *Pres.* Papadia - *Est.* Imposimato - *P.M.* Scardaccione (conf.) - imp. Silvio Raponi, p.c. Ministero per i Beni culturali e Ambientali (avv. Stato Greco).

Giudizio penale - Amministrazione dello Stato parte civile - Avvocatura dello Stato difensore *ex lege* - Procura *ex lege* - Nomina del sostituto - Non è richiesta.

(Art. I, regio decreto 30 ottobre 1933 n. 1611; art. 78 e 102 codice procedura penale).

La difesa delle Amministrazioni dello Stato e degli altri Enti che hanno il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, spetta a quest'ultima unitariamente considerata e non ai singoli avvocati e procuratori dello Stato e ciò in virtù della legislazione speciale di cui al R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, che si pone come normativa speciale rispetto a quella del codice di procedure penale.

Pertanto gli avvocati dello Stato sono tutti legittimati «ad processum», non necessitano di procura speciale, nè hanno necessità di nominare un sostituto così come invece prevede l'art. 102 codice procedura penale (1).

(*omissis*).

Con sentenza in data 5 giugno 1996, la Corte di Appello di Roma, in parziale riforma della sentenza del Pretore di Latina, condannava Raponi Silvio alla pena di mesi otto di arresto e L. 6.000.000 di ammenda, per il reato p.p. dall'art. 733 codice penale, così derubricata l'originaria imputazione, riunito in continuazione all'art. 59 legge 1089/39.

Contro la sentenza della Corte di Appello di Roma ricorre in Cassazione Raponi Silvio, deducendo una serie specifica di motivi.

Lamenta il ricorrente:

1) violazione dell'art. 606, lettera c, del codice procedura penale per violazione delle norme processuali, in relazione all'art. 591 lett. c, codice procedura penale, non avendo il P.M. impugnante nel contestare l'assoluzione di cui al capo A della originaria imputazione di I grado, enunciato i motivi di diritto e di fatto dai quali si rileverebbe l'errore del Pretore, limitandosi ad una mera affermazione di principio con l'apodittica affermazione della inesatta applicazione dell'art. 7 del decreto legge 400 del 1995.

---

(1) Questa sentenza, pur nella sua sinteticità, ribadisce un'affermazione che costituisce *ius receptum* della giurisdizione civile e che appare da condividere, affermazione fatta propria anche dalla giuriprudenza penale, con l'unica eccezione della sentenza Cass. VI pen. 17 giugno 1995 n. 6980 (v. in questa *Rassegna* 1995, I, 305 con nota critica di WALLY FERRANTE: *Parte civile: procura speciale anche per le amministrazioni statali*?).

La sentenza di Appello, sul punto, si limita a richiamare le motivazioni poste a base dell'impugnazione, senza pronunciarsi sulla censura mossa.

Il motivo è infondato, La Corte di Appello ha congruamente motivato in ordine alla sufficiente specificazione da parte del P.M. delle ragioni di diritto in base alle quali ha ritenuto censurabile la motivazione di assoluzione del Raponi dal reato *sub* A, e quindi inapplicabile la norma di cui all'art. 7 del decreto legge n. 400/95, ritenuta invece applicabile dal Pretore.

Ed invero, le norme in materia di impugnazione sono ispirate al principio di un articolato formalismo nella implicita e necessaria prospettiva di delimitare nei suoi confini il campo di indagine del giudice del gravame. Tuttavia tale formalismo non va inutilmente esasperato, ogni qualvolta sia possibile individuare, come nella specie, i vari elementi dell'atto di impugnazione, altrimenti mortificandosi il principio del «*favor impugnationis*» (conf. Cass., Sez. 6, sent. 11 maggio 1995, Pres. Di Gennaro). D'altra parte, quando con i motivi di appello, vengono investiti specifici punti della sentenza che attengano alla errata applicazione di una specifica violazione di legge, ciò non si risolve in una inammissibilità della impugnazione per difetto di specificità dei motivi, perché l'individuazione dei punti della sentenza oggetto dell'impugnazione dà al giudice di appello la possibilità di riesaminare il materiale del giudizio senza vincoli, non superati nella fattispecie, che non siano quelli del punto impugnato (Conf. Cass. 5 ottobre 1992 Makram).

2) Violazione dell'art. 606 lettera c, del codice procedura penale per violazione delle norme processuali, in relazione all'art. 78, lettera A, codice di procedura penale, avendo la Corte di Appello omesso di dichiarare inammissibile la costituzione di parte civile del Ministero dei Beni culturali, per la omessa indicazione esplicita del difensore e per avere, il difensore costituitosi parte civile, omesso di documentare la propria appartenenza all'Avvocatura dello Stato. In tal modo sarebbe stato violato il diritto dell'imputato di avere certezza circa la qualità del suo contraddittore, con violazione della *ratio* dell'art. 78 lettera A.

3) Violazione dell'art. 606, lettera c, per violazione di norme processuali stabilite a pena di nullità, in relazione all'art. 102 codice procedura penale, per essere il legale comparso in Appello, persona fisica diversa da quella comparsa in primo grado e da quella sottoscrittore dei motivi di Appello, sprovvisto di delega ex art. 102 codice procedura penale. L'art. 1 regio decreto 1611/33 attiene al rapporto «interno» tra la P.A. e l'Avvocatura dello Stato.

I motivi di cui al punto 2 e 3 sono infondati.

La normativa speciale prevista dal regio decreto 30 ottobre 1933 n. 1611, stabilisce all'art. 1 che la rappresentanza e la difesa in giudizio delle Amministrazioni pubbliche spetta all'Avvocatura dello Stato in quanto Ufficio unitariamente considerato e non ai singoli avvocati o procuratori che di quell'Ufficio fanno parte. Come ha correttamente ritenuto la Corte di Appello territoriale, la legge in questione, in quanto «*ius speciale*» rispetto a quanto prescritto dall'art. 78 codice procedura penale, cioè derogatoria della normativa generale del codice di procedura penale, non attribuisce alcun potere al singolo ma all'Avvocatura dello Stato un potere generale che troverà concreta attuazione nei singoli soggetti che materialmente di volta in volta rappresenteranno l'organo. E ciò per la particolare natura dei soggetti pubblici inquadrati nella P.A. del rapporto organico

esistente tra detti soggetti e l'Avvocatura dello Stato, istituzionalmente demandata a svolgere *ex lege* il patrocinio e l'assistenza legale delle Amministrazioni dello Stato.

Ne consegue che la «*legitimatio ad processum*» spetta ad ognuno degli appartententi all'organo, perché ciascuno degli organi è titolare della relativa capacità di agire in giudizio in rappresentanza dell'Ente Patrocinato, senza necessità di procura speciale. (*omissis*).

CORTE DI CASSAZIONE, sez.VI, 28 novembre 1997 - 4 febbraio 1998, n. 1319 - *Pres.* Trojano-*P.M.* Scardaccione (diff.)-Min. finanze (avv. Stato Greco) imp. Gilardino ed altri.

Procedura penale-Giudizio di appello-Rito camerale-Legittimo impedimento dell'imputato-Mancato preannuncio al giudice dell'intenzione di partecipare all'udienza camerale-Richiesta di rinvio dell'udienza-Rigetto-Legittimità.
(codice procedura penale artt. 127, 599).

Procedura penale-Giudizio di appello-Rito camerale-Legittimo impedimento del difensore-Non comparizione del difensore in camera di consiglio-Rilevanza quale causa di nullità-Esclusione.
(codice procedura penale artt. 127, 486, 599)

Procedura penale-Contestazione originaria risultante dal capo di imputazione-Condanna per fatto risultante da successive integrazioni-Identità sostanziale del fatto contestato-Principio di correlazione tra accusa e sentenza - Violazione - Esclusione.
(codice procedura penale art. 521)

Delitti contro la Pubblica Amministrazione-Corruzione impropria-Atto discrezionale-Configurabilità.
(codice penale art. 318)

Delitti contro la Pubblica Amministrazione-Atto discrezionale-Esercizio distorto della discrezionalità-Contrarietà ai doveri di ufficio-Corruzione propria.
(codice penale art. 319)

Delitti contro la Pubblica Amministrazione-Corruzione propria-Concorso formale con il reato di collusione-Configurabilità.
(codice penale art. 319; legge 9 dicembre 1941 n. 1383, art. 3).

Nel giudizio di appello che si svolge secondo le forme del rito camerale, ai sensi dell'art. 599 codice procedura penale, l'esistenza di un legittimo impedimento dell'imputato a comparire all'udienza camerale non obbliga il giudice a disporre il rinvio dell'udienza, qualora l'imputato non abbia preventivamente manifestato l'intenzione di esser presente all'udienza.

Nel giudizio di appello che si svolge secondo le forme del rito camerale, ai sensi dell'art. 599 codice procedura penale, l'assenza del difensore dell'imputato costituisce causa di nullità solo se determinata dall'omissione della notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza camerale.

Non risulta violato il principio di correlazione tra accusa e sentenza, sancito dall'art. 521 codice procedura penale, qualora il fatto per il quale sia intervenuta sentenza di condanna a carico dell'imputato, risulti dalle integrazioni desumibili dagli interrogatori e dagli altri atti di causa, a condizione che tali integrazioni non siano idonee ad incidere sugli elementi costitutivi del reato contestato nel capo di imputazione né si pongano in una situazione di incompatibilità o eterogeneità rispetto al fatto così come descritto nella richiesta di rinvio a giudizio.

Il reato di corruzione impropria,ex art. 318 codice penale, è teoricamente configurabile anche qualora l'atto di ufficio, in relazione al compimento del quale sia stata promessa od effettuata una dazione di denaro o di altra utilità al pubblico ufficiale, abbia carattere discrezionale.

Qualora l'indebita retribuzione o la relativa promessa siano finalizzate a sollecitare l'esercizio della discrezionalità spettante al pubblico ufficiale in modo difforme dalla linea di condotta imposta dalla disinteressata ed equilibrata valutazione della situazione concreta da parte del pubblico ufficiale, sussiste il reato di corruzione propria, ex art. 319 codice penale, in considerazione della contrarietà ai doveri di ufficio dell'atto del pubblico ufficiale.

È configurabile il concorso formale di reati tra il reato di collusione di un militare della Guardia di Finanza con estranei al fine di frodare la Guardia di Finanza, previsto e punito dall'art 3 della legge n. 1383 del 1941, e quello di corruzione propria, ex art. 319 codice penale (1).

(*omissis*)

6. – Vanno prese per prime in esame, atteso il loro carattere preliminare rispetto alle censure concernenti il «merito», le doglianze di ordine processuale, con le quali si contesta, per un verso, l'osservanza del diritto di difesa sia personale sia tecnica nel giudizio di appello e, per un altro verso, l'instaurazione di un legittimo contraddittorio nello stesso giudizio, in forza del mutamento dell'addebito conseguente al *decisum* della sentenza di primo grado.

---

(1) **Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale tra corruzione propria e corruzione impropria.**

La sentenza in commento suscita particolare interesse per l'importanza delle questioni di diritto processuale penale e di diritto penale sostanziale dalla cui soluzione è dipesa la decisione di ben 10 ricorsi avverso la sentenza del 5 dicembre 1996 della Corte di Appello di Milano, emessa all'esito di un giudizio svoltosi secondo le forme del rito camerale, in virtù del combinato disposto degli artt. 443, ultimo comma, codice procedura penale e 599 codice procedura penale, trattandosi di giudizio introdotto con impugnazioni proposte avverso sentenze del giudice per le indagini preliminari presso il tribunale di Milano terminative di giudizi abbreviati.

La prima doglianza che la Corte di Cassazione ha dovuto esaminare concerne la presunta violazione del diritto di difesa sia personale, sia tecnica, per celebrazione del giudizio di appello

7. – Piu in particolare, l'avv. Isolabella, nell'interesse del Tanca, lamenta violazione della legge processuale ad opera dell'ordinanza 5 dicembre 1996 e della conseguente sentenza pronunciata lo stesso giorno, per essere stato celebrato il giudizio di appello in assenza dell' imputato e di entrambi i difensori, nonostante fosse stato dato tempestivo ed espresso avviso alla Corte, con istanza dell'11 novembre 1996, del contemporaneo impedimento tanto del Tanca tanto degli avvocati Isolabella e Steccanella, impegnati davanti al Giudice per le indagini preliminari di Milano per la celebrazione del contemporaneo giudizio abbreviato in relazione ad altro «stralcio» del medesimo procedimento, originariamente unitario.

Il motivo è infondato.

Per quel che concerne il legittimo impedimento del Tanca, è sufficiente richiamare la giurisprudenza di questa Corte, pressoché costante nel senso che nel giudizio di appello in camera di consiglio — per i tempi di speditezza e di concentrazione che impongono la sua definizione in un' unica udienza in camera di consiglio (v. Sez. II, 14 aprile 1994, Ammirati) — l'udienza deve essere rinviata quando esiste un legittimo impedimento dell' imputato che abbia manifestato la volontà di comparire (Sez. IV, 29 maggio 1997, Reyes Corres; Sez. I, 13 novembre 1995, Giurintano; tanto che la richiesta deve precedere il momento di allegazione dell'impedimento; cfr. Sez. IV, 26 novembre 1996, Vinci; Sez. I, 6 ottobre 1994, Albano); e ciò anche quando si tratti di appello avverso sentenza pronunciata in esito a giudizio abbreviato (v. Sez. IV, 23 dicembre 1994, Di Rocco).

Orbene, poiché non risulta che il Tanca abbia avanzato alcuna richiesta di partecipare all'udienza nonostante il suo oggettivo «impedimento», correttamente la Corte territoriale ha disatteso l'istanza di rinvio formulata all'udienza a mezzo del difensore «sostituto».

Relativamente al difensore, la giurisprudenza è altrettanto costante nella linea interpretativa secondo cui qualora il giudizio di appello debba svolgersi in camera di consiglio nelle forme previste dall'art. 127 codice procedura penale, richiamato dall'art. 599 dello stesso codice, sussiste nullità per mancata presenza del difensore dell' imputato solamente in quanto la stessa derivi dall' omessa notifica dell' avviso della data dell'udienza; cosicché, notificato tale avviso, è irrilevante l'assenza del difensore, anche se determinata da legittimo impedimento, essendo questo previsto quale causa di rinvio solo per il dibattimento (Sez. VI, 12 marzo 1996, Guglielmini).

---

svoltosi con rito camerale in assenza di un imputato e di entrambi i suoi difensori, che pure si sarebbero curati di preavvisare tempestivamente la Corte di Appello di Milano del loro legittimo impedimento, per essere gli stessi impegnati davanti al giudice per le indagini preliminari presso il tribunale di Milano in relazione ad altro «stralcio» del medesimo procedimento, originariamente unitario.

La Corte di Cassazione richiamata la propria precedente giurisprudenza in materia ha escluso che nel caso di specie sia stato leso il diritto di difesa personale dell'imputato, dal momento che lo stesso non aveva avanzato richiesta di partecipare all'udienza camerale tenutasi dinanzi alla Corte di Appello territoriale. Infatti, secondo tale orientamento giurisprudenziale, solo nel caso in cui l'imputato abbia manifestato preventivamente, rispetto all'allegazione dell'impedimento, la volontà di comparire, il giudice è tenuto a rinviare l'udienza camerale, anche quando — come nella vicenda processuale conclusasi con la sentenza in discorso — si tratti di appello avverso sentenza pronunciata all'esito di giudizio abbreviato.

Con la conseguenza che, non essendo applicabile alla detta procedura l'art. 486, 5° comma, codice procedura penale, la mancata concessione del rinvio richiesto dal difensore e la «non presenza» dello stesso all'udienza camerale non trovano sanzione di nullità poiché, disponendo l'art. 127 che il pubblico ministero e i difensori sono sentiti solo se compaiono, il contraddittorio è assicurato dalla semplice tempestiva notificazione degli avvisi (Sez. IV, 21 febbraio 1996, Pulcini; Sez. I, 5 dicembre 1995, De Rosa; analogamente, Sez. III, 11 luglio 1995, Ghia; Sez. VI, 27 marzo 1996, Grillo).

D'altro canto, anche ove si volesse ritenere che nell'ipotesi di appello avverso sentenze pronunciate in esito a giudizio abbreviato debba trovare applicazione, per la *piena cognitio* che, pur nell'ambito del principio devolutivo, investe il giudice di secondo grado, il disposto dell'art. 486, 5° comma, codice procedura penale, il fatto che, nel caso di specie, l'imputato si fosse affidato all'assistenza di due difensori varrebbe comunque a rendere operante l'ultima parte di tale comma. Un simile precetto richiede che l'impedimento riguardi uno soltanto dei difensori, ma la regola, non può non valere, e *a fortiori,* nel caso in cui entrambi i difensori risultino impediti per lo stesso concomitante impegno, garantendosi comunque quell'assistenza difensiva, in grado di assicurare l'osservanza del più volte richiamato 5° comma dell'art. 486. Una regola che appare conseguenziale al più generale principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite di questa Corte (cfr. Sez. un., 27 marzo 1992, Fogliani; ma anche Corte cost. sentenza n. 178 del 1991), secondo cui «il regolare espletamento della funzione giurisdizionale è bene costituzionalmente protetto per realizzare un'effettiva eguaglianza di trattamento tra tutti i cittadini sia per garantire la collettività da comportamenti gravemente lesivi dei beni individuali e collettivi»; così da contemperare le esigenze di difesa e di

---

Anche se la Corte di Cassazione non l'ha citato espressamente, è il precetto contenuto nell'art. 599, secondo comma, codice procedura penale (che impone il rinvio dell'udienza camerale, in sede di giudizio di appello, in caso di legittimo impedimento dell'imputato che abbia manifestato la volontà di comparire), a fornire solida legittimazione logico-giuridica al summenzionato orientamento giurisprudenziale.

Quanto alla prospettata lesione del diritto di difesa tecnica che si sarebbe concretata nel rigetto dell'istanza di rinvio dell'udienza camerale formulata dal sostituto processuale del difensore di fiducia, giustificata con l'allegazione del legittimo impedimento di quest'ultimo, la Corte l'ha esclusa ricorrendo ad una duplice argomentazione.

In primo luogo, sulla scia della linea interpretativa seguita costantemente dalla giurisprudenza della Suprema Corte (cfr., nello stesso senso, Cass. VI, 3 maggio 1993, Ginanneschi, CED 195140; Cass. IV, 17 dicembre 1992, pubblicata in *Cassazione penale*, 1994, 2096; si deve segnalare, però, l'importante affermazione contenuta in Cass. IV, 29 aprile 1994, Del Core, CED 200757, secondo la quale ove la mancata partecipazione all'udienza camerale sia dovuta all'adesione ad un'agitazione della categoria di appartenenza il difensore ha diritto al rinvio dell'udienza, purché ne informi il giudice manifestando anche l'intenzione di essere presente all'udienza. In senso contrario all'orientamento seguito dalla Corte di Cassazione in punto di conseguenze dell'assenza del difensore dell'imputato all'udienza camerale in sede di giudizio di appello, determinata da legittimo impedimento, cfr. in dottrina la tesi di LORUSSO, *Definizione dell'appello in camera di consiglio ed assenza del difensore per impedimento assoluto*, in *Cassazione penale* 1994, 2097, in cui si critica la prospettiva formalistica della Corte di Cassazione — secondo la quale la soluzione adottata dal codice di procedura penale del 1988

libertà dell'imputato da una parte e le esigenze di affermazione del diritto e della giustizia dall'altro. Simile contemperamento è reso possibile solo ponendo a raffronto le esigenze difensive con quelle pubbliche, affinché non si realizzino né impunità né anticipate liberazioni pericolose per la sicurezza collettiva né pretestuosi ritardi nella celebrazione dei processi.

Privo di rilievo è, poi, il richiamo all'art. 599, 3° comma, a norma del quale «nel caso di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, il giudice assume le prove in camera di consiglio a norma dell'art. 603, con la necessaria partecipazione del pubblico ministero e del difensore».

L'argomentazione che l'ordinanza 5 dicembre 1996 abbia disposto la rinnovazione parziale del dibattimento per l'acquisizione dei documenti indicati nel verbale di udienza, resta, infatti, superata sia dall'improprietà di un tale provvedimento, considerato che quando si tratta di produzione di documenti, potendosi applicare in grado di appello, anche in camera di consiglio, le disposizioni relative al giudizio di primo grado (cfr. art. 598 codice procedura penale), la detta produzione può essere consentita — come, del resto, è avvenuto nella specie — prima dell' inizio della discussione e senza necessità di ordinare, a norma dell'art. 603, la rinnovazione parziale del dibattimento, in virtù dello stesso potere concesso in primo grado nel giudizio abbreviato al giudice dell'udienza preliminare dall'art. 421, 3° comma, cui rinvia il primo comma dell'art. 441 codice procedura penale; sia dall'assorbente rilievo che la «rinnovazione» non riguardava assolutamente il Tanca, in quanto concerneva la produzione della sentenza del Tribunale militare di Torino relativamente all'applicazione della continuazione ad altri imputati e di ricevute di versamento relative al Ballerini, al Morabito, al Mastrototaro e al Gilardino.

---

per l'attuazione del principio del contraddittorio sarebbe conforme al contenuto precettivo della direttiva n. 93 della legge delega del 1987 — e si auspica un intervento correttivo del legislatore tale da consentire l'applicazione della previsione in tema di legittimo impedimento del difensore anche al di fuori dell'ambito dibattimentale, soprattutto se ci si trovi di fronte ad un'udienza svolta in forma camerale, ma potenzialmente in grado di definire il processo. È interessante segnalare, adesivamente, la duplice valenza che, nell'ottica dell'autore, assume il principio del contraddittorio quale strumento per la ricerca della verità e la formazione di una decisione attraverso il confronto-scontro tra contrapposte tesi, da un lato, e quale congegno giuridico funzionale alla piena attuazione del diritto di difesa, costituzionalmente garantito, dall'altro si è ribadito il principio secondo il quale ove il giudizio di appello debba svolgersi con il rito camerale l'assenza del difensore dell'imputato costituisce causa di nullità solo se determinata dall'omessa notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza camerale.

A tale conclusione la giurisprudenza della Corte di Cassazione è pervenuta muovendo dall'esame del disposto dell'art. 127 codice di procedura penale, espressamente richiamato dall'art. 599, primo comma, codice procedura penale — che disciplina espressamente il giudizio di appello in camera di consiglio —, il cui terzo comma prevede che i destinatari dell'avviso di fissazione dell'udienza camerale, tra cui figura necessariamente il difensore dell'imputato, sono sentiti solo se compaiono.

Tale previsione normativa è giustificabile solo dall'assunto che, nell'ambito del rito camerale, la soddisfazione dell'esigenza del contraddittorio è assicurata dalla mera tempestività della notificazione degli avvisi e non anche dall'effettiva ed attuale partecipazione del difensore all'udienza in camera di consiglio, di talché qualora tale notificazione si sia verificata la non

Senza contare che alla necessaria partecipazione del difensore, richiesta dall' art. 599, 5° comma, non fa ineludibilmente da riscontro l'applicazione del 5° comma dell'art. 486 codice procedura penale. Principio, questo, recentemente ribadito dalla Corte costituzionale (sentenza n. 175 del 1996), che, con riferimento alla denunciata lesione del diritto di difesa in una fase che precede il giudizio, dopo aver, significativamente, precisato che, in effetti, la norma denunciata fosse — più che l'art. 420, l'art. 486, 5° comma, qui reiteratamente evocato — ha dichiarato non fondata, in riferimento all'art. 24 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 420, comma 3, codice procedura penale, nella parte in cui non prevede, nel caso di assoluta impossibilità del difensore di comparire determinata da un legittimo impedimento il rinvio dell'udienza preliminare.

A tanto si aggiunga che l'udienza camerale a carico del Tanca venne celebrata in presenza del «sostituto» dei suoi difensori di fiducia, nominato (agli esclusivi, quanto davvero singolari, fini — certo contraddittori rispetto alla figura delineata dall'art. 102 codice procedura penale — di richiedere il differimento dell'udienza) con atto 5 dicembre e che l'avv. Steccanella, ebbe a rassegnare le sue conclusioni «anche per l'avvocato Isolabella, chiedendo una riduzione della pena e sospensione della stessa».

8. – L'avv. Piermaria Corso, nell'interesse del De Gennaro, del Sicuro e del Licheri, lamenta violazione dell'art. 441, comma 1, codice procedura penale per avvenuto mutamento del capo di imputazione dopo l'ammissione al rito abbreviato, con spostamento della data di consumazione dal 12 giugno 1989 al settembre 1989 e conseguenti riverberi quanto alla prescrizione del reato.

---

presenza del difensore dell'imputato, pur se dovuta a legittimo impedimento preavvisato al giudice, non ingenera alcuna nullità.

Tale *iter* argomentativo merita di essere apprezzato perché rigorosamente e conseguenzialmente ancorato al dato normativo offerto all'interprete dal vigente codice di procedura penale.

Meno perspicuo, e tale da suscitare qualche perplessità, appare invece il ragionamento sviluppato dalla Corte di Cassazione a partire dal presupposto, assunto in via di mera ipotesi, dell'applicabilità al giudizio di appello avverso sentenze terminative di un giudizio abbreviato, dell'art. 486, quinto comma, codice procedura penale. La prima parte di tale articolo prevede che il giudice sospende o rinvia anche di ufficio il dibattimento, fissando con ordinanza la data della nuova udienza e disponendone la notificazione al difensore, nel caso di assenza di quest'ultimo, ove risulti che la stessa è dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento prontamente comunicato.

Ad avviso della Suprema Corte la circostanza che nel caso di specie l'imputato sia stato assistito da due difensori varrebbe a rendere operante l'ultima parte di tale comma, che esclude l'operatività della norma contenuta nella prima parte dello stesso, nell'ipotesi in cui, a fronte del conferimento del mandato difensivo a due difensori, risulti impedito a partecipare al dibattimento solo uno dei due difensori.

Non appare convincente il tentativo della Corte di Cassazione di dimostrare che la regola contenuta nell'ultima parte del quinto comma dell'art. 486 codice procedura penale, letteralmente riferibile esclusivamente al caso di impedimento di uno soltanto dei difensori, non possa non valere *a fortiori*, anche nel caso in cui entrambi i difensori risultino impediti per lo stesso concomitante impegno, assumendosi che sarebbe comunque garantita quell'assistenza difensiva

Il motivo è privo di fondamento.

L' operazione disposta dal Giudice per le indagini preliminari non ha importato alcuna immutazione del fatto, ma una semplice precisazione del *tempus commissi delicti,* per giunta giuridicamente irrilevante, in quanto la prescrizione sarebbe comunque maturata solo a seguito della concessione delle circostanze attenuanti generiche e, quindi, non prima ma all'esito del giudizio. Senza contare che nel caso in cui la corruzione si sostanzi sia nella promessa sia nella consegna di una somma di danaro, è al momento esecutivo che occorre aver riferimento al fine di determinare il tempo del commesso reato (cfr., ex *plurimis,* Sez. VI, 12 novembre 1996, Rapisarda).

9. – L'avv. Vincenzo Lo Giudice, nell' interesse del Ballerini, del Gilardino e dello Spazzoli, lamenta nullità della sentenza per mutazione del fatto oggetto dell'accusa.

Si sostiene che, poiché la contestazione originaria risultante dal capo di imputazione contenuto nella richiesta di rinvio a giudizio indicava il fine dell'accettazione dell'illecita dazione nella omissione di atti di ufficio o nel compimento di atti contrari ai doveri di ufficio in modo da favorire la società sottoposta all'accertamento fiscale, imputazione successivamente specificata nel corso del giudizio di primo grado con individuazione dell'atto contrario ai doveri dell'ufficio nell' omissione di indagine relativamente ai «fondi neri» della società verificata, a fronte del sospetto sulla provenienza della dazione illecita, l'accusa sarebbe stata del tutto modificata dalla decisione di secondo grado che ha individuato come oggetto della corruzione la promessa e la dazione del danaro

---

idonea ad assicurare l'osservanza del più volte richiamato quinto comma dell'art. 486 codice procedura penale.

In vero l'assistenza difensiva idonea ad assicurare l'osservanza del quinto comma dell'art. 486 codice procedura penale è costituita dall'effettiva presenza di almeno un difensore di fiducia o di un suo sostituto, o comunque di un difensore designato dal Presidente del Tribunale come sostituto, a norma del combinato disposto degli artt. 97, quarto comma, e 484, secondo comma codice procedura penale, nel caso in cui l'imputato chieda che si proceda in assenza del difensore impedito.

Tale essendo la disciplina dettata dall'art. 486 codice procedura penale al fine di soddisfare le esigenze di difesa dell'imputato, non si può far leva su tale disposizione del vigente codice di rito per dimostrare la tesi secondo la quale nel giudizio di appello che si svolge secondo le forme contemplate dall'art. 127 codice procedura penale l'esistenza di un legittimo impedimento del difensore a partecipare all'udienza camerale non costituisce causa di nullità.

Né può condividersi l'affermazione contenuta a pagina 9 della sentenza annotata secondo la quale tale regola può essere ritenuta conseguenziale al principio di diritto, enunciato dalle Sezioni Unite nella sentenza 27 marzo 1992, Fogliani, secondo il quale il regolare svolgimento della funzione giurisdizionale postula un necessario contemperamento delle esigenze di difesa dell'imputato, da un lato, e di quelle pubbliche relative all'affermazione del diritto e della giustizia, dall'altro.

Questo principio, seppur plausibilmente impiegabile quale argomento idoneo a dimostrare la legittimità costituzionale di norme processuali che apportino limitazioni al diritto di difesa dell'imputato al fine di assicurare una maggiore efficienza nell'esercizio della funzione giurisdizionale, non consente di per sé di inferire in modo logicamente cogente alcuna

quale compenso per l'attività complessiva tenuta dai finanzieri che avevano celermente effettuato le operazioni di verifica e di inventario e avevano consentito all'azienda di proseguire la sua attività anche con la consultazione dei documenti, posti a disposizione dagli operatori, talora fornendo chiarimenti su leggi fiscali; dunque, la condanna sarebbe stata pronunciata dalla Corte territoriale per un fatto diverso (è da desumere, sia da quello enunciato nell'imputazione sia da quello ritenuto dalla sentenza di primo grado). Il tutto in violazione dell'art. 521 codice procedura penale.

La censura è infondata.

È noto come, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte Suprema, il principio di correlazione tra fatto contestato e fatto ritenuto in sentenza, di cui all'art. 521 codice procedura penale, finalizzato alla salvaguardia del diritto di difesa, non è violato qualora la sentenza puntualizzi l'imputazione enunciata formalmente nell'atto di esercizio dell'azione penale con le integrazioni risultanti dagli interrogatori e dagli altri atti in base ai quali è stato reso possibile all'imputato di avere piena consapevolezza del *thema decidendum,* così da potersi difendere in ordine a un determinato fatto. Il tutto purché simili integrazioni, desunte da elementi esterni all'imputazione, non siano tali da determinare una modificazione dell'essenza del fatto, incidendo in tal modo sugli elementi costitutivi del reato formalmente contestato, né porsi in posizione di incompatibilità o eterogeneità con il fatto oggetto della imputazione (cfr., ex *plurimis,* Sez. VI, 26 settembre 1996, Martina). È necessario, in altri termini, che le modalità di realizzazione del fatto non restino sostanzialmente modificate nella struttura e nel contenuto essenziale (Sez. un., 30 marzo 1997, Dessimone; nonché, ancor più puntualmente, Sez. I, 13 ottobre 1995, Grimaldi).

---

conclusione in ordine alla disciplina delle cause di nullità nell'ambito del processo penale che non sia desumibile da puntuali statuizioni normative. A tale proposito la Corte di Cassazione ha citato la sentenza n. 178 del 1991 della Corte Costituzionale, pubblicata in *Giurisprudenza costituzionale,* 1991, 1464; in tale decisione il giudice delle leggi ha dichiarato l'infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 486, comma 5, del codice procedura penale, sollevata in riferimento agli artt. 102, comma 1 e 112 Costituzione, della cui costituzionalità il giudice *a quo* aveva dubitato in quanto, obbligando il giudice a rinviare il dibattimento, in caso di legittimo impedimento del difensore, avrebbe precluso in concreto l'esercizio della giurisdizione in caso di reiterazione da parte del difensore di fiducia per un numero illimitato di volte della richiesta di rinvio del dibattimento per altri impegni professionali, in modo tale da rendere possibili espedienti dilatori.

Si tratta di una sentenza interpretativa di rigetto con cui la Corte Costituzionale, proprio sul presupposto della pari dignità costituzionale del diritto di difesa e dell'esercizio della giurisdizione, ha dissipato il dubbio di costituzionalità prospettato dal giudice *a quo* interpretando la norma denunciata nel senso che essa non preclude al giudice la valutazione della legittimità dell'impedimento del difensore, secondo canoni di ragionevolezza, proprio al fine di agevolare l'esercizio della giurisdizione.

Peraltro, correttamente la Corte di Cassazione ha individuato nei precetti dettati dagli artt. 127 e 599 codice procedura penale le puntuali statuizioni normative che hanno consentito al giudice di legittimità di escludere che dall'assenza dovuta a legittimo impedimento dei difensori di un imputato sia scaturita la nullità dell'udienza camerale celebratasi dinanzi alla Corte di Appello di Milano.

Ciò anche considerando che l'art. 521, 1° comma, codice procedura penale, che enuncia il principio della correlazione tra accusa e sentenza, va inteso, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte (cfr., ex *plurimis,Cass.* 21 maggio 1992, Chirico), non in senso «meccanicistico e formale», ma in funzione della finalità cui è ispirato, che è quella della tutela del diritto di difesa; con la conseguenza che la verifica dell'osservanza di detto principio non può esaurirsi in un mero confronto letterale fra imputazione e sentenza, occorrendo che ogni indagine in proposito venga condotta attraverso l'accertamento della possibilità per l'imputato di difendersi in relazione a tutte le circostanze del fatto.

Una linea che occorre ribadire *a fortiori* a proposito del rapporto esistente tra sentenza di primo grado e sentenza di secondo grado, perché, a parte che nel caso di specie la contestazione originaria risulta strutturata in modo tale — senza che ciò ne comprometta la necessaria specificità — da ricomprendere entrambe le modalità corruttive, la indispensabile integrazione tra le decisioni formulate sulla base della imputazione originaria ha reso possibile, come del resto risulta ampiamente dai motivi di ricorso, l'esercizio del diritto di difesa di ciascuno degli imputati; senza che, peraltro, al di là di una qualche distonia di ordine puramente valutativo, sia riscontrabile una decisiva differenza tra il fatto ritenuto nelle due statuizioni.

Senza considerare che l'art. 521, 1° comma, codice procedura penale risulta non correttamente chiamato in causa, venendo qui, semmai, in considerazione il principio dell'effetto parzialmente devolutivo dell'impugnazione; un principio che non può certo dirsi vulnerato allorché le argomentazioni esposte nella sentenza di appello divergano da quelle del giudice di primo grado; gli argomenti utilizzati riguardano, infatti, il momento logico e non il momento decisionale, così da osservare puntualmente il disposto dell'art. 597, 1° comma, codice procedura penale

---

Tra le altre questioni processuali agitate nel giudizio di cassazione conclusosi con la sentenza annotata, merita di essere esaminata quella relativa alla nullità della sentenza per mutazione dell'oggetto dell'accusa prospettata dalla difesa di alcuni imputati.

Tale mutazione consisterebbe nel fatto che nella contestazione formulata nel capo di imputazione il fine dell'accettazione di denaro da parte degli imputati, appartenenti al Corpo della Guardia di Finanza, sarebbe costituito dall'omissione di atti di ufficio o dal compimento di atti contrari ai doveri di ufficio diretti a favorire la società sottoposta all'accertamento fiscale, salva la individuazione, nel corso del giudizio di primo grado, dell'atto contrario ai doveri dell'ufficio nell'omissione di indagine relativamente ai «fondi neri» della società verificata, a fronte del sospetto sulla provenienza della dazione illecita, laddove nella decisione di secondo grado la corruzione avrebbe ad oggetto la promessa e succesiva dazione di denaro quale compenso per l'attività complessivamente svolta dai finanzieri che avevano celermente effettuato le operazioni di verifica e avevano consentito all'azienda di proseguire la sua attività anche con la consultazione dei documenti posti a disposizione dai pubblici ufficiali operanti, fornendo anche chiarimenti su leggi tributarie.

Avendo la Corte di Appello di Milano pronunciato condanna per un fatto diverso da quello enunciato nell'imputazione, ne conseguirebbe la nullità di tale decisione per violazione dell'art. 521 codice procedura penale.

Anche tale questione di nullità è stata agevolmente risolta dalla Corte di Cassazione mediante il richiamo alla propria consolidata giurisprudenza concernente il principio di correlazione tra accusa e sentenza.

Il fondamento di tale principio è stato ravvisato nell'esigenza — imposta dalla regola del contraddittorio — che l'imputato sia giudicato solo in relazione a fatti preventivamente

(la norma che occorreva, anche se impropriamente, evocare). Il tutto secondo la linea interpretativa tracciata da questa Corte Suprema, nel senso che il giudice dell'impugnazione può, in ordine alla parte della sentenza in contestazione, pervenire allo stesso risultato cui è giunto il primo giudice anche sulla base di argomentazioni diverse da quelle adottate dalla sentenza impugnata.

10.1. – Nel ricorso sottoscritto dall'avv. Guiso, Gilardino, Spazzoli, Morabito, Mastrototaro e Ballerini hanno insistito sulla configurabilità nel caso di specie del reato di cui all'art. 318 codice penale.

Il tema è stato ulteriormente sviluppato dall'avv. Vincenzo Lo Giudice, nell'interesse del Ballerini, del Gilardino e dello Spazzoli. Si contesta, più in particolare, l'affermazione contenuta nella sentenza impugnata in base alla quale la corruzione «impropria» sarebbe ravvisabile solo in presenza di un atto vincolato. Un requisito non richiesto dall'art. 318 codice penale, così da ampliare arbitrariamente la fattispecie della corruzione «propria»; per di più in contrasto con la più recente giurisprudenza la quale ha ritenuto che il reato di corruzione impropria concerne gli atti (discrezionali o vincolati) che siano contrari ai doveri di ufficio. Il tutto nel quadro di una nozione di contrarietà ai doveri di ufficio connessa al compimento dell'atto non con la semplice compromissione di un astratto principio di imparzialità ma attraverso la concretizzazione dell'interesse nel mancato adempimento di specifici doveri collegati alla funzione. Se, cioè, la parzialità non si trasferisca sull'atto che resti l'unico possibile per realizzare l'interesse pubblico si è al di fuori dello schema dell'art. 319 codice penale.

Nel caso di specie, dalla stessa motivazione della sentenza di appello emergerebbe l'insussistenza della fattispecie di reato per cui è intervenuta condanna, addebitandosi agli imputati non il compimento di atti contrari ai doveri dell'ufficio ma soltanto di aver svolto celermente le operazioni di verifica, consentendo all'azienda di proseguire la propria attività anche con la consultazione di documenti e fornendo chiarimenti su leggi fiscali.

---

contestatigli in modo tale da consentirgli di difendersi in modo effettivo (Cass. I 19 settembre 1995, Guarnieri, CED 202535; Cass. V, 17 novembre 1992, Storace, pubblicata in *Rivista penale*, 1993, 1069). Nello stesso senso in dottrina si è espresso, tra gli altri, il MARINI, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da CHIAVARIO, V, *sub* art. 521 codice procedura penale, 475, Torino, 1989-1991.

Nella sentenza annotata la Suprema Corte ha ribadito che tale principio, essendo finalizzato alla salvaguardia del diritto di difesa, non è violato qualora il fatto ritenuto in sentenza (seppur formalmente non perfettamente coincidente con l'oggetto dell'imputazione enunciata nell'atto di esercizio dell'azione penale), risulti dalle integrazioni desumibili dagli interrogatori e dagli altri atti in base ai quali è stato reso possibile all'imputato di prender piena cognizione del *thema decidendum*, a condizione che simili integrazioni non siano idonee ad incidere sugli elementi costitutivi del reato formalmente contestato né si pongano in una situazione di incompatibilità o eterogeneità rispetto al fatto contestato.

Come hanno insegnato le Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione, nella sentenza del 22 ottobre 1996, Di Francesco (pubblicata in *Gazzetta giuridica*, 1996, n. 43, 51), vi è mutamento del fatto solo quando l'entità della trasformazione degli elementi essenziali della fattispecie concreta è tale da determinare un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione da cui scaturisca un effettivo pregiudizio per la difesa. In senso sostanzialmente conforme si era orientata la dottrina

D'altro canto, la sentenza impugnata sarebbe del tutto priva di motivazione quanto alle ragioni per le quali il comportamento degli imputati debba essere considerato come espressione di uno sviamento dall'interesse pubblico, nessun elemento essendo stato addotto del perché la conformità all'interesse avrebbe richiesto tempi più lunghi nelle operazioni di verifica.

Problematica approfondita anche dall'avv. Ludovico Isolabella nell'interesse del Tanca, il quale osserva che la mancata individuazione dell'atto di ufficio oggetto dell'illecito mercimonio determina l'assenza di uno degli elementi costitutivi della corruzione propria.

Il tutto, non soltanto con violazione della legge penale ma anche con riverberi sulla motivazione della sentenza impugnata, che non è stata in grado di argomentare in cosa sia consistita l'attività contraria ai doveri di ufficio per la quale è intervenuta condanna.

Sulla stessa tematica si è diffuso anche l'avv. Piermaria Corso nei motivi aggiunti. I ricorrenti insistono, anche sulla prescrizione del reato, comunque maturata pure ove la consumazione fosse stata ritualmente fissata nel settembre dell'anno 1987. Un tema da affrontare solo a seguito dei giudizi di qualificazione necessariamente conseguenti alle doglianze proposte.

10.2. – Le censure devono, nei termini che seguono, essere disattese.

La Corte condivide la tesi che incentra la contrarietà ai doveri dell'ufficio, costituente il punto di arrivo del dolo specifico, che contrassegna il reato di corruzione propria, sull'atto dal pubblico ufficiale. Pur dovendo rimarcare come, a tal fine, occorre aver riguardo non ai singoli atti, ma all'insieme del servizio reso al privato, per cui, anche se ogni atto separatamente considerato corrisponda ai requisiti di legge, l'asservimento costante della funzione, per danaro, agli interessi del privato concreta il reato di corruzione previsto dall'art. 319 codice procedura penale (cfr. Sez. VI, 18 aprile 1996, Messina).

---

formatasi sotto la vigenza del codice di procedura penale del 1930 (cfr., per tutti, CORDERO, *Considerazioni sul principio di identità del fatto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1958, 940).

Passando all'esame delle questioni di diritto penale sostanziale sottoposte al vaglio della Suprema Corte, degna di rilievo è la circostanza che, pur essendo stata confermata la qualificazione giuridica in termini di corruzione propria della condotta criminosa contestata agli imputati nelle precedenti fasi del giudizio, è stata sottoposta a critica serrata la motivazione della sentenza della Corte di Appello di Milano, nella parte in cui si esprime perentoriamente il convincimento che il reato di corruzione impropria, *ex* art. 318 codice penale, è configurabile solo nel caso in cui il pubblico ufficiale corrotto abbia posto in essere un atto vincolato e che, conseguentemente, le condotte corruttive poste in essere in correlazione con l'adozione di atti discrezionali sono riconducibili alla fattispecie criminosa delineata dall'art. 319 codice penale (corruzione propria).

L'impostazione seguita dal giudice di appello e criticata dalla Corte di Cassazione sembra essere conforme a quell'orientamento giurisprudenziale meno recente (Cass. 20 marzo 1968, in *Rivista penale*, 1969, II, 630; Cass. 14 novembre 1968, in *Rivista penale*, 1969, II, 211; Cass. 14 febbraio 1970, in *Cassazione penale*, 1971, 761) secondo il quale l'atto discrezionale per il quale sia stato corrisposto al pubblico ufficiale denaro od altra utilità deve essere considerato necessariamente atto contrario ai doveri di ufficio.

L'atto contrario ai doveri di ufficio non va, quindi, inteso in senso formale, dovendo la locuzione ricomprendere qualsivoglia comportamento del pubblico ufficiale che sia in contrasto con norme giuridiche o con istruzioni di servizio o che comunque violi quegli specifici doveri di fedeltà, imparzialità ed onestà che debbono essere osservati da chiunque eserciti una pubblica funzione; con la conseguenza che la mancata individuazione in concreto del singolo «atto» che non avrebbe dovuto essere omesso o ritardato ovvero avrebbe dovuto essere compiuto dal pubblico ufficiale non fa venir meno il delitto di cui all'art. 319 codice penale ove venga accertato che la consegna del danaro al pubblico ufficiale sia stata effettuata in ragione delle funzioni dallo stesso esercitate e dei conseguenti favori oggetto della pattuizione (cfr. Sez. VI, 30 novembre 1997, Varvarito).

È pur vero che l'illegittimità dell'atto può costituire l'indice rivelatore della contrarietà ai doveri ufficio ma, ai fini della realizzazione della fattispecie di cui all'art. 319 codice penale assumono rilievo tutti i doveri di ufficio che possono venire in considerazione e tra essi, soprattutto, quello dell'imparzialità, bene costituzionalmente protetto. Dunque, la corrispondenza di ogni atto separatamente considerato ai requisiti di legge non esclude l'asservimento della funzione, per danaro, agli interessi privati, così da concretare il reato di cui all'art. 319 codice penale e non quello previsto dall'art. 318 dello stesso codice (Sez. VI, 12 giugno 1996, Aragozzini). Il tutto, pur dovendosi precisare come l'osservanza del dovere di imparzialità, va inteso non come mera osservanza del dovere «esterno» da ritenersi eluso ogni qual volta il pubblico ufficiale agisca (anche) in funzione di una privata utilità (il che si realizza anche nelle ipotesi di corruzione impropria), ma come inottemperanza ad uno specifico dovere, inerente al contenuto ed alle modalità dell'atto da compiere.

Alla luce del prevalente orientamento giurisprudenziale e dottrinario (cfr. CARLO FEDERICO GROSSO, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, *sub* artt. 318-322, codice penale, 192, Torino, 1996; VASSALLI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Giustizia penale*, 1979, 312; MARIA BEATRICE MIRRI, *La corruzione dopo la riforma*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di FRANCO COPPI, Torino, 1993; PAGLIARO, *Principi di diritto penale-parte speciale*, 188, Milano, 1994; SEMINARA S., *Commentario breve al codice penale*, a cura di CRESPI, STELLA, ZUCCALÀ, *sub* art. 318, 717, Padova, 1992) correttamente la Corte di Cassazione ha ritenuto che la corruzione impropria è configurabile anche con riguardo agli atti discrezionali, sempre che questi siano il risultato di un corretto governo del potere discrezionale (cfr., tra gli altri, in dottrina, PAGLIARO, *op.ult.cit.*,193 e ss., secondo il quale l'uso del potere discrezionale non ispirato all'interesse generale «... o senza rispettare i precetti di logica e di imparzialità, è già, in senso penalistico, fare un atto contrario ai doveri di ufficio») affidato al pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni, indipendentemente dal fatto che questi abbia accettato la promessa o la corresponsione di una retribuzione indebita, la semplice violazione del solo dovere «esterno» (cfr., per l'uso della nozione di «dovere esterno» per qualificare il dovere gravante sul pubblico ufficiale di non accettare «retribuzioni indebite» — dovere la cui violazione costituisce il tratto comune a tutte le ipotesi di corruzione — VASSALLI, *op.ult.cit.*, 313, che ne attribuisce la paternità al MANZINI) di non accettarla non essendo di per sé ostativa alla legittimità dell'atto discrezionale adottato, da verificarsi alla stregua del parametro costituito dalla sua idoneità a soddisfare adeguatamente l'interesse pubblico affidato alla cura del pubblico ufficiale.

Da tale impostazione risulta, *a contrario,* che è configurabile il reato di corruzione propria laddove l'indebita retribuzione o la relativa promessa siano finalizzate a sollecitare l'esercizio

10.3. – Quel che, peraltro, occorre stigmatizzare relativamente al contesto motivazionale della sentenza impugnata, è il perentorio convincimento che il reato di corruzione impropria possa accedere ai soli atti di natura vincolata.

Pure se, di norma, la corruzione impropria antecedente risulta incompatibile con il compimento di atti di natura discrezionale, perché il *pactum sceleris,* venendo a condizionare la possibilità di scelta del «corrotto» costituisce già di per sè il presupposto per la finalizzazione dell'atto, sulla base di una condizione non sviluppata, ma comunque rilevante, considerato il ruolo esponenziale che assume il motivo nell'ambito di un assetto negoziale *contra legem* e, per di più, comune ad entrambe le parti, la proposizione non può dirsi immanente nel sistema.

La più avveduta giurisprudenza risulta, infatti, attestata nel senso che la corruzione cosiddetta «impropria» di cui all'art. 318 codice penale, è configurabile non soltanto con riguardo agli atti vincolati del pubblico ufficiale, ma anche con riguardo agli atti discrezionali, sempre che questi non siano contrari ai doveri di ufficio, indipendentemente dall'indebita retribuzione la quale, di per sè, comportando violazione del solo dovere «esterno» che impone di non accettarla, e non anche del dovere «interno», che impone di rispettare le regole che presiedono all'emanazione dell'atto, non implica necessariamente contrarietà dell'atto medesimo ai doveri d'ufficio, ben potendo esso risultare comunque idoneo alla miglior soddisfazione dell'interesse pubblico, sì da poter essere considerato, in effetti, al pari dell'atto vincolato, come l'unico possibile. Per converso, quando l'indebita retribuzione, o la relativa promessa, siano finalizzate a far sì che la facoltà discrezionale sia esercitata in modo difforme da quello altrimenti suggerito dall'equilibrata e disinteressata valutazione della situazione concreta, si sarà in

---

della discrezionalità in modo difforme dalla linea di condotta imposta dalla disinteressata ed equilibrata valutazione della situazione concreta, essendo predicabile in tal caso la contrarietà dell'atto del pubblico ufficiale ai doveri di ufficio. Tale ordine di idee è espresso efficacemente dal VASSALLI (cfr. *op.ult.cit.*, 313), il quale ragiona della necessità della violazione di un "doppio dovere"perché si possa configurare il reato di corruzione propria.

Pur avendo corretto l'impianto motivazionale della sentenza della Corte territoriale, la Corte di Cassazione ha convalidato la tesi secondo la quale le condotte corruttive in questione integrano il delitto di corruzione propria.

A tal fine si è fatto riferimento all'insegnamento giurisprudenziale secondo il quale anche se ogni atto del pubblico ufficiale, separatamente considerato, appaia legittimo, l'asservimento costante della funzione agli interessi del privato corruttore concreta il reato di corruzione propria.

Questa tesi si giustifica sol che si consideri come la locuzione «atto contrario ai doveri di ufficio» va intesa in modo tale da ricomprendere ogni comportamento del pubblico ufficiale contrastante con norme giuridiche o con istruzioni di servizio o che comunque violi quegli specifici doveri di fedeltà, imparzialità ed onestà che incombono su chiunque sia investito di una pubblica funzione.

Certamente contrastante con il dovere di imparzialità — inteso non come dovere «esterno», eluso ogni qualvolta il pubblico ufficiale agisca anche in funzione di una privata utilità (come avviene anche nell'ipotesi di corruzione impropria), ma come dovere interno, inerente, cioè, al contenuto ed alle modalità dell'atto da compiere — deve essere ritenuta la condotta dei finanzieri, ricostruita dai giudici di merito, che hanno condotto verifiche fiscali con particolare celerità, non già per soddifare al meglio l'interesse pubblico, ma per favorire il più possibile le aziende destinatarie di tali verifiche al fine di essere indebitamente da esse compensati alla fine delle operazioni.

presenza di corruzione cosiddetta «propria», cioè per atti contrari ai doveri di ufficio (Sez. VI, 8 novembre 1996, Malossini).

D'altro canto, non può trascurarsi che, allorché la corruzione si profili come antecedente, l'attività amministrativa discrezionale risulta palesemente in contrasto con il principio della *par condicio civium* solo perché l'operazione amministrativa non ceda ad indugi burocratici per assicurare non una pronta ed efficace tutela dell'interesse pubblico coincidente con l'interesse del privato, ma allo scopo, indotto dalla promessa (non importa se solo implicita) o dalla dazione di una somma di danaro o di altra utilità, di favorire l'interessato.

Una linea più volte seguita da questa Corte la quale ha osservato che quando il pubblico ufficiale, potendo scegliere tra una pluralità di determinazioni volitive, scelga quella che assicura il maggior beneficio per il privato, che attraverso la dazione di un'indebita retribuzione lo ha spinto a privilegiare la propria posizione, deve ritenersi sussistente — per violazione del dovere di ufficio e non solo del principio di imparzialità — la fattispecie legale di cui all'art. 319; in tal caso, infatti, il motivo dell'atto, e non solo il motivo del comportamento, trova il suo fondamento e la ragione determinante non nell'interesse pubblico, ma anche e prevalentemente nell'interesse privato (Sez. VI, 25 gennaio 1982, Albertini, in Cass. pen., 1983, 1966).

10.4. - Ancora, la eclatante sproporzione tra le somme versate e l'attività compiuta (omessa o ritardata) appare un indice univoco, pure in base ad elementari massime di esperienza, della contrarietà agli atti di ufficio di quanto compiuto (omesso o ritardato) dal pubblico ufficiale.

Infatti il concetto di proporzione — da intendersi nel senso di mancanza di sproporzione manifesta tra la prestazione del privato e quella del pubblico ufficiale — riguarda soltanto la corruzione impropria prevista dall'art. 318 codice penale, che si riferisce alla «retribuzione non dovuta» per il compimento di un atto dell'ufficio, e non pure la corruzione propria prevista dall'art. 319 dello stesso codice, relativa al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio, in cui non si fa riferimento al

---

Nel caso di specie la prospettiva del conseguimento di un'utilità privata da parte dei pubblici ufficiali avendo viziato l'esercizio di una pubblica funzione, giustamente è stata ritenuta la contrarietà ai doveri di ufficio dell'attività dei finanzieri complessivamente considerata, con conseguente conferma dell' applicabilità dell'art. 319 codice penale.

Un'altra questione di diritto sostanziale, affrontata dalla Corte di cassazione, che merita di essere segnalata in questa sede, è quella concernente la possibilità di ravvisare un'ipotesi di concorso apparente di norme penali nella relazione logico-giuridica intercorrente tra la norma incriminatrice della corruzione propria e quella dettata dall'art. 3 della legge speciale 9 dicembre 1941 n. 1383, che contempla l'ipotesi della collusione di un militare della Guardia di finanza con estranei per frodare interessi finanziari pubblici.

La Corte di Cassazione ha risolto negativamente tale questione (cfr. nello stesso senso, Cass.16 dicembre 1986, in *Rivista penale*, 87, 383; Cass. SS.UU. 12 aprile 1980, in *Giustizia penale*, 80, III, 541) sulla base di due considerazioni.

In primo luogo, esaminata la struttura logica del reato di collusione, ha escluso che si tratti di un reato complesso traendo argomento dal rilievo che tale reato si perfeziona con il semplice accordo fraudolento tra finanziere e privato, senza contemplare quale suo elemento costitutivo il reato di corruzione.

concetto di retribuzione, essendo sufficiente che la *datio* sia correlata all'atto contrario ai doveri di ufficio che il pubblico ufficiale, per l'accordo intervenuto, deve compiere o ha compiuto (Sez. un., 24 gennaio 1996, Panigoni). E se è vero che nel caso di corruzione propria non è possibile escludere la illiceità penale dell'offerta o della dazione in quanto diretta a compensare la condotta del pubblico ufficiale contraria ai doveri dell'ufficio, pure se costituita da una somma di danaro di qualunque entità, anche lieve, è anche vero che la vistosa sproporzione tra il risultato conseguibile dal privato e la somma data o promessa rappresenta un dato di chiaro valore sintomatico, che — in presenza di ulteriori elementi complementari — viene ad assumere valore di prova della sussistenza, non della corruzione impropria, ma della corruzione propria. Una proposizione, quella ora ricordata, in ordine alla cui rilevante significazione logico-giuridica si è avveduta la più attenta dottrina la quale ha puntualizzato che il principio di proporzione in un delitto caratterizzato dall'inserirsi la condotta in un rapporto sinallagmatico fra le parti contrapposte deve valere non soltanto quando si negoziano atti di ufficio, ma anche quando l'accordo sia in vista del compimento di atti contrari ai doveri di ufficio, dell'omissione e del ritardo di atti dell'ufficio; in questi ultimi casi, anzi, essendo nella natura delle cose che il compenso debba proporzionalmente elevarsi. Il tutto risulta, del resto confermato dal diverso atteggiarsi del sinallagma nelle due ipotesi criminose, ferma restando la corrispettività «funzionale» di ciascuna di esse, comprovata dal fatto che mentre l'art. 318 codice penale fa riferimento ad «una retribuzione... non dovuta», l'art. 319 dello stesso codice si limita a riferisi alla ricezione di «danaro od altra utilità».

10.5. – Poste tali premesse, pur dovendo stigmatizzarsi una qualche frettolosità motivazionale emergente dalla sentenza impugnata, va dato atto al giudice *a quo* di avere, sia pure sommariamente, argomentato, discostandosi dalla motivazione della sentenza di primo grado quanto alla qualificazione del fatto reato, relativamente proprio alla violazione del dovere di imparzialità specifica.

In secondo luogo, sul piano dell'analisi dell'obiettività giuridica dei due reati *de quibus*, se ne è messa in luce la loro profonda diversità, essendo l'incriminazione della corruzione diretta a tutelare l'interesse generale al buon funzionamento ed al prestigio della pubblica amministrazione, laddove con la norma incriminatrice contenuta nell'art. 3 della legge n. 1383 del 1941, il legislatore ha inteso garantire il fedele adempimento dei servizi della Guardia di Finanza.

Pur condividendo la tesi dell'inapplicabilità del concorso apparente di norme tra il reato di collusione e quello di corruzione propria, ci sembra lecito precisare che il riferimento al regolare funzionamento dei servizi della Guardia di finanza non vale ad individuare l'oggetto giuridico del reato in questione, trattandosi di una mera parafrasi della descrizione della condotta incriminata; sembra più corretto individuare nell'interesse alla regolare percezione da parte dello Stato delle entrate finanziarie necessarie al suo concreto funzionamento il bene giuridico leso, o quanto meno minacciato, dall'adozione di condotte riconducibili alla fattispecie di reato delineata dall'art. 3 della legge n.1383/41.

Analogamente in dottrina (cfr. PAGLIARO, *op.ult.cit.*, 140) a proposito dei delitti di corruzione si è sostenuto che il dovere di ufficio o il dovere di fedeltà, proprio in quanto <doveri>, non sono beni, oggetto di tutela giuridico-penale, ma sono piuttosto <doveri> imposti dall'ordinamento giuridico in funzione della tutela di taluni <beni>.

MASSIMO GIANNUZZI

Ha rimarcato, infatti, la decisione impugnata come sia risultato che tutti gli imputati abbiano ammesso di essere stati al corrente della prassi in uso e delle ragioni che spingevano gli imprenditori alle elargizioni di danaro anche in mancanza di specifiche sollecitazioni, concretizzando in tal modo l'accordo criminoso tacito. Cosicché una simile «consapevolezza induceva inevitabilmente il verificatore ad operare in modo più conforme alle esigenze della celerità dell'azienda, in modo da poter legittimamente attendere il compenso per il suo comportamento al termine delle operazioni». E che simili argomentazioni corrispondano al convincimento del giudice di appello che la «celerità» si identificasse con la «superficialità» delle verifiche, sulla base di precisi fatti emergenti dall'attività acquisitiva, appare chiaramente dalla lettura comparativa della sentenza impugnata con la sentenza di primo grado, nella quale è racchiusa una significativa parte descrittiva che vale ad integrare, non sul piano valutativo, ma su quello narrativo, la decisione qui denunciata, così da comporre un contesto motivazionale davvero indissolubile, in grado di arricchire le argomentazioni addotte dalla Corte territoriale.

Ciò secondo la regola, costante nella giurisprudenza di questa Corte, in base alla quale la motivazione della sentenza di appello si integra in un tutto organico omogeneo con quella della sentenza di primo grado, da cui deve risultare che la decisione è imperniata su dati di fatto di indubbio rilievo nel loro combinato significato logico. Un principio operante, *a fortiori*, quando nell'opera di controllo sulla motivazione demandato a questa Corte occorra soltanto individuare dal testo del provvedimento impugnato (la cui interpretazione non può prescindere, oltre che dagli atti difensivi, dalla sentenza di primo grado) i presupposti di fatto — per giunta, incontestati nella loro storicità — dai quali è scaturito il contesto argomentativo della decisione sottoposta a verifica di legittimità.

10.6. – Signicative appaiono, al riguardo: 1) Le dichiarazioni dell'Arces (p. 11, della sentenza 6 novembre 1995) secondo cui il maresciallo Morabito gli aveva raccomandato, al momento in cui egli era stato assegnato alla II Sezione, di non essere eccessivamente polemico con i colleghi e con gli imprenditori nel corso delle operazioni di verifica, e che un'analoga raccomandazione gli era stata rivolta dal suo comandante di pattuglia, maresciallo maggiore Giraldino, che, nel corso della prima verifica, gli aveva detto: «se piove piove su tutti»; 2) Le dichiarazioni dello Sciascia (p. 12 della stessa sentenza) il quale, pur lasciando intendere che la FININVEST era vittima di una concussione, riferisce (a proposito della verifica Mediolanum) che il Guardino gli prospettò delle perplessità in merito all'esito della verifica cui la Guardia di finanza avrebbe potuto pervenire ed un allungamento dei tempi della verifica stessa; gli avrebbe, quindi, richiesto, in cambio di una maggiore superficialità dei controlli e di un'accelerazione dei tempi delle verifiche, il versamento di una somma di danaro; il tutto era stato consentito da Paolo Berlusconi con le stesse modalità dei pagamenti effettuati per Mondadori e Videotime. Ancora lo Sciascia ha dichiarato che nel corso della verifica presso la Videotime il Licheri gli avrebbe fatto presente che l'accertamento avrebbe dovuto e potuto estendersi anche ai rapporti documentali che riguardavano tutti gli artisti, danneggiando così l'immagine del gruppo, ma che egli avrebbe potuto essere accomodante se gli fosse stata consegnata una somma di danaro; era stata così concordata in lire 100 milioni

la somma che la FININVEST avrebbe fatto pervenire alla pattuglia; 3) Le osservazioni della sentenza 6 novembre 1995 (p.15) circa la forza oggettiva di «resistenza della FININVEST», confermata da Paolo Berlusconi («Credo che il gruppo avesse la possibilità di farsi valere, di resistere, certamente questa è stata la norma per le tantissime visite, accessi di persone della guardia di Finanza e questo è quello che il dott. Sciascia faceva valere»). Dichiarazioni che finiscono per completare quelle dello Sciascia (p. 12, della sentenza 17 novembre 1995), secondo cui egli avrebbe avuto richieste di danaro direttamente dal dott. Tanca il quale, durante la verifica, avrebbe fatto intravedere la possibilità di un'estensione della verifica stessa a tutte le società controllate dalla Mondadori, con notevole dispendio di tempo e danneggiamento dell'immagine della società, e avrebbe altresì fatto presente che si sarebbe potuto sollevarli dai problemi di natura fiscale, lasciando intendere che soltanto accettando di consegnargli del danaro si sarebbe potuta trovare una soluzione di compromesso; 4) Le dichiarazioni del maresciallo Licheri (p. 13 della sentenza 17 novembre 1995), il quale ha riferito: che i suoi superiori lo inducevano a non contrastare, anzi a favorire, le offerte dei soggetti sottoposti a verifica: si era quindi dovuto necessariamente adeguare a questa prassi; che le ditte sottoposte a verifica erano sempre ben disposte nei confronti della Guardia di finanza: i responsabili delle medesime lasciavano intendere anche in modo non velato, che erano disposti ad essere riconoscenti non tanto per avere un rapporto compiacente, quanto per ottenere celerità nell'espletamento della verifica ed il minor ingombro possibile a seguito della presenza di militari della Guardia di finanza in azienda; 5) Il rilievo, assai significativo (pag. 11 della sentenza 6 novembre 1995), che presso la Fininvest «lavoravano varie persone già appartenenti alla Guardia di Finanza, come... Rizzi Mario e come Berruti Massimo Maria; mentre l'episodio del favoreggiamento Corrado evidenzia che i rapporti fra il Gruppo Fininvest e la Guardia di Finanza erano improntati a cordialità e collaborazione»; 6) Le dichiarazioni del Ballerini (p. 10, della sentenza 17 novembre 1995): «quando veniva iniziata una verifica, o legali rappresentanti delle ditte e loro commercialisti solevano avvicinare i militari della Guardia di Finanza, facendo capire in modo più o meno velato la loro disponibilità ad effettuare delle regalie, in quanto esisteva interesse a non litigare, comune tanto ai militari che ai responsabili delle aziende». In relazione alla verifica «Mondadori» Ballerini afferma che nel corso delle operazioni era stato contattato dal dott. Sciascia (persona già conosciuta nel 1982 durante un servizio presso una società del Gruppo Fininvest), che gli aveva manifestato la volontà di incontrare il ten. col. Tanca. Aveva fissato un appuntamento (nonostante il Tanca si trovasse al momento a Roma) presso un bar di Milano, ove i due avevano parlato non in sua presenza (le trattative avvenivano, dunque, anche durante le verifiche).

10.7. – L'integrale contesto narrativo sopra trascritto rende evidente, da un lato (per quanto possa interessare questo processo), l'insussistenza di ogni ipotesi concussiva, dall'altro lato, la veridicità sostanziale delle dichiarazioni dello Sciascia e dell'Arces circa le ragioni delle dazioni delle somme di danaro: fare in modo che le verifiche fossero superficiali e si concludessero nel più breve tempo possibile. Così da conferire alle argomentazioni della sentenza impugnata un tessuto logico

non censurabile alla luce della narrativa della decisione di primo grado, da ritenere incontestata per i profili ora ricordati. Con conseguenti riverberi anche riguardo alla denunciata violazione della legge penale.

10.8. – Poiché ai ricorrenti De Gennaro, Sicuro e Licheri sono state concesse le circostanze attenuanti generiche, il reato loro ascritto risulta prescritto nel marzo 1997.

L'impugnata sentenza deve, quindi, essere annullata senza rinvio nei confronti di De Gennaro Gaetano, Licheri Giuseppe e Sicuro Giuseppe perché il reato è estinto per prescrizione.

11. – L'avv. Vincenzo Lo Giudice, nell'interesse del Ballerini, del Guardino e dello Spazzoli, ha lamentato mancanza di motivazione relativamente all'esclusione del concorso apparente di norme tra corruzione propria e collusione, nonché errata applicazione dei principi concernenti il concorso di norme.

La censura è infondata.

La giurisprudenza di questa Corte è costante nel senso che la collusione, non essendo un reato complesso, ma perfezionandosi con il semplice accordo fraudolento tra finanziere e privato, non assorbe, come suo elemento costitutivo, il reato di corruzione (significativamente, di corruzione propria, prevedendo l'art. 3 della detta legge la fattispecie del militare della Guardia di finanza che collude con estranei per frodare gli interessi finanziari pubblici con inevitabili conseguenze qualificative anche nell'ipotesi di specie, attesi i giudicati finora formatisi). La collusione ha, infatti, una propria autonomia e distinta obiettività giuridica: mentre la corruzione riguarda, in particolare, la tutela dell'interesse generale al buon funzionamento ed al prestigio della pubblica amministrazione, con il precetto della legge speciale 9 dicembre 1941, n. 1383, si è inteso garantire il fedele adempimento dei delicatissimi servizi della Guardia di finanza da parte degli appartenenti al Corpo e scoraggiare possibili collusioni in danno dell'amministrazione finanziaria (Sez. VI, 12 dicembre 1989, Bettinelli). Con la conseguenza che nell'ipotesi in cui il militare della Guardia di finanza non si sia limitato ad accordarsi con degli estranei per violare la finanza, ma abbia percepito danaro o altre utilità, correttamente viene ritenuto responsabile anche del reato di corruzione. (*omissis*).

CORTE DI CASSAZIONE, sez. VI, 30 marzo 1998 n. 468 - *Pres.* Caso-*P.M.* Di Zenzo (conf.)-imp. Pareglio ed altri.

Procedura penale - Ricorso per Cassazione dell'imputato - Richiamo ai motivi dedotti da altri coimputati - Inammissibilità.
(codice procedura penale artt. 581 e 587)

Procedura penale - Omesso deposito da parte del p.m. di tutti gli atti di indagine - Declaratoria di inutilizzabilità degli atti non depositati - Ordinanza che dispone il giudizio abbreviato - Invalidità - Esclusione.
(codice procedura penale artt. 178 e 416)

Reati contro la Pubblica Amministrazione - Inserimento del privato in un sistema di mercanteggiamento dei pubblici poteri - Sistematicità della pratica della «tangente» - «Concussione ambientale» - Inconfigurabilità.
(codice penale, art. 317)

Reati contro l'ordine pubblico - Associazione a delinquere - Mancanza di un'organizzazione con gerarchie interne e distribuzione di cariche - Vincolo associativo esteso ad un generico programma delittuoso - Sussistenza del reato.
(codice penale, art. 415)

È inammissibile il ricorso per Cassazione proposto da un imputato nel quale ci si limiti a richiamare i motivi di ricorso dedotti dai coimputati, chiedendo di beneficiare dell'effetto estensivo dell'impugnazione, ex art. 587 codice procedura penale.

L'omesso deposito da parte del pubblico ministero di tutti gli atti di indagine non comporta l'invalidità dell'ordinanza che dispone il giudizio abbreviato qualora gli atti non depositati siano stati dichiarati non utilizzabili.

Lo stato di cose evocato dall'espressione «concussione ambientale», consistente nella attiva partecipazione di imprenditori privati ad un sistema nel quale la pratica della «tangente» e il mercanteggiamento dei pubblici poteri siano dati costanti, non è riconducibile allo schema del reato di concussione, mancando completamente nel soggetto privato lo stato di soggezione nei confronti del pubblico ufficiale necessario perché sia configurabile il reato di concussione.

Sussiste il reato di associazione a delinquere allorché, pur in mancanza di una vera e propria organizzazione con gerarchie interne e distribuzione di cariche, esiste un vincolo associativo esteso ad un generico programma criminoso (1).

(*omissis*)

1. – Va anzitutto dichiarata l'inammissibilità dei ricorsi proposti da Pareglio e da Binasco.

Tali ricorrenti, dopo essersi genericamente riportati «ai motivi dedotti dai coimputati», chiedono di avvalersi dell'effetto estensivo.

---

(1) La sentenza in esame ha deciso un ricorso proposto da una pluralità di imputati avverso una sentenza della Corte di Appello di Torino che concludeva un giudizio di appello promosso mediante l'impugnazione di due distinte sentenze del giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Alessandria, emesse all'esito di due giudizi abbreviati.

In primo luogo la Corte di Cassazione ha dichiarato l'inammissibilità dei ricorsi proposti da due imputati i quali – dopo essersi riportati ai motivi di ricorso dedotti dai coimputati – hanno chiesto di avvalersi dell'effetto estensivo dell'impugnazione, ai sensi dell'art. 587 codice procedura penale.

Tale statuizione processuale è stata giustificata alla luce del disposto dell'art. 581 codice procedura penale, lett. *a*) e lett. *c*) che prevede, a pena di inammissibilità, che l'impugnazione sia proposta mediante l'enunciazione dei capi o dei punti a cui essa si riferisce, nonché dei motivi mediante l'indicazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono il gravame,

Non ritiene la Corte che si sia adempiuto in tal modo all'onere di cui all'art. 581, lett. «*a*» e «*c*», codice procedura penale il quale richiede, a pena di inammissibilità, che l'impugnazione si proponga per mezzo della indicazione dei capi e dei punti della decisione ai quali si riferisce il gravame, con l'enunciazione dei motivi e l'indicazione specifica delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta. L'impugnazione deve, in altri termini, esplicarsi attraverso una critica specifica, mirata e necessariamente personale della decisione impugnata, valida per la posizione del singolo ricorrente e va tenuta distinta da quelle che sono le conseguenze della decisione favorevole ad altro coimputato riguardanti l'effetto estensivo, tanto che questo è applicabile indipendentemente dall'impugnazione dell'interessato.

2. – Per ciò che attiene agli aspetti processuali dei ricorsi, non sono fondati i motivi con i quali si sostiene la nullità dell'ordinanza di rinvio a giudizio e del provvedimento con il quale è stato disposto il giudizio abbreviato per il mancato deposito da parte del P.M. di tutti gli atti di indagine unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio.

La giurisprudenza di questa Corte si è già espressa in proposito, ritenendo che l'inosservanza dell'obbligo del P.M. di depositare tutti gli atti di indagine con la richiesta di rinvio a giudizio comporti la sola conseguenza della inutilizzabilità degli atti non trasmessi tempestivamente, non essendo prevista una sanzione autonoma di nullità degli atti, indipendentemente dalla loro utilizzabilità o meno (Cass., 4 giugno 1993 [ud.], Carnazza; Cass., 17 febbraio 1996 [ud.], Cariboni ed altri).

L'invalidità degli atti non è neppure riconducibile alle ipotesi delle nullità generali di cui all'art. 178, lett. «*b*» e «*c*», perché l'azione penale è pur sempre esercitata dal P.M. e restano comunque assicurati l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato.

La questione di legittimità costituzionale sollevata in proposito da Muzio deve ritenersi irrilevante ai fini del decidere.

Nella specie è infatti, pacifico che gli atti sono stati messi a disposizione degli imputati sia pure tardivamente. L'eventuale dichiarazione di illegittimità

---

conformemente all'orientamento giurisprudenziale, assolutamente prevalente, secondo il quale il requisito della specificità dei motivi di impugnazione può dirsi sussistente solo se l'impugnazione sia idonea ad assolvere la sua specifica funzione di critica ed a consentire, conseguentemente, al giudice dell'impugnazione di esercitare il suo sindacato (Cass., I, 17 novembre 1993, Settecase, CED 196795), anche se attraverso un'esposizione sintetica dei motivi di censura (Cass., VI, 15 febbraio 1993, Barlow, CED 194536; Cass. VI, 19 novembre 1992, p.m. in c.De Michelis, CED 193466).

Correttamente la Suprema Corte ha tenuto distinta la questione dell'ammissibilità dell'impugnazione del singolo ricorrente, da risolversi alla stregua del parametro fornito dall'art. 581 codice procedura penale, in relazione alla critica specifica e necessariamente personale della decisione impugnata da parte del ricorrente, da quella relativa all'operatività dell'effetto estensivo dell'impugnazione, ex art. 587 codice procedura penale.

Tale effetto, infatti, opera indipendentemente dall'impugnazione dell'interessato; conseguentemente si è riconosciuto il diritto del coimputato non impugnante ad ottenere l'estensione dei motivi non esclusivamente personali prospettati dagli impugnanti con separato

costituzionale dell'art. 416 codice procedura penale non potrebbe comunque estendersi alla fattispecie in esame, avendo potuto gli odierni ricorrenti prendere visione degli atti, dei quali è stata dichiarata l'inutilizzabilità.

Parimenti, non può ravvisarsi alcuna ragione di invalidità dell'ordinanza che ha disposto il rito abbreviato.

Se è vero che al momento di tale provvedimento gli imputati avevano preso visione dei soli documenti depositati, sui quali avevano basato la loro scelta del rito e se è anche vero che il pubblico ministero ha fatto richiesta di una successiva acquisizione di tutti gli atti concernenti le singole gare e dei contratti relativi (insieme ad altri atti pacificamente non necessari per la definizione del processo), è anche vero che, con apposita ordinanza, il G.I.P. ha concesso a tutti gli imputati un congruo termine per il loro esame, con invito a prenderne visione e a dichiarare se intendessero o meno avvalersene ai fini della decisione.

Dopo che nessuno degli imputati aveva formulato richiesta di revoca del provvedimento ammissivo del rito abbreviato e che la quasi totalità degli imputati aveva eccepito la nullità dell'ordinanza del G.I.P. e dichiarato che non intendeva avvalersi di tali documenti optando per la loro inutilizzabilità, lo stesso giudicante pronunciava nuova ordinanza con la quale la documentazione di che trattasi veniva dichiarata inutilizzabile nei confronti di tutti gli imputati che tale richiesta avevano formulato.

Tali provvedimenti hanno ricondotto il giudizio abbreviato nell'alveo della legalità, essendo rimasta confermata la richiesta relativa sulla base degli atti originariamente allegati dal P.M. alla richiesta di rinvio a giudizio. (*omissis*).

(*omissis*)

5. – In ordine ai reati di corruzione per atti contrari ai doveri di ufficio, la Corte d'appello di Torino ha correttamente applicato le norme del codice penale come interpretate dalla più recente giurisprudenza di questa Corte di cassazione (v. fra tutte: Cass., 1° febbraio 1993 [ud.], Cardillo ed altri) che ha ritenuto la sussistenza del delitto in questione quando il privato ed il pubblico ufficiale pongano in essere

---

procedimento (Cass. VI, 14 marzo 1995, Sarmino, CED 200753) e ad impugnare la sentenza che abbia accolto motivi di gravame non esclusivamente personali, senza estendere i suoi effetti all'imputato non impugnante (Cass. VI, 17 maggio 1993 Khalifi, CED 194962).

Tra le altre questioni processuali sollevate nel giudizio di legittimità conclusosi con la sentenza in esame merita di essere segnalata quella concernente la presunta invalidità dell'ordinanza con cui in primo grado era stato disposto il giudizio abbreviato, per omesso deposito da parte del P.M. di tutti gli atti di indagine unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio.

La Corte di Cassazione, richiamata la propria giurisprudenza secondo la quale l'inosservanza dell'obbligo del P.M. di depositare tutti gli atti di indagine unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio comporta solo l'inutilizzabilità degli atti non trasmessi tempestivamente, ha rilevato che, avendo gli imputati avuto a disposizione un congruo termine per l'esame degli atti non tempestivamente depositati dal P.M ed essendo stata accolta la loro richiesta di non utilizzazione di tali atti, ha concluso che nel caso di specie non si è determinata alcuna concreta lesione del diritto di difesa degli imputati, giudicati esclusivamente in base agli atti originariamente allegati alla richiesta di rinvio a giudizio.

l'illecito accordo in una posizione di pari potere contrattuale a differenza di quanto avviene nel reato di concussione in cui il privato è costretto o indotto a porre in essere l'illecita dazione o promessa per effetto della situazione di consapevole coartazione psichica conseguente alla prospettazione di un male minacciato (dallo stesso pubblico ufficiale) che il privato vuole evitare.

5.1 – Nella specie, vanno richiamate tutte le esatte argomentazioni della sentenza impugnata con le quali si sono messe in luce le condizioni che hanno permesso di ritenere la posizione assolutamente paritetica di Pareglio e di Franzò ai fini degli accordi sulle assegnazioni degli appalti sia per la soc. Edilvie sia per tutti gli altri imprenditori i quali, pur non avendo mai avuto contatti con il personaggio politico, hanno conseguito i loro vantaggi proprio per mezzo di accordi con Pareglio, divenuto il loro interlocutore, avvalendosi della sua posizione nei riguardi del Presidente della Provincia.

5.2. – Quasi tutti i ricorrenti hanno sostenuto che nel caso avrebbe dovuto ravvisarsi la sola responsabilità di Franzò per il reato di concussione. Molti hanno posto in luce come, per la consumazione di tale reato, quest'ultimo si fosse avvalso di Pareglio quale sua *longa manus* o *nuncius*. Alcuni si sono semplicemente riferiti al concetto di concussione delineato nel codice penale; molti hanno fatto ricorso al concetto di concussione ambientale.

Tutte tali tesi non possono essere condivise per le seguenti ragioni.

Anzitutto, Pareglio non era concusso da Franzò: si è detto del rapporto paritetico tra i due e come il coordinatore del gruppo fosse il primo soggetto a trarre vantaggi illeciti dalla situazione conseguendo appalti per la società da lui amministrata.

Che, poi, Pareglio assumesse oltre alla qualità di corruttore nei confronti di Franzò anche quella di *nuncius* di quest'ultimo nell'esercizio della concussione è escluso non dal fatto che mancava un contatto diretto tra Franzò e gli altri imprenditori diversi dal Pareglio, perché è sicuro che la concussione può anche essere esercitata per interposta persona (v. Cass., 10 novembre 1972 [ud.], Raheli), ma perché i fatti si sono svolti nell'arco di tredici anni, ripetendosi moltissime volte per tutti gli odierni ricorrenti e non solo non è dimostrato ma non è comunque

---

È interessante notare che nel testo della motivazione della sentenza è stato utilizzato il concetto di «concussione ambientale» che ha visto i suoi natali nel linguaggio giornalistico e politico-giudiziario nel pieno dell'inchiesta in materia di reati contro la pubblica amministrazione conosciuta alle cronache con il nome di «mani pulite».

Giustamente la Corte di Cassazione ha escluso, in omaggio al principio di «stretta legalità» vigente in materia penale, che la fattispecie evocata da tale locuzione sia riconducibile al reato di concussione, tutte le volte in cui — come, secondo la ricostruzione dei fatti operata dai giudici di merito, è avvenuto nel caso di specie — l'imprenditore privato si inserisca attivamente in un sistema nel quale la pratica della «tangente» e il mercanteggiamento dei pubblici poteri siano dati costanti e contribuisca permanentemente ad alimentarlo nell'ottica dell'asservimento dei pubblici poteri ad interessi privati in cambio di compensi illeciti.

In situazioni del genere manca completamente nel privato lo stato di soggezione indispensabile perché si possa configurare il reato di concussione. Precedentemente la Corte di

neppure ipotizzabile, proprio per la diluizione temporale dei fatti stessi, che per ciascuna gara ogni ricorrente si sia trovato, di volta in volta, nello stato di soggezione tipico della vittima della concussione, che mira ad evitare il male maggiore del taglieggiamento conseguentemente all'abuso del pubblico ufficiale anziché quello del privato che intenda trarre vantaggi illeciti dalla situazione.

5.3. – Per superare tale difficoltà si è fatto ricorso al concetto di concussione ambientale ma tale tesi, allo stato della legislazione, non è sostenibile, in quanto la fattispecie ipotizzata non può rientrare nella norma del codice penale che prevede il reato di concussione, come la dottrina e la giurisprudenza di questa Corte hanno già avuto occasione di affermare nonostante il dibattito sul tema sia alquanto recente (v. Cass., 26 marzo 1996 [ud.] Garbato ed altri).

Quando, infatti, il privato si inserisca in un sistema nel quale il mercanteggiamento dei pubblici poteri e la pratica della «tangente» sia costante, permanentemente alimentandolo ed assicurandogli la linfa necessaria per sopravvivere ed anzi crescere, manca completamente in lui lo stato di soggezione, indispensabile per la configurazione della concussione, perché non può ritenersi vittima degli abusi dei rappresentanti dei pubblici poteri. Al contrario, in tale situazione il privato mira ad assicurarsi vantaggi illeciti (nella specie: aggiudicazione di gare sistematicamente al di fuori degli schemi del perseguimento dell'interesse pubblico, e, al contrario, nell'ottica dell'asservimento dei pubblici poteri agli interessi privati in cambio di compensi illeciti), approfittando dei meccanismi criminosi e divenendo anch'egli protagonista del sistema. Viene, in altri termini, a mancare l'azione di prevaricazione, di sopruso e di taglieggiamento del pubblico ufficiale, capace di determinare nella vittima uno stato di soggezione, tipico del reato di concussione. (*omissis*).

(*omissis*)

6. – Con riferimento al reato di associazione per delinquere, più di un ricorrente ne ha prospettato la mancanza degli estremi quale inevitabile conseguenza dell'inesistenza dei reati di corruzione. Ritenuta, peraltro, la consumazione di questi ultimi reati cade il presupposto stesso della censura.

Cassazione aveva affermato, però, che la predisposizione di rilevanti risorse finanziarie da parte di un'imprenditore per la costituzione di «fondi neri» destinati a retribuire illeciti favori da parte di pubblici funzionari non esclude di per sé la possibilità di configurare il reato di concussione, come si legge in Cass. sez VI, 6 dicembre 1994, Nicolazzi.

Tra gli altri delitti contestati agli imputati figura anche quello di associazione a delinquere.

La Suprema Corte, in conformità alla propria giurisprudenza prevalente in materia, ha confermato la sussistenza nel caso concreto di tale reato, pur in mancanza di una vera e propria organizzazione con gerarchie interne e distribuzione di cariche, ritenendo sufficiente l'esistenza di un vincolo associativo non circoscritto a determinati delitti, ma esteso ad un generico programma delittuoso (*affectio societatis*); in senso conforme è orientata anche la giurisprudenza più recente: cfr. Cass. sez.VI, 25 settembre 1998, Villani ed altri.

M.G.

6.1. – Del tutto privi di pregio sono, poi, i motivi di ricorso con i quali si sostiene che mancherebbe, nella specie, l'accordo associativo, ovvero che, non essendo stata accertata, caso per caso, la responsabilità degli imputati con riferimento alle singole gare, difetterebbe la prova della finalità delittuosa che i ricorrenti si sarebbero proposta.

Nella motivazione della sentenza dei giudici torinesi si mette, correttamente, in chiara evidenza come fosse stato posto in essere tra gli aderenti al «cartello» un accordo generale (nel quale si concretizzava il *pactum sceleris)* con effetti permanenti, per il sistematico, illecito conseguimento degli appalti; come, inoltre, tale accordo fosse destinato a concretizzarsi progressivamente, di anno in anno, in relazione al programma di esecuzione dei lavori di cui il Pareglio veniva preventivamente a conoscenza; come, in tal modo, la finalità del sodalizio criminoso fosse ravvisabile nel mantenimento del monopolio, a tempo indeterminato, degli appalti stradali della Provincia e, al contempo, nella realizzazione di un progetto spartitorio in forza del quale ciascun appalto doveva venire assegnato — ed in concreto lo era —, in cambio della «tangente», non all'impresa che assicurasse l'offerta più vantaggiosa in una libera competizione concorrenziale, bensì all'impresa la cui sede fosse la più vicina al luogo dei lavori, così sistematicamente turbando le gare, senza che fosse assolutamente necessario accertare gara per gara quale fosse il meccanismo di alterazione delle offerte, posto che era stata conseguita la prova, in generale, che il regime instaurato era fondato sul meccanismo degli inviti e delle esclusioni discrezionali e sulla tecnica degli accordi preventivi sui ribassi da praticare (nella specie l'*affectio societatis* era prevalentemente caratterizzata dal fatto che ciascun aderente era impegnato a non intervenire, o ad intervenire *pro forma,* con ribassi pilotati, nelle gare per le quali non era il vincitore predestinato).

6.2. – Ma sono parimenti infondati i motivi che, partendo dal presupposto della indispensabilità dei requisiti della struttura associativa e della predisposizione dei mezzi per la configurazione giuridica del reato in esame, profilano la mancanza, nel caso di specie, di tali essenziali condizioni.

Per vero, la giurisprudenza assolutamente prevalente di questa Corte è da sempre orientata nel ritenere che per la configurabilità del delitto di associazione per delinquere non sia necessaria una vera e propria organizzazione con gerarchie interne e distribuzione di cariche, essendo sufficiente l'esistenza di un vincolo associativo non circoscritto a determinati delitti ma esteso ad un generico programma delittuoso (*affectio societatis*) (Cass., 1° giugno 1983 [ud.], Romeo, Cass., 25 maggio 1990 [ud.], Sorn; Cass., 11 marzo 1992 [ud.], Piastrelloni ed altri).

Tale orientamento merita di essere confermato anche nella specie, nella quale i giudici di merito hanno fornito ampia e convincente motivazione sull'esistenza del patto criminoso idoneo a dar vita al reato contestato, la cui pericolosità per l'ordine pubblico si manifesta, a differenza del concorso nel reato continuato, proprio per l'indeterminatezza della sua durata.

Non può, tuttavia, farsi a meno di rilevare che anche a volere — in ipotesi — aderire alla tesi dottrinaria che richiede la necessaria sussistenza di una struttura organizzativa, si dovrebbe pur sempre ritenere che tale struttura associativa non

potrebbe prescindere da un giudizio di adeguatezza al tipo di reati ricompresi nel *pactum sceleris,* richiedendosi substrati più o meno complessi a seconda del tipo dei delitti-scopo progettati.

Non potrebbe allora non convenirsi sulla elementarità o rudimentalità della organizzazione necessaria nel caso di specie per la natura stessa dei delitti oggetto del programma criminoso, riducendosi l'organizzazione ai soli aspetti riguardanti, per così dire, la vita dell'associazione in sé considerata, quali, fondamentalmente, la fissazione dell'entità e delle modalità dei conferimenti per il raggiungimento degli scopi criminosi (denari necessari per la corruzione, di volta in volta raccolti dal Pareglio dai vari associati per essere consegnati al Franzò dopo l'assegnazione dell'appalto); la definizione e la spartizione dei compiti (assegnazione degli appalti da parte dell'amministratore provinciale; coordinamento del gruppo con indicazione dei lavori da assegnare da parte di Pareglio); la fissazione di riunioni con cadenze periodiche ai fini deliberativi (adunanze annuali per gli accordi sull'attribuzione dei singoli appalti e sui ribassi da praticare). (*omissis*).

I

CORTE DI CASSAZIONE, sez. VI, 16 novembre 1998 n. 3658 - *Pres.* D'Asaro - *Est.* Garriba - *P.M.* Fraticelli (conf.) - imp. Carlutti ed altri (avv. Stato Lancia).

Giudizio penale - Decreto di rinvio a giudizio - Modificazione del capo di imputazione da parte del GUP - Abnormità - Non sussiste - Difformità fra dispositivo e motivazione - Inapplicabilità dell'art. 456 c.p.p, a decreti ed ordinanze.

(c.p.p. artt. 429 , 456 , 423, 516)

Non è abnorme il provvedimento con il quale il giudice dell'udienza preliminare modifica il titolo del reato contestato dal Pubblico Ministero nella richiesta di rinvio a giudizio, fermo restando l'autonomo potere di quest'ultimo di modificare il fatto contestato e di procedere alla nuova contestazione, quando il fatto risulti diverso da come è descritto nel decreto che dispone il giudizio.

La norma prevista dall'art. 456 c.p.p., per la quale in caso di difformità il dispositivo prevale sulla motivazione, opera soltanto per la sentenza e non anche nei confronti dell'ordinanza o del decreto, per i quali non è prevista una specifica forma.(1)

(1-2) Due sentenze indubbiamente corrette, sbrigativa la prima sulla esclusione della abnormità del provvedimento (e d'altro canto, tanto palese essendo il legittimo esercizio del potere da parte del GUP non era necessario dilungarsi), più interessante la seconda, nella individuazione dei requisiti del provvedimento abnorme. La Cassazione infatti non richiede soltanto che questo sia tale da porsi al di fuori dell'ordinamento giuridico, ma altresì che esso determini una stasi del procedimento non altrimenti eliminabile che con l'intervento di una sentenza di annullamento della Corte di legittimità, con ciò confermando il suo precedente indirizzo. La Corte Suprema infatti (VI, 13.10.1995 n. 3124 imp. D'Amato) aveva affermato che «il decreto di rinvio a giudizio è provvedimento inoppugnabile né sussiste la possibilità di una censurabilità come atto abnorme neppure se emesso in presenza di eventuale precedente giudicato

II

CORTE DI CASSAZIONE, sez. VI, 24 novembre 1998 n. 3746 - *Pres.* D'Asaro- *Est.* Di Virginio - *P.M.* Fraticelli (parz.conf.) - imp. De Mita (avv. Stato Macaluso).

Giudizio penale - Dichiarazione di incompetenza dopo la scadenza del termine di cui all'art. 491 c.p.p. - Abnormità - Requisiti - Insussistenza - Inoppugnabilità della sentenza.
(c.p.p. art. 491 , 568)

Le sentenze sulla competenza sono inoppugnabili, salvo che ricorra un'ipotesi di abnormità, non sussistente nel caso di specie, in cui non si è determinata una stasi del procedimento tale da non essere altrimenti eliminabile che con l'intervento rescindente della Cassazione.(2)

I

(*omissis*)

Con decreto emesso in data 6 ottobre 1997 ai sensi dell'art 429 cod. proc. pen., il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Trieste, dopo avere osservato, in motivazione, che il fatto ascritto agli imputati integrava il reato di corruzione per atti conformi ai doveri d'ufficio (art. 318 cod.pen.), anziché, come contestato dal pubblico ministero, per atti contrari (art. 319 cod.pen.), disponeva il rinvio a giudizio di Clausi Schettini Corrado e Carlutti Carlo «per i reati di cui all'allegato capo di imputazione» (*Id est* per i capi d'imputazione così come formulati dal pubblico ministero)

Avverso detto decreto ricorre per cassazione il pubblico ministero, il quale, rilevato che in calce ai capi d'imputazione riportati nell'epigrafe del provvedimento era stata aggiunta, ad opera del collaboratore di cancelleria, la postilla che il giudice per le indagini preliminari «con provvedimento emesso all'udienza preliminare del 6

Atto abnorme è invero non solo quello rispondente ad alcuno schema processuale, ma altresì quello che non può essere rimosso dalla realtà giuridica senza la denuncia della sua abnormità; l'ipotesi del «*bis in idem*» invece, pur nella sua patologia processuale, non può dunque considerarsi tale in quanto più volte considerata dal legislatore che ne ha previsto i rimedi nelle varie fasi processuali, se del caso, addirittura in sede di esecuzione, dettando una serie di norme che disciplinano la riproponibilità di un secondo giudizio, i casi di proscioglimento o di non luogo a procedere e quelli di revoca delle sentenze».

Per converso ed esattamente con altra sentenza la Cassazione (I, 31.1.1996 n. 5789 imp. Garganelli) aveva statuito che «il provvedimento con il quale il giudice del dibattimento disponga la restituzione degli atti al pubblico ministero, ai sensi dell'art. 521, comma secondo, cod. proc. pen., per la ritenuta, inesatta indicazione della norma incriminatrice, è da considerare erroneo, ma non abnorme, ed è pertanto sottratto, in assenza di specifico mezzo di gravame, ad ogni possibilità di impugnazione. (Nella specie, la restituzione degli atti era stata disposta in quanto essendo stato l'imputato tratto a giudizio per rispondere del reato di contravvenzione al foglio di via obbligatorio, previsto dall'art. 2 della Legge n. 1423/56, detta legge era stata erroneamente indicata come legge n. 1423/86)».

P. d. T.

ottobre 1997 ... ha disposto la qualificazione della condotta ex art. 318 cod. pen.», denuncia l'abnormità dell'atto, assumendo che l'opinione del giudice per le indagini preliminari sulla diversa qualificazione giuridica del fatto era rimasta senza effetto, perché il dispositivo non ne faceva menzione né essa poteva essere esplicitata mediante l'integrazione della cancelleria; comunque — prosegue il ricorrente — il decreto è abnorme, perché il giudice dell'udienza preliminare non ha il potere nè di modificare il fatto contestato nè di dare allo stesso una diversa definizione giuridica.

2.-Premesso che il principio, desunto dall'art. 456 cod. proc. pen., secondo cui, in caso di difformità, il dispositivo prevale sulla motivazione opera soltanto per la sentenza e non trova invece applicazione nei confronti dell'ordinanza o del decreto, non essendo prevista per questi provvedimenti una specifica forma, cosicché la relativa motivazione adempie una funzione di chiarificazione e integrazione della decisione adottata dal giudice, si osserva che, nella fattispecie in esame, l'estesa motivazione — peraltro letta in udienza — circa la conformità ai doveri d'ufficio degli atti da compiere o compiuti dietro la promessa o la dazione dell'indebita retribuzione, non può non riflettersi sulla contestuale decisione di rinvio a giudizio, che necessariamente ingloba la nuova qualificazione giuridica.

Chiarito così che l'impugnato decreto, a prescindere dalla nota esplicativa apposta dalla cancelleria (che, è superfluo dirlo, nulla può aggiungere o togliere al provvedimento del giudice), ha modificato il titolo del reato contestato dal pubblico ministero nella richiesta di rinvio a giudizio, si ricorda che — contrariamente all'opinione del ricorrente — il giudice, in ogni fase e grado del procedimento, ha il potere-dovere di attribuire al fatto per cui si procede l'esatta qualificazione giuridica, senza che ciò incida sull'autonomo potere, riservato in via esclusiva al pubblico ministero, di modificare il fatto contestato e di procedere alla nuova contestazione quando «il fatto risulti diverso da come è descritto nell'imputazione» (art. 423 cod. proc. pen.) o «da come è descritto nel decreto che dispone il giudizio» (art. 516 cod. proc. pen.). Ciò è stato affermato dalla giurisprudenza sia della Corte costituzionale (sentenza 11 luglio 1991 n. 347) sia di questa Corte di legittimità (Sez.Unite, 19 giugno 1996, Di Francesco; Sez. VI, 29 gennaio 1996, n. 548, Verde).

Ne consegue che il decreto impugnato, essendo stato emesso dal giudice per le indagini preliminari nel legittimo esercizio del potere attribuitogli dall'ordinamento processuale, non è affatto abnorme. Pertanto il ricorso del pubblico ministero, siccome proposto avverso provvedimento inoppugnabile, deve essere dichiarato inammissibile ai sensi dell'art. 591, comma 1 lett. *c*), cod. proc. pen. (*omissis*)

II

(*omissis*)

Ricorre De Mita Michele avverso sentenza in data 15 aprile 1998 con la quale il Tribunale di S. Angelo dei Lombardi ha dichiarato la propria incompetenza territoriale in ordine al reato di abuso d'ufficio e ad altri reati ascrittigli in concorso con altre persone. Il ricorrente deduce l'abnormità del provvedimento, per essere stato adottato oltre il termine perentorio di cui all'art. 491 c. 1 c.p.p.; e dopo che la

relativa eccezione era stata già sollevata e disattesa dal collegio, in diversa composizione, in sede di atti preliminari al dibattimento.

Il P.G. ha chiesto il rigetto del ricorso. Il ricorrente ha depositato una memoria con la quale contesta le argomentazioni poste alla base della richiesta ed insiste per l'annullamento della sentenza.

Il ricorso deve essere dichiarato inammissibile.

Non essendo le sentenze sulla competenza impugnabili, il gravame sarebbe ammesso nel solo caso in cui quella in argomento fosse qualificabile come provvedimento abnorme, così come sostiene il ricorrente; ma ciò deve essere escluso per diverse ragioni.

Abnorme è, in primo luogo, il provvedimento non già semplicemente erroneo, ma tale da porsi completamente al di fuori dell'ordinamento giuridico e da determinare una stasi del procedimento non altrimenti eliminabile che con l'intervento rescindente di questa Corte. Una situazione del genere non ricorre manifestamente nel caso in esame poiché la dichiarazione di incompetenza territoriale, oltre a non determinare alcuna stasi del procedimento (destinato a proseguire davanti al giudice indicato come competente), può sempre essere posta in discussione attraverso l'elevazione di conflitto da parte del giudice che a sua volta si ritenga incompetente, a ciò eventualmente sollecitato dalla parte interessata.

In secondo luogo, come osserva il P.G., la questione non è stata affatto proposta tardivamente perché, dopo il mutamento della composizione del collegio giudicante, il procedimento era regredito nella fase degli atti preliminari al dibattimento, destinata tra l'altro alla trattazione delle questioni concernenti la competenza per territorio; e per l'appunto in questa fase la questione è stata di nuovo proposta. Non può condividersi la tesi, sviluppata nella memoria aggiuntiva del ricorrente, secondo cui sarebbe necessario distinguere tra atti da compiersi subito dopo compiuto per la prima volta l'accertamento della costituzione delle parti ed ulteriore fase preliminare al dibattimento, durante la quale sarebbe ormai precluso l'esame delle questioni di cui all'art. 491 c.l c.p.p., perché il mutamento intervenuto nella composizione del collegio aveva riportato il procedimento nella fase prevista da tale norma e rendeva quindi ammissibile la proposizione di tutte le questioni da essa previste.

Da ultimo, come osserva ancora il P.G., il predetto limite temporale riguarderebbe esclusivamente, in ogni caso, la proponibilità della questione; e non osterebbe a che questa, ammissibile perché tempestivamente proposta (come nel caso), venisse eventualmente decisa, nel corso del dibattimento o all'esito dello stesso, in senso difforme a quella originale, non potendo la preclusione alla ulteriore deducibilità essere impeditiva del potere del giudice di apprezzare liberamente tutti gli elementi necessari alla propria decisione, ivi comprese le questioni attinenti alla competenza.

Escluso il profilo dell'abnormità, la sentenza non può ritenersi soggetta ad impugnazione, per l'esclusione espressa contenuta nel secondo comma dell'art. 568 c. p.

(*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, sez. VI, 13 aprile 1999 n. 751 - *Pres.* Pisanti - *Est.* Albamonte - *P.M.* Febbraro (diff.) - imp. Diego Curtò ed altri (avv. Stato N. Bruni).

Giudizio penale - Reati commessi da magistrati - Persona offesa - Non è il Ministero di Grazia e Giustizia.

(Cost. art. 110 ; c.p. art. 185, 319 e 379)

Nella corruzione commessa nell'esercizio di funzioni giurisdizionali l'offesa è inerente alla violazione della funzione giustizia che viene amministrata in nome del popolo e che deve essere improntata ad imparzialità ed indipendenza nell'ambito delle quali assurge a giuridica rilevanza il correlato interesse collettivo da tutelare. Tale interesse non può essere rappresentato dal Ministro della Giustizia, cui va riconosciuta soltanto la legittimazione all'azione di risarcimento dei danni che offendono la sua sfera istituzionale attinente al mero funzionamento dei servizi e all'organizzazione, compresa quella del personale ausiliario.(1)

(*omissis*)

A questo punto rimane da esaminare il motivo concernente le statuizioni in favore della parte civile, Ministro della Giustizia.

Le sentenze di primo e di secondo grado hanno riconosciuto il diritto del Ministro al risarcimento del danno, quale soggetto esponenziale della collettività dei cittadini, offesa nell'interesse all'indipendenza ed imparzialità della funzione giudiziaria.

E ciò, in quanto, secondo la Corte di Appello, il Ministro «rappresenta il centro di riferimento più ampio e compresivo degli interessi statali nel settore specifico demandato alla sua compentenza, fra cui, come è noto (art. 110 Cost.), la organizzazione ed il funzionamento dei servizi della giustizia».

Ad avviso di questa Corte il suddetto assunto è giuridicamente (e doppiamente) erroneo.

È erroneo, innanzi tutto, perché identifica l'«organizzazione» ed il «funzionamento dei servizi», materia che spetta al Ministro della Giustizia (art. 110 Cost.), con la funzione giurisdizionale, cioè confonde le strutture serventi e l'amministrazione con la funzione affidata ai magistrati, e deve essere esercitata con imparzialità ed indipendenza.

Non a caso l'art. 110 Cost. è posto a chiusura della Sezione I, del Titolo IV della Costituzione, le cui norme prevedono le guarentigie dell'«Ordinamento giurisdizionale», alla cui salvaguardia è posto il Consiglio Superiore della

---

(1) La sentenza della Cassazione che si annota è da condividere per l'esatta distinzione fra funzione giurisdizionale e l'organizzazione e le strutture che consentono l'esercizio di quella, con la conseguente necessaria — in ossequio al principio della divisione dei poteri — dichiarazione di estraneità del Ministro della Giustizia all'esercizio della funzione giurisdizionale.

Puntuali sono i riferimenti alle normative che individuano nel Presidente del Consiglio dei Ministri il titolare dell'interesse leso dal cattivo esercizio delle funzioni giudiziarie ed a questi pertanto attribuiscono la qualità di persona offesa e la legittimazione alla costituzione di parte civile, così come dispone la richiamata legge 13.4.1988 n. 117.

P.d.T.

Magistratura. Ora l'art. 110 attiene a quanto è strumentale allo svolgimento della funzione, ed attribuisce al Ministro poteri, ma anche le relative responsabilità politiche, per assicurare efficacia ed efficienza all'amministrazione servente.

E che il Ministro della Giustizia sia estraneo all'esercizio della funzione risulta anche dalle norme sull'ordinamento giudiziario, e trova conferma, in ultimo, dalla legge 13 aprile 1988 n. 117, relativa al «Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati».

Nella suddetta legge, difatti, la legittimazione passiva nell'azione di risarcimento viene riferita, non casualmente, al Presidente del Consiglio dei Ministri, proprio perché il relativo danno attiene all'esercizio delle funzioni giudiziarie.

Ma, l'assunto della Corte è errato anche laddove — in termini generali — definisce il Ministro come centro di riferimento dell'interesse della collettività all'esercizio imparziale ed indipendente della funzione giurisdizionale.

Ora, essendo il suddetto interesse riferito alla collettività, di esso non può essere esponenziale un'entità organizzativa dello Stato-apparato, quale il Ministro della Giustizia, ma solo il soggetto che rappresenta la sintesi politica e di governo dello Stato-comunità, cioè il Presidente del Consiglio dei Ministri. E cio in quanto è costituzionalmente dotato della capacità di interpretare e di rappresentare, quindi, l'interesse nella sua completezza ed organicità per la sua tutela nell'istanza giudiziaria.

Al Ministro della Giustizia va riconosciuta, invece, la legittimazione all'azione di risarcimento di quei danni che offendono la sua sfera istituzionale, attinente — come si diceva — al funzionamento dei servizi ed all'organizzazione, comprensiva — s'intende — del personale ausiliario.

Ma, nella corruzione commessa nell'esercizio della funzione giudiziaria, l'offesa (suscettibile di risarcimento) è inerente alla violazione della base ordinamentale, e prima ancora costituzionale, della funzione «giustizia», che viene «amministrata in nome del popolo», e che deve essere improntata ad imparzialità ed indipendenza: termini questi sui quali e nell'ambito dei quali assurge a giuridica rilevanza il correlato interesse collettivo da tutelare (quanto alla natura dell'interesse collettivo ed a sua rappresentanza in giudizio: Cass. sez. un., 21 maggio 1988, Iori).

Appare, allora, del tutto evidente che non solo il suddetto interesse non può dirsi rappresentato dal Ministro, ma la dimensione e la qualità di tale interesse trascendono la stessa sfera (istituzionale) di apprezzamento del Ministro.

Pertanto, va annullata l'impugnata sentenza in ordine alle statuizioni in favore della parte civile.

(*omissis*)

PARTE SECONDA

DOTTRINA

Il regime dell'affidamento dei lavori pubblici a trattativa privata dopo la Merloni-*ter* (*)

L'approvazione della Merloni-*ter* offre lo *spunto per qualche riflessione* sull'affidamento dei lavori pubblici a trattativa privata e sull'attuale assetto della materia.

La nuova normativa ha inciso sulla precedente legge quadro con le disposizioni di cui *all'art. 9 nn. da 36 a 40*, che introducono modifiche *all'art. 24* della legge, per il resto inalterato.

Si è inteso, in termini generali, apportare talune correzioni preordinate al superamento di difficoltà esegetiche insorte in relazione alla previgente normativa, della quale risulta, peraltro, in ogni senso confermato lo spirito inteso alla incisiva limitazione dei casi di eccezionale ricorso a tale sistema di scelta del contraente e alla razionalizzazione delle procedure, nella direzione della massima trasparenza.

È noto, infatti, che il ricorso alla trattativa privata, siccome caratterizzato da un ampio margine di discrezionalità e di libertà di scelta in capo alla stazione appaltante ed idoneo come tale a prospettare ampie possibilità elusive del ben più garantistico meccanismo della gara o della licitazione, è visto con progressivo disfavore dal legislatore, che ha:

a) da un lato inteso limitare i casi in cui lo stesso risulta ammissibile e

b) dall'altro ha comunque «procedimentalizzato» (a fini di evidenza pubblica in senso ampio) la fattispecie contrattuale in discorso nell'ottica del massimo di trasparenza.

In tale intento limitativo la legge è stata, come è ben noto, aiutata dall'opera della giurisprudenza, che ha finito per elaborare un nutrito *corpus* di regole pretorie finalizzato a rendere «giustiziabili» le ipotesi di scelta a trattativa privata, da ultimo disegnando un'ampia legittimazione ad agire a fini di censurare il ricorso lesivo a tale meccanismo di affidamento.

Scopo di queste sintetiche osservazioni è, peraltro, solo quello di dare conto delle modifiche normative di cui dicevo in premessa, senza pretesa di completezza di analisi, che occorre lasciare alla successiva elaborazione teorica e pratica.

Ebbene, l'art. 24 della Merloni prevede, al primo comma, che l'affidamento a trattativa privata è ammesso per i soli *appalti pubblici* ed *esclusivamente nei casi analiticamente individuati.*

È pacifico anzitutto che il sistema in esame non possa essere adottato per le *concessioni di lavori pubblici*, le quali sono giustificatamente guardate con evidente

(*) Le recenti modifiche introdotte dalla c.d. Merloni-*ter* (legge 18 novembre 1998, n. 415) rendono di particolare attualità le interpretazioni del tema, trattato nella relazione predisposta dall'avvocato Giuseppe ALBANO per il Convegno di Campobasso del 28-29 maggio 1999 su «La legge quadro sui Lavori Pubblici» e che qui si pubblica.

disfavore: premesso che — sulla scorta delle limitazioni di cui all'art. 19, pur dopo le significative modifiche di nuova introduzione — non sono più ammesse concessioni se non nella forma delle concessioni di costruzione e gestione (essendo in particolare vietate le concessioni di sola costruzione e le concessioni di committenza), è altresì previsto all'art. 20, comma 2 che tali concessioni siano affidate (esclusivamente) mediante licitazione privata, laddove la trattativa privata è riservata all'appalto e per di più «esclusivamente nel casi e secondo le modalità di cui alla presente legge» (art. 20, comma 3).

Ne discende — come concordemente si riconosce — che i casi in cui è ammessa, per l'appalto, la trattativa privata devono ritenersi *tassativi* e *non suscettibili di applicazione analogica*, anche perché costituiscono eccezione al principio generale della massima concorrenza.

Si pone, sotto questo profilo, la *prima significativa questione:* se il tenore testuale della norma sia tale da escludere, per implicita abrogazione, le ipotesi previste, per i lavori superiori alla soglia minima comunitaria, dal decreto legislativo 406 del 1991.

Al riguardo si contrappongono *due tesi*:

1) secondo alcuni, la legge 109/94, come successivamente modificata, *si applicherebbe solo ai lavori sottosoglia*, mentre negli altri casi il ricorso alla trattativa privata risulterebbe ammesso nei meno restrittivi limiti di cui *all'art. 9 decreto legislativo 406/91,* di recepimento della direttiva comunitaria in materia;

2) secondo altri, gli appalti, anche soprasoglia, possono essere affidati a trattativa privata *solo nei casi di cui all'art. 24* in esame, che avrebbe *tacitamente abrogato in* parte qua *il decreto legislativo 406/91.*

Per quest'ultima soluzione, evidentemente ispirata a criteri di maggior rigore, militano taluni argomenti di indubbio rilievo, che si possono sintetizzare nei seguenti punti:

1) la Merloni è una legge-quadro, le cui disposizioni contengono *regole di principio di applicazione generale*: tale legge, ai ricordati artt. 20 e 24, afferma espressamente la tassatività e l'esclusività dei casi di ricorso alla trattativa privata;

2) nessuna norma della legge limita l'applicabilità della stessa agli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria; in particolare, la modifica dell'art. 24 lett. *b*) operata già con la Merloni-*bis* e l'espunzione del riferimento ivi previsto agli appalti sottosoglia ha eliminato un utile, seppur certo non univoco, appiglio testuale a favore della contraria tesi;

3) costituisce principio generale — fatto proprio dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 482/95 — quello che il legislatore nazionale possa fissare norme per la partecipazione alle gare più ristrette e rigorose di quelle scolpite dalla normativa comunitaria, stante che la trattativa privata contrasta in linea di principio con il generale precetto di tutela della concorrenza.

Nel senso della implicita abrogazione dell'art. 9 decreto legislativo 406/91 (e dunque nel senso che la legislazione italiana sia complessivamente più rigorosa

della «base minima» comunitariamente imposta per il lecito ricorso alla trattativa privata) si sono pronunciati, oltre a parte della dottrina:

a) la *Presidenza del Consiglio dei Ministri*, all'art. 11.3 della direttiva 29 aprile 1994;

b) il *Consiglio di Stato in sede consultiva*, (sez. II, 30 maggio 1994, n. 482), in un parere reso su uno schema di contratto predisposto dal Ministero dei Trasporti;

c) la richiamata *Corte Costituzionale* (n. 482/95), la quale ha escluso - in una controversia azionata dalla Regione Emilia Romagna - che la Merloni sia in contrasto con la Costituzione nella parte in cui pone restrizioni maggiori rispetto a quelle pretese dalla normazione comunitaria;

d) il *Ministero dei Lavori pubblici*, con la circolare 7 ottobre 1996 n. 4488/UL, nella parte in cui ha chiarito che l'art. 7 dell'art. 24 in discorso, nella parte in cui consente il ricorso alla trattativa privata per l'affidamento di lotti successivi appartenenti alla medesima opera purché il primo lotto funzionale sia stato aggiudicato mediante gara, debba interpretarsi come riferito alle opere aggiudicate anteriormente al 3 giugno 1995, data di entrata in vigore della nuova normativa portata dalla legge quadro, proprio in considerazione della ribadita eccezionalità dell'ipotesi rispetto ai casi tassativi di cui al primo comma dello stesso art. 24;

e) implicitamente la *Corte dei Conti* (sezione controlli, III Collegio, delibera n. 8198 del 18 giugno 1998) in sede di Relazione sulla gestione dei lavori pubblici da parte delle Amministrazioni dello Stato relativa agli esercizi 1995-97, laddove ha incidentalmente affermato che la disciplina comunitaria non fa venir meno la competenza normativa dei legislatore italiano, la quale può legittimamente esplicarsi in modo difforme laddove sia volta a perseguire, magari in maniera più rigorosa, i valori tutelati a livello comunitario, tra cui quello della massima espansione del principio di concorrenzialità;

f) da ultimo, il *Consiglio di Stato in sede giurisdizionale* (sez. V, 18 settembre 1998, n. 1312), che ha a chiare lettere precisato che in materia di trattativa privata la legge 109/94 ha implicitamente abrogato la precedente normativa relativa alle ipotesi in cui essa era consentita.

La tesi della implicita abrogazione del decreto legislativo 406/91 — pur così argomentata — non è da tutti condivisa. *In senso contrario* si è sostenuto che:

1) lo stesso art. 24, al comma 8, effettuava un richiamo all'art. 9 del detto decreto legislativo, nella parte in cui disponeva che l'interferenza tecnica o di altro tipo non rientrasse, per diritto nazionale, tra le ipotesi comunitarie di trattativa privata, imponendo il meccanismo della risoluzione automatica e del contestuale affidamento congiunto dei lavori interferenti con quelli interferiti: tale richiamo era da intendersi quale sintomatico della perdurante validità ed operatività della disposizione richiamata;

2) la legge Merloni non ha *espressamente abrogato il* decreto legislativo 406/91: sicché l'art.9 decreto legislativo 406/91, in riferimento agli appalti soprasoglia, essendo recettivo di una direttiva comunitaria, deve in difetto di espressa abrogazione per principio considerarsi comunque prevalente sulla normativa comunitaria.

Entrambe queste motivazioni sono, peraltro, oggi venute meno, giacché:

1) la Merloni-*ter* ha espressamente abrogato il comma 8 dell'articolo in parola, che quindi non reca più il valorizzato appiglio testuale;

2) la direttiva C.E.E. n. 89/440, poi recepita con il decreto legislativo 406/91, è stata da ultimo coordinata e trasfusa nella nuova direttiva n. 93/97, peraltro non ancora recepita dal legislatore nazionale con apposita normativa.

Non è mancato, peraltro, chi ha continuato a sostenere, pur dopo le descritte vicende, la tesi della perdurante validità delle ipotesi di trattativa privata di matrice comunitaria, argomentando nel senso che:

1) *dal punto di vista ermeneutico*, l'espressa abrogazione del comma 8 dell'art. 24 ha solo eliminato un appiglio testuale, ma ha lasciato sostanzialmente irrisolto il problema della ammissibilità del ricorso alla trattativa privata nei casi di interferenza tecnica o di altro genere: in altri termini, può legittimamente argomentarsi nel senso che l'intento del legislatore della Merloni-*ter* fosse semplicemente quello di eliminare il criticato meccanismo della risoluzione di diritto, non quello di prendere posizione sulla ammissibilità del ricorso alle ipotesi di trattativa privata di cui all'art. 9 del più volte richiamato decreto legislativo; anzi, non si è mancato di osservare che il silenzio sul punto sia in certo modo suscettibile di aperta censura;

2) *dal punto di vista normativo*, la direttiva n. 93/97, ancorché non recepita, è da ritenersi autoesecutiva in virtù del suo carattere dettagliato: posto che tale direttiva contempla all'art. 7 il ricorso alla trattativa privata negli stessi termini delle direttive precedenti, essa deve ritenersi applicabile in via immediata e diretta in virtù del principio della prevalenza del diritto comunitario su quello interno e del conseguente obbligo di automatica disapplicazione della normativa interna difforme;

3) *dal punto di vista sistematico*, andrebbe considerato che nell'ambito delle direttive comunitarie e della normativa interna di recepimento esiste una certa omogeneità dei casi di utilizzo della trattativa privata, preceduta o meno da bando, negli appalti pubblici di lavori (art. 9 decreto legislativo 407/91), di forniture (art. 9 decreto legislativo 358/92), di servizi (art. 7 decreto legislativo 157/95) e nei settori esclusi (art. 13 decreto legislativo 158/95): tale omogeneità verrebbe implausibilmente spezzata ove si espungesse, per la prospettata via interpretativa, l'ipotesi dei lavori pubblici.

In conclusione, sembra peraltro che tali osservazioni non siano tali da superare la *preferibile tesi della tacita abrogazione*, anche se bisogna criticamente dare atto che il legislatore interno non sempre si è dimostrato coerente con se stesso, laddove ha per esempio disposto, con la legge 579/96, l'ammissibilità senza limiti del ricorso alla trattativa privata, in deroga alla legge generale, in relazione alla ristrutturazione e all'adattamento degli edifici demaniali destinati o da destinare ad uffici giudiziari in Sicilia ed in Calabria.

Procedendo alla indicazione delle novità recate dalla Merloni-*ter*, già si è detto che l'art. 9 comma 40 ha disposto l'abrogazione del comma 8 dell'art. 24, il quale,

per l'eventualità di interferenza tecnica o di altro tipo (esemplare l'ipotesi della c.d. interferenza di cantiere) escludeva l'ammissibilità del ricorso alla trattativa privata (in astratto consentita per i lavori soprasoglia dall'art. 9 del decreto legislativo 406/91, in riferimento ai «motivi tecnici» ivi contemplati) e prevedeva il meccanismo della automatica risoluzione di diritto, con il contestuale e congiunto affidamento dei lavori da eseguire e di quelli non ancora eseguiti.

Già si è detto delle implicazioni della novità in ordine al problema della pretesa sopravvivenza dell'art. 9 del decreto legislativo 406/91.

Occorre dire che, per altro verso, l'abrogazione della previgente disposizione *va salutata con favore.*

Invero, la stessa *aveva suscitato notevoli critiche e perplessità*, soprattutto con riferimento alla previsione della automatica risoluzione. In particolare:

1) taluno aveva, come è noto, prospettato anche *dubbi di legittimità costituzionale*, sotto il duplice e concorrente profilo della violazione del principio di uguaglianza (art. 3) perché il contratto veniva risolto a prescindere dall'inadempimento dell'impresa esecutrice dei lavori e del principio di buon andamento (art. 97) per il sicuro ed ingiustificabile allungarsi dei tempi di realizzazione dell'opera riconnessi alla necessità di riappaltare i lavori;

2) altri aveva posto in luce che all'esito della automatica risoluzione, difficilmente avrebbe potuto evitarsi (a meno di non ipotizzare una ipotesi *sui generis* di risoluzione *dejure)* il *ricorso all'art. 345 legge 20 marzo 1865 n. 2248 Allegato F*, con la conseguente (ed inopportuna) necessità di liquidare a favore dell'impresa aggiudicataria il 10% delle opere ancora da eseguire, in aggiunta al rimborso dei costi e delle spese sostenute;

3) inoltre, si era in senso critico osservato che la norma era foriera di incongruenze nella eventualità che i lavori appaltati e quelli ancora da appaltare (cioè i lavori interferiti e quelli interferenti) fossero di *pertinenza di Amministrazioni distinte*;

4) ancora, si era in punto di fatto osservato che la disposizione avrebbe di certo contribuito ad *accrescere il contenzioso* in materia.

Se l'abrogazione è da salutarsi con favore, resta peraltro irrisolto il *problema* se, nel caso di interferenza tecnica, sia *possibile o meno il ricorso alla trattativa privata.*

È, infatti, chiaro che:

a) per chi ritiene a tutt'oggi vigente la norma di cui all'art. 9 decreto legislativo 406/91, quale «assorbita» dall'art. 7 della direttiva C.E.E. n. 93/97, l'affidamento a trattativa privata sarà *possibile per gli appalti soprasoglia e precluso per quelli sottosoglia*;

b) per chi invece, come è sembrato preferibile, opta per la tacita abrogazione di quelle norme (per più rigorosa opzione del legislatore nazionale), il ricorso alla trattativa privata sarà nell'ipotesi in discorso *sempre precluso.*

Continuando la rassegna delle modifiche introdotte con la Merloni-*ter*, si nota che il comma 36 dell'art. 9 ha *modificato l'art. 24, comma 1) lettere a) e b),* prevedendo:

– anzitutto (quanto alla lettera *a*) *l'innalzamento della soglia massima* per il ricorso alla trattativa privata, fermo il rispetto delle norme sulla contabilità di Stato, portandola dagli originari 150.000 ECU a 300.000 ECU;

– e quindi (quanto alla *lettera b*, da coordinarsi con il comma 5 dell'art. 24, a sua volta coerentemente modificato dal comma 38 dell'art. 1 della Merloni-*ter*) la *necessità di gara informale* con invito ad almeno quindici concorrenti *solo nel caso* di ripristino di opere di valore superiore alla soglia così innalzata già esistenti e rese inutilizzabili da eventi imprevedibili di natura calamitosa, qualora motivi di imperiosa urgenza rendano incompatibili i termini imposti dalle altre procedure di affidamento degli appalti.

Le modifiche, tra loro coordinate, hanno una *ratio* ed una *implicazione*.

a) *Quanto alla ratio*, è evidente che — come non si è mancato di osservare dai primi commentatori — il legislatore si è reso conto della eccessiva *rigidità e farraginosità* cui il testo originario sottoponeva la trattativa privata. In particolare, si era osservato che, per appalti di valore tutto sommato irrisorio, imporre la gara informale si risolveva in un eccesso di garanzia spesso antieconomico oltreché in un ingiustificato ritardo nell'affidamento rispetto alle più snelle ed adeguate forme della trattativa privata.

In tale prospettiva, *l'elevazione della soglia* per il ricorso alla trattativa privata e soprattutto la consequenziale *riduzione delle ipotesi di obbligatorietà della gara informale* sono correttamente interpretate quale segno di attenuazione dei disfavore per la trattativa privata.

b) *Quanto all'implicazione*, non si è mancato di osservare che l'elevazione fino a 300.000 ECU della soglia originariamente fissata a 150.000 ECU eliminerà o almeno ridurrà in fatto il rischio di ricorso ai lavori in economia (che il comma 6 dell'art. 24 consente per lavori fino a 200.000 ECU) al solo fine di eludere i limiti per la trattativa privata.

Piuttosto, occorre dire che ulteriore modifica introdotta in relazione alle ipotesi di cui al comma 1 lett. *b*), è quella — prevista dal comma 37 dell'art. 9 della Merloni-*ter* — che richiede che i «*motivi di imperiosa urgenza*» i quali, in caso di ripristino di opere già esistenti e funzionanti danneggiate e rese inutilizzabili da eventi imprevedibili di natura calamitosa, rendono possibile, oltre la soglia dei 300.000 ECU, il ricorso alla trattativa privata per l'incompatibilità con i tempi delle procedure ordinarie di affidamento, *siano espressamente «attestati dal dirigente o dal funzionario responsabile del procedimento»*.

La norma ha ricevuto *letture contrastanti*:

a) da un lato, la stessa richiede invero una *espressa assunzione di responsabilità* da parte del dirigente o del responsabile del procedimento: e ciò sembra apprezzabile, in relazione agli evidenti abusi — di rilievo contabile e penale — cui l'ipotesi in questione si è prestata e si presta;

b) dall'altro, si è però osservato che l'innovazione è foriera di *difficoltà applicative* non essendo, infatti, chiaro se l'assunzione di responsabilità da parte del dirigente o del responsabile del procedimento abbia *carattere alternativo o cumulativo*

(se, cioè, in pratica, l'attestazione del dirigente debba di necessità affiancarsi o possa semplicemente sostituirsi a quella di analogo tenore del responsabile del procedimento), è ampiamente prevedibile che nella pratica si vedranno dei *tentativi di scaricabarile*, vale a dire dei reciproci tentativi di addossare la responsabilità della (impegnativa) dichiarazione di imperiosità dei motivi di urgenza;

c) oltretutto, sempre in chiave complessivamente critica, si è osservato che, da un punto di vista sostanziale, *la norma non sarebbe granché innovativa*, atteso che *nell'obbligo di motivazione* di cui all'invariato art. 24 comma 2 deve implicitamente ritenersi ricompresa l'attestazione della ricorrenza in fatto (oltretutto di difficile verificazione) dei ridetti imperiosi motivi di urgenza, di guisa che l'innovazione sarebbe *da un lato superflua* (nella parte in cui ribadisce un obbligo implicito) e *dall'altro complicatoria* (nella parte in cui prospetta una incerta attribuzione di competenze).

Sta di fatto che il legislatore, guardando con chiaro sospetto alle situazioni di emergenza di matrice calamitosa, ha inteso circondare di una *ulteriore cautela* il frequente ricorso alla trattativa privata (anche se bisogna in materia rammentare il frequente ricorso a *leggi speciali* o ad *ordinanze extra ordinem* con valore normativo ad opera di commissari straordinari, come tali derogative — nel rispetto dell'art. 4 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, in materia di protezione civile — dello stesso art. 24 della Merloni nel suo complesso e dei limiti quivi previsti: leggi ed ordinanze per le quali occorrerebbe svolgere un discorso ben più ampio di quello consentito dai minuti a disposizione).

Della modifica introdotta al comma 5 dell'art. 24 si è già detto: la necessità di ricorso alla *gara informale* cui debbono partecipare almeno quindici concorrenti è stata *limitata alla ipotesi di cui alla lett. b*) del comma 1 (quella appena ricordata) e *non più a tutte le ipotesi di trattativa privata.*

Ne consegue che, per i lavori di importo inferiore a 300.000 ECU l'Amministrazione è libera di adottare le procedure informali caratterizzate da libertà di movimento e di determinazione, fermo restando, è chiaro:

a) il *rispetto dei principi generali* (che rendono *sindacabile dal giudice amministrativo* la violazione dei precetti della *evidenza pubblica* e perfino la *scelta incongrua* della trattativa privata, salva l'eccezionalità se non proprio l'esclusione del risarcimento della lesione dell'*affidamento precontrattuale*, pur oggetto di diffusi auspici dottrinali);

b) nonché la generale *facoltà di autolimitazione* (gara ufficiosa non obbligatoria), con la conseguente necessità di rispettare il vincolo autoimposto.

Sempre in rapida sintesi occorre dare atto della modifica del *comma 6 dell'art. 24*, il quale, nella nuova versione, ammette i *lavori in economia* fino a 200.000 ECU, facendo peraltro salvi i lavori del Ministero della Difesa che vengono eseguiti in economia a mezzo delle truppe e dei reparti del Genio militare, disciplinati dal regolamento di cui all'art. 3 comma 7-*bis*.

L'innovazione va intesa nel senso che siano sottratti alla previsione dell'art. 24 (quindi non solo a quella relativa alla soglia di importo massimo) tutti i lavori di per-

tinenza della Amministrazione militare, stante il generale rinvio ad apposito provvedimento regolamentare.

In proposito, si può rammentare che per *lavori in economia* si intende una *triplice tipologia* di intervento:

a) lavori in *amministrazione diretta*, eseguiti cioè direttamente dalla Amministrazione con propria organizzazione di personale e di mezzi;

b) *cottimo fiduciario od autonomo*, del tutto assimilabile alla trattativa privata, nei casi in cui il funzionario dell'Amministrazione stipula, sotto la sua personale responsabilità, apposita convenzione con impresa di *fiducia*;

c) *appalto a regia*, in cui i lavori si svolgono sotto la direzione di un funzionario e l'impresa fornisce la manodopera, i materiali, i mezzi e tutto ciò che occorra per l'esecuzione dell'opera.

Ebbene, pur con la recente innovazione, la Merloni-*ter non ha chiarito* se l'esecuzione dei lavori in economia nella triplice forma indicata sia *integralmente sostitutiva* delle procedure ordinarie: se, in particolare, nel ricorso a tale forma di affidamento (salvo, evidentemente, il limite quantitativo del valore delle opere), l'Amministrazione sia soggetta agli obblighi procedimentali a partire da quello di adeguata motivazione di cui al comma 2 e dell'obbligo di gara informale.

Peraltro, la già ricordata modifica del comma 5 — nella parte in cui ha reso obbligatoria la gara informale solo nel casi di cui alla lettera *b*) del comma 1 — ha in parte ridotto la rilevanza del problema, atteso che non si può più dubitare che, nel caso in questione, *il ricorso alla gara officiosa sia sempre e solo il frutto di una scelta facoltativa di tipo autolimitante* e mai obbligo procedimentale imposto *ex lege).*

Un'ultima notazione: introducendo la *figura del «promotore» (artt. 37/bis e seguenti*), la Merloni-*ter* ha previsto una nuova e distinta *ipotesi di «procedura negoziata» (art. 37 quater),* che finisce per affiancarsi al casi di trattativa privata di cui all'art. 24 come una *ipotesi peculiare con caratteri di specialità*, della quale bisogna naturalmente tener conto in una più ampia prospettiva intesa alla enucleazione dei significativi elementi di novità introdotti con il ricorso al *project financing,* e che però esulano dai limiti delle brevi osservazioni esposte.

GIUSEPPE ALBANO

Apprensione, *sine titulo*, di area privata, da parte della P.A.: individuazione del momento acquisitivo della proprietà, in capo alla stessa. Problemi connessi alla formalizzazione dell'acquisto, operato dalla P.A.

Le brevi note che seguono sono dedicate ad una particolare problematica, in tema di acquisto, *non iure*, della proprietà di un'area privata, da parte della P.A.

Ci riferiamo all'aspetto, connesso alla formalizzazione del superiore acquisto, della trascrizione e della volturazione dello stesso.

Occorre precisare, da subito, che la superiore disamina verrà condotta distinguendo, nell'ambito del fenomeno dell'apprensione, *sine titulo*, di area privata da parte della P.A., due diverse fattispecie: 1) quella che, ormai comunemente, viene definita con l'espressione «occupazione acquisitiva» o «accessione invertita» che dir si voglia; 2) la fattispecie, costituente invero ipotesi più grave di quella, comunemente etichettata con le espressioni sopra riportate, rappresentata dal caso in cui la P.A., in mancanza di una valida dichiarazione di pubblica utilità di un'opera, vada a realizzare, su di un terreno di proprietà privata, lavori tali da trasformare, in modo irreversibile, la naturale destinazione dell'area (si vedano, in ordine alla predetta fattispecie, fra le altre, Cass. SS.UU., sent. n. 3963/89 e Cass. SS.UU., sent. n. 4477/92).

1) Con riferimento alla prima delle fattispecie più sopra evidenziate, ovvero quella della c.d. «occupazione acquisitiva», il problema della formalizzazione dell'acquisto dell'area da parte della P.A., risulta legato in modo inscindibile a quello, avente ad oggetto l'individuazione del momento in cui può dirsi realizzato il suddetto acquisto.

È noto, infatti, che in una delle ipotesi (1) ricondotte, dalla giurisprudenza, nell'ambito di operatività dell'istituto in parola, ovvero quella in cui la P.A. vada a trasformare, in modo irreversibile, il terreno del privato e questa trasformazione si collochi successivamente allo spirare del termine di occupazione legittima, l'individuazione del momento in cui la proprietà dell'area di sedime dell'opera può dirsi passata in capo alla P.A. (momento coincidente proprio con la trasformazione irreversibile del terreno) appare alquanto complessa. Complessità testimoniata dalle variegate decisioni, adottate in tema, dalla giurisprudenza di legittimità (2).

---

(1) Nessun problema pone, infatti, la diversa ipotesi in cui la realizzazione dell'opera pubblica, con conseguente trasformazione irreversibile del suolo privato, sia temporalmente contenuta nel termine dell'occupazione autorizzata (ed eventualmente prorogata), dovendosi individuare il momento d'acquisto della proprietà, in capo alla P.A., nella data di scadenza del predetto periodo di occupazione (cfr., in questo senso, tra le altre, Cass., sent. 18 ottobre 1994, n. 8495; in senso contrario, DE MARZO, *Occupazione appropriativa e pendenza dei termini di occupazione legittima*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1994, IV, 120, secondo il quale l'attribuzione alla mano pubblica del fondo già dal compimento dell'opera compiuta in costanza di occupazione legittima, s'impone non essendo diversamente definibile il regime proprietario nell'intervallo tra l'ultimazione dei lavori e la scadenza dell'occupazione.

(2) Si vedano, tra le più recenti, Cass. sent. 29 novembre 1997, n. 12113, in cui si afferma che «non è sufficiente a determinare l'acquisto della proprietà a titolo originario dall'ente pubbli-

Proprio al fine di dare una concreta soluzione al problema, di cui sopra, si è ipotizzata, da alcuno, la possibilità da parte dell'Amministrazione espropriante di emanare un atto unilaterale, con il quale verrebbe attestata l'intervenuta irreversibile trasformazione del fondo del privato; atto, questo ultimo, del quale sarebbe possibile richiedere la trascrizione presso la Conservatoria dei Registri Immobiliari, nonché la volturazione presso gli uffici catastali.

La praticabilità della sopra sintetizzata soluzione è stata, per la prima volta, affermata dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Torino (parere n. 882/89/ST del 28 luglio 1989); quest'ultima, investita dall'A.N.A.S. della questione relativa alle modalità di trascrizione e volturazione di un bene, acquisito al demanio stradale per effetto di «occupazione acquisitiva», si pronunciava. nel senso della trascrivibilità di «un apposito decreto del Capo compartimentale, nel quale, fatto richiamo agli atti dei procedimenti di espropriazione e di occupazione d'urgenza concernenti il fondo interessato, si preciserà la ragione per cui questo debba ritenersi acquisito al demanio stradale dello Stato per effetto della sua irreversibile utilizzazione nella costruzione dell'opera pubblica, indicando la data in cui tale acquisizione deve con certezza ritenersi avvenuta, o già avvenuta in precedenza».

Così argomentando, l'Avvocatura Distrettuale ha affermato l'ammissibilità di un atto ricognitivo unilaterale, con il quale la stessa Amministrazione procedente «accerta» il verificarsi di un fatto, la trasformazione irreversibile del fondo privato a seguito dell'attività realizzativa, posta in essere sullo stesso, che, unitamente agli atti amministrativi attestanti la pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza dell'opera, produce, secondo la costruzione giurisprudenziale dell'occupazione acquisitiva, l'estinzione del diritto di proprietà del privato e la contestuale nascita del diritto dominicale della P.A.

Una soluzione (3), quella descritta, in grado di soddisfare anche le legittime aspettative del proprietario del fondo oggetto del provvedimento di occupazione.

---

co, l'occupazione di un fondo per la costruzione di un cavalcavia ferroviario, con deposito di pietrisco e realizzazione di canalette interrate, trattandosi di interventi di scarsa entità, non impeditivi della restituzione del suolo» e Cass., sent. 12 agosto 1997, n. 7532, in cui si afferma che «la trasformazione del fondo privato con irreversibile destinazione all'opera pubblica, quale modo di acquisto della proprietà a titolo originario, non presuppone necessariamente una modifica materiale del fondo, essendo sufficiente la sola sua diversa collocazione nella realtà giuridica, come nel caso di realizzazione effettiva di giardino pubblico».

(3) Sulla praticabilità della soluzione illustrata, si veda A. CIMELLARO, *Guida pratica all'espropriazione per pubblica utilità*, 2° ed., Rimini 1997, 82 e ss., il quale si proccupa di individuare, sebbene in via di prima approssimazione, la categoria giuridica nella quale collocare l'atto ricognitivo in parola, nonché A. VARLARO SINISI, *L'occupazione acquisitiva: prova dell'acquisto, a titolo originario, del diritto di proprietà, conseguenze in ordine alla trascrizione immobiliare ed alla volturazione catastale*, in *Giustizia civile*, 1998, parte seconda, 25 e ss. L'Autore che, in un precedente contributo sull'argomento (A. VARLARO SINISI, *L'occupazione appropriativa e l'«irreversibile trasformazione» del fondo*, in *Giustizia civile*, 1995, I, 2308) aveva affermato che «la fattispecie estintivo-acquisitiva, realizzata dall'accessione invertita, dovrebbe essere ricollegata ad una sentenza costitutiva, previo accertamento dei presupposti elaborati dalla giurisprudenza sul perfezionamento della fattispecie acquisitiva», riconosce l'ammissibilità di un provvedimento, di mero accertamento, emanato dalla stessa P.A., il quale ver-

Ed invero, la giurisprudenza ha fissato proprio nel momento in cui può dirsi avvenuta la trasformazione irreversibile del fondo il *dies a quo* del termine prescrizionale, di cinque anni, entro il quale il privato potrà fare valere le proprie ragioni risarcitorie, nei confronti dell'Amministrazione procedente (4).

Ebbene, l'incertezza giurisprudenziale, più sopra ricordata, esistente in ordine all'individuazione del momento «topico» della trasformazione irreversibile del fondo, non può che mettere in pericolo le ragioni creditorie dei soggetti privati, che potrebbero vedersi dichiarato prescritto il proprio diritto risarcitorio, solo perché il giudice adito ha ritenuto di fissare la predetta trasformazione in un momento anteriore, rispetto a quello individuato dai primi (5).

A ciò si aggiunga, che nessuno, meglio dell'Amministrazione, è in grado di valutare il momento, in cui la realizzazione dell'opera pubblica determina, sull'area di sedime, effetti tali da provocare (per usare le parole del citato parere) la «irreversibile utilizzazione» del fondo «nella costruzione dell'opera pubblica» (6).

2) Passiamo, adesso, all'esame della seconda delle ipotesi, più sopra individuate; un'ipotesi più grave, rispetto a quella ricondotta, dalla unanime giurisprudenza e dottrina, nel campo di operatività dell'istituto dell'occupazione acquisitiva, in quanto in essa l'attività realizzativa della P.A. non risulta assistita da quell'atto, la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, che costituisce «la guarentigia prima e fondamentale del cittadino e la pietra angolare su cui deve poggiare, per legge, l'espropriazione per pubblico interesse» (vedi, Cass. SS.UU., sent. n. 2435/84.

Ebbene, è stato ribadito, di recente, dalla Suprema Corte di Cassazione (Cass., SS.UU., sent. 4 marzo 1997, n. 1907) (7), che, nell'ipotesi di che trattasi, la P.A. pone in essere un illecito di tipo permanente e non un illecito istantaneo, con effetti permanenti, come avviene nel caso della c.d. «occupazione acquisitiva».

---

rebbe a sostituirsi alla sentenza del giudice ordinario che, com'è noto, accerta il perfezionamento della fattispecie estintivo-acquisitiva, realizzatasi a seguito dell'operare illecito della P.A., con conseguente condanna al risarcimento del danno, in favore del proprietario dell'area di sedime.

(4) Sull'onere, assai gravoso, per il privato proprietario di determinare il momento dell'irreversibile destinazione dei fondi all'opera pubblica, cui la giurisprudenza riconduce tanto l'acquisto della proprietà del fondo da parte della Pubblica Amministrazione, quanto l'inizio del decorso del termine prescrizionale, si veda PFIFFNER, *L'occupazione appropriativa, il termine di prescrizione dell'azione risarcitoria e il problema della tutela del proprietario*, in *Resp. Civ.*, 1993, 534.

(5) Si evidenzia, inoltre, che l'identificazione del *dies a quo* della prescrizione, in rapporto al perfezionamento della fattispecie acquisitiva, segna anche il momento di riferimento per la valutazione del bene ai fini della liquidazione del danno (Cass. sent. 22 giugno 1990, n. 6266, Cass., sent. 5 agosto 1997, n. 7192), e per la decorrenza degli interessi e della rivalutazione (Cass., sent. 26 agosto 1997, n. 7998).

(6) Come osservato da alcuna giurisprudenza, ciò che è nessario, ai fini del perfezionarsi della fattispecie dell'occupazione acquisitiva è, invero, la «definitiva trasformazione funzionale alla realizzazione dell'opera» (Cass., sent. 24 novembre 1983, n. 7022).

(7) La sentenza può leggersi in *Foro Italiano*, 1997, I, 721 e ss.

Il che si spiega col fatto che, mentre nell'occupazione appropriativa «in presenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, la successiva costruzione della stessa, pur non assistita da un titolo ablatorio, dà luogo... ad un illecito istantaneo, giacché l'accennato vincolo di scopo (derivante dalla dichiarazione di p.u.) rende giuridicamente irreversibile (al di là dell'irreversibilità insita nella materiale manipolazione) la trasformazione del fondo e nel contempo esclude che vi sia una antigiuridicità da far cessare» (vedi Cass. SS.UU., sent. 1907/97), nell'ipotesi che ci occupa, invece, il comportamento illecito si protrae (*rectius*: permane), fintantoché esso non venga rimosso, «sostanziandosi, l'illecito permanente, oltreché nella lesione di un diritto, nella trasgressione del dovere giuridico di porre fine alla creata situazione di antigiuridicità» (vedi sentenza da ultimo citata).

Le parole che precedono ci hanno avvicinato all'oggetto della nostra indagine, ovvero al problema dell'individuazione del momento in cui può dirsi acquisita, in capo alla P.A., la proprietà di un suolo, sul quale il soggetto pubblico, in mancanza di una valida dichiarazione di pubblica utilità, abbia posto in essere un'attività realizzativa di un'opera pubblica.

Ci soccorre, in questa ricerca, la Suprema Corte di Cassazione.

Nella recente sentenza, più volte menzionata (Cass. SS.UU., sent. 1907/97), la Corte di legittimità ha affermato che la proprietà dell'area privata potrà dirsi acquisita, in capo alla P.A., solo nel momento in cui il privato, titolare del terreno, abdicando al proprio diritto alla c.d. *restitutio in integrum* ovvero alla riconsegna, nelle condizioni originarie, dell'area di sua proprietà, opti per il ristoro in via equivalente, ovvero per il risarcimento del danno, sofferto a causa dell'illecito perpetrato ai suoi danni dalla P.A.

Ed è proprio in questa scelta abdicatoria, compiuta dal privato, che i giudici della Corte di Cassazione hanno ritenuto di potere individuare la cessazione dell'illecito permanente, posto in essere dalla P.A.

Tale soluzione, che riecheggia risalenti pronunce giurisprudenziali (si veda la sentenza, rimasta isolata, delle SS.UU. della Corte di Cassazione n. 3940/88, in cui l'illustrato meccanismo abdicatorio veniva applicato alla diversa ipotesi dell'occupazione acquisitiva), lascia, tuttavia, sul tappeto il problema della formalizzazione dell'acquisto dell'area, da parte della P.A.

Un problema, come si vedrà, la cui soluzione è possibile individuare, abbastanza agevolmente, nel sistema normativo.

Ed invero, la domanda, con la quale il proprietario dell'area, abusivamente manipolata dall'attività realizzativa della P.A., abdicando al proprio diritto alla «*restitutio in integrum*» del terreno, chieda, all'autorità giudiziaria, il risarcimento del danno sofferto, si inquadra perfettamente fra quegli «atti di rinunzia», per i quali l'art. 1350, n. 5 del codice civile richiede la forma scritta, ove gli stessi ineriscano a diritti immobiliari.

Ebbene, nulla esclude che la P.A., al fine di formalizzare il proprio acquisto (trascrizione nei registri immobiliari, volturazione catastale, ecc.) possa utilizzare l'atto di rinunzia, posto in essere dal privato, curandone la trascrizione nei registri immobiliari (come previsto dall'articolo 2645 n. 5 del codice civile) ed ottenendo, sulla base di esso, la volturazione in proprio favore delle risultanze catastali.

Tirando le somme dell'indagine compiuta, possiamo affermare che le soluzioni, prospettate in ordine alle modalità di formalizzazione dell'acquisto, *non iure*, di aree private, da parte della P.A., potranno trovare conferma della loro bontà solo nella pratica, ma hanno il merito, a sommesso avviso di chi scrive, di volere sanare quelle molteplici situazioni, in cui un'opera pubblica, compiutamente realizzata e funzionante risulta «poggiare» su di un'area formalmente, ma non più sostanzialmente, privata.

MAURIZIO BORGO

Ballottaggio e programmi di governo locale (*)

1. *Premessa: il programma amministrativo del candidato alla carica di sindaco o di presidente della provincia.*

La Regione siciliana, avvalendosi della potestà esclusiva in materia di ordinamento degli enti locali, riconosciutale dall'art. 14 dello Statuto, ha inaugurato la stagione riformistica in materia elettorale amministrativa con un anno di anticipo rispetto alla legge 25 marzo 1993, n. 81 (1).

Con la legge reg. sic. 26 agosto 1992 n.7 è stata introdotta, per la prima volta, nella storia del sistema elettorale amministrativo italiano, una forma di governo di tipo presidenziale, corretta da elementi di democrazia diretta, caratterizzata dall'elezione a suffragio universale del sindaco e del consiglio comunale, separatamente anche se contestualmente, per un mandato di cinque anni (2). Anche la legge nazionale n. 81/93 un anno dopo ha ridisegnato il sistema elettorale per l'elezione dei consigli comunali e provinciali (3), configurando una nuova forma di governo locale attraverso la designazione diretta dei sindaci e dei presidenti della provincia, estendendo l'ambito di applicazione del sistema maggioritario e correggendo, nelle province nonché talora nei grandi comuni, la formula proporzionale con un premio di maggioranza (4).

Le innovazioni introdotte dalle suddette leggi, che peraltro completano il processo riformistico delle autonomie locali iniziato con la la legge 8 giugno 1990, n.

(*) Testo della relazione svolta dall'avvocato Maria Vittoria LUMETTI nella Tavola rotonda sul tema «Nuove norme per la elezione diretta del Sindaco, del Presidente della Provincia, del Consiglio comunale e del consiglio provinciale», tenutasi nella sala Convegni del Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia - Sede di Catania, il 6 dicembre 1997.

(1) La legge costituzionale 23.9.1993, n. 2 ha conferito anche alle altre regioni a statuto speciale la medesima competenza.

(2) A. PIZZORUSSO, *Commento alla legge*, in *Corr. giur.*, 1992, 1205. L'art. 7, co. 1, della legge 30 aprile 1999 n. 120, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* 101 del 3 maggio 1999, che modifica l'art. 2, co. 1, della legge 25 marzo 1993 n. 81, ha elevato la durata del mandato da quattro a cinque anni (Progetto di legge s. 1388 bis «Disposizioni in materia di elezione degli organi degli enti locali, nonché disposizioni sugli adempimenti in materia elettorale»).

(3) L'*iter* di approvazione della legge é stato breve: con una cospicua maggioranza il Senato, al quarto passaggio legislativo, il 25.3.1993, lo ha approvato definitivamente, al fine di evitare la consultazione referendaria sul punto.

Cfr. al riguardo, per quanto riguarda gli *aggiustamenti* subiti dall'atto normativo nonché il numero dei votanti, G. MORLINI, *La nuova legge elettorale per comuni e province tra elezione diretta, principio maggioritario e premio di maggioranza,* in *Dir. Economia,* 93, II, 183 e F. LANCHESTER, *La propaganda elettorale (e referendaria) in Italia tra continuità sregolata e difficile rinnovamento,* in *Quaderni costituzionali,* 1996, I, 402.

(4) M. LOVO, *L'elezione diretta del sindaco,* in *Nuova rassegna*, 1994, 2098, ss.

142 (5), intendono rafforzare le prerogative del corpo elettorale, attribuendogli un ruolo determinante nel processo di formazione dell'indirizzo politico proprio al fine di assicurare la governabilità delle amministrazioni locali.

Rispetto alla situazione legislativa precedente la figura del candidato ha acquisito una dimensione formalmente e sostanzialmente più autonoma dai partiti o dai gruppi di appartenenza: uno degli aspetti più qualificanti delle recenti leggi elettorali amministrative e politiche approvate recentemente consiste proprio nella cosiddetta *personalizzazione* delle competizioni elettorali (6).

La legge regionale 26 agosto 1992, n.7, ha introdotto l'elezione con suffragio popolare del sindaco, prevedendo, all'art.12, la nomina da parte del sindaco eletto al primo turno, entro dieci giorni dalla proclamazione, della Giunta con scelta dei componenti tra i consiglieri del comune ovvero tra i soggetti in possesso dei requisiti di eleggibilità richiesti per la elezione al consiglio comunale ed alla carriera di sindaco (7).

Il conferimento al corpo elettorale del potere di determinare l'indirizzo politico, è stato perseguito attraverso la modifica in senso maggioritario o bipolare del sistema elettorale dei comuni e delle province (8). La maggiore stabilità governativa viene perse-

---

(5) In tal senso G. SORGE, *Dall'ordinamento delle autonomie alla elezione diretta del sindaco*, in *Nuova rassegna*, 1994, 321, ss. I punti nodali della riforma, riguardano «il riconoscimento del potere statutario comunale e provinciale, l'organizzazione e la trasparenza amministrativa, il pubblico impiego e, per quanto riguarda in particolare gli enti territoriali di base, i meccanismi elettorali, con particolare attenzione per la libera scelta degli amministratori da parte dei cittadini, la chiarezza dei programmi da realizzare, la precisazione e redistribuzione delle competenze e delle responsabilità politiche da assumere nel governo e di quelle tecnico professionali da dimostrare nella gestione dei servizi nonché la riduzione e il ricambio dei mandati rappresentativi», GESSA, *I nuovi meccanismi elettorali per gli enti locali*, in *Cons. Stato*, 1993, II, 782.

(6) «Già la riforma conseguente al referendum abrogativo del 1991, che introdusse la preferenza unica per le elezioni della Camera dei deputati con il sistema proporzionale a liste concorrenti allora vigente, aveva rivelato come fosse avviata una profonda trasformazione dei rapporti tra le formazioni politiche e i propri candidati», E. BETTINELLI, *Propaganda elettorale,* in *Digesto Discipline pubblicistiche,* 63, e SORRENTINO, *Referendum elettorali ed omogeneità*, in *Giur. cost.*, 1991, 1542.

(7) Per una panoramica sulle novità normative della legge cfr. S. MELI, *Il sindaco nella regione Sicilia*, in *Nuova rassegna*, 1994, 1725 ss. Per una disamina sulle linee essenziali della nuova disciplina elettorale vedi F. STADERINI, *Diritto degli enti locali*, CEDAM, 282 e P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, vol. III, Milano, Giuffré, 1994.

Sul nesso tra riforme elettorali e riforme istituzionali, BALDUZZI, *Considerazioni sparse sul rapporto tra riforme elettorali e sistema dei partiti*, in *Nuova politica*, 1989, II, 9 ss.

(8) RENATO BALDUZZI - PASQUALE COSTANZO, in *Commento alla l. n. 81/93*, 979.

Interessante é il raffronto con la legge nazionale n. 81/1993. «La *ratio* della l. n. 81 del 1993 va rinvenuta da un lato nell'attribuzione di un reale potere di decisione e di scelta di cittadino elettore sul programma e sugli uomini legittimati a realizzarlo e dall'altro nel perseguimento, proprio attraverso il premio di maggioranza, di un alto livello di stabilità ed efficienza degli esecutivi locali, e del pieno svolgimento del principio di alternanza, nonché di quello, ad esso strettamente correlato, della responsabilità politica, fondato sulla reale possibilità attribuita all'esecutivo (legittimato democraticamente) di realizzare il proprio programma , sulla funzione preminentemente di controllo riservata all'organo rappresentativo e sull'esercizio un incisivo potere di premio sanzione attribuito agli elettori» , nota alla sentenza della Corte cost., n. 5/1995, in *Giur. cost.* 1995, 3353. Per una disamina completa della legge 25 marzo 1983, n. 81 vedi BARBERA ed altri, *Elezione diretta del sindaco*, Rimini, 1993; BARUSSO, GRASSI, GROPPI, LENZETTI, *Prime note. Elezione diretta del sindaco*, Milano, 1993; GIANNULI, *La nuova legge per l'elezione del sindaco*, Roma, 1993; ITALIA e BASSANI, *L'elezione diretta del sindaco*, Milano, 1993.

guita mediante il potenziamento del corpo elettorale inteso come uno degli attori dominanti del *policy making*, ossia dello svolgimento della dinamica politico-amministrativa (9). Il sistema elettorale, infatti, mediante la designazione attraverso il voto, delle persone chiamate a rappresentare una collettività, costituisce lo strumento principe per addivenire ad un mutamento istituzionale di un certo rilievo, in grado di garantire ad ogni cittadino la partecipazione, su base di uguaglianza, all'esercizio del potere pubblico.

La tensione dialettica che sussiste tra la funzione di investitura dei titolari dell'organo e la funzione di determinazione dell'indirizzo politico (10), induce il legislatore a privilegiare la prima rispetto alla seconda: il risultato immediato e diretto delle elezioni consiste solo nell'investitura dei titolari dell'organo, mentre la determinazione dell'indirizzo politico si sostanzia in un risultato sempre mediato ed eventuale, anche nei sistemi che ammettono il ballottaggio (11).

La *ratio* sottesa a tali interventi normativi, dunque, obbedisce all'esigenza di migliorare la governabilità degli enti locali garantendo stabilità ai sindaci attraverso l'assicurazione di un premio di maggioranza alla coalizione vincente: l'intento è quello di entrare nella logica di una dialettica tra una maggioranza e una opposizione, al fine di perseguire e garantire il principio, fondamentale in una moderna democrazia, di alternanza alla guida delle Amministrazioni locali (12).

È stato, dunque, introdotto nel sistema elettorale locale il principio maggioritario, già previsto nel nostro ordinamenento dall'art.1 comma 2 della Costituzione, il quale sancisce che la sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti previsti dalla Costituzione (13).

È noto, peraltro, che la volontà della maggioranza costituisce in modo inequivocabile espressione della *volontà comune* (14), anche se sarebbe preferibile l'una-

---

(9) G. SOLA, *Storia della scienza politica*, Carrocci, 1996, 515; R DE MUCCI, *Giudici e sistema politico*, Rubettino, 1995, 129.

(10) FERRARI, *Elezioni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, 629; SENIO PRINCIVALLE, *Nuove valutazioni sulla elezione diretta degli organi delle amministrazioni locali*, in *Nuova rassegna*, 1993, 182.

(11) L'argomento delle elezioni sotto la duplice prospettiva della teoria dello sviluppo politico e dell'influenza dei sistemi elettorali sul sistema partitico è affrontato da D.FISICHELLA, *Elezioni e democrazia. Un'analisi comparata*, Bologna, 1982, 312, riportato da F. LANCHESTER, *In ordine a recenti studi su temi elettorali*, in *Riv. trim. di dir. pubblico*, 1983, 957.

(12) In tal senso E. BALBONI, *Riforme elettorali: si inizia dal sindaco*, in *Corriere giuridico*, 1993, II, 531. Presupposto implicito dei costituenti del 1946/47 è stato che «il pluralismo, concorrenziale e competitivo, costituzionalmente sancito dal sistema, fosse in grado di garantire — dopo la compressione del corporativismo — la vita democratica, rafforzata dalla qualificata previsione, accanto allo Stato, di autonomie territoriali ben articolate, regionali e locali», GESSA, *I nuovi meccanismi elettorali per gli enti locali*, in *Cons. Stato*, 1993, II, 781.

(13) La democrazia è dunque intesa come forma di governo il cui potere risiede nel popolo che esercita la sua sovranità attraverso i vari istituti politici previsti dall'ordinamento.

(14) L'espressione è di O. VON GIERKE, *Sulla storia del principio di maggioranza*, in *Rivista delle Società*, 1961, 1102. L'autore approfondisce, al riguardo, proprio l'esigenza di un bilanciamento del principio maggioritario con il principio di unanimità.

Si tratta della traduzione in italiano della conferenza di O. VON GIERKE, *Ueber die Geshichte des majoritaet sprnzips,* pubblicata nel vol. *Essays in Legal Studies*, editor by P. Vinogradoff, University, Oxford Press, Oxford, 1913, 312-335. L'autore compie anche una disamina della storia del principio maggioritario, il quale affonderebbe le proprie radici nella società greca e romana.

nimità, in quanto considerata più garantista, atteso che il principio maggioritario quale accordo pacifico per la soluzione del conflitto tra attori sociali e attori istituzionali costituisce pur sempre frutto di un compromesso ispirato alla tolleranza reciproca (15). È per tale motivo che taluni autori, come Hans Kelsen, sono assertori convinti del sistema proporzionale, che viene preferito a quello maggioritario (16).

Sovente, il concetto di democrazia (17), inteso come sistema politico ideale in cui i cittadini trovano soddisfazione dei loro desideri, è evocato proprio dal principio maggioritario, inteso come regola di governo ideale finalizzata a salvaguardare la libertà e la pari opportunità dei cittadini di esprimere preferenze, nonché come tecnica di formazione delle deliberazioni collettive (18). La scienza politica ha elaborato due definizioni del concetto di democrazia: la prima normativa, intesa quale regime ideale politico in cui i cittadini trovano soddisfazione dei loro desideri, e la seconda empirica, caratterizzata dal suffragio universale, da elezioni libere e competitive, dalla presenza attiva di più di un partito, nonché da diverse e alternative fonti di informazione (19).

La tematica inerente alla scelta tra sistemi elettorali maggioritari e proporzionali coinvolge il problema dell'eguaglianza dei partiti ed assume notevole rilievo in quanto i primi premiando i partiti più forti, restringono il concorso delle forze politiche entro l'ambito del principio maggioritario e lo esauriscono nella mera possibilità dell'alternanza, assicurando una rappresentanza delle minoranze, ma non la proiezione della loro effettiva consistenza, mentre i secondi determinano una proiezione fedele dei rapporti di forza tra i partiti, costituendo la più immediata traduzione del

---

(15) Sono numerosi quei regimi democratici in cui si ricerca l'unanimità o, perlomeno, il consenso più ampio. Sartori elabora al riguardo la cosiddetta teoria dei comitati e li definisce piccoli gruppi istituzionalizzati investiti di precisi compiti istituzionali che diventano, tuttavia, occasione di partecipazione. La regola decisionale all'interno dei comitati non è quella maggioritaria, bensì l'unanimità, G. Sartori, *Tecniche decisionali e sistema dei comitati*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 1977, 7.

(16) H. KELSEN, *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1981, 170.

(17) Sul concetto di democrazia cfr. G. SARTORI, *Democrazia che cosa è*, Rizzoli, Milano, 1994, 92; DAHL, *La democrazia e i suoi critici*, tr. it. Editori riuniti, Roma, 242; DAHL, *La democrazia procedurale,*in *Rivista italiana di scienza politica*, 1979, 9; G. SARTORI, *Democrazia competitiva e èlites politiche*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 1977, 7; L. MORLINO, *misure di democrazia e di libertà*, in *Rivista it. di sc. politica*, 1975, 5; L. MORLINO, *Consolidamento democratico. Definizione e modelli* in *Riv. it. di sc. politica*, 1986, 16; S. BARTOLINI, M. COTTA, L. MORLINO, A. PANEBIANCO, G. PASQUINO, *Manuale di scienza della politica*, 83, ed. Il Mulino; T.E. FROSINI, *Sovranità popolare, principio maggioritario e riforme istituzionali*, in *Diritto e società*, 1995, 466. Sui criteri ultimi di funzionamento della democrazia, del principio contrattualistico e del principio di maggioranza adottati non con metodo giuridico o della filosofia politica o della sociologia, bensì con metodi puramente logico-matematici o di scienza economica è interessante la disamina di A. CERRI, *Dal contrattualismo al principio di maggioranza : approccio giuridico ed approccio economico- matematico al processo politico* in *Riv. trim. di dir. pubblico*, 1996, 613, ss, laddove viene analizzata la tesi di Condorcet, cui si deve il primo tentativo di ricostruire e giustificare, con l'ausilio della logica matematica, il sistema politico.

(18) A. PIZZORUSSO, *Il principio maggioritario. Vecchi e nuovi problemi,* in *Quaderni Regionali,* 94, 1217.

(19) S. BARTOLINI, M. COTTA, L. MORLINO, A. PANEBIANCO, G. PASQUINO, *Manuale di scienza della politica*, 83.

principio di eguaglianza nella sfera dei rapporti politici (20). Nel nostro ordinamento la Costituzione non prevede l'adozione del sistema proporzionale, ma non si può negare che la correlazione tra il pluralismo partitico e il sistema proporzionale sia supportata e giustificata a livello dogmatico da quella corrente dottrinaria che, rifacendosi ad Hans Kelsen, rinviene il fondamento implicito del principio proporzionale, oltre che in argomenti di carattere storico e sistematico, nell'art. 49 della Costituzione, laddove si riconosce il diritto dei cittadini di «associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale» (21).

Nel pluralismo dinamico accolto dal suddetto articolo, che sancisce la regola del concorso fra più partiti, è stato individuato un fattore implicito di costituzionalizzazione del sistema elettorale proporzionale (22).

In tale contesto la legge sull' elezione dei sindaci e dei consigli comunali, nonché sulla elezione dei presidenti e dei consigli provinciali, costituisce il precedente di una riforma che sta per investire anche i livelli più alti della rappresentanza nazionale e la stessa rifondazione costituzionale dello Stato (23), tanto che essa, non a torto, è stata definita «la più significativa riforma dall'unità d'Italia ad oggi dei meccanismi di base della formazione della rappresentanza» (24).

Il sistema elettorale, dunque, viene inteso come strumento per addivenire ad un mutamento istituzionale di rilievo.

Altro strumento tramite il quale il nuovo sistema elettorale ha mirato a potenziare il potere di indirizzo politico del corpo elettorale è costituito dal programma amministrativo, ossia da un programma di governo locale che ha la funzione, simbolica ma tipica delle verifiche di maggioranza, di rafforzare l'omogeneità politica delle possibili coalizioni, nonché di bilanciare le differenti istanze presenti nella coalizione stessa e solo in minima parte, di rappresentare uno strumento operativo reciprocamente vincolante tra i *partners*, tra i diversi gruppi consiliari ed il sindaco, tra i candidati e gli elettori (25).

---

(20) P. RIDOLA, *Partiti politici*, *Enc. dir.*, 125.

(21) Sulla connessione tra pluralismo partitico e sistema proporzionale cfr. H. KELSEN, *I Fondamenti della democrazia*, Bologna, 1966, 13, ripreso in Italia da LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1979, 551 ss, riportato da P. RIDOLA, *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, 87, secondo i quali proprio l'art. 49, postulando «la possibilità per ciascun partito di influire sull'indirizzo politico nazionale, in relazione soprattutto alle possibilità di compromesso, osterebbe all'accoglimento della sola regola maggioritaria». Il più autorevole sostenitore del principio maggioritario è stato MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, 1957, in *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, 355 ss.

(22) In tal senso BARILE, *Scritti di diritto costituzionale*, 529.

(23) Molto incisive sono, al riguardo, le parole di A. DI GIOVINE - F. PIZZETTI, in *Nuove leggi elettorali e sistema politico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4136 «Il caso italiano dimostra con estrema chiarezza quanto forte possa essere la connessione fra sistemi elettorali, sistemi politici e creazione delle condizioni per il mutamento istituzionale. O, meglio, dimostra come sia possibile .... individuare nel cambiamento del sistema elettorale la strada maestra per una sostanziale modifica del sistema politico e quindi, forse, per la creazione delle condizioni di un forte mutamento istituzionale».

(24) La riforma è infatti «destinata ad innovare profondamente nel rapporto tra cittadini e istituzioni, cioè nel sistema democratico, con implicazioni sostanziali sulla forma di governo locale...» CARLO GESSA, *I nuovi meccanismi elettorali per gli enti locali*, in *Consiglio di Stato*, 1993, 781.

(25) In tal senso A. BARBERA, *Elezione diretta del sindaco*, Maggioli, 41-42.

L'art. 7, comma 7° della legge siciliana prescrive che all'atto di presentazione della candidatura alla carica di sindaco o di presidente della provincia, deve essere presentato «un documento programmatico contenente l'enunciazione del programma politico del candidato e dei criteri cui il candidato intende attenersi nella nomina degli assessori. Il candidato può, inoltre, presentare l'elenco degli assessori che egli intende nominare» (26). Si tratta di una delle principali innovazioni dal punto di vista sistematico, atteso che attraverso il programma amministrativo viene conferita rilevanza al corpo elettorale nella sua funzione di determinazione dell'indirizzo politico: gli elettori hanno la possibilità di valutare politicamente non soltanto il candidato, bensì anche il contenuto della sua futura attività politica espressa nel programma elettorale.

Lo scopo di questa nuova previsione è quello di qualificare e differenziare le varie candidature e in definitiva, di porsi a garanzia della serietà delle stesse e quindi della consultazione elettorale che è preordinata non solo alla scelta del sindaco e dei consiglieri ma anche dei programmi che tali candidati intendono realizzare (27). La disciplina della presentazione delle liste punta sulla trasparenza degli accordi politici, in quanto l'indicazione obbligatoria e distinta del candidato sindaco nonché la pubblicazione impegnativa del programma amministrativo si configurano come vera e propria condizione giuridica legittimante la presentazione di liste elettorali.

Ed invero, il programma amministrativo assurge ad elemento fondamentale del procedimento elettorale, costituendo requisito essenziale costitutivo ai fini della presentazione della lista (28); proprio per questo esso non può costituire una mera enunciazione di principi, ma il suo contenuto deve essere qualificato da puntualità ed analiticità, così come ha sottolineato la giurisprudenza amministrativa, cui non è sfuggita l'importanza di tale documento programmatico (29).

Talune sentenze, peraltro, sottolineano il carattere indispensabile dello stesso al fine di orientare la scelta da parte degli elettori, atteso che con le nuove regole il

---

(26) È addirittura possibile l'indicazione degli eventuali futuri assessori anche se, a differenza del sistema nazionale, è possibile che vi sia una candidatura priva di appoggio ufficiale da parte delle liste concorrenti all'elezione, TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 4.2.1994, n. 114, in *Trib. amm. reg.* 1994, I, 1661.

(27) T.A.R. Lazio, Sez. II, 7 agosto 1993, in *Trib. amm. reg.*, 1993, 2965.

(28) Corte cost. n. 429/95, in G.U., n. 39 del 20 settembre 1995, prima serie speciale, Corte cost.; Tar Lazio, sez. II *bis*, 24 giugno 1993, n. 948, in *Guida normativa*, 12 novembre 1993, n. 213, 38; Tar Lazio, sez. II, 4 febbraio 1994, n. 114, in *Trib. amm. reg.* 1994, I, 1661. Sulla maggiore o minore analiticità si veda A. BARBERA, *Elezione diretta del sindaco*, Maggioli, 41. Sempre Barbera si pone il problema della vincolatività del programma medesimo, e lo risolve negativamente traendo argomentazioni dall'art.16, comma 2, che non fa alcuna menzione del programma laddove, invece, prescrive che il sindaco eletto, comunicando la scelta degli assessori, proponga e sottoponga alla discussione del consiglio gli indirizzi generali di governo (*ibidem*, 42).

Per una rassegna di giurisprudenza sulla procedura elettorale e i suoi vizi vedi G. CORTIGIANI, *Formalità per la presentazione delle liste per le elezioni amministrative. Rassegna di giurisprudenza* (nota a sentenza TAR Toscana, sez. II, 25 novembre 1994, n. 370; TAR Toscana, sez. II, 28 ottobre 1994, n. 358; TAR Toscana, sez. II, 22 ottobre 1994, n. 338, in *Foro it.*, 1995, III, 156.

(29) In tal senso TAR Sicilia, Catania, sez. II, 25 ottobre 1994, n. 2358, Pres. Delfa, Est. Salamone, in *Trib. amm. reg.*,1994, I, 4688.

testo viene ad assumere un rilievo pari alla figura del sindaco e dei candidati e svolge una funzione integratrice della conoscenza della personalità specifica degli stessi candidati; per tale motivo il termine di presentazione delle liste è perentorio anche per il programma (30).

Il programma amministrativo, pertanto, non rimane confinato nel solo rapporto elettorale ma, proprio perché programma amministrativo e non generico programma politico (31), esso diviene la base dell'attività amministrativa del Sindaco anche nel rapporto con il consiglio comunale: più dettagliato si presenta il programma, maggiormente potrà essere fatto valere dal sindaco anche di fronte a minoranze consiliari ostili o insicure.

Peraltro, gli indirizzi generali del consiglio vanno formulati in stretto legame con il programma amministrativo, anche quando la maggioranza consiliare non coincide con il colore politico del sindaco: è di tutta evidenza, dunque, come il programma amministrativo in riferimento al quale il sindaco ha ottenuto il consenso elettorale, costituisca la fonte da cui trarre gli indirizzi generali da proporre al consiglio.

Il sistema elettorale di elezione del sindaco, del presidente della provincia, del consiglio comunale e del consiglio provinciale, introdotto dalla legge 26 agosto 1992 n. 7 è stato parzialmente modificato con la nuova legge elettorale siciliana 15 settembre 1997 n. 35, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Regione Siciliana n. 51 del 17 settembre 1997.

La suddetta legge, molto simile a quella nazionale, prevede per i Comuni con più di diecimila abitanti una scheda unica per l'elezione diretta del Sindaco e del Consiglio, ma il voto disgiunto e un premio di maggioranza che sarà appannaggio delle liste coalizzate soltanto qualora esse raggiungano il 40% dei voti. Nei Comuni con una popolazione inferiore a diecimila abitanti, invece, si voterà con il sistema proporzionale.

È proprio con riferimento al programma amministrativo che la nuova normativa ha suscitato notevoli problemi interpretativi (32). Tra questi, uno dei più spinosi

---

(30) TAR Lazio, sez. II-*bis*, 24 giugno 1993, n. 948, in *Guida normativa*, 12 novembre 1993, n. 213, 38.

(31) GESSA, *I nuovi meccanismi elettorali per gli enti locali*, in *Cons. Stato*, 1993, II, 781.

(32) Un problema che si è posto all'attenzione degli interpreti è quello riguardante il *quorum* di validità dell'elezione e se esso deve essere verificato distintamente per il candidato sindaco e per il consiglio comunale. Il parere del C.G.A. n.1019/97 dell'11 novembre 1997 è positivo, nel senso che l'elettore può votare per il candidato sindaco e non votare per nessuna lista : non vi è infatti nessun elemento, in mancanza della biunivocità del collegamento — che caratterizza invece l'elezione nei comuni minori secondo la legislazione statale — e in mancanza di una norma espressa in tal senso, che faccia ritenere che il voto del sindaco possa valere anche la lista collegata.

Un altro problema interpretativo si è posto in relazione alle norme contenute nell'art. 9 della legge regionale n. 7 del 1992, che operava in regime di elezioni separate del sindaco e del consiglio, relative al caso di rinunzia, morte o impedimento permanente del candidato sindaco ammesso al turno di ballottaggio — in regime di elezioni separate del sindaco e del consiglio —. Un altro dubbio riguarda quello di stabilire se il premio di maggioranza deve essere calcolato esclusivamente sulla base dei voti ottenuti al primo turno dalle liste apparentate che sostengono il candidato sindaco oppure se ai consensi ottenuti dalle coalizioni debbano aggiungersi anche quelli riportati dalle liste che vi si aggregano nell'eventuale ballottaggio. Interpellato in merito, il Consiglio di giustizia amministrativa, con il suddetto parere ha sostenuto la seconda opzione.

è quello relativo alla permanenza della facoltà da parte del candidato sindaco, o delle liste che lo sostengono, di modificare o accantonare il programma amministrativo, così come previsto dalla legge 26 agosto 1992 n. 7.

2. *La modificazione dei programmi amministrativi in sede di ballottaggio.*

Il ballottaggio (33), inteso come seconda votazione di scelta tra i due candidati che hanno avuto il maggior numero dei voti nel primo scrutinio senza però riportare il numero prescritto, ossia la maggioranza richiesta, comporta la concentrazione delle forze politiche a sostegno dei candidati (34).

L'intento del legislatore è stato quello di incentivare le dichiarazioni di collegamento, sul presupposto che ampie aggregazioni politiche possano facilitare la stabile governabilità degli enti locali (35). Questo significa che, al momento di assegnare i seggi, si deve tenere conto della somma dei voti riportati dal cartello, seppur *orfano* della lista che ha mutato idea prima del ballottaggio: in tal modo non si vanifica la sforzo del legislatore di favorire le dichiarazioni di collegamento.

Si è posto al legislatore prima e all'interprete poi il problema se alla possibilità di aggregazione di nuove liste, nell'arco temporale che va dal primo al secondo turno, corrisponda anche la possibilità di modificare il programma amministrativo presentato al primo turno.

In ordine a tale punto si configura una sensibile differenza tra la legge nazionale e quella regionale.

Mentre la legge nazionale nulla dice in ordine alla facoltà del candidato sindaco o delle liste che lo sostengono di modificare o accantonare il proprio programma amministrativo (36), sicché la dottrina ha affermato la «immodificabilità» del programma (37), la legge siciliana, invece, riconosce la facoltà ai candidati ammessi al secondo turno di modificare il documento programmatico al momento della presentazione obbligatoria dell'elenco degli assessori.

Stabilisce, infatti, l'art. 9, comma 4 della legge reg. sic. 26 agosto 1992, n. 7, che «i candidati ammessi al secondo turno hanno facoltà di modificare il documento programmatico formulato all'atto di presentazione della candidatura anche nella parte relativa all'indicazione dei criteri per la formazione della giunta. Essi devono inoltre indicare l'elenco completo degli assessori che intendano nominare».

---

(33) Il termine ballottaggio deriva dal francese *ballottage,* che a sua volta trova la propria origine nella parola italiana *ballotta.*

(34) Cfr. al riguardo G. SCEPIS, *Ballottaggio,* in *Enc. dir.*, 1031 ss.

(35) Cfr. CDS 10.5.1994, n.483, in *Consiglio di Stato,* 1994, I, 727, laddove si sancisce che l'assegnazione del numero dei consiglieri ai sensi dell'art. 7 della legge 25.3.1993, n. 81 deve tener conto della cifra elettorale delle liste collegate, le quali restano tali anche se una lista facente parte del gruppo (che non è riuscito a far giungere al ballottaggio il proprio candidato alla carica di sindaco), dichiari di collegarsi ad una lista che sostiene uno dei candidati ammessi al ballottaggio.

(36) Vi è, comunque, una certa perplessità in ordine alla presunta omogeneità delle liste e non solo in sede di ballottaggio, cfr. M. MARTINO, *Il Consiglio di Stato interviene sulla formalizzazione degli accordi per il ballottaggio,* in *Consiglio di Stato*, II, 2229.

(37) RENATO BALDUZZI - PASQUALE COSTANZO, in *Commento alla l. n. 81/93*, 982.

Posta la chiara e inequivocabile facoltà riconosciuta da tale norma al candidato sindaco di modificare il programma amministrativo tra il primo e il secondo turno, si pone tuttavia il problema di verificare se tale facoltà permanga anche dopo l'entrata in vigore della legge reg. sic. 15 settembre 1997, n. 35, che ha apportato modifiche al sistema elettorale dei comuni e delle province.

In particolare, l'art. 1 comma 5 della legge n. 35/97 recita: «All'atto della presentazione della lista ciascun candidato alla carica di sindaco deve dichiarare di non aver accettato la candidatura in un altro comune. Unitamente alla dichiarazione di accettazione della candidatura ed al programma amministrativo di cui al comma 4 dovrà presentare l'elenco di almeno la metà degli assessori che intende nominare».

Con il parere n. 1010/97 emesso nell'adunanza dell'11 novembre 1997, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana ha affrontato e risolto il problema della vigenza o meno — a seguito dell'emanazione della recente legge regionale n. 35 del 1997 — dell'art. 9, comma bis, della legge regionale n. 7 del 1992, che prevede la facoltà dei candidati ammessi al ballottaggio di variare il documento programmatico e di modificare i criteri di nomina degli assessori, nonché l'obbligo di completare l'elenco degli assessori.

La questione interpretativa relativa alla suddetta norma, che non risulta espressamente abrogata, si pone in quanto la legge regionale del 1992 operava in regime di elezioni separate del sindaco e del consiglio.

Il Consiglio di giustizia amministrativa ritiene che nella specie non si ravvisi alcuna incompatibilità e, quindi, nessuna abrogazione tacita in quanto l'art. 12, comma 1, legge n. 7/1992, riguarda la nomina della giunta, in senso proprio e formale, a seguito delle elezioni svoltesi e concerne sia l'ipotesi che l'elezione si sia svolta con il turno del ballottaggio sia l'ipotesi che l'elezione si sia svolta in un unico turno.

L'art. 9, comma 4 della legge n. 7 /92, invece, inerisce alla presentazione degli assessori che il sindaco nominerà nella sola ipotesi che si vada al turno di ballottaggio.

In dottrina si osserva a questo proposito come l'incompatibilità tra due norme, che ai sensi dell'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale determina l'abrogazione della norma precedente, deve essere assoluta (38).

Ed invero, il suddetto art. 15, che codifica il principio *lex posterior derogat priori* (39) così recita: «Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibiltà tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore».

Tale principio costituisce uno strumento idoneo a risolvere il problema delle antinomie presenti nel sistema; si tratta di un canone interpretativo che le esclude,

---

(38) PUGLIATTI, *Abrogazione, teoria generale*, in *Enc. del dir.*, 143; PATRONO, *Legge, vicende della*, in *Enc. del dir.*, 909. Pugliatti individua il fondamento del fenomeno abrogativo nel carattere inesauribile che sarebbe proprio della fonte, cioè del potere da cui ciascuna legge promana, PUGLIATTI, *Abrogazione,* 142, *cit.* da M. PATRONO, *Legge, (vicende della),* in *Enc. dir.,* 910.

(39) « Il principio *lex posterior derogat priori* non è che la proiezione sull'atto normativo della competenza normativa attuale dell'organo che emette l'atto normativo e si risolve quindi in una *potestas abrogandi* dello stesso organo o di organi gerarchicamente superiori, oltre che degli organi a competenza concorrente», R. QUADRI, *Commentario Scialoja Branca*, Zanichelli, Bologna, 1974, 321.

delimitando l'ambito di applicazione delle norme che si succedono nel tempo (40).

Non si può certo parlare, nel caso di specie, di abrogazione espressa: la legge posteriore avrebbe dovuto espressamente indicare quali singoli articoli o commi o numeri della legge anteriore di essa vengono abrogati.

Né, d'altronde, è da sottacersi il fatto che l'art.15 della legge regionale in esame, ha abrogato espressamente una lunga serie di disposizioni, parole o proposizioni di leggi elettorali precedenti.

Neppure si può ipotizzare un tipo di abrogazione per incompatibilità o tacita o implicita, considerato che non risulta un obiettivo contrasto fra norma successiva e norma precedente tale da rendere impossibile la loro contemporanea applicazione, tenuto conto del rispettivo principio ispiratore (41).

In dottrina si segnala l'esigenza di vagliare caso per caso se non sussista tra le due norme, anche quando sia astrattamente possibile la loro contemporanea applicazione, un'incompatibilità sistematica, da intendersi secondo il principio dell'organicità (42), dovendosi trattare di una incompatibilità logica di contemporanea validità dei due enunciati normativi.

Correttamente il C.G.A. ha ritenuto di non ravvisare né una incompatibilità assoluta, né una incompatibilità sistematica; d'altronde non si può certo individuare una incompatibilità logica tra le due interpretazioni, considerato che la facoltà di variare il documento programmatico non contrasta con lo spirito della recente legge, la cui *ratio* è quella di adeguare la normativa regionale a quella statale.

Alla luce delle suesposte considerazioni, dunque, è da ritenersi che il recente intervento normativo regionale non ha influito sulla modificabilità del programma amministrativo in sede di ballottaggio, lasciando inalterata questa peculiare facoltà della legislazione elettorale siciliana.

MARIA VITTORIA LUMETTI

---

(40) «Le antinomie vengono elevate dal principio in parola, anche relativamente all'abrogazione espressa, a presupposto necessario per il verificarsi di quella delimitazione del campo di applicazione delle varie norme in cui consiste l'effetto abrogativo, onde solo apparentemente – ma si tratta... di un'apparenza giuridicamente rilevante – si realizza una situazione di contrasto tra due disposizioni che si succedono nel tempo», F. SORRENTINO, *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico,* in *Riv. Trim. dir. pubblico*, 1972, 9. Per un taglio di carattere filosofico relativamente al criterio per risolvere le antinomie vedi la disamina di E. PATTARO, *Introduzione al corso di filosofia del diritto*, vol. I, Clueb, Bologna, 1986, 198, N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, 198, nonché R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu- Messineo*, Milano, Giuffré, 1998, 104 ss.

(41) Cass. 7.3.1979, n. 1423, in *Giur. it.,*1979, I, sez. 1, 1201.

La dottrina individua un terzo tipo di abrogazione, cosiddetta *innominata*, attuantesi mediante la formula «sono abrogate tutte le norme incompatibili con la presente legge». Tali formule non vertono su specifiche disposizioni previgenti, bensì solo su norme non identificate: saranno gli interpreti ad individuare discrezionalmente le norme incompatibili con la disciplina sopravvenuta. In tal senso P. CENDON, *Commentario al codice civile*, Utet, 1991.

Vedi anche P. Rizzo, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, a cura di Perlingieri*, Napoli,1991, 146.

(42) R. QUADRI, *Comm. Scialoja Branca,* Zanichelli, Bologna, 1974, 321.

I conflitti di amministrazione tra incertezze e metamorfosi degli interessi pubblici (*)

1) *Dell'incerta metamorfosi degli interessi pubblici.*

Il mio contributo alla riflessione non può che essere modesto e prende forma non da analisi sistematiche, ma da impressioni dettate essenzialmente dalla mia esperienza di avvocato dello Stato. Esperienza che mi induce a brevi considerazioni sulle incertezze che pervadono gli interessi pubblici, in continua metamorfosi, e sui rimedi apprestati dall'ordinamento per evitare o per dirimere i conflitti di amministrazione.

Gli interessi pubblici qualificano teleologicamente l'agire amministrativo, il loro perseguimento costituisce il *proprium* di questo agire (1), istituiscono relazioni tra soggetti, assurgono a parametro valutativo della dinamica dei rapporti pubblicistici, sono indizi della legittimità e della legalità.

Consistenza palpabile dell'attività amministrativa (anche di quella consultiva e di controllo, del sindacato giurisdizionale), l'interesse pubblico è categoria giuridica sfuggevole, risultato di un giudizio condotto su fatti e situazioni, approda trasfigurato tra i valori giuridici che informano l'esercizio di poteri e di funzioni pubbliche.

È stato autorevolmente affermato che «la tendenza prevalente è per mantenere un'intavolazione degli interessi in individuali, interessi collettivi, interessi pubblici locali e interessi pubblici generali. Quando si passa ad applicare l'intavolazione alle normazioni positive, ci si avvede che essa perde molto della sua chiarezza classificatoria» (2).

Tra queste categorie la «meno definibile è... proprio quella degli interessi pubblici» in quanto «con l'avvento dello Stato pluriclasse è venuto a formarsi un criterio che potrebbe dirsi di pubblicizzazione potenziale di ogni interesse avente una rilevanza sociale eminente» ...«qualunque interesse è qualificabile come pubblico, se è assunto fra quelli a cui provvede un ente a sua volta qualificato come pubblico; vige cioè un principio nominalistico....» (3).

(*) Testo della relazione svolta dall'avvocato Domenico MUTINO al Convegno Nazionale «La Corte dei Conti verso il terzo millennio», tenutosi a Maratea in data 23 e 24 aprile 1999.

(1) Cfr. E. CANNADA-BARTOLI, voce «*Interesse* (*dir .ammin.*)», in *Enc. del Dir.,* Milano, vol. XXII, 1 e ss. che ancora l'*ubi consistam* dell'interesse pubblico ai principi di imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa. La rilevata scarsa attenzione per gli interessi pubblici riguarda anche la proiezione processuale degli stessi.

(2) M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo,* Milano, 1981, 44.

(3) *Ibidem.*

La ragione essenziale che radica e giustifica l'attribuzione di poteri e funzioni amministrative è la cura degli interessi pubblici e privati da parte delle Amministrazioni, ma l'indagine sugli interessi pubblici è scarsamente praticata (4).

Mancano definizioni esaustive, sovente si incontrano opzioni lessicali nebulose ed evanescenti prive di pratica utilità (5) che scontano la difficoltà di fermare l'essenza di ciò che per sua natura è mutevole, in continua trasformazione, sempre condizionato dalla diversità dei fini selezionati dal legislatore, ma anche da apparati politici diversi da quelli legislativi, dalle singole amministrazioni; e di ciò che si modella su esigenze variabili espresse dalla collettività.

Se non esplicitati dal legislatore, gli interessi pubblici vanno enucleati dalle norme di principio quali, ad esempio, quelle contenenti principi di legalità-indirizzo, i canoni organizzativi della competenza, l'imparzialità, il buon andamento (6). Si desumono cosi empiricamente secondo la gerarchia delle fonti e dei valori dell'ordinamento. Talvolta emergono solo nel farsi concreto dell'agire amministrativo, in occasione della trasformazione del potere e della funzione in attività, dalla trama disarmonica spesso irriducibile di interessi confluenti o confliggenti, di cui sono portatori soggetti pubblici e privati.

Una serie di principi compone «il regime giuridico generale dei poteri delle amministrazioni... teso a garantire, da una parte, che le amministrazioni perseguano effettivamente gli obiettivi prioritari selezionati secondo le regole del sistema democratico e non finalità proprie degli apparati burocratici, dall'altra, che nel far ciò, esse abbiano adeguato rispetto per tutti gli interessi che in via generale l'ordinamento considera apprezzabili» (7).

Il sistema giuridico appresta criteri di individuazione degli interessi pubblici. La prima regola «riguarda l'indirizzo politico che deve essere perseguito attraverso l'attività amministrativa e corrisponde al principio democratico nella sua applicazione riguardante la funzione amministrativa» (8) e la connessa «necessità della subordinazione della funzione amministrativa alla funzione di indirizzo politico onde assicurare che le finalità perseguite dall'amministrazione non siano liberamente determinate ma corrispondano agli interessi che il <popolo sovrano>... indichi come perseguire» (9).

È questo, in sostanza, il «<principio di legalità> dell'azione amministrativa, in una delle sue più comuni accezioni, quella della legalità-indirizzo... Insufficiente e

---

(4) E. CANNADA-BARTOLI, *cit.*

(5) Il principio nominalistico appare inidoneo ad indirizzare l'azione dei pubblici poteri in settori nei quali gli strumenti adottati e le modalità di esercizio dell'azione pubblica non ripetono modelli pubblicistici (un esempio è costituito dalle attività esercitate in regime di diritto comune per le quali si registrano notevoli perplessità nell'agire amministrativo).

(6) «L'interesse pubblico non è soltanto quello tipizzato dalla norma, ma è anche quello che si ricava dai principi generali dell'ordinamento e, in particolare, dal principio di buona fede in senso oggettivo», così F. MERUSI, *Il principio di buona fede nel diritto amministrativo,* in *Studi in onore di Mario Nigro*, Milano 1991, vol. II, 219.

(7) D. SORACE, *Gli <interessi di servizio pubblico> tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro It.*, 1998, V, 205 e ss.

(8) *Ibidem.*

(9) *Ibidem.*

sfocata di fronte... alla ormai maturata impossibilità di concepire unitariamente l'amministrazione... e alla (convergente) pluralizzazione degli apparati politici e quindi dei centri di indirizzo politico» (10).

Non è sempre agevole individuare l'interesse pubblico prevalente o prioritario in ipotesi di compresenza di interessi pubblici (generali e concreti, di settori, primari e secondari...) e questo nonostante leggi, atti di indirizzo e di coordinamento, programmi, direttive.

Gli organi pubblici amministrativi sono per lo più eteronomi.

La delegificazione avvicina l'interesse pubblico alle esigenze degli amministrati e dilata il numero dei soggetti competenti a selezionare gli interessi pubblici (11).

Il proliferare di enti esponenziali, portatori di interessi collettivi o diffusi, rende meno agevole la distinzione fra interessi pubblici generali e particolari e interessi collettivi e diffusi (12) che assumono fisionomie proprie degli interessi pubblici e con questi si confondono.

Ingenerano incertezze nell'individuazione degli interessi pubblici anche i nuovi modelli di amministrazione che si vanno affermando. I modelli negoziali di amministrazione partecipata o «concordata», ad esempio, favoriscono la comparazione degli interessi e la sintesi di posizioni differenziate soprattutto in ambito procedimentale, ma nel contempo sovvertono congegni collaudati e categorie giuridiche tradizionali. Coesistono vecchi e nuovi moduli, l'accordo tende a sostituire il provvedimento.

Spesso sono gli organi giurisdizionali ad enucleare (sovente con tecnica maieutica e con elaborazioni raffinate) l'interesse pubblico concreto e a dettare la *norma agendi* capace di orientare l'attività amministrativa e a segnare i limiti della legittimità e della legalità.

La sensibile metamorfosi degli interessi pubblici deriva da alcune ragioni enunciate in precedenza, ma anche dalla loro polverizzazione, fenomeno che contraddistingue il nostro sistema democratico.

Nello Stato contemporaneo l'interesse pubblico generale spesso si risolve in una *fictio iuris* considerata la complessa articolazione soggettiva degli organismi pubblici competenti a selezionare interessi e una dimensione tendenzialmente pluri-

---

(10) *Ibidem.* Esula da questa riflessione il processo di razionalizzazione giuridica dell'universo e dei fini politici pur rilevante per la qualificazione e per l'individuazione degli interessi pubblici e per il quale è stato evidenziato come «L'organizzazione pubblica, quando dietro si cela il politico, si articola per *maschere di protagonisti,* e cioè per persone giuridiche» (G. BERTI, *Vecchia amministrazione e nuove opinioni,* in *Studi in onore di M. Nigro, cit.,* vol. II, 83).

(11) F. PATRONI GRIFFI, *Delegificazione e semplificazione dei procedimenti amministrativi,* in *CdS,* II, 1998, 1711 e ss.

(12) R. FERRARA, voce *Interessi collettivi e diffusi,* in *Dig. Disc. Pubblic.,* Torino, 1993. Non rileva in questa sede l'analisi della procedura di qualificazione dell'interesse superindividuale o verificare se lo stesso rappresenti una figura assimilabile all'interesse legittimo... né indugiare sulla crescente esigenza di assicurare tutela ad interessi «presenti allo stato fluido e magmatico nella società civile», e sulle ragioni dell'organizzazione di «situazioni attive potenziali e pregiuridiche», della sollecitata tutela degli interessi c.d. seriali.

voca dei fini (ri)elaborati per soddisfare le sempre diverse esigenze espresse dalla società (13).

Accanto agli interessi generali, riferibili allo Stato-collettività o ordinamento, figurano interessi pubblici particolari ascrivibili a singole amministrazioni che spesso si sovrappongono o si contrappongono ai primi. Di regola la serie di interessi pubblici concreti riceve specificazione solo ad opera delle singole amministrazioni.

Se la trasformazione in senso federalista dello Stato e il decentramento amministrativo favoriscono una irregolare divisione dell'interesse pubblico generale, la nuova dimensione europea sembra imporre una *reductio ad unitatem* della frammentata dislocazione degli interessi pubblici per essere adeguatamente rappresentati a livello comunitario sia in sede politico-amministrativa sia in sede giurisdizionale.

L'eterogeneità e la plurisoggettività degli interessi pubblici suggerisce forse di ripensare anche aspetti legati ai modelli processuali tipici del processo contabile, come quelli relativi, ad esempio, all'ammissibilità delle forme di intervento delle amministrazioni pubbliche in tale giudizio. Se la natura sindacatoria del processo impedisce di utilizzare, senza i necessari adattamenti, paradigmi riconducibili al processo civile o al giudizio amministrativo, le ragioni addotte per limitare o escludere varie forme di intervento nel processo contabile delle amministrazioni andrebbero rimeditate perché per lo più fondate su una non adeguata percezione della riferita eterogeneità e plurisoggettività degli interessi pubblici.

È noto che la giurisprudenza propende per l'ammissibilità del solo intervento adesivo dipendente, con esclusione quindi dell'intervento principale e di quello adesivo autonomo, ma è stata acutamente prospettata 1' ammissibilità (anche) dell'intervento *ad opponendum* o *ad adiuvandum* dell'ente cui appartengono gli amministratori o funzionari convenuti in giudizio, in quanto il pubblico ministero non agisce nel giudizio come unico ed esclusivo rappresentante dell'ente, ma quale organo dello Stato-Comunità posto a tutela dell'interesse patrimoniale pubblico (14).

2) *Sui conflitti di amministrazione.*

La tendenziale vaghezza, la pluriqualificazione degli interessi (che possono essere insieme pubblici e privati), la polverizzazione degli stessi sono all'origine di confusioni di ruoli, di sovrapposizioni e duplicazioni di attività pubbliche, di diffi-

---

(13) «Nel nostro ordinamento non è configurabile una nozione unitaria e massiccia di pubblico interesse, mentre, al contrario, sono ben configurabili interessi pubblici distinti e spesso tra loro virtualmente confliggenti; quando ciò si verifica, se l'ordinamento non prevede particolari forme di composizione e di coordinamento, è inevitabile che alcuni interessi, ai quali è riconosciuto valore primario, siano soddisfatti a scapito di altri, ai quali è riconosciuto valore secondario» (Cons. di Stato, V, 22 aprile 1976, n. 651).

(14) Cfr. M. SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile,* Milano, 1996, 137 e ss. che espone le problematiche delle varie forme di intervento dinanzi al giudice contabile e manifesta l'esigenza che siano ampliate le ipotesi di ammissibilità dell'intervento delle amministrazioni,anche sulla scorta della rilevata variegata natura degli interessi pubblici che impone di rivedere anche i profili di legittimazione processuale nel processo contabile. V., altresì, A. POLLICE, *Della responsabilità patrimoniale*, in *Nuova Rass.*, 1995, 2344 e ss.

coltà per il cittadino posto di fronte al «sezionamento» dell'interesse pubblico in più parti; ma anche di errate percezioni che favoriscono forme di irresponsabilità, di illegittimità, di illegalità spesso causa di consistenti danni erariali.

Tra le ragioni che ostacolano la realizzazione di una corretta gestione delle pubbliche risorse, talvolta figurano i conflitti di amministrazione destinati a moltiplicarsi in virtù delle rilevate polverizzazioni e della plurisoggettività degli interessi pubblici.

L'incipiente decentramento (sia se attuato con delega traslativa o devolutiva, sia se realizzato con delega libera) acuisce i conflitti di amministrazione a causa di ben conosciute vischiosità del sistema in occasione di riforme che incidono sulla attribuzione di poteri, di competenze, di risorse.

L'indagine su forme e strumenti idonei a prevenire e a comporre situazioni di conflitto che possono insorgere all'interno del potere amministrativo, tra organi investiti di funzioni amministrative, appare poco approfondita.

L'impressione è che siano considerate recessive e marginali le tecniche apprestate dall'ordinamento per la risoluzione di questo genere di conflitti espressivi, molte volte, di sordide rivalità tra centri di potere politico-amministrativo.

Si tende a valutare l'efficienza, l'efficacia, la legittimità dell'agire amministrativo muovendo dalla prospettiva dell'individuo o dei gruppi e non dalle prospettive, ormai plurime, delle pubbliche amministrazioni che individuano e curano in concreto gli interessi della collettività.

È una tendenza che riceve conferma dalla mera analisi della produzione normativa degli ultimi anni che ha riguardato in prevalenza diritti ed interessi sostanziali e processuali dell'amministrato.

Anche le norme sul procedimento amministrativo solo indirettamente attengono alla composizione degli interessi pubblici in conflitto. Appare indubbio che la conferenza di servizio (di riflesso) favorisce la composizione preventiva di interessi pubblici contrapposti, poiché «strumento tipico della coordinazione tra uffici, organi ed enti diversi dotati di una qualche competenza in relazione al procedimento promosso da altra amministrazione» (15). Una funzione di composizione preventiva può essere riconosciuta anche alle convenzioni e agli accordi conclusi tra pubbliche amministrazioni «per disciplinare lo svolgimento in collaborazione in attività di interesse comune» (art. 15 legge 241/90) e, ancora, agli accordi di programma degli enti locali.

Tuttavia la *ratio* che ispira le norme sul procedimento non è certo quella di favorire la risoluzione di conflitti fra amministrazioni. Tali norme notoriamente mirano ad assicurare una più intensa efficacia, efficienza, pubblicità dell'attività amministrativa, a semplificare e a rendere traspicua l'azione, a favorire la partecipazione degli amministrati. La possibilità, per le pubbliche amministrazioni di utilizzare lo strumento dell'accordo (con l'applicazione di principi di diritto comune, nei limiti della compatibilità della disciplina civilistica), è evidentemente cosa diversa dai rimedi idonei ad evitare il prodursi di conflitti di amministrazione.

---

(15) I. FRANCO, *Il nuovo procedimento amministrativo*, II ed. Bologna 1993, 169.

L'accordo presuppone il formarsi di volontà convergenti e l'esistenza di interessi comuni, la sua stipulazione è rimessa alla discrezionalità delle amministrazioni procedenti, come mera possibilità per disciplinare i loro rapporti. In sostanza, accordi e convenzioni se possono prevenire situazioni conflittuali, non rappresentano rimedi per la soluzione dei conflitti tra amministrazioni.

Se il conflitto attiene a violazioni di norme di rilievo costituzionale sulle sfere di attribuzione attuata con atti non aventi valore di legge (anche se normativi) e tra poteri dello Stato o tra Stato e Regioni o fra Regioni, non si pongono problemi perché previsto il rimedio del conflitto di attribuzione devoluto alla cognizione della Corte costituzionale.

In ipotesi di conflitti di amministrazione nei quali, ad esempio, oggetto di contrasto sono la *vindicatio rerum* o comunque diritti e pretese patrimoniali o funzioni delegate dallo Stato alle Regioni, l'ordinamento non appresta strumenti particolari, se non quelli ordinari del controllo e della risoluzione giurisdizionale del conflitto dinanzi ai giudici ordinari ed amministrativi.

La circostanza che, pur in presenza di controversie tra amministrazioni (comunque parti della Repubblica), la *res litigiosa* debba necessariamente e direttamente essere rimessa alla decisione dei giudici ordinari e dei giudici amministrativi, non appare del tutto producente. E questo soprattutto ove si consideri che spesso l'impiego di ingenti risorse pubbliche risulta ritardato o definitivamente impedito dai tempi lunghissimi della giustizia (16).

Dei conflitti di amministrazione, nella prospettiva qui affrontata, rilevano evidentemente solo quelli c.d *interenziali* (che sorgono tra organi di enti diversi) e tra questi, quelli definiti «diretti», nei quali difetta un interesse privato in ordine al conflitto (17).

Per il conflitto tra organi ordinati gerarchicamente la soluzione è di regola rimessa all'organo sovraordinato o comunque dotato di poteri di indirizzo e coordinamento, in ipotesi di mancanza di vincolo gerarchico. È quanto accade, ad esempio, nel conflitto tra Ministri risolti con deliberazione del Consiglio dei Ministri. In simili ipotesi è escluso il ricorso all'autorità giurisdizionale «in considerazione della superfluità di costituire un procedimento contenzioso laddove già esistono poteri idonei alla risoluzione del conflitto» (18), e per evidenti problemi di legittimazione processuale e di interesse ad agire.

---

(16) Sui tempi della giustizia non è il caso di indugiare. È piaga sociale e questione antica. Un intero titolo delle Costituzioni federiciane del 1231 (il XLIX) era dedicato a questo problema. «Perché non si prolunghi il dibattito nelle cause... vogliamo che tutti i giudici del nostro regno, ed ognuno di loro, concorrano con la nostra volontà a risolvere con celerità le cause affidate alla loro giurisdizione, non indulgendo affatto sulle argomentazioni degli avvocati che, perorando cercano di portare alle lunghe le motivazioni della difesa, oltre il tempo richiesto dalla reale necessità dell'istruttoria.. gli avvocati abbiano come massimo due giorni di tempo per disputare in materia di diritto e per presentare la loro conclusione...». «Quando invece le parti concludono, ma sono i giudici che si dilungano prima di pronunciarsi sulla sentenza.. noi vogliamo fissare ai giudici un termine per la sentenza, anche in considerazione dell'elevato numero di cause pendenti che essi potrebbero avere; ma facciano in modo di terminare la causa con sentenza finale entro dieci giorni dalla conclusione del dibattito...». *Le Costituzioni di Melfi*, a cura di F. TARDIOLI, Melfi, s.d., 168.

(17) C. CAMILLI, voce *Conflitti di amministrazione*, in *Enc. Dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, 993 e ss.

(18) *Ibidem*.

Nel conflitto tra enti pubblici, se all'origine della disputa vi è la sovrapposizione operata da un organo statale in danno di un altro ente pubblico, l'ente pubblico può risolversi di investire l'autorità gerarchicamente sovraordinata (se esistente) o gli organi giurisdizionali.

Al contrario, se ad eccedere dagli ambiti fissati dalle norme è un ente pubblico nei confronti dello Stato, la risoluzione del conflitto è più articolata, considerata l'esistenza del complesso sistema di controllo di legittimità sugli atti e sugli organi che funge anche da procedimento idoneo a comporre possibili conflitti.

In ipotesi di conflitti tra enti pubblici diversi dallo Stato, i rimedi possono consistere nell'esercizio, da parte dello Stato, di poteri di controllo o delle azioni giurisdizionali proponibili dinanzi ai giudici ordinari o amministrativi.

Può accadere che il conflitto investa enti pubblici titolari di autonomia politica e amministrativa e dotati di competenze che si sovrappongano e che non siano previsti organi di indirizzo e di coordinamento capaci di rimuovere, in radice, le occasioni di conflitto. L'ipotesi si verifica sovente. Per avere un'idea della frequenza dei conflitti di amministrazione dovuti, in buona parte, ad un sistema di competenze disorganico e poco trasparente, con una carente previsione di funzioni di coordinamento, basta considerare il numero di controversie seguite agli eventi sismici che hanno interessato la Campania, la Puglia e la Basilicata.

Numerose le ipotesi nelle quali non è agevole individuare il soggetto pubblico tenuto all'erogazione di risorse pubbliche e numerose le controversie che vedono protagonisti Stato, Regioni, Comuni nelle quali tema del contendere è la contestata appartenenza di beni, o questioni squisitamente patrimoniali devolute alla cognizione dei giudici ordinari o amministrativi.

Strumenti di carattere amministrativo idonei ad evitare o comunque a favorire la composizione dei conflitti di amministrazione sono senza dubbio la Conferenza Stato-Regioni, la Conferenza Stato-Città e le Conferenze unificate (le cui attribuzioni sono state (ri)definite con il d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281), gli accordi o le convenzioni stipulate tra soggetti pubblici, l'attività consultiva resa dal Consiglio di Stato o dall'Avvocatura dello Stato, le varie forme di controllo dell'azione amministrativa.

Il più delle volte, però, tali conflitti confluiscono in quello che è stato definito l'arcipelago dei processi. Il processo costituisce la sede preferenziale se non esclusiva ove convergono disordinatamente le situazioni conflittuali originate da opposte visioni nella cura degli interessi pubblici. È dinanzi ai giudici che, in prevalenza, le amministrazioni dirimono le incertezze dell'agire amministrativo e verificano l'effettività dell'interesse pubblico soggettivato con intuibili negativi effetti sull'efficacia e sull'efficienza dell'azione amministrativa. Ai conosciuti profili di illegittimità dell'agire amministrativo, se ne aggiunge uno ulteriore che attiene al ritardo con cui si soddisfano gli interessi pubblici. Il tempo costituisce la «quarta dimensione» dell'illegittimità (19).

---

(19) G. SORGE, *Il tempo nel procedimento amministrativo. Teorie e prospettive* , in *TAR* 1997, II, 165. «Se il tempo misura...l'efficienza degli atti, appare possibile identificare una dimensione dell'illegittimità che faccia proprio riferimento all'inefficienza dell'atto singolo, come risultato di un procedimento prodotto in tempi patologici e, quindi inidoneo alla funzione. In altre parole è possibile costituisca elemento di illegittimità l'incapacità di produrre in modo tempestivo o adeguato (rispetto a parametri preventivamente fissati dalla stessa Amministrazione) gli atti finali o i risultati dell'azione stessa...»

Mancano rimedi tipizzati di carattere preprocessuale, che pur potrebbero essere sperimentati, quali tentativi di conciliazione rimessi ad organi pubblici capaci di prevenire o evitare il ricorso all'autorità giurisdizionale per dirimere conflitti (virtuali o reali) di amministrazione.

Sono previste condizioni di procedibilità, ad esempio, per il riconoscimento giudiziale dell'invalidità civile del singolo cittadino, ma non sono previsti filtri di sorta quando la controversia riguarda poteri amministrativi contrapposti, interessi pubblici della collettività, la concreta allocazione di risorse pubbliche.

Quanto ai rimedi giurisdizionali per i conflitti di amministrazione, in passato fu auspicata «l'introduzione nel nostro ordinamento... di norme che affidassero la composizione dei conflitti di amministrazione a organi giurisdizionali su ricorso delle autorità interessate» (20). Si opposero a tale innovazione la carenza di personalità di singoli organi, l'inesistenza di un interesse proprio degli organi dello Stato al rispetto delle loro competenze, l'intento di evitare un'invasione del potere giurisdizionale nella sfera riservata all'amministrazione.

La plurisoggettività delle amministrazioni, una sempre più diffusa e marcata autonomia delle strutture politico-amministrative, ma anche di singoli organi, inducono a suggerire l'introduzione di rimedi capaci di risolvere, con rito abbreviato, i conflitti di amministrazione diretti, in modo da assicurare una decisione su questioni che involgono esclusivamente interessi pubblici.

Si potrebbe sperimentare un rimedio di carattere giurisdizionale pur previsto dalle norme vigenti, ma di fatto desueto. È il giudizio ad iniziativa dell'amministrazione previsto dall'art. 33 del regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054 (T.U. Cons. Stato) che prevede che, col preventivo assenso scritto di coloro ai quali il provvedimento direttamente si riferisce, l'amministrazione può provocare la decisione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, ma se le parti rifiutano di prestarvi assenso, il loro comportamento equivale a rinuncia.

«Trattasi... di un giudizio instaurato dalla pubblica amministrazione volto a verificare la legittimità di un atto da essa emanato». È un rimedio capace di suscitare l'accertamento della legittimità dell'agire tale da porre l'amministrazione «a riparo dalle negative conseguenze di una caducazione dell'atto dopo averlo se mai portato ad esecuzione» (21).

Il giudizio presuppone l'avvenuta adozione di un provvedimento; costituisce ipotesi di competenza residua in unico grado del Consiglio di Stato, non richiede che dell'affare sia già stato investito l'Alto consesso in sede consultiva.

Il rimedio potrebbe costituire un efficace strumento per ottenere tempestivamente, e con sentenza, la soluzione di conflitti di amministrazione, anche se non vanno taciuti i limiti costituiti dalla necessaria preventiva adozione di un provvedimento.

---

(20) C. CAMILLI, *cit.*

(21) V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, II ed., Torino, 1994, 901 e ss.

3) *Considerazioni conclusive.*

L'eterogeneità degli interessi pubblici, le difficoltà di individuazione e di classificazione degli stessi, si riflettono inevitabilmente sulla qualità dell'azione amministrativa in concreto esercitata, rendono esitanti gli organi e rallentano la loro azione, favoriscono indebite confusioni dell'interesse particolare con il generale, ostacolano il controllo che, in assenza di criteri giuridici predeterminati e sicuri, diventa empirico (22), acuiscono i conflitti tra cittadini e pubbliche amministrazioni, e tra amministrazioni.

La metamorfosi degli interessi pubblici impone un diverso approccio concettuale e riforme istituzionali che tengano conto della plurisoggettività e della polverizzazione degli stessi, ma anche dell'esigenza di ricondurre ad unità il controllo e la giurisdizione, pur distinti quanto a strumenti, procedure ed effetti, in una visione armonica che assicuri la corretta gestione amministrativa e finanziaria in ambito nazionale e comunitario.

L'assenza di efficaci rimedi amministrativi e giurisdizionali in grado di dirimere con tempestività i conflitti di amministrazione comporta ritardi e danni per l'erario.

L'indubbia centralità assunta dal processo, (anche per la verifica di legittimità e di legalità dell'agire amministrativo) e la particolare rilevanza acquisita dai principi di buona gestione finanziaria (che impongono un controllo costante e qualificato

---

(22) Di particolare interesse nella prospettiva qui affrontata è la sentenza n. 29/95 con la quale la Corte costituzionale ha fissato i contorni e le ragioni del controllo successivo della gestione rilevando come lo stesso «debba essere eseguito, non già in base a parametri di stretta legalità, ma in riferimento ai risultati effettivamente raggiunti collegati agli obiettivi programmati nelle leggi e nel bilancio, tenuto conto delle procedure e dei mezzi utilizzati per il loro raggiungimento». Finalità del controllo successivo della gestione, sempre secondo il Giudice delle leggi, quella «di favorire una maggiore funzionalità nella Pubblica amministrazione attraverso la valutazione complessiva dell'economicità/efficienza dell'azione amministrativa e dell'efficacia dei servizi erogati». Sempre con riguardo alle finalità del controllo successivo sulla gestione la Corte costituzionale ha affermato che essa consiste nell'accertare «la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge, valutando comparativamente costi, modi e tempi dello svolgimento dell'azione amministrativa» mediante un confronto condotto «tra la situazione effettivamente realizzata con l'attività amministrativa e la situazione ipotizzata dal legislatore come obiettivo da realizzare, in modo da verificare, ai fini della valutazione del conseguimento dei risultati, se le procedure e i mezzi utilizzati, esaminati in comparazione con quelli apprestati in situazioni omogenee, siano stati frutto di scelte ottimali dal punto di vista dei costi economici, della speditezza dell'esecuzione e dell'efficienza organizzativa, nonché dell'efficacia dal punto di vista dei risultati». «Il controllo preventivo viene svolto in relazione ad esclusivi apprezzamenti giuridici, mentre il controllo sulla gestione si presenta come controllo di carattere empirico ispirato, più che a determinati parametri normativi, a canoni di comune esperienza» (STEFANO GIRELLA, *Il nuovo ruolo della Corte dei conti nell'esercizio della funzione di controllo,* in *Riv. della Corte dei Conti,* 1996, 298 e ss.). Nell'ambito di questo strumentario di carattere eminentemente economico assumeranno grande rilievo, ai fini della valutazione della correttezza dei comportamenti tenuti da dipendenti, funzionari e dirigenti pubblici, le regole tecniche e la discrezionalità nella scelta delle soluzioni possibili.

della spesa pubblica, teleologicamente orientato al rispetto di precisi parametri nazionali e comunitari) suggeriscono forse l'introduzione di procedure di controllo essenzialmente giurisdizionali, rimesse alla Corte dei Conti, tese alla risoluzione dei conflitti di amministrazione che coinvolgano l'impiego di cospicue risorse pubbliche. Il rimedio potrebbe consentire anche di graduare la realizzazione dei differenti interessi pubblici coinvolti in una prospettiva amministrativo-contabile. In ipotesi di conflitti tra interessi pubblici primari e interessi pubblici secondari, di regola, non vi è composizione degli stessi ma la mera prevalenza dei primi.

L'analisi di quella che è stata definita la *letteratura grigia* delle pubbliche amministrazioni (23) conferma che spesso l'illegalità o l'illegittimità non sono il risultato di malafede o di abusi che pure sono ricorrenti, ma scaturiscono da una diffusa scarsa dimestichezza con discipline sempre più complesse e meno perspicue che hanno reso il sistema giuridico una sorta di *opus incertum.* È ovvio che quanto più sono incerti i limiti della legalità e della legittimità, tanto più divengono valicabili.

Tra uomini e regole esiste un rapporto circolare: sono gli uomini a dettare le regole, sono essenzialmente le regole a trasformare gli uomini. È questo un canone valevole anche per le relazioni tra organi pubblici che dovrebbero interagire secondo modelli cooperativi vantaggiosi per tutti, capaci di modificare anche i comportamenti più controproducenti (24) e di favorire convinzioni sociali radicate ispirate al rispetto della legalità.

Occorre forse elaborare una nuova etica dei pubblici poteri fondata *sull'affectio societatis,* carente in società come la nostra, riluttante ad ogni sistema di valori, insofferente verso prospettive non individualistiche. È una società dell'effimero, nella quale l'attesa o la ricerca del *kairós* esaurisce spesso l'orizzonte etico degli attori sociali.

Un grande scrittore contemporaneo, nel narrare una storia intrigante, esordisce con una considerazione ovvia quanto trascurata «il futuro ha una grande virtù : non è mai come te lo immagini» (25).

Se questa intuizione poetica può risultare appagante, riferita al destino del singolo, diventa incongrua quando al centro della riflessione è il futuro di Istituzioni che trascendono l'effimera storia individuale e che impongono progetti organici e tempestivi non tanto per preservare *hic et nunc* l'esistente, quanto per contribuire all'effettiva realizzazione del bene comune.

C'è da augurarsi che l'illustre ed antica tradizione della Corte dei Conti non vada dispersa e che sia (ri)considerato il suo ruolo istituzionale quale organo supremo di controllo della gestione amministrativa e finanziaria ed anche organo giurisdizionale contabile, autonomo, indipendente.

DOMENICO MUTINO

---

(23) SPANTIGATI, *A che serve la letteratura grigia delle pubbliche amministrazioni,* in *Riv. Corte dei Conti*, 1996, 305 e ss.

(24) A. MASSARENTI, *Nash, l'equilibrio ritrovato*, in *Il Sole 24 ore*, 28 marzo 1999, 35.

(25) M. PAVIC, *Il lato interno del vento*, Milano, 1992, 9.

La prassi interpretativa della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi sul rapporto tra accesso e riservatezza (*)

1. Il ruolo della Commissione - 2. Il lavoro svolto ed i principi affermati - 3. La tutela della riservatezza secondo la legge 241/90 ed il decreto del Presidente della Repubblica 352/92 - 4. Segue: secondo la legge 142/90 - 5. I regolamenti sull'accesso adottati dalle singole amministrazioni - 6. L'entrata in vigore della legge 675/96.

1. Il ruolo della Commissione

Ai sensi dell'art. 27 della legge 7 agosto 1990 n. 241 e dell'art. 10 del decreto del Presidente della Repubblica 27 giugno 1992 n. 352 la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi ha il compito di vigilare affinché sia attuato il principio di piena conoscibilità dell'attività della pubblica amministrazione nel rispetto dei limiti fissati dalla legge, garantire l'uniforme applicazione della disciplina sulla trasparenza e coordinare l'attività organizzativa delle amministrazioni e dei concessionari dei pubblici servizi volta a consentire l'effettivo esercizio del diritto di accesso.

Alla Commissione sono attribuiti i seguenti poteri:

esprime parere preventivo e obbligatorio sui regolamenti che tutte le amministrazioni (e i concessionari di pubblici servizi) sono tenuti ad adottare per individuare le categorie di documenti amministrativi sottratti all'accesso per la salvaguardia degli interessi di cui all'art. 24, secondo comma legge 241/90;

esprime parere facoltativo sugli atti comunque attinenti all'esercizio e all'organizzazione del diritto di accesso;

acquisisce documenti e informazioni presso le amministrazioni ad eccezione di quelli coperti da segreto di Stato;

propone al Governo modifiche legislative e regolamentari che siano utili a realizzare la più ampia garanzia del diritto di accesso;

riferisce annualmente alle Camere e al Presidente del Consiglio dei Ministri sulla trasparenza dell'attività amministrativa;

tiene l'archivio dei regolamenti in materia di accesso ai documenti amministrativi.

(*) Testo della relazione tenuta dall'avvocato Francesco Sclafani al Convegno organizzato dalla Società ITA Convegni e Formazione sul tema «L'accesso ai documenti amministrativi nel rispetto della legge sulla *privacy*», tenutosi a Roma il 9 aprile 1999.

A differenza di altri ordinamenti, come quello francese, dove esercita funzioni paragiurisdizionali ed ha incisivi poteri di intervento presso le amministrazioni, in Italia la Commissione per l'accesso ha sofferto sin dall'inizio della mancanza di adeguati poteri ispettivi, sanzionatori o sollecitatori per un efficace esercizio della funzione di vigilanza che le è attribuita dalla legge. Ciò soprattutto nella fase di prima applicazione della nuova normativa sull'accesso durante la quale si è manifestata maggiormente la comprensibile resistenza degli apparati burocratici trovatisi improvvisamente di fronte ad una vera e propria rivoluzione copernicana consistente nel passaggio dal principio di segretezza al principio di trasparenza dell'azione amministrativa.

A nove anni dall'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 il processo di attuazione della normativa sull'accesso è in avanzato stato di realizzazione ma non è ancora compiuto perché: 1) non tutte le amministrazioni hanno adottato i prescritti regolamenti di individuazione delle categorie di documenti sottratti all'accesso (tra i ministeri sono sei quelli che non hanno ancora pubblicato il regolamento, di cui due non hanno neppure iniziato il procedimento di adozione); 2) non è stata ancora completamente superata la ritrosia degli apparati burocratici ad assimilare la nuova cultura dell'accesso soprattutto per quanto concerne l'adozione delle necessarie misure organizzative; 3) restano ancora molti nodi da sciogliere sul piano interpretativo uno dei quali — e probabilmente il più importante — è proprio quello del difficile bilanciamento tra diritto di accesso e diritto alla riservatezza soprattutto dopo l'entrata in vigore della nuova legge sulla tutela della *privacy*.

2. Il lavoro svolto ed i principi affermati

2.*a* - *Premessa.*

Costituita con decreto.della presidenza del Consiglio dei ministri del 31 maggio 1991 la Commissione ha esaminato fino ad oggi 145 schemi di regolamento, si è pronunciata su 137 quesiti sottoposti da amministrazioni o privati cittadini ed ha emanato 6 direttive.

Prima di esaminare in particolare i vari aspetti del problematico rapporto tra accesso e riservatezza attraverso i pareri resi sugli schemi di regolamento adottati dalle singole amministrazioni è necessario ripercorrere sommariamente le tappe principali del cammino compiuto fino ad oggi dalla Commissione nell'interpretazione della disciplina sull'accesso.

2.*b* - *La legittimazione all'accesso.*

Uno dei primi nodi interpretativi venuti al pettine non poteva che essere quello della legittimazione all'accesso ovvero di come debba intendersi l'espressione «*chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti*» contenuta nell'art. 22, primo comma, legge 241/90 che costituisce la norma fondamentale di riconoscimento del diritto di accesso.

Nell'affrontare il tema della tutela della riservatezza nell'era della trasparenza non si può prescindere da tale argomento per due evidenti ragioni: innanzitutto perché dal

significato che si attribuisce alla suddetta espressione dipende l'individuazione dell'interesse per cui viene riconosciuto il diritto di accesso e quindi anche il bilanciamento con l'interesse alla *privacy* tutelato dal diritto alla riservatezza; in secondo luogo perché l'art. 24, secondo comma, lett. *d*) legge 241/90 individua il punto di equilibrio tra accesso e riservatezza proprio nell'esigenza che si intende soddisfare attraverso la conoscenza del documento amministrativo contenente dati riservati.

Sul punto la Commissione ha emanato una direttiva a tutte le amministrazioni (in data 18 aprile 1994, n. 27720/27) in cui si afferma che il diritto di accesso è funzionalizzato ad esigenze di tutela — sia pure intese in senso lato — e che, oltre al diritto soggettivo e all'interesse legittimo, la situazione minima legittimante va ravvisata nell'interesse amministrativamente protetto intendendosi per tale non solo l'interesse che si potrebbe far valere in sede giustiziale attraverso un ricorso amministrativo ma anche quello che si realizza nel procedimento attraverso la funzione partecipativa alle scelte dell'amministrazione.

Com'è noto tale posizione, inizialmente coincidente con quella assunta dalla giurisprudenza, è stata successivamente superata dal Consiglio di Stato il quale sembra essersi ormai attestato sulla formula dell'*interesse serio e non meramente emulativo* che se, da un lato, ha il vantaggio di configurare il diritto di accesso come situazione giuridica soggettiva autonoma (sia essa di diritto perfetto, come pare, o di interesse legittimo) la quale trova ragion d'essere in se stessa e non nella funzione di tutela di altre situazioni soggettive vantate dal soggetto istante, dall'altro, ha lo svantaggio di essere troppo ambigua per assicurare un sufficiente grado di certezza sulla legittimazione all'accesso in quanto si tratta di una formula che va interpretata caso per caso.

Attualmente la Commissione, pur non avendo emanato altre direttive al riguardo, si è uniformata nella propria attività consultiva alla giurisprudenza del Consiglio di Stato sottolineando però che l'interesse serio e non meramente emulativo deve essere comunque finalizzato ad una esigenza di tutela inerente all'azione amministrativa, cioè ad un rapporto tra soggetto amministrato ed amministrazione e non ad un qualunque rapporto con altri soggetti privati al quale l'amministrazione e l'interesse pubblico da essa tutelato sono del tutto estranei (si è detto, pertanto che non è legittimata all'accesso una società di recupero crediti che vuole conoscere dall'amministrazione documenti relativi all'attuale occupazione di soggetti privati).

Ciò in quanto ai sensi dell'art. 22 legge 241/90 il diritto di accesso è riconosciuto «*al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale*» e non già allo scopo di utilizzare l'amministrazione come una banca dati alla quale attingere per le più svariate esigenze anche se totalmente estranee all'azione amministrativa.

Pertanto secondo la Commissione l'esercizio del diritto di accesso presuppone comunque che il soggetto sia parte o possibile parte di un procedimento amministrativo.

2.c - *Il rapporto tra la legge 241/90 e l'art. 7 della legge 142/90.*

Altro problema di fondo affrontato dalla Commissione, con apposita direttiva in data 10 febbraio 1996, è stato quello del rapporto tra la disciplina dell'accesso prevista dalla legge 241/90 e quella prevista dall'art. 7 della legge 142/90 sull'ordi-

namento delle autonomie locali secondo il quale «*tutti gli atti dell'amministrazione comunale e provinciale sono pubblici ad eccezione di quelli riservati per espressa indicazione di legge o per effetto di una temporanea e motivata dichiarazione del sindaco o dei presidenti della provincia che ne vieti l'esibizione, conformemente a quanto previsto dal regolamento in quanto la loro diffusione possa pregiudicare il diritto alla riservatezza delle persone dei gruppi o delle imprese*».

Senza entrare nel dettaglio di tale complessa direttiva con cui la Commissione ha ricondotto a sistema un'apparente antinomia ci limitiamo a ricordare che le differenze tra le due discipline riguardano:

– l'oggetto dell'accesso: per la legge 241/90 è limitato ai documenti amministrativi (pur nell'ampia nozione di cui all'art. 22, secondo comma), mentre per la legge 142/90 è esteso anche alle informazioni, il che ha non poca rilevanza in tema di tutela della riservatezza;

– i soggetti legittimati all'accesso: la legge 241/90 li individua in relazione ad un interesse (*«chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti»*) mentre la legge 142/90 li individua in relazione ad uno *status* in quanto «*i cittadini singoli o associati*» possono accedere a tutti gli atti dell'amministrazione comunale e provinciale per soddisfare qualunque tipo di interesse;

– le modalità di esercizio dell'accesso: le differenze riguardano innanzitutto la motivazione dell'istanza, che è richiesta a pena di inammissibilità dalla legge 241/90 (perché serve ad individuare la situazione giuridicamente rilevante) mentre non è richiesta dalla legge 142/90, per la quale basta essere «*cittadini*» senza bisogno di addurre uno specifico interesse a conoscere il documento; in secondo luogo è diverso il regime del costo dell'accesso in quanto ai sensi della legge 241/90 l'esame dei documenti è gratuito e si pagano solo le spese sostenute dall'amministrazione per il rilascio di copie, oltre i diritti di ricerca e visura, mentre ai sensi della legge 142/90 è dovuto il rimborso di tutte le spese vive sostenute per consentire l'accesso sia che esso avvenga attraverso il solo esame del documento sia che invece consista nel rilascio di copie.

Secondo la Commissione il rapporto tra le due diverse discipline dell'accesso è di reciproca indipendenza ed integrazione nel senso che la legge 241/90 è la legge generale in materia di accesso e pertanto si applica anche agli enti locali in tutti i casi in cui non trovano applicazione le diverse disposizioni della speciale legge 142/90.

In particolare — ed è questo il punto di maggior rilievo — la Commissione ha ritenuto che i «*cittadini*» ai quali si applica la speciale disciplina di cui all'art. 7 legge 142 /90 sono solo quelli che risiedono nel Comune o nella Provincia alla quale è rivolta l'istanza di accesso.

Ne consegue che la conoscenza dei documenti amministrativi degli enti locali è soggetta ad un doppio regime di legittimazione: 1) quello basato sull'interesse, secondo la legge 241/90, per i cittadini non residenti; 2) quello basato sullo *status*, secondo la legge 142/90, per i cittadini residenti.

2.*d* - *Il differimento dell'accesso.*

Altra questione di massima affrontata dalla Commissione è quella relativa al carattere discrezionale o vincolato del potere di differimento dell'accesso. In parti-

colare si è trattato di stabilire se il regime di accessibilità di tutti i documenti amministrativi, salve le ipotesi di inaccessibilità espressamente previste dalla legge o dai regolamenti delle singole amministrazioni, comporti che non solo i casi di esclusione a tempo indeterminato ma anche quelli di mero differimento dell'accesso debbano essere tassativamente previsti con norma regolamentare.

Con direttiva del 26 marzo 1997 la Commissione ha affermato i seguenti principi:

– l'inaccessibilità (definitiva o temporanea) costituisce l'eccezione alla regola della piena conoscibilità dell'azione amministrativa in quanto il sistema ideato dal legislatore per individuare il punto di equilibrio tra il riconoscimento del diritto di accesso e la tutela del riserbo dell'azione amministrativa per la salvaguardia di superiori interessi pubblici, consiste nell'affermazione del principio per cui tutti i documenti amministrativi sono accessibili salvo quelli coperti da segreto e quelli appartenenti alle categorie tassativamente indicate nei regolamenti delle singole amministrazioni;

– in detti regolamenti le amministrazioni devono indicare tassativamente le categorie di documenti inaccessibili individuandole con sufficiente certezza nonché specificare per ciascuna categoria la durata della sottrazione all'accesso che potrà essere a tempo indeterminato solo se necessario;

– tuttavia il legislatore ha individuato due diversi tipi di differimento: 1) quello finalizzato alla salvaguardia degli interessi di cui all'art. 24, secondo comma, lett. *a*), *b*), *c*) e *d*) legge 241/90 il quale rientra nel principio di tassatività dei casi di esclusione dall'accesso, trattandosi di un potere vincolato esercitabile solo nelle ipotesi previste dai regolamenti delle singole amministrazioni; 2) quello di cui all'art. 24, sesto comma, legge 241/90, che ricorre quando la conoscenza dei documenti «*possa impedire o gravemente ostacolare lo svolgimento dell'azione amministrativa*», il quale non rientra nel principio di tassatività essendo un potere discrezionale esercitabile qualora se ne presenti la necessità e quindi al di fuori di ipotesi predeterminate, ovvero riguardo a documenti di regola accessibili (ed è proprio la natura discrezionale di tale potere che ha indotto il Consiglio di Stato a dubitare che l'accesso sia un diritto soggettivo perfetto: sent. Sez. IV del 5 giugno 1995 n. 412, rimasta isolata);

– mentre per il differimento c.d. vincolato è sufficiente richiamare in motivazione la norma regolamentare che lo prevede, per il differimento c.d. discrezionale è invece necessario motivare adeguatamente sulle ragioni di impedimento o grave ostacolo all'azione amministrativa che non consentono di soddisfare immediatamente una legittima istanza di accesso.

3. La tutela della riservatezza nella legge 241/90 e nel decreto del Presidente della Repubblica 352/92

3.*a* - *La riservatezza come interesse privato e non dell'amministrazione.*

Tra i superiori interessi che giustificano deroghe al principio di conoscibilità dell'azione amministrativa (elencati nell'art. 24, secondo comma, legge *cit.* ed ulteriormente specificati nell'art. 8, quinto comma decreto del Presidente della Repub-

blica *cit.*) la riservatezza è l'unico interesse privato accanto ad interessi squisitamente pubblici come la sicurezza, la difesa nazionale, le relazioni internazionali, la politica monetaria e valutaria, l'ordine pubblico e la prevenzione e repressione della criminalità.

Ciò emerge dalla stessa formulazione dell'art. 24, secondo comma, lett. *d*) legge 241/90 in cui si parla di «*riservatezza di terzi, persone, gruppi ed imprese*» e non anche di riservatezza dell'amministrazione.

Si può quindi affermare che nell'ambito della riservatezza tutelata dalla legge 241/90 nei confronti dell'accesso non rientra anche la riservatezza dell'amministrazione, tant'è che l'art. 22, secondo comma, legge 241/90 contempla espressamente anche gli atti interni tra i documenti amministrativi.

Infatti, una volta sancito il principio di piena conoscibilità dell'azione amministrativa non sembra che rimanga alcuno spazio per configurare una vera e propria riservatezza dell'amministrazione intesa come esigenza di *privacy* dell'azione amministrativa ulteriore e distinta rispetto al riserbo necessario per la protezione degli interessi pubblici espressamente indicati dall'art. 24, secondo comma legge *cit.*

Ormai la regola è che l'agire amministrativo avvenga alla luce del sole e che le uniche zone d'ombra consentite debbano essere giustificate o dall'esigenza di tutela dei citati superiori interessi pubblici o dalla riservatezza di terzi (e quindi non dell'amministrazione, la quale del resto non può vantare un vero e proprio interesse alla *privacy*).

Tuttavia l'art. 7, secondo comma del decreto del Presidente della Repubblica 352/92 prevede che il differimento dell'accesso sia disposto «*ove sia necessario assicurare una temporanea tutela agli interessi di cui all'art. 24, comma 2, della legge 7 agosto 1990 n. 241 o per salvaguardare esigenze di* riservatezza dell'amministrazione *specie nella fase preparatoria dei provvedimenti in relazione a documenti la cui conoscenza possa compromettere il buon andamento dell'azione amministrativa*».

In tale norma regolamentare l'espressione «*riservatezza dell'amministrazione*» appare, però, usata in senso del tutto atecnico, cioè non come sinonimo di *privacy*, bensì solo per indicare il potere di differimento dell'accesso (cd. discrezionale) previsto dall'art. 24, sesto comma, legge 241/90 quando la conoscenza dei documenti «*possa impedire o gravemente ostacolare lo svolgimento dell'azione amministrativa*».

Si può dunque affermare che ad eccezione del suddetto potere di differimento la mera esigenza di riservatezza dell'amministrazione (se così si può dire) non può mai impedire la conoscenza di documenti amministrativi (in tal senso si è espresso anche Cons. di Stato, IV, n. 498 del 1998).

Inoltre sotto il profilo soggettivo l'ambito di tutela della riservatezza appare il più ampio possibile perché la formula utilizzata dal legislatore («*riservatezza di terzi, persone, gruppi ed imprese*») appare finalizzata a tutelare qualunque esigenza di riserbo, sia essa riferibile a persone fisiche, giuridiche o ad enti non personificati.

Sotto il profilo oggettivo é vero che l'art. 8, quinto comma, decreto del Presidente della Repubblica 352/92 fa riferimento in particolare ad alcune specifiche esigenze di riserbo (interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale) ma si tratta evidentemente di una elencazione esemplificativa e non tassativa che non sembra configurare una nozione di riservatezza più ristretta o comunque diversa da quella civilistica.

3.b - L'interpretazione dell'art. 24, secondo comma, lett. d) della legge 241/90.

Oltre ad essere l'unico interesse privato contemplato dall'art. 24 legge *cit.* la riservatezza è anche l'unico interesse che, in presenza di determinate condizioni, non preclude completamente l'accesso in quanto la legge garantisce comunque «*agli interessati la visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici*».

Non v'è dubbio che il punto di equilibrio tra accesso e riservatezza sta tutto nell'interpretazione di tale norma e del suo raccordo con l'interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti che l'art. 22, primo comma, legge *cit.* pone a fondamento del diritto di accesso.

Prima di analizzare l'interpretazione che ne è stata data dalla Commissione per l'accesso occorre ricordare che l'originario schema di disegno di legge (n. 1913) predisposto dalla Commissione Nigro attribuiva la titolarità del diritto di accesso a tutti i cittadini senza limiti di legittimazione derivanti dal motivo della richiesta, prevedendo così una vera e propria azione popolare.

In quel contesto la formulazione dell'art. 24, secondo comma, lett. *d*) legge *cit.* aveva un senso ben preciso perché in un sistema in cui l'accesso è consentito in modo incondizionato appare logico che esso receda di fronte alla riservatezza a meno che non sia finalizzato ad una specifica esigenza di tutela.

Nel testo approvato dal Parlamento e divenuto l'attuale legge 241/90 è cambiata la formulazione della norma fondamentale (art. 22) mentre è rimasta invariata quella dell'art. 24, secondo comma, lett. *d*) per cui oggi l'interprete si trova a dover conciliare due disposizioni che non sono nate assieme e che con tutta probabilità coesistono a causa di una vera e propria svista del legislatore dovuta ad un difetto di coordinamento con il nuovo testo dell'art. 22, primo comma.

Comunque per dare un senso al combinato disposto di tali norme è necessario individuare gli esatti termini del rapporto di genere a specie che esiste tra loro in quanto è ovvio che la fattispecie prevista dall'art. 24, secondo comma, lett. *d*) in tema di accesso ai documenti riservati non può coincidere con quella prevista in via generale dall'art. 22 per l'accesso a tutti i documenti amministrativi.

Secondo l'attuale giurisprudenza del Consiglio di Stato il rapporto tra tali disposizioni è il seguente:

l'art. 22 è la norma generale che riconosce a chiunque abbia un interesse giuridico serio e non meramente emulativo il diritto di prendere visione od estrarre copia di un documento amministrativo;

l'art. 24, secondo comma, lett. *d*) è la norma speciale che, nel prevedere l'inaccessibilità dei documenti riservati, riconosce tuttavia la facoltà di mera visione (e non anche di estrazione di copia) dei soli documenti necessari per curare (nel procedimento) o per difendere (nel processo) i propri interessi giuridici.

In particolare secondo la nota decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sent. 4 febbraio 1997, n. 5) la norma speciale di cui all'art. 24, secondo comma, lett.*d*) consente l'accesso ai documenti amministrativi riservati a due condizioni: 1) che l'accesso sia limitato ad una delle due modalità previste dalla legge, cioè a quella meno invasiva della *privacy* consistente nella mera visione del docu-

mento senza possibilità di estrarne copia; 2) che il soggetto istante sia portatore di un interesse più forte di quello riconducibile alla formula dell'interesse serio e non meramente emulativo, cioè di un interesse determinato dalla *necessità* (e non dalla semplice esigenza) di conoscere il documento riservato per tutelare i propri interessi giuridici nel procedimento o nel processo.

Prima di tale pronuncia dell'Adunanza Plenaria la Commissione per l'accesso si era attestata su una posizione diversa osservando che la parola «*visione*», contenuta nell'art. 24, secondo comma, lett. *d*) deve essere interpretata in senso ampio cioè come comprensiva di entrambe le facoltà di esercizio del diritto di accesso: esame del documento ed estrazione di copia.

A favore di tale interpretazione estensiva va rilevato che ai sensi dell'art. 25 legge 241/90 «*il diritto di accesso si esercita mediante esame ed estrazione di copia dei documenti amministrativi*»; pertanto sembrerebbe logico pensare che se nell'art. 24, secondo comma, lett. *d*) il legislatore avesse voluto riferirsi ad una sola delle due facoltà di esercizio del diritto di accesso avrebbe usato la parola *esame* invece di *visione.* Ciò anche perché nell'art. 10 legge 241/90, che disciplina l'accesso nel procedimento, viene usato il termine *visione* ma è fuor di dubbio che le parti del procedimento hanno diritto anche di avere copia dei documenti.

Si tratta tuttavia di un argomento poco convincente, sia perché nel decreto del Presidente della Repubblica 352/92 queste due espressioni letterali vengono usate indifferentemente per indicare la mera consultazione del documento (si veda *l'art. 5,* secondo, quarto, quinto e sesto comma), sia perché la *ratio* dell'art. 24, secondo comma, lett. *d*) è di contemperare due interessi contrapposti ed in questa logica appare evidente che la parola *visione* debba essere intesa in senso stretto - cioè come mera consultazione senza possibilità di estrarre copia del documento - perchè solo in tal modo può essere garantito un bilanciamento tra riservatezza ed accesso nel senso che il primo interesse viene sacrificato per quel tanto che basta a soddisfare le esigenze di tutela a cui è finalizzato il secondo.

Attualmente la Commissione ha abbandonato il suo iniziale orientamento uniformandosi alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che appare pienamente condivisibile per quanto concerne l'interpretazione dell'art.24, secondo comma, lett. *d*).

3.*c* - *Il differimento dell'accesso per esigenze di riservatezza.*

La riservatezza *"di terzi, persone, gruppi ed imprese",* in quanto interesse privato, deve ritenersi sottratta alla discrezionalità dell'amministrazione in sede di regolamentazione dell'accesso. È evidente, infatti, che per l'esigenza di tutela di un interesse pubblico (come ad esempio la politica monetaria e valutaria) spetta alla valutazione discrezionale dell'amministrazione competente stabilire quali documenti sono sottratti all'accesso e per quanto tempo, mentre di fronte all'esigenza di tutela di un interesse privato — come appunto la riservatezza di terzi — l'amministrazione non ha facoltà di scelta perché non ha alcuna disponibilità dell'interesse da tutelare.

Ne consegue che l'individuazione dei documenti amministrativi da sottrarre all'accesso è un'attività meramente ricognitiva in quanto di fronte ad un dato riservato l'accesso deve (e non può) essere escluso perché ciò è necessario per tutelare

un diritto soggettivo. Se così è allora la durata dell'inaccessibilità non può essere stabilita dall'amministrazione in quanto il diritto alla riservatezza è imprescrittibile e quindi deve essere tutelato finché c'è un titolare che non acconsente alla divulgazione dei dati riservati.

Sul punto l'orientamento della Commissione è stato oscillante.

In un primo momento è stato affermato che la regola contenuta nell'art. 8, terzo comma del decreto del Presidente della Repubblica 352/1992 — secondo il quale *«i documenti non possono essere sottratti all'accesso ove sia sufficiente far ricorso al potere di differimento»* — vale per tutti gli interessi indicati dall'art. 24, secondo comma legge *cit.* ivi compresa la riservatezza di terzi.

L'orientamento attuale è invece nel senso di ritenere illegittimo il differimento dell'accesso per motivi di riservatezza sul presupposto che se un documento è riservato lo è fino a quando l'interessato non acconsenta alla sua conoscenza. Quindi la durata dell'inaccessibilità non può che dipendere dalla volontà del titolare del dato riservato piuttosto che da una scelta aprioristica dell'amministrazione.

Al riguardo occorre però ricordare l'art. 21 del decreto del Presidente della Reppubblica 30 settembre 1963 n. 1409 (*«Norme relative all'ordinamento ed al personale degli archivi di Stato»*) il quale dispone che i documenti conservati negli archivi di Stato, aventi carattere riservato perché riguardano situazioni puramente private di persone, sono consultabili dopo 70 anni.

La Commissione si è posta il problema del rapporto tra la disciplina degli archivi di Stato e quella sopravvenuta in materia di accesso ed in sede di discussione è stato osservato che la seconda non ha abrogato né modificato la prima riguardo alla facoltà di consultazione in quanto i documenti conservati negli archivi di Stato — siccome aventi interesse storico — sono destinati alla consultazione e quindi sono liberamente accessibili da chiunque senza necessità di addurre l'esigenza di tutela di una situazione giuridicamente rilevante.

Per quanto concerne invece i documenti riservati inseriti negli archivi di Stato deve ritenersi che con l'entrata in vigore dell'art. 24, secondo comma, lett. *d*) della legge 241/1990 essi sono soggetti ad un doppio regime di accessibilità: 1) per settanta anni non sono liberamente consultabili ma possono essere visionati solo da chi ne abbia necessità per curare o per difendere i suoi interessi giuridici; 2) dopo settanta anni sono liberamente consultabili da chiunque alla stessa stregua degli altri documenti conservati negli archivi.

Quindi, mentre nella legge 241/1990, così come interpretata dalla Commissione, la riservatezza riceve una tutela parziale ma illimitata nel tempo (finché c'è un avente diritto), nella disciplina degli archivi di Stato essa viene tutelata solo per settanta anni.

4. Segue: secondo la legge 142/99.

L'art. 7 della legge 142/90, a differenza della successiva legge 241/1990, innanzitutto contempla espressamente solo la riservatezza tra gli interessi che giustificano una deroga al principio di piena conoscibilità dell'azione amministrativa ed in secondo luogo non contiene una disposizione analoga a quella dell'art. 24, secondo comma, lett. *d*) legge 241/1990 sul rapporto tra accesso e riservatezza.

Nella sua direttiva sui rapporti tra la 1egge 241/1990 e la 1egge142/1990 la Commissione ha rilevato che i documenti «*riservati per espressa indicazione di legge*» (così si legge nell'art. 7 legge142/1990) non sono solo i documenti coperti da riserbo per ragioni di *privacy* bensì tutti i documenti sottratti all'accesso per qualunque ragione prevista dalla legge; quindi vi rientrano tutti i casi di esclusione e di differimento contemplati dall'art. 24, secondo comma, legge 241/1990.

Ciò significa anche che nella disciplina dell'accesso ai documenti degli enti locali trova piena applicazione l'art. 24, secondo comma, lett. *d*) legge 241/1990 che come abbiamo visto disciplina i casi in cui la riservatezza cede di fronte all'accesso.

Nella stessa direttiva della Commissione viene anche sottolineato che mentre la 1egge 241/1990 riconosce il diritto di accesso soltanto ai documenti amministrativi, l'art. 7 della legge 142/1990 prevede «*il diritto dei cittadini di accedere, in generale, alle informazioni di cui è in possesso l'amministrazione*».

Tale disposizione non ha dato luogo a particolari problemi applicativi sia perché le informazioni che assumono rilevanza in un procedimento amministrativo sono di regola racchiuse in documenti, sia perché all'ampia nozione di documento amministrativo di cui all'art. 22 legge 241/1990 non sembra possa sfuggire nulla.

Resta comunque il problema teorico che l'art. 7 legge 142/1990, nel consentire l'accesso non solo ai documenti ma anche alle informazioni, non prevede espressamente alcuna tutela riguardo alle informazioni riservate le quali, stando alla lettera della norma, sarebbero liberamente accessibili e per di più senza dover addurre una esigenza di tutela di situazioni giuridicamente rilevanti.

Deve però ritenersi che la regola sancita dall'art. 24, secondo comma, lett. *d*) legge 241/1990 sia applicabile in ragione dell'interesse tutelato (la riservatezza) a prescindere dal fatto che il dato riservato sia contenuto in un documento oppure consista in una mera informazione in possesso dell'amministrazione.

5. I REGOLAMENTI SULL'ACCESSO ADOTTATI DALLE SINGOLE AMMINISTRAZIONI

5.*a* - *Premessa*.

L'individuazione dei documenti inaccessibili per ragioni di riservatezza costituisce il minimo comune denominatore nei regolamenti adottati dalle singole amministrazioni ai sensi dell'art. 24, quarto comma, legge 241/1990 perché la *privacy* non è un interesse pubblico, come tale inerente alle specifiche competenze demandate alle amministrazioni, bensì un interesse privato che può attraversare trasversalmente le competenze di tutte le amministrazioni. Ed è per questo che non mancano regolamenti in cui gli unici documenti sottratti all'accesso sono quelli contenenti dati riservati.

Uno dei principali problemi di fronte al quale si è trovata la Commissione in sede di esame dei regolamenti è stato quello della individuazione, con sufficiente grado di certezza, delle categorie di documenti da sottrarre all'accesso per ragioni di riservatezza considerato che ai sensi dell'art. 8, quarto comma, decreto del Presidente della Repubblica 352/1992 le categorie di documenti inaccessibili «*riguardano tipologie di atti individuati con criteri di omogeneità indipendentemente dalla loro denominazione specjfica*».

Infatti le categorie di documenti sottratti all'accesso per la salvaguardia degli altri interessi (pubblici) previsti dall'art. 24, secondo comma, lett. *a*), *b*) e *c*) legge 241/1990 possono essere individuate in relazione alla funzione amministrativa esercitata ed anche eventualmente alle varie tipologie di procedimenti amministrativi che devono essere determinate ai sensi dell'art. 2, secondo comma, legge 241/1990.

Invece i documenti inaccessibili per ragioni di riservatezza appaiono più difficilmente riconducibili a categorie tipiche predeterminate in quanto non è sempre possibile sapere a priori se un certo tipo di documento amministrativo conterrà o meno dati riservati. Ed è per questo che talvolta gli schemi di regolamento adottati dalle amministrazioni in realtà non contengono alcuna individuazione di categorie di documenti inaccessibili per ragioni di riservatezza bensì si limitano a ripetere la generica formulazione contenuta nell'art. 8, quinto comma, lett. *d*) decreto del Presidente della Repubblica 352/1992 che detta i criteri per l'individuazione dei casi di esclusione dell'accesso.

La Commissione ha più volte rilevato che tali disposizioni regolamentari sono illegittime in quanto, non individuando a priori le categorie di documenti inaccessibili per ragioni di riservatezza, violano il principio di tassatività dei casi di esclusione del diritto di accesso secondo il quale tutti i documenti sono accessibili ad eccezione soltanto di quelli che appartengono alle categorie individuate dalle singole amministrazioni.

Tuttavia l'obiettiva difficoltà di individuare tipologie di documenti inaccessibili per ragioni di riservatezza, ha talvolta reso necessario lasciar correre su alcune formulazioni in cui i casi di inaccessibilità sono stati individuati più con riferimento all'esigenza di riservatezza da proteggere che a categorie tipiche di documenti riservati.

5.*b* - *Il trattamento retributivo dei pubblici dipendenti.*

Tra le tipologie di documenti sottratti all'accesso per ragioni di riservatezza la Commissione si è spesso pronunciata su quelli relativi alla retribuzione nel pubblico impiego ed ha costantemente affermato che il trattamento economico dei pubblici dipendenti, essendo previsto dalla legge o dalla contrattazione collettiva, non costituisce un dato riservato se non limitatamente alla specifica situazione retributiva del singolo impiegato risultante dalla c.d. busta paga la cui conoscibilità potrebbe portare alla rivelazione di fatti personali di carattere riservato (ad es. un pignoramento presso terzi, la cessione di una quota dello stipendio, l'iscrizione ad un sindacato, determinate ritenute previdenziali ed assistenziali). Nello stesso senso si è successivamente pronunciato anche il Garante per la protezione dei dati personali in data 16 settembre 1997.

5.*c* - *L'accesso agli atti interni e ai c.d. appunti.*

La Commissione si è sempre pronunciata per l'illegittimità delle disposizioni regolamentari che sottraggono all'accesso gli atti interni in quanto l'art. 22, secondo comma, legge 241/1990 contempla espressamente anche tale categoria di atti nell'ampia nozione di documento amministrativo.

Inoltre è stato affrontato il problema dell'accessibilità dei c.d. appunti (per il ministro o il capo dell'ufficio) ovvero dei resoconti o delle relazioni che a volte ven-

gono sottoposti all'esame dell'organo di vertice dell'amministrazione in vista dell'adozione di un provvedimento amministrativo.

Al riguardo la Commissione, in coerenza con il principio secondo il quale la riservatezza dell'amministrazione non costituisce un limite al diritto di accesso, ha rilevato che quando i c.d. appunti, anche se redatti su carta non intestata o addirittura a mano, concorrono in qualsiasi modo allo svolgimento dell'azione amministrativa (perché ad esempio riferiscono sull'istruttoria procedimentale, contengono una proposta o un parere o comunque rappresentano una determinazione sostanzialmente rilevante ai fini amministrativi), allora non possono essere sottratti alla disciplina dell'accesso.

Sono invece inaccessibili evidentemente quelle annotazioni che, avendo carattere personale, costituiscono la mera rappresentazione grafica di un pensiero che non si traduce in una vera e propria determinazione volitiva avente rilevanza, anche interna, ai fini amministrativi. Tali annotazioni sono sottratte all'accesso in senso assoluto (e non nei limiti di cui all'art. 24, secondo comma, lett. *d*), legge 241/1990) perché non rientrano nella nozione di documento amministrativo e quindi a prescindere dal carattere riservato o meno delle informazioni che contengono.

5.*d* - *La riservatezza nel rapporto tra la parte ed il suo difensore.*

La Commissione ha sottratto alla disciplina dell'accesso gli atti relativi all'attività difensiva - intesa in senso lato come comprensiva sia degli atti giudiziari sia dei pareri legali relativi a liti in atto o in potenza - rilevando che non si tratta di documenti amministrativi in quanto non concorrono allo svolgimento dell'azione amministrativa, bensì all'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito qual è appunto il diritto di difesa il quale non può che essere esercitato ad armi pari, ovvero nel reciproco rispetto del necessario riserbo che deve caratterizzare il rapporto tra la parte ed il suo difensore e secondo le regole di accesso agli atti del giudizio dettate dalle norme processuali.

Quindi i pareri legali dell'Avvocatura dello Stato relativi a liti in atto o in potenza, gli atti defensionali e la relativa corrispondenza con le amministrazioni sono sottratti all'accesso in senso assoluto (e non nei limiti di cui all'art. 24, secondo comma, lett. *d*), legge 241/1990) perché non sono documenti amministrativi e comunque sono coperti dal segreto professionale.

Invece nei casi di consulenza legale non correlata ad una lite in atto o in potenza il parere dell'Avvocatura dello Stato è soggetto alla disciplina della trasparenza perché concorre allo svolgimento dell'azione amministrativa ma l'accesso può essere differito fino all'adozione dei provvedimenti cui la consulenza stessa è preordinata.

5.*e* - *Il c.d. protocollo riservato.*

In altre occasioni la Commissione ha dichiarato illegittima l'istituzione di un protocollo riservato al fine di sottrarre all'accesso tutti i documenti ad esso relativi sottolineando che l'individuazione delle categorie di documenti inaccessibili per ragioni di riservatezza deve essere effettuata in considerazione del loro contenuto e non sulla base di un dato puramente formale (com'è appunto il c.d. protocollo riservato) il quale può prestarsi a strumentalizzazioni per eludere la disciplina sull'accesso.

5.f - La riservatezza dell'imprenditore concessionario di pubblico servizio.

Il fenomeno delle privatizzazioni ha reso necessario riconoscere il diritto di accesso anche nei confronti dei concessionari di pubblici servizi in quanto oggi non sono pochi gli interessi pubblici di notevole rilevanza economica e sociale che vengono gestiti da imprese di diritto privato.

In sede di esame dei regolamenti adottati da tali soggetti si è spesso riproposto il problema della tutela della riservatezza del concessionario imprenditore che rivendica il proprio diritto di non far conoscere le informazioni riservate che attengono alla sua strategia produttiva o commerciale.

Infatti, in campo economico è fortemente avvertito il pericolo che il diritto di accesso sia utilizzato non già per esigenze di trasparenza dell'attività amministrativa di diritto privato bensì per interessi di spionaggio imprenditoriale.

La Commissione si è mostrata consapevole di questo rischio ed ha affermato che i concessionari di pubblico servizio sono soggetti alla disciplina dell'accesso solo per la parte della loro attività che è strettamente inerente all'oggetto amministrativo della concessione, pertanto i documenti relativi all'attività prettamente imprenditoriale svolta dal concessionario non sono accessibili perché non sono documenti amministrativi e non già perché sono documenti riservati.

La conseguenza pratica di tale distinzione non è di poco conto perché l'inclusione nella categoria dei documenti riservati non comporta, come abbiamo visto, l'inaccessibilità totale, dovendosi comunque garantire la visione del documento quando essa è necessaria per curare o difendere un interesse giuridico, mentre la sottrazione alla disciplina dell'accesso perché non si tratta di documenti amministrativi sfugge anche a tale facoltà di visione essendo negato in radice l'oggetto dell'accesso.

5.g - Riservatezza ed uso del documento a fini commerciali.

In alcuni schemi di regolamento sottoposti all'esame della Commissione compaiono disposizioni contenenti il divieto di utilizzazione a fini commerciali dei documenti ottenuti attraverso l'accesso.

Tale divieto, che viene in genere formulato nell'ambito delle disposizioni a tutela della riservatezza, appare più propriamente finalizzato alla protezione dei diritti di privativa in quanto serve ad evitare che l'accesso sia utilizzato per aggirare le norme sul diritto di autore e sulle invenzioni industriali.

La Commissione si è costantemente pronunciata nel senso che tale divieto, oltre ad essere estraneo all'oggetto del potere regolamentare demandato alle singole amministrazioni dall'art. 24, quarto comma, legge 241/1990, esula dalla disciplina dell'accesso perché nessuna norma della legge 241/1990 o del decreto del Presidente della Repubblica 352/1992 limita l'uso che può essere fatto delle copie dei documenti ottenuti mediante l'accesso. Pertanto dette copie, una volta legittimamente acquisite, possono essere liberamente utilizzate nel rispetto dei limiti previsti dall'ordinamento i quali però devono ritenersi estranei alla normativa sulla trasparenza la quale non condiziona l'accesso all'utilizzo esclusivo dei documenti per lo scopo per il quale è stato richiesto ed ottenuto l'accesso.

6. L'ENTRATA IN VIGORE DELLA LEGGE 675/96

Dopo l'entrata in vigore della legge 31dicembre1996, n. 675, sulla tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali, l'orientamento della Commissione in tema di rapporto tra accesso e riservatezza, almeno per il momento, non ha subito sostanziali mutamenti.

In sede di esame dei regolamenti sottoposti al suo parere la Commissione ha continuato a trovarsi di fronte a disposizioni eccessivamente generiche ed ha più volte suggerito di richiamare la nuova legge sulla tutela della *privacy* quale parametro normativo di riferimento sul concetto di riservatezza e sul relativo ambito di protezione.

Sui rapporti tra legge 241/1990 e legge 675/1996 la Commissione si è espressa nel senso della prevalenza della disciplina sull'accesso sia per esplicita disposizione normativa (l'art. 43, secondo comma, legge 675/1996 fa salve le vigenti norme in materia di accesso ai documenti amministrativi ed agli archivi di Stato) sia perché, come è stato sottolineato in sede di prima interpretazione della legge 675/1996, la nuova normativa sulla tutela della *privacy* non deve far pensare ad un regime di assoluta riservatezza dei dati personali, dovendosi valutare caso per caso se sussistono altri diritti meritevoli di pari o superiore tutela. Pertanto, alla luce dell'art. 24, secondo comma, lett. *d*) 1egge 241/1990, come interpretato anche dalla nota decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, il diritto di curare o difendere i propri interessi giuridici attraverso l'accesso deve ritenersi prevalente rispetto al diritto alla riservatezza (parere reso in data 3 novembre 1997 in tema di accessibilità dei documenti relativi agli iscritti nella lista di disoccupazione di cui alla legge 56/1987).

In tal senso, com'è noto, si è espresso anche il giudice amministrativo, ma non sono mancate pronunce di segno nettamente contrario (Cons. di Stato, VI, 5 gennaio 1995, n. 12 ; VI, 15 aprile 1996, n. 563) a cui si sono recentemente aggiunte due decisioni successive alla predetta sentenza dell'Adunanza Plenaria (Cons. di Stato, VI, 22 maggio 1998, n. 802 e la recentissima sent. VI, 26 gennaio 1999, n. 59).

Non è dato sapere quale sarà la posizione della Commissione in merito a queste oscillazioni della giurisprudenza amministrativa in quanto tali ultime decisioni contengono argomentazioni di tutto rispetto che inducono ad ulteriori approfondimenti di una questione che appare tutt'altro che definita.

In particolare nella recente sentenza n. 59/1999 si afferma che per effetto dell'art. 43, secondo comma legge 675/1996 detta legge non può modificare quelle parti della disciplina del diritto di accesso che trovano una compiuta regolamentazione nella legge 241/1990, tuttavia può proiettare i suoi effetti sul rapporto tra accesso e riservatezza perché la legge 241/1990 non fornisce alcuna descrizione normativa della riservatezza. Pertanto — secondo il Consiglio di Stato — quando si tratta di decidere dell'accessibilità di documenti che riguardano dati personali sensibili posseduti da una pubblica amministrazione il diritto di accesso finalizzato a soddisfare necessità di difesa prevale sul diritto alla riservatezza solo se una specifica disposizione di legge espressamente consente al soggetto pubblico di comunicare i dati sensibili (art. 22, terzo comma, legge 675/1996).

Tale argomento si presta a due possibili obiezioni: 1) in presenza di una istanza di accesso la norma che autorizza l'amministrazione a comunicare i dati sensibili c'è

ed è contenuta nell'art. 24, secondo comma, lett. *d*) legge 241/1990 il quale già disciplina compiutamente il bilanciamento tra accesso e riservatezza; 2) ciò trova conferma nell'art. 43, secondo comma legge 675/1996 il quale, facendo espressamente salve le norme sull'accesso, richiama implicitamente anche la suddetta disposizione.

Al riguardo occorre però anche considerare, in favore della tesi da ultimo affermata dal Consiglio di Stato, che ai sensi dell'art. 22, terzo comma, legge 675/1996 la disposizione di legge che autorizza la comunicazione a terzi dei dati personali sensibili deve specificare «*i dati che possono essere trattati, le operazioni eseguibili e le rilevanti finalità di interesse pubblico perseguite*»; il che lascia pensare che deve trattarsi di una disposizione speciale e non di carattere generale, com'è quella dettata dall'art. 24, secondo comma, lett. *d*) legge 241/1990 il quale si riferisce all'interesse alla riservatezza genericamente inteso senza contenere alcuna individuazione specifica di dati sensibili.

Infine non va dimenticato che l'art. 43, secodo comma, legge 675/1996 fa salve le disposizioni sull'accesso «*in quanto compatibili*» e quindi, come affermato nella sent. 59/1999, non esclude a priori che le nuove disposizioni sulla tutela della *privacy* possano aver modificato il regime di accessibilità di quei documenti amministrativi che contengono «*i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale*».

Tale nuova interpretazione del rapporto tra le due leggi non significa tuttavia che l'art. 24, secondo comma, lett. *d*), legge 241/1990 sia stato abrogato in quanto esso continuerà a regolamentare il bilanciamento tra eccesso e riservatezza per tutti i documenti amministrativi che contengono dati riservati ma non sensibili, come ad esempio quelli relativi alla riservatezza dell'impresa.

FRANCESCO SCLAFANI

L'accesso ai documenti amministrativi e il rispetto della legge sulla *privacy*, con particolare riferimento all'attività contrattuale di diritto privato della Pubblica Amministrazione. (*)

1. *La tutela della riservatezza secondo la legge 241/1990 ed il decreto del Presidente della Repubblica 352/1992: considerazioni generali – 2. Rapporti tra la legge n. 241 del 1990 e la legge n. 675 del 1996 – 3 . La legge n. 675 del 1996 con riferimento ai dati personali effettuati dalle Amministrazioni Pubbliche: problematiche – 4. L'attività contrattuale della pubblica Amministrazione : considerazioni generali – 5. In particolare, la giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di rapporti tra accesso e riservatezza riguardo l'attività di diritto privato della pubblica amministrazione – 6. Considerazioni conclusive.*

1. L'art. 24, secondo comma, della legge n. 241 del 1990 e l'art. 8, quinto comma del decreto del Presidente della Repubblica n. 352 del 1992 prevedono espressamente la riservatezza quale interesse di natura «privata» rispetto ad interessi pubblici come la sicurezza, la difesa nazionale, le relazioni internazionali, la politica monetaria e valutaria, l'ordine pubblico e la prevenzione e repressione della criminalità. E lo stesso art. 24, secondo comma, lett. *d*) della legge n. 241/1990 parla espressamente di «riservatezza di terzi, persone, gruppi ed imprese» e non anche di riservatezza dell'amministrazione.

In effetti, la legge n. 241 del 1990 ha inteso garantire il principio della piena conoscibilità dell'azione amministrativa, e sembra che non possa configurarsi un diritto alla riservatezza della Pubblica Amministrazione fuori dalle ipotesi dell'esclusione del diritto di accesso per la tutela di particolari interessi pubblici espressamente indicati dall'art. 24, secondo comma, legge n. 241 *cit.*, per loro natura diversi e distinti dal diritto alla cosiddetta «riservatezza» in senso proprio.

2. La giurisprudenza, la dottrina e lo stesso Garante per la protezione dei dati personali si sono già più volte pronunciati in ordine ai rapporti tra la disciplina sull'accesso alla documentazione amministrativa e quella introdotta dalla legge 31 dicembre 1996, n. 675 (intitolata «Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali» (1) a tutela della vita privata dell'individuo.

(*) Rielaborazione del testo della relazione tenuta dall'avvocato Gabriella MANGIA al Convegno organizzato dalla Società ITA Convegni e Formazione sul tema «L'accesso ai documenti amministrativi nel rispetto della legge sulla *privacy*», tenutosi a Roma il 9 aprile 1999.

(1) Sulla legge n. 675 del 1996 si vedano, tra i primi commenti, CUFFARO-RICCIUTO, *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino 1997; BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano 1997; AA.VV., *Tutela della privacy* (legge 31 dicembre 1996 n. 675), Padova 1999.

Si è detto, infatti, che la normativa in materia di tutela dei dati personali, come espressamente disposto dall'art. 43, comma 5, della legge n. 675, non ha abrogato le norme in materia di accesso ai documenti amministrativi e che l'applicazione della legge sulla *privacy* non comporta un regime di assoluta riservatezza dei dati, dovendosi verificare caso per caso se sussistano altri diritti o interessi meritevoli di pari o superiore tutela, come si verifica in relazione al diritto di accesso (cfr., Consiglio di Stato, sez. IV, 27 agosto 1998, n.1137 (2); Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento 16 settembre 1997; Garante per la protezione dei dati personali, risposta a quesito del Sindaco del Comune di Marradi (Fi) in data 8 giugno 1998).

In realtà, la volontà del legislatore del 1996 è stata quella di non compiere alcun passo indietro rispetto alle esigenze di pubblicità e trasparenza poste alla base di tutta la disciplina relativa all'accesso ai documenti della pubblica Amministrazione.

Infatti, la legge n. 675 del 1996 non ha introdotto un regime di assoluta riservatezza dei dati e occorre verificare caso per caso l'esistenza di altri diritti o interessi di pari o superiore tutela. Tra tali diritti, si è detto, rientra sicuramente l'accesso ai documenti amministrativi, che è tuttavia riconosciuto solo a chi sia titolare di un interesse personale e concreto in relazione alla tutela di situazioni giuridicamente rilevanti (art. 22, legge n. 241 del 1990; art. 2, decreto del Presidente della Repubblca n. 352 del 1992).

L'aspetto che merita maggiormente di essere sottolineato è che la sussistenza di tale diritto nei casi concreti deve essere riscontrata dalla stessa amministrazione nei cui confronti l'interessato eserciti il diritto di accesso, anziché, a posteriori, dal Garante.

L'Autorità per la protezione dei dati personali può semmai intervenire, in via preventiva o successiva, per fornire chiarimenti o quando il dato sia stato (o stia per essere) comunicato o diffuso oltre l'ambito consentito dall'esercizio del diritto di accesso.

Sicché il sistema ha finito con il confermare gli ambiti delle rispettive competenze: quella delle singole amministrazioni da un lato e quella del Garante dall'altro.

3. La stessa legge n. 675 del 1996 prevede per i soggetti pubblici una particolare disciplina, che rende possibile divulgare a terzi le informazioni personali contenute, ad esempio, in archivi, elenchi, registri, atti o documenti delle singole amministrazioni, quando tale operazione sia effettuata secondo una puntuale disposizione di legge o di regolamento (art. 27, comma 3 legge n. 675 *cit.*): le amministrazioni pubbliche, quindi, possono comunicare o diffondere a privati i dati personali da esse detenuti, qualora vi sia una disposizione normativa che preveda espressamente un regime di conoscibilità o di pubblicità dei dati o degli atti che li contengono.

A livello locale, la legge n. 142/1990 impone ai Comuni la pubblicità degli atti, sia per quanto riguarda i provvedimenti adottati sia per i documenti introdotti, acquisiti o detenuti nel corso dei procedimenti amministrativi dell'ente locale e prevede l'accesso, attraverso la loro consultazione o il rilascio di copie, ad eccezione degli atti riservati per espressa indicazione di legge o per effetto di una temporanea e

---

(2) La sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 27 agosto 1998, n. 1137 è pubblicata in *Il Cons. Stato*, 1998, 1, 1140; cfr. anche, sui rapporti tra la legge n. 24 1 del 1990 e il diritto alla riservatezza, prima dell'entrata in vigore della legge n. 675 del 1990, Cons. Stato, Ad. Plen., 4 febbraio 1997 n. 5, in *Foro it.* 1997, III, 199 ss., con nota di richiami.

motivata dichiarazione del Sindaco quando la loro diffusione possa pregiudicare il diritto alla riservatezza di persone, gruppi o imprese (art. 7, commi 3 e 4, della legge n. 142/1990).

Come è noto, deve essere, comunque, garantita l'esigenza che i dati acquisiti in sede di accesso alla documentazione amministrativa e di partecipazione al procedimento amministrativo siano utilizzati esclusivamente per la cura e la tutela degli interessi che hanno giustificato l'accesso.

Inoltre, la legge n. 675 del 1996 deve essere considerata per tener conto, al momento in cui si deve consentire l'accesso ai documenti amministrativi in conformità alle leggi nn. 142 e 241 del 1990, del nuovo livello di tutela della riservatezza assicurato oggi nel nostro ordinamento riguardo specificamente la rafforzata tutela dei dati sensibili e cioè i dati personali «idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso , filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rilevare lo stato di salute e la vita sessuale» (art. 22, primo comma, legge n. 675 *cit.*).

Ai sensi dello stesso art. 22 summenzionato, i soggetti pubblici possono trattare i dati sensibili, inclusi quelli attinenti alla salute, soltanto su autorizzazione di «espressa disposizione di legge nella quale siano specificati i dati che possono essere trattati, le operazioni eseguibili e le rilevanti finalità di interesse pubblico perseguite»; inoltre, ai sensi dell'art. 27, comma 3 della legge medesima, «la comunicazione e la diffusione dei dati personali da parte di soggetti pubblici a soggetti privati... sono ammesse solo se previste da norme di legge o di regolamento».

Al riguardo, il Consiglio di Stato ha affermato, con una recente pronuncia (la quale contiene, peraltro, affermazioni non del tutto conformi ad altre contenute in precedenti sentenze e, quindi, la questione potrebbe essere esaminata in futuro dall'Adunanza Plenaria) che, dopo l'entrata in vigore della legge n. 675 del 1996, nel caso di richiesta di accesso a documenti contenenti *dati personali sensibili* relativi a terzi posseduti da una pubblica Amministrazione, «il diritto alla difesa prevale su quello alla riservatezza solo se una disposizione di legge espressamente consente al soggetto pubblico di comunicare a privati i dati oggetto della richiesta» (cfr., Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 1999, n. 59 (3)).

Lo stesso art. 27 della legge n. 675 del 1996, che consente alla P.A. di comunicare e di diffondere dati personali (in particolare quando la comunicazione avvenga verso soggetti privati) solamente se vi è una espressa disposizione di legge o di regolamento che lo consenta, ha fatto in modo che il Garante per la protezione dei dati personali riscontrasse, di volta in volta, la specifica normativa primaria e secondaria di riferimento .

Particolare attenzione, però, deve essere posta a non utilizzare la legge n. 241 del 1990 in maniera indiscriminata e quindi a trasformare la Pubblica Amministrazione in una sorta di «banca dati» e addirittura per costringere l'Amministrazione stessa a compiere un *facere*.

---

(3) Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 1999, n. 59, in *Il Cons. Stato* 1999, I, 105 ss..

In particolare, il Garante per la protezione dei dati personali ha escluso che possa configurarsi un obbligo di un Comune relativamente alla possibilità di consegnare a una impresa commerciale l'elenco di coloro che, a una determinata data, avevano avanzato istanza per il rilascio di una concessione edilizia. Il Garante si è espresso in senso negativo, in quanto la normativa urbanistica non prevede tale specifica modalità di comunicazione che comporta un *facere* per l'amministrazione. Nel caso di specie, infatti, l'impresa commerciale chiedeva non tanto di accedere a determinati documenti (come previsto dall'art. 7 legge n. 142 del 1990) quanto piuttosto di ottenere dal Comune l'apposita redazione di uno specifico elenco corredato di particolari indicazioni, volto a documentare atti o documenti distintamente detenuti dall'amministrazione.

4. Come è noto, la Pubblica Amministrazione può essere titolare di qualsiasi situazione giuridica — attiva o passiva — di diritto privato e può porre in essere ogni atto e negozio giuridico presi in considerazione da tale ripartizione del diritto.

La caratteristica fondamentale di questa attività è che essa, pur essendo in tutto e per tutto disciplinata dalle regole di diritto privato, cosicché l'amministrazione pubblica in tali vicende ha la stessa posizione di un qualsiasi soggetto privato che usufruisca dei negozi di diritto comune, è contemporaneamente una attività strumentale per il conseguimento di interessi pubblici.

Nell'ambito dell'attività di diritto privato, quella che vede maggiormente attiva la P.A. è la cosiddetta attività contrattualistica, vale a dire quell'attività per la quale la stessa P.A. assume, mediante la stipulazione di un atto bilaterale (o anche plurilaterale, a seconda dei casi), obbligazioni giuridiche nei confronti di un altro soggetto — per lo più privato — in corrispettivo della prestazione da parte di quest'ultimo di una qualche utilità.

Nell'ambito della generale attività contrattuale posta in essere dalle pubbliche amministrazioni, notevolissima importanza riveste il contratto di appalto di opere pubbliche, sia per la frequenza con cui esso appare nella contrattualistica pubblica, sia per la notevole complessità normativa che caratterizza tale figura contrattuale.

In particolare, riguardo agli appalti pubblici si è posto il problema se, per verificare la capacità tecnica e finanziaria dei concorrenti sia lecito chiedere informazioni relative non solo a tali soggetti, ma anche a terzi che in precedenti circostanze siano stati destinatari di simili forniture o servizi prestati dal medesimo partecipante alla gara. Si sono posti, poi, problemi in ordine alla necessità di acquisire il consenso dei clienti ai quali si riferiscono le informazioni da fornire alle amministrazioni appaltanti.

Riguardo ai suddetti problemi, è specificamente intervenuto il Garante per la protezione dei dati personali, il quale ha osservato che non si rinvengono ostacoli di principio al trattamento di tali dati. Anche in questa fattispecie, infatti, è applicabile il principio secondo cui i soggetti pubblici — a differenza dei privati e degli enti pubblici economici — non devono richiedere il consenso degli interessati per poter trattare dati riferiti a persone fisiche o giuridiche, ma devono piuttosto verificare che i singoli trattamenti siano riconducibili alle proprie finalità istituzionali e siano posti in essere rispettando le specifiche limitazioni eventualmente previste dalle norme speciali di riferimento (art. 27, comma 1, legge n. 675 del 1996).

La normativa vigente in materia di appalti pubblici di beni e servizi prevede che le amministrazioni possano richiedere ai concorrenti di dimostrare le proprie capacità tecniche fornendo l'elenco dei principali servizi o forniture prestati negli ultimi tre anni, con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari (art.14, decreto legislativo n. 157 del 1995 e art.14 decreto legislativo n. 358 del 1992).

Il Garante ha evidenziato che le imprese partecipanti, laddove (come avviene nella prevalenza dei casi) si tratti di dati relativi allo svolgimento di attività economiche, possono comunicare alle amministrazioni i dati relativi ai terzi già destinatari di simili forniture, senza che sia necessario richiedere il consenso degli interessati (artt.12, comma 1, lett. *f* e 20, comma 1, lett. *e* della legge n. 675 del 1996). Resta però ferma l'esigenza del rispetto della vigente normativa in materia di segreto aziendale e industriale.

Il Garante per la protezione dei dati personali ha sottolineato, però, la necessità che le amministrazioni rispettino le vigenti disposizioni a tutela della riservatezza degli altri diritti delle società partecipanti alle gare, disposizioni previste nell'ordinamento anche al di fuori della legge n. 675 del 1996, ovvero nell'ambito della disciplina sugli appalti. Tali disposizioni prescrivono, tra l'altro, di chiedere le sole informazioni non eccedenti l'oggetto, tenendo in debito conto «gli interessi legittimi del concorrente relativi alla protezione di interessi tecnici e commerciali» (art.14, comma 3, decreto legislativo n. 157 del 1995, e in termini quasi identici, art.14, comma 3 , decreto legislativo n. 358 del 1992).

Al riguardo è stato osservato che la «riservatezza» delle società partecipanti a una gara è stata già presa in considerazione da leggi anteriori alla legge n. 675 del 1996 (art. 14, comma 3, decreto legislativo n. 358 del 1992 e 14, comma 3, decreto legislativo n. 157 del 1995) nelle parti in cui prevedono che si possano chiedere informazioni non eccedenti l'oggetto dell'appalto e che vadano però tenuti in considerazione «gli interessi legittimi del concorrente relativi alla protezione di interessi tecnici e commerciali».

Si deve, inoltre, evidenziare che può verificarsi che la disciplina normativa sugli appalti preveda la segretezza di particolari prestazioni oppure disponga che la esecuzione delle prestazioni stesse richieda speciali misure di sicurezza ai fini della protezione di interessi considerati essenziali per la sicurezza dello Stato.

5. Si è detto che l'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione risulta essere prevalentemente disciplinata in tutto e per tutto dalle regole di diritto privato, cosicché l'amministrazione pubblica in tali vicende ha la stessa posizione di un qualsiasi soggetto privato che usufruisca dei negozi di diritto comune.

Come è noto, peraltro, la fattispecie complessa del contratto pubblico si divide in due settori nettamente separati fra loro. Vi è, infatti, una fase che riguarda l'ambito del procedimento amministrativo, ove l'Amministrazione opera con poteri di supremazia, e una seconda fase che può ricomprendersi senz'altro nella disciplina tipica di natura negoziale, con le due parti contraenti — Pubblica Amministrazione e privato — in posizione di perfetta parità giuridica.

Riguardo la prima fase si tratta certamente dello svolgimento di una attività soggetta al diritto pubblico e tale è, ad esempio, la fase dell'affidamento di opera pubblica mediante gara, che giustifica l'applicabilità della disciplina contenuta nella più volte citata legge n. 241 del 1990.

Diversa e più complessa si presenta la questione relativa all'applicabilità della legge n. 241 del 1990 riguardo l'attività meramente privatistica della Pubblica Amministrazione.

In effetti, sembra innegabile che il diritto di accesso rappresenti un naturale bilanciamento di una istituzionale posizione di supremazia dell'amministrazione e, come tale, non è ammissibile in una istituzionale posizione di parità.

Come è noto, sull'argomento è intervenuta, con le decisioni n. 4, 5, 6 del 1999 (4) l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato secondo cui la *ratio* e il testo dell'art. 22 della legge n. 241 del 1990 non consentono di affermare che l'accesso vada escluso per gli atti dell'Amministrazione disciplinati dal diritto privato: di conseguenza, l'accesso va escluso nei soli casi espressamente previsti dalla legge (cfr. l'art. 24 della legge n. 241 del 1990, l'art. 8 del decreto del Presidente della Repubblica n. 352 del 1992 e l'art. 4 del decreto legislativo n. 39 del 1997) ma non per il solo fatto che sia rivolto verso gli atti che, tenuto conto delle leggi amministrative di settore, sono disciplinati dal diritto privato.

L'affermazione contenuta nelle suddette sentenze, pur ampiamente e dettagliatamente motivata, può comportare l'insorgere di delicati problemi nelle complesse vicende che caratterizzano l'attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione.

Prima della pubblicazione di tali sentenze esisteva un orientamento giurisprudenziale restrittivo nel senso che l'attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione doveva considerarsi esclusa dall'esercizio del diritto di accesso perché tale diritto riguarderebbe esclusivamente i documenti attinenti all'attività pubblicistica dell'Amministrazione (cfr., ad esempio, Cons. Stato, sez. IV, 5 giugno 1995, n. 412 (5), in materia di accesso agli atti della S.A.C.E.) nell'ambito della quale il diritto di accesso fungerebbe da contrappeso in favore dell'amministrato nei confronti del soggetto pubblico che gode di posizioni di supremazia derivanti dall'esercizio della funzione autoritativa.

Un altro indirizzo giurisprudenziale reputava, invece, contraria alla *ratio* della legge n. 241 del 1990 qualsiasi distinzione, ai fini della delimitazione dell'esercizio dell'*actio ad exhibendum*, tra attività pubblicistica e privatistica dell'amministrazione. Il diritto di accesso ai documenti amministrativi, cioè, sarebbe correlato dalla legge 7 agosto 1990 n. 241 all'attività (e non agli atti) della Pubblica Amministrazione e, quindi, può essere esercitato anche nei confronti di documenti relativi ad atti di diritto privato della Pubblica Amministrazione (cfr., ad esempio, Cons. Stato, sez. IV, 30 aprile 1998 n. 716 (6).

Successivamente, la sesta sezione del Consiglio di Stato, con due ordinanze in data 2 settembre 1998 n. 1205 e 24 settembre 1998 n.1292 (7), ha deferito all'Adunanza Plenaria delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato la questione se la disciplina sull'accesso debba ritenersi applicabile anche alla attività pri-

---

(4) Le sentenze citate sono pubblicate in questa *Rassegna*, *supra*, I, 113 ss.

(5) Cons. Stato, sez. IV, 5 giugno 1995, n. 412, in *Il Cons. Stato* 1995, I, 654 ss.

(6) Cons. Stato, sez. IV, 30 aprile 1998, n. 716, in *Il Cons. Stato* 1998, I, 583 ss.

(7) Le ordinanze sono pubblicate, rispettivamente, in *Il Cons. Stato*, 1998, I, 1317 ss. e *idem*, I, 1374 ss.

vatistica dell'amministrazione (o del concessionario di pubblico servizio) o se, piuttosto, l'applicabilità dell'istituto non sia da ritenere contenuta alle sole ipotesi di attività costituente espressione della funzione provvedimentale.

L'Adunanza Plenaria ha deciso nel senso suesposto.

In particolare, però, a una prima e approssimativa lettura, sembrebbe che il Consiglio di Stato non ha affrontato il problema dell'esistenza, nell'esercizio dell'attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione, di tutta una serie di documenti che sono puramente strumentali all'esercizio di un'impresa: ad esempio, i contratti di fornitura, i rapporti di servizio, l'organizzazione dei turni di lavoro del personale, i programmi di acquisto di beni; si tratta di atti che non hanno alcuna rilevanza pubblicistica per la preminente ragione che attengono al puro e semplice esercizio di impresa, pubblica o privata che sia. E il diritto di accesso non può allora trasformarsi in uno strumento di indagine e di ispezione di quanto si faccia nell'esercizio di una impresa.

In realtà, ove l'ente agisca *iure privatorum*, non godendo di particolari potestà che lo pongano in una posizione di supremazia nei confronti del privato, non sembra essere del tutto giustificabile un potere di «intrusione» attraverso lo strumento dell'accesso.

Si può, altresì, rilevare che l'applicazione generalizzata dell'istituto dell'accesso a qualsiasi tipologia di attività della Pubblica Amministrazione potrebbe comportare delle delicate e complesse questioni di costituzionalità per violazione del fondamentale principio di uguaglianza e della libertà di iniziativa economica privata.

Infatti, ritenere che il privato contraente possa avvalersi degli eccezionali ed intrusivi strumenti precostituiti dalla legge n. 241 del 1990 violerebbe sotto duplice profilo il fondamentale diritto di eguaglianza costituzionalmente sancito.

Vi sarebbe cioè violazione del principio di uguaglianza riguardo il contraente privato, che disporrebbe di poteri tali da incidere insanabilmente sulla *par condicio* dei contraenti e delle parti del giudizio senza alcuna giustificazione razionale; vi sarebbe, poi, violazione del principio di uguaglianza nei confronti degli altri soggetti privati, esercenti con il medesimo fine di lucro la medesima attività dell'ente pubblico: gli stessi, infatti, potrebbero essere costretti ad esibire in giudizio *interna corporis* quali i verbali delle sedute di un consiglio di amministrazione.

Lo stesso Consiglio di Stato, in precedenza, aveva espressamente affermato che nel corso dell'esecuzione di un contratto di appalto di opere pubbliche, l'Amministrazione agisce nella qualità di parte (appaltante) di un rapporto contrattuale ed è, quindi, nella posizione di soggetto di diritto privato, con la conseguenza che non hanno natura autoritativa , bensì di atti paritetici facenti parte di un procedimento negoziale sia l'atto di approvazione del collaudo sia — a maggior ragione — gli atti interni di tale procedimento (relazione del direttore dei lavori, relazione «segreta» della Commissione di collaudo e relazione finale della Commissione stessa), in relazione ai quali non è configurabile il diritto di accesso di cui all'art. 22 della legge 7 agosto 1990 n. 241 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 dicembre 1996 n. 1559 (8).

---

(8) Cons. Stato, sez. IV, 17 dicembre 1996, n. 1559, in Il Cons. Stato 1996, I, 1941 ss..

In conclusione, sul problema dei rapporti tra legge n. 241 del 1990 e legge n. 675 del 1996 riguardo i contratti della Pubblica Amministrazione, si può sostenere che, per quanto concerne l'attività di diritto privato, esistono tuttora una serie di problemi e perplessità sull'applicabilità indiscriminata dei principi contenuti nella legge n. 241 del 1990 sul diritto di accesso.

Infatti, il riferimento all'interesse pubblico che secondo alcuni potrebbe giustificare l'accesso all'attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione non delimita alcuna fattispecie dall'altra e riguarda il fine ultimo che l'attività amministrativa persegue, senza incidere però sulla natura dell'attività stessa, che rimane di diritto privato e soggiace alle regole del diritto privato.

Peraltro, la logica e lo spirito della legge n. 241 del 1990 sono del tutto distanti dal consentire una operatività del diritto di accesso anche per l'attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione.

Infatti, l'art. 23 della legge n. 241 del 1990 fa generale riferimento alle «Amministrazioni dello Stato»; l'art. 24, comma 6, accenna allo «svolgimento dell'azione amministrativa»; l'art. 25 menziona i «documenti amministrativi» (comma 19 e «determinazioni amministrative» (comma 5); la stessa norma fondamentale in materia (art. 22, comma 1) si riferisce alla «trasparenza dell'attività amministrativa».

Nel nostro ordinamento giuridico, il concetto di «amministrativo» sta proprio ad indicare (a differenza di quanto avviene, ad esempio, nei Paesi di *common law*) una attività caratterizzata dall'esercizio di *potestà pubbliche autoritative*, a fronte delle quali il privato si trova in posizione (più o meno ampia) di soggezione.

Il testuale riferimento all'attività di «amministrazione» non può certamente che essere inteso nel senso di riferire e limitare i poteri di accesso all'attività della Pubblica Amministrazione che si estrinseca attraverso l'esercizio di poteri amministrativi.

Una diversa interpretazione, come si è visto, violerebbe il dettato costituzionale, sia in relazione all'art. 3, perché verrebbe inevitabilmente alterato il rapporto paritetico di diritto privato esistente con l'altro contraente, che in relazione all'art. 41 della stessa Costituzione perché, attraverso un accesso *unilaterale* di un contraente ai documenti dell'altro contraente (la Pubblica Amministrazione che, quale contraente privato ha una posizione *necessariamente paritetica*, e cioè non di supremazia ma neanche *paradossalmente di soggezione*) si verrebbe ad incidere direttamente sulla sua libertà di iniziativa economica privata, che risulterebbe quindi inevitabilmente limitata.

GABRIELLA MANGIA

CONSULTAZIONI

ANTICHITÀ E BELLE ARTI - *Beni di interesse storico-artistico siti in zone sismiche - Obbligo di denuncia - Deroghe.*

Interventi su beni di interesse storico artistico siti in zone sismiche: *a*) se sia obbligatorio ai sensi degli articoli 17 e ss. della legge 2 febbraio 1974 n. 64 il preventivo deposito del progetto presso l'Ufficio Regionale del Genio civile; *b*) nell'affermativa, se si applichi e quale sia la portata della deroga contenuta nell'art. 4 della legge 5 novembre 1971 n. 1086 che esenta dall'obbligo di denuncia dei lavori le opere eseguite per conto dello Stato o delle regioni, province e comuni aventi un ufficio tecnico con a capo un ingegnere (cs. 5981/1997).

Cose di interesse artistico e storico - Premio di rinvenimento - Diritto - Presupposti.

Premio di rinvenimento delle cose di interesse artistico e storico. Quesiti: *a*) quali siano i requisiti essenziali del soggetto rinvenitore; *b*) se, ai fini della sussistenza del diritto al premio, sia necessaria una relazione materiale tra rinvenimento e recupero o sia sufficiente la mera denuncia (cs. 10590/1998).

ARBITRATO - *Arbitrato irrituale - Collegio Arbitrale di disciplina costituito ai sensi dell'art. 59 del decreto legislativo n. 29/1993 – Decisioni - Natura – Impugnabilità.*

Natura giuridica delle decisioni adottate dal Collegio Arbitrale di disciplina di cui all'art. 59 del decreto legislativo n. 29/1993. In particolare, se il lodo sia impugnabile e per quali vizi (es. 5526/1998).

CALAMITÀ PUBBLICHE. - *Fenomeni alluvionali del 1994 - Benefici pubblici - Cumulabilità con l'indennizzo liquidato da impresa assicuratrice.*

Se i benefici pubblici disposti dall'art. 8 del decreto legge 19 dicembre 1994 n. 691 conv. dalla legge 16 dicembre1995 n. 35, come integrato dalla legge 26 febbraio 1996 n. 74, in occasione dei fenomeni alluvionali del 1994, siano cumulabili con l'indennizzo liquidato per lo stesso evento dalla impresa assicuratrice ovvero debbano riguardare soltanto la parte del danno non coperta dall'assicurazione (cs. 7297/1998).

Sisma della Campania e Basilicata - Danni arrecati ai proprietari di immobili requisiti - Somme corrisposte dallo Stato - Recupero mediante ingiunzione a carico degli occupanti - Competenza.

Parere sul regime di riscossione e sulla competenza ad agire per il recupero delle somme corrisposte dal Dipartimento della protezione civile ai proprietari di immobili requisiti per i danni arrecati dagli occupanti (cs. 13420/1998).

COMPETENZA CIVILE E PENALE - *Misure di prevenzione - Sequestro di beni appartenenti ad associazioni di tipo mafioso - Richiamo alle forme prescritte dal codice di procedura civile in materia di esecuzione forzata - Limiti.*

Sequestro dei beni appartenenti ad associazioni di tipo mafioso. Interpretazione del rinvio contenuto nell'art. 2 *quater* della legge 31 maggio 1965 n. 575 alle forme prescritte dal codice di procedura civile per il pignoramento presso il debitore e presso il terzo ai fini del riconoscimento della competenza del giudice civile o penale (cs. 13089/1998).

COMUNITÀ EUROPEA - *Direttiva 93/38, C.E.E. che coordina le procedure di appalto di servizi - Lavori alta velocità - Finanziamento - Rinnovabilità mandato alle banche per la raccolta di fondi.*

Se l'operazione di finanziamento dei lavori dell'alta velocità da parte della società TAV, concessionaria della progettazione, della costruzione e dello sfruttamento del sistema alta velocità, con le modalità del *project finance* sia assoggettabile alle procedure concorsuali di cui alla direttiva comunitaria servizi ed al decreto legislativo n. 158 del 1995. In particolare, se sia rinnovabile il mandato — scaduto — di organizzare la raccolta dei fondi alle banche già incaricate (cs. 2986/1998).

Libera circolazione dei beni e delle persone - Alienazione a stranieri di immobili in zone di confine o dichiarate di importanza militare - Autorizzazione del Prefetto, previo parere dell'Autorità militare - Compatibilità con il diritto comunitario.

Se siano compatibili con il diritto comunitario, e particolarmente con il principio di libera circolazione dei beni e delle persone, le disposizioni di legge nazionale che sottopongono ad autorizzazione del Prefetto, previo parere dell'Autorità militare, gli atti di alienazione di immobili situati in zone di confine o in zone dichiarate di importanza militare a cittadino straniero (cs. 8071/1998).

Quote latte - Prelievi per lo sfondamento delle campagne lattiere - Esperibilità da parte dell'AIMA di azione giudiziaria per il pagamento prelievi ed il risarcimento del danno.

Se sia esperibile da parte dell'AIMA azione giudiziaria nei confronti di imprese produttrici per il pagamento dei prelievi relativi allo sfondamento delle campagne lattiere e per il risarcimento del danno derivante dall'inadempimento di obbligazioni relative al controllo della produzione lattiera (cs. 1611/1998).

CONCESSIONI AMMINISTRATIVE IN GENERE - *Secondo gestore della telefonia mobile - Cessione partecipazione azionaria dell'impresa aggiudicatrice - Nulla osta ministeriale - Legittimità.*

Terza fase dell'operazione Olivetti - Mannesmann. Parere circa la concedibilità del nulla osta ministeriale al trasferimento a Mannesmann di tutte le partecipa-

zioni di Olivetti in OMNITEL, tenuto conto del sostanziale mutamento dell'azionista di riferimento dell'impresa aggiudicataria della concessione del secondo gestore della telefonia mobile (cs. 3370/1999).

CONTABILITÀ PUBBLICA - *Crediti della Pubblica Amministrazione da imposte ipotecarie per iscrizioni di ipoteche legali a garanzia del pagamento di spese di giustizia - Decesso dei debitori - Trasmissibilità agli eredi.*

Se, alla luce della pronuncia della Corte Costituzionale n. 98 del 1988 ed in base al disposto dell'art. 11 n. 1 del decreto del Presidente della Repubblica n. 635 del 1972, con la morte del condannato l'estinzione dell'obbligazione di restituzione delle spese del procedimento penale produca effetti estintivi anche sull'imposta ipotecaria a garanzia di tale pagamento prenotata a debito (cs. 10335/1998).

CONTO CORRENTE - *Conti correnti bancari intestati agli enti beneficiari dei contributi del fondo antiusura - Spese di gestione - Detraibilità dagli interessi derivanti dal deposito affluenti al fondo antiusura.*

Se le spese di gestione — che in base all'art. 9, comma 3 del decreto del Presidente della Repubblica 11 giugno 1997 n. 315 sono detraibili dagli interessi derivanti dal deposito dei contributi ottenuti dagli enti chiamati alla garanzia dei finanziamenti richiesti da piccole e medie imprese a forte rischio finanziario, interessi che devono affluire al Fondo antiusura — siano da intendersi come limitate alle sole spese di gestione dei conti correnti bancari sui quali i contributi sono depositati o debbano riguardare anche le spese affrontate per personale, cancelleria, istruttorie delle pratiche dagli enti stessi (cs. 7957/1998).

FALLIMENTO ED ALTRE PROCEDURE CONCORSUALI - *Liquidazione coatta amministrativa - Compensi spettanti ai commissari liquidatari di consorzi agrari in liquidazione coatta amministrativa.*

Se possa liquidarsi al commissario liquidatore cessato prima della chiusura della procedura un compenso, in via d'acconto o in via definitiva, per l'opera prestata, alla luce delle innovazioni introdotte dal D.M. delle risorse agricole 5 luglio 1995, da ultimo succeduto al D.M. di grazia e giustizia 17 aprile 1987, al D.M. di grazia e giustizia 28 luglio 1992 n. 570 ed al D.M. del lavoro 28 gennaio 1992.

Quali criteri siano da adottare nella liquidazione dei compensi onde garantire omogeneità, equità e proporzionalità del compenso alle disponibilità economiche della procedura (cs. 1148/1997).

GARANZIE - *Ipoteca e sequestro conservativo ex art. 22 decreto legislativo n. 472/1997 - Garanzia dei crediti nascenti da illecito amministrativo - Evasione tributi - Estensione - Presupposti.*

Iscrizione di ipoteca e autorizzazione al sequestro conservativo a norma dell'art. 22 del decreto legislativo 18 dicembre 1997 n. 472. Quesiti: *a*) se le misure cautelari stabilite dall'art. 22 siano applicabili soltanto a garanzie dei crediti nascenti da illecito amministrativo; *b*) se possa essere iscritta ipoteca a garanzia oltre che del credito per sanzioni, anche di quello per tributo evaso (cs. 13186/1998).

IMPIEGO PUBBLICO - *Direttore amministrativo di azienda USL -Nomina - Requisiti - Età - Estensione alla rinnovazione ed alla riconferma.*

Interpretazione dell'art. 3, comma 7 del decreto legislativo 30 dicembre 1992 n. 502: se il requisito dell'età inferiore ai sessantacinque anni richiesto per la nomina a direttore amministrativo di azienda USL si estenda ai casi di rinnovazione e di riconferma nella carica (cs. 7382/1998)

Impiegati dello Stato - Rimborso delle spese di patrocinio legale - Applicabilità al personale delle università.

Se l'art. 18 del decreto legge 25 marzo 1997 n. 67, convertito nella legge 23 maggio 1997 n. 135 concernente il rimborso delle spese di patrocinio legale sostenute dai dipendenti dello Stato sottoposti a procedimento penale, conclusosi con proscioglimento, per fatti connessi alla propria attività, sia applicabile anche al personale delle Università (cs. 9032/1994).

Impiegati dello Stato - Rimborso delle spese di patrocinio legale - Rimborsabilità in favore di un componente del comitato di gestione di ente pubblico economico rappresentante del Ministero vigilante - Procedimento penale concluso anteriormente all'entrata in vigore del decreto legge 29 marzo 1997 n. 67.

Se siano rimborsabili in favore di un componente del Comitato di gestione di ente pubblico economico le spese di patrocinio legale sostenute nel corso di processo penale da cui risulti prosciolto per fatti connessi a tale attività, ai sensi dell'art. 18 del decreto legge 29 marzo 1997 n. 67 conv. in legge 135/1997 pur se il procedimento si sia concluso anteriormente alla sua entrata in vigore, ovvero in applicazione di analoga disposizione contenuta nel contratto collettivo di lavoro relativo al personale dell'ente (cs. 12174/1997).

Spese legali sostenute dal pubblico funzionario per procedimenti inerenti a fatti o atti connessi con l'espletamento del servizio - Rimborsabilità da parte dello Stato - Presupposti.

Se il rimborso da parte dello Stato delle spese legali sostenute dal pubblico funzionario per procedimenti inerenti a fatti o atti connessi con l'espletamento del ser-

vizio e conclusi con il suo proscioglimento sia da ammettere esclusivamente nell'ipotesi di attività svolta in diretta connessione con i fini dell'amministrazione e ad essa imputabile e non sussista un conflitto di interessi (cs. 7593/1998).

Trasferimento d'ufficio del pubblico dipendente che ricopra carica elettiva in Ente locale - Condizioni.

Quali siano le condizioni in presenza delle quali sia legittimo il trasferimento d'ufficio del pubblico dipendente che ricopra una carica elettiva in un Ente locale (cs. 10925/1998).

MUTUO - *Mutui senza interessi concessi dal Commissario Straordinario Antiusura alle vittime dell'usura a valere sul Fondo di solidarietà - Prescrizione del reato di usura - Archiviazione - Effetti.*

Se la pronuncia di archiviazione per prescrizione del reato di usura comporti la revoca del mutuo concesso senza interessi a carico del «Fondo di solidarietà per le vittime dell'usura» ai sensi dell'art. 14, comma 9 della legge 7 marzo 1996 n. 108 (cs. 15165/1998).

OBBLIGAZIONI - *Esercizio della surroga da parte del Fondo di solidarietà in favore delle vittime dell'usura nei diritti dell'usurato nei confronti dell'autore del reato di usura - Limiti - Modalità - Costituzione parte civile - Presupposti.*

A quali diritti dell'usurato nei confronti dell'autore del reato di usura sia esteso l'esercizio della surroga da parte del Fondo di solidarietà in favore delle vittime dell'usura prevista dall'art. 14 della legge n. 108/1996 a seguito dell'erogazione del mutuo pari all'importo degli interessi usurari.

Se l'esercizio della surroga sia possibile nel processo penale a carico dell'autore del reato di usura mediante costituzione di parte civile del fondo (cs. 8999/1996).

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - *Contratti - Capitolati Speciali - Sostituibilità dei capitolati d'oneri redatti su carta con compact disk non riscrivibili.*

Se alla ipotesi di sostituzione dei capitolati speciali allegati ai contratti della p.a. sia applicabile la normativa sulla validità ed efficacia dei contratti stipulati dalla p.a. con strumenti informatici o telematici (art. 15 della legge 15 marzo 1997 n. 59 e decreto del Presidente della Repubblica 10 novembre 1997 n. 513).

Se tale sostituzione contrasti col principio della immediata e diretta conoscibilità da parte del privato contraente delle condizioni generali di contratto predisposte dalla p.a. ed in modo specifico delle eventuali clausole vessatorie, nonché col principio della trasparenza e dell'integrità degli atti del procedimento (cs. 16368/1998).

REGIONI - *Regione Siciliana - Funzioni conferite in materia di turismo - Autorizzazione del Questore per l'esercizio del mestiere di guida turistica - Effetti.*

Effetti del conferimento di funzioni concernenti la materia del turismo alle regioni ai sensi dell'art. 45 del decreto legislativo n. 112/1998 ed in particolare dell'abrogazione dell'art. 123 del TULPS che prevede il rilascio di autorizzazione da parte del Questore per l'esercizio del mestiere di guida turistica nelle regioni a statuto ordinario ed in quelle a statuto speciale.

Quesito concernente, in particolare, la regione siciliana (cs. 4566/1998).

RISCOSSIONE DELLE ENTRATE PATRIMONIALI - *Abusiva occupazione di beni demaniali e patrimoniali dello Stato - Risarcimento del danno - Riscuotibilità mediante ruoli.*

Se ai sensi del combinato disposto degli articoli 2 e 7 del decreto legislativo n. 237/1997 l'amministrazione possa accertare autoritativamente l'esistenza dell'abusiva occupazione e del credito risarcitorio, potendo poi procedere all'iscrizione a ruolo del credito stesso (cs. 9466/1998).

TRIBUTI ERARIALI INDIRETTI - *Diritti doganali - Zucchero importato in esenzione in Valle d'Aosta con vincolo all'immissione ivi in consumo - Commercializzazione nel territorio nazionale - Liceità.*

Se sia da considerarsi illecita immissione in consumo la commercializzazione nel territorio nazionale diverso dalla Valle d'Aosta dello zucchero e dei prodotti ottenuti dalla trasformazione dello zucchero importato in esenzione di diritti doganali in quella regione con vincolo all'immissione ivi in consumo (cs. 5610/1997)

Gas metano utilizzato come combustibile e come materia prima in impianti che ne realizzano la trasformazione chimica - Accisa - Imposta regionale sostitutiva.

Se sul gas metano utilizzato come combustibile e come materia prima in impianti che ne realizzano la trasformazione chimica, non sottoposto ad accisa, sia dovuta l'imposta regionale sostitutiva per le utenze esenti (cs. 9424/1998).

Imposte erariali di consumo - Tributi locali - Addizionali alla imposta erariale di consumo di energia elettrica - Natura - Esenzioni ex T.U. accise - Applicabilità.

Se l'art. 60 del decreto del Presidente della Reppubblica 26 ottobre 1995 n. 54 (T.U. sulle accise) — che riordina la legislazione sulle imposte erariali di consumo — che stabilisce che le disposizioni del titolo sulla energia elettrica valgono anche per le addizionali quando per la loro applicazione sono previste le stes-

se modalità dell'imposta di consumo, in combinato con l'art. 52, comma 2 che definisce le esenzioni dall'imposta di consumo, sia applicabile alle addizionali istituite con l'art. 6 del decreto legge 28 novembre 1998 n. 511 (c.d. addizionale locale) e con l'art. 4 del decreto legge 30 settembre 1989 n. 322 (c.d. addizionale erariale) (cs. 12140/1998).

TRIBUTI IN GENERALE - *Diritto al rimborso di imposte dirette o indirette - Istanza di rimborso - Silenzio dell'Amministrazione - Termine di prescrizione del diritto - Decorrenza - Sospensione.*

Se in pendenza del procedimento amministrativo iniziato su istanza del contribuente per l'ottenimento del rimborso di imposte dirette o indirette non conclusosi mediante decisione amministrativa corra il termine di prescrizione del diritto (cs. 2924/1996).

Estinzione crediti tributari - Mediante compensazione legale con tributi erariali iscritti a ruolo - Presupposti.

a) Se operi la compensazione tra debiti tributari iscritti a ruolo e crediti derivanti da imposte diverse e quali siano i presupposti. *b*) Quale sia l'autorità giudiziaria competente a conoscere dell'impugnazione della compensazione. *c*) Se la compensazione sia possibile tra crediti tributari che fanno capo ad uffici finanziari diversi. *d*) Con quali mezzi debba essere comunicata la compensazione al contribuente (cs. 15760/1998).

URBANISTICA - *Opere costruite su aree sottoposte a vincolo - Parere delle autorità preposte alla tutela del vincolo - Ipotesi di silenzio-assenso - Ampliamento comportante aumento di superficie o di volume - Applicabilità.*

Intepretazione dell'art. 32, 2° comma della legge 28 febbraio 1985 n. 47 come novellato dall'art. 39 della legge 23 dicembre 1994 n. 724. Se il meccanismo del silenzio-assenso previsto per il parere delle amministrazioni preposte alla tutela del vincolo si applichi alle ipotesi di ampliamento che importino un aumento di superficie o di volume (cs. 463/1996).