

temi ROMANA

RASSEGNA
DI DOTTRINA
E GIURISPRUDENZA

a cura del
Consiglio dell'Ordine
degli Avvocati di Roma

quadrimestrale
anno LIV n°3
settembre/dicembre 2006



DIRETTORE RESPONSABILE
Avv. Alessandro Cassiani
DIRETTORI SCIENTIFICI
Avv. Giovanni Cipollone
Avv. Giulio Prosperetti

REDATTORE CAPO
Avv. Felice Testa
COMITATO DI DIREZIONE
Avv. Goffredo Barbantini
Avv. Federico Bucci

Avv. Donatella Cerè
Avv. Domenico Condello
Avv. Antonio Conte
Avv. Sandro Fasciotti
Avv. Francesco Gianzi

Avv. Rosa Ierardi
Avv. Paolo Nesta
Avv. Livia Rossi
Avv. Francesco Storable
Avv. Carlo Testa

Tutti gli iscritti all'Ordine possono collaborare alla Rivista 'Temi Romana' con articoli di dottrina e giurisprudenza. Gli articoli devono essere forniti in formato word su floppy disk o inviati per posta elettronica all'indirizzo e.mail: temiromana@ordineavvocati.roma.it contenenti il titolo, il nome e cognome dell'autore o degli autori. Non vengono accettati dattiloscritti. La Direzione si riserva la facoltà di non pubblicare gli articoli che pervengono.

Temi romana è anche *on line* all'indirizzo <http://www.ordineavvocati.roma.it>
email:temiromana@ordineavvocati.roma.it

La Direzione e la redazione sono presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma

Segreteria di redazione:
Isabel Polizzi

Iscrizione Registro nazionale stampa
(Art. 11, legge 5 agosto 1981, n. 416)
n. 00023 vol.foglio 177 del 2 luglio 1982

Avv. Alessandro Cassiani responsabile
Stampa: Ulisse Editore srl

Grafica: Stefano Navarrini

quadrimestrale
anno LIV n°3
settembre/dicembre 2006

COMITATO SCIENTIFICO

Prof. Avv. Pietro Adonnino,
Prof. Avv. Lucio Valerio Moscarini,
Prof. Avv. Pietro Nocita,
Prof. Avv. Leonardo Perrone,
Prof. Avv. Piero Sandulli,
Prof. Avv. Franco Gaetano Scoca,
Prof. Avv. Augusto Sinagra.

COORDINATORI DI SETTORE

Diritto costituzionale:
Prof. Avv. Giuseppe Marazzita
Diritto civile e processuale civile:
Avv. Carlo Martuccelli
Diritto penale e processuale penale:
Prof. Avv. Pietro Nocita
Diritto amministrativo:
Avv. Piero D'Amelio
Diritto commerciale e societario:
Avv. Giorgio Della Valle
Diritto fallimentare:
Avv. Mario Guido
Diritto del lavoro:
Avv. Luciano Tamburro
Diritto tributario:
Prof. Avv. Pietro Adonnino
Prof. Avv. Leonardo Perrone
Diritto internazionale:
Prof. Avv. Augusto Sinagra
Diritto comunitario:
Prof. Avv. Riccardo Cappello

NELL'ANNO 2006 SONO STATI PUBBLICATI CONTRIBUTI DI

Francesca R. Alessandrini, Mauro Amiconi, Massimo Cesare Bianca,
Antonio Caiafa, Ferdinando Carbone, Gaetano Carcaterra, Pietro Carnevale,
Francesco Caruso, Alessandro Cassiani, Giovanni Cipollone,
Paola Crosta, Floriano D'Alessandro, Valentino De Nardo, Dario Di Gravio,
Alessandra Di Marco, Luigi Favino, Stefano Galeani, Alessandro Lendvai,
Flavia Lozzi, Andrea Luberti, Daniele Marra, Ignazio Moroni,
Lucio V. Moscarini, Ilaria Napolitano, Pasquale Passalacqua, Maria V. Perazzoli,
Dario Perugini, Antonio Rossomando, Matteo Russo, Barbara Saraceni,
Francesco Savarese, Carlo Selvaggi, Michele Todde, Giorgio Vaccaro,
Francesca Zignani.

	EDITORIALE	1
Avv. ALESSANDRO CASSIANI	L'IMMAGINE DI UN'AVVOCATURA NUOVA NEL SOLCO DELLA TRADIZIONE	3
<hr/>		
Avv. GIOVANNI CIPOLLONE	CODICE DEONTOLOGICO FORENSE: MODELLO LEGISLATIVO IN EVOLUZIONE - PROSPETTI CONTENUTISTICI NORMATIVI -	4
<hr/>		
	DOTTRINA	7
Avv. L. Favino	GIUDICE DI PACE E SANZIONI AMMINISTRATIVE	9
<hr/>		
Avv. D. Perugini	CASO WELBY: EUTANASIA O DIRITTO DI LASCIARSI MORIRE?	13
<hr/>		
Avv. A. Rossomando	MARIO PAGANO E LA CULTURA GIURIDICA NAPOLETANA ALLA FINE DEL SETTECENTO	17
<hr/>		
	GIURISPRUDENZA CIVILE	25
CASSAZIONE	Sentenza 8 giugno 2006 n. 13380; Sentenza 14 giugno 2006 n. 13732 con nota dell'Avv. M. Russo - "Cumulo tra risarcimento del danno ex art. 8 della L. n. 604/1966 ed indennità sostitutiva del preavviso"	27
<hr/>		
CASSAZIONE SEZIONI UNITE	Sentenza 16 giugno 2006 n. 13916 con nota della Dott.ssa A. Di Marco "Brevi riflessioni sulla 'rafforzata tutela' del giudicato esterno"	33
<hr/>		
	GIURISPRUDENZA PENALE	61
CASSAZIONE SEZIONE III PENALE	Sentenza 6 febbraio 1996 - 27 marzo 2006 n. 3124 con nota dell'Avv. P. Crosta - "Una questione sempre in primo piano: la tassazione dei proventi illeciti. I profili di incostituzionalità dell'art. 14, comma 4, della L. n. 537/1993 attraverso l'esame della sempre attuale pronuncia 3124 del 1996"	63
<hr/>		
	GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA E TRIBUTARIA	71
T.A.R. LAZIO	Sentenza 5 gennaio 2006 n. 94 - Lavoro alle dipendenze della P.A. - Recupero somme indebitamente corrisposte al dipendente - Ammissibilità. Con nota dell'Avv. A. Luberti	73
<hr/>		
	ATTUALITÀ, CONVEGNI E RECENSIONI	87
	CONVEGNO: PRESENTAZIONE DEL LIBRO "NUOVO DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCURSUALI" DI A. CAIAFA ROMA, 16 GIUGNO 2006	89
Prof. Avv. F. D'Alessandro	RELAZIONE	89

CONVEGNO: PRESENTAZIONE DEL LIBRO
“LA TEORIA DELL'ACCORDO NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PER GOVERNARE
LA GLOBALIZZAZIONE” DI V. DE NARDO

ROMA, 1° DICEMBRE 2006

		93
Dott. V. De Nardo	INTERVENTO	93
Prof. Massimo Cesare Bianca	INTERVENTO	100
Prof. Gaetano Carcaterra	INTERVENTO	102
Prof. Francesco Caruso	INTERVENTO	106
Cons. Avv. G. Cipollone	INTERVENTO:“IL RAPPORTO CON IL MONDO ISLAMICO”	108

DIRITTO COMUNITARIO 111

Prof. Avv. P. Carnevale	INDIFFERIBILITÀ DELLA LEGGE QUADRO EUROPEA E/O DI UN'AZIONE GUIDA DELLA COMMISSIONE EUROPEA PER LA VALORIZZAZIONE DELL'AMBIENTE. CONSIDERAZIONI SULL'ART. 233 DELLA COSTITUZIONE EUROPEA	113
-------------------------	--	-----

EDITORIALI

L'IMMAGINE DI UN'AVVOCATURA NUOVA NEL SOLCO DELLA TRADIZIONE

Cari Colleghi,

l'attività culturale e di aggiornamento costituisce oggi più che mai un precipuo impegno del Consiglio.

Alla diffusa tentazione di incidere sulla dignità della nostra Professione, è necessario opporre un'Avvocatura sempre più preparata e specializzata.

Per tale ragione, alle battaglie che abbiamo condotto e che ancora ci attendono, dobbiamo affiancare iniziative sempre più penetranti, volte a creare una nuova classe di Avvocati attrezzati per competere in ambito europeo.

Tale necessità è imposta dalla nostra vocazione alla cultura ma anche dal nuovo Codice Deontologico.

E' infatti noto a tutti che l'aggiornamento è ormai un dovere al quale non possiamo sottrarsi né gli Iscritti, né gli Ordini.

In tale ottica, Temi Romana assume sempre più un ruolo di primaria importanza.

Essa rispecchia quel lavoro di ricerca, di esegesi, di approfondimento che, da sempre, caratterizza il lavoro dei Professionisti Forensi.

A tale fine è apprezzabile il potenziamento delle Sezioni che ospitano le relazioni di maggior spessore tenute in occasione dei convegni e gli scritti di quei Colleghi, che oltre all'impegno professionale, coltivano quello scientifico.

In tal modo, la rivista è diventata emblematica di un'Avvocatura che discute e approfondisce le problematiche di natura giuridica e quelle che a diverso titolo consentono all'Avvocato di servire il proprio cliente e di contribuire al prestigio della Professione.

Il nuovo Codice Deontologico ha reso ancor più evidente che il singolo Avvocato non può più restare arroccato nel proprio studio.

Egli deve mostrarsi parte essenziale di una intera categoria professionale che combatte per conquistare il proprio futuro con le armi della preparazione, della professionalità, dell'aggiornamento, della specializzazione.

Da queste pagine giunga a Giovanni Cipollone, a Giulio Prosperetti, a Felice Testa, ai Redattori e ai Componenti il Comitato Scientifico, il mio più vivo apprezzamento e l'incitamento a fare sempre meglio.

A tutti loro dico con forza: "Voi costituite un motivo d'orgoglio e di speranza. Continuate così e i nostri detrattori capiranno che l'Avvocato è e continuerà ad essere quello che è sempre stato: un libero professionista che esercita con passione un'attività intellettuale volta a garantire ai cittadini il rispetto delle pubbliche e private libertà' ".

Vostro,
Alessandro Cassiani

CODICE DEONTOLOGICO FORENSE: MODELLO LEGISLATIVO IN EVOLUZIONE PROSPETTI CONTENUTISTICI NORMATIVI

In materia di deontologia professionale, alcuni studiosi, accogliendo la tesi di due insigni giuristi, G. Rossi e P. Rescigno, che avevano preso in esame gli aspetti normativi intercorrenti tra gruppi sociali (quali sono gli enti pubblici associativi) e il pubblico potere, hanno attribuito alle norme deontologiche valore consuetudinario, assegnando al Codice forense la funzione di raccolta di usi.

Tale tesi si basa, in particolare, su alcune prospettazioni contenute nella sentenza n. 6213, emessa in data 23 marzo 2005 dalle Sezioni Unite della Cassazione, in cui si fa riferimento alle norme deontologiche come “ai principi recetti dal codice deontologico sulla ‘*communis opinio*’ degli appartenenti alla categoria”.

Nel nostro caso, il riferimento alla *communis opinio* degli appartenenti alla categoria forense, appare un’affermazione priva di valore se si tiene conto della specificazione contenutistica dei precetti deontologici che dovrebbe essere vincolata ai rivoluzionari indirizzi politici formulati dal legislatore, i quali hanno capovolto le regole di condotta cristallizzatesi in tanti decenni.

Il ventilato adeguamento del codice deontologico alla nuova disciplina, partendo dalla indicazione di nuovi principi di carattere generale, non ha senso se si considera la volontà legislativa di trasformare sul piano etico i valori morali della professione, incanalandoli verso un inaccettabile mercantilismo.

Si ponga mente al patto sui compensi, al patto di quota lite, alla nuova disciplina delle tariffe professionali e alla pretesa di parificare l’attività intellettuale a quella della “oggettistica da bancarella”, per rendersi conto dell’assurdità di tale tesi.

La consuetudine da cui ha origine il richiamato diritto consuetudinario, sin dai tempi di Cicerone, è ritenuta accettazione e affermazione di antiche costumanze, “*mores maiorum*” che si sarebbero consolidate nel tempo. Si tratta di diritto non scritto, diritto naturale, prodotto di una coscienza sociale. Per Cicerone, infatti, la suprema legge è la legge di natura, immutabile ed eterna, comune a tutti gli uomini come somma e immanente ragione. Ciò del resto è previsto anche dall’insegnamento giusnaturalistico.

I disattenti e attuali legislatori dovrebbero spiegarci come sia possibile inserire nella “*vetustas*” che dovrebbe caratterizzare i vigenti precetti deontologici, un nuovo modello di perfettibilità e ancorarlo a un *ethos* professionale e sociologico che poggia su opposti ideali, che aborriscono ogni forma materialistica di carattere imprenditoriale.

Non si è di fronte alla formulazione di nuove norme ordinarie di carattere generale, bensì alla instaurazione *ex novo* di principi generali fondamentali, diretti a creare un nuovo modello di società.

L’innesto su norme di diritto consuetudinario costituirebbe una aberrazione poiché tale diritto ubbidisce a linee autonome non soggette a ingerenze potestative.

Inoltre, non riteniamo di poter aderire alla pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, con sentenza n. 8225 del 6 giugno 2002, ha ritenuto di dover attribuire in materia deontologica potere normativo al Consiglio Nazionale Forense, ritenendolo ente esponenziale dei professionisti forensi.

In verità, secondo l'art. 54 della Legge Professionale, le funzioni di tale Organo istituzionale consistono nella specifica competenza giurisdizionale di pronunciarsi in grado di appello sulle decisioni dei singoli Consigli degli Ordini territoriali (che, com'è noto, sono Organi amministrativi), nonché nell'esercitare il potere disciplinare nei confronti dei propri membri (la c. d. giurisdizione domestica). La sentenza n. 8225, sopra riportata, aveva già attribuito al Codice Deontologico, approvato in data 14 aprile 1997 dal Consiglio Nazionale Forense, il valore di norma giuridica vincolante nell'ambito dell'ordinamento di categoria, che troverebbe fondamento nei principi dettati dalla legge Professionale forense di cui al R. D. L. 27 novembre 1933 n. 1578 e, in particolare, all'art. 12 comma I.

Specifico però, la Corte di Cassazione in detta sentenza, che “la formulazione per le clausole generali di tali prescrizioni, trova specificazione nelle norme del Codice Deontologico il quale, nel suo primo titolo, enuncia - qualificandoli principi generali - una serie di doveri mentre, nei successivi titoli, elenca alcuni canoni complementari volti a tipizzare comportamenti costituenti a loro volta mere esplicitazioni delle regole generali, inidonei quindi ad esaurire la tipologia delle violazioni deontologiche e privi di ogni efficacia limitativa della portata di dette regole”.

Il Codice Deontologico Forense costituirebbe un corpo “complementare”, una esplicitazione ermeneutica di principi generali, ma tale prospettazione è in contrasto con il principio costituzionale di legalità (art. 25 comma II della Costituzione) che esige l'esistenza di un sicuro “praeceptum legis”.

Ogni forma giuridica non può essere caratterizzata da indeterminatezza e incertezza formale.

Al di fuori di ogni implicazione relativa alla formazione e attuazione delle norme di diritto consuetudinario, sarebbe stato forse opportuno assegnare ad appositi organismi, all'uopo istituzionalmente delegati, ad autoregolamentarsi (quali sono gli Ordini professionali), il compito di formulare le norme deontologiche, nel rispetto di precise direttive legislative.

Per quanto concerne l'Ordine professionale forense, dovrebbe essere indetta un'assemblea generale alla quale dovrebbero partecipare i componenti dei Consigli degli Ordini territoriali, in rappresentanza di tutta l'Avvocatura italiana, ovviamente con l'autorevole intervento del Consiglio Nazionale Forense, portatore di una proposta di Codice Deontologico da sottoporre, per l'approvazione, alla predetta assemblea e con l'intervento dei vertici dell'Organismo Unitario dell'Avvocatura (organismo politico dell'Avvocatura) e delle Associazioni forensi.

I temi da affrontare, come ha recentemente ricordato il Prof. Guido Alpa, Presidente del Consiglio Nazionale Forense, sono di basilare importanza e riguardano, tra l'altro, la legittimità delle tariffe obbligatorie, quale compenso per l'attività stragiur-

diziale forense e la legittimità del divieto della libera negoziazione del compenso professionale forense, tema sul quale dovrà pronunciarsi la Corte di Giustizia e la Corte Costituzionale; quest'ultima sarà certamente investita sulla questione di costituzionalità dell'art. 1 della Legge di conversione e dell'art. 2 del decreto legge in questione.

Non si tralasci di considerare che la riforma della disciplina forense, anche a seguito degli esiti del Congresso Nazionale Forense di Roma, dovrebbe essere esaminata nel prossimo autunno dal Parlamento.

Non appare pertanto conforme al modello legislativo vigente il compito di “legiferare” stabilendo i canoni di un nuovo Codice Deontologico, con l'attribuzione di tale compito al Consiglio Nazionale Forense, tenuto conto che quest'ultimo svolge l'importante funzione giurisdizionale di “giudicare”.

Invero, il potere disciplinare (art. 38) è una prerogativa dei Consigli dell'Ordine, custodi degli Albi professionali, in cui sono trascritti i nominativi dei propri iscritti.

Il Consiglio Nazionale Forense – come è risaputo – si pronuncia sui ricorsi avverso le decisioni dei Consigli dell'Ordine territoriali ed esplica, pertanto, l'importante compito di vigilare sulla correttezza giuridica e formale dei giudizi posti al suo esame.

Come è noto, a norma dell'art. 56 dell'ordinamento della professione di avvocato, l'esecuzione delle decisioni emesse dal Consiglio Nazionale Forense può essere sospesa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Ne deriva che le violazioni deontologiche del professionista forense, dopo la pronuncia dei Consigli dell'Ordine, possono essere sottoposte al vaglio di ben due Organi istituzionali con funzioni giurisdizionali.

In definitiva, i Consigli locali svolgono i loro compiti nei confronti dei professionisti che formano l'Ordine forense e quindi all'interno del gruppo che essi costituiscono per la tutela della classe professionale. “Tale funzione è pertanto manifestazione di un potere amministrativo attribuito dalla legge per l'attuazione del rapporto che si instaura con l'appartenenza all'Ordine, il quale stabilisce comportamenti conformi ai fini che si intende perseguire” (C.N.F. 12 luglio 2004 n. 161 Pres. Panuccio, Rel. Tirale, P.M. Iannelli – conf.).

L'illuminante decisione del Consiglio Nazionale Forense, ora segnalata, mette in risalto la vera natura delle regole deontologiche.

La potestà disciplinare non deve subire condizionamenti di sorta e i singoli precetti non devono essere snaturati sulla base di un concettualismo intellettualistico e teologico non rispondente agli interessi della categoria, tenendo presente l'alto senso morale che ha sempre caratterizzato l'Avvocatura italiana.

L'affermazione del Calamandrei “rispetto le leggi solo perché tali” dev'essere preceduta e legittimata da una salda base etica.

Giovanni Cipollone

DOTTRINA

Avv. Luigi FAVINO

Giudice di pace e sanzioni amministrative in tema di circolazione stradale

sommario

1. L'obbligo della contestazione immediata del verbale di violazione e sua importanza nel sistema della patente a punti. 2. Inique le sanzioni a carico del proprietario del veicolo per l'esistenza di un vuoto normativo prima della modifica dell'art. 126 bis c.d.s.

1) La contestazione immediata della violazione ai sensi dell'art. 201 C.d.S. è un obbligo posto dal Legislatore a carico degli agenti incaricati del controllo e del pattugliamento delle strade che non conosce deroghe, se non in alcuni casi specifici elencati nel comma 1 bis della stessa norma, e nell'art. 384 del Regolamento del codice della strada recante la rubrica "casi di impossibilità della contestazione immediata".

La ragione di tale obbligo risiede nella necessità di certezza e speditezza del procedimento di identificazione e notifica al trasgressore del verbale, con risparmio di mezzi e spese, mentre le ragioni della deroga a tale principio generale sono da ricercare nella presenza di altri interessi, come la sicurezza, naturalmente preminenti, il cui doveroso rispetto si impone anche a scapito dei primi, o nell'oggettiva impossibilità di rispettare tale principio.

Nella prassi concreta di tutti i giorni, tuttavia, tale obbligo, costituente la regola generale, si tramuta in eccezione, essendo sempre più frequente la notificazione dei verbali di contravvenzione al domicilio del proprietario del veicolo, così come risultante dai pubblici registri, con la conseguenza non indifferente dell'azionamento di ulteriori procedure nonché, a seguito dell'introduzione della patente a punti, di obblighi per il cittadino.

Oltre ai pregi di maggiore celerità e speditezza già accennati la contestazione immediata consente, infatti, di effettuare l'identificazione dell'autore della violazione in uno stato di quasi flagranza, con possibilità di errore ridotta, ed in caso di sanzione aggiuntiva costituente decurtazione dei punti dalla patente, offre la possibilità di far partire l'accertamento necessario nei confronti del soggetto responsabile della violazione, senza ulteriori passaggi.

La notificazione del verbale in caso di mancata contestazione immediata, previsto dall'art. 201 C.d.S., deve perfezionarsi al domicilio del proprietario del veicolo entro il termine tassativo di centocinquanta giorni dall'accertamento della violazione, a pena di nullità del verbale e dell'intero procedimento sanzionatorio.

A parte i ritardi di consegna e le imprecisioni del verbale che inficiano la validità dell'atto e che, in ultima analisi, vanno a vantaggio del destinatario della contravvenzione, in alcuni casi il termine di cui all'art. 201 C.d.S. non viene rispettato dall'Ufficio o dall'Organo accertatore, e, tuttavia, l'atto notificato in apparente ritardo conserva la sua validità.

Ciò avviene sempre e soltanto in casi di mancata contestazione immediata, ed in par-

ticolare nei casi in cui, per le modalità di rilevazione della violazione con mezzi particolari (autovelox), il momento dell'accertamento non coincide con il momento della violazione, ma è differito rispetto ad esso, sotto il profilo temporale e spaziale, realizzandosi al momento dello sviluppo della pellicola all'interno di un Comando o di un Ufficio, qualche mese dopo.

Il trasgressore che si vedesse notificare un verbale di violazione al codice della strada, rilevata attraverso un sistema elettronico, oltre il suddetto termine, e che decidesse di eccepire la tardività della notifica nelle opportune sedi, vedrebbe rigettata la propria eccezione sulla base di tale discutibile principio della distinzione tra “momento della violazione” e “momento dell'accertamento”, da cui decorre il termine dell'art. 201 C.d.S..

L'interpretazione parziale della norma è evidente se si pensa che c'è quasi sempre una pattuglia che installa l'autovelox e redige il verbale sul luogo della violazione, indicando i motivi per cui non è stato possibile fermare il veicolo, svolgendo pertanto un'attività di controllo delle strade e, a rigor di logica di accertamento anche della violazione, potendosi benissimo posizionare in posizione defilata rispetto all'apparecchio e contestare immediatamente la violazione, essendo avvertiti per tempo dallo stesso sistema elettronico.

Sembrerebbe quasi che, nella necessità di “fare cassa”, la scelta migliore non sia quella di fermare il trasgressore perdendo tempo a identificare, contestare, o “conciliare”, ma sia invece quella di raccogliere elementi da valutare ed “accertare” in un secondo momento, in un modo impersonale ed asettico rispetto al fatto e al momento storico, anche a distanza di mesi dalla violazione.

Come se non bastasse, altri problemi scaturiscono dalla mancata contestazione immediata della violazione, soprattutto quello dell'individuazione del soggetto a cui applicare la decurtazione dei punti dalla patente a norma dell'art. 126 bis del codice della strada.

Se infatti non si identifica per il tramite della contestazione immediata l'effettiva identità del trasgressore, e dunque si procede alla notifica al domicilio del proprietario del veicolo del verbale di violazione, questi sarà obbligato, a distanza di mesi dal fatto, a dichiarare chi fosse alla guida del suo mezzo rischiando, in caso di tardiva od omessa dichiarazione, di vedersi recapitare un'ulteriore sanzione (fissata oggi in un minimo di € 250/00), e cioè molto probabilmente una somma di denaro superiore a quella della contravvenzione contenente la sanzione aggiuntiva della decurtazione dei punti.

Ciò anche nell'ipotesi che il proprietario del veicolo, ricevuto notificato il verbale di violazione, lo abbia pagato nei termini, ma abbia ritenuto superfluo (perché lui stesso autore della violazione) inviare tale dichiarazione, ovvero se ne sia dimenticato o non se ne sia accorto.

2) Nel periodo immediatamente successivo alla introduzione della patente a punti, in mancanza di contestazione immediata e dunque di identificazione del trasgressore, l'Ufficio accertatore procedeva ingiustamente alla decurtazione dei punti dalla patente del proprietario del veicolo, potendo questi indicare, al fine di evitare la sanzione aggiuntiva, il nominativo del conducente al momento della violazione.

A carico del proprietario che ometteva di indicare il nominativo del trasgressore, veniva poi applicata la sanzione di cui all'art. 180 co. 8, C.d.S., originariamente preveduta sol-

tanto per le persone giuridiche proprietarie di autoveicoli, che agevolmente erano in grado di eludere la decurtazione dei punti, e a cui rinviava l'art. 126 bis co. 2 del C.d.S..

Un'azienda, infatti, dotata di parco macchine o comunque di una serie di veicoli, non essendo obbligata a tenere un registro movimenti dei mezzi, cosa che comunque, anche se esistente, avrebbe una semplice rilevanza interna e non servirebbe allo scopo, mai avrebbe potuto indicare con certezza quale impiegato fosse alla guida di quel dato mezzo, in quel dato giorno, e cioè a distanza di mesi dal fatto, godendo di una sorta di "impunità" per la decurtazione dei punti e venendo per questo motivo "tassata" attraverso il rinvio alla sanzione di cui all'art. 180. co. 8 C.d.S..

Al proprietario persona fisica, invece, erano decurtati i punti a meno che non indicasse il nominativo di un altro soggetto, e se ometteva di farlo senza giustificato motivo subiva la sanzione di cui all'art. 180, ciò utilizzando un'interpretazione quanto meno estensiva della norma, posto che dal combinato disposto dei due articoli non era dato evincersi un obbligo a suo carico di fornire la dichiarazione richiesta.

A parte la difficoltà di ricordare con esattezza a distanza di tre o quattro mesi chi fosse alla guida del veicolo in una determinata e precisa circostanza, anche nel caso di elevata probabilità di coincidenza tra proprietario e trasgressore, l'obbligo di rendere una dichiarazione del genere per non subire la decurtazione dei punti dalla patente è apparso subito in grado di limitare l'autonomia del cittadino, costretto a denunciare se stesso od altri pur essendo nei termini di esperire ricorso avverso la sanzione amministrativa.

La Corte Costituzionale, intervenuta sul punto con la sentenza n. 27 del 2005, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 126 bis co. 2 C.d.S. nella parte in cui assoggetta il proprietario del veicolo alla decurtazione dei punti, quando ometta di comunicare le generalità del conducente, fin qui accogliendo le eccezioni sollevate sul punto, stabilendo la necessità dell'assoluta certezza dell'identificazione personale per l'immediato avvio del procedimento di decurtazione, dovendosi esaurire ogni procedimento (ricorso al Prefetto o al Giudice di Pace) di impugnazione e naturalmente di pagamento nei termini, prima di poter procedere alla decurtazione dei punti.

La Corte, inoltre, nella stessa sentenza ha lanciato lo sguardo anche sul problema relativo all'esistenza o meno di un obbligo giuridico a carico del proprietario del veicolo in relazione alla dichiarazione richiesta dall'art. 126 bis C.d.S., consigliando solo di estendere la sanzione di cui all'art. 180 co. 8, C.d.S., anche alla persona fisica che omettesse di comunicare le generalità del trasgressore.

Tale "consiglio" ha moltiplicato, poiché erroneamente interpretato, l'invio di sanzioni per violazione dell'art. 126 bis, co. 2, C.d.S. (omessa dichiarazione) ai cittadini, ma ancora in assenza di una specifica norma che autorizzasse tale comportamento. La Corte Costituzionale, infatti, si è limitata a consigliare di estendere detta sanzione alla persona fisica, dando di fatto per inesistente, allo stato, una norma che la prevedesse se non soltanto a carico della persona giuridica proprietaria di veicoli. La Corte Costituzionale, dunque, attraverso la sua sentenza ha rilevato l'esistenza di un lungo vuoto legislativo, poiché la norma mancante non è stata creata con la sentenza (non potendosi sostituire alcuno al Legislatore).

Il Governo ha provveduto a colmare questa lacuna, dopo un primo decreto non con-

vertito, soltanto con il D.L. 262 del 3 ottobre 2006, convertito in Legge n. 286/2006, con il quale il testo dell'art. 126 bis co. 2 è stato definitivamente modificato in tal senso, obbligando il proprietario del veicolo sia esso persona fisica o giuridica che ometta senza giustificato motivo di fornire i dati del conducente del veicolo al momento della commessa violazione alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro (ridotta rispetto alla sanzione di cui all'art. 180 co. 8 C.d.S.).

Pertanto, almeno fino alla data del 3/10/06, nessuna norma obbliga il cittadino proprietario di un veicolo a fornire i dati del trasgressore, se non in violazione del principio di legalità e della riserva di legge.

Avv.
Dario PERUGINI

Avvocato del Foro di Roma

Caso Welby: eutanasia o diritto di lasciarsi morire?

Il 20 dicembre 2006, verso le ore 23.45, è deceduto Piergiorgio Welby, a seguito del distacco dal ventilatore meccanico posto in essere dal Dott. M. R.

Con provvedimento del 1 febbraio 2007¹, la Commissione Disciplinare dell'Ordine Provinciale dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri di Cremona ha decretato all'unanimità di non aprire procedimento disciplinare nei confronti del Dott. M. R. e disporre l'archiviazione del caso; e ciò sulla base di una serie di considerazioni che offrono lo spunto per interessanti riflessioni in ordine alla configurabilità o meno, nel caso di specie, di atto eutanasi.

Il ragionamento seguito dalla commissione disciplinare dell'ordine di Cremona è, nelle sue linee portanti, condivisibile, anche se, per taluni aspetti laconici e sbrigativi, suscita non poche perplessità.

Ai fini del nostro dire, appare opportuno prendere le mosse dal quadro normativo e deontologico per poi cercare di inquadrare la fattispecie concreta in questione.

Le norme di riferimento si rinvencono nell'art. 32 della Costituzione e nell'art. 35 del Codice di deontologia medica, diretta attuazione della norma costituzionale.

L'art. 32 della Costituzione, in particolare, riconosce e garantisce il diritto alla salute. Alla disposizione appena richiamata, almeno sino agli anni '70, è stata attribuita natura meramente programmatica, sfornita, pertanto, di efficacia cd. precettiva; per cui, quanto in essa contenuto rappresentava esclusivamente un obiettivo per il legislatore, unico attributario di poteri attuativi. Tale impostazione dottrinale prendeva le mosse dall'inquadramento del diritto in questione tra i diritti sociali e non tra quelli

1 Qui di seguito si riporta il testo integrale della decisione:
PREMESSO

- ◆ che, in conseguenza della notizia della morte del signor Piergiorgio Welby, per cessazione della pratica di ventilazione meccanica posta in essere dal dott. Mario Riccio, medico chirurgo iscritto a questo Ordine Provinciale di Cremona, è stata aperta un'istruttoria preliminare volta a verificare la sussistenza, o meno, dei presupposti per l'apertura di un procedimento disciplinare;
- ◆ che nell'ambito di tale istruttoria si è provveduto:
- ad effettuare, in data 27/12/2006, l'audizione del dott. Mario Riccio;
- ad acquisire il diario clinico con cui, alla presenza di n. 4 testimoni il Dott. M. R. ha raccolto la volontà del signor Piergiorgio Welby;
- ad acquisire, anche tramite il legale della famiglia Welby, la cartella riportante il quadro clinico del signor Piergiorgio Welby sottoscritta dal medico curante;
- ◆ che dall'istruttoria sopra richiamata si evince che:
- il dott. Mario Riccio non ha somministrato farmaci o altre sostanze atte a determinare la morte;
- la sedazione terminale praticata dal Dott. M. R. risulta, per posologia di farmaci, modalità e tempi di somministrazione, in linea con i normali protocolli;

- il signor Welby non era sottoposto a terapie atte ad impedire, curare o ritardare la malattia, distrofia muscolare fascio-scapolo-omerale;
 - il signor Welby non era in grado di respirare autonomamente e che dall'anno 2002 respirava esclusivamente per mezzo artificiale;
 - il signor Welby non era in grado di evacuare spontaneamente ma solo per svuotamento;
 - il signor Welby era perfettamente in grado di intendere e di volere e di esprimersi;
 - il signor Welby ha espresso in modo chiaro, deciso e non equivocabile la volontà di interrompere la pratica assistenziale di respirazione artificiale che era stata iniziata nel 1997;
 - che il signor Welby risulta essere stato pienamente consapevole della conseguenza del sopraggiungere della morte che la negazione del consenso a mantenere la pratica di respirazione artificiale avrebbe inevitabilmente determinato e che tale conseguenza ha accettato.
- Dopo ampia ed approfondita discussione nelle sedute tenutesi il 26/01/2007 e 31/01/2007
- Visti: ◆ l'art. 35 Codice di Deontologia medica ("Acquisizione del consenso"): "Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente. In ogni caso, in presenza di

fondamentali.

Una netta e radicale inversione di tendenza si è avuta con la pronuncia della Corte Costituzionale n. 88 del 1979 nella quale si legge che *“il bene (afferre alla salute) è tutelato dall'articolo 32 non solo come interesse della collettività ma, anche e soprattutto, come diritto fondamentale dell'individuo, sicché si configura come un diritto primario ed assoluto pienamente operante nei rapporti tra privati. Esso è certamente da ricomprendere tra le situazioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione...”*.

Tale impostazione è stata ripresa anche dalla Suprema Corte di Cassazione nella sentenza SS.UU. civili n. 5172/79.

La lettura operata dalla Corte Costituzionale, seppur datata ed isolata, è stata ripresa e fatta propria da autorevole dottrina (R. Juso, “Profili e problemi di diritto sanitario”, Edizioni Kappa 2005 - “La sanità oggi - questioni giuridiche e risvolti etici”, Edizioni Kappa 2006) secondo la quale la norma costituzionale, letta in quest'ottica, individua un diritto fondamentale, assoluto e perfetto, dotato di una chiara ambivalenza; da un lato, infatti, il titolare di tale situazione giuridica soggettiva ha diritto di ricevere le prestazioni sanitarie, ma, dall'altro, ha sicuramente anche il diritto di rifiutare qualunque cura ovvero il “diritto di essere ammalato”. L'affermazione che precede riviene il suo fondamento, esclusivamente di natura giuridica, proprio nella formulazione dell'art. 32 richiamato. Nel testo, infatti, in primo luogo non viene individuato alcun dovere alla salute, e poi, proprio al comma 2, il costituente ha previsto il caso dei trattamenti sanitari obbligatori, ponendoli indiscutibilmente come eccezione alla regola generale della incoercibilità dei trattamenti sanitari.

Questo che, fino a poco tempo addietro, era un orientamento isolato, oggi può dirsi consolidato; e ciò a seguito di due recentissime sentenze, l'una della Corte Costituzionale (n. 262 del 2004), l'altra della Cassazione (n. 17461 del 2006), che ne confermano pienamente i contenuti.

In tale contesto, poi, deve essere necessariamente inserito l'art. 35 del nuovo Codice di deontologia medica, in base al quale *“Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informa-*

documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona...”;

◆ l'art. 20 Codice di Deontologia medica (Rispetto dei diritti della persona): “Il medico deve improntare la propria attività professionale al rispetto dei diritti fondamentali della persona”. Considerato che le norme deontologiche sopra richiamate costituiscono attuazione dei principi di cui agli articoli 13 Cost. secondo cui “la libertà personale è inviolabile. Non è ammessa alcuna forma di ... restrizione della libertà personale se non per atto volontario dell'autorità giudiziaria ” e 32 Cost. a mente del quale “.. Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

Ritenuto che, ai fini del rispetto della volontà della persona

umana, il consenso deve essere ritenuto identicamente necessario sia per intraprendere il trattamento terapeutico che per mantenere lo stesso, in caso di trattamento terapeutico di durata;

Considerato: che la richiesta di distacco del respiratore artificiale, richiesto dal Signor Piergiorgio Welby, costituisce la negazione del consenso ad un trattamento terapeutico da parte di un paziente capace di intendere e di volere e pienamente consapevole delle conseguenze che l'interruzione del trattamento avrebbe determinato;

che la conseguenza di lasciarsi morire risulta, agli atti, consapevole, accettata e voluta dal parte del signor Piergiorgio Welby;

tutto ciò premesso

decreta con parere unanime

di non aprire procedimento disciplinare nei confronti del Dott.

Mario Riccio e dispone l'archiviazione del caso.

to del paziente. ... In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona...".

Posto che, pertanto, il consenso "informato" del destinatario del trattamento sanitario costituisce presupposto imprescindibile per l'esercizio dell'attività medica, non si può non ritenere che tale manifestazione di volontà debba permanere per tutta la durata della terapia. Non si può non ritenere, pertanto, che, così come in presenza di un rifiuto iniziale del paziente il medico non possa imporre allo stesso alcuna terapia, se non nel caso di trattamento sanitario obbligatorio, anche allorché il malato ne rifiuti la prosecuzione, il medico sarà egualmente obbligato a rispettare la sua volontà chiara, espressa e consapevole (ovviamente).

È, altresì, da ritenere, sempre sulla base della richiamata impostazione, che, nei casi in cui il trattamento terapeutico costituisca unico presupposto per il mantenimento in vita, il diritto al rifiuto coinciderebbe con un diritto a "lasciarsi morire naturalmente". È palese come una tale conclusione strida con quanto disposto dall'art. 579 c.p. disciplinante la fattispecie criminosa dell'omicidio del consenziente.

La norma in questione è, senza dubbio, applicabile nei casi di eutanasia attiva con somministrazione di farmaci che cagionano la morte del paziente, ma non dovrebbe esserlo, alla luce della sopra riferita interpretazione del diritto alla salute, a fronte di eutanasia con il cd. "distacco della spina" voluto consapevolmente dal malato. È ovvia la considerazione che il distacco "lecito" possa essere operato soltanto dal medico. Il diritto alla salute, infatti, inteso come diritto a ricevere ovvero rifiutare prestazioni sanitarie, vive e si sviluppa esclusivamente nel rapporto paziente-medico.

E proprio questo è avvenuto nel caso di specie. Come si legge, infatti, nel provvedimento, il paziente, capace di intendere e di volere, ha espresso la chiara volontà di interrompere il trattamento terapeutico cd. "di durata" consistente nella ventilazione meccanica, per l'attivazione della quale nel 1997 aveva manifestato il consenso. Quest'ultimo è venuto a mancare trasformandosi in un espresso rifiuto alla prosecuzione di una terapia.

Purtroppo la laconicità del decreto della Commissione disciplinare dell'Ordine di Cremona non consente di conoscere alcuni elementi che potrebbero confermare la valutazione del caso concreto sinora proposta, ovvero, ribaltarla radicalmente.

In particolare mi riferisco ad un passaggio della premessa in fatto: "la sedazione terminale praticata dal Dott. M. R. risulta, per posologia di farmaci, modalità e tempi di somministrazione, in linea con i normali protocolli".

I dubbi che nascono spontanei sono due: la sedazione è avvenuta prima dell'interruzione della ventilazione meccanica? Le dosi dei farmaci somministrati, seppur in linea con i protocolli, sono state in concreto tali da annullare ovvero far scemare notevolmente non solo la percezione del dolore ma anche e soprattutto la capacità di intendere e di volere?

Qualora, infatti, la sedazione sia avvenuta ben prima del distacco della spina ed in dosi tali da annullare ovvero far scemare notevolmente la capacità di intendere e di

volere del paziente, sarebbe stato allo stesso impedito l'esercizio del diritto al ripensamento e, pertanto, al rinnovo, sino all'ultimo istante di vita, del consenso al ripristino del trattamento terapeutico interrotto.

Si tralasci, poi, l'ipotesi in cui i farmaci utilizzati abbiano accelerato il processo di morte; in tal caso ci si troverebbe di fronte ad un vero e proprio atto di eutanasia attiva, punibile sia sotto un profilo disciplinare, per violazione dell'art. 17 del codice di deontologia, sia penalmente ai sensi del richiamato art. 579 del codice penale.

Avv.
Antonio
ROSSOMANDO

Mario Pagano e la cultura giuridica napoletana alla fine del Settecento

Da “La Rivoluzione in terza rima”, dal “dialogo dei morti” che ci hanno fatto apprezzare l'eleganza intellettuale del Dott. Capaci, alla realtà dei vivi, a quella cultura giuridica napoletana che ha avuto in Gaetano Filangieri e in Francesco Mario Pagano esponenti di grande rilievo e di forte spessore politico-culturale.

Dai relatori che mi hanno preceduto è stato ormai detto tutto sulla Rivoluzione giacobina, sui rapporti tra Rivoluzione e Democrazia, tra Illuminismo e Giacobinismo nella Napoli del '700, città maggiore d'Italia e fra le più grandi e popolate d'Europa, senza dimenticare le province del Regno, la loro identità politica e sociale tra lealismo e giacobinismo.

Mi attengo al tema: “Mario Pagano e la cultura giuridica napoletana alla fine del Settecento”, tema a cui mi accosto col solo bagaglio di essere avvocato e “curioso” lettore degli avvenimenti e delle idee di quegli anni che hanno segnato la politica e la cultura dell'Europa.

La situazione politica nel Regno era caratterizzata da una netta divisione in classi della società in cui gli aristocratici, la nobiltà e la stessa monarchia, tramontata l'illusione del “re virtuoso”, non sono più adeguati all'altezza del grado sociale occupato, venendo meno anche ai doveri di paternalismo solidaristico nei confronti dei ceti poveri.

Le classi umili non hanno da parte loro alcuna spinta al riscatto, ma strette dai bisogni della pura sopravvivenza sono disposte a tutto.

Si forma necessariamente un legame che unisce i poli estremi delle classi sociali, legame che rende inamovibile la società napoletana caratterizzata da “una immensa ineguaglianza”.

Il moto riformatore nasce dalle idee illuministiche. Il sapere, la conoscenza, l'istruzione sono gli strumenti di riscatto, sul presupposto che “tutti gli uomini sono perfetibili”.

Negli anni che precedettero la metà del secolo morivano Pietro Giannone, Giovanbattista Vico e Paolo Mattia Doria.

La costituzione del Regno in stato autonomo da parte di Carlo di Borbone e la nuova atmosfera politica sono caratterizzate dalla forte personalità di Antonio Genovesi, il riformatore illuminista che segna il passaggio di un'epoca.

Genovesi era uscito da una crisi profonda, la crisi della stessa cultura tradizionale metafisica e teologica che lo porterà dalla morale allo studio della società, dalla filosofia all'economia.

I vecchi vincoli di casta, gli antichi privilegi tanto nobiliari che ecclesiastici vengono messi in discussione dalle nuove idee economiche, del liberalismo, dal neomercantilismo e da una libertà sempre più ampia.

Genovesi assume l'insegnamento di “Meccanica e Commercio”, prima cattedra di Economia politica in Europa.

Si riprendono antiche lotte con i baroni, si rivendicano terreni comuni, si rimettono in discussione i benefici ecclesiastici.

Ma proprio la ripresa del giurisdizionalismo e dell'anticurialismo evidenzia i limiti della politica del Tanucci e la sua formazione non economica, ma giuridica.

Genovesi insegnava che il perno di ogni trasformazione era la classe media, “la classe mezzana”, di cui parlava ieri il Prof. Masullo.

Classe media composta da uomini colti che si formavano alla sua scuola. Ed in verità si forma negli anni '60, dopo la carestia del 1764, “il partito genovesiano”, che annovera uomini come Francesco Longano, figlio di poveri contadini molisani, e Domenico Grimaldi, discendente di antica e nobile famiglia.

Genovesi propone una prima presa di coscienza dei problemi specifici del mezzogiorno.

Si forma intorno a Genovesi una scuola di giovani studiosi di economia, attenti alle realtà sociali delle varie regioni da cui gli stessi provenivano.

Si propugna la trasformazione della società napoletana grazie al diffondersi dell'istruzione ed alla preparazione in senso tecnico, “nuovo” di una nuova classe dirigente.

Dopo circa centocinquanta anni Guido Dorso riprenderà con “la Rivoluzione meridionale”, basata sulla formazione di una responsabile e nuova classe dirigente, il programma riformatore, la cui parte conclusiva sarà inviata a Piero Gobetti nel 1925.

Nella netta divisione per classi, in una società di larga impronta feudale, l'attività di avvocato consentiva di emergere in una disciplina che costituiva il nucleo del sapere politico, la chiave per accedere agli “arcana imperii” in quanto l'azione politica era caratterizzata da un rigido schema formalistico - giuridico.

L'avvocatura ed il foro erano quindi il mestiere di gran parte della classe dirigente napoletana. Si forma il “ceto forense”, vero e proprio ceto sociale che si inseriva nei quadri del potere, in tempi in cui le linee della politica passavano sul terreno delle controversie giurisdizionali.

Il “ceto forense” esercitava una sostanziale egemonia intellettuale.

La mentalità giuridico-formalistica rischiava di essere “oggettivamente” un serio ostacolo a quella riforma tecnica ed economica della realtà meridionale propugnata dal Genovesi.

Ma anche l'avvocatura era segnata dal disordine e dalla scuola genovesiana sarà battuta in breccia la tradizione dei “paglietta”. Il ceto degli avvocati costituiva spesso la saldatura tra l'assolutismo tradizionale del potere monarchico e la potenza e gli abusi dei poteri locali.

La seconda generazione dei riformisti napoletani si caratterizzerà per la lotta contro il legalismo e la mentalità avvocatessa.

Il “mostro feudale” e l'eversione della feudalità con tutti i suoi risvolti politici istituzionali e la funzione ed i compiti del “ceto forense” rappresentano i nodi politici ed i passaggi istituzionali attraverso i quali si tenterà da parte dei riformatori di realizzare una

costituzione degna dei nuovi tempi e del nuovo pensiero.

La scuola di Genovesi di fronte alle polemiche riformatrici si divise in due diverse correnti di pensiero unite e discordi: l'una più utopistica e feconda, caratterizzata dalla ideologia contro il feudalesimo e da uno spirito riformatore con Francescantonio Grimaldi, Gaetano Filangieri e Francesco Mario Pagano; l'altra più legata a problemi concreti ed immediati, caratterizzata invece dai richiami ai precedenti ed ai pretesti giuridici per abbattere la giurisdizione dei baroni con Galanti, Palmieri, Delfico.

Filangieri aveva sottolineato la necessità di una Scienza della legislazione capace di individuare le leggi del corpo politico: non solo una descrizione storica della realtà politica, ma una delineazione anzitutto dello Stato perfetto attraverso l'individuazione di quella che deve essere la bontà assoluta delle leggi; questi dovranno poi essere adattate alle varie condizioni storiche delle nazioni secondo criteri di bontà relativa.

Il complesso quadro disegnato da Filangieri costituisce il programma del riformismo illuminista, fortemente influenzato anche dai grandi temi della massoneria di cui Filangieri fu uno dei più prestigiosi esponenti.

Genovesi esortava ad una nuova scienza dell'uomo ed allo studio dei problemi della società civile.

In questo clima matura in Mario Pagano l'esigenza di una profonda rivoluzione del sistema dei giudizi criminali e l'antitradizionalismo illuminista diventa la premessa critica ad un positivo spirito riformatore.

Presentare Francesco Mario Pagano significa parlare di una delle più complete e significative personalità del Settecento riformatore e di una delle grandi figure dell'Illuminismo e del giacobinismo napoletano.

Ho incominciato a conoscere la tensione morale ed il fascino della figura di Pagano molti anni or sono, elaborando le regole di giudizio, la logica delle prove, la gestione del fatto nei processi penali, ed ancor di più negli anni '80 e '90 alla vigilia prima e nell'attuarsi dopo del nuovo codice di procedura penale.

Nasce a Brienza l'8/12/1748 da Tommaso e Maria Anna Pastore, famiglia "civile" di notai ed avvocati.

Brienza all'epoca di Pagano faceva parte del principato Citeriore, proprio ai confini della Basilicata nelle zone a Nord-Est del Vallo di Diano, feudo dei Caracciolo, Marchesi di Brienza e Principi di Athena.

Primogenito di sei figli, a dieci anni, si trasferisce a Napoli per proseguire gli studi presso uno zio prete. Coltiva studi di filologia, filosofia, lettere, poetica ed oratoria.

A segnare la sua formazione civile e giuridica è stato l'insegnamento di Antonio Genovesi. Difficoltà economiche inducono Pagano nel 1775 ad abbracciare la professione forense e ad esercitare quasi esclusivamente l'avvocatura penale affermandosi tra i primi del Foro.

Argomentatore serrato, logico rigoroso univa una solida conoscenza del diritto ad un forte spirito pratico che lo rendeva attento all'esame del fatto ed alle sue implicazioni.

Ci rimangono tre sole allegazioni penali tra le molte che dovette redigere.

L'impegno di Pagano avvocato, giurista, uomo politico e legislatore nasce da una precisa convinzione relativa al rapporto tra Società e Stato.

Pagano propende a dare priorità alla Società sullo Stato; non è lo Stato a modellare la Società, ma sono le forze sociali che esprimono lo Stato. E' legittimo soltanto lo Stato che si fonda sulla libertà della Società e la rispetta.

E' questo il senso profondo della democrazia liberale di Pagano: "ove non vi è libertà civile, ivi non vi è regolare governo" (*Saggi V. Cap. VI*). Ma questa "libertà civile" non può essere mai sicura senza una saggia e regolare inalterabile legislazione. Quindi gli indici veri dello stato civile di una nazione "sono la libertà che gode e la legislazione che la sua libertà garantisce".

La libertà al di fuori della legislazione è forza e violenza, ma anche una legislazione senza libertà è forza e violenza.

Il mondo della libertà è la società civile. E se è vero che la libertà rende civile una società, è anche vero che la società civilizza la libertà, anzi la rende possibile mediante l'altro fattore costitutivo che è la legge.

Il rapporto legge/libertà per Pagano è mediato dalla società civile perché l'una (la legge) e l'altra (la libertà) sono finalizzate per il consolidarsi proprio di una società civile.

La legge stabilisce il diritto nel senso che lo rende stabile per conservarlo, allo stesso modo stabilisce la libertà per garantirla dagli abusi.

Pagano si schiera a favore della interpretazione letterale della legge contro la interpretazione giudiziale che concede ampia facoltà discrezionale al giudice fino a trasformarlo in legislatore; in sostanza Pagano pone decisamente la legge al di sopra del Giudice.

Coerente con questa impostazione, nel progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana Pagano, affrontando il problema della Sovranità, afferma che la stessa è un diritto inalienabile del Popolo" (art. 14), popolo inteso come ceti politici.

L'interpretazione letterale instaura un rapporto diretto tra la legge ed il fatto e non tra la legge e le persone.

Non sono più le persone i veri soggetti del giudizio ma i fatti che devono essere accertati e provati.

Il Giudice deve essere non interprete, sulla cui soggettiva abilità si giova l'applicazione della legge, ma mediatore tra questa ed il fatto.

Pagano riconosce la durezza di questa posizione, ma la sostiene come quella che realizza la democrazia che al "privilegio della nobiltà contrappone la nobile uguaglianza del diritto".

La scelta di una interpretazione letterale può apparire come espressione di una esigenza conservatrice, ma Pagano vuole mettere in crisi il potere incontrollato della corporazione dei giudici. La sua scelta deve intendersi anche come esigenza e bisogno di leggi nuove, semplici e chiare, fondate sulla volontà "della nazione" e pubblicamente controllate nella loro applicazione.

Pagano si fa interprete anche della critica alla potente corporazione dei "forensi"

napoletani, rifiutando l'ideale del saggio giureconsulto chiamato a rappresentare il comune consenso, la “communis opinio”, la sovranità, il diritto e smascherando “gli arcana iuris” evidenzia la natura politica prima che tecnica del gran tema della giustizia.

La critica di Pagano è una critica politica che passa attraverso una analitica razionalizzazione del processo penale e l'applicazione di una logica giudiziaria fondata sulla equazione verum-factum dove “il factum” sta per accertamento del reato mediante prove ed “il verum” sta nel rapporto tra legge e reato.

Pagano nel 1784 progetta una *Aritmetica legale* non pubblicata se non postuma nel 1806 con il titolo di *logica dei probabili* nell'edizione napoletana, e di *Teoria delle prove* in quella di Milano.

Nel 1806 sono pubblicate le *Considerazioni sul processo criminale* e prima ancora i *Principi del codice penale*.

L'attività di avvocato gli consentiva di emergere in una disciplina che costituiva il nucleo del sapere politico, la possibilità di accedere agli “arcana imperii”. Ma anche l'avvocatura stagnava nel disordine e nella confusione, il campo dove spesso dominavano gli avvocati “senza dottrina e profondità” (Filangieri), campo caratterizzato dalla mancanza di una sistematica giuridica e da una arretratezza procedurale.

Nel 1787 Pagano viene nominato professore di Diritto Criminale.

Nel 1789 è Avvocato dei poveri presso il Tribunale dell'Ammiragliato e Consolato di mare, difensore dei detenuti poveri che appartenevano al ceto dei pescatori. Il 24 Novembre 1794 è nominato Giudice dello stesso Tribunale dell'Ammiragliato. Nel 1796 viene arrestato con l'accusa di aver congiurato contro la monarchia.

Tre date significative nella vita di Pagano e tre momenti di mutamenti in Napoli ed in Europa, mutamenti che cambiarono le condizioni storiche e politiche nelle quali maturarono anche le scelte personali del Pagano stesso.

Ritengo pertanto di riproporre la politica come una delle chiavi di lettura dell'esperienza giuridica e forense di Pagano. Occorre verificare la politicità del suo discorso sulla giustizia penale, quel suo tentativo di “osare colla fiaccola della filosofia correr per entro le tenebre del foro”.

Il processo criminale nella trattazione di Pagano diventa non solo un fatto tecnico da precisare nei dettagli giuridici, ma l'occasione di una rivisitazione storico politica capace di legittimare sul piano teorico la nascita di un nuovo diritto.

Egli rovescia l'elemento costitutivo del giudizio finale nei processi criminali, basato sul rito inquisitorio e su un sistema di prove esterne, attraverso una rigorosa linea processualistica di garanzie nella gestione e formazione delle prove. Il processo deve servire a formare la certezza del giudice sul fatto e la consapevolezza soggettiva degli eventi, avendo come punti di riferimento:

- 1) la libertà civile, la facoltà dell'uomo di potersi avvalere dei suoi diritti “senza impedimento alcuno”;
- 2) la pena come perdita di un diritto (la libertà) per un diritto violato;
- 3) un regolare e legittimo processo in cui la verità non è mai oggettiva e conoscibile ma è solo la somma dei convincimenti e delle opinioni che i giudici si for-

mano avendo a disposizione i fatti prodotti in giudizio dall'accusa e dalla difesa;
4) l'obiettivo di conciliare esigenze contrapposte: “la pronta ed esatta punizione dei rei” ed il rispetto della libertà civile con l'osservanza delle garanzie.

Trattasi certamente di un punto di vista estremamente moderno ed avanzato che subirà cocenti sconfitte nella storia del processo sempre oscillante tra esigenze di sicurezza e rispetto di garanzie.

La riforma proposta da Pagano concerne il processo penale come quello in cui le libertà civili assumono valore paradigmatico nei confronti della legge e della sua applicazione.

Nella introduzione alle *Considerazioni sul processo criminale* scrive:

“Se ti sospinge mai la fortuna sui lidi di un popolo ignoto, se brami di sapere se il brillante giorno della coltura ivi approda la sua benigna luce, oppure se le tenebre dell'ignoranza e della barbarie lo ingombrano d'orrore, apri il codice penale e se ritrovi la sua libertà civile garantita dalle leggi, la sicurezza e la tranquillità del cittadino al coperto della prepotenza e dell'insulto, francamente concludi ch'egli sia già colto e polito”.

La garanzia delle leggi viene posta come premessa indispensabile per lo sviluppo economico e sociale di un popolo. Si tratta dunque per Pagano di conciliare nella pratica senza astrattismi, ma “con le migliori leggi delle quali sono capaci le circostanze presenti”, (con una forte sottolineatura di realismo politico), i due estremi che sono per loro natura in perenne conflitto: il pronto ed esatto punimento dei rei e le libertà civili. Il reo prevaricatore deve essere punito, ma è indispensabile sempre tutelare le libertà civili. Conflitto perenne tra diritto punitivo dello Stato e diritto di libertà dei cittadini, senza che le garanzie diventino distorti strumenti per la impunità dei rei.

Ma la storia è sempre anche storia del presente, come affermava ieri Luigi Lombardi Soriani ed anche sotto questo aspetto il pensiero di Mario Pagano presenta profili di drammatica attualità.

In questo sforzo di conciliazione Pagano mantiene il processo inquisitorio solo per i delitti politici, in quanto vuole salvaguardare il principio dello Stato sia pur inizialmente coincidente con l'assolutismo monarchico, introducendo invece con fermezza il processo accusatorio per i reati comuni che interessano la stragrande maggioranza dei cittadini.

La scelta ambivalente del Pagano può essere interpretata come non coerente in quanto proprio i delitti cosiddetti politici dovrebbero essere giudicati con il massimo delle garanzie.

Ancora oggi la tentazione di “un doppio binario processuale” spesso assale nei momenti di emergenza la classe politica e qualche giurista.

Pagano propone il ritorno al sistema processuale “accusatorio” che pone i suoi pilastri fondamentali nel giudice terzo, nella parità dell'accusa e della difesa, contrastando il diritto criminale dominato dal processo inquisitorio connotato spesso dalla ricerca ostinata della prova con ogni sistema, compresa la tortura, facendo sì che spesso la verità verificata non sia quella che si è voluto verificare.

Nella “logica dei probabili” applicata ai giudizi criminali Pagano distingue il momento della individuazione del reo da quello della prova del delitto (la moderna concezione della prova c.d. “generica e specifica”) e definisce i concetti di verità, certezza e di probabilità.

La raccolta e la valutazione della prova è il tema centrale della teoria della prova o meglio della “logia dei probabili”, per servire “di teoria alle prove nei giudizi criminali” come si legge nella prima edizione napoletana del 1806.

Principi del Codice Penale. Alcuni spunti:

Nella prima parte si definisce il delitto come “la violazione di un diritto o naturale o civile dell'uomo ovvero una mancanza dell'adempimento dell'obbligazione o naturale o civile” e la pena come “la perdita di un diritto per un diritto violato”. Si definiscono ancora il dolo e la sua graduazione, l'impunità, i delitti causali e quelli colposi.

Il tema della proporzione tra pena e delitto e la esecuzione della pena non soltanto come contropinta a “spinte criminose” ma anche come funzione rieducatrice viene affrontato dal Pagano che così si esprime “la pena interamente cancella ed estingue il delitto, ed il reo che l'ha sofferta ritorna innocente; perciocché quanto egli oltrepassa la linea colla violenza commessa, altrettanto retrocede colla pena, onde si rimette nell'ordine... la sola pena dell'infamia è per sua natura perpetua ed è per certo modo simile alla pena di morte...”

Teoria delle prove. Logica dei probabili.

I) La prova è per Pagano “la dimostrazione di un fatto dubbio e controverso, contenuto nella proposizione che racchiude l'accusa. La prova può essere certa e probabile” (Cap. VI).

II) Lo spazio della probabilità confina con quello della certezza. Pagano definisce gli indizi e ne indica la natura; se plurimi, gravi o concludenti essi - egli afferma - possono “far nascere nell'animo la convinzione”, quasi attribuendo alla prova critica maggior valore di quella storica. Pagano contrasta l'opinione “che l'indiziaria prova non possa far nascere nell'animo la convinzione” (Cap. VII).

III) Il teste è attendibile, tanto più se riscontrabile, “verosimiglianza, scienza e integrità dei testimoni sono i caratteri delle veridiche testimonianze” (Cap. VIII).

IV) Di attualità è l'esame e la valutazione della confessione del reo che di per sé non basta ma deve essere sostenuta dalla prova del delitto, separata e distinta dalla prova dell'autore del delitto.

La confessione deve essere spontanea e non da “speranze, timore provocata, dal dolore dei tormenti, da seduzioni e inganni”.

Essa deve essere fatta innanzi al Tribunale “mentreché amministra giustizia e legalmente interroga l'accusato” (Cap. XII).

Ma la valutazione più significativa che rovescia il principio di considerare la confessione come “la regina delle prove” è laddove il Pagano afferma “la confessione dei rei forma un indizio e non già una dimostrazione. Forza è che per altra prova venga appoggiata”.

Mario Pagano contrasta aspramente la pratica della tortura “tiranna dell'umanità” e della

confessione “estorta nei tormenti”. “E' contro natura torturare per far confessare anche se è reo. La confessione estorta è l'espressione del dolore non già l'indizio della verità. Nessun rapporto può esistere tra il dolore e la verità” (Cap. XIII).

V) La “chiamata in correità” viene definita dal Pagano “la nomina del socio” e viene posta “tra i vaghi indizi” e tale da formare solo l'indizio “ad inquisire”.

La nomina del complice forma parte della confessione del reo. Il reo che confessa ed accusa i soci deve essere considerato come un denunciante e qualsiasi accusatore non merita qualsiasi fede. La nomina deve essere vestita. La chiamata di più soci non è che un indizio solo più volte ripetuto (Cap. XIV).

La formazione illuministica porta il Pagano a sostenere senza tentennamenti il principio di “stretta legalità” laddove afferma “i delitti debbono essere veramente tali e fissati dalla legge non dall'arbitrio del giudice” (Cap. VI), pervenendo alla enunciazione del principio di presunzione di innocenza sino ad un “giudizio definitivo”.

E' doveroso sottolineare che Pagano elaborando i principi del codice penale e della valutazione della prova, ha inteso sia garantire la libertà del cittadino e la sua presunzione di innocenza, sia far sì che “la impunità sperata non animi la sicurezza” e che “i fidi servi, le ricchezze pronte a corrompere i giudici, il potere che spaventa l'offeso e il giudice e la facilità di scaricare sugli altri il proprio reato” non siano “efficacissimi allettamenti al misfatto” (Cap. XVIII-III).

Va detto altresì che Pagano è stato un legislatore severo e rigoroso, sensibile alle esigenze politiche del suo tempo, distinguendo il suo manifestarsi quale “produttore di leggi” da quello di giudice e di avvocato.

Il rigore normativo per Pagano non autorizza una giurisdizione non rispettosa dei principi di garanzia e di libertà.

Per concludere: per Pagano le basi e gli obiettivi di un nuovo diritto sono “le libertà civili” cioè la facoltà dell'uomo di “potersi avvalere dei suoi diritti senza impedimento alcuno”.

Il processo oltre che essere il momento centrale del diritto criminale è la verifica dei rapporti di potere e degli assetti politici e sociali.

Il tema della giustizia costituisce per Pagano un problema politico oltre che giuridico, tanto da costituzionalizzarlo nel progetto di Costituzione repubblicana del 1799.

Francesco Mario Pagano, membro del Governo provvisorio della Repubblica partenopea, dopo la riconquista regia venne imprigionato e condannato a morte in un giudizio privo di pubblicità e di qualsiasi contraddittorio.

Venne impiccato il 29 ottobre del 1799 nella piazza del mercato. Aveva soltanto 51 anni. Scriveva Luigi Firpo “quel capestro strangolava anche la connessione di Napoli con l'Europa; impediva che i germi della Rivoluzione francese suscitassero ceti nuovi, forze nuove, aspirazioni che nessuna restaurazione sarebbe mai più riuscita a soffocare” (Prefazione all'edizione critica dei Saggi politici del 1791-1792).

La cultura giuridica e politica ha, salvo rare eccezioni, trascurato e volutamente ignorato il pensiero e l'impegno di Mario Pagano. Ecco perché nel difficile destino delle garanzie di libertà “quella morte pesa ancora”.

GIURISPRUDENZA
CIVILE

**CUMULO TRA RISARCIMENTO DEL DANNO
EX ART. 8 DELLA L. N. 604/1966 ED INDENNITÀ SOSTITUTIVA
DEL PREAVVISO**

I. / II.

*In caso di licenziamento ingiustificato e senza preavviso, il lavoratore assistito da tutela obbligatoria del posto di lavoro ha diritto sia al risarcimento del danno previsto dall'art. 8 della l. n. 604/1966 (come sostituito dall'art. 2 della l. n. 108/1990), sia all'indennità sostitutiva del preavviso.**

[Cass., 8 giugno 2006, n. 13380; Sciarelli, Pres.; La Terza, Estens.; Fuzio, P.M. (parz. diff.); P.P. e P.F. c. Camera di Commercio Italo Araba].

[Cass., 14 giugno 2006, n. 13732; Ravagnani, Pres.; Miani Canevari, Estens.; Sorrentino, P.M. (parz. diff.); G.F. c. Fallimento Nova Cosmetics s.r.l.].

I.

"MOTIVI DELLA DECISIONE..."

Omissis...

Con il secondo motivo del ricorso incidentale si censura la sentenza per violazione della L. n. 604 del 1966, art. 8, e cioè per avere riconosciuto la indennità sostitutiva del preavviso, sostenendosi di contro che le conseguenze della illegittimità del recesso nell'ambito della tutela obbligatoria sarebbero solo quelle di cui al citato art. 8 e quindi non vi sarebbe spazio per l'indennità sostitutiva del preavviso...*Omissis*...Rigettata la censura sulla ritenuta illegittimità del licenziamento, resta assorbito l'ulteriore profilo dedotto concernente la asserita specificità della contestazione. Non è fondato neppure il secondo motivo del ricorso incidentale in relazione alla riconosciuta attribuzione della indennità sostitutiva del preavviso. Ed infatti - confermato il principio di ordine generale di cui agli artt. 2118 e 2119 cod. civ., secondo cui il licenziamento comporta sempre, a carico del datore, l'obbligo del preavviso o dell'indennità sostitutiva, esclusa l'ipotesi di sussistenza della giusta causa per il recesso in tronco e in caso di risoluzione consensuale del rapporto, ove le parti si accordino in tal senso - mentre nell'area della tutela reale il recesso ingiustificato non è idoneo ad estinguere il rapporto di lavoro, che continua de iure, provocando solo l'interruzione di fatto della prestazione lavorativa, viceversa nell'area della tutela obbligatoria il licenziamento, ancorché privo di giustificazione, è idoneo ad estinguere il rapporto, giacché la norma (L. n. 604 del 1966, art. 8, come modificato dalla L. 11 maggio 1990, n. 108, art. 2) fa riferimento all'obbligo di "riassumere" il lavoratore, segno quindi della già avvenuta risoluzione. Peraltro, nella specie, il Tribunale ha rilevato che l'avvenuto pagamento della indennità dimostrava l'intenzione del datore di non procedere alla riassunzione, obbligo alternativamente posto dalla medesima disposizione. Ne consegue che in caso di licenziamento ille-

* Massima redatta dall'annotatore

gittimo, mentre in relazione alla tutela reale - in forza della efficacia ripristinatoria del rapporto attribuita dalla legge - la indennità sostitutiva del preavviso è incompatibile con la reintegra perché non si ha interruzione del rapporto, viceversa, stante il carattere meramente risarcitorio accordato dalla tutela obbligatoria, il diritto alla indennità sostitutiva del preavviso sorge per il fatto che il rapporto è risolto. In quest'ultimo caso la indennità prevista dalla L. n. 604 del 1966, art. 2, va a compensare i danni derivanti dalla mancanza di giusta causa e giustificato motivo, mentre l'indennità sostitutiva del preavviso va a compensare il fatto che il recesso, oltre che illegittimo, è stato intimato in tronco; non vi è dunque incompatibilità tra le due prestazioni, viceversa sarebbe incongruo sanzionare nello stesso modo due licenziamenti, entrambi privi di giustificazione, ma l'uno intimato con preavviso e l'altro invece intimato in tronco. Per queste ragioni non appare condivisibile la pronuncia di questa Corte n. 1404 dell'8 febbraio 2000, che ha escluso in un caso analogo il diritto all'indennità sostitutiva del preavviso...Omissis...”;

II.

“MOTIVI DELLA DECISIONE...

Omissis...

Con il quarto motivo, mediante la denuncia, in relazione all'art. 360 n. 3 e 5 cod. proc. civ., di violazione e falsa applicazione degli artt. 2118 e 2119 cod. civ., 3 e 8 legge 15 luglio 1966 n. 604, si censura il mancato riconoscimento del diritto alla indennità sostitutiva del preavviso. Il motivo è fondato. Nella fattispecie il giudice dell'appello ha riconosciuto l'illegittimità del licenziamento (per violazione delle garanzie procedurali di cui all'art. 7 Stat. Lav.) attribuendo quindi, nel regime della c.d. tutela obbligatoria di cui all'art. 8 legge n. 604/1966 (sostituito dall'art. 2 della legge n. 108 del 1990) l'indennità risarcitoria prevista da detta norma. Ha affermato peraltro che l'indennità sostitutiva del preavviso è connessa unicamente al recesso dal contratto ex art. 2118 cod. civ. ed è perciò incompatibile con l'ipotesi di licenziamento illegittimo che, viceversa, comporta in favore del lavoratore solo il risarcimento del danno, esaustivamente determinato ex art. 8 legge n. 604/1966. Tale impostazione, che segue quella del precedente costituito da Cass. 8 febbraio 2000 n. 1404, non può essere condivisa. Nella disciplina del recesso unilaterale dal rapporto di lavoro subordinato, posta dall'art. 2118 cod. civ., il preavviso ha la funzione economica, giuridicamente disciplinata, di attenuare le conseguenze dell'improvvisa interruzione del rapporto per chi subisce il recesso. Alla stessa funzione va ricondotta l'indennità sostitutiva prevista dalla stessa norma per il caso di violazione dell'obbligo di preavviso, in cui tale erogazione appare riferibile tecnicamente non al risarcimento di un danno in senso giuridico (che presuppone un illecito) ma ad un danno in senso economico, talché la legge prevede una “indennità” e non un “risarcimento” (cfr. in questo senso Cass. Sez. Un. 29 settembre 1994 n. 7914, in motivazione). La regola del preavviso di cui all'art. 2118 cod. civ. esplica i suoi effetti,

per la sua portata generale (fuori dell'ipotesi di giusta causa ex art. 2119 cod. civ.), in tutti i casi in cui il recesso ha efficacia estintiva del rapporto di lavoro. Con l'operatività di tale regola non interferisce la tutela della legge n. 604 del 1966 (che espressamente richiama all'art. 3 la fattispecie del licenziamento per giustificato motivo "con preavviso"); la garanzia prevista dall'art. 2118 cod. civ. non può invece trovare applicazione quando la sanzione di invalidità del licenziamento escluda il suddetto effetto estintivo, assicurando la continuità giuridica del rapporto di lavoro (come, oltre che nell'ambito della tutela c.d. reale ex art. 18 legge n. 300/1970, nelle ipotesi di licenziamento nullo o inefficace). L'impostazione qui criticata sembra non distinguere, in relazione ai limiti legali del potere di recesso del datore di lavoro, le fattispecie in cui il licenziamento, pur illegittimo, produce comunque l'estinzione del rapporto, da quelle in cui la tutela di legge esclude invece tale effetto estintivo; ed infatti Cass. n. 1404/2000 cit., che ha escluso il diritto all'indennità sostitutiva del preavviso con riferimento ad un recesso idoneo a produrre la cessazione del rapporto, richiama come precedente conforme la sentenza n. 12366 del 5 dicembre 1997, che riguarda invece un caso che rientra nella prima ipotesi indicata (licenziamento disciplinare illegittimamente intimato in regime di stabilità reale del rapporto). Nella fattispecie in esame, trovando applicazione solo la tutela dell'art. 8 della legge n. 604/1966, limitata alla erogazione della indennità prevista da detta norma, il licenziamento intimato ha determinato la cessazione del rapporto di lavoro. Per quanto si è osservato, ciò comporta anche il diritto alla indennità sostitutiva del preavviso; questa tutela non presenta alcuna incompatibilità con quella assicurata dalla norma da ultimo citata, che svolge una diversa funzione di risarcimento del danno conseguente all'illegittimo licenziamento; con l'attribuzione di una penale forfettaria che assorbe tutte le conseguenze dell'illecito...*Omissis*...”;

NOTA

Cumulo tra risarcimento del danno ex art. 8 della l. n. 604/1966 ed indennità sostitutiva del preavviso

1. Con le sentenze in nota la Suprema Corte, rovesciando il suo precedente orientamento¹ seguito anche dalla giurisprudenza di merito², ha correttamente riconosciuto il diritto del dipendente, in regime di stabilità obbligatoria del posto di lavoro e licenziato in tronco senza giusta causa e giustificato motivo, a percepire oltre all'indennità prevista dall'art. 8 della l. n. 604/1966 anche l'indennità sostitutiva del preavviso.

La Cassazione, per arrivare a tale conclusione, afferma innanzitutto che l'in-

1 Cass. 8 febbraio 2000, n. 1404, in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 517, con nota critica di G. GRAMICCIA e in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1353, con nota critica di A. OCCHINO. Per un rapido confronto tra il vecchio ed il nuovo orientamento cfr. G. NEGRI, *Licenziare costa caro senza giusta causa*, in *Il Sole 24 Ore*, 2006, n. 210.

2 App. Milano 2 agosto 2003, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, p. 596; App. Perugia 12 giugno 2003, inedita; Trib. Milano 5 aprile 2002, in *Orient. giur. lav.*, 2002, I, p. 333. Precedentemente alla sentenza n. 1404/2000 della S.C., Trib. Firenze 11 giugno 1997, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 142.

dennità sostitutiva del preavviso, originariamente prevista dall'art. 2118 c.c. per l'ipotesi di recesso *ad nutum* dal rapporto di lavoro, mentre è inconciliabile con la tutela reale ex art. 18 Stat. lav. in quanto - con l'annullamento o la dichiarazione di nullità/inefficacia del licenziamento - si configura la mera interruzione di fatto del rapporto di lavoro che, tuttavia, prosegue giuridicamente³, è viceversa pienamente compatibile con la tutela obbligatoria poiché - in questo caso - il recesso datoriale illegittimo è comunque valido e idoneo ad estinguere il rapporto di lavoro, tant'è che l'eventuale "riassunzione" del dipendente (a differenza della "reintegra") determinerebbe la mera costituzione *ex nunc* di un nuovo rapporto di lavoro⁴.

2. La Suprema Corte, inoltre, ritiene che la medesima indennità non potrebbe ritenersi assorbita dal risarcimento del danno previsto dall'art. 8 della l. n. 604/1966.

Infatti il legislatore, prevedendo espressamente nell'art. 3 della stessa legge la fattispecie del licenziamento per giustificato motivo "*con preavviso*" e facendo derivare l'obbligo del datore di lavoro alla riassunzione od al risarcimento del danno dalla mera "ingiustificatezza" del recesso, ha voluto chiaramente riconoscere anche ai lavoratori sorretti da tutela obbligatoria il diritto al preavviso ed alla relativa indennità che, quindi, non è sostituita ma si aggiunge a quella risarcitoria prevista dall'art. 8⁵.

Né è possibile ignorare le diverse *rationes* delle norme in questione: l'indennità prevista dall'art. 2118 c.c., derivante dalla immediatezza del licenziamento, ha lo scopo di attenuare i disagi subiti dal lavoratore (costretto a reperire una nuova fonte di reddito) a causa dell'improvvisa perdita del posto di lavoro⁶, mentre quella prevista dall'art. 8 della l. n. 604/1966, derivante dalla mera illegittimità del recesso, di risarcirgli il danno conseguente alla perdita in sé dell'occupazione⁷.

D'altra parte, sanzionare nello stesso modo - con la sola indennità risarcitoria ex art. 8 della l. n. 604/1966 - due licenziamenti ingiustificati, ma intimati l'uno con preavviso, l'altro in tronco, significherebbe prevedere un identico trattamento per

3 Così anche Cass. 5 dicembre 1997, n. 12366, in *Foro it.*, 1998, I, p. 1173, a proposito del licenziamento disciplinare intimato in regime di stabilità reale del posto di lavoro.

4 Conforme, tra molte, Cass. 26 febbraio 2002, n. 2846, in *Not. giur. lav.*, 2002, p. 515.

5 Nello stesso senso A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, *Il rapporto di lavoro*, 2005, p. 404, nota 77, secondo cui la possibilità di cumulare dette indennità risulterebbe dall'interpretazione letterale e sistematica delle norme in questione.

6 Così anche Cass. 9 gennaio 1998, n. 112, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1691 e Cass. 7 febbraio 1997, n. 1150, *ibidem*, Rep. 1997, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1662, secondo cui funzione dell'indennità di mancato preavviso è quella di attribuire al lavoratore licenziato un certo lasso di tempo per la ricerca di una nuova occupazione. Proprio per questo, il periodo di preavviso

non è computabile nelle ferie (art. 2109, comma 4, c.c.) ed il suo decorso è interrotto dalla malattia sopravvenuta (da ultimo Cass. 11 aprile 2005, n. 7369, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 90). La stessa indennità svolge, viceversa, una funzione meramente previdenziale e assistenziale soltanto in caso di morte del dipendente, con conseguente obbligo del datore di lavoro di corrisponderla ai superstiti previsti dall'art. 2122, comma 1, c.c. (che l'acquistano, del resto, *iure proprio* e *non iure successionis*): in questo senso Cass. 28 maggio 1981, n. 3515, in *Mass. giur. lav.*, 1982, p. 69. Sul diverso problema dell'efficacia reale del preavviso, cfr. R. FABOZZI, *Indennità sostitutiva del preavviso ed estinzione del rapporto di lavoro*, in nota a Cass. 19 gennaio 2004, n. 741, in questa *Rivista*, 2005, II, p. 258, con riferimenti bibliografici e richiami di giurisprudenza.

7 Come già sostenuto da G. GRAMICCIA, *Licenziamento ingiustificato, tutela obbligatoria e indennità sostitutiva del preavviso*, in nota a Cass. 8 febbraio 2000, n. 1404, cit., p. 521.

situazioni differenziate, con conseguente violazione del principio d'uguaglianza *ex art. 3 Cost.*

3. Alle condivisibili osservazioni della Cassazione devono aggiungersi, peraltro, i seguenti rilievi.

In primo luogo, non sarebbe possibile, come vorrebbe la giurisprudenza precedente alle decisioni in nota⁸, fondare il divieto di cumulo tra indennità sostitutiva del preavviso e risarcimento del danno *ex art. 8* della l. n. 604/1996 su una presunta impermeabilità delle tutele c.d. "parallele" del posto di lavoro (reale, obbligatoria e prevista dall'art. 2118 c.c.), sia perché tale principio non è ricavabile da alcuna norma, sia perché applicando - come di consueto - il criterio di specialità, risulta con evidenza che il legislatore del 1966 abbia voluto "aggiungere" alla tutela già prevista dal codice civile in caso di recesso in tronco (salvo la sussistenza di una giusta causa), l'ulteriore tutela prevista per la mera illegittimità del licenziamento consistente nel riconoscimento di una penale forfetaria.

In secondo luogo, la stessa Suprema Corte aveva ammesso che, essendo il licenziamento intimato in regime di stabilità obbligatoria comunque efficace, il datore di lavoro che avesse riassunto il dipendente non potesse ripetere le spettanze di fine rapporto già corrisposte (ivi compresa l'indennità sostitutiva del preavviso), riconoscendo quindi al lavoratore ingiustamente licenziato - per *obiter dictum* - anche il diritto previsto dall'art. 2118 c.c.⁹.

In terzo luogo la Cassazione, avendo affermato che, in caso di licenziamento in tronco di dirigente di impresa industriale privo di giustificatezza, questi avesse diritto sia all'indennità supplementare, sia all'indennità di mancato preavviso e riconoscendo, quindi, la compatibilità tra le due tutele persino in regime di stabilità obbligatoria contrattuale¹⁰, avrebbe dovuto a maggior ragione ammetterne il cumulo anche per i lavoratori soggetti all'analogo regime "legale" previsto dalla l. n. 604/1966.

4. Infine, la compatibilità tra le suddette indennità trova conferma nel combinato disposto degli artt. 8 della l. n. 604/1966 e 1382 c.c.

Infatti, l'indennità risarcitoria prevista dall'art. 8 della l. n. 604/1966, sebbene integri una liquidazione convenzionale anticipata del danno effettuata non dalle parti bensì dal legislatore, costituisce pur sempre una penale forfetaria inquadrabile nella fattispecie dell'art. 1382 c.c. che assorbe, in quanto tale, tutte le conseguenze dell'illecito, sicché il lavoratore da un lato è esonerato dall'onere di allegare e dimostrare un danno effettivo, dall'altro non può chiedere il risarcimento del danno ulteriore¹¹.

D'altra parte la clausola penale, sebbene comprenda qualunque danno, ha pur

8 In particolare Cass. 8 febbraio 2000, n. 1404, cit. e Trib. Firenze 11 giugno 1997, cit.

9 Nello stesso senso G. GRAMICCIA, *op. loc. cit.*, che richiama al riguardo giurisprudenza e dottrina.

10 Cass. 17 gennaio 1998, n. 389, in *Foro it.*, Rep. 1986, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 2373.

11 Tra molte Cass. 23 settembre 1986, n. 5715, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1680 e Cass. 18 febbraio 1980, n. 1208, in *Mass. giur. lav.*, 1980, p. 607. E' quindi irrilevante la prova, da parte del datore di lavoro, che il dipendente abbia subito un danno di importo minore a quello dell'indennità: Cass. 12 aprile 1974, n. 1030, *ibidem*, 1973, p. 682.

sempre ad oggetto l'inadempimento non di ogni e qualsiasi obbligazione derivante dal contratto ma, viceversa, soltanto delle singole obbligazioni per cui sia stata specificamente prevista, con la conseguenza che restano esclusi dalla determinazione delle parti non solo i diritti assoluti esterni al rapporto contrattuale¹² ma persino quelli, derivanti dal contratto, ai quali tuttavia la clausola non sia stata specificamente riferita¹³.

Del resto la clausola penale, costituendo eccezione al regime di responsabilità contrattuale secondo cui la parte ha l'onere di allegare e dimostrare tutti i danni subiti ed il nesso causale con l'asserito inadempimento, non può che essere interpretata restrittivamente.

Tali principi valgono anche per il risarcimento del danno previsto dall'art. 8 della l. n. 604/1966 che, pertanto, non può che essere limitato alla mera illegittimità del recesso datoriale e, quindi, al (solo) diritto del dipendente alla conservazione del posto di lavoro, restandone viceversa esclusi sia i diritti estranei al rapporto di lavoro la cui violazione configura responsabilità extracontrattuale del datore di lavoro (si pensi al licenziamento intimato con forme o modalità tali da ledere il decoro e la dignità del lavoratore¹⁴), sia il diritto al preavviso.

Avv. Matteo RUSSO

12 In questo senso Cass. 16 marzo 1988, n. 2468, in *Nuova giur. civ.*, 1988, I, p. 734 e Cass. 8 gennaio 1974, n. 54, non massimata, secondo cui sono comunque esclusi dalla clausola penale il risarcimento dei danni da responsabilità extracontrattuale.

13 Secondo Cass. n. 910/1946, la clausola penale deve essere applicata restrittivamente, in modo da riguardare soltanto le obbligazioni contrattuali alle quali sia riferita con certezza, senza possibilità di estenderla a diritti che siano ad esse semplicemente connessi.

14 E' la fattispecie del c.d. licenziamento "ingiurioso" che da luogo, secondo la giurisprudenza costante, al risarcimento del danno in favore del lavoratore secondo le norme sulla responsabilità aquiliana ex artt. 2043 ss. c.c.: tra molte Cass. 3 giugno 1991, n. 6265, in *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1658; Cass. 22 luglio 1987, n. 6375, *ibidem*, Rep. 1987, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 768; Cass. 24 maggio 1984, n. 3208, in *Not. giur. lav.*, 1984, p. 593.

**CORTE DI CASSAZIONE - SEZ. UNITE 16 GIUGNO 2006, N. 13916 -
PRES. CARBONE VINCENZO - EST. BOTTA RAFFAELE -
P.M. MACCARONE VINCENZO - MINISTERO DELL'ECONOMIA
E DELLE FINANZE C. AMIA VERONA S.P.A**

**COSA GIUDICATA CIVILE - ECCEZIONE DI GIUDICATO ESTERNO -
RILEVABILITÀ ANCHE PER LA PRIMA VOLTA IN SEDE
DI LEGITTIMITÀ - PRESUPPOSTI - FORMAZIONE IN EPOCA
ANTERIORE ALLA SENTENZA IMPUGNATA - NECESSITÀ - PROVA
PER DOCUMENTI - AMMISSIBILITÀ NEL GIUDIZIO DI CASSAZIONE
- FONDAMENTO -MODALITÀ DI PRODUZIONE - EFFETTIVITÀ DEL
CONTRADDITTORIO.
(C.C. ART. 2909; C.P.C., ART. 324, 372, 378, 384; COST. ART. 111).**

E'ammessa la rilevabilità d'ufficio per la prima volta in Cassazione dell'eccezione di cosa giudicata esterna formatasi nel corso del giudizio di legittimità, o comunque non più deducibile nel pregresso grado di merito.

La documentazione comprovante la sopravvenuta formazione del giudicato esterno, proprio per le caratteristiche del giudicato di porsi come "regula iuris del caso concreto", può essere prodotta in sede di legittimità nelle forme di cui all' art. 372 c.p.c.

Tuttavia, dovrà, in ogni caso, essere assicurata la garanzia del contraddittorio. Pertanto, qualora la produzione della documentazione circa l'esistenza di tale giudicato venga fatta oltre il termine di cui all'art. 378 c.p.c. la Corte, a garanzia del contraddittorio, deve assegnare un termine per la formulazione di osservazioni, ai sensi del terzo comma dell'art. 384 c.p.c., così come modificato dal D.lgs. n. 40 del 2006.

Svolgimento del processo

Dopo essere stata costituita, con delibera del consiglio comunale di Verona n. 95 del 25 luglio 1996, in azienda speciale ai sensi della L. n. 142 del 1990, artt. 22 e 23, l'A.M.I.A. (Azienda Municipale di Igiene Ambientale), iniziò ad operare dal 1 gennaio 1997, svolgendo l'attività di raccolta rifiuti, e relativo trasporto alle discariche autorizzate, per il comune di Verona e per i comuni limitrofi, nonchè l'attività di spazzatura delle strade per il solo comune di Verona. Nelle prime operazioni, l'Azienda assoggettò ad IVA anche i servizi svolti per il comune di Verona, finchè essa - su indicazione del medesimo comune che riteneva le prestazioni eseguite dall'Azienda esenti da IVA fino al terzo anno dell'esercizio successivo a quello di acquisizione della personalità giuridica, in applicazione del D.L. n. 331 del 1993, art. 66, comma 14, (conv. con L. n. 427/1993) - chiedeva il rimborso dell'IVA. relativamente alle fatture emesse nei confronti dell'ente locale per l'anno 1997.

Formatosi il silenzio rifiuto, l'Azienda ricorreva al giudice tributario che accoglieva l'impugnazione sia in primo che in secondo grado.

Avverso la sentenza d'appello, il Ministero dell'Economia e delle Finanze e l'Agenzia delle Entrate propongono ricorso per cassazione con unico motivo. Resiste l'Azienda con controricorso, proponendo con il medesimo atto ricorso incidentale con unico motivo, relativamente alla disposta integrale compensazione delle spese di lite.

Chiamata la causa innanzi alla Sezione Tributaria di questa Corte per l'udienza del 28 giugno 2005, il Collegio, con ordinanza n. 20035/05 depositata il 17 ottobre 2005 - vista l'istanza presentata dall'Azienda controricorrente con la quale veniva chiesta l'assegnazione della causa alle Sezioni Unite della Corte ai sensi dell'art. 374 c.p.c., comma 2, allegando la sopravvenuta formazione di un giudicato sulla medesima questione oggetto del presente giudizio, ma relativamente al rimborso chiesto al medesimo titolo per gli anni 1998 e 1999 - rimetteva gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite con riferimento al contrasto rilevato in seno alle diverse sezioni civili della Corte in ordine a) "alla rilevabilità e/o deducibilità del giudicato esterno formatosi nel corso del giudizio di legittimità"; e in seno alla sezione tributaria della medesima Corte in ordine b) "all'efficacia di giudicato esterno, in materia tributaria, dell'accertamento definitivo contenuto in decisione resa tra le stesse parti ma relativa ad annualità diverse dello stesso tributo o tributi diversi, pur in presenza dei medesimi presupposti fattuali". La causa veniva, quindi, assegnata alle Sezioni Unite per essere chiamata all'odierna udienza.

Motivazione - Preliminarmente va disposta la riunione del ricorso principale e del ricorso incidentale in quanto proposti avverso la medesima sentenza.

1. Come già indicato in narrativa la presente causa è chiamata innanzi alle Sezioni Unite per la soluzione di un duplice contrasto verificatosi nella giurisprudenza della Corte in ordine alla rilevabilità (e deducibilità) del giudicato esterno nel giudizio di legittimità e all'efficacia (e, in caso positivo, ai limiti di efficacia) del giudicato esterno in materia tributaria. La soluzione delle situazioni di contrasto descritte nell'ordinanza di rimessione prevale ed è, quindi, necessariamente preliminare all'esame dei motivi del ricorso principale e del ricorso incidentale: tali situazioni devono essere esaminate e risolte nello stesso ordine con il quale esse sono esposte nella richiamata ordinanza, avendo la prima - relativa alla rilevabilità del giudicato esterno nel giudizio di legittimità - carattere assorbente rispetto alla seconda - relativa all'efficacia del giudicato esterno in materia tributaria -, la quale, in caso di soluzione in senso negativo della prima, nemmeno dovrebbe essere affrontata.
2. Orbene, il contrasto giurisprudenziale in ordine alla rilevabilità (e deducibilità) del giudicato esterno nel giudizio di legittimità trova il suo fondamentale prece-

dente e punto di avvio nella sentenza delle Sezioni Unite n. 226/2001 che ha affermato il seguente principio: “Poichè nel nostro ordinamento vige il principio della rilevanza di ufficio delle eccezioni, derivando invece la necessità dell’istanza di parte solo dall’esistenza di una eventuale specifica previsione normativa, l’esistenza di un giudicato esterno, è, al pari di quella del giudicato interno, rilevabile d’ufficio, ed il giudice è tenuto a pronunciare sulla stessa qualora essa emerga da atti comunque prodotti nel corso del giudizio di merito. Del resto, il giudicato interno e quello esterno, non solo hanno la medesima autorità che è quella prevista dall’art. 2909 c.c., ma corrispondono entrambi all’unica finalità rappresentata dall’eliminazione dell’incertezza delle situazioni giuridiche e dalla stabilità delle decisioni, le quali non interessano soltanto le parti in causa, risultando l’autorità del giudicato, riconosciuta non nell’interesse del singolo soggetto che lo ha provocato, ma nell’interesse pubblico, essendo essa destinata a esprimersi - nei limiti in cui ciò sia concretamente possibile - per l’intera comunità. Più in particolare, il rilievo dell’esistenza di un giudicato esterno non è subordinato ad una tempestiva allegazione dei fatti costitutivi dello stesso, i quali non subiscono i limiti di utilizzabilità rappresentati dalle eventualmente intervenute decadenze istruttorie, e la stessa loro allegazione può essere effettuata in ogni stato e fase del giudizio di merito. Da ciò consegue che, in mancanza di pronuncia o nell’ipotesi in cui il giudice di merito abbia affermato la tardività dell’allegazione - e la relativa pronuncia sia stata impugnata - il giudice di legittimità accerta l’esistenza e la portata del giudicato con cognizione piena che si estende al diretto riesame degli atti del processo ed alla diretta valutazione ed interpretazione degli atti processuali, mediante indagini ed accertamenti, anche di fatto, indipendentemente dall’interpretazione data al riguardo dal giudice del merito”.

Partendo da questa assolutamente ragionevole “apertura” in ordine alla natura del giudicato esterno e alle connesse conseguenze sulla relativa deducibilità e rilevanza ex officio nel giudizio di legittimità, la giurisprudenza della Corte, pur mantenendo fermo il principio affermato, si è poi divisa in ordine alla deducibilità e rilevanza del giudicato esterno formatosi successivamente alla conclusione del giudizio di merito (e al valore preclusivo da riconoscere alla disposizione di cui all’art. 372 c.p.c.) tra due orientamenti, uno favorevole ad ulteriori passi in avanti ed uno maggiormente prudente e preoccupato, invece, di rimanere entro più rigidi confini.

2.1 Nel primo senso si è posta la sentenza n. 16376/2003 della Sezione Lavoro di questa Corte, che ha ritenuto rilevante nel giudizio di legittimità il giudicato esterno anche qualora esso “risulti da atti che siano stati prodotti per la prima volta in cassazione, purchè il documento nuovo costituito dalla sentenza passata in giudicato si sia formato dopo l’esaurimento dei gradi di merito e venga prodotto con la notifica del ricorso per Cassazione, non operando in tal caso la preclusione di cui all’art. 372 c.p.c., che vieta nel giudizio di legittimità il deposito di atti e documenti non prodotti nei precedenti gradi, atteso che altrimenti l’eventuale con-

trasto tra le due pronunzie potrebbe sostanziare i presupposti di un vizio revocatorio, causando un inconveniente incompatibile con il principio di rango costituzionale di economicità dei giudizi”.

Nella stessa prospettiva si è collocata la sentenza n. 19772/2003 della Terza Sezione della Corte la quale, pur affermando che la disposizione di cui all’art. 372 c.p.c. preclude la produzione per la prima volta in sede di legittimità di atti da cui risulti la formazione del giudicato esterno nel corso del giudizio di merito, riconosce, poi, che siffatta preclusione non possa valere “qualora il giudicato non si sia formato nel corso del giudizio di merito e il documento serva per dimostrare che è venuto meno l’interesse alla proposizione del ricorso per Cassazione”.

Più di recente, la Sezione Tributaria di questa Corte con la sentenza n. 360/2006, ritenuto che sia “denunciabile con ricorso per Cassazione il contrasto rispetto ad un giudicato esterno intervenuto successivamente alla emanazione della sentenza impugnata al pari di quanto avviene per lo *ius superveniens*, ha proposto una “lettura elastica” dell’art. 372 c.p.c., in quanto ritenere preclusa l’acquisizione del documento comprovante la formazione del giudicato esterno successivamente alla conclusione del giudizio di merito “comporterebbe il grave inconveniente di consentire una pronuncia definitiva da parte (della) Corte, che potrebbe porsi in insanabile contrasto con il precedente, esponendo così la sentenza di cassazione al rischio di un vizio revocatorio”. 2.2 In senso contrario si è posta la sentenza n. 11731/2003 della Prima Sezione della Corte, la quale ha ritenuto irrilevante la circostanza che il giudicato si sia formato successivamente al giudizio di merito giacché la limitazione stabilita dall’art. 372 c.p.c. “è intrinseca alla struttura del giudizio di legittimità e, dunque, non è superabile”. Nella stessa prospettiva si è collocata la sentenza n. 13854/2004 della Sezione Tributaria della Corte, la quale ha ritenuto operante la preclusione derivante dall’art. 372 c.p.c., anche “nel caso di sopravvenienza del giudicato esterno dopo la proposizione del ricorso o del controricorso, tenuto conto della peculiare struttura del giudizio di Cassazione, incompatibile con l’attività di istruzione probatoria” (in senso adesivo, cfr. Cass. n. 4307/2005 in motivazione, nonché Cass. n. 3925/2002).

2.3 Le Sezioni Unite, pur riconoscendo che quest’ultimo orientamento sia mosso da legittime (ed apprezzabili) preoccupazioni, ritengono, tuttavia, che ad esso vada preferito il primo e debba essere, quindi, affermata la deducibilità e la rilevabilità nel giudizio di legittimità del giudicato esterno che si sia formato successivamente alla conclusione del giudizio di merito. Militano a favore di questa conclusione molteplici ragioni. Innanzitutto non può disconoscersi la notevole forza maieutica della sentenza n. 226/2001, con la quale queste Sezioni Unite hanno affermato tre importanti principi:

- a) il giudicato interno e il giudicato esterno hanno la medesima autorità e corrispondono entrambi all’unica finalità rappresentata dall’eliminazione dell’incertezza delle situazioni giuridiche e dalla stabilità delle decisioni, finalità cui è sotteso un interesse pubblico;

b) l'esistenza del giudicato esterno è, al pari di quella del giudicato interno, rilevabile d'ufficio;

c) Il giudicato non deve essere incluso nel fatto e, pur non identificandosi nemmeno con gli elementi normativi astratti, è da assimilarsi, per la sua intrinseca natura e per gli effetti che produce, a tali elementi normativi. La conseguenza è che l'interpretazione del giudicato deve essere trattata piuttosto alla stregua dell'interpretazione delle norme che non alla stregua dell'interpretazione dei negozi e degli atti giuridici. Una volta assimilato il giudicato (interno o esterno, che esso sia) agli "elementi normativi" - assimilazione più volte confermata da queste Sezioni Unite le quali hanno ribadito che "il giudicato, essendo destinato a fissare la "regola" del caso concreto, partecipa della natura dei comandi giuridici e, conseguentemente, la sua interpretazione non si esaurisce in un giudizio di fatto, ma deve essere assimilata, per la sua intrinseca natura e per gli effetti che produce, all'interpretazione delle norme giuridiche" (Cass. S.U. nn. 23242 del 2005 e 5105 del 2003) - e rilevato che esso corrisponde non (solo) ad un interesse delle parti, ma (anche) ad un interesse pubblico, è, in verità, riduttivo limitare la deducibilità e rilevanza del giudicato esterno solo all'ipotesi in cui il giudicato stesso si sia formato nel corso del giudizio di merito.

Siffatta conclusione appare di maggior evidenza qualora si tenga conto - come si deve tener conto - della costituzionalizzazione dei principi sul "giusto processo" operata dalla nuova formulazione dell'art. 111 Cost. - soprattutto quello sulla "ragionevole durata del processo" -, i quali impongono un controllo sull'intrinseca ragionevolezza della procedura vincolandola a criteri di efficacia e di efficienza del "dire diritto". Ciò esclude che siano legittimamente perseguibili linee interpretative che diano rilievo a formalismi superflui - non giustificati da effettive e concrete garanzie difensive - che possano ostacolare soluzioni maggiormente congrue all'obiettivo della "ragionevole durata".

Privilegiando questa chiave di lettura è agevole vedere come il giudicato sia uno dei presidi essenziali della "ragionevole durata", in quanto, preclude, mediante la sanzione della irrevocabilità della decisione, una inesausta ricerca della verità in un "processo senza fine". Di più, nel giudicato si risolve la funzione primaria del processo, che è quella di stabilire la "regola del caso concreto", eliminando - mediante la stabilità della decisione - l'incertezza riguardo all'applicazione di una norma di diritto ad una specifica fattispecie: sicchè, proprio perchè assolve a questa fondamentale esigenza dell'ordinamento, il giudicato non è patrimonio esclusivo dei diritti delle parti, ma risponde ad un preciso interesse pubblico.

Il canone di "certezza", assicurato dal giudicato, trova compiuta espressione nel superiore principio del *ne bis in idem*, cui è orientato un sistema specifico di mezzi processuali - quali sono ad es. quelli predisposti dagli artt. 39 e 395 c.p.c., n. 5 - inteso ad evitare il formarsi (anche come semplice fattispecie di pericolo) di giudicati contrastanti. In questa prospettiva sarebbe non solo assurdo sotto il profilo

del comune buon senso, ma anche contrario ai criteri di logicità ed economia cui deve essere costantemente orientata la vicenda processuale, impone ad un giudice di pronunciare una sentenza che egli, nel momento della decisione, già sa essere in contrasto con il principio del *ne bis in idem* e potenzialmente destinata ad essere inutiliter data.

Questa, e non altra, sarebbe la condizione nella quale si troverebbe la Corte di legittimità, qualora dovesse omettere - consapevolmente e (eventualmente) per effetto di una opzione esegetica (eccessivamente) formalista - di dare rilievo al giudicato esterno che si sia formato successivamente alla conclusione del giudizio di merito (o, persino, alla notifica del ricorso per Cassazione, com'è nel caso di specie). Nel quadro di un orientamento giurisprudenziale che ha correttamente sancito - e proprio in funzione del rispetto del canone fondamentale del *ne bis in idem* e dei principi del giusto processo - la rilevabilità *ex officio* del giudicato esterno formatosi nel corso del giudizio di merito (tra tutte la già ricordata sentenza di queste sezioni unite n. 226/2001) ed ha ammesso - in ragione del rispetto dei medesimi principi - la produzione in sede di legittimità della documentazione comprovante la nullità della sentenza impugnata che derivi da giudicato interno per inammissibilità del ricorso in appello, in quanto tale sentenza, avendo deciso nonostante il giudicato formatosi, non è idonea a disciplinare il rapporto controverso e non è conforme alla fattispecie (cfr. Cass. Sez. Lav. n. 18129/2005), sarebbe privo di ragionevoli giustificazioni stabilire l'irrelevanza del giudicato esterno solo perchè esso si sia formato dopo la conclusione del giudizio di merito. L'esigenza da salvaguardare - garantire il *ne bis in idem* ed evitare la possibile formazione di giudicati contrastanti - rimane, con tutta evidenza, la stessa e l'unico motivo dell'operare diversamente sarebbe (irragionevolmente) costituita dal "fattore tempo": il mero fatto, cioè, che il giudicato esterno sia sopravvenuto nella pendenza del giudizio in Cassazione o comunque successivamente alla conclusione della fase di merito, circostanza che certamente non può addebitarsi ad alcuna delle parti in conflitto. Peraltro, la rilevabilità del giudicato esterno formatosi in pendenza del giudizio di Cassazione si palesa essere il mezzo più efficace per la garanzia del *ne bis in idem* e atto a favorire una soluzione compatibile con una "ragionevole durata del processo", rispondendo così ad una interpretazione costituzionalmente conforme delle regole processuali.

2.4 Alla affermanda rilevabilità in sede di legittimità del giudicato esterno forgiatosi successivamente alla conclusione del giudizio di merito non è di ostacolo un supposto divieto di produzione della documentazione attestante la formazione del predetto giudicato (non potendo supplirvi la, peraltro assai spesso impossibile, scienza privata del giudice) che deriverebbe dall'art. 372 c.p.c..

La richiamata norma di rito non costituisce preclusione alla producibilità nel giudizio di cassazione della predetta documentazione in quanto;

- a)** il divieto imposto dall'art. 372 c.p.c. è assoluto esclusivamente con riferimento ai documenti che potevano essere prodotti nella fase di merito e non

lo sono stati (la documentazione comprovante la formazione del giudicato esterno in tempi successivi alla conclusione del giudizio di merito, per questo solo fatto non può rientrare nella suddetta categoria di documenti);

b) i documenti di cui la medesima norma di rito consente la produzione sono quelli attinenti alla nullità della sentenza impugnata e all'ammissibilità del ricorso o del controricorso: la documentazione comprovante la formazione del giudicato esterno in tempi successivi alla conclusione del giudizio di merito presenta caratteristiche che militano a favore della sua collocabilità in questa seconda categoria di documenti.

In primo luogo, l'aver riconosciuto che il giudicato -in quanto espressione della regola iuris del caso concreto - è assimilabile agli "atti normativi" (cfr. la più volte citata Cass. n. 226/2001), già esclude che la produzione dei documenti che comprovino la formazione del giudicato successivamente alla conclusione del giudizio di merito possa trovare ostacolo nella disposizione di cui all'art. 372 c.p.c., dato che la produzione per la prima volta in sede di legittimità di atti a contenuto normativo è stata tradizionalmente riconosciuta possibile dalla giurisprudenza della Corte (cfr. Cass. n. 4823/2000, 1102/1981 e 442/1979 circa la copia di un regolamento edilizio).

In secondo luogo, questa Corte ha costantemente riconosciuto che "quando nel corso del giudizio di legittimità intervenga una transazione o altro fatto che determini la cessazione della materia del contendere, in tale fattispecie è ravvisabile una causa di inammissibilità del ricorso sia pure sopravvenuta - in ogni caso, idonea a consentire, ai sensi dell'art. 372 c.p.c., la produzione del documento che ne comprovi la sussistenza - per essere venuto meno l'interesse della parte ricorrente ad una pronuncia sul merito dell'impugnazione" (cfr. Cass. n. 13565/2005; 11176/2004; 1205/2003;

S.U. 368/2000). Orbene nel sopravvenire del giudicato esterno si viene a determinare nel giudizio di legittimità una situazione non dissimile, venendo a mancare un presupposto essenziale per la trattazione nel merito del ricorso: infatti, è stata già affermata, rispetto alla fattispecie sottoposta all'esame della Corte, la regola iuris la cui stabilità, in ragione del superiore interesse dell'ordinamento, è destinata a prevalere sulla pretesa di una delle parti ad ottenere l'affermazione per lo stesso caso di un diversa regola. In altri termini la regola iuris (del caso concreto) superveniens impone al giudice un dovere di conformarvisi, determinando nel giudizio pendente una situazione non dissimile da quella che comunemente si definisce con l'espressione "cessata materia del contendere".

La documentazione comprovante l'avvenuta formazione del giudicato esterno successivamente alla conclusione del giudizio di merito, proprio per le caratteristiche del giudicato di porsi come regola iuris del caso concreto, può essere prodotta in sede di legittimità nelle forme di cui all'art. 372 c.p.c., unitamente al deposito del ricorso, se si tratta di giudicato formatosi nella pendenza del termine di impugnazione, o in caso di formazione successiva alla notifica del ricorso, fino

all'udienza di discussione prima dell'inizio della relazione, cioè nello stesso termine che la giurisprudenza di questa Corte ha ritenuto ammissibile come l'ultimo utile per il deposito di documenti attestanti la legittimazione processuale (Cass., Sez. 1^a, n. 15350/2000 e n. 5066/1997) o relativi alla ammissibilità del ricorso (Cass., Sez. Lav., n. 23321/2004 e n. 3736/2000). Tuttavia, dovrà, in ogni caso, essere assicurata la garanzia del contraddittorio e, pertanto, se la produzione del documento, attestante la formazione del giudicato esterno successivamente alla conclusione del giudizio di merito, dovesse aver luogo oltre il termine stabilito per il deposito delle memorie ex art. 378 c.p.c., la Corte - tanto più avvalendosi dei poteri riconosciuti dall'art. 384 c.p.c., comma 3, nella formulazione risultante dalla novella di cui al D.Lgs. n. 40 del 2006 (per i ricorsi cui tale novella sia applicabile), per il caso che debba essere posta a base della decisione una questione rilevabile d'ufficio (e l'efficacia del giudicato esterno è tra queste) - dovrà assegnare alle parti un opportuno termine per il deposito in cancelleria di eventuali osservazioni.

2.5 Da ultimo, si deve osservare, in ordine alla deducibilità in sede di legittimità del giudicato esterno formatosi successivamente alla conclusione del giudizio di merito, che non può valere, nel caso, quanto affermato nella già richiamata sentenza n. 226/2001 di queste Sezioni Unite, circa il fatto che l'eccezione di giudicato non possa essere dedotta per la prima volta in cassazione, attesa la non deducibilità di questioni nuove in sede di giudizio di legittimità.

Questa affermazione, mentre conserva tutta la sua validità con riferimento alla fattispecie posta ad oggetto della predetta sentenza n. 226/2001 - ossia ad un giudicato esterno che si sia formato nel corso del giudizio di merito -, non è efficacemente replicata nel caso che qui interessa - nel quale il giudicato esterno si assume essersi formato successivamente alla conclusione del giudizio di merito -, in quanto è "nuova" la questione che avrebbe potuto essere sollevata nel giudizio di merito e non lo è stata: orbene è più che ovvio che non poteva proporsi nel giudizio di merito l'eccezione relativa ad un giudicato che si sia formato solo dopo la conclusione di quel giudizio.

3. Affermata, quindi, per le ragioni esposte la deducibilità e rilevanza in sede di legittimità del giudicato esterno formatosi successivamente alla conclusione del giudizio di merito, con la possibilità di produrre nelle forme di cui all'art. 372 c.p.c., la relativa attestazione, a seconda dei casi, con il deposito del ricorso o fino all'udienza di discussione, diviene rilevante stabilire nel caso di specie se, in materia tributaria, possa attribuirsi efficacia di giudicato esterno all'accertamento definitivo contenuto in una decisione resa tra le stesse parti ma relativa ad annualità diverse dello stesso tributo o a tributi diversi pur in presenza dei medesimi presupposti di fatto.

Anche su questo punto, l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite ha registrato un contrasto, stavolta tutto interno alla Sezione tributaria della Corte, tra due orientamenti: un primo, che si fonda su alcune pronunce emesse da altre Sezioni della Corte in materie diverse da quella tributaria, favorevole a dare rilievo al giu-

dicato esterno, un secondo, di segno negativo, giustificato dalla ritenuta autonomia dei rapporti d'imposta.

3.1 (Omissis) Nel primo senso, si sono pronunciate le sentenze della Sezione tributaria nn. 10280/2000 (sulla rilevanza del giudicato esterno formatosi relativamente ad altra annualità della medesima imposta), 6883/2001 (sulla rilevanza del giudicato esterno formatosi relativamente ad altra imposta) e 7506/2001 (che afferma il principio, pur escludendone l'applicazione nel caso concreto - accertamento di maggior reddito a carico della società e accertamento di maggior reddito a carico dei soci - per difetto di identità delle parti in entrambe le cause), che hanno riprodotto un principio affermato da altre Sezioni della Corte con riferimento al giudizio civile (la Sezione, Lavoro, con la sentenza n. 15497/2003, la Sezione Terza, con le sentenze nn. 3795 e 9401 del 1999 e 5748/1988; la Sezione Prima, con la sentenza n. 7891/1995; la Sezione Seconda con le sentenze nn. 1564/1988 e 4807/1978): "In tema di giudicato, qualora due giudizi tra le stesse parti abbiano riferimento al medesimo rapporto giuridico, ed uno dei due sia stato definito con sentenza passata in giudicato, l'accertamento così compiuto in ordine alla situazione giuridica ovvero alla soluzione di questioni di fatto e di diritto relative ad un punto fondamentale comune ad entrambe le cause, formando la premessa logica indispensabile della statuizione contenuta nel dispositivo della sentenza con autorità di cosa giudicata, preclude il riesame dello stesso punto di diritto accertato e risolto, e ciò anche se il successivo giudizio abbia finalità diverse da quelle che hanno costituito lo scopo ed il "petitum" del primo". Questo stesso principio è riaffermato da altra sentenza della Sezione Tributaria - la n. 8658/2001 (sulla rilevanza del giudicato esterno formatosi relativamente ad altra annualità della medesima imposta) - secondo cui la regola espressa dal predetto principio "non trova deroga in caso di situazioni giuridiche di durata, giacchè anche in tal caso l'oggetto del giudicato è un unico rapporto e con gli effetti verificatisi nel corso del suo svolgimento e conseguentemente neppure il riferimento al principio dell'autonomia dei periodi d'imposta può consentire un'ulteriore disamina tra le medesime parti della qualificazione giuridica del rapporto stesso contenuta in una decisione della commissione tributaria passata in giudicato".

3.2 In senso contrario, si è pronunciata la sentenza n. 8709/2003 della medesima Sezione Tributaria, secondo la quale "nel sistema tributario, ogni anno fiscale mantiene la propria autonomia rispetto agli altri e comporta la costituzione, tra contribuente e fisco, di un rapporto giuridico distinto rispetto a quelli relativi agli anni precedenti e successivi. Ne consegue che, qualora le controversie relative a diverse annualità d'imposta del medesimo tributo, ancorchè concernenti questioni in tutto o in parte analoghe, siano separatamente decise con più sentenze (anzichè con una sola, previa riunione dei relativi giudizi), ciascun giudizio mantiene la sua autonomia e la decisione ad esso relativa non è suscettibile di costituire cosa giudicata rispetto ai giudizi relativi alle altre annualità". Un concetto analogo si trova espresso nella sentenza n. 14714/2001 della stessa Sezione, laddove si afferma che "nel contenzioso tributario, ai fini dell'applica-

zione dell'art. 395 c.p.c., n. 5, (richiamato dal D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 64), perchè una sentenza possa considerarsi contraria ad altra precedente avente autorità di cosa giudicata, occorre che tra i due giudizi vi sia identità di soggetti e di oggetto, tale che l'oggetto del secondo giudizio sia costituito dal medesimo rapporto tributario definito irrevocabilmente nel primo, ovvero che in quest'ultimo sia stato definitivamente compiuto un accertamento radicalmente incompatibile con quello operante nel giudizio successivo; ne consegue che - posto che, D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, ex art. 7, l'imposta sui redditi è dovuta per anni solari, a ciascuno dei quali corrisponde un'obbligazione tributaria autonoma - non è configurabile il detto motivo di revocazione allorchè il precedente giudicato si riferisca ad un'annualità di imposta sui redditi diversa dal periodo d'imposta considerato nella impugnata sentenza".

In fattispecie non tributaria, a conclusioni (apparentemente) non dissimili sembra pervenire la sentenza n. 14593/2004 della Terza Sezione secondo la quale "ricorre l'effetto preclusivo del giudicato esterno allorchè tra il giudizio in corso e quello definito con sentenza inoppugnabile sussista una piena identità di causa petendi e di petitem, il che non può verificarsi qualora siano azionati in giudizio due crediti diversi, sebbene relativi ad uno stesso rapporto che si protrae nel tempo, per la cui concreta realizzazione sono necessari due distinti titoli esecutivi". 3.3 Queste Sezioni Unite ritengono sia da affermare la maggior correttezza del primo tra gli orientamenti descritti, sia pur con qualche ulteriore precisazione dovuta, in special modo, alla peculiarità della materia tributaria che poco si presta a generalizzazioni.

3.4 I problemi in realtà non sorgono in ragione di una supposta radicale diversità del processo tributario rispetto al processo civile, che anzi, come evidenzia la dottrina più consapevole, la legge di delega dalla quale è nata la disciplina del nuovo (ed ancor attuale) processo tributario aveva assunto, tra i criteri e i principi direttivi della riforma, proprio l'adeguamento del processo tributario al processo civile (e in questa direzione appare con chiarezza orientata ogni successiva evoluzione delle regole processuali).

In particolare si è formato un consenso ormai quasi unanime sul fatto che il processo tributario non sia un "giudizio sull'atto" (da annullare), ma abbia, invece, ad oggetto la tutela di un diritto soggettivo del contribuente: un giudizio che inevitabilmente si estende al merito e, quindi, anche all'accertamento del rapporto. La giurisprudenza di questa Corte, in linea con siffatto orientamento, ha affermato che "l'impugnazione davanti al giudice tributario attribuisce a quest'ultimo la cognizione non solo dell'atto, come nelle ipotesi di "impugnazione-annullamento", orientate unicamente all'eliminazione dell'atto, ma anche del rapporto tributario, trattandosi di una c.d. "impugnazione-merito", perchè diretta alla pronuncia di una decisione di merito sostitutiva (nella specie) dell'accertamento dell'amministrazione finanziaria, implicante per esso giudice di quantificare la pretesa tributaria entro i limiti posti dalle domande di parte; ne consegue che il giudice che ritenga invali-

do l'avviso di accertamento non per motivi formali, ma di carattere sostanziale, non deve limitarsi ad annullare l'atto impositivo, ma deve esaminare nel merito la pretesa tributaria, e, operando una motivata valutazione sostitutiva, eventualmente ricondurla alla corretta misura, entro i limiti posti dalle domande di parte" (così Cass. n. 3309/2004; in senso conforme cfr. Cass. nn. 614/2006; 4280/2001; v. altresì, Cass. nn. 28770/2005; 16171/2000).

Sicché, una volta stabilito che il processo tributario non è (solo) un "giudizio sull'atto", si deve escludere che il giudicato (salvo che il giudizio non si sia risolto nell'annullamento dell'atto per vizi formali o per vizio di motivazione) esaurisca i propri effetti nel limitato perimetro del giudizio in esito al quale si è formato e se ne deve ammettere una potenziale capacità espansiva in un altro giudizio tra le stesse parti, secondo regole non dissimili - nei limiti della "specificità tributaria" - da quelle che disciplinano l'efficacia del "giudicato esterno" nel processo civile. D'altro canto, la tipicità del modello processuale tributario non può essere letta senza tener conto del fatto che la nuova formulazione dell'art. 111 Cost., fissa una direttiva generale cui deve rispondere l'interpretazione di ogni modello processuale secondo la regola del "giusto processo", che impone tra l'altro la realizzazione della "effettività della tutela" (scopo cui precipuamente risponde l'efficacia del giudicato).

3.5 La maggiore difficoltà che, in materia tributaria, trova il riconoscimento di una "ultrattività del giudicato" - cioè della possibilità che l'accertamento relativo ad un periodo d'imposta "faccia stato" anche per i periodi successivi -, è dovuta alla "autonomia dei periodi d'imposta", che troverebbe un sostegno normativo nella disposizione di cui al D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, art. 7, secondo la quale "l'imposta è dovuta per anni solari, a ciascuno dei quali corrisponde un'obbligazione tributaria autonoma".

In una prospettiva analoga, ma con riferimento alla diversa fattispecie delle obbligazioni contributive nel settore delle assicurazioni sociali obbligatorie, è stata negata la "configurabilità di un unico rapporto giuridico fondamentale che colleghi i debiti relativi dei diversi periodi", con la conseguenza che "la diversità dei periodi, pur nella identità dei termini di riferimento e di connotazione del rapporto, basta a far configurare quali diversi i rapporti contributivi ad essi afferenti, dal che segue, a sua volta, che il giudice del primo giudizio non può stabilire, con efficacia di giudicato, che le norme sottoposte al suo esame debbano essere interpretate nel senso che anche per il futuro l'obbligo contributivo si atteggia in un determinato modo, giacché per questa parte egli giudicherebbe di un rapporto del quale non si sono ancora realizzati tutti i presupposti, e pertanto in assenza di un interesse delle parti alla relativa pronunzia, configurandosi quindi una tale decisione, per questo aspetto, quale meramente interpretativa della astratta volontà di legge e non, come è invece coesistente al giudicato, come affermazione della volontà di legge nel caso concreto" (Cass. S.U. n. 10933/1997).

In realtà la disposizione di cui al D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, art. 7 - la quale riguarda, peraltro, le sole imposte sui redditi (e non ogni fattispecie di "impo-

sta periodica”) e trova significative deroghe sul piano normativo (ad es. per quanto concerne il “riporto delle perdite”, il “riporto dei crediti d’imposta”, la “rettifica delle rimanenze”) - non ha alcuna decisività (come non l’ha, per la specificità del tema affrontato, la precitata sentenza delle Sezioni Unite n. 10933/1997) rispetto alla soluzione del problema della “ultrattività del giudicato”, in quanto, come ha rilevato la dottrina più consapevole, l’autonomia delle obbligazioni d’imposta relative a periodi diversi vale solo a negare la possibile esistenza di un’unica obbligazione corrispondente a più periodi d’imposta o di un rapporto di pregiudizialità-dipendenza tra le più obbligazioni sorte, in periodi d’imposta diversi: ma non vale ad escludere, e ciò proprio per la “periodicità” di alcuni tributi, che possano esistere elementi rilevanti ai fini della determinazione del dovuto che siano comuni a più periodi d’imposta o che l’accertamento giudiziale del modo d’essere dell’obbligazione relativa ad un singolo periodo d’imposta possa implicare anche l’accertamento di una questione capace di “fare stato” (con forza di giudicato) nel giudizio relativo all’obbligazione sorta in un periodo d’imposta diverso. In altri termini, se è vero che l’autonomia dei periodi d’imposta comporta l’indifferenza della fattispecie costitutiva dell’obbligazione relativa ad un determinato periodo rispetto ai fatti che si siano verificati al di fuori del periodo considerato, è altrettanto vero che una siffatta indifferenza trova ragionevole giustificazione solo in relazione a quei fatti che non abbiano caratteristica di durata e che comunque siano variabili da periodo a periodo (ad es. la capacità contributiva, le spese deducibili): ma ben vi possono essere - ed effettivamente vi sono - elementi costitutivi della fattispecie a carattere (tendenzialmente) permanente, in quanto entrano a comporre la fattispecie medesima per una pluralità di periodi di imposta. Così lo sono, ad es., le qualificazioni giuridiche (che individuano vere e proprie situazioni di fatto) - “ente commerciale”, “ente non commerciale”, “soggetto residente”, “soggetto non residente”, “bene di interesse storico-artistico”, ecc. - assunte dal legislatore quali elementi “preliminari” per l’applicazione di una specifica disciplina tributaria e per la determinazione in concreto dell’obbligazione per una pluralità di periodi d’imposta (a valere, cioè, fino a quando quella qualificazione non sia venuta meno fattualmente - ad es. trasformazione dell’ente non commerciale in ente commerciale - o normativamente). A questa tipologia di “elementi preliminari”, possono essere ascritti anche la “categoria e la rendita catastale” e la “spettanza di una esenzione o agevolazione pluriennale”. 3.6 E’ innegabile che tali elementi - per la loro caratteristica di eccedere il limitato arco temporale del “periodo d’imposta” assunto dalla norma tributaria per la determinazione del dovuto, rimanendo costanti per più periodi, e per la loro pregiudizialità nella costituzione della medesima fattispecie tributaria oggetto del giudizio relativo ad ogni singolo periodo d’imposta - possono essere oggetto di accertamento e l’eventuale giudicato formatosi in un giudizio relativo ad un periodo di imposta può (e deve) avere efficacia preclusiva nel giudizio relativo al medesimo tributo per altro periodo d’imposta. Altrimenti: si verrebbe a porre in discussione lo stesso principio di effettività tutela, alla cui assevera-

zione risponde la c.d. “efficacia regolamentare del giudicato” (e del giudicato tributario, in particolare), in base alla quale il primo giudicato - stante il suo contenuto precettivo che eccede la definizione del “segmento di rapporto” oggetto specifico del singolo giudizio e assume il valore di regola dell’agire futuro delle parti, così realizzando l’interesse protetto dalla situazione giuridica accertata in giudizio - è idoneo a condizionare ogni successivo giudizio, immutata restando la situazione fattuale e normativa.

Ciò vale tanto più con riferimento ai summenzionati “e-lementi preliminari” nella costituzione della fattispecie tributaria - ad es., come si è già detto, le “qualificazioni giuridiche” -, i quali, per la loro strutturale propedeuticità (o strumentalità) al riconoscimento di un determinato diritto, sono naturalmente correlati ad un interesse protetto che ha il carattere della durevolezza e, quindi, all’efficacia regolamentare del giudicato che su di essi si sia formato. Ciò esclude, peraltro, che il giudicato relativo ad un singolo periodo d’imposta sia idoneo a “fare stato” per i successivi periodi in via generalizzata ed aspecifica: non ad ogni statuizione della sentenza può riconosce siffatta idoneità, bensì, come conviene un’autorevole dottrina, solo a quelle che siano relative a “qualificazioni giuridiche” o ad altri eventuali “elementi preliminari” rispetto ai quali possa dirsi sussistere un interesse protetto avente il carattere della durevolezza nel tempo.

In buona sostanza, si tratta di evitare una eccessiva enfattizzazione della autonomia dei periodi di imposta, privilegiando la possibile considerazione unitaria del tributo (periodico) dettata dalla sua stessa ciclicità, nel rispetto, sul piano sostanziale, del principio di ragionevolezza e, sul piano processuale, del principio della effettività della tutela. Si tratta ancora una volta di valorizzare l’efficacia regolamentare del giudicato tributario il quale, al di là delle soluzioni specifiche relative al caso concreto dibattuto in giudizio, è destinato ad essere, per gli elementi della fattispecie che a questo fine rilevino, norma agendi, cui dovranno conformarsi tanto l’amministrazione quanto il contribuente - astretti da un vincolo procedimentale di collaborazione nella determinazione del tributo che corre tra i poli della dichiarazione (e possibile autoliquidazione) e del controllo (ed eventuale accertamentoretifica). - per la individuazione dei presupposti impositivi relativi ai successivi periodi di imposta. Gli elementi rispetto ai quali opera l’efficacia regolamentare del giudicato tributario sono quelli, e solo quelli, che abbiano un “valore condizionante” per la valutazione e la disciplina di una pluralità di altri elementi della fattispecie e per la produzione degli effetti previsti dalla norma (o, secondo il linguaggio utilizzato da altra dottrina, quegli elementi che costituiscano “i referenti per l’applicazione di specifiche discipline”).

4. Tornando oramai caso oggetto del presente giudizio, si può osservare che esso concerne una fattispecie di pretesa esenzione pluriennale che sarebbe stabilita dal D.L. n. 331 del 1993, art. 66, comma 14, convertito con L. n. 427 del 1993, a norma della quale “nei confronti delle società per azioni e delle aziende speciali istituite ai sensi della L. 8 giugno 1990, n. 142, articoli 22 e 23, nonché nei con-

fronti dei nuovi consorzi costituiti a norma degli articoli 25 e 60 della medesima legge si applicano, fino al termine del terzo anno dell'esercizio successivo a quello rispettivamente di acquisizione della personalità giuridica o della trasformazione in aziende speciali consortili, le disposizioni tributarie applicabili all'ente territoriale di appartenenza". Nella fattispecie si tratterebbe della esclusione dalla soggezione ad IVA, come per i comuni, della prestazione di gestione e .. smaltimento dei rifiuti urbani svolta da una azienda speciale (nel caso, la controricorrente e ricorrente incidentale) per il primo triennio di attività. 4.1 Non rileva discutere in questa sede del fatto se una siffatta "esenzione" spettasse o Municipale di Igiene Ambientale per il Comune di Verona, in quanto è stato accertato, con sentenza passata in giudicato, che la esenzione effettivamente spettava all'Azienda per gli anni 1998 e 1999, laddove la sentenza qui impugnata l'ha negata per l'anno 1997 (primo anno del triennio della supposta esenzione).

Orbene, tenuto conto di quanto dapprima si è detto in ordine all'efficacia del giudicato tributario nell'ambito dei tributi periodici (con le cui caratteristiche le "esenzioni o agevolazioni pluriennali" hanno una evidente correlazione), va considerato che in questo tipo di esenzioni o agevolazioni il tempo costituisce un elemento referente della fattispecie. Invero la "pluriennalità" assume carattere costitutivo dell'esenzione o agevolazione in quanto il relativo arco temporale di estensione è stabilito in ragione di una considerazione unitaria di un insieme di periodi di imposta, trattati sostanzialmente come una sorta di "maxiperiodo": sicchè la disciplina dell'esenzione o agevolazione ha riguardo non a singole obbligazioni considerate isolatamente, ma ad un complesso unitario di periodi di imposta, con la ineludibile conseguenza che, una volta accertato con sentenza passata in giudicato che spetti al contribuente il diritto all'esenzione per un segmento dell'arco temporale di estensione dell'esenzione medesima, tale sentenza avrà necessariamente efficacia di giudicato esterno in un diverso giudizio nel quale eventualmente si dibatta della spettanza del diritto per un'altro segmento del medesimo arco temporale. L'agevolazione, infatti, o spetta per l'intero spazio pluriennale per il quale è data (nel caso, il primo triennio di attività dell'azienda speciale) e che nella fattispecie agevolativa è assunto come elemento unitario, o non spetta affatto.

Pertanto, alla luce delle surriportate considerazioni, va affermato che, nel caso di specie, è rilevabile - ex officio e sulla base della documentazione acquisita agli atti nel pieno rispetto del contraddittorio tra le parti - il giudicato esterno formatosi successivamente alla notifica del ricorso per Cassazione relativamente al riconoscimento - per gli anni 1998 e 1999 - della spettanza all'Azienda dell'esenzione pluriennale dall'IVA per il primo triennio di attività di gestione e smaltimento dei rifiuti urbani per il Comune di Verona; va affermato, altresì, che tale giudicato, porr la caratteristica unitaria dell'arco temporale di estensione dell'agevolazione considerata, ha effetto anche per l'anno oggetto del presente giudizio (il 1997), che rappresenta il primo del triennio iniziale di esercizio da parte dell'Azienda dell'attività agevolata e per il quale spetta, quindi, l'esenzione de qua (come per il 1998 e il 1999).

5. Il ricorso principale proposto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e dall' Agenzia delle Entrate poichè finalizzato a porre in discussione la questione relativa alla spettanza dell' esenzione che risulta coperta dal giudicato esterno dedotto da parte controricorrente, deve essere, pertanto, rigettato.

Rigettato deve essere anche il ricorso incidentale proposto dall' Azienda Municipale di Igiene Ambientale per il Comune di Verona, relativo al solo capo della compensazione delle spese, in quanto nella specie, da un lato, non risulta violato il principio secondo il quale le spese non possono essere poste a carico della parte totalmente vittoriosa e, dall' altro, non risultano adottate dal giudice di merito ragioni palesemente o macroscopicamente illogiche e tali da inficiare, per la loro inconsistenza o evidente erroneità, lo stesso processo formativo della volontà decisionale. La "novità della questione", che il giudice di merito assume come motivazione della disposta compensazione delle spese, non presenta le suddette caratteristiche e si sottrae, pertanto, al sindacato della Corte.

La rilevanza e la difficoltà delle questioni risolte con il presente giudizio giustifica la compensazione delle spese anche per quanto concerne la fase di cassazione.

P.Q.M.

La Corte Suprema di Cassazione riunisce i ricorsi e li rigetta entrambi. Compensa le spese.

BREVI RIFLESSIONI SULLA "RAFFORZATA TUTELA" DEL GIUDICATO ESTERNO (*)

SOMMARIO: 1. Cass. Sez. Un. 13 giugno 2006, n. 13916, tra nomofilachia e razionalizzazione dell'esistente - 2. Sui rapporti tra allegazione dei fatti e rilevazione degli effetti giuridici alla luce dei più recenti revirements giurisprudenziali - 3. Spunti per un'analisi sistematica della sentenza n. 13916 del 2006 - 4. Rilievo officioso delle questioni e garanzia del contraddittorio nel giudizio di legittimità.

1 Cass. Sez. Un. 13 giugno 2006, n. 13916, tra nomofilachia e razionalizzazione dell'esistente - La sentenza delle Sezioni Unite civili del 16 giugno 2006, n. 13916 sulla rilevabilità in Cassazione del giudicato esterno sopravvenuto, giunge a ridosso di una fase decisiva della vita istituzionale della Suprema Corte, la quale, chiamata a prendere dimestichezza con le importanti novità introdotte dal D.

(*) Il commento che segue analizza la sentenza Cass. Sez. Un. 16 giugno 2006, n. 13916 solo in riferimento alla prima delle due questioni sollevate nell'ordinanza di

rimessione n. 20035/05, tralasciando, dunque, la problematica attinente alla c.d. ultrattività del giudicato in materia tributaria.

lgs. n. 40 del 2006, vive l'occasione storica di provvedere ad un concreto rinnovamento nell'esercizio delle sue funzioni in termini di efficienza e stabilità¹. Non è, dunque, affatto casuale che l'annosa e tanto dibattuta questione sulla rilevabilità e/o deducibilità del giudicato esterno abbia trovato completa ed organica risoluzione a cavallo delle recenti modifiche normative in virtù delle quali, in nome di dichiarate finalità nomofilattiche, il legislatore è, altresì, intervenuto attraverso un'opportuna razionalizzazione del procedimento di cassazione in chiave spiccatamente garantistica.

In via generale, la sentenza in commento si segnala per essersi resa autorevole interprete degli obiettivi complessivamente perseguiti dalla recente riforma, benché essa non possa considerarsi il prodotto delle nuove disposizioni in materia². In chiave nomofilattica rilevano, infatti, non solo il responsabile atteggiamento della Sezione Tributaria, la quale, prendendo atto dei ripetuti contrasti sincronici sussistenti in materia, ha coscienziosamente rimesso la causa in decisione alle Sezioni Unite, ma altresì, l'esemplare tecnica compositiva emersa in sede di redazione dell'ordinanza di rimessione³, opportunamente corredata dalla puntuale indicazione delle più significative sentenze espressione dei contrapposti orientamenti, così, focalizzando l'attività cognitiva della Corte verso l'enunciazione della *regola iuris*.

Sul piano dei principi, la Suprema Corte, a conferma della natura del giudicato esterno quale eccezione in senso lato, ne ha affermato la rilevabilità per *la prima volta* in Cassazione, stabilendo, quanto alle modalità di dimostrazione, che devono essere assolte mediante documentazione prodotta con il ricorso introduttivo, ove si tratti di giudicato già formatosi pendenti i termini per l'impugnazione, e fino all'udienza di discussione, ma prima dell'inizio della relazione, ove si tratti di giudicato formatosi dopo la proposizione del ricorso. Si è, inoltre, precisato – ed è questo uno dei passaggi più innovativi della sentenza - che qualora la produzione della documentazione circa l'esistenza di tale giudicato venga fatta oltre il termine di cui all'art. 378 c.p.c. la Corte, a garanzia del contraddittorio, debba assegnare un termine per la formulazione di osservazioni, ai sensi del novellato art. 384 c.p.c. comma III.



1 Per una completa disamina del D.Lgs. n. 40 del 2006 sulla riforma del procedimento per cassazione in funzione nomofilattica, si veda A. PROTO PISANI, *Novità nel processo civile di cassazione*, in *Foro it.*, 2005, IV, 252; A. TEDOLDI, *La delega sul procedimento di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 925 ss.; B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.* 2006, 217 ss.; G. MONTELEONE, *Il nuovo volto della Cassazione civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2006, 944 ss.; E. SILVESTRI, in CARPI-TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2006; CECHELLA-BOVE, *La riforma del processo civile*, in *Il Sole 24 Ore*, Milano, 2006; A. CARRATTA, *La riforma del giudizio in*

cassazione, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1105 ss.

2 Le recenti modifiche in tema di procedimento di cassazione si applicano, infatti, ai soli ricorsi per cassazione proposti avverso le sentenze e gli altri provvedimenti pubblicati a partire dal 2 marzo 2006, data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 40 del 2006.

3 Il testo integrale dell'ordinanza della Sezione Tributaria 17 ottobre 2005, n. 20035 è riportata dal *Foro it.*, 2006, 1746 ss., con commento di G. SCARSELLI, *Ancora in tema di eccezione di cosa giudicata esterna e di rapporti tra preclusioni ed eccezioni rilevabili d'ufficio*.

2. Sui rapporti tra allegazione dei fatti e rilevazione degli effetti giuridici alla luce dei più recenti revirements giurisprudenziali - L'iter giurisprudenziale che a partire dagli anni '90 si è affermato, sia pur con andamento oscillante e contraddittorio, a favore della rilevabilità *ex officio* dell'eccezione di cosa giudicata s'inserisce all'interno di una problematica di ben più vasto respiro che, inerendo al primigenio rapporto tra giudice e processo, si fonda sui delicati equilibri tra eccezione, allegazione e prova, dalla cui diversa interazione dipende, in definitiva, il contemperamento tra principio dispositivo (o *Dispositionsmaxime*) e ricerca della verità materiale⁴.

Com'è noto, l'interesse della giurisprudenza verso il tema in esame si è affermato solo all'indomani delle riforme degli anni '90, le quali, nel definire la fisionomia di un processo in cui primeggiava l'esigenza tutta pubblicistica di un sollecito ed ordinato svolgimento del procedimento, hanno indotto la Corte di Cassazione ad intraprendere un graduale percorso interpretativo sull'esatta definizione dei rapporti tra lo *ius novorum* delle parti⁵ ed il potere di rilievo officioso del giudice⁶. Specificamente, volendo intervenire in funzione chiarificatoria tanto sui limiti ai poteri del giudice nel "rilevamento" dei fatti emergenti dagli atti del processo, ancorché esclusi da un'esplicita e tempestiva deduzione nella strategia difensiva dei singoli⁷, quanto sui limiti temporali entro cui esaurire la prospettazione del

4 Ricostruire la storia del moderno processo civile significa indagare sulle varie tappe di adattamento del diritto positivo ad un modello processuale caratterizzato dalla ciclica valorizzazione ora di un principio di tendenziale liberà delle parti nella prospettazione di esistenza dei fatti, ora di un principio propriamente "preclusivo", in cui le attività assertive sono state costrette entro ben individuati limiti temporali. Tale percorso è stato, infatti, storicamente caratterizzato dalle significative oscillazioni tra le esperienze del codice "liberale" del 1865 prima, e quelle realizzatesi successivamente attraverso il codice del '40, le modifiche del 1950, ed il *revirement* rappresentato dalle successive novelle del 1973 sul rito del lavoro, e degli anni '90 sul rito ordinario il quale, a seguito delle recenti modifiche introdotte dalla l. n. 80 del 2005, sembrerebbe tornare a valorizzare nuovamente il principio c.d. "preclusivo". Così, in particolare, G. BALENA, *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, in www.judicium.it, il quale rileva "che in una parte della dottrina, e ancor più nella nostra magistratura, appare oggi ben radicata la convinzione che un rigido sistema di preclusioni sia, se non proprio la panacea per i mali del processo, quanto meno l'irrinunciabile strumento per assicurarne un ordinato svolgimento oltre che una conclusione in tempi ragionevoli; convinzione da cui deriva l'opinione, oramai largamente prevalente, che la disciplina delle preclusioni debba intendersi ispirata non già – come si era soliti riconoscere prima del 1990 – alla tutela del diritto di difesa e comunque degli interessi dei litiganti, bensì all'esigenza pubblicistica di garantire la celerità e la concentrazione dei procedimenti civili, di talché la tardività di domande, eccezioni, allegazioni e richieste istruttorie dev'essere rilevata d'ufficio dal giudice indipendentemente dall'atteggiamento

processuale delle parti". In via contestuale, occorre considerare il diverso grado di incisività della presenza del giudice nel processo civile, i cui poteri sono stati variamente orientati ora alla mera diretta percezione della verità storica delle vicende portate alla sua cognizione ora all'effettiva ricerca della funzionalità e dell'economicità del servizio giustizia. Le recenti tendenze legislative, sembrerebbero chiaramente orientate in senso inquisitorio, probabilmente nella convinzione che soltanto in un processo in cui il giudice goda di ampi ed incisivi poteri possa, da un lato, porre le parti su un piano di effettiva parità, e dall'altro, tendere all'accertamento della verità materiale piuttosto che alla mera composizione della lite.

5 Sul fenomeno in generale dell'*allegazione* dei fatti, si veda, L.P. COMOGLIO, voce *Allegazione*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civile*, Torino, 1987, I, 277 ss. Con particolare riguardo alle riforme degli anni 1990, si veda E.F. RICCI, *L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 835 ss.

6 In tema dei poteri del giudice si veda, per tutti, G. FABBRINI, voce *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 721 ss.

7 In dottrina per l'indirizzo che perviene a teorizzare una particolare pregnanza dei poteri del giudice nell'area del rilevamento dei fatti, sganciandola dalla mediazione delle parti e dall'esercizio del loro potere-onere di allegazione dei fatti, si veda S. MENCHINI, *Osservazioni critiche sull'onere di allegazione dei fatti storici nel processo civile*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, Milano, 1993, III, 23 ss.

rapporto ad iniziativa delle parti⁸, la Suprema Corte ha concentrato la propria riflessione sul fenomeno in sé dell'allegazione "processuale" tenendo conto, di volta in volta, della varia e complessa tipologia dei fatti concretamente allegabili e del concomitante potere del giudice di rilevare *ex officio* i fatti emergenti dal processo.

Alla luce dei più recenti sviluppi giurisprudenziali possono, di fatto, ritenersi come ormai acquisiti nel patrimonio argomentativo della Corte, non solo l'assunto secondo cui un *fatto* può ritenersi presente nel processo, anche se non espressamente formalizzato in termini di deduzione/eccezione, purché ritualmente acquisito agli atti di causa⁹, ma anche quello alla stregua del quale un tale *fatto* può essere oggetto di rilevamento da parte del giudice eventualmente anche nei soli gradi successivi di giudizio¹⁰, inclusa, altresì, la fase dinanzi al giudice di legittimità¹¹. Prendendo, infatti, le distanze, da quella che è stata definita la "teorica dell'eccezione", intesa quale attività di trattazione ed istruzione della causa sottoposta al monopolio esclusivo della parte¹², la Corte ha, dunque, progressivamente abbracciato un'interpretazione della

⁸ Sull'imprescindibile esigenza, propria di qualsiasi tipo di modello processuale, affinché vengano imposti limiti e preclusioni, onde assicurare la concreta gestibilità della singola fase del giudizio, si veda G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusioni*, ora in *Saggi di diritto processuale civile* (1894-1937), Milano, 1993, III, 232 ss. Più di recente, P. BIAVATI, *Iniziativa delle parti e processo a preclusioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 446 ss. In argomento, inoltre, V. ANDRIOLI, voce *Preclusione* (*dir.proc.civ.*), in *Noviss. Dig.*, Torino, XIII, 1966, 567 ss.; M. TARUFFO voce *Preclusione*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997, 794 ss; Per un'impostazione sostanzialmente critica nei confronti del concetto di preclusione, si veda A. ATTARDI, voce *Preclusione* (*principio di*), in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano 1985, 894 ss.

⁹ Argomentazioni di questo tenore sono state ampiamente sviluppate da Cass. Sez. Lav., 23 ottobre 1995, n. 11018, in *Foro it.*, 1996, I, 599 ss. con nota di richiami di G. SCARSELLI; Cass. Sez. Lav., 14 giugno 1999, n. 5886, in *Foro it.*, 2000, I, 856 ss. con nota di richiami di E. FABIANI; Cass. Sez. Un., 25 Maggio 2001, n. 226, in *Foro it.*, 2001, I, 2810 ss., con nota di M. IOZZO, *Eccezione di giudicato esterno e poteri del giudice (anche di legittimità)*. Da tali sentenze emerge chiaramente che "la logica dell'eccezione in senso lato è quella di un rilievo d'ufficio da parte del giudice, senza la necessità di una deduzione di parte, che può anche mancare". Si veda, in particolare, R. ORIANI, *Eccezione rilevabile d'ufficio ed onere di tempestiva allegazione: un discorso ancora aperto*, in *Foro it.*, 2001, I, 127 ss., il quale afferma che "(...) il rilievo d'ufficio di un fatto non significa sovrapposizione della volontà del giudice a quella della parte (...). Il giudice si limita a prendere atto degli effettivi e reali termini in cui si è atteggiata, di per sé e senza sua inammissibile intrusione, la situazione sul piano sostanziale: la sua opera non fa che rispecchiare l'assetto di interessi determinatosi al di fuori del processo, evitando così scarti tra la realtà processuale e quella sostanziale".

¹⁰ Si legge, infatti, in Cass. Sez. Un. 25 Maggio 2001, n. 226, in *Foro it.*, 2001, I, 2810 ss. che "(...) Poiché nel nostro ordinamento vige il principio del divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice, è necessario che la parte alleghi e dimostri la sussistenza di un giudicato esterno idoneo ad incidere sulla controversia, ma tale allegazione e

dimostrazione – proprio per il rilievo d'ufficio dello stesso – non solo non è soggetta a termini particolari, potendo essere effettuata in qualsiasi stato e grado del giudizio di merito, ma prescinde da qualsiasi volontà della parte di avvalersene. Sulla stessa linea, Cass. Sez. Lav. 14 giugno 1999, n. 5886, in *Foro it.*, I, 2000, 856 ss., secondo la quale "l'eccezione di giudicato esterno costituisce eccezione in senso lato, come tale rilevabile senza preclusioni anche d'ufficio nel giudizio d'appello, e non già eccezione in senso stretto, che può essere proposta soltanto dalle parti". Sulla stessa linea, Cass. Sez. I, 24 febbraio 2004, n. 3621 in *Foro it.*, I, 2459 ss. con nota di BARONE, in cui si afferma che "nel giudizio di rinvio di controversia instaurata nel 1990, il giudice deve esaminare, anche d'ufficio, l'eccezione di giudicato esterno, formatosi successivamente alla sua possibile allegazione nelle pregresse fasi processuali, dedotta da una parte nella comparsa conclusoria predisposta per il medesimo giudizio sulla base di sentenze prodotte all'udienza di precisazione delle conclusioni dello stesso".

¹¹ Così, per la prima volta, Cass. Sez. Un. 16 giugno 2006, n. 13916, che qui si commenta. Il tema in esame trovava, infatti, solo un timido cenno in Cass. Sez. Un. 25 maggio 2001, n. 226, per la quale l'eccezione di giudicato esterno non è soggetta a preclusioni per quanto riguarda la sua allegazione in sede di merito, ma nulla statuiva in riferimento all'allegazione in Cassazione, sicché sul punto andavano a formarsi due diversi orientamenti: l'uno favorevole alla rilevanza in ogni tempo del giudicato esterno, anche per la prima volta dinanzi alla Suprema Corte, l'altro, di segno contrario, attesa la preclusione di cui all'art. 372 c.p.c. che non consente nuove produzioni documentali.

¹² Così O. FITTIPALDI, *Preclusioni processuali e giudicato esterno: verso un disimpegno della Cassazione alla teorica dell'eccezione?*, in *Corr. Giur.*, n. 11/2001, 1462 ss., secondo il quale "parrebbe delinearsi un sostanziale disimpegno della Suprema Corte dalla teorica dell'eccezione"; disimpegno che, a dire dell'Autore, sarebbe implicito nell'impossibilità di ricostruire un criterio orientativo inequivoco in ordine alla distinzione tra eccezioni "in senso stretto" ed "eccezioni in senso meramente lato", le une rimesse all'esclusivo potere delle parti, le altre rilevabili anche d'ufficio.

disciplina positiva che, lungi dall'esaurire l'allegazione nelle fasi introduttive del giudizio di primo grado, e, dunque, nella consumazione dei termini di decadenza di cui agli artt. 163, 167 e 183 c.p.c., (per il rito ordinario) ed agli artt. 414, 416 e 420 c.p.c. (per il rito del lavoro), ha prudentemente valorizzato l'incisività dei poteri del giudice nell'area del rilevamento dei fatti, sganciandoli parzialmente dall'attività d'intermediazione necessaria delle parti e, dunque, dall'esercizio del potere-onere di allegazione dei fatti stessi¹³.

La riflessione avanzata dalla Suprema Corte, benché non sia rimasta immune da più o meno clamorose smentite emerse in seno alla sua stessa giurisprudenza¹⁴, si è affermata, tuttavia, con riguardo allo specifico e circoscritto profilo della rilevabilità *ex officio* dell'*exceptio rei iudicatae*, recependo quell'esigenza di "tutela forte" della cosa giudicata sottolineata in più occasioni dalla dottrina quasi unanime¹⁵.

La sentenza in commento si pone, dunque, a completamento di un graduale percorso evolutivo che affermatosi con la pronuncia n. 11018 del 1995¹⁶ e poi confermato dalla sentenza n. 5886 del 1999¹⁷, è stato di recente sviluppato in virtù di

13 In dottrina sono stati da tempo rimossi gli ostacoli, di volta in volta, frapposti all'utilizzabilità, da parte del giudice, dei fatti risultanti dalla trattazione, quantunque non presentati dalla parte interessata. A favore dell'operatività del principio dell'*acquisizione processuale* anche con riguardo al momento di raccolta del materiale di fatto e, quindi, rispetto alla fissazione del *thema probandum*, si veda soprattutto G. TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, 349 ss.; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 226 ss.; B. CAVALLONE, *I poteri istruttori del giudice, in Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991; S. MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile, in Scritti in onore di Elio Fazzalari*, 23 ss., il quale afferma che "È assolutamente pacifico che la formazione del *thema probandum* sia sottoposto al c.d. principio di *acquisizione processuale*. Il fatto giuridico una volta che emerge dalla trattazione, si considera legittimamente acquisito al giudizio, pur in assenza di un'allegazione od istanza soggettivamente qualificata, cioè ad opera del soggetto interessato. Se ne ricava che per tutti i fatti giuridici - esclusi naturalmente quelli costitutivi, che valgono ad individuare l'oggetto della domanda, e quelli impeditivi, modificativi ed estintivi i cui effetti possono essere rilevati solo dal convenuto - il potere di pronuncia giudiziale non è condizionato dalla presenza di una specifica iniziativa della parte a cui favore si realizza la loro efficacia; il magistrato deve tenere conto di essi, ove risultino dagli atti di causa, con il solo ed insuperabile limite del divieto di utilizzazione della scienza privata del giudicante".

14 In tal senso, di recente, Cass. Sez. Lav. 13 aprile 2004, n. 7018; Cass. Sez. III, 4 febbraio 2000, n. 1228; Cass. Sez. I, 8 febbraio 2000, n. 1370 per cui "il giudicato esterno formatosi tra le stesse parti, in un diverso giudizio, non è rilevabile d'ufficio né è deducibile per la prima volta in sede di legittimità"; tra le altre, Cass. Sez. Un. 6 maggio 2000, n. 295, in *Foro it., Rep.* 2000, voce *Cosa giudicata civile*, in cui si legge che "la rilevabilità d'ufficio del giudicato esterno deve essere sicuramente esclusa a garanzia del contraddittorio, qualora esso non trovi

riscontro nei documenti ritualmente acquisiti agli atti di causa".

15 E' noto, infatti, che la dottrina maggioritaria si sia tradizionalmente espressa a favore della piena rilevabilità - anche d'ufficio e senza limiti temporali - dell'eccezione di cosa giudicata esterna. Tale orientamento poggiava sul rilievo secondo cui sarebbe apparso del tutto illogico qualificare come attività monopolistica della parte la proponibilità di un'eccezione che poteva, in un momento successivo, offrire motivo d'impugnazione per revocazione ai sensi dell'art. 395 n. 5 c.p.c. "L'obbligo imposto al giudice di pronunciare una sentenza condannata in anticipo si pone in antinomia con la logica e l'armonia del sistema". Così, infatti, E.T. LIEBMAN, *Sulla rilevabilità d'ufficio della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 359 ss., seguendo l'opinione già espressa in precedenza da G. CHIOVENDA, in *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 767 ss. Più di recente, V. ANDRIOLI, in *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, I, 993 ss.; A. PROTO-PISANI, *Appunti sul giudicato civile e suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, I, 418; *Eccezione di cosa giudicata e sua rilevabilità nel rito del lavoro*, in *Giust. civ.*, 1985, I, 453. Di contrario avviso in dottrina la voce isolata di S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 2, Milano, 1966, 30 ss., il quale aderiva alla tesi giurisprudenziale della natura di eccezione in senso stretto dell'eccezione di giudicato esterno. Si veda altresì SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, XIII, Padova, 2000, 215 dove si legge che "Il giudicato esterno sarà proponibile solo nel corso del giudizio di primo grado e, a pena di decadenza, entro i limiti ex art. 162 e 180, comma II c.p.c."

16 Con la sentenza Cass. Sez. Lav. 23 ottobre 1995, n. 11018, in *Foro it.*, 1996, I, 599, la Cassazione ha mutato il proprio indirizzo trentennale sui limiti temporali di proponibilità dell'eccezione di giudicato esterno, ergendo a principio generale quello della rilevabilità d'ufficio delle eccezioni e, viceversa, casi eccezionali le ipotesi in cui vi è impossibilità del giudice di pronunciare su fatti impeditivi, estintivi e/o modificativi che non siano stati dedotti o rilevati dalle parti.

Cass. Sez. Un. n. 226 del 2001, da segnalare all'attenzione dell'interprete non solo per aver precisato sul piano sostanziale la portata ed il contenuto dell'eccepiuto giudicato esterno ma anche, e soprattutto, per aver operato il definitivo sganciamento dell'eccezione in esame dal sistema delle preclusioni sia in punto di allegazione dei fatti storici sia in punto di deduzione dei mezzi di prova, includendo le relative questioni nella sfera delle questioni di diritto anziché di fatto¹⁸.

Senonché lo sviluppo dei presupposti giuridici alla base dell'accoglimento dell'ampia soluzione in materia di preclusioni istruttorie, oltre a tralasciare inequivoche indicazioni a garanzia dell'assolvimento tardivo dell'onere della prova¹⁹ e del corretto funzionamento del principio del contraddittorio, subiva, sino a poco tempo fa, un'irragionevole battuta d'arresto in riferimento alla rilevanza della suddetta questione *per la prima volta* in Cassazione, di cui si negava sistematicamente la spendibilità, attesa la non deducibilità di questioni nuove in tal sede²⁰. L'inammissibilità di una simile deduzione finiva con il far dipendere l'estromissione del giudicato dal contesto del giudizio di cassazione da una circostanza del tutto occasionale ed estranea all'iniziativa di parte, qual è per l'appunto, la sopravvenienza del giudicato esterno solo dopo il maturarsi delle preclusioni processuali nelle pregresse fasi di merito, contravvenendo, pertanto, alla *ratio* di tutela rafforzata prevista dalla disciplina codicistica nell'art. 395 n. 5 c.p.c.²¹.

Rebus sic stantibus, è giocoforza rilevare che la direttiva di Cass. n. 13916 del 2006, nel prendere ferma posizione in ordine alla definizione dell'ambito della rilevazione ufficiosa, abbia segnato una svolta decisiva nella precisazione dei rapporti tra eccezione, rilevazione e prova, essendo i tempi ormai maturi per una razionalizzazione complessiva del fenomeno processuale nella sua globalità, a dire il vero, resa inevitabile dalle recentissime indicazioni provenienti dalla disciplina positiva nonché dall'avvenuta costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata del processo.

17 In *Foro it.*, 2000, I, 856 ss., la quale si segnala per aver ripreso e riaffermato, dopo quasi quattro anni, il principio e le argomentazioni sviluppate in Cass. 23 ottobre 1995, n. 11018.

18 In *Foro it.*, 2001, I, 2810 ss., che si pone quale logico e necessario antecedente della sentenza qui in commento.

19 In passato, al fine di ovviare alle lacune esistenti sul punto, sono state individuate, in linea teorica, tre possibili soluzioni definite dallo stesso Autore che le aveva proposte "di dubbia legittimità costituzionale": la prima, consistente nel ritenere puramente e semplicemente che la parte potesse sempre addurre il documento comprovante l'esistenza del giudicato (soluzione che, però, indebolisce l'effettività del contraddittorio); la seconda, consistente nell'applicazione, ove possibile, del principio della non-contestazione (soluzione, questa, in contrasto con l'affermata indisponibilità del giudicato); la terza,

poggiante sul presupposto che i giudicati esterni, ove provenienti dallo stesso ufficio giudiziario avanti al quale pende il secondo giudizio, non necessitino di essere provati, (soluzione, di fatto contrastante con l'interpretazione pacificamente accolta dell'art. 115 c.p.c.) Così, G. SCARSELLI, *Note in tema di eccezione di cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 824 ss.

20 Così, Cass. 23 luglio 2004, n. 13854, in *Foro it.*, *Rep.* 2004, voce *cosa giudicata civile*, la quale ha ritenuto operante la preclusione derivante dall'art. 372 c.c. anche "nel caso di sopravvenienza del giudicato esterno dopo la proposizione del ricorso e del controricorso tenuto conto della peculiare struttura del giudizio di cassazione, incompatibile con l'attività d'istruzione probatoria". In senso adesivo Cass. Sez. V, 18 marzo 2003, n. 3925; Cass. Sez. V 1 marzo 2005, n. 4307.

21 Di "tutela forte" della cosa giudicata parla ampiamente G. SCARSELLI, *Appunti in tema, op. cit.*, 824 ss.



3. Spunti per un'analisi sistematica di Cass. Sez. Un. 13 giugno 2006, n. 13916 - Dal punto di vista strettamente formale, l'*incipit* della sentenza in commento non dà mostra di spiccata originalità nell'argomentare le premesse alla base del ragionamento della Suprema Corte, atteso che detta sentenza si limita a ripercorrere, sia pure con uno stile ben più conciso ed incalzante, le medesime conclusioni cui era già pervenuta in precedenza Cass. Sez. Un. n. 226 del 2001, di cui "non può disconoscersi", come la stessa Corte ha sostenuto, "la notevole forza maieutica".

Quasi testuale, infatti, il rinvio in motivazione all'ormai consolidata esegesi del disposto di cui all'art. 112 c.p.c. in riferimento al quale la giurisprudenza di legittimità ha costruito un criterio orientativo sul distinguo tra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato, affermando l'operatività del principio generale della normale rilevabilità d'ufficio delle fattispecie modificative, impeditive o estintive legittimamente dedotte in giudizio, derivando, invece, la necessità dell'istanza di parte, solo da un'eventuale specifica previsione normativa. Di conseguenza, l'eccezione di giudicato esterno, in difetto di tale previsione legislativa, è suscettibile di rilevazione ufficiosa da parte del giudice il quale è, pertanto, tenuto a pronunciarsi sulla stessa laddove il giudicato risulti dal materiale documentale ritualmente acquisito agli atti di causa²².

Puntualizzata, in via generale, l'analisi del contesto normativo di riferimento, la sentenza si sofferma brevemente sull'equiparazione tra giudicato interno ed esterno, sia con riguardo alla relativa autorità, che è quella prevista dall'art. 2909 c.c. sia in merito all'individuazione della *ratio* ad essi sottesa corrispondente, in entrambi i casi, all'esclusiva finalità eminentemente pubblicistica di eliminare l'incertezza delle situazioni giuridiche e di garantire la stabilità delle decisioni²³. All'avvenuto riconoscimento del carattere indisponibile del giudicato consegue, sul piano processuale, lo sganciamento della relativa deducibilità e/o rilevabilità dall'onere di tempestiva allegazione dei fatti costitutivi dello stesso, di cui è consentita l'allegazione in qualsiasi stato e grado del giudizio di merito, non subendo i limiti di utilizzabilità rappresentati dalle eventualmente intervenute decadenze istruttorie²⁴.

22 La Corte, così, precisa in motivazione: "essendo l'art. 112 c.p.c. un norma di rinvio alle disposizioni che prevedono caso per caso l'indispensabile iniziativa della parte senza che sia necessario o possibile per l'interprete la ricerca di principio unitario che uniformi quei casi, per tutte le eccezioni diverse da quelle corrispondenti alla titolarità di un'azione costitutiva, la necessità o meno di un'istanza di parte non può che derivare da una specifica disposizione di legge".

23 "La differenza pratica costituita dal fatto che il giudice dello stesso processo (anche di grado diverso) più facilmente è in grado di conoscere l'esistenza di un giudicato relativo alle questioni da decidere che non il giudice di uno stesso processo, non consente di porre

una distinzione fra i due giudicati, in ordine alla loro rilevabilità." Così si legge, infatti, in motivazione al punto 6.2.

24 "La riconosciuta rilevabilità d'ufficio dell'eccezione in esame pone tuttavia il problema della sussistenza o meno dei limiti da apporre a tale rilevabilità. Sennonché, com'è stato giustamente rilevato, pretendere l'allegazione in *limine litis* dei fatti che danno luogo ad un'eccezione in senso ampio significherebbe, in realtà, sancire una sostanziale parificazione tra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato". Così, R. ORIANI, *Eccezione rilevabile d'ufficio ed onere di tempestiva allegazione*, op. cit., 127 ss.

I confini entro i quali la Corte giunge a comporre il contrasto giurisprudenziale sulla deducibilità e/o rilevabilità del giudicato esterno *per la prima volta* in Cassazione sono quelli ben individuati dalla sintetica indicazione delle sentenze pronunciate nel triennio 2003-2006 ed attestatesi principalmente su due fronti opposti, l'uno, "favorevole al compimento di ulteriori passi in avanti", privilegiando una lettura tendenzialmente elastica del disposto di cui all'art. 372 c.p.c.²⁵, l'altro, "maggiormente prudente e preoccupato", specie con riguardo al grado di effettività delle garanzie difensive²⁶.

Il decisivo *passo in avanti* è stato compiuto mediante l'attribuzione al giudicato di una peculiare connotazione giuridica che, confermando l'opzione interpretativa già avallata in precedenza dalle Sezioni Unite, poggia sull'assimilazione dello stesso, per la sua intrinseca natura e per gli effetti che esso produce, agli elementi normativi astratti²⁷. La ricostruzione della *res iudicata* quale "regola del caso concreto", che partecipa, in quanto tale, della medesima natura delle norme giuridiche consente al giudice di legittimità di accertarne l'esistenza e la portata con cognizione piena, che si estende al diretto riesame degli atti processuali mediante indagini ed accertamenti, anche di fatto, indipendentemente dall'interpretazione datane a riguardo dal giudice di merito²⁸.

Dalla decisione resa dalla Suprema Corte emergono, dunque, interessanti profili di riflessione che, a ben vedere, si collocano coerentemente sulla scia delle istanze razionalizzatrici ed acceleratorie espressamente perseguite dalle recenti riforme²⁹. L'indirizzo interpretativo accolto riguardo all'inquadramento del fenomeno in esame rinviene il proprio fondamento logico-giuridico nell'espressa valorizzazione del principio, da tempo costituzionalizzato, della ragionevole durata del processo che, di fatto, impone un sindacato costante sull'intrinseca ragionevolezza dei meccanismi processuali globalmente considerati nonché l'estromissione di orientamenti interpretativi che, dando rilievo a formalismi superflui, siano di ostacolo all'adozione di soluzioni conformi al raggiungimento al suddetto obiettivo.

In tale prospettiva, la *res iudicata*, in quanto atta a precludere, mediante la sanzione dell'irrevocabilità della decisione, l'inesausta ricerca della verità materiale in un processo senza fine, verrebbe ad assumere un'importantissima funzione in ordine alla compressione dei tempi processuali considerato, altresì, che l'incontro-

25 Cfr. Cass. Sez. Lav., 30 ottobre 2003 n. 16376.; Cass. Sez. III, 23 dicembre 2003, n. 19772; Cass. Sez. Trib. 11 gennaio 2006, n. 360.

26 Conformemente Cass. Sez. I 27 gennaio 2006, n. 1760; Cass. Sez. I, 1 agosto 2003, n. 11731; Cass. Sez. Trib. 23 luglio 2004, n. 13854; ed in senso adesivo Cass. Sez. V 1 marzo 2005, n. 4307.

27 Si legge in motivazione che "La conseguenza di siffatta ricostruzione è che l'interpretazione del giudicato dovrà essere trattata piuttosto alla stregua dell'interpretazione delle norme che non alla stregua dell'interpretazione dei negozi e degli atti giuridici".

28 Sull'estensione dei poteri di valutazione del giudice si veda, altresì, Cass. Sez. III, 29 settembre 2005, n. 19136; Cass. Sez. Un. 17 novembre 2005.

29 Così, infatti, G. BALENA, *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, *op. cit.*, il quale rileva che "L'altalena del principio di concentrazione del processo - ricondotta in qualche modo, più o meno implicitamente, all'autorità dell'insegnamento chiovendiano - ha condizionato tutta la più recente evoluzione del processo civile, vuoi sul piano positivo vuoi su quello meramente esegetico, innescando una sorta di ricorso tra il legislatore, da un lato, e la dottrina e la giurisprudenza, dall'altro".

vertibilità della situazione giuridica accertata dalla sentenza è opportunamente salvaguardata dal superiore principio del *ne bis in idem*, cui è chiaramente orientato un sistema specifico di mezzi processuali, in particolare quelli di cui all'art. 39 c.p.c. sulla rilevabilità anche officiosa della *litispendenza* ed all'art. 395 n. 5 c.p.c., rivolta all'eliminazione di giudicati contrastanti. Alla luce di tali rilievi, la Corte denuncia, pertanto, la palese contraddittorietà di un ordinamento processuale in cui il giudice di legittimità deve ritenersi chiamato a pronunciare una sentenza che, al momento della decisione, egli già sa essere contraria ad altra precedente e, dunque, potenzialmente atta a rilevarsi *inutiliter data*. *Ex adverso*, la rilevabilità/deducibilità del giudicato esterno formatosi in pendenza del giudizio di cassazione, ove ammessa, legittimerebbe il giudice all'eliminazione del vizio revocatorio di cui la relativa decisione sarebbe inevitabilmente affetta, configurandosi, in sostanza, quale mezzo più idoneo al raggiungimento dell'obiettivo della ragionevole durata³⁰.

Alle suddette affermazioni di principio, che depongono a favore di una scelta resa, altresì, inevitabile dalle sempre più avvertite esigenze di economia e di semplificazione processuale, la Corte ha dato concreta effettività mediante una rinnovata esegesi dell'art. 372 c.p.c., aggirando, per via interpretativa, l'ostacolo rappresentato dal divieto di depositare in sede di legittimità prove documentali non prodotte nei precedenti gradi del processo, ad eccezione di quelle relative alla nullità della sentenza impugnata o all'ammissibilità del ricorso³¹. Il punto della motivazione attinente alla definizione delle modalità e dei tempi di deduzione del materiale documentale comprovante la formazione del giudicato esterno sopravvenuto costituisce l'aspetto più innovativo introdotto dalla sentenza in commento, avendo avuto il merito di sancire con i caratteri di effettività e ragionevolezza le riflessioni avanzate in sede di inquadramento giuridico della *res iudicata*. La Corte, infatti, rinviene il fondamento giuridico dell'opzione interpretativa accolta sulla scorta di una duplice considerazione di carattere logico-sistematico. In primo luogo, l'aver riconosciuto che il giudicato, in quanto espressione della *regula iuris* del caso concreto, è assimilabile agli atti normativi, esclude *a fortiori* l'operatività della preclusione in esame, dato che la produzione per la prima volta in sede di legittimità

30 Sul fatto che l'art. 395 c.p.c. assoggetti l'eccezione di cosa giudicata ad un trattamento tutto particolare rispetto alle altre eccezioni, si veda A. PROTO-PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1999, 90 ss.; S. MENCHINI, *Regiudicata civile*, voce del *Dig. civ.*, Torino, 1997, XVI, 467 ss.

31 Così, Cass. Sez. Lav. 30 ottobre 2003, n. 16376, dove si legge che: "Ritenere preclusa, anche in quest'ipotesi, l'acquisizione della documentazione comprovante la sopravvenienza del giudicato esterno, comporterebbe il grave inconveniente di consentire una pronuncia definitiva da parte di questa Corte in insanabile contrasto con la precedente decisione, esponendo così la sentenza di cassazione al rischio di un vizio revocatorio. Orbene, oltre al fine di evitare un inconveniente del genere - incompatibile anche rispetto

al principio di economicità dei giudizi, recentemente elevato a rango di principio costituzionale, con la riforma dell'art. 111, c. 2 Cost. - l'attuazione del precetto dettato dall'art. 372 c.p.c. appare del tutto coerente con l'evoluzione della normativa processuale, in particolare, nella parte concernente la possibilità di sottoporre a revocazione le pronunzie di legittimità (art. 391-bis c.p.c.), rispetto alla quale la produzione di documenti nuovi è strettamente funzionale. È appena il caso di avvertire che non contrasta con la tesi qui manifestata l'avviso espresso di recente da questa stessa Corte (Cass. 18 marzo 2002, n. 3925) la quale, dopo aver affermato la rilevabilità d'ufficio del giudicato esterno, ha sì escluso ogni deroga al citato art. 372 c.p.c., ma nel caso in cui il giudicato esterno si sia formato dopo e non prima la proposizione del ricorso o del controricorso."

di atti a contenuto normativo è stata tradizionalmente riconosciuta ammissibile dalla giurisprudenza ormai consolidata³². In secondo luogo, deve ormai ritenersi pacificamente ammessa la possibilità di produrre nelle forme di cui all'art. 372 c.p.c. la documentazione attestante la cessazione della materia del contendere per fatti successivi alla proposizione dell'impugnazione, giacché si tratterebbe di una prova la quale, testimoniando l'esistenza di una sopravvenuta carenza d'interesse all'impugnativa, inerebbe all'ammissibilità del ricorso³³.

Nella specie, la deduzione e/o il rilevamento del giudicato sopravvenuto verrebbe, di fatto, ad integrare una fattispecie di cessata materia del contendere, poiché la *regula iuris sopravvenuta*, essendo destinata a prevalere, in ragione del superiore interesse alla stabilità ed alla certezza delle situazioni giuridiche, sulla pretesa avanzata da una delle parti in ordine all'ottenimento per lo stesso caso di una diversa regolamentazione giuridica, verrebbe, di fatto, a determinare il venir meno dell'interesse del ricorrente ad una pronuncia sul merito dell'impugnazione. Ne consegue, quanto alle modalità di dimostrazione, che esse devono considerarsi regolarmente assolute qualora la documentazione attestante la sopravvenienza del giudicato è prodotta unitamente al deposito del ricorso, se si tratta di giudicato formatosi nella pendenza del termine d'impugnazione, oppure, in caso di formazione successiva alla notificazione del ricorso, fino all'udienza di discussione ma prima dell'inizio della relazione.

Sul piano strettamente processuale non è da escludersi che laddove la documentazione comprovante la sussistenza del giudicato sopravvenuto sia prodotta unitamente al deposito del ricorso, la trattazione della causa venga indirizzata in camera di consiglio versandosi nell'ipotesi di cui al n. 1 dell'art. 375 c.p.c.³⁴.

In riferimento alla soluzione accolta dalle Sezioni Unite sull'ammessa rilevanza d'ufficio del giudicato esterno sopravvenuto, l'effettività del contraddittorio nell'ipotesi in cui la produzione della relativa documentazione abbia luogo solo dopo il deposito delle memorie ex art. 378 c.p.c. riceve opportuna garanzia in virtù del richiamo effettuato al III comma dell'art. 384 c.p.c., così come modificato dal

32 Cfr. Cass. Sez. II 14 aprile 2000, n. 4823; Cass. Sez. II 23 febbraio 1981, n. 1102; Cass. Sez. II 20 gennaio 1979, n. 442.

33 Così, Cass. Sez. Un. 18 maggio 2000, n. 368, in Foro it., I, 956, 2001, con commento di A. SCALA, Sulla dichiarazione di cessazione della materia del contendere nel processo civile, per cui "se nel corso del giudizio di cassazione si verifica un evento dal quale deriva la cessazione della materia del contendere, la produzione della documentazione è ammessa ex art. 372 c.p.c., comportando una dichiarazione d'inammissibilità del ricorso, cui non segue peraltro, il passaggio in giudicato della sentenza impugnata". Coerentemente con tale principio si ritiene ammissibile la produzione della documentazione attestante la rinuncia all'azione, o l'intervenuta conciliazione dal momento che entrambi i casi comprovano il venir meno dell'interesse e, dunque,

una causa di (sopravvenuta) inammissibilità del ricorso o del controricorso. Conformemente Cass. Sez. Un. 9 settembre 2002, n. 13084.

34 Sulla nuova procedura camerale prevista dagli artt. 380 e 380-bis c.p.c., si veda A. PROTO PISANI, *Novità nel processo civile di cassazione*, in Foro it., 2005, IV, 252; A. TEDOLDI, *La delega sul procedimento di cassazione*, in Riv. dir. proc., 2005, 925 ss.; B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di Cassazione*, in Riv. dir. proc. 2006, 217 ss.; G. MONTELEONE, *Il nuovo volto della Cassazione civile*, in Riv. dir. proc. civ., 2006, 944 ss.; E. SILVESTRI, in CARPI-TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova 2006; CECHELLA-BOVE, *La riforma del processo civile*, in Il Sole 24 Ore, Milano, 2006; A. CARRATTA, *La riforma del giudizio in cassazione*, in Riv. trim. dir. proc. civ., Dic. 2006, 1105 ss.

D.lgs. n. 40 del 2006, il quale stabilisce che, laddove il giudice ritenga di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevabile d'ufficio (e l'efficacia del giudicato esterno è certamente tra questi), deve assegnare alle parti ed al pubblico ministero un termine perentorio per il deposito in cancelleria di eventuali osservazioni a riguardo.



4. Rilievo officioso delle questioni e garanzia del contraddittorio nel giudizio di legittimità - La nuova formulazione del terzo comma dell'art. 384 c.p.c., cui la sentenza in commento fa opportuno richiamo, sia pur in una prospettiva di non immediata applicazione³⁵, costituisce un'importante traguardo in ordine alla piena attuazione dei principi costituzionali a garanzia del giusto processo, in quanto rivolta a conciliare la tutela del diritto di difesa delle parti con il potere-dovere della Suprema Corte di pronunciarsi nel merito in ogni ipotesi di accoglimento del ricorso, qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto (art. 384 c.p.c.)³⁶. Una corretta esegesi dell'art. 111 della Costituzione che tenga conto, secondo la ben collaudata logica del "bilanciamento degli interessi", degli altri valori che in esso trovano pienezza di tutela, postula, infatti, l'esatto contemperamento tra il diritto delle parti alla piena attuazione del contraddittorio in una visione sostanziale del principio d'uguaglianza, da un lato, e l'attività di direzione e conduzione del processo da parte del giudice, funzionale ad una sollecita e leale definizione della lite, dall'altro³⁷. In quest'ottica è chiaro che la rilevazione officiosa delle questioni di fatto e di diritto non è soltanto attività di decisione ma anche, e soprattutto, attività di selezione, individuazione e trattazione delle questioni che conducono ad una soluzione della controversia tale da soddisfare le esigenze di snellezza, essenzialità e celerità del processo³⁸.

35 Come già precisato, le recenti modifiche in tema di procedimento di cassazione si applicano, infatti, ai soli ricorsi per cassazione proposti avverso le sentenze e gli altri provvedimenti pubblicati a partire dal 2 marzo 2006, data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 40 del 2006

36 Per un ampio approfondimento sul tema, si veda L.P. COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del giusto processo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, 1 ss.; L. MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio ed i giudizi civili della terza via*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 929 ss.; S. CHIARLONI, *Le sentenze della terza via in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1612 con nota di F.P. LUISO, *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio: una sentenza rivoluzionaria? Nella stessa linea si è posta Cass.* 31 ottobre 2005, n. 16577, in *Corr. Giur.*, 2006, 507 ss. con nota di C. CONSOLO, *Questioni rilevabili d'ufficio e decisioni della terza via: conseguenze.*

37 D'altronde, una corretta esegesi del precetto costituzionale che operi un opportuno "bilanciamento" tra tutti i valori che in esso trovano pienezza di tutela autorizzerebbe, senz'altro, a ritenere che anche il

fondamentale principio del contraddittorio debba fare necessariamente i conti con gli altri principi costituzionali quale, ad esempio, quello della ragionevole durata del processo. Dello stesso tenore le considerazioni avanzate da R. TISCINI, *Il ricorso straordinario in cassazione*, Giappichelli, Torino, 2005, 600, le cui affermazioni sono state provocatoriamente riportate da A. PROTO PISANI, *Novità del giudizio civile di cassazione*, in *Foro it.*, 2005, IV, 252 ss. Rileva, in proposito, G. BALENA, *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, *op. cit.*, "Ciò che appare (invece) irrinunciabile, dal punto di vista del diritto d'azione e dell'effettività della tutela giurisdizionale, è che a ciascuna delle parti, fatte salve le ovvie esigenze del contraddittorio, sia assicurata la concreta possibilità di sventare ogni eventuale tattica dilatoria dell'avversario e di ottenere sollecitamente dal giudice - qualora la voglia - una decisione.

38 Così, in particolare, N. PICARDI, *Il principio del contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 680 ss., i quale configura il contraddittorio non tanto come momento dialettico fra le situazioni giuridiche delle parti e le istanze di tutela quanto come strumento operativo del giudice e, quindi, come momento fondamentale del giudizio.

Senonché storicamente dall'esame del dibattito cui l'art. 384 c.p.c. ha dato luogo ogniquale volta è stato reiterato il tentativo di inserirlo nei testi e nelle proposte di riforma del codice di rito, sono emerse inequivocabilmente forti perplessità dovute prevalentemente dal timore che l'istituto della cassazione sostitutiva si traducesse in un grave pregiudizio al diritto di difesa delle parti consacrato dagli artt. 3, 24, ed ora, anche dall'art. 111 della Carta Costituzionale. Le resistenze registratisi in dottrina sulla generalizzazione della decisione della causa nel merito da parte del Supremo Collegio hanno, infatti, tradizionalmente trovato fondamento nell'esigenza di tutelare i diritti di difesa delle parti piuttosto che in quella di garantire la funzione istituzionale nomofilattica dell'organo³⁹. Il silenzio del legislatore del '90 sulle modalità attraverso cui assicurare la garanzia del contraddittorio ha, dunque, decisamente condizionato l'ambito di applicazione dell'istituto in esame, offrendo un forte argomento sistematico a favore di un'interpretazione rigorosa dei presupposti cui era condizionata la pronuncia rescissoria nel merito, specie di quello relativo alla *non necessità degli ulteriori accertamenti in fatto*⁴⁰.

Alla luce di quanto sopra, le attuali modifiche normative che hanno introdotto la possibilità per la Suprema Corte di addivenire ad una pronuncia rescissoria nel merito, ogniquale volta essa valuti la superfluità di acquisizioni probatorie ulteriori, hanno reso opportuna un'innovazione in punto di procedimento di cassa-

39 Prima della riforma del 2n006, a sostegno di un'interpretazione restrittiva dei presupposti alla base della competenza meritoriale della Corte, sono state addotte, dunque, ineludibili considerazioni afferenti alla garanzia del contraddittorio, stante l'assoluto silenzio del legislatore in merito all'individuazione dei poteri spettanti alle parti sul contenuto e sulla stessa opportunità di addivenire ad una decisione immediata nel merito. In dottrina, pertanto, si sono con il tempo prospettate diverse soluzioni, ora rilevando l'opportunità che la Corte consentisse uno scambio di memorie, quantomeno allorché adottasse una qualificazione giuridica della fattispecie difforme da quelle sostenute dalle parti, ora immaginando una scansione bifasica del giudizio di legittimità, nel cui contesto la prima udienza sarebbe stata destinata a concludersi con la pronuncia rescissoria, per poi lasciare spazio ad un'ulteriore udienza per la trattazione delle questioni attinenti alla definizione del merito. Più, in generale, sul deficit delle garanzie processuali, si veda L. MONTESANO, *Su proposte riforme della cassazione e dell'appello civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 751 ss.; C. CONSOLO in CONSOLO-LUIISO-SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Giuffrè, 1991; G. IMPAGNATELLO, *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, a cura di CIPRIANI e TARZIA, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1992; R. VACCARELLA in VACARELLA-CAPPONI-CECCHELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, 256 ss.; R. CAPONI, *Le prime sentenze sulla cassazione sostitutiva per motivi di merito*, in *Foro it.*, 1996, 3742 ss.; F. BILE, *La riforma mancata del '90: il giudizio di merito in Cassazione secondo il nuovo art. 384 c.p.c.*, in *Giur. It.*, 1998, 189 ss.; N. PICARDI, *Il principio del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 673 ss.

40 La lacunosità del dato testuale in termini di garanzie difensive ha storicamente assunto la veste di canone interpretativo dell'istituto, escludendo l'ipotesi della cassazione sostitutiva finanche quando la Corte giungeva ad una diversa qualificazione giuridica della fattispecie concreta sulla base delle acquisizioni probatorie già accertate nelle pregresse fasi del giudizio. Cfr., tra tutti, L. MONTESANO-G. ARIETA, *Diritto processuale*, II, 442 ss., il quale ammoniva che "le parti non possono prevedere se ed in quali modi e contenuti, la decisione della Corte Suprema sull'*error in iudicando* comporterà qualificazioni del materiale di causa tanto nuove da aprire il problema di novità anche in fatto", sicché "(le parti) possono non mai prima, ma solo dopo la pronuncia della Cassazione, e cioè in fase di rinvio, utilizzare gli strumenti difensivi idonei ad impostare i termini di quel problema ed a proporre al giudice le soluzioni". In questo senso M. DE CRISTOFARO, *La cassazione sostitutiva nel merito: pronunce di due anni e presupposti*, in *Corr. Giur.*, 1998, 357 ss., il quale scriveva in proposito che "se la Corte si mantiene fedele al principio-guida di chiaro segno restrittivo, non pare si rendano necessari i correttivi studiati in dottrina, del resto incompatibili con l'attuale strutturazione del giudizio di legittimità". Conforme all'opinione di quest'ultimo quella di A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice di merito*, Giappicchelli, Torino, 2005, il quale sostiene che "Tutto sommato la Corte di cassazione sembra, sino ad oggi, aver fatto buon governo della norma in esame. Le scelte compiute appaiono trapassate da una saggezza condivisibile".

zione, onde non incappare in una censura d'incostituzionalità del neo-riformulato art. 384 comma II⁴¹. Specificamente, è stato previsto che la Corte, qualora ritenga di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, riserva la decisione, disponendo con ordinanza al pubblico ministero ed alle parti un termine compreso tra i venti ed i sessanta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione. Trattasi di una soluzione processuale chiaramente orientata nella direzione di consentire alle parti di sviluppare le rispettive difese sulla fondatezza o meno della questione sottoposta al loro esame, eventualmente argomentando sulla necessità di nuovi accertamenti in fatto, e quindi, sull'opportunità di un giudizio di rinvio, a seguito della nuova impostazione giuridica della causa ad opera della Cassazione.

Nell'estensione dei poteri decisorii del Supremo Collegio, la novella del 2006 sembra aver dato una risposta compiuta all'appello lanciato in passato dalla dottrina con cui si sollecitava il legislatore a dare coerenza e completezza ad un scenario normativo contraddittorio e, a tratti, eccessivamente lacunoso⁴². Avendo superato le perplessità tradizionalmente avanzate sul piano del *deficit* delle garanzie procedurali, nessun limite di carattere sistematico o metodologico può oggi addursi avverso una corretta interpretazione del precetto legislativo che dia buon conto del potenziamento dei poteri decisorii della Corte in riferimento alla definizione nel merito delle controversie, a tutto vantaggio di una maggiore celerità nella trattazione e definizione delle cause dedotte in giudizio.

Dott.ssa Alessandra Di Marco

41 E' indubbio che "La necessità per il giudice di provocare la discussione delle parti sulle questioni di diritto e di fatto che ritenga di rilevare d'ufficio, rappresenti il nucleo forte – ineliminabile – del giusto processo o, se si vuole, del diritto di azione e difesa".

Così A. PROTO-PISANI, in *Foro it.*, 2000, V, 242. Per altre

indicazioni, M.G. CIVININI, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo officioso delle questioni e contraddittorio*, in *Foro it.*, V, 1999, 1 ss.; G. BALENA, in *Foro it.*, 2001.

42 Così M. BOVE, *Riv. dir. proc.*

GIURISPRUDENZA

PENALE

**CASSAZIONE, SEZ. III PEN., DEL 6 FEBBRAIO 1996,
DEP. IL 27 MARZO 2006, N. 3124; PRES. GLINNI, REL. FINALE**

**REATI TRIBUTARI - PROVENTI ILLECITI - TASSABILITÀ - SUSSISTE -
ANNOTAZIONE NELLE SCRITTURE CONTABILI - OBBLIGO - SUSSISTE**

La mancata annotazione nelle scritture contabili obbligatorie ai fini delle imposte sui redditi e dell'imposta sul valore aggiunto di corrispettivi derivanti da attività illecita costituisce il reato di cui all'art. 1 del D.L. 10 luglio 1982, n. 429, convertito, con modificazioni, dalla L. 8 agosto 1982, n. 516, atteso che non è la peculiare provenienza che impedisce di sottoporre a tassazione gli incrementi economici derivanti da attività illecite quanto piuttosto l'intervenuta confisca degli incrementi medesimi, l'effettuata loro restituzione al danneggiato dal reato, ovvero la confiscabilità obbligatoria degli stessi (1).

FATTO

◆ Con sentenza 14 gennaio 1991 il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Lecce, a seguito di procedimento svolto con rito abbreviato, affermava la penale responsabilità di F.B. in ordine ai reati di cui:

◆ all'art. 4, n. 7), della L. n. 516/1982 (dissimulazione di componenti positivi di reddito per gli anni dal 1983 al 1987);

◆ all'art. 4, n. 7), della L. n. 516/1982 (simulazione di componenti negative di reddito per gli anni 1985 e 1986);

◆ all'art. 1, comma 2, della L. n. 516/1982 (omessa annotazione di corrispettivi per gli anni dal 1983 al 1987);

◆ all'art. 3, comma 2, della L. n. 516/1982 (omessa annotazione sul registro di carico di un blocchetto contenente 50 bolle di accompagnamento di beni viaggianti, e, riconosciute circostanze attenuanti generiche, lo condannava - con la diminuzione di cui all'art. 442 del codice di procedura penale alla pena di mesi 4 di reclusione (previa unificazione dei medesimi reati nel vincolo della continuazione) ed alle pene accessorie di legge, concedendo il beneficio della sospensione condizionale. Sul gravame dell'imputato, la Corte d'appello di Lecce - con sentenza 4 marzo 1994 - dichiarava estinto per prescrizione il reato di cui all'art. 3, comma 2, della L. n. 516/1982, confermando nel resto la decisione impugnata.

Avverso tale sentenza ha proposto ricorso F.B., eccependo violazione di legge e manifesta illogicità della motivazione.

I reati a lui ascritti, invero, dovrebbero ritenersi collegati a redditi derivanti dalla commissione di truffe (reati per i quali sarebbe stato emesso decreto di dichiarazione per amnistia) e le Sezioni Unite di questa Corte Suprema, con la sentenza 12 novembre 1993, n. 18, avrebbero "definitivamente consacrato il principio della non tassabilità dei proventi illeciti".

Il pubblico ministero presso questa Corte ha chiesto la declaratoria di inammissibilità del ricorso per manifesta infondatezza ma, nella camera di consiglio del 30 novembre 1995, è stata disposta la trattazione in pubblica udienza.

DIRITTO - Il ricorso è infondato e deve essere rigettato.

Esso si fonda, invero, sull'erroneo assunto che le Sezioni Unite di questa Corte Suprema - con la sentenza n. 18 del 12 novembre 1993 - avrebbero "definitivamente consacrato il principio della non tassabilità dei proventi illeciti". Tale perentoria affermazione, al contrario, travisa le conclusioni raggiunte dalle Sezioni Unite, che, nella fattispecie sottoposta al loro esame (abusiva riproduzione di musicassette destinate al commercio), hanno escluso la possibilità di ravvisare, in concorso con il delitto di cui all'art. 1 della L. n. 406/1981, anche la contravvenzione di cui all'art. 1, ultimo comma, della L. n. 516/1982 (omessa tenuta delle scritture contabili obbligatorie ai fini delle imposte dirette sui redditi e dell'imposta sul valore aggiunto) non già affermando, in via di principio, l'intassabilità del reddito illecitamente prodotto, bensì rilevando - in punto di fatto - che, nella specie, nessun reddito era stato effettivamente prodotto, poiché le musicassette abusivamente riprodotte non erano state ancora vendute e mai avrebbero potuto esserlo, dovendo essere tutte obbligatoriamente confiscate. Secondo le argomentazioni delle Sezioni Unite, pertanto, non è la peculiare provenienza che impedisce di sottoporre a tassazione gli incrementi economici derivanti da attività illecite (almeno nei casi in cui dette attività non siano intrinsecamente illecite) quanto piuttosto l'intervenuta confisca degli incrementi medesimi, l'effettuata loro restituzione al danneggiato dal reato, ovvero la confiscabilità obbligatoria di essi. In ogni altro caso, secondo il ragionamento delle Sezioni Unite, nulla vieta di sottoporre a tassazione i redditi provenienti da reato, giacché la mancata ablazione da parte del giudice fa perdere ad essi ogni carattere di illiceità.

E l'art. 14, comma 4, della L. 24 dicembre 1993, n. 537, prevede, in proposito, che "nelle categorie di reddito di cui all'art. 6, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, devono intendersi ricompresi, se in essi classificabili, i proventi derivanti da fatti, atti o attività qualificabili come illecito civile, penale o amministrativo, se non già sottoposti a sequestro o confisca penale. I relativi redditi sono determinati secondo le disposizioni riguardanti ciascuna categoria". Nella fattispecie in esame risulta accertato, in punto di fatto, che i proventi tassati sono stati conseguiti da F.B. attraverso la stipulazione di contratti (offerte di lavoro a domicilio, nell'ambito dell'attività di produzione di oggetti di *peluche*, con previsione di congrua retribuzione) che si inquadrano perfettamente nel tipo di attività svolta dallo stesso imprenditore, legittimi nella fase genetica e che acquistano profili di illegittimità nella fase esecutiva per il mancato adempimento della controprestazione dovuta da F.B. ai prestatori di lavoro.

Al di là di ogni questione, pertanto, relativa alla possibilità di applicazione retroattiva della norma introdotta dall'art. 14, comma 4, della L. n. 537/1993, (disposizione che, comunque, a giudizio di questa Corte) non modifica né integra l'art. 6 del

D.P.R. n. 917/1986, ma - tenuto conto della sua formulazione testuale e del mancato inserimento nel testo dello stesso decreto - ha valore di interpretazione autentica di quella previsione normativa), i redditi in oggetto si configurano senz'altro quali *redditi d'impresa*, in quanto conseguiti attraverso l'esercizio (sia pure contrattualmente scorretto) dell'attività imprenditoriale, e non vi è motivo alcuno per escluderli dal novero di quelli tassabili, giacché il loro possesso costituisce manifestazione inequivoca di capacità contributiva. Al rigetto del gravame segue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese del procedimento.

P.Q.M.

La Corte Suprema di Cassazione, visti gli artt. 607, 615 e 616 del codice di procedura penale, rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese del procedimento.

NOTA

Una questione sempre in primo piano: la tassazione dei proventi illeciti. I profili di incostituzionalità dell'art. 14, comma 4, della L. n. 537/19 attraverso l'esame della sempre attuale pronuncia 3124 del 1996.

(1) Profili di incostituzionalità dell'art. 14, comma 4, della L. n. 537/1993

Con la sentenza che si annota, la Corte di Cassazione torna ad occuparsi di una problematica da tempo al centro di accesi dibattiti dottrinari: la tassazione dei proventi illeciti.

Pur nella certezza che, con le sue molteplici sfaccettature l'argomento in esame suscita interesse tale da investire ogni ramo del diritto tributario vigente, deve preliminarmente avvertirsi come lo stesso venga qui trattato con unico riferimento agli aspetti costituzionali-penali.

In particolare, si vuole in questa sede avere riguardo alla conformità ai dettami costituzionali di una previsione, quale l'art. 14, comma 4, della L. n. 537/1993¹, che con l'inserimento dei proventi da illecito tra i redditi soggetti ad imposta comporta una autoincriminazione del soggetto dichiarante².

1 In tema di tassazione dei proventi illeciti, in materia penale. MIRRI, Diritto penale tributario, a cura di G. Fiandaca ed E. Musco, 1997, pagg. 42 e seguenti; G.P. CHIEPPA, Diritto e procedura penale tributaria, a cura di I. Caraccioli-A. Giarda-A. Lanzi, 1994, pagg. 44 e seguenti; CERRETTA-BERSANI, Redditi provenienti da attività illecita. Profili tributari e penali, in "il fisco" n. 26/1990, pagg. 4223 e seguenti; PATRONO-TINTI, Contravvenzioni e delitti tributari, 1988, pagg. 53 e seguenti; INSOLERA, L'an.1, in "I reati in materia fiscale", 1990, pagg. 175 e seguenti.

2 L'art. 14, comma 4, della L. n. 537/1993 prevede: "nelle categorie di reddito di cui all'art. 6, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, devono intendersi ricompresi, se in esse classificabili, i proventi derivanti da fatti, atti o attività qualificabili come illecito civile, penale od amministrativo, se non già sottoposti a sequestro od a confisca penale. I relativi redditi sono determinati secondo le disposizioni riguardanti ciascuna categoria".

Brevemente nel merito del ricorso.

L'imputato, con l'atto, eccepisce la violazione di legge e la manifesta illogicità della motivazione della sentenza della Corte di Appello di Lecce che, confermando quanto disposto dal Tribunale di Lecce, lo condannava alla pena di mesi 4 di reclusione e lire 100.000 di multa dopo avergli ascritto la penale responsabilità in ordine ai reati di cui agli artt. 4, n. 7), della L. n. 516/1982, per dissimulazione di componenti positivi di reddito per gli anni 1983-1987, 4, n. 7), della L. n. 516/1982, per simulazione di componenti negative di reddito per gli anni 1985-1986, I, comma 2, della L. n. 516/1982, per omessa annotazione sul registro di carico di un blocchetto contenente 50 bolle di accompagnamento di beni viaggianti.

Il ricorso alla Suprema Corte trova ragione, secondo quanto vi si legge, nella considerazione secondo cui i reati contestati devono ritenersi collegati a redditi derivanti dalla commissione di truffe e pertanto assoggettati ad un presunto principio di "non tassabilità dei proventi illeciti".

La Corte, nella sentenza riportata, rigetta il ricorso mediante una duplice considerazione. Innanzitutto, afferma, mai è stato consacrato un principio generale di "non tassabilità dei proventi illeciti"³, di poi, continua, è lo stesso dato normativo di cui all'art. 14, comma 4, della L. n. 537/1993 ad inserire i proventi da illecito nelle categorie di reddito di cui all'art. 6, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi e, conseguentemente, ad imporne l'esatta dichiarazione.

La decisione della Corte, che rispecchia l'orientamento giurisprudenziale che si è formato in materia, non appare condivisibile.

Ed il disaccordo non trova ragione nella motivazione fornita dall'Organo giurisdizionale di legittimità nel caso di specie, quanto nella supposta incostituzionalità della disposizione di cui all'art. 14, comma 4, della L. n. 537/1993, per contrasto con l'art. 24, comma 2, della Costituzione, là dove stigmatizza il principio del *nemo tenetur se detegere*, e con l'art. 3 della Costituzione, in tema di necessaria ragionevolezza della fattispecie penale.

In ordine all'art. 24, comma 2, della Costituzione.

L'art. 14, comma 4, della L. n. 537/1993, impone l'obbligo di indicazione nelle scritture contabili di cespiti produttivi derivanti da reato. In altri termini il contribuente obbligato, al momento della redazione del proprio documento fiscale, per ot-

³ Deve infatti essere ben specificato come il principio di "non tassabilità dei proventi illeciti", invocato dal ricorrente, non sia mai stato stigmatizzato dalla Corte di legittimità a mezzo di pronunce di portata generale; al contrario, lo stesso ha trovato accoglimento differenziato a seconda delle fattispecie concrete cui veniva a manifestarsi: nel caso richiamato dal ricorrente, ad esempio, la non tassabilità viene desunta dalla Suprema Corte sulla base della non produttività dei cespiti di reddito non dichiarati: si tratta, infatti, di musicassette abusivamente riprodotte ed assoggettate a provvedimento di confisca, Cass., SS.UU., 12 novembre 1993, n. 18: in altra occasione, in tema di omessa

annotazione ex art. 1 della L. n. 516/1982, l'esclusione dalla tassazione deriva dalla considerazione secondo cui i proventi da illecito, non essendo conseguenza di una operazione produttiva e dovendosi ritenere frutto di arricchimento senza causa, non possono rientrare nella nozione di reddito, Cass., Sez. III, 9 gennaio 1991, in "Corr. trib.", 1991, pag. 162; ancora, sempre in tema di art. 1 della L. n. 516/1982, l'assenza di obbligo di annotazione nelle scritture contabili dei proventi illeciti trova ragione in forza della considerazione secondo cui tali proventi, costituendo il pretium sceleris, non possono essere considerati reddito ai fini tributari, Cass., Sez. III, 22 marzo 1991, in "Rass. imp.", 1991, pag. 524.

temperare a pieno alle disposizioni della norma, deve ammettere il compimento di eventuali proprie attività illecite pregresse, calcolarne analiticamente i proventi ed indicarne l'importo. *Nulla quaestio*, come tale comportamento integri pacificamente una forma di autodenuncia.

In tal modo, infatti, il dichiarante compie un atto di "confessione forzata" il quale, pur se conforme ai principi della normativa tributaria, altro non è se non una *notitia criminis* diretta alla Autorità tributaria⁴.

Ed essendo pacifico l'obbligo in capo a quest'ultima di trasmissione alla competente Autorità giudiziaria, conseguenza ultima della autodichiarazione l'apertura di un procedimento penale ai danni dello stesso dichiarante.

E la conseguenza obbligata, ad opinione di chi scrive, si pone in antitesi con il principio del *nemo tenetur se detegere* di cui all'art. 24, comma 2, della Costituzione⁵. Da subito, anche per correttezza espositiva, è necessario ricordare come la giurisprudenza tanto della Corte Costituzionale come della Corte di legittimità⁶, abbia mantenuto ferma una interpretazione estremamente letterale della disposizione costituzionale ed abbia conseguentemente sempre attribuito al ricordato principio valore esclusivamente endoprocessuale. In questa lettura, un obbligo di ammissione di responsabilità anticipato rispetto all'apertura del procedimento penale risulta conforme al crisma costituzionale⁷.

Ma per altrettanta correttezza, non può essere trascurata la lettura di tutta quella dottrina⁸ che, anche "in considerazione dei nuovi fenomeni di obbligo informativo che tendono a modificare gli equilibri di valori esistenti"⁹, cerca di individuare nel principio stesso un'ambito di operatività che vada oltre lo stretto limite diacronico indicato nella disposizione costituzionale.

A riguardo due gli orientamenti prevalenti: il primo diretto a legittimare la lettura estensiva del termine "procedimento" presente nell'art.24, comma2, della Costituzione in modo da ricomprendervi anche gli atti compiuti in una fase preprocessuale¹⁰; il secondo mirato ad individuare un appiglio normativo che permetta di attribuire al diritto di non autocriminazione un a valenza di scusante extralegale con

4 Nel caso in sentenza, ad esempio, il ricorrente, per posizionarsi nell'area del lecito tributario, avrebbe dovuto ammettere la precedente commissione di una pluralità di delitti di truffa.

5 L'art. 24, comma 2, della Costituzione, da cui discende il principio del *nemo tenetur se detegere*. dispone: "La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento".

6 Corte Cost., sent. n. 236/1984, Cass., Sez. III, 22 gennaio 1992, n. 132.

7 La giurisprudenza della Consulta, in tema di tassabilità di proventi illeciti ha sottolineato come "non rilevi l'obbligo confessori o quanto alla astratta tassabilità del provento, poiché il principio di cui all'art. 24, comma 2, della Costituzione non è richiamabile in relazione a

comportamenti doverosi che, autonomamente considerati, non costituiscono confessione di reati, ma adempimento di obblighi imposti a tutela di un diverso bene giuridico.

8 Per tutti: ZANOTTI, *Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 1989, pagg. 176 e seguenti; FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, 1990, pagg. 358 e seguenti.

9 FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., pag. 358. L'autore, in relazione alla estensione da attribuirsi al diritto di difesa, sottolinea l'auspicio di una più attenta considerazione del legislatore alle conseguenze del proliferare degli obblighi di informazione cui viene soggetto il cittadino.

10 Così FORNASARI. *Il principio di inesigibilità*, cit., pagg. 358 e seguenti.

destinazione non solo endoprocessuale ma anche extraprocessuale¹¹.

Pur se la brevità espositiva richiesta da questa sede non permette distinguere a mezzo di un esame delle ragioni sottostanti quale delle due soluzioni sia da preferire, appare chiaro come entrambe le strade indicate si palesano maggiormente funzionali al raggiungimento dello scopo sotteso alla disposizione costituzionale. L'art. 24, comma 2, della Costituzione¹², infatti, mira ad evitare che il singolo cittadino possa essere assoggettato a sanzione penale a seguito di proprie dichiarazioni autoindizianti.

Nessun dubbio, allora, che le dichiarazioni in contrasto con il principio costituzionale siano tutte quelle caratterizzate dalla intrinseca idoneità al raggiungimento del risultato da evitare; poco importa il momento in cui le stesse vengono poste in essere. Pertanto, confinare il diritto a non compiere dichiarazioni autoindizianti e, conseguentemente a non fornire prove di reità a proprio carico in una sfera meramente endoprocessuale significa obliterare la stessa ragion d'essere del *nemo tenetur se detegere*.

Ed allora l'allargamento ad una dimensione più ampia dell'efficacia dell'art. 24, comma 2, della Costituzione diviene una esigenza primaria. E tale allargamento del diritto alla difesa non può essere che quello di divenire "barriera sostanziale alla applicabilità di una norma incriminatrice, posta a tutela di un obbligo il cui adempimento comporterebbe, per il destinatario, l'autodenuncia per un illecito commesso in precedenza¹³.

Ma non si deve pensare ad un allargamento senza limiti: confine insuperabile a tale interpretazione rimane la salvaguardia di interessi collettivi, costituzionalmente garantiti, che vengono lesi o messi in pericolo dalla condotta del singolo che pone in essere l'omessa dichiarazione al fine di evitare la propria incriminazione; così, ad esempio, nella materia oggetto di trattazione, non è certamente invocabile il principio del *nemo tenetur se detegere* tutte le volte in cui dall'omessa dichiarazione segue una falsa informazione sociale ex art. 2621 del codice civile e conseguentemente una lesione del diritto del risparmiatore verso una corretta informazione dello stato patrimoniale della società¹⁴.

Ma quand'anche non si voglia accedere alla suesposta lettura e si preferisca mantenere fermo l'angusto confine diacronico del "procedimento", il vizio di incostituzionalità dell'art. 14, comma 4, della L. n. 537/1993 emerge dal contrasto della

11 In questa direzione, ZANOTTI, *Nemo tenetur se detegere*, cit., il quale nel lavoro giunge alla conclusione secondo cui l'art. 384, comma 1, del codice penale prevede una scusante fondata sulla inesigibilità, applicabile a tutte le ipotesi di possibile autoincriminazione, comprese quelle poste in essere al momento della formazione di una prova non ancora collegata alla instaurazione di un processo. (12) Così come accade anche in altri ordinamenti, per tutti il notissimo quinto emendamento degli Stati Uniti d'America. Per una attenta disamina dei profili

comparatistici del *nemo tenetur se detegere*: GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, 1971, pagg. 22 e seguenti.

13 ZANOTTI, *Nemo tenetur se detegere*, cit., pagg. 176 e seguenti.

14 Ugualmente, FORNASARI, *L'inesigibilità*, cit., che muove tale critica a coloro che cercano di attribuire valore si scusante incondizionata al *nemo tenetur se detegere*.

norma stessa con il principio di ragionevolezza ex art. 3 della Costituzione.

La necessaria ragionevolezza della fattispecie penale si materializza, tra le varie forme, nel divieto per il legislatore di imporre al cittadino obblighi di fare che si pongono in conflitto con l'ordinamento giuridico vigente¹⁵.

Ed il censurato conflitto è quantomai evidente tutte le volte in cui proprio dall'obbligo di fare discende una imposizione al soggetto di rilevare un proprio illecito precedentemente commesso¹⁶.

A ben vedere, infatti, l'ottemperare o meno all'obbligo imposto della norma penale comporta sempre il rischio per il soggetto obbligato di essere sottoposto a procedimento penale.

Colui che ottempera, subisce il processo per l'attività illecita in precedenza compiuta; colui che non ottempera corre il rischio di essere scoperto per una delle due violazioni compiute e, conseguentemente, imputato tanto per l'attività pregressa che per l'omessa indicazione¹⁷.

Ed è proprio ciò che avviene nell'ipotesi di cui all'art. 14, comma 4, della L. n. 537/1993, con la conseguenza di una seconda insanabile incompatibilità tra il disposto normativo e la Carta Costituzionale, questa volta in riferimento al principio di ragionevolezza ex art. 3.

Il contrasto tra obbligo di dichiarazione dei proventi illeciti e tassabilità degli stessi, non perde evidenza neppure avanti a quelle argomentazioni che, a mezzo di una prospettiva di osservazione inversa, vedono nella ipotetica assenza di una espressa tassazione dei proventi illeciti, il contrasto con diverse disposizioni costituzionali. La legittimità costituzionale (più precisamente: la necessità costituzionale) dell'art. 14, comma 4, della L. n. 537/1993 è spesso supportata mediante il ricorso alla combinata lettura degli artt. 2, 3, 41 e 53 della Costituzione¹⁸.

L'ipotesi, tuttavia, sembra dimentica del riconoscimento, nella stessa Costituzione, della sola attività produttiva lecita, là dove si legge¹⁹ che l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana, da cui, poiché le attività costituenti reato si svolgono certamente in contrasto con tali beni, l'ordinamento deve reprimere il reato ed eliminarne completamente le conseguenze e non può sancire un di-

15 Per una accurata lettura delle forme di manifestazione del principio di necessaria ragionevolezza della fatti specie: LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, 1989.

16 Così CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, 1988, pag. 760.

17 Con la possibilità, da alcuni palesata, di veder maggiorata la sanzione dall'ulteriore addebito dell'aggravante teleologica di cui all'art. 61, n. 2), del codice penale.

18 Nella stessa giurisprudenza della Corte di legittimità si è sostenuto come "la tassazione

dei proventi da illecito non è incostituzionale, come parte della dottrina ha sostenuto, ma trova precisi spunti di aggancio proprio nei principi della carta fondamentale. Muovendo dalla prospettiva costituzionale, è pacifico che i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale sono anche alla base dell'obbligo di partecipare alle spese pubbliche e non possono soffrire eccezioni con riferimento alla circostanza che il soggetto, partecipe della comunità statale, ponga in essere, in modo occasionale oppure organizzato ovvero quale abitudine di vita, attività *contra legem*" (Cass. Sez. III, 7 marzo 1994).

19 Il riferimento è all'art. 41 della Costituzione.

ritto di prelievo tributario che costituirebbe un riconoscimento di dette attività illecite.

Proprio in ragione di ciò, per i proventi da reato, deve essere osservato un trattamento diametralmente opposto a quello del prelievo fiscale, riservato ai proventi di altre attività. E tale trattamento è giuridicamente costituito dalle misure della restituzione e confisca, misure che operano anticipatamente rispetto al prelievo tributario: non tassano il provento ma, agendo su prezzo, prodotto e profitto del reato, impediscono che si giunga al provento stesso.

Dalla validità delle conclusioni raggiunte segue una duplice conseguenza.

Da un lato, perdono significato le costruzioni e diversificazioni poste in essere dalla Corte per giustificare od escludere l'applicazione dell'art. 14, comma 4, della L. n. 537/1993, quali quelle di beni produttivi di reddito e beni improduttivi, utili conseguenti direttamente l'attività illecita ed utili indotti: ogni qual volta sia ravvisabile un'imposizione di autoincriminazione non controbilanciata dalla necessità di tutela verso interessi collettivi all'informazione, deve essere colpita da censura di incostituzionalità. Dall'altro, deve essere riconsiderata la possibilità di porre in essere le violazioni di cui alla L. n. 516/1982 caratterizzate dalla omessa annotazione, dalla dissimulazione di componenti positivi o dalla simulazione di componenti negative di reddito, dalla frode fiscale ogni qual volta le poste di bilancio incriminate siano caratterizzate da proventi illeciti.

Il diritto a non compiere dichiarazioni autoindizianti, infatti, fa sì che diventi inesigibile la conformazione ai ricordati obblighi tutte le volte in cui dall'ottemperare tale condotta segua la possibilità, per il dichiarante, di sottoposizione a processo penale (*rectius*: sanzione penale).

Paola CROSTA

GIURISPRUDENZA
AMMINISTRATIVA

Sentenza n. 94 del 5 gennaio 2006

Lavoro alle dipendenze della P.A. – Recupero somme indebitamente corrisposte al dipendente – Ammissibilità.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
DEL LAZIO - SEZIONE II ter**

**composta dai Signori: Consigliere Roberto SCOGNAMIGLIO-
Presidente ;Consigliere Antonio AMICUZZI- Correlatore- Primo
Referendario Floriana RIZZETTO- Relatore ha pronunciato la
seguente**

Sentenza

sul ricorso n. 6362/97 proposto da STRAZZA Giuseppe, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Gaetano Liccardo, Roberto Landolfi, Giuseppe Strazza, presso quest'ultimo elettivamente domiciliato in Roma, Via Plinio 44;

Contro

il MINISTERO DEI BENI CULTURALI E AMBIENTALI, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege*;

per l'annullamento

del decreto del 11.11.96, con cui è stato disposto il recupero degli emolumenti retributivi erroneamente corrisposti al ricorrente;

nonché ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio per l'Amministrazione intimata;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi alla pubblica udienza del 21 novembre 2005, relatore il Primo Referendario Floriana Rizzetto, i difensori delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato quanto segue:

Fatto

Con ricorso notificato il 24.4.97 e depositato il 7.5.97, il ricorrente, già dipendente dell'amministrazione resistente, impugna l'atto indicato in epigrafe, con cui è stato disposto nei suoi confronti il recupero di somme erroneamente corrisposte a titolo di emolumenti retributivi.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

Violazione dell'art. 24 della l.312/80; Eccesso di potere per difetto, illogicità e contraddittorietà della motivazione. In sintesi il ricorrente lamenta l'illegittimità dell'atto impugnato in quanto non tiene conto che egli vantava un'anzianità tale "da far credere" la spettanza degli emolumenti percepiti, sicché il recupero con esso disposto sarebbe stato disposto senza tener conto della buona fede dello stesso nel per-

cepire le somme in questione. Inoltre l'atto impugnato non risulterebbe sufficientemente motivato e non consentirebbe al ricorrente di comprendere l'iter logico-giuridico seguito dall'amministrazione per considerare come "erroneamente valutati", ai fini del trattamento economico, i servizi dallo stesso prestati.

Eccesso di potere per ingiustizia manifesta. Lamenta il ricorrente che l'amministrazione non avrebbe tenuto conto, nel disporre il contestato recupero, di alcune fondamentali circostanze, quali il lungo tempo trascorso, nonché l'intervenuta decorrenza del termine prescrizionale in ordine all'esercizio del diritto di recupero, nonché l'avvenuto utilizzo delle somme erroneamente corrisposte per fronteggiare le ordinarie spese quotidiane e la situazione di disagio economico in cui lo stesso si verrebbe a trovare a seguito del disposto recupero.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata, chiedendo la reiezione del ricorso, in quanto infondato, vinte le spese.

All'udienza pubblica odierna il ricorso è trattenuto in decisione.

Diritto

Con il ricorso in esame si impugna l'atto con cui la resistente amministrazione ha disposto il recupero delle somme indebitamente percepite dal ricorrente lamentandone, con il primo motivo, il difetto di motivazione e con il secondo motivo, l'illegittimità sotto il profilo della mancata considerazione della buona fede dello stesso nel percepire le somme in questione nonché della circostanza dell'avvenuto utilizzo delle stesse per fronteggiare le ordinarie spese quotidiane e della situazione di disagio economico in cui lo stesso si verrebbe a trovare a seguito del disposto recupero.

Il primo motivo è infondato.

Come chiarito da ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, il "provvedimento" col quale l'Amministrazione dispone il recupero di somme indebitamente corrisposte al proprio dipendente non ha carattere autoritativo, ma costituisce esercizio di un vero e proprio diritto soggettivo ex art. 2033 Cod. civ., non ritenendosi più condivisibile la tesi che ricollega la natura autoritativa dell'atto in questione (e quindi ritiene applicabile il termine di decadenza per la sua impugnazione) alla asserita necessità per l'Amministrazione di procedere in via di autotutela al previo annullamento d'ufficio del pregresso provvedimento recante la determinazione dell'emolumento in misura maggiore di quella dovuta.

Ne consegue che, data la natura non provvedimentale dell'atto di recupero, in quanto espressione di un potere riconosciuto nell'ambito di un rapporto obbligatorio paritetico, l'onere motivazione incombente sull'amministrazione è limitato alla mera indicazione delle posizioni giuridico-economiche correttamente ricostruite ed alla individuazione del trattamento economico corrispondente, nella fattispecie analiticamente evidenziate nel prospetto di calcolo riportato nel corpo dell'atto impugnato.

La pre-determinazione delle varie voci retributive che determinano il trattamento economico dei dipendenti pubblici, mediante legge e contratti collettivi di la-

vorò, nonché la pubblicità delle stesse riduce pertanto l'onere motivazione incombente sull'amministrazione alla mera indicazione dell'esatta corrispondenza tra i dati tabellari sopraindicati e comporta che l'eventuale omessa "motivazione" dell'atto di recupero di somme erroneamente corrisposte, pur costituendo infrazione al generale dovere di trasparenza e correttezza, non costituisce causa di illegittimità dell'atto impugnato, in quanto non pregiudica la possibilità per l'interessato di contestare – in base alle tabelle retributive errori di conteggio o la sussistenza dell'indebito, chiedendo nel termine di prescrizione la restituzione di quanto trattenuto.

Ne consegue che in tale, diversa prospettiva, il ricorrente non può limitarsi a denunciare vizi formali di un inesistente procedimento amministrativo ma deve contestare, nella sostanza, la doverosità del recupero evidenziando eventuali errori di conteggio o, in radice, l'asserita insussistenza dell'indebito, sullo stesso incumbendo, in virtù della posizione attorea, l'onere di provare le circostanze poste a fondamento della domanda.

Il secondo motivo è del pari infondato.

Il favorevole orientamento giurisprudenziale invocato dal ricorrente è stato infatti di recente oggetto di una rimediazione, che ha portato il giudice d'appello ad evidenziare la natura doverosa dell'atto di recupero e, per conseguenza, l'irrelevanza dell'eventuale buona fede dell'*accipiens* nel percepire le somme non dovute e l'eventuale avvenuto utilizzo delle stesse.

La giurisprudenza invocata, risalente alla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 12 dicembre 1992, n. 20, la quale inquadrava l'atto di recupero come atto conclusivo del procedimento finalizzato alla emissione dell'atto di recupero di somme erroneamente corrisposte dall'Amministrazione a un dipendente e di conseguenza lo sottoponeva alle garanzie procedurali di cui all'art. 7 della legge n. 241/90, si fondava sulla considerazione che il recupero non era un atto assolutamente vincolato, dovendo l'Amministrazione medesima valutare gli effetti già prodotti dall'atto originario e le situazioni sulle quali aveva inciso, risultando la ripetizione illegittima, ove incidesse in maniera sensibile sulle condizioni patrimoniali del dipendente (cfr. A.P. n. 20/1992 cit.).

Tale orientamento è stato tuttavia modificato di recente, in base alla riconsiderazione della natura dell'atto, che viene qualificato come paritetico e spogliato delle precedenti vesti provvedimentali. In tale nuova prospettiva, è stato chiarito che il recupero di emolumenti indebitamente corrisposti a pubblici dipendenti costituisce per la P.A. l'esercizio di un vero e proprio diritto soggettivo a contenuto patrimoniale, ex art. 2033 cod.civ., avente carattere di doverosità e privo di valenza provvedimentale, sicché il mancato assolvimento dell'onere di comunicazione non può più essere considerato come causa, *ex se*, di illegittimità del procedimento, il cui esito appare interamente vincolato (fermo restando, ovviamente, il diritto dell'interessato - azionabile nell'ordinario termine di prescrizione - di contestare eventuali errori di conteggio o, in apice, l'insussistenza del debito, al fine di ottenere la restituzione

di quanto reintroitato senza titolo dall'amministrazione) (cfr., ex plurimis, C.G.A., 15 gennaio 2002, n. 8; Cons. St., VI Sez., 20 febbraio 2002, n. 1045, e, da ultimo, 20 aprile 2004 n. 2203).

Tra tali contestazioni che il destinatario dell'atto di recupero può avanzare utilmente a-posterore, vi è la rappresentazione di eventuali elementi soggettivi, quali la buona fede dell'*accipiens* nel percepire somme che non riteneva non dovute, ed oggettivi, quali l'eventuale spendita delle somme non dovute per le necessità quotidiane, che un tempo erano favorevolmente valutate rispettivamente come fattori di ingiustizia del recupero o elementi volti a configurare in termini di irreversibilità l'avvenuta modifica dell'assetto patrimoniale dei rapporti tra le parti.

Seguendo tale impostazione, si riteneva che l'amministrazione fosse tenuta, da un lato, a verificare che il provvedimento di recupero non incidesse sulle esigenze di vita del dipendente e, dall'altro, a motivare circa l'interesse attuale e concreto al recupero stesso, anche in relazione alla buona fede dell'interessato nella percezione delle somme indebite e al lungo tempo trascorso dall'erogazione di queste ultime.

Tale impostazione è stata tuttavia anch'essa rivista, quale corollario della riconosciuta natura doverosa dell'atto di recupero, sicchè alla luce dell'indirizzo giurisprudenziale soprarichiamato, e condiviso dal Collegio, la buona fede dell'*accipiens* non è di ostacolo all'esercizio, da parte dell'Amministrazione, del diritto di ripetere le somme indebitamente erogate ai sensi dell'art.2033 c.c., essendo solo necessario che l'atto – privo di natura provvedimentoale – chiarisca le ragioni per le quali il percipiente non aveva diritto a quella determinata somma corrispostagli per errore (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. VI, 6 aprile 2004, n. 1864; 14 ottobre 2004, n. 6654).

Nella mutata prospettiva che colloca l'atto di recupero di somme indebitamente corrisposte nell'ambito degli atti paritetici – privi di natura provvedimentoale – vanno rivisti gli oneri procedimentali cui l'amministrazione è sottoposta, sicchè il sindacato sulla "motivazione" dell'atto, effettuato dal giudice amministrativo nell'ambito della giurisdizione esclusiva, non va condotto allo stregua dello scrutinio della comparazione degli opposti interessi in gioco richiesto dall'art. 3 della legge n. 241/90, bensì secondo la logica stringente dell'atto vincolato, attesa la doverosità dell'atto di recupero (cfr. anche di recente Cons.St., Sez. VI n.5/05 e 4539/2004), sicchè la comparazione è limitata al più semplice confronto tra fatto avvenuto e prescrizione normativa, per cui è sufficiente che l'atto impugnato specifichi il titolo del recupero e cioè indichi la mancanza di causa dell'avvenuto trasferimento delle somme, che configura una ragione necessaria e sufficiente per chiedere la restituzione di somme indebitamente corrisposte.

Ne consegue l'irrelevanza, ai fini della legittimità della procedura di recupero in contestazione, delle circostanze soggettive invocate dal ricorrente a suo favore, quali la sua buona fede e l'avvenuta spendita della somma erroneamente corrispostagli.

Del pari infondato risulta il secondo motivo di ricorso, nella parte in cui si eccepisce l'intervenuta decorrenza del termine prescrizione in ordine all'esercizio del diritto di recupero delle somme erroneamente corrisposte.

La prospettazione del ricorrente, secondo il quale il credito sarebbe ormai prescritto per effetto del decorso del quinquennio, va disattesa alla luce del costante orientamento in materia, che ha chiarito che il credito vantato dall'Amministrazione a titolo di ripetizione di un pagamento indebito ai pubblici dipendenti non è soggetto a prescrizione breve, bensì alla ordinaria prescrizione decennale (cfr., di recente Cons. Stato, Sez. VI n. 5/05; Sez. VI n. 3837 del 26 giugno 2003; Cons. Stato, comm. spec., 3 maggio 1993, n. 279; nel senso che il diritto dell'amministrazione di procedere al recupero di somme corrisposte indebitamente ai propri dipendenti è soggetto all'ordinario termine decennale di prescrizione di cui all'art. 2946 del c.c., e non a quello quinquennale).

Disatteso anche l'ultimo motivo di ricorso, il gravame va respinto in quanto infondato.

Sussistono tuttavia giusti motivi per compensare tra la parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione II Ter, respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla pubblica amministrazione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 21 novembre 2005.

Roberto SCOGNAMIGLIO Presidente

Floriana RIZZETTO Estensore(?)

NOTA

Il provvedimento giurisdizionale in commento interviene sulla *vexata quaestio* della ammissibilità del recupero di somme indebitamente corrisposte dalla Pubblica Amministrazione ad un soggetto privato, nel caso di specie ad essa legata da rapporto di lavoro subordinato.

Nella presente fattispecie, la decisione del Tribunale Amministrativo del Lazio ha respinto il ricorso proposto dal privato avverso il provvedimento della Pubblica Amministrazione con cui la stessa aveva disposto il recupero delle somme erogate.

In particolare, il ricorrente aveva proposto una serie di motivi di impugnazione, consistenti, nell'ordine: nel difetto di motivazione dell'atto che disponeva il recupero degli stipendi ingiustificatamente erogati; nella mancanza di considerazione, nell'ambito dello stesso provvedimento, della buona fede del dipendente *accipiens*, nonché della circostanza che lo stesso aveva utilizzato le somme in oggetto per finalità di mantenimento e sostentamento di sé e della propria famiglia; nello spirare, infine, del periodo di tempo concesso alla stessa pubblica autorità quale termine di prescrizione per azionare la pretesa alla restituzione delle somme corrisposte.

Il Tribunale Amministrativo Regionale ha disatteso, nel merito, le censure del ricorrente, riconoscendo in pieno la legittimità dell'operato della Pubblica Ammini-

strazione nel procedere al recupero delle somme versate al dipendente.

Si può premettere che la soluzione adottata dal Tribunale Amministrativo Regionale appare quella maggiormente rigorosa e rispettosa del dato normativo emergente dalla applicazione di quelle stesse regole vigenti nell'ambito del diritto civile. Il Tribunale Amministrativo Regionale ha, quindi, (volutamente) trascurato soluzioni diverse che potevano, in astratto, risultare proficue al fine di effettuare un contemperamento tra i principi generali vigenti in tema di pagamento dell'indebito e le caratteristiche peculiari del rapporto giuridico intercorrente tra privato ed Amministrazione, nonché tra dipendente e datore di lavoro.

La ripetizione dell'indebito costituisce istituto di diritto comune, applicabile tanto ai rapporti interprivatistici quanto a quelli intercorrenti tra cittadini e Pubblica Amministrazione, sia che la stessa rivesta il ruolo di *solvens* (come nella circostanza in esame) ed agisca, quindi, al fine di recuperare la prestazione effettuata, sia che, al contrario, la stessa abbia ricevuto un indebito vantaggio dal privato cittadino e si veda, pertanto, costretta a restituire quanto incamerato.

Per tale motivo, non apparirà inutile una sia pur breve ricognizione dei tratti distintivi della materia in oggetto in ambito civilistico.

In generale, deve essere rilevato che il pagamento dell'indebito¹ (artt. 2033/2040 del Codice Civile) rappresenta una delle fonti del rapporto obbligatorio, distinta dal contratto e dal fatto illecito², e discendente dalla figura della *condictio indebiti* romanistica, tradizionalmente classificata tra le *obligationes quasi ex contractu*, così definite in quanto, secondo la visione tradizionale, in esse la volontà del privato assume rilevanza diretta non già ai fini della creazione di un vincolo quanto della sua estinzione.

La ripetizione dell'indebito costituisce, altresì, ipotesi distinta dall'arricchimento senza giusta causa, di cui, peraltro, condivide la *ratio* sottostante (quella, cioè, di evitare spostamenti patrimoniali che non abbiano una valida giustificazione nell'ordinamento). Inoltre, deve essere rilevato che la contiguità tra tali istituti è confermata dalla circostanza che, nell'ipotesi di prestazione indebita che non consista nel pagamento di una somma di denaro (si consideri, comunque, che la dizione della norma fa riferimento al *pagamento dell'indebito*, con la conseguenza che la fattispecie sarebbe applicabile alle sole obbligazioni di carattere pecuniario), la ripetizione non potrà che aver luogo mediante il conseguimento di una somma di denaro, espressiva del valore attuale della attività svolta.

Del resto, è di tutta evidenza che l'azione di arricchimento ha carattere generale e sussidiario per cui, fatta salva la possibilità di qualificare l'azione di ripetizione dell'indebito come una *species* di più ampio genere, neanche si pone un problema di interferenza tra le due azioni.

L'azione di ripetizione dell'indebito è tradizionalmente distinta in indebito og-

¹ RESCIGNO, "Ripetizione dell' indebita", in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1968, ad vocem.

² Cfr sul punto BIANCA, *Diritto Civile*, vol. V, Milano, 1994, p. 791.

gettivo e soggettivo, a seconda che il debito adempiuto sia del tutto inesistente, ovvero esista, ma debba essere adempiuto da parte di altro soggetto.

La suddetta distinzione è netta e consente di escludere la configurabilità di un terzo tipo di indebitato, soggettivo *ex latere accipientis*³. In effetti, ciò che rileva ai fini della suddetta classificazione è sempre e solo la debenza della somma nei confronti dell'*accipiens*, con la conseguenza che, ove il debito sussista, ma nei confronti di altro creditore, si ricade pur sempre nell'ipotesi di indebitato oggettivo.

Nel caso di indebitato oggettivo la tutela apprestata al *solvens* è maggiormente marcata, in quanto l'adempiente ha diritto alla restituzione di quanto versato indipendentemente dalla sussistenza di un errore.

Ciò per la decisiva circostanza che, nella fattispecie in esame, non è ravvisabile, come detto, una valida causa di spostamento patrimoniale e, di conseguenza, la ripetibilità incondizionata risponde ad un principio di carattere fondamentale dell'ordinamento.

Nel caso, invece, di indebitato *soggettivo* (pagamento, per errore, di un debito altrui), la tutela per il *solvens* è meno estesa, in quanto per il creditore è di norma non rilevante chi sia il soggetto adempiente.

In tale fattispecie, è, quindi, lo stesso dato normativo a far sì che la posizione dell'adempiente sia condizionata alla circostanza che il creditore non si sia spogliato in buona fede delle garanzie e del titolo e che l'errore del *solvens*, inoltre, abbia carattere scusabile.

Elemento comune all'indebitato oggettivo e a quello soggettivo è costituito dalla mancanza della doverosità dell'adempimento, il che si verifica allorché difetti il titolo della prestazione.

Tale nozione comprende le ipotesi di inesistenza del titolo, di avvenuta estinzione dello stesso, di mancanza di legittimazione dell'*accipiens* e, infine, di caducazione del titolo negoziale in base a cui la prestazione è stata effettuata. In quest'ultima evenienza, peraltro, si noti che l'azione di ripetizione viene a concorrere con l'azione di rivendica ove la prestazione abbia ad oggetto il trasferimento di un bene determinato⁴.

Aspetto particolarmente rilevante, nell'ambito della fattispecie esaminata, è data dalla natura del debito conseguente alla ripetizione, che, secondo la giurisprudenza⁵, avrebbe carattere di debito di valuta, e non già di valore, per la decisiva circostanza che, in tale fattispecie, l'obbligo restitutorio ha ad oggetto la prestazione nella sua identità e non già una somma di denaro costituente il corrispettivo di quanto indebitamente versato dal *solvens*.

Eccezioni espresse al generale principio di ripetibilità della prestazione non dovuta sono dati dall'ipotesi di adempimento di obbligazione naturale (art. 2034, com-

3 GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2001, p. 684 ss.

5 Cass., sez. II, sentenza n. 6702 del 13 giugno 1991, in *Repertorio del Foro Italiano*, 1992, voce "Indebito", n.7.

4 *Ibidem*, p. 808.

ma 1), e da quella di prestazione che costituisca offesa al buon costume (art. 2035).

La ripetizione dell'indebito nei confronti della Pubblica Amministrazione può, innanzitutto, sorgere allorché la stessa risulti essere beneficiaria della prestazione effettuata dal privato a suo favore.

In particolare, deve essere rilevato che, sovente, rimanendo in ambito lavoristico e, in particolare, in materia previdenziale, si verifica l'ipotesi di prestazioni contributive illegittimamente effettuate da parte del datore di lavoro nei confronti della stessa Amministrazione⁶.

Deve essere, altresì, osservato che la fattispecie in esame, per le differenziazioni già esaminate, si distingue dall'ipotesi di azione di arricchimento senza giusta causa nei confronti della pubblica amministrazione, per cui deve registrarsi una annessa questione sulla ammissibilità della promozione dell'azione.

In effetti, si deve precisare che, con riferimento all'*actio de in rem verso*, viene in considerazione la ripetizione di una prestazione che non ha necessariamente carattere pecuniario. Di conseguenza, è di tutta evidenza che, nella fattispecie in esame, non è scontato che la prestazione, indebitamente effettuata da parte del privato, possa essere, da parte della Pubblica Amministrazione, adeguatamente remunerata.

Sul punto⁷, si deve rilevare che la giurisprudenza ha aggiunto ai requisiti già previsti dalla norma disciplinante l'ingiustificato arricchimento un altro aspetto, quello costituito dal riconoscimento, sia pure implicito, dell'*utilitas* delle prestazioni acquisite da parte della Pubblica Amministrazione. Ciò al fine di evitare comportamenti maliziosi, da parte di terzi, volti a determinare, nei confronti della Pubblica Amministrazione, la produzione di effetti giuridici non desiderati, conseguentemente ledendo la sfera discrezionale della stessa.

Tali problemi non si pongono, invece, con riferimento all'azione di ripetizione dell'indebito, in quanto siamo in presenza di una prestazione di carattere pecuniario, per la quale, cioè, non si pone un problema di apprezzabilità, in astratto, di quanto ricevuto, stante la fungibilità del pagamento e, di conseguenza, l'identità della prestazione restituita dalla Pubblica Amministrazione rispetto a quella rivendicata dal privato.

Ciò posto, ci si può a buon diritto chiedere se, in via generale, altra eccezione (implicita) alla generale ripetibilità delle somme, sia costituita dall'ipotesi in cui l'erogazione sia avvenuta a titolo di prestazione retributiva o previdenziale, in considerazione della rilevanza, di carattere anche costituzionale, che le somme in questione assumono nel nostro ordinamento.

La prestazione pecuniaria di carattere retributivo, in effetti, è, nel nostro siste-

6 Sul punto cfr Cass., sez. lavoro, sentenza n. 10749 del 3 agosto 2001, in *Foro Italiano*, 2001, I, c. 3610.

7 Sulla questione cfr CARBONE, *La pubblica amministrazione e l'ingiustificato arricchimento*, in *Corriere giuridico*, 1994, p. 5; CARINGELLA, *Criterio di sussidiarietà e legittimazione surrogatoria nell'esercizio*

dell'*«actio de in rem verso» nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Foro italiano*, 1996, I, c. 26; DE PAOLA - PARDOLESI, *Azione di arricchimento (diritto civile)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, ad vocem; GALLO, *L'arricchimento senza causa*, Padova, 1990, p. 84.

ma giuridico, sottoposta ad una disciplina notevolmente differente rispetto ad un ordinario corrispettivo di carattere patrimoniale.

Del resto, soprattutto in forza dell'art. 36 della Costituzione, la stessa retribuzione viene ritenuta mezzo necessario al lavoratore ed alla sua famiglia per soddisfare i bisogni e le esigenze primarie di vita e condurre un' esistenza libera e dignitosa.

Per tale motivo, si può osservare che, di norma, le prestazioni retributive soggiacciono ad un regime del tutto peculiare rispetto agli ordinari corrispettivi di carattere pecuniario, proprio in virtù della citata funzione dalle stesse ricoperte.

Si pensi⁸, in particolare, alle disposizioni vigenti in tema di pignorabilità e sequestrabilità delle somme in oggetto, fissate dal Decreto del Presidente della Repubblica 5 gennaio 1950, n. 18; si pensi, ancora, alla sentenza della Corte Costituzionale⁹ che, nell'affrontare la tematica relativa all'inadempimento dei crediti retributivi, sia pure con riferimento ai datori di lavoro privati, ha affermato l'esigenza di tutelare in modo maggiormente marcato la posizione del creditore- lavoratore rispetto al titolare di altra pretesa analoga.

La diversa disciplina vigente per la corresponsione delle somme di denaro che assolvano alla funzione di garantire il soddisfacimento delle esigenze primarie di vita sembra essere confermato dalla legge 89/88 e dalla legge 412/91¹⁰, che disciplina la ripetizione delle somme indebitamente corrisposte dall'INPS al privato : azione che, sul punto, la giurisprudenza¹¹ ha ritenuto di dover attrarre alla giurisdizione della Corte dei Conti, in quanto giudice unico del rapporto pensionistico, ove venga in considerazione la domanda presentata, per l'appunto, dalla Pubblica Amministrazione al fine di ottenere la restituzione delle somme che la stessa reputi illegittimamente versate al privato.

Analoghe previsioni sono contenute nel d.p.r. 1092 del 1973, disciplinante le pensioni dei dipendenti civili dello Stato, e nella legge 665 del 1996 in tema di pensioni di guerra.

Con riferimento alla ripetizione delle somme indebitamente versate da parte della Pubblica Amministrazione, l'orientamento tradizionalmente applicato fino agli

8 Cfr sul punto MORONE, "Retribuzione dei dipendenti pubblici", in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1968, ad vocem.

9 Sentenza Corte Costituzionale n. 459 del 23 ottobre - 2 novembre 2000, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, p. 1343, con nota di SOCCI, *Problemi sulla rivalutazione dei crediti di lavoro, a seguito di un recente intervento della Corte Costituzionale*.

10 L'art. 13 di quest'ultima normativa prevede, al riguardo, che la ripetizione delle somme in oggetto sia esclusa ove operata a seguito di formale atto della Pubblica Amministrazione comunicato all'interessato, con l'eccezione del caso in cui l'indebita percezione sia dovuta a dolo dell'interessato, ovvero ad omessa o

incompleta segnalazione da parte del pensionato di fatti incidenti sul diritto alla pensione. Cfr sul punto Cass. sezione lavoro, sentenza n. 332 del 14 gennaio 1997, in *Repertorio del Foro Italiano*, 1997, voce "Previdenza sociale", n. 847.

La Corte Costituzionale (sentenza n. 166 del 24 maggio 1996, in *Foro Italiano*, 1996, I, c. 2292) ha, in particolare, ritenuto che le eccezioni al principio di irripetibilità siano del tutto compatibili con la Costituzione, pur individuando, sul punto, la sussistenza di principi parzialmente difformi rispetto a quelli sanciti dall'art. 2033 cc in considerazione della specifica funzione svolta dalle somme in questione.

11 SSUU, sentenza n. 152 del 18 marzo 1999, in *Foro Italiano*, 1999, I, c. 1163.

anni sessanta riteneva che la Pubblica Amministrazione vantasse un vero e proprio diritto soggettivo, qualificato, anzi, come dovere, di procedere alla ripetizione delle somme indebitamente corrisposte¹².

In particolare, l'esercizio di tale potere è espressamente disciplinato nel *quomodo* dall'art. 406 del r.d.l. 295 del 19 gennaio 1939, che prevede la possibilità, per la Pubblica Amministrazione, di procedere, in mancanza di altro mezzo "immediato", alla trattenuta delle rate necessarie al recupero della somma senza necessità dell'intervento dell'autorità giudiziaria.

Può rilevarsi che, sul punto, è riscontrabile un orientamento più rigoroso, mai abbandonato dalla giurisprudenza di merito¹³, che ha sovente affermato la totale equiparazione della disciplina dell'indebito nell'ambito del rapporto di lavoro pubblico a quello privato, escludendo, pertanto, la possibilità di valutare la legittimità del provvedimento posto in essere dalla Pubblica Amministrazione, in quanto non partecipe della natura provvedimentale necessaria per l'attrazione alla giurisdizione dei Tribunali Amministrativi Regionali.

La giurisprudenza ha, di fatto, temperato tale rigidità e ha spesso tenuto in considerazione esigenze di carattere equitativo che determinano la possibilità, per l'ente datore di lavoro, di limitare il recupero, ove la percezione ed il trattenimento siano stati determinati da errore giustificabile del dipendente, richiedendo, altresì, che l'amministrazione valuti caso per caso l'opportunità di procedere, anche con riferimento alla sussistenza di un interesse pubblico all'esercizio del recupero, lo stesso richiesto per procedere all'annullamento d'ufficio di un atto illegittimo¹⁴.

Un orientamento maggiormente favorevole al privato, quindi, ritiene di far assumere rilevanza alla buona fede (in senso soggettivo) del dipendente, oppure ammette un contemperamento tra l'esigenza di ripristinare della legalità e quella di non cagionare eccessivo disagio del privato. Secondo quest'ultima tendenza, si afferma la legittimità della ripetizione, malgrado la buona fede di quest'ultimo, sempre che il recupero non causi particolare disagio alle sue esigenze primarie, per le particolarità con le quali viene attuato, quale la sua realizzazione in occasione della corresponsione di maggiori somme, per esempio a titolo di arretrati

In ogni caso, l'ipotesi nella quale più frequentemente è, per contro, esclusa la buona fede dell'*accipiens*, è nei casi in cui l'amministrazione corrisponda la somma avvertendo della provvisorietà della determinazione sulla cui base il pagamento è effettuato, con possibilità di effettuare, in seguito, conguagli potenzialmente anche negativi.

Si noti che la disciplina privatistica sull'indebito soggettivo non prevede in alcun modo che abbia carattere ostativo la sussistenza di una situazione di buona fede

12 Cfr da ultimo *ex plurimis* Cons. Stato, sez. IV, decisione n.557 del 2 aprile 1966, in *Foro amministrativo*, 1966, I, 2, p. 659.

in *Foro italiano*, 1985, III, c. 150.

13 TAR Piemonte, sentenza n.173 del 14 giugno 1984,

14 Cfr sul punto l'articolo 21 *novies* della legge 241/1990, come novellata dalla l. 15 dell' 11 febbraio 2005.

dell'*accipiens*, per cui si può ritenere che la giurisprudenza abbia, di fatto, parzialmente obliterato il dato normativo.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affrontato la questione con ben quattro provvedimenti giurisdizionali succedutisi nel corso degli anni.

La prima sentenza¹⁵ statui, sul punto, che nel recupero l'Amministrazione dovesse valutare se le esigenze di legalità non contrastassero con la giustizia sostanziale del caso concreto, e ritenne che dovesse essere sempre effettuato un contemperamento tra il credito vantato e il comportamento dell'Amministrazione che avesse ingenerato nel dipendente la convinzione dell'esattezza della somma riscossa.

Una successiva decisione¹⁶ sancì, invece, non il semplice diritto, ma addirittura l'obbligo dell'Amministrazione di ripetere dal dipendente quanto versato in eccesso.

Un nuovo *revirement*, poi¹⁷, portò all'affermazione secondo cui va esclusa la doverosità della ripetizione, sempre ammessa, peraltro (come detto), ove l'Amministrazione abbia corrisposto la somma a titolo retributivo specificando la provvisorietà della liquidazione.

Inoltre, con riferimento alla natura giuridica della pretesa esercitata da parte della stessa Pubblica Amministrazione, va rilevato che si era tradizionalmente ritenuto che fosse necessario¹⁸ un formale provvedimento amministrativo, di carattere discrezionale, con cui fosse disposto il recupero previsto dall'art. 3 r.d.l. 295/39: ciò al fine non già di dichiarare la sussistenza dell'indebito, ma di effettuarne la vera e propria ripetizione, laddove l'amministrazione, in mancanza di altro mezzo, prescelga la strada del recupero mediante trattenute sugli stipendi successivi: affermazione ribadita nella medesima, citata Adunanza Plenaria.

L'intervento più recente del supremo collegio di giustizia amministrativa¹⁹, infine, ha precisato che la Pubblica Amministrazione ha il diritto (non il dovere) di ripetere le somme illegittimamente corrisposte; che per l'esercizio di tale recupero è necessario un atto di carattere provvedimentoale e che, in base alla considerazione precedente, lo stesso non ha carattere vincolato e deve essere motivato con specifico riferimento all'interesse pubblico sotteso al recupero, nonché emesso a seguito di procedimento di cui, in base alla legge 241 del 1990, deve essere comunicato l'inizio all'interessato; che, infine, la stessa Pubblica Amministrazione deve sempre contemperare l'interesse pubblico con le esigenze di cui all'art. 36 Cost., concedendo, pertanto, anche d'ufficio, la rateazione degli importi, al fine di non ledere la buona fede del dipendente.

15 Ad. Plen., decisione n. 20 del 28 ottobre 1958, in *Foro Amministrativo*, 1958, I, 4, p. 45.

16 Ad. Plen., decisione n. 2 del 7 marzo 1962, *ibidem*, 1962 p. 661.

17 Ad. Plen., decisione n. 2 del 4 marzo 1986, in *Giurisprudenza Italiana*, 1987, III, p.47.

18 Ad. Plen., decisione n. 1 del 30 marzo 1976, in *Foro Italiano*, 1976, III, c. 470

19 Ad. Plen., decisione n. 21 del 21 dicembre 1992, in *Giurisprudenza Italiana*, III, 1, c. 710 con nota di CANNADA BARTOLI, *Procedimento ed ordine di recupero di somme indebitamente corrisposte a pubblici dipendenti*.

Si può porre, al riguardo, il problema della sopravvivenza e della compatibilità della previsione normativa, in precedenza citata, che consente la trattenuta sullo stipendio con i nuovi principi ispiratori della disciplina del pubblico impiego, che hanno determinato la fine di un modello autoritario e contraddistinto da una elevata subordinazione gerarchica del dipendente rispetto alla Amministrazione datrice di lavoro.

Tuttavia, non sembra di potersi affermare l'incompatibilità della previsione in questione con l'esistenza di un rapporto contrattuale e paritetico nei confronti dell'impiegato dello Stato.

Infatti, anche nell'ambito dei contratti della Pubblica Amministrazione è data ravvisare, sovente, l'esistenza di una serie di poteri di autotutela che, però, non contraddicono la natura paritaria del rapporto²⁰, trattandosi di attività riconducibili a schemi di carattere privatistico, aventi, pertanto, natura speciale ma non necessariamente derogatoria.

Del resto, la possibilità di trattenere una quota della retribuzione non costituisce altro che una specificazione della disciplina civilistica della compensazione, vigente nei rapporti interprivatistici.

Peraltro, anche in base a tale considerazioni, la giurisprudenza più recente ha sovente disatteso le indicazioni della citata Adunanza Plenaria²¹, ritenendo che, salve le modalità di recupero (che non devono essere eccessivamente onerose per il dipendente che lo subisce, né determinare una locupletazione dell'Amministrazione), nel caso di indebita erogazione di denaro ad un pubblico dipendente, la buona fede non è di ostacolo all'esercizio, da parte della stessa amministrazione, del diritto di ripetere le relative somme ai sensi dell'art. 2033 c.c., e che l'atto di recupero è, di regola, un atto dovuto e privo di valenza provvedimentoale.

Per quanto concerne il termine di prescrizione applicabile, si è soliti distinguere tra prescrizione utile all'impiegato dello Stato per richiedere la corresponsione delle somme non versate a norme di legge e termine di prescrizione, per l'appunto, applicabile per la ripetizione delle somme indebitamente versate da parte dell'Amministrazione.

Con riferimento al primo, è da notare che, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 2 r.d.l. 19 gennaio 1939 n. 295²², l'art. 2 l. 7 agosto 1985 n. 428, ha elevato da due a cinque anni il termine prescrizione delle rate di stipendio e degli assegni equivalenti, con la conseguenza che ormai tutti i crediti di lavoro dei pubblici dipendenti soggiacciono alla prescrizione quinquennale, senza che sia più

20 GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, vol. II, III ed., Milano, 1993, p. 406.

21 Cfr. Cons. Stato, sez. VI, decisione n. 1045 del 20 febbraio 2002, in *Foro amministrativo - Consiglio di Stato*, 2002, p. 485; *contra* Cons. Stato, sez. VI, decisione n. 4773 del 22 agosto 2003, *ibidem*, p. 2331 con nota di GOTTI, che ha ritenuto necessaria la

comunicazione di avvio del procedimento, sulla base della circostanza che si tratta pur sempre di provvedimento vincolato nel *quomodo* e nel *quando*, seppure vincolato nell'*an*.

22 Corte Cost., sentenza n. 50 del 7 aprile 1981, in *Giurisprudenza Italiana*, 1981, I, 1, p. 1189.

possibile introdurre alcuna differenziazione per le ipotesi in cui il credito retributivo sia contestato, o comunque richieda un formale atto di accertamento da parte dell'amministrazione²³; in precedenza, invece, la giurisprudenza riteneva che si dovesse distinguere, ai fini dell'applicazione del termine biennale, tra l'ipotesi in cui lo stesso credito discendesse direttamente dalla norma giuridica da quello in cui fosse necessaria l'emanazione di apposito provvedimento amministrativo per la quantificazione e la liquidazione, trovando applicazione, in quest'ultimo caso, l'ordinaria prescrizione decennale, nell'evidente tentativo di restringere il più possibile l'ambito applicativo della prescrizione breve.

La decorrenza di tale termine, in base alla giurisprudenza della Corte Costituzionale, opera già nel corso dello svolgimento dell'attività lavorativa, essendo, di norma, il rapporto di pubblico impiego contraddistinto dal requisito della stabilità²⁴.

Con riguardo al termine prescrizionale dell'azione di recupero da parte dell'Amministrazione, invece, la giurisprudenza²⁵ ritiene ormai integralmente applicabile la disciplina di diritto comune.

Contra la tesi secondo cui, a tal fine, si deve distinguere tra inesistenza della *causa solvendi* per mancata insorgenza del fatto generatore del pagamento (indebitto oggettivo ai sensi dell'art. 2033 c.c., cui è applicabile il termine di prescrizione decennale) e inesistenza della *causa solvendi* per errore nella sua qualificazione giuridica (in tal caso il termine di prescrizione sarebbe, invece, determinato dal titolo del pagamento), con conseguente soggezione a prescrizione quinquennale, ai sensi dell'art. 2948 n. 4 c.c., della ripetizione d'indebitto disposta dall'amministrazione per differenze stipendiali non dovute corrisposte a propri dipendenti²⁶.

La decorrenza del termine prescrizionale deve essere fatta risalire al momento dell'erogazione delle somme, in quanto l'art. 2935 specifica che la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere. La possibilità di esercizio del diritto rilevante ai fini della determinazione della decorrenza, infatti, è sempre da considerare quella giuridico-legale e non quella di fatto, non assumendo rilievo, ad esempio, la circostanza che il creditore ignori la titolarità della pretesa.

In conclusione, sembra che sempre più la giurisprudenza tenda, ormai, ad una perfetta equiparazione del regime giuridico dei diritti patrimoniali del pubblico dipendente contrattualizzato a quelli del dipendente privato, in conformità all'evoluzione normativa in tema di pubblico impiego.

Avv. Andrea LUBERTI

23 Cons. Stato, sez. IV, decisione n. 9174 del 30 dicembre 2003, in *Foro amministrativo - Consiglio di Stato*, 2003, p. 3669.

25 C. Stato, sez. VI, sentenza n. 3837 del 26 giugno 2003, in *Foro amministrativo - Consiglio di Stato*, 2003, p. 1978.

24 *Ma contra* SSUU, sentenza n. 38 del 29 gennaio 2001, in *Foro Italiano*, 2001, I, c. 845 con nota di PARDOLESI.

26 TAR Lecce, sentenza n. 6841 del 2 ottobre 2004, in *Tribunali amministrativi Regionali*, 2004, I, 2289.

CONVEGNI

Roma,
16 giugno 2006

PRESENTAZIONE DEL VOLUME DI
ANTONIO CAIAFA
"NUOVO DIRITTO DELLE PROCEDURE
CONCORSUALI", PADOVA, 2006

Relazione dell'Avv. Prof. Floriano D'Alessandro

1 Sono passati tre anni dalla pubblicazione delle *"Lezioni di diritto concorsuale"*, primo frutto dell'incontro di Antonio Caiafa con la scuola.

Il libro di cui oggi parliamo può essere considerato a buon diritto una seconda edizione di quel testo e ne riproduce le caratteristiche: chiarezza, sobrietà espositiva, costante attenzione ai problemi applicativi, rifiuto di astratte elucubrazioni concettuali.

Pensato essenzialmente per l'insegnamento, non si deve credere che non costituisca un utile strumento di lavoro anche per l'attività professionale, grazie alla sua completezza ed al dialogo costantissimo con la giurisprudenza, anche di merito.

Le due opere hanno in comune, almeno in larga parte, perfino la prefazione. Una sorta di manifesto del pensiero dell'autore circa ciò che dovrebbe essere un manuale: segnalazione dei problemi interpretativi e somministrazione degli elementi rilevanti per la loro soluzione, così da lasciare al lettore piena autonomia intellettuale per ragionare con la propria testa sulle questioni dubbie.

Un programma, come si vede, di alta discrezione. L'autore si astiene dal tentare di imporre il proprio pensiero, limitandosi ad offrire tutti i dati occorrenti perché chi legge possa formarsi una sua consapevole opinione critica, ma costringendolo a compiere lo sforzo necessario allo scopo.

2. L'ho detto in altre occasioni e lo ripeto. Sono convinto che sia questa la missione della scuola, almeno di quella universitaria. Non già sollecitare il meccanico apprendimento di soluzioni prefabbricate, ma aiutare ad acquisire gli strumenti per leggere e interpretare in modo autonomo un testo.

Ciò è tanto più vero quando, come oggi avviene, si registra la tendenza alla riduzione della vita media delle norme. Come qualcuno ha detto, la legge va assumendo la funzione di strumento di intervento economico a breve termine. Il che comporta il rischio di non trovare più, alla fine del corso di studi (che invece tende tra l'altro ad allungarsi) le stesse regole che vigevano quando si frequentavano le lezioni di una determinata materia.

Ciò che vale e che resta è invece appunto il metodo, la capacità di ragionamento che permette di orientarsi correttamente sulla questione nuova, di ricavare dai principi i corollari appropriati al caso particolare sul quale non si sia ancora formata un'opinione consolidata.

Plauso dunque alla scelta di Antonio Caiafa e plauso anche alla modestia che è ad essa sottesa, virtù tanto più preziosa quanto più rara.

3. Tanto premesso, va considerato che tra la prima e la seconda edizione dell'opera la materia in essa trattata ha conosciuto, come tutti sappiamo, una riforma importante; anzi: una riforma radicale.

E ad ulteriore merito del libro che presentiamo - non a caso intitolato “*Nuovo diritto delle procedure concorsuali*” - va il fatto di essere tra i primissimi, se non il primo in assoluto, a dare un panorama complessivo della disciplina quale essa appare dopo la riforma.

Della riforma non è agevole, - anche a causa della sua difficile e tormentata gestazione - dare oggi un giudizio complessivo. E forse neppure individuarne in modo sicuro ed univoco le idee portanti, la “filosofia”, come è uso di dire. Nè certo in siffatte imprese si è cimentato Antonio Caiafa (il che non sorprenderà chi tenga conto del dichiarato manifesto di metodo cui l’opera è ispirata e di cui ho appena detto). Sarà più difficile reprimere un moto di sorpresa a chi conosca il tracciato scientifico dell’a. e constati come la riforma abbia inciso specificamente e principalmente proprio sui temi toccati dalle sue ricerche.

In altre parole: il nostro studioso potrebbe legittimamente menare vanto di aver individuato in anticipo le forze storiche sottese allo sviluppo della materia e di aver dall’inizio indirizzato le proprie indagini a quei medesimi snodi di cui, ad anni di distanza, approda ora la nuova disciplina (e penso in particolare agli studi sui rapporti di lavoro e sul trasferimento dell’azienda nelle imprese in crisi, i più antichi dei quali risalgono ad una quindicina di anni or sono).

Ma anche su questo Antonio Caiafa preferisce lasciare al lettore le conclusioni. Forse gli sembra prematuro affrontare già oggi la ricostruzione di quello che una volta si usava chiamare il “sistema” (ma c’è ancora chi se ne preoccupi?). O, più probabilmente, preferisce riservare ad altra sede riflessioni d’insieme che, allo stato, non potrebbero per forza di cose che essere assai più problematiche che sistematiche e che, come tali, sarebbero forse male adatte ad un libro dedicato anzitutto agli studenti.

4. Vorrei provarmi a spiegare in sintesi perché mi sembra di vedere nella riforma istanze ed orientamenti anticipati dagli studi di Caiafa già alcuni lustri or sono.

Guardata a volo d’uccello, la storia della nostra materia dall’unità nazionale ad oggi può essere divisa con larga approssimazione in due fasi:

- (i) quella tradizionale (specialmente: c.co. 1865) liberal-individualistica, in cui il fallimento, pur criminalizzato per un verso, è per l’altro verso visto essenzialmente come un affare privato tra creditori e debitore, esecuzione forzata, sia pure collettiva, delle ragioni dei primi sul patrimonio del secondo, in buona misura affidata anche a strumenti di autotutela (al posto del curatore ci sono i sindaci, nominati dai creditori fra i creditori);

- (ii) e quella dirigistico-statalista, figlia del clima ideologico e politico che vede nascere la legge del 1942, per la quale il fallimento è questione di ordine pubblico economico, su cui lo Stato vigila con penetranti poteri, a tutela appunto degli interessi generali minacciati dal dissesto.

Le due concezioni sono assai lontane tra loro quasi in ogni aspetto, ma hanno tuttavia un importante (anzi: fondamentale) elemento in comune.

Entrambe - e sia pure per ragioni in parte diverse - sono volte all’eliminazione dal mercato dell’impresa insolvente. La cd. selezione darwiniana del più adatto esige che il sistema economico sia liberato dal peso delle iniziative inefficienti, capaci solo di distruggere

ricchezza anziché di produrne, e che le risorse in esse investite siano rese disponibili per l'allocazione in altri e più proficui impieghi.

A ciò si deve forse aggiungere, come fattore di spinta nella medesima direzione, la concezione che allora si aveva del fallimento come illecito: dalla massima *decoctor ergo fraudator* discendeva, tra gli altri corollari, quello che vedeva come opportuna l'espulsione dal mercato dell'imprenditore disonesto.

5. Risulta per più versi - e viene anzi dichiarato espressamente - che la nuova disciplina sia su quest'ultimo punto orientata in modo diametralmente opposto.

Uno dei *Leitmotive* della riforma, anzi una delle sue bandiere, è invero l'impresa. Al sistema anteriore si rimprovera di non tenere nel debito conto i valori insiti nell'organizzazione imprenditoriale, anche in quella in crisi, e di provocare pertanto la dispersione di quei valori, così ledendo i molteplici interessi che si legano alla sopravvivenza dell'impresa.

Per la verità, il rimprovero dimentica che da circa un quarto di secolo il settore in cui il problema ha maggiori probabilità di porsi con concreto rilievo, ossia quello della media e grande impresa, è stato sottratto al governo della legge del 1942 e assoggettato a legislazione speciale (leggi "Prodi" o "Marzano", di prima, seconda e terza generazione), invece preoccupata fin troppo dei valori di cui si tratta.

Ma non è di questo che intendo parlare, bensì del carattere profondamente ambiguo del richiamo ai valori dell'impresa, richiamo che può significare due cose, non solo del tutto diverse, ma anche contrastanti tra loro.

In primo luogo, esso può riferirsi all'idea che la tradizionale liquidazione fallimentare disgregatrice - a me piace chiamarla "al minuto" - distrugga ricchezza, disperdendo i valori organizzativi, immateriali, di avviamento ecc., così in definitiva realizzando in modo inefficiente ed imperfetto la stessa garanzia dei creditori. Il presupposto di questa idea è che l'esitazione dell'azienda in blocco (o in blocchi) permetta, o possa permettere, di realizzare più della sommatoria di quanto si ricaverebbe dalle esitazioni "al minuto" delle singole componenti.

Il secondo significato attiene invece alla considerazione che la crisi-dissoluzione dell'impresa danneggia non solo e non tanto chi l'ha finanziata (con capitale di credito e poi anche con capitale di rischio), ma anche i portatori di interessi più vasti che sempre all'impresa fanno capo: i cd. *stakeholders*, ossia fornitori, indotto, comunità locali e, infine e soprattutto, lavoratori dipendenti.

6. Ciò premesso, occorre chiedersi a quale delle due istanze sia ispirata la riforma.

Ancorché gli elementi somministrati dal testo possano sembrare non perfettamente univoci, credo, anche alla luce di taluni mutamenti intervenuti nel corso dei lavori preparatori, si debba optare per la prima.

Lo schema Trevisanato, cui la riforma ha largamente attinto, prevedeva due importanti principi (art. 147):

(i) la liquidazione "al minuto" poteva avere ingresso solo in caso di comprovata *impossibilità* della vendita in blocco (con una sorta di inversione, se vogliamo, di quanto disposto dall'art. 106² vecchio);

(ii) nel vendere l'azienda o suoi rami si doveva scegliere l'acquirente non in base al solo prezzo offerto, ma anche alle garanzie di "conservazione dei livelli occupazionali" (clausola che riecheggia a sua volta l'art. 63 "Prodi-bis").

Nel testo definitivo, la prima regola subisce una radicale trasformazione. Ora la norma si limita ad istituire (quello che a me sembra) un vero e proprio obbligo di sottoporre le prospettive liquidatorie ad un *test* preliminare: alla liquidazione "al minuto" si può metter mano solo se non sia prevedibile che la liquidazione in blocco (o a blocchi) possa consentire ricavi maggiori (art. 105). Rovesciando la regola: alla liquidazione all'ingrosso si deve ricorrere se e solo se essa lascia presagire un maggiore recupero per i creditori.

Quanto al secondo principio della "Trevisanato" esso è scomparso, donde pare legittimo trarre argomento nel senso che la gara tra più offerenti per l'acquisto dell'azienda debba essere aggiudicata esclusivamente in base al criterio del prezzo.

7. Se queste considerazioni colgono nel segno, si può forse sperare che la nuova disciplina abbandoni la strada, troppe volte battuta in passato, della conservazione dell'impresa decotta concepita come ammortizzatore sociale improprio: strada economicamente perniciosa e giuridicamente illegittima, sia dal punto di vista costituzionale, sia da quello del diritto europeo, come mi lusingo di avere già molti anni fa dimostrato.

Ciò nonostante, la conservazione dell'impresa giocherà un ruolo fondamentale nel nuovo diritto fallimentare.

Ogni procedura dovrà affrontare come primissimo e ineludibile adempimento il *test* di proficuità prospettica comparata tra liquidazione in blocco, con vendita dell'azienda, e tradizionale liquidazione al minuto. E ciò in vista di una scelta destinata a costituire il perno della nuova, centrale figura del programma di liquidazione.

Nelle more, sarà prevedibilmente inevitabile disporre (già nella sentenza di fallimento: art. 104) la continuazione dell'impresa, senza la quale l'azienda si disgregherebbe e non potrebbe più essere venduta come tale, continuazione da realizzare eventualmente anche a mezzo di un affitto dell'azienda stessa.

Forse non è iperbole definire tutto questo una rivoluzione copernicana.

La vecchia idea che il fallimento dovesse comunque comportare l'espulsione dell'impresa dal mercato e la sua disarticolazione si trasforma nell'opposto di sé.

Il fallimento potrà disaggregare e distruggere l'impresa se e solo se ciò risultasse nelle circostanze concrete il modo per massimizzare il recupero delle ragioni creditorie.

Ogni volta che ciò non sia - e comunque fino a quando ciò non risulti accertato - l'impresa va anzitutto conservata e poi le va assicurato un futuro, sia pure in altre mani, attraverso la vendita dell'azienda in funzionamento, come *going concern*.

Per chi, come Antonio Caiafa, abbia dedicato tanta parte delle proprie energie di studioso proprio a questi temi, e particolarissimamente al trasferimento dell'azienda del fallito, deve essere grande la soddisfazione di vederli andare ad occupare il centro della scena nel nuovo diritto fallimentare.

segue
Roma,
1° dicembre 2006

PRESENTAZIONE DEL LIBRO
"LA TEORIA DELL'ACCORDO
NEL DIRITTO INTERNAZIONALE
PER GOVERNARE LA GLOBALIZZAZIONE"
DI V. DE NARDO

Intervento dell'Autore
Valentino de Nardo Magistrato di Cassazione

Contenuto dell'opera

L'opera attuale inizia dall'esposizione della teoria dell'accordo, sia nel diritto interno che internazionale, quale fondamento dello Stato di diritto e democratico, espresso dal principio maggioritario, previamente necessariamente da tutti accettato, in caso di atti collettivi o collegiali. E', infatti, essenziale e connaturato alla nascita di *un nuovo ordinamento giuridico comune o di un nuovo soggetto giuridico*, distinto dai suoi singoli membri, l'adozione delle proprie decisioni secondo il principio maggioritario.

Il modello democratico non si fonda, pertanto, solo sulla rappresentanza popolare, attraverso elezioni a suffragio universale, e la separazione dei poteri, che permette il controllo reciproco degli organi governativi – cosicchè "il potere limita il potere", secondo la celebre frase di Montesquieu - ma anche su un terzo principio fondamentale, che anzi precede i primi due, ovvero il principio maggioritario dei suoi organi istituzionali di natura collegiale o collettiva, necessario per la nascita ed il funzionamento di ogni nuovo soggetto giuridico democratico, che possa assumere decisioni distinte dai suoi membri. Pertanto il principio della maggioranza o il principio maggioritario, non è solo un modo di formazione della volontà negli atti collegiali e, talora, in quelli collettivi, ma è innanzitutto un principio fondamentale del modello democratico.

Infatti, non è sufficiente che un governo sia eletto a suffragio universale, perchè poi i voti degli elettori sono diversi in base alle diverse scelte politiche dei candidati dei vari partiti. Occorre, quindi, che si formi una maggioranza parlamentare, sulla base del principio della maggioranza dei consensi, così come occorre che tale maggioranza, specie se formata da un governo di coalizione – come normalmente avviene – assuma le sue decisioni unitarie sulla base di un programma concordato a maggioranza.

E' necessario, quindi, un criterio oggettivo democratico, che consenta la nascita ed il funzionamento del nuovo soggetto statale o sovranazionale e questo non può che essere individuato - sulla base della teoria dell'accordo - nel principio maggioritario, previamente accettato da tutti i membri, che hanno deciso di farne parte.

Sul piano internazionale, quindi, o si rimane sul piano della logica dei separati trattati bi o plurilaterali, con la ben nota limitazione della loro efficacia per l'inesistenza di apparati esecutivi e giurisdizionali superiori alle parti contraenti, che assicurino il rispetto dell'accordo concluso, o si crea *un nuovo ordinamento giuridico comune od un nuovo soggetto giuridico*, distinto dai suoi singoli membri, mediante un accordo costituente fra tutti gli Stati partecipanti, che preveda il meccanismo del voto a maggioranza per i nuovi organi comuni. E' quindi inevitabile la creazione di un nuovo Stato di diritto e democra-

tico, anche se le forme potranno essere diverse, mediante la nascita di un nuovo Stato unitario, che sostituisca i precedenti Stati, aderenti al nuovo accordo costituente, o quella di uno Stato Confederale, con competenze limitate ad una politica estera comune, o di uno Stato federale, con le competenze comuni, sia in politica estera ed interna, attribuitegli dagli Stati aderenti, che non perdono in entrambi questi ultimi due casi la loro personalità giuridica, se in tal modo concordato.

Pertanto, sul piano del diritto internazionale, la teoria dell'accordo (che è stata definita teoria del diritto occidentale contemporaneo e del diritto naturale vigente dalla dottrina italiana di filosofia del diritto)¹ consente la perfetta coesistenza di Stati nazionali democratici federati con un ordinamento sovranazionale democratico federale, proprio in quanto principio universale del diritto e fondamento giuridico del moderno Stato di diritto e democratico.

Ciò dimostra che *l'accordo* - nella specie sulle decisioni a maggioranza del nuovo soggetto od ordinamento giuridico comune -, *sia l'elemento primigenio del diritto* e, quindi, *la prevalenza della teoria contrattualistica in esame, che si esprime nell'accordo, non solo sulla teoria normativa² e su quella imperativistica³, ma anche su quella istituzionalistica⁴*, che parte dal concetto sociologico di istituzione, perchè la norma, il comando o le istituzioni ne sono un suo prodotto e spiega perchè queste ultime possono essere plurali e diverse (teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici), appunto perchè nascenti da distinti accordi, *i quali possono dar vita, sia a singole separate norme, che a nuove istituzioni*, e dimostra, in conclusione, che *l'accordo sia l'unico principio veramente unificante delle une e delle altre* e possa, altresì, organizzare tali separati accordi o nuovi soggetti od ordinamenti comuni, attraverso una concatenazione di accordi - dal patto fondante o costituzionale ai singoli accordi fra privati - *nel quadro di un unitario ordinamento giuridico, sia interno che internazionale*.

Il diritto non nasce, cioè, nè da un'autorità esterna alla società - ordine dell'Autorità -, nè da una ragione astratta - diritto naturale -, bensì dalla volontà popolare attraverso il libero accordo, dando vita allo Stato democratico, unico e vero Stato di diritto, poichè esprime la volontà e l'etica reale di un popolo.

L'accordo è dunque "*l'universale giuridico*", ossia l'essenza stessa del diritto, quale suo carattere intrinseco, corrispondendo al concetto di soluzione pacifica e concordata (non violenta o fraudolenta) di un conflitto o comunque di una questione di interessi comune a più soggetti (e quindi intersoggettivo: rapporto giuridico).

Infatti, l'accordo si identifica nel metodo democratico, ossia nella forma che è anche sostanza e contenuto del diritto.

1. Gaetano Carcaterra, *Una teoria del diritto e della giustizia*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", n. 4 - 2002, pp. 641 e ss., che definisce la teoria generale in esame, sia come teoria del diritto naturale vigente nel diritto occidentale contemporaneo, che come teoria della giustizia.

2. Kelsen, "La dottrina pura del diritto", Torino, 1952.

3. Carnelutti, "Teoria generale del diritto", Roma, 1951.

4. Hauriou, "Principes de droit public", Paris, 1916, e Santi Romano "Autonomia", in Frammenti di un dizionario giuridico, Milano, 1953, e "L'ordinamento giuridico", 2^a Firenze 1951 (rist.).

Naturalmente l'accordo per realizzarsi deve essere realmente voluto da entrambe le parti in condizioni di libertà e di parità ed in tal modo esso si individua nel punto di incontro delle volontà delle parti ed in tale equilibrio e punto al centro della linea che incontra i due punti estremi rappresentati dalle parti diventa anche volontà comune e quindi solidale e "super partes" e quindi legge per entrambe, in quanto da entrambe realmente e non soltanto formalmente voluto.

Non si tratta quindi di individuare un buon accordo da contrapporre ad un accordo "sic et simpliciter", ma di individuare un reale accordo, che quindi come tale non può che qualificarsi libero, paritario, giusto e solidale.

Pertanto non vi è alcuna deroga alla positività della mia teoria con elementi di giunaturalismo, che le sono come tali estranei, trattandosi di teoria rigorosamente positiva, in cui il diritto è rappresentato solo da quanto realmente voluto dalle parti, artefici e destinatari delle norme nel quadro di un unitario ordinamento giuridico.

Per tale motivo, esso è la fonte principale e sostanzialmente l'unica del diritto internazionale, che è un ordinamento, tuttavia, ancora in via di formazione, perchè attualmente fondato essenzialmente su rapporti giuridici particolari fra soggetti determinati (accordi particolari) e, quindi, privo di una unitaria struttura rappresentativa degli interessi comuni, perfetta sul piano giuridico (quale potrebbe formarsi in base ad un accordo collettivo o generale di tutti gli Stati - fondato sul principio maggioritario dei consensi-, per assicurare non solo la pace, ma anche un equilibrato sviluppo economico mondiale), come nei singoli Stati democratici.

Stante l'innata essenza del suddetto carattere del diritto, che si rinviene nell'ordine fenomenico, risulta vano il tentativo di individuarne la fonte in una preconstituita volontà umana (ossia in una norma fondamentale -o primaria- sulla produzione giuridica), sia pure tacita e consuetudinaria. L'accordo è, infatti, in ogni caso l'anello necessario iniziale e dinamico del fenomeno giuridico, il quale può legittimamente esprimersi (salvo sistemi giuridici, camuffati da forme dittatoriali od oligarchiche, di diritto od anche semplicemente di fatto) solo nel sistema giuridico democratico, basato sull'accordo, cioè sul principio della sovranità popolare.

La teoria dell'accordo, quale fondamento del diritto, nascente dal rapporto giuridico, nel quadro dell'unitario ordinamento giuridico interno od internazionale, identifica i principi generali del diritto, necessari per la soluzione dei maggiori odierni problemi sociali ed istituzionali, quali la pace, un nuovo ordine internazionale, fondato su un più equilibrato sviluppo economico mondiale, ed ordinamenti interni ed internazionali, realmente democratici.

Essa si presenta particolarmente utile nella attuale fase di riforme istituzionali, essendo preliminare ad esse la precisa individuazione dei principi generali del diritto, che regolano la costruzione di ogni ordinamento giuridico, sia statale che internazionale.

Indi, l'opera approfondisce le applicazioni della teoria sui temi più attuali del diritto internazionale, quali l'Unione Europea, la Corte Penale Internazionale e l'O.N.U., oggetto di relazioni svolte in vari convegni, fornendo soluzioni nuove per un ordine internazionale multipolare, realmente democratico, nel contesto attuale della globalizzazione. In

particolare, tale principio universale democratico consente di realizzare un ordinamento sovranazionale, federale, libero ed aperto, sia a livello europeo, che in prospettiva mondiale, senza sacrificare le singole identità nazionali e locali, sul modello dello Stato di diritto e democratico, che rappresenta storicamente ed anche giuridicamente, in base della teoria dell'accordo, il culmine dell'evoluzione giuridica.

Tale teoria mi ha consentito, in particolare, di proporre alla Convenzione europea un nuovo progetto di ordinamento federale, sia europeo, che, in prospettiva, mondiale, che assicura la massima garanzia a tutti gli Stati federati, sia di ingresso, che di recesso, a salvaguardia della loro autonomia e delle loro identità culturali nazionali.

Infatti, in base alla mia teoria, che si pone a fondamento dello Stato democratico, lo stesso concetto tradizionale di Stato federale, nel quale i singoli Stati membri trasferirebbero definitivamente la loro sovranità nazionale e godrebbero soltanto di una potestà costituente derivata, privandosi, altresì, per sempre della loro personalità internazionale, non corrisponde al principio fondamentale del diritto e dello Stato democratico dell'accordo, che si esprime nella sovranità di tutti i soggetti (popoli e Stati), che ne facciano parte, nel rispetto reciproco gli uni degli altri.

Il concetto di Stato federale interamente regolato dal diritto interno dell'ordinamento superiore rispetto ai singoli Stati membri derivati e dipendenti deve ritenersi, pertanto, superato e non più assoluto, come del resto lo dimostrano anche le varie forme, con cui esso si è storicamente realizzato ed evoluto. Dipende, infatti, dal contenuto dell'accordo – unico principio di diritto – la determinazione della parte dei rapporti, che sarà regolata dal diritto interno dello Stato federale e di quella che rimarrà, invece, disciplinata dal diritto internazionale, su un piano paritario fra Stato federale e Stati membri, a seconda dell'autonomia riservata a questi ultimi – che non perdono, quindi, la loro indipendenza internazionale, potendo persino successivamente interamente riacquistarla, sempre sulla base dell'accordo concluso.

Si va delineando, in conclusione, un concetto di Stato sovranazionale, che, pur non eliminando le singole identità culturali nazionali, si identifica a livello più ampio in un ordinamento sovranazionale democratico, fondato sulla universalità dei diritti umani nel contesto attuale della globalizzazione, che trova in tal modo una sua regolamentazione. Infatti, la tutela dei diritti dei cittadini non si realizza più a livello statale nazionale – dato l'attuale espansione dell'economia, oltre che della coscienza dei singoli, ormai aperta, anche grazie al moderno progresso tecnologico dei mass-media, ai problemi mondiali – ma a livello sempre più vasto ed in prospettiva globale, per poter governare i vari fenomeni dell'era contemporanea (governo dell'economia e della finanza internazionale, criminalità organizzata, terrorismo e progressivo impoverimento delle popolazioni di fronte ad una globalizzazione non regolamentata).

In sintesi, tale universale giuridico consente di superare l'angusto concetto assoluto di sovranità nazionale, rendendo compatibile la coesistenza di Stati nazionali sovrani con un ordinamento sovranazionale sovrano, che si pone al di sopra di quel-

li statuali, proprio in quanto scaturente da un accordo più generale dei singoli Stati membri, fondato sulla sovranità di un unico popolo, appartenente sia a ciascuno Stato nazionale, che a quello sovranazionale unitario.

Nel caso in esame, si tratta, invero, di creare *un ordinamento sovranazionale libero ed aperto*, che esprima il principio della sovranità popolare e della democrazia rappresentativa, che non comporta, pertanto, un trasferimento di poteri sovrani dagli Stati nazionali a quello europeo, ed il modello non può essere che quello dello *Stato di diritto e democratico, dato che esso rappresenta storicamente ed anche giuridicamente, in base alla teoria dell'accordo, il culmine dell'evoluzione giuridica*.

Tale fondamentale principio è stato anche recepito nel Trattato che istituisce la Costituzione europea, che, all'art.1 del Titolo I della Parte I, prevede espressamente un'attribuzione e non più un trasferimento di competenze dagli Stati Membri all'Unione europea, nella norma iniziale basilare relativa all'istituzione dell'Unione.

La costituzione di uno Stato federale europeo, in questa fase dell'allargamento ad altri Stati dell'U.E., non solo è un logico sviluppo della sua essenziale ed originale natura sovranazionale, ma è anche un necessario completamento istituzionale per il buon funzionamento dell'ordinamento europeo. Occorre, pertanto, procedere all'attuazione dei principi, del resto già posti alla base dell'Unione dall'art. 6 del trattato sull'U.E., di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dello Stato di diritto, che sono a fondamento anche della teoria dell'accordo, che, appunto, realizza lo Stato di diritto, fondato sulla separazione dei poteri e sul principio di legalità, e lo Stato democratico, fondato sul principio della sovranità popolare, che rappresentano il diritto naturale universale, quale culmine del processo della civiltà giuridica.

Il nuovo sistema del Trattato costituzionale europeo è senz'altro condivisibile, perchè, anzichè fondarsi sul solito sistema intergovernativo di compromesso diplomatico fra i governi, si ispira al principio comunitario dell'eguaglianza del voto di ciascun elettore (Stato o cittadino), che è alla base di ogni sistema democratico, che deve essere scevro da ogni situazione di privilegio di ciascun componente di un collettività organizzata, nella specie costituita dagli Stati e dai cittadini europei, rispettivamente, rappresentati dai Consigli dell'U.E. e dal Parlamento Europeo. Del resto, un sistema diverso implicherebbe l'adozione di una norma, oltre che ingiusta, anche incerta, specie nel caso di future successive adesioni di altri Stati, con i quali dovrebbe di volta in volta concordarsi il peso politico da attribuire in seno ai Consigli dell'Unione.

Sulla base di tale principio, ho predisposto uno schema di Costituzione europea con una forma di Stato di tipo federale, libero ed aperto, ed una forma di governo democratico rappresentativo di tipo parlamentare, espresso da un sistema bicamerale, costituito da un Parlamento europeo, direttamente eletto da tutti i popoli d'Europa e da un Consiglio dei Ministri, formato dai rappresentanti dei Governi dei singoli Stati, secondo il progetto di Federazione di Stati-Nazione, che salvaguarda, sia

la sovranità dei singoli Stati membri, che della Federazione degli Stati europei.

Tale progetto è stato molto apprezzato, sia da parte della Convenzione Europea, che della Commissione Europea, e ha trovato ampia conferma nel Trattato di Costituzione europea, anche se sussiste ancora in buona parte la componente intergovernativa nel sistema giuridico adottato per il ruolo di indirizzo politico, che è assegnato al Consiglio Europeo, che decide generalmente per “consensus” (procedura di formazione della volontà collegiale, implicante un accordo generale, in assenza di voto, che consente, in quanto tale, a ciascuno Stato membro di contestare con “riserve” la decisione adottata e di dissociarsi dai suoi effetti) e provvede, altresì, alla nomina del Presidente dell’Unione Europea. Inoltre, pur essendo divenuta una regola generale la maggioranza qualificata per le decisioni del Consiglio dei Ministri, l’unanimità rimane la regola in materie fondamentali, quali quelle di politica estera, di difesa e sicurezza comune, di coordinamento della politica economica ed occupazionale, le cui linee strategiche sono affidate al Consiglio Europeo ed escluse dalle competenze decisionali della Commissione Europea e del Parlamento Europeo. Altre materie sono affidate a leggi europee, emanate dal solo Consiglio dei Ministri, con voto all’unanimità, come quelle relative alla politica sociale, fiscale, al diritto di famiglia, alla criminalità transnazionale, alla cooperazione di polizia e al nuovo sistema di elezioni del Parlamento europeo a suffragio universale diretto. Infine, la revisione del nuovo Trattato costituzionale è ancora affidata alla decisione unanime di una C.I.G. ed alla successiva ratifica di tutti gli Stati membri, come nell’attuale art. 48 TUE, sebbene con la novità della previa nomina di una Convenzione da parte del Consiglio europeo, anche se la stessa Costituzione prevede le c.d. clausole “passe-relle”, che permettono di estendere il campo del voto a maggioranza qualificata e della procedura legislativa ordinaria, senza passare per il meccanismo della C.I.G., che implica la ratifica di tutti igli Stati membri.

Tuttavia, si tratta di un vero trattato costituzionale, ispirato ai principi della democrazia rappresentativa e allo Stato di diritto, che istituisce una federazione di Stati Nazionali, sia pure ancora imperfetta e in via di formazione, sia perché la Costituzione pone fine alla struttura a pilastri, propria dei Trattati e conferisce all’Unione Europea una chiara personalità giuridica internazionale, sia perché è sancito il primato del diritto dell’Unione europea sul diritto degli Stati membri.

Pertanto, pur essendo state poste le basi per la nascita di un nuovo Stato di diritto, di natura sovranazionale e sostanzialmente federale, con proprie competenze, sia di politica interna che internazionale, fondato sulla separazione dei poteri, non si è dato ancora ad esso una piena vita autonoma, con l’adozione completa del sistema maggioritario nelle decisioni di tutti i suoi organi ed, in particolare, in quello di indirizzo politico (Consiglio Europeo) ed in parte di quello legislativo (Consiglio dei Ministri). Inoltre, si è prevista una Costituzione quasi imm modificabile se non con l’accordo unanime di una nuova Assemblea Costituente (nuova Convenzione) e ciò in contrasto con i principi di qualsiasi Costituzione di un nuovo Stato od Ordinamento sovranazionale, che deve necessariamente avere completa vita autonoma dai sin-

goli soggetti che ne fanno parte, situazione che può essere assicurata soltanto dall'adozione del principio maggioritario, nelle regole relative al suo funzionamento, anche riguardanti le sue modificazioni o la sua estinzione, sia pure con decisioni rafforzate da ripetute votazioni o da maggioranze qualificate, nelle scelte di maggiore importanza.

E' prevalso, invero, il timore che con la nascita del nuovo Ente sovranazionale gli Stati membri perdessero, sia pure in parte, la loro sovranità nazionale, trasferendola definitivamente al nuovo soggetto.

E', peraltro, un falso problema quello, per cui la creazione di un nuovo Stato federale con l'adozione del sistema di voto a maggioranza per i suoi organi dia luogo alla nascita di un "Superstato", nel quale i singoli Stati aderenti trasferiscano definitivamente i propri poteri sovrani, essendo vero in uno Stato di diritto e democratico esattamente il contrario, poichè può rimanere libera la libertà di accesso e di recesso di ciascuno, proprio in base all'accordo concluso (fermo rimanendo, ovviamente, nel secondo caso, il rispetto degli obblighi in corso, già contratti), come avviene per i cittadini di ogni singolo Stato democratico e come è stato ora espressamente previsto nel Trattato costituzionale, che ha recepito tale principio.

Tuttavia, il fulcro del nuovo ordinamento sovranazionale e sostanzialmente federale, con proprie competenze, sia di politica interna che internazionale, fondato sulla separazione dei poteri, è stato tracciato, poichè la funzione primaria legislativa è affidata ad un sistema bicamerale, costituito da un Parlamento Europeo, direttamente eletto dal popolo europeo, con un numero di rappresentanti per ciascuno Stato, proporzionale alla sua popolazione, entro un tetto numerico complessivo di 736 Membri, e dal Consiglio dei Ministri, formato da un rappresentante di ciascun Governo di ogni Stato Membro, che decide, generalmente, con doppia maggioranza qualificata dei suoi membri in seno al Consiglio (maggioranza del 55% degli Stati membri rappresentanti il 65% della popolazione, se decide su proposta della Commissione o del Ministro degli AA.EE, e maggioranza del 72% degli Stati e del 65% della popolazione negli altri casi. Sistema di voto adottato anche per il Consiglio Europeo, nei casi eccezionali, in cui la Costituzione prevede che decida a maggioranza qualificata) e con maggioranza dei votanti in seno al Parlamento Europeo, nel rispetto del numero legale, che lo stesso Parlamento stabilirà con proprio regolamento interno, da approvarsi a maggioranza dei suoi Membri.

Inoltre, come naturale sviluppo del modello europeo, ho analizzato nei miei studi, che sono stati oggetto di relazioni in vari convegni giuridici, la prospettiva di procedere progressivamente alla creazione di federazioni di Stati per aree regionali continentali, per poi, addivenire, con un accordo costituente, ad una nuova istituzione delle Nazioni Unite o ad una riforma dell'attuale ordinamento dell'O.N.U., in assenza di veti, da un lato con la trasformazione dell'Assemblea Generale, da assemblea di Governi in una duplice assemblea dei rappresentanti degli Stati e dei popoli, ossia in un Parlamento mondiale bicamerale, dove tutti gli Stati ed i popoli siano proporzionalmente rappresentati, e dall'altro ad un effettivo controllo di tale Parlamento mon-

diale sull'operato del Consiglio, nella cui composizione siano presenti, in prospettiva, organizzazioni regionali dotate di competenze sovranazionali.

In tale contesto l'istituzione della Corte penale internazionale permanente si pone come il primo passo nell'ambito del predetto processo di democratizzazione dei rapporti nell'ambito della Comunità internazionale e di un radicale ripensamento del suo assetto giuridico, trasformando la stessa odierna concezione del diritto internazionale penale, in vista della realizzazione di un nuovo ordinamento federale mondiale, fondato sulla teoria dell'accordo. Infatti, la nascita di un sistema effettivo di giustizia penale sovranazionale costituisce una novità in grado di porre in discussione due dei dogmi, che hanno sinora retto il diritto internazionale: il principio della sovranità ed indipendenza di ciascuno Stato nell'ambito della Comunità Internazionale ed il suo necessario corollario, il difetto di soggettività nell'ambito internazionale degli individui e delle comunità, assoggettati ciascuno al proprio Stato nazionale.

Sempre sulla base del principio dell'accordo, ho affrontato poi il tema attuale della guerra "preventiva", che viene considerata, non solo ingiusta, ma anche anti-giuridica, in quanto contraria al principio del divieto dell'uso della forza e di quello più generale di non ingerenza negli affari interni degli Stati attualmente sancito *dall'art. 2 della Carta delle N.U., in modo tale, da non tollerare eccezioni, oltre quella contenuta nell'art. 51 della legittima difesa, individuale o collettiva.*

Da ciò discende, altresì, che *la democrazia non si "esporta" da uno Stato ad un altro, nè si impone al suo interno, con l'uso della forza, ma si forma liberamente con l'accordo del popolo all'interno di ogni singolo Stato.*

Nè un esempio di reale democrazia, può essere fornito dalle "apparenti" democrazie occidentali, basate sul personalismo nella sfera dei pubblici poteri, rispondente alla superata teorica della sovranità dello Stato, anzichè del Popolo, che, in mancanza di un'effettivo pluralismo dell'informazione, favoriscono dittature di fatto di lobbies e corporazioni, estranee al sistema democratico della rappresentanza popolare.

All'Europa, che nasce come unico esempio in cui l'idea di democrazia precede quello stesso di federazione, spetta, quindi, ancora una volta riaffermare questo suo ruolo fondamentale di guida del mondo, per un nuovo equilibrio internazionale fra i popoli e gli Stati, che non può essere affidato ad un solo tutore, l'America, con la forza delle armi, a difesa non dei popoli e della democrazia, ma sempre più di un vetero capitalismo egoistico e delle grandi lobbies economiche e finanziarie, con il rischio di creare un conflitto epocale fra la civiltà giuridica occidentale ed il mondo che sta al di là di essa, nonché la distruzione planetaria sul piano ecologico.

segue

Prof. Massimo Cesare Bianca

Dico subito che sarà una parola breve. Indubbiamente è un motivo di compiacimento questa iniziativa, la riunione di questi studiosi per parlare di questo volume di Valentino De Nardo sulla “Teoria dell’accordo nel diritto internazionale per governare la globalizzazione”. Ma già il titolo stesso mi fa capire che la mia competenza di civilista è una competenza che è largamente travalicata da quest’opera, da questo volume che tocca temi che vanno certamente al di là della mia stretta materia. Qui travalichiamo nella teoria generale, nella filosofia del diritto, quando il De Nardo ci dice che l’accordo è l’universale giuridico, ossia l’essenza stessa del diritto, con questa affermazione indica chiaramente che in un ambito che è certamente molto al di sopra della competenza del civilista. Filosofia anche del diritto, non a caso il De Nardo fa il nome di Rousseau, perché l’idea del patto sociale in qualche modo è la radice di molte sue indicazioni sviluppate, e peraltro lo stesso autore riconosce questa paternità ideale che risale a Rousseau. Quindi è un volume che certamente non può essere da me valutato. Abbiamo il Professor Ferri, il quale per la sua grandissima cultura, non solo giuridica ma anche umanistica, potrà, pur essendo un civilista, affrontare invece un discorso ... Come civilista io che cosa posso dire? Posso dire che noi abbiamo la figura del contratto. Questa figura del contratto rappresenta una scelta ben precisa del nostro legislatore a seguito di una scelta che risale al codice francese, la scelta cioè di riportare l’autonomia privata alla figura del contratto. Contratto che, se apriamo il codice appunto è definito come un accordo. Scelta che ebbe a suo tempo delle spiegazioni, delle giustificazioni che credo ci interessino non molto. Quello che interessa, invece, è prendere atto di una norma del codice, l’articolo 1372, norma la quale dice che il contratto non produce effetto rispetto ai terzi, che nei casi previsti dalla Legge. Qui mi pare ci sia la chiave di spiegazione di questa importanza fondamentale che assume l’accordo. Certo c’è il negozio giuridico, ci sono gli atti unilaterali, ma il negozio giuridico, quando si presenta come atto unilaterale, è comunque un atto che se coinvolge le posizioni dei terzi richiede comunque una sorta di accordo, non sarà l’accordo tecnico che nasce dal perfezionamento a seguito dell’accettazione della proposta ma è comunque pur sempre una manifestazione di un consenso. Pensiamo al testamento, mai e poi mai si potrà parlare di un accordo tra il defunto e l’erede, ma non c’è dubbio che l’eredità deve essere accertata, e che quindi, anche per quanto riguarda questo atto, la legge e l’ordinamento richiedono un atto di assenso. In buona sostanza in *vitus* nessuno può essere gravato di effetti sfavorevoli, di obblighi, ma neppure di effetti favorevoli, perché anche il contratto a favore di terzi richiede pur sempre un momento di consenso da parte del beneficiario. Questo è detto chiaramente dall’autore, laddove egli afferma che la teoria dell’accordo si fonde essenzialmente sul principio universale di non interferenza di ciascuno nella sfera giuridica dell’altro senza il suo consenso ed il concordamento pacifico e paritario dei reciproci interessi nell’ambito del rapporto giuridico, sia sul

piano interno che su quello internazionale. Quindi il principio di non interferenza. Qui voglio rilevare una cosa, che questa norma dell'art. 1372 in passato si è dubitato che rappresentasse un principio di ordine pubblico. Si era detto è una norma che già largamente derogata, quindi non possiamo dire che costituisca un principio fondamentale dell'ordinamento tale da poter essere qualificata come di ordine pubblico. Devo dire invece che leggendo attentamente le sentenze della nostra Corte di Cassazione, ci rendiamo conto che c'è un riconoscimento invece di questo principio come un principio di ordine pubblico. Intanto ordine pubblico visto seguendo una definizione di una sentenza del 99 come riferito a norme che abbiano carattere di fundamentalità e siano immanenti ai più importanti istituti giuridici. Ora, proprio con riguardo all'articolo 1372, ho trovato una sentenza che non è recentissima, del 1980, che però è molto significativa perché la definisce, quella del 1372, come una regola fondamentale. Quindi come regola fondamentale a pieno titolo quindi deve essere ricondotta nell'alveo dei principi di ordine pubblico. E questa conclusione secondo me deve essere confermata in base ad una considerazione elementare, e cioè che il principio di relatività del contratto in realtà costituisce il portato di un altro principio ancora più generale, che è il principio di eguaglianza, principio di eguaglianza che domina nel diritto privato. Principio di eguaglianza che esclude che un soggetto possa [...] del nostro autore, l'area giudiziaria, dove in realtà di accordo non si è mai parlato, e dove il buon senso popolare comunque dice che meglio un accordo magro che una sentenza grassa. A conferma che comunque quella è una autorità che viene dall'alto e che per quanto possibile è bene evitare. Quindi complimenti all'autore.

segue

Prof. Gaetano Carcaterra

Io ricordo che parecchi anni fa lo stesso dottor De Nardo mi ha precisato, dieci anni fa, ho avuto occasione di presentare quello che forse è stato il primo libro del dottor De Nardo che è il diritto, una presentazione che è avvenuta insieme ad altri colleghi giuristi come il professor Bianca e il professor Ferri, quel primo libro per la verità era molto più vicino agli interessi della filosofia, e questo secondo libro lo è molto meno, come si vede dal titolo. Quindi il mio intervento, ognuno fa qui le delimitazioni di competenza ma il mio intervento sarà circoscritto anche nel tempo dai limiti della mia competenza. Ci sono delle parti anche in questo libro, erano prevalenti naturalmente nel precedente, ma ci sono anche in questo libro delle parti, soprattutto la prefazione, la quale sembra richiamare ancora l'attenzione dei filosofi del diritto. Ci sono pagine che appunto riepilogo nelle loro linee essenziali la teoria dell'accordo, come appunto teoria generale, la teoria dell'accordo del dottor De Nardo. Direi che l'idea essenziale rimane un po' quella del vecchio libro, e cioè l'idea del diritto come rapporto giuridico. E da questa l'autore passa subito all'idea del diritto come accordo. Io dirò poi qualche cosa su questa derivazione dell'accordo dal rapporto giuridico in generale, perché nel caso appunto del diritto privato è abbastanza facile naturalmente dire che il rapporto si esprime nell'accordo. Su questo bisogna ve-

derlo poi più in generale, ma il dottor De Nardo in realtà non si ferma a questo passaggio, ma compie altri passaggi perché arricchisce un po' tutta la sua teoria dell'accordo fondato sul rapporto giuridico di una grande quantità di note, anche assai dettagliate, che vengono a caratterizzare la sua concezione del diritto che in ultima analisi risulta definito, per dirla in breve, come una istituzione originata tutta e tutta strutturata sulla base dell'accordo ai vari livelli dello stesso ordinamento. Più in dettaglio il diritto risulta definito come una istituzione, una istituzione che si regge sulla sovranità popolare, in base a elezioni democratiche e a suffragio universale, intesa a disciplinare pacificamente gli opposti interessi dei soggetti su un piano di libertà, eguaglianza e solidarietà. Soprattutto in questo secondo volume De Nardo accentua anche la necessità di un nuovo ordine internazionale giungendo a concepire la creazione di uno stato federale internazionale. Ora tutti questi sono concetti, che come dice lo stesso De Nardo, sono ispirati all'idea del contratto sociale di Rousseau e ai principi che si sono poi affermati nella rivoluzione francese. E c'è da aggiungere che l'idea di uno stato federale internazionale, che poi è stato vagheggiato da tanti, trova comunque un precedente molto illustre nel progetto di Kant per la pace perpetua. Quindi nei suoi contenuti ideali, e nelle sue linee essenziali, direi che la teoria dell'accordo non può non essere condivisa, anzi direi che da tempo è largamente una dottrina condivisa. Sotto questo aspetto non si può non lodare sia il primo come il secondo libro del dottor De Nardo. Però la presentazione di un libro non è poi soltanto una cerimonia di elogi, è anche un'occasione di riflessione. E insieme agli elogi io non posso non manifestare alcune perplessità che del resto (e lo sa il dottor De Nardo) ho espresso già nella presentazione del precedente volume e anche poi nella recensione che mi è capitato di dover fare. Sono delle perplessità le quali nascono soprattutto dal duplice contemporaneo compito e funzione che il dottor De Nardo assegna alla sua teoria dell'accordo, una funzione di teoria generale del diritto e insieme una funzione di filosofia della giustizia. In quanto teoria generale del diritto la teoria dell'accordo si propone come criterio capace di dire che cosa è in generale il diritto vigente; in quanto filosofia della giustizia la teoria dell'accordo propone lo stesso criterio come capace di dire invece come dovrebbe essere secondo giustizia il diritto. E così il dottor De Nardo identifica l'essere con il dover essere del diritto. Ora permettemi questa breve parentesi di carattere filosofico metodologico, fa essere, dover essere, ci sono molto importanti relazioni ma non ci può essere però, per ragioni logiche, una relazione di piena identità, perché identificare l'essere con il dover essere è fuorviante per il nostro senso della realtà, perché ci fa scambiare per realtà quello che è semplicemente, secondo il nostro desiderio, le nostre opinioni, un dover essere, qualcosa che dovrebbe essere, insomma ci fa scambiare per reale quello che semplicemente è soltanto un ideale. Ma non solo, perché la identità di essere e dover essere in realtà ottunde anche il nostro senso etico-critico, perché se tutto ciò che è come deve essere e tutto ciò che deve essere è come è, allora questo ci impedisce di vedere che c'è qualche cosa che non va come dovrebbe andare, e quindi frustra in un certo tutte a priori le nostre possibilità etico-critiche. Per questo caricato del duplice im-

pegno di teoria generale del diritto e di filosofia della giustizia, devo dire che la teoria dell'accordo incontra delle difficoltà che rischiano di non farla essere né l'una cosa né l'altra, naturalmente è qualcosa, su questo non c'è dubbio, ma una cosa forse anche importante ma diversa, è un'altra cosa, poi vedremo che cosa. Non è però una teoria generale del diritto, intanto perché non è generale. Non è generale perché i principi che si enucleano dalla definizione che ho ricordato del diritto in generale, fornita dal dottor De Nardo, i principi della sovranità popolare, del suffragio universale, della democrazia, della stessa eguaglianza, libertà e solidarietà, non sono comuni a tutti gli ordinamenti storici e caratterizzano solo una parte degli attuali ordinamenti, una parte degli attuali ordinamenti giuridici. Ma c'è di più, e questo di più c'è soprattutto in questo secondo libro, perché secondo il dottor De Nardo questi principi, anche dove sembrano accolti, in realtà restano per aria, o semplicemente sulla carta, non fanno la realtà del diritto. Ci sono pagine, almeno un paio di pagine molto dettagliate, impegnate, nelle quali il dottor De Nardo fa osservare che non episodicamente ma universalmente, in tutti i sistemi che egli stesso poi qualifica però giuridici, dall'antichità fino, dice, ai nostri giorni, anche a quelli più avanzati, incluso quello italiano attuale, per non dire in testa forse quello italiano, attuale. Bene in tutti questi ordinamenti si assiste – dice – alla formazione di oligarchie politiche ed economiche che mirano esclusivamente al potere, non rappresentano la volontà popolare, e poi agiscono molto lontane dagli ideali di eguaglianza, libertà, solidarietà in un clima di totale anarchia, in un contesto che è privo di quelle norme veramente giuridiche che il modello della sua teoria propone. Allora ne deriva che questo modello non dice come il diritto è, né in particolare né in generale, non dice come è ma piuttosto dice come dovrebbe essere questo diritto, cioè non è una teoria né generale né particolare del diritto, è piuttosto una proposta di ius condendum, è in fondo una proposta, diciamo, di giustizia. Proposta di giustizia però non propriamente una filosofia della giustizia, perché la filosofia della giustizia non si limita a proporre e proclamare certi valori. Ma fa di più, il suo compito principale è invece quello di procedere a una elaborata fondazione dei valori che propone, si chiede il perché di questi valori, si chiede perché la democrazia, perché l'eguaglianza, perché la solidarietà, perché la libertà, in ultima istanza poi perché il diritto stesso. A questi interrogativi non c'è nella teoria dell'accordo una esplicita risposta, non c'è perlomeno esplicita, non è visibile questa risposta. Il Dottor De Nardo dice che il criterio primigenio del diritto della giustizia è, lui dice appunto, è l'accordo, la filosofia su questo può essere anch'essa, può convenire perfettamente ma la filosofia però in quanto tale si chiede perché. Ed è qui che io non trovo una adeguata risposta, forse il dottor De Nardo potrebbe rispondere perché l'accordo, con tutte le sue conseguenze assiologiche che ho ricordato, è presente indefettibilmente in tutta l'esperienza giuridica, però a parte il problema metodologico della correttezza della derivazione di valori da fatti, qui è proprio il dottor De Nardo che si è impegnato a mostrare quanto i fatti del diritto siano invece distanti dai valori che egli propone. Allora lui potrebbe forse preferire una fondazione a priori, potrebbe fondare il valore dell'accordo sul rapporto giuridico dal

quale nasce. Bene il rapporto, lui dice l'accordo è la stessa cosa del rapporto giuridico perché il rapporto giuridico si esprime nell'accordo. Ora la teoria del rapporto giuridico è una teoria che trova precedenti, alcuni ricordati dallo stesso Dottor De Nardo, e direi che la tesi che il diritto e il rapporto giuridico, per essere più precisi, nasce per regolare rapporti intersoggettivi, è una tesi assolutamente plausibile. Però qui adesso il problema è il passaggio da questa tesi all'altra, che privilegia, nell'ambito del rapporto, privilegia l'accordo. Qui c'è insomma un altro perché al quale rispondere, ed è sollecitato dalla filosofia. Bene, dato che il diritto nasce per disciplinare, ma non soltanto nell'ambito del contratto e del diritto privato del nostro attuale ordinamento giuridico, in generale, nasce per disciplinare il rapporto giuridico perché fra i tanti possibili modi in cui questo rapporto può essere disciplinato è proprio l'accordo quello fondamentale che ha valore. E qui la risposta non c'è, c'è un salto. Io non nego che questo salto possa essere mediato, però diciamo richiede un approfondimento di riflessione che non è dato leggere nella teoria dell'accordo. E dunque questa teoria dell'accordo non è né una teoria generale del diritto né propriamente una filosofia della giustizia. E che cosa è? E' una proposta di politica del diritto, secondo me. Più precisamente è la proposta di strumenti giuridici giusti, ritenuti giusti per la soluzione di una molteplicità di questioni politiche nell'ordine interno e nell'ordine internazionale. E' una proposta articolata fin nei dettagli, qui i giuristi potranno dire qualcosa, fin nei dettagli degli istituti, quindi diciamo la proposta di un giurista che sa bene il suo mestiere. E' una proposta che è ispirata, sì, alla filosofia della giustizia ma non è e non si risolve in una filosofia della giustizia, insomma è la proposta politica di un giurista aperto e sensibile alla cultura filosofica. Bene questa aperta e sensibilità verso la cultura filosofia è una cosa importante, perché (concedetemi almeno a titolo di cortesia) le riforme quando sono grandi ed epocali hanno proprio nella filosofia la loro ispirazione più o prossima, meno o più remota, certamente intendiamoci, il dottor De Nardo non è il solo e neppure il primo a proporre come valori la democrazia, il suffragio universale, la solidarietà, l'eguaglianza, e tutto il resto, che costituisce il corpo assiologico, non è certamente l'unico però bisogna dire che fra le tante voci di riforma, la voce di De Nardo è una voce coraggiosa. E' una voce coraggiosa perché egli crede nella universalità dei valori che propone, e questa è oggi la fede di una minoranza, le minoranze sono sempre coraggiose. E il dottor De Nardo appartiene a questa minoranza. Appartiene a questa minoranza perché la cultura del Novecento ha quasi perduta e dispersa, direi, la fede nella universalità dei valori. A parte alcune riemersioni rapsodiche del giusnaturalismo l'etica del Novecento, l'etica dei filosofi, dei politici, io direi persino della opinione pubblica, è stata prevalentemente relativistica, nel senso che i valori, le regole, i diritti sono stati concepiti come variabili da cultura a cultura, da ideologia a ideologia, da gruppo a gruppo, e ancora oggi il multiculturalismo di oggi in fondo sottende spesso questa relatività dei valori, e quindi la loro insuscettibilità di una giustificazione universale. E' soltanto negli ultimi decenni che diciamo con una specie di ritorno a Kant, si è cominciato a recuperare la dimensione dell'universale. Ebbene il dottor De Nardo cre-

de in questa dimensione. Lo recitava prima il Presidente Cassiani, l'accordo – dice – è l'universale giuridico. Per questo io direi che la sua voce è benvenuta anche in questo risveglio culturale a una universalità dei valori. Naturalmente qui si aprono altri problemi, lo diceva ancora una volta il Presidente Cassiani. Si sa fra il dire e il fare c'è un tratto molto lungo, c'è da augurarsi che gli uomini, soprattutto gli uomini nelle cui mani sta il potere di migliorare il mondo del diritto, quindi il mondo tout court, non lascino queste voci inascoltate ancora per troppo tempo. Ed è questo l'augurio che io faccio al libro del Dottor De Nardo.

segue

Professor Francesco Caruso

Consentitemi di dire che nel momento in cui il Dottor De Nardo ha avuto la cortesia di darmi una copia di questo suo lavoro, io mi sono compiaciuto. Io che sono laureato in diritto internazionale, che sono approdato al diritto dell'Unione Europea come si faceva una volta, e sarebbe bene che avvenisse tuttora, partendo dal diritto internazionale, voi capite bene che il diritto internazionale è stato il mio primo amore, e i primi amori non si dimenticano mai. Io ho rilevato, nel caso di specie, un interesse di cui mi compiaccio, un interesse che non è solo del dottor De Nardo, perché anche altri illustri giuristi, che hanno dedicato la maggior parte della propria esistenza ad altre branche del diritto, da un po' di tempo a questa parte si occupano di diritto internazionale. Quindi mi sono compiaciuto perché rispetto all'età giovanile ho detto Via Dio c'è ormai consapevolezza che il diritto internazionale si avvale legittimamente del sostantivo diritto laddove quando ero studente sentivo molti professori universitari, tra i miei professori universitari, mettere in dubbio la giuridicità del diritto internazionale. Quindi la ringrazio Dottor De Nardo, non solo perché mi ha consentito di cogliere questo aspetto per me felice, le devo dire che io da internazionalista al quale mi picco di essere tuttora, trovo particolarmente interessante (entro certi limiti) la sua teoria sull'accordo, perché oggettivamente il diritto internazionale, che è un ordinamento giuridico diverso, molto diverso da quelli statali, nel momento in cui si afferma, in cui nasce, nasce sulla base dell'accordo. Ugo Grozio, il padre del diritto internazionale nel *De iure belli ac pacis*, diceva sostanzialmente che il diritto, le norme internazionali sono le norme prodotte dal consenso degli stati, persino la consuetudine da Grozio viene definita tacita convenzi. Ed è stato così a lungo, è stato così a lungo perché la comunità internazionale nasce per il fatto che il vecchio impero, Sacro Romano Impero si frantuma e ogni frammento di questo impero diventa un'entità sovrana e per affermare la propria sovranità deve affermare che al di sopra di sé non c'è diritto ulteriore. Il diritto è solo quello che ciascuno stato concorre a definire insieme ad altri stati. Ma diciamo che questo è stato ciò che ha caratterizzato il diritto internazionale per buona parte del Settecento, ovviamente per una parte del Seicento prima, una parte anche dell'Ottocento. Però lentamente che cosa è accaduto? Che il ruolo dell'accordo è rimasto sempre importante, e lo è tuttora, come

sostiene il dottor De Nardo, però contemporaneamente è andata delineandosi, in forme non sempre chiare e nette ed evidenti, anche un tentativo di dare un minimo di organizzazione alla comunità internazionale e di individuare nell'ordinamento internazionale norme che non avessero solo una base consensuale autonoma ma ci fossero anche norme eteronome. Pensate al notissimo congresso di Vienna, che detta le regole per la pace in Europa, dopo le guerre napoleoniche. Pensate al congresso di Parigi, con il quale, tra le altre cose, fu sancita l'abolizione della guerra di corsa. Oppure pensate alla Conferenza di Berlino nella quale furono dettate le norme relative alla colonizzazione dell'Africa. Il discorso poi è andato avanti sempre su questi due binari, anche nel secolo passato. Nel secolo passato si è continuato a ribadire l'importanza dell'accordo nell'ordinamento internazionale, lo hanno fatto soprattutto gli stati di nuova indipendenza, quelli che dopo la decolonizzazione hanno rivendicato la istituzione di un ordine internazionale nuovo, e questo ordine internazionale nuovo non poteva essere definito se non con il consenso degli stati di nuova indipendenza. Ecco qui ribadito il concetto della importanza dell'accordo nell'ordinamento internazionale, ma contestualmente questi stati più deboli hanno anche capito che in seno ad organizzazioni internazionali che si andavano sempre più numerose istituendo, questi Stati se fossero stati solidali fra loro, se non si fossero fatti circuire dalle vecchie potenze coloniali avrebbero potuto imporre, con la loro concorde volontà, regole nuove, anche contro la volontà delle vecchie potenze

Sala Conferenze
del Consiglio
dell'Ordine degli
Avvocati di Roma
1° dicembre 2006

IL RAPPORTO CON IL MONDO ISLAMICO

Tratto dalle argomentazioni svolte dal
Consigliere Giovanni Cipollone,
in occasione della presentazione del
libro di Valentino De Nardo,

dal titolo "La teoria dell'accordo nel diritto internazionale per governare la globalizzazione"

Dopo aver letto il pregevole libro di Valentino De Nardo "La teoria dell'accordo nel diritto internazionale per governare la globalizzazione", il mio intervento vuole solo essere una appendice all'argomento in esame e cioè il disaccordo con l'Islam.

Non v'è dubbio che a seguito della realizzazione di una Europa unita, dall'Atlantico agli Urali, prende sempre più forma nel processo di maturazione politica, l'aspirazione di conseguire il bene comune – verso cui tutti hanno il dovere di tendere – nella consapevolezza che sia necessario aprirsi verso l'esterno.

Si dischiudono così nuovi orizzonti che, in una visione universalistica, comprendono l'intera famiglia costituita da tutti i popoli della terra, su un piano di armonizzazione che vede l'affermazione dei principi di ordine e giustizia sociale.

Pertanto, il voler alimentare gli odii e i contrasti, proclamando "guerre Sante" in un tormentato contesto socio-politico, appare ingannevole e anacronistico, a meno che celatamente si intendano perseguire altri obiettivi di ben diversa natura, quali sfrenate ambizioni, sete di conquista o presunte rivendicazioni.

E. Monier definiva la città dell'uomo come "abbozzo e prefigurazione della città di Dio" e, proprio a tal proposito, ritengo che i fondamentalisti islamici dovrebbero tener presente i dettami del Corano.

Nel sacro libro si legge: "o genti del Libro, venite ad un accordo equo tra noi e voi. Né ci sia tra noi padrone che non sia Dio".

Quindi, il grande ideale che dovrebbe unire tutti gli uomini, ha un fondamentale punto di incontro nella reciprocità di uno scambio fondato sulla comprensione e sulla tolleranza, se non nell'amore, come previsto da alcune altre fedi, quale quella cristiana.

Facendo riferimento ad altra fede religiosa, per rimanere nell'ambito dell'analisi teologica e ontologica, sotto l'aspetto salvifico per esempio, il buddhismo tibetano (in particolare il lamaismo) aspira alla sublimazione dell'uomo nell'Assoluto e, in un estremo anelito di perfezione, prevede il raggiungimento della più alta vetta di spiritualità, sostenendo che "colui che non si trasforma in Dio, non può venerare un dio".

Le religioni devono quindi essere, prima di tutto, il trampolino di lancio per la umanizzazione della specie umana, prima di giungere "al cospetto di Dio" e non motivo di insanabile contrasto.

Secondo l'insegnamento di Giovanni Paolo II, "non bisogna mai permettere alla guerra di dividere le religioni del mondo" e "l'autentica religione non può sostenere né terrorismo, né violenza".

Proteso verso posizioni ottimistiche del futuro, Giorgio La Pira sosteneva che "l'asse teologale dei valori divini e umani torna ad essere su tutta la faccia della terra il solo asse valido attorno al quale torna a roteare la nuova storia e la nuova civiltà degli uomini".

Ora, dopo tali brevi premesse ci si chiede quale incidenza possa avere in campo internazionale la teoria giuridica dell'accordo nell'ambito della globalizzazione, tenendo presente l'equazione fede islamica – guerra santa – e tenuto conto delle caratteristiche quantitative e qualitative del "terrorismo globale".

Come è noto, il processo di globalizzazione, sorto sull'idea della libera circolazione del danaro e sul mercato svincolato da regole fisse, ha avuto ampio sviluppo nei settori dell'economia e dell'informazione, grazie al superamento della dimensione spaziale e territoriale che ha sempre caratterizzato le frontiere culturali, oltre che politiche e sociali dei popoli.

Orbene, non è certamente il fattore economico che guida le menti dei fondamentalisti islamici.

Sembra che ragioni ben più profonde di natura ideologica li spingono ad avere un unico obiettivo: l'annientamento e la totale distruzione dell'occidente!

Come punto basilare per noi occidentali in primo luogo, il riconoscimento della loro identità è da considerarsi l'obiettivo principale.

Per attuare tale proposito, di far riconoscere e affermare la loro identità l'Islam ha invece ritenuto indispensabile islamizzare l'occidente cercando di sbriciolarne il potere politico ed economico, facendo opera di proselitismo con l'invio di studenti islamici all'estero e creando ovunque nuove moschee. Tale programma di espansione ha come principali artefici le autorità religiose islamiche per la semplice ragione che esse sono i veri depositari della cultura islamica, considerato che il potere politico in Islam spesso coincide con quello religioso.

Ne è derivato un sillogismo lontano dalla logica e dalla Verità secondo cui tutti coloro che non rispettano i precetti islamici devono considerarsi "infedeli" e sono quindi da combattere e annientare.

Ahmed al Nasiri sosteneva che la tanto decantata "libertà" degli occidentali era "una invenzione degli atei" del tutto incompatibile con i precetti religiosi islamici.

Pertanto, le considerazioni che precedono fanno ritenere impossibile ogni forma di accordo fondato sul diritto.

Se verranno individuati alcuni varchi, probabilmente l'unica strada da percorrere è quella di agevolare il dialogo con gli Stati arabi moderati, intensificando i rapporti interculturali sul piano spirituale e teologico, prima che sotto il profilo politico e sociale.

Bisogna far comprendere alle frange estreme e radicali del fondamentalismo

islamico, sul piano di una serena valutazione, che i tempi storici moderni non consentono più di avere chiusure mentali in parte ricollegabili al passato periodo del sofferto colonialismo imposto dagli occidentali, né di vagheggiare sulla creazione di grandi califfati e, dall'altra parte, di imporre evanescenti democrazie.

In una prospettiva più generale e in un'ottica di più ampio raggio, si avverte l'esigenza di salvaguardare i diritti di tutti i popoli in una "globalizzazione globale" che tuteli i valori umani fondamentali, al fine di conseguire il bene comune.

Nella sua lungimiranza l'art. 22 della Carta dei Diritti dell'Unione europea ha previsto il rispetto della "diversità culturale, religiosa e linguistica".

Bisogna accettare la realtà, riconoscendo e rispettando la multimorfità, le diverse tradizioni, la pluralità delle culture e delle fedi religiose, gli altrui stili di vita e i singoli assetti politici.

Le speculazioni e le conquiste dell'intelletto, le scoperte tecnologiche, il progresso, devono essere l'espressione più schietta della collaborazione di tutti, tenendo presente che il grande protagonista è, e sarà sempre, l'Uomo.

DIRITTO COMUNITARIO &
INTERNAZIONALE

Avv.
Pietro CARNEVALE

INDIFFERIBILITA' DELLA LEGGE
QUADRO EUROPEA E/O DI UN'AZIONE
GUIDA DELLA COMMISSIONE EUROPEA
PER LA VALORIZZAZIONE DELL'AMBIENTE. CONSIDERAZIONI
SULL'ART. 233 DELLA COSTITUZIONE EUROPEA.

SOMMARIO

I. - Fini e obiettivi della politica ambientale dell'U.E., stabiliti dall'art. 233 della Costituzione Europea; II. - Scopi e funzioni degli incontri per la normazione e le azioni guida dell'U. E., volte al miglioramento dell'ambiente; III. - Necessità della preparazione e programmazione degli incontri per i migliori e più incisivi risultati, nonché per gli effetti di essi; IV. - In detta ottica, l'esame delle problematiche e degli interessi correlati alla politica dell'U. E. per l'ambiente; materia questa, sempre come tema centrale degli incontri; V. - Varietà e complessità dei fini e degli obiettivi previsti dal citato art. 233; VI. - Detti incontri finalizzati pure alla promozione di azioni guida della Commissione dell'U.E., per lo sviluppo ambientale e il miglioramento delle condizioni generali degli Stati, specie di quelli Afro-Asiatici; VII. - Conclusioni.

1) L'importanza della proposta in esame, per i vari fini ed obiettivi perseguibili dall'Unione Europea in materia, può agevolmente desumersi dalle varie disposizioni per la politica della stessa unione contenute nel citato articolo 233, dalle strette connessioni dell'ambiente con altri settori strategici (energia¹), trasporti, salute, ricerca pura applicata, acque etc.), nonché dalla situazione attuale della U.E. argomentabile dalla normativa di alcuni Stati della stessa (per l'Italia si ricorda il D.L.vo 5 aprile 2006 n. 152, la L. 15 dicembre 2004 n. 308 etc.). Invero un supporto utile alla presente indagine è offerto dalla nozione di ambiente che ci danno i più diffusi dizionari della lingua italiana, i quali per illustrare detto termine fanno riferimento al territorio nel suo complesso e in un'immagine vasta, allo "stato" e alle patologie gravissime dello stesso (quali ad esempio la desertificazione, l'aridità del suolo, l'eccessiva carenza dell'acqua per vari usi). Peraltro diffusa e non coordinata appare la normazione in materia e il codice ambientale italiano, di cui alla legge summenzionata, può considerarsi l'inizio di un'attività di normazione vasta e bisognevole di un valido coordinamento per la realizzazione piena e incisiva degli obiettivi e dei fini previsti dalla stessa normazione.

Quest'ultima, inoltre, dovrà mirare a stimolare lo sviluppo delle varie comunità regionali e locali dei vari Stati dell'U.E. e a favorire la stessa (Unione), nello svolgimento del nuovo ruolo spettanteLe in campo internazionale. In quest'ottica l'U.E. necessariamente dovrà intraprendere nuovi rapporti con altri Stati e intensificare quelli già iniziati con alcuni di essi specialmente se bagnati dal mare mediterraneo. Tutto ciò servirà a valorizzare alcune "unioni" costituite dagli stessi (ad esempio l'Unione Africa-

¹ P. CARNEVALE, *Esigenza della legge quadro europea per l'energia. Fini ed obiettivi di essa mirati anche al nuovo ruolo internazionale dell'Europa allargata, in*

questa Rassegna 2006, IV, 169; idem, Autonomia energetica per il consolidamento e lo sviluppo dell'Unione Europea, in TAR 2004, II, 511.

na, etc.) ed a implementare alcuni temi su risorse e settori strategici etc.. I temi in "questione" sarebbero inoltre supportati dagli obiettivi e fini specificati nell'art. 233 anzidetto per l'emananda legge quadro europea circa la politica ambientale. Essi sono:

- a) Salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente;
- b) Protezione della salute umana;
- c) Utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali;
- d) Promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale e mondiale.

Per la realizzazione di tale politica, la predisposizione della legge quadro europea e l'emanazione di un'azione guida l'Unione dovrà tenere conto dei seguenti elementi:

- a) Dati scientifici e tecnici disponibili;
- b) Condizioni dell'ambiente nelle varie condizioni dell'U.E.;
- c) Vantaggi e oneri derivabili dall'azione o dall'assenza di essa;
- d) Sviluppo economico dell'Unione nel suo complesso e sviluppo equilibrato delle singole regioni.

Inoltre, nel quadro delle rispettive competenze N.E. e gli Stati membri dovranno cooperare con i Paesi terzi e le Organizzazioni Internazionali competenti. La particolare importanza della funzione ausiliaria generale offerta agli Organismi pubblici competenti dai dialoghi-incontri, oggetto della presente proposta, può desumersi agevolmente da quanto testé esposto e dalla particolare attenzione che la politica ambientale dell'Unione dovrà usare nei confronti delle singole regioni per promuoverne lo sviluppo equilibrato e migliorarne le condizioni generali.

In sintesi le riunioni/incontri che si prospettano dovranno mirare a costituire una fattiva collaborazione tra le Comunità e le Istituzioni pubbliche competenti per tutte le iniziative legislative, normative, amministrative etc. che le stesse dovranno intraprendere per il raggiungimento dei fini e obiettivi sopra indicati. Ovviamente il concetto di Comunità alle quali ci si riferisce comprende il complesso di persone fisiche, enti, scuole, istituti di cultura, ordini professionali, radio e televisioni locali, categorie economiche e sociali, associazioni esponenziali di interessi diffusi, istituzioni pubbliche e private, etc.

In breve, in dette riunioni i vari problemi e interessi connessi ad un determinato tema, oggetto del programma, dovranno essere esaminati attentamente con franca obiettività e sotto ogni aspetto.

2) Il suesposto esame completo e approfondito dei vari temi e la funzione strumentale delle relazioni conclusive di detti incontri per la fase preparatoria della normazione e delle azioni dell'Unione europea in materia ambientale impongono una seria preparazione e un'analitica programmazione degli stessi da parte degli organizzatori anche per stimolare la partecipazione di un ampio numero di esponenti delle suddette categorie e delle Comunità in genere, stanziali nel territorio. In tal modo si offrirà un'efficace contributo alla risoluzione dei problemi ambientali ai vari livelli e, in ultimo, in campo internazionale. Comunque si deve evidenziare che gli obiettivi e i fini testé ri-

cordati, peraltro specificati nell'art. 233 della Costituzione Europea, giustificano l'urgenza di detta proposta e l'essenzialità della più ampia partecipazione delle Comunità (nella nozione anzidetta) agli incontri per offrire un supporto alla normazione e agli interventi operativi di qualsiasi genere in materia ambientale dell'Unione e dei singoli Stati di essa. In quest'ottica gli incontri dovranno anche stimolare gli interventi finanziari per l'esecuzione delle opere necessarie alla politica ambientale precisata nella legge quadro europea o nelle "azioni guida".

3) La programmazione preventiva degli incontri serve anche a stimolare i partecipanti ad un esame completo ed approfondito degli interessi correlati alle varie problematiche, ad una ricerca idonea a comporre gli stessi interessi, nonché a manifestare dubbi e perplessità circa la soluzione risolutiva dei problemi, che sarà esposta nella relazione finale da presentare alle Istituzioni pubbliche competenti. In tal modo detti incontri stimoleranno pure gli organi di informazione a riassumere gli argomenti trattati nelle riunioni, in modo da evitare inutili distorsioni interpretative⁽²⁾. L'importanza degli incontri proposti ha avuto un'apprezzabile esperimento in occasione dei convegni organizzati nella regione Toscana sui problemi dell'utilizzazione delle fonti rinnovabili di energia. I risultati di detti convegni stimolano a proporre incontri sulla stessa materia nelle regioni meridionali italiane e, in particolare, in Sicilia e in Calabria per dissipare dubbi, timori e perplessità circa la realizzazione del Ponte sullo Stretto di Messina, con effetti concentrati, molteplici e diffusi, tra i quali quelli di agevolare l'Unione Europea nello svolgimento della sua azione sociale, economica e umanitaria, nei confronti degli Stati che si affacciano sul Mediterraneo⁽³⁾. Non bisogna peraltro dimenticare che detto Ponte è compreso nella maxi opera ferroviaria europea, approvata dagli Organi comunitari competenti, sin dal dicembre 2003⁽⁴⁾. Bisogna invero superare certe ubbie, infondati malintesi e asserzioni alquanto generiche circa la realizzazione

2 In proposito a titolo esemplificativo si ricorda che un'esatta citazione nei giornali degli estremi delle sentenze e dei provvedimenti adottati circa un argomento oggetto di commento critico esposto negli stessi giornali, eviterebbe errate interpretazioni dei lettori perché potrebbero verificare l'esattezza o meno delle argomentazioni critiche ivi esposte. Parimenti, in materia energetica, ai fini dell'approfondimento della notizia diffusa sulla "La Repubblica" del 14 settembre 2006 pag. 36, sarebbe utile conoscere i nominativi dei docenti dell'Università di Siena e l'Istituto in cui essi operano per valutare le osservazioni del Prof. Mario Milanese del Politecnico di Torino, riportate nello stesso quotidiano, circa il progetto di produzione di energia eolica mediante gli aquiloni.

3 Tale azione sarebbe supportata dalle risorse finanziarie che gli Istituti di credito e le Banche potrebbero offrire perché usufruirebbero dei benefici della stessa azione.

4 Nell'ottica suindicata la notizia riportata dai giornali, dalla radio-televisione, in data 12 ottobre 2006, circa la mozione presentata dai deputati del gruppo dell'Ulivo e approvata con i voti dei colleghi del centro-sinistra, intesa a bloccare la realizzazione del Ponte sullo stretto di Messina, perché considerata opera "non prioritaria",

appare del tutto infondata e contrastante con la realtà, in quanto esso può essere ritenuto "madre" di tutte le opere infrastrutturali e "leva" per lo sviluppo socio-economico delle regioni meridionali e della Sicilia, nonché di quelle regioni interessate dalla realizzazione della maxi opera ferroviaria Berlino-Palermo. Tale rinvio disinvoltamente approvato produrrà effetti negativi di varia natura: pagamenti di penali alle ditte appaltatrici per il differimento dell'esecuzione dei relativi lavori, risarcimento dei danni all'Unione Europea per il ritardo nell'esecuzione completa della suddetta maxi opera ferroviaria, carente svolgimento del ruolo internazionale del ruolo europeo e dell'Italia per effetto di detto Ponte, specialmente nei confronti dei Paesi afro-asiatici, etc. Di certo il comportamento omissivo del Governo italiano circa la completa, tempestiva e puntuale realizzazione della maxi opera ferroviaria europea Berlino-Palermo, comprendente il Ponte sullo stretto di Messina, produrrà vari danni all'erario e al bilancio statale. Appunto perciò si spera che l'attuale Governo in carica si adoperi affinché la questione venga urgentemente riesaminata alla luce di dette considerazioni e siano valutati tutti gli effetti positivi della realizzazione dell'opera e negativi del differimento della stessa. Appare comunque superfluo ricordare che gli effetti sullo sviluppo socio-economico dell'Italia, meridionale e insulare e sullo svolgimento del

di detta opera e di altre facilmente identificazioni (rigassificatori⁵) centrali elettriche, termovalorizzatori di rifiuti, impianti eolici, fotovoltaici, di sfruttamento delle onde marine di potabilizzazione delle acque del mare che stimolano l'effettivo sviluppo dell'Italia meridionale e degli Stati che si affacciano sul Mediterraneo). Gli incontri-dialoghi così organizzati consentiranno ai promotori di perseguire pienamente i fini suesposti e, soprattutto, di offrire attraverso le relazioni conclusive un apporto costruttivo alle Istituzioni pubbliche, nonché alle stesse un contributo rilevante nelle varie scelte che dovranno essere fatte per una politica ambientale di sviluppo e stimolo anche per i settori strategici connessi. Tutto ciò stimola ad individuare e ad ampliare l'oggetto degli esami da eseguire in detti incontri, in quanto essi potranno riguardare anche gli aspetti amministrativi ed operativi, oltre che normativi, dei vari problemi concernenti la politica ambientale a vari livelli. Sarà necessario, quindi, promuovere la raccolta in Testi unici delle normative ai vari livelli, concernenti i settori strategici e, in particolare, quello ambientale, nonché la redazione di codici sulle normative nazionali, regionali, locali, etc. dei singoli Stati, ad esempio il codice dell'ambiente italiano, di cui al D.L.vo 3 aprile 2006 n. 152. Tale codice dovrebbe essere esteso anche a materie connesse a detti settori, ad esempio turismo, etc.

In proposito non bisogna dimenticare che una sana politica turistica di sviluppo deve tendere pure al miglioramento dell'ambiente nella nozione sopra esposta.

4) La varietà degli aspetti che la politica ambientale europea e italiana impone di esaminare, la molteplicità delle problematiche e degli interessi da valutare, etc. mettono altresì in risalto l'esigenza di organizzare per temi specifici alcuni incontri, a cura delle Istituzioni pubbliche e/o dei soggetti sopra citati per l'approfondimento sereno di alcuni aspetti delle materie, numerose invero, coinvolte nella politica ambientale.

In tal modo le relazioni redatte al termine degli incontri e inviate alle istituzioni pubbliche varie saranno più costruttive, più orientative nelle scelte e utilizzabili anche dagli organi della Comunità europea che dovranno preventivamente esprimere il loro parere sul progetto di legge quadro europea per l'ambiente: il Comitato delle regioni e il Comitato economico e sociale. In quest'ottica gli obiettivi e i fini dell'emananda legge saranno obiettivamente valutati prima della formalizzazione del provvedimento legislativo: cioè prima che la proposta diventi legge formale e sostanziale. E' di tutta evidenza poi che la legge, avendo seguito l'iter suesposto potrà essere agevolmente eseguita nel suo complesso e eliminerà la maggior parte delle opposizioni, dei ritardi e dei rinvii e della qualificazione disinvolta di alcune disposizioni di essa. In breve sarà agevole l'esecuzione della legge una volta emanata in tutto il territorio dell'Unione Europea.

◀ ruolo internazionale dell'Europa e dell'Italia che determinerà la realizzazione della maxi opera europea citata, sono molti e vari, per cui ogni odio o timore devono essere messi da parte nella valutazione del caso su esposto.

⁵ Gli impianti di rigassificazione, per limitare gli effetti termici nocivi della trasformazione del gas, dallo stato liquido a quello informale, dovrebbero essere collegati ad impianti di raffreddamento delle zone circostanti e ciò per eliminare gli effetti nocivi del calore in questione, specialmente per la fauna marina, allorché gli impianti di rigassificazione siano costruiti sulle coste o in zone prospicienti l'approdo delle navi.

5) La varietà dei fini e la complessità degli obiettivi specificati nell'art. 233, più volte citato, della Costituzione europea è il noto "*status*" di quest'ultima consigliano di organizzare urgentemente dette riunioni per proporre alla Commissione dell'U.E. un'azione-guida in materia ambientale, che si aggiungerà e migliorerà il programma di valorizzazione ambientale iniziato nella metà degli anni 1970 in poi. Peraltro la proposta di azione-guida anzidetta, da presentare alla Commissione, potrebbe concernere obiettivi più limitati rispetto a quelli indicati nel citato articolo 233 ed essere estesa a settori collaterali all'ambiente, quali ad esempio quelli dello sviluppo socio-economico di un determinato territorio. Nell'ottica testé indicata l'azione-guida da proporre alla Commissione, costituirebbe, sotto certi aspetti, quel piano economico-sociale al quale si riferiscono alcuni scrittori illustri⁶.

6) Gli incontri testé esposti mirati essenzialmente all'adozione di azioni-guida da parte della Commissione europea per la valorizzazione ambientale di alcune zone e, sia pure mediamente, di tutto il territorio dell'Unione, dovrebbero altresì mirare all'esame di alcuni interventi (opere, impianti etc.) esecutivi di programmi concernenti essenzialmente altri settori strategici e per riflesso interessanti l'ambiente: anzi esplicitanti effetti notevoli in detto settore. Ad esempio la termocombustione dei rifiuti e quindi la localizzazione dei termovalorizzatori degli stessi, la localizzazione degli impianti per la produzione dell'energia pulita (sole, vento, maree, etc.), l'individualizzazione dei terreni in cui coltivare i cereali e gli altri prodotti (girasoli, colza) occorrenti per ottenere i biocarburanti, l'utilizzazione delle cave abbandonate, delle miniere in disuso etc. In tal modo l'ambiente riceverà un impulso indiretto e potrà essere coordinato con le iniziative intraprese per altri settori. Ovviamente negli incontri testé proposti dovranno essere esaminate anche gli orientamenti da segnalare alle Istituzioni pubbliche per consentire loro delle scelte in materia che agevolino l'esecuzione del programma, oggetto dell'azione-guida adottata, in tutti gli aspetti. Appare ovvio ricordare a questo punto che la normazione alla quale ci si riferisce riguarda le materie civile, penale, commerciale, tributario, amministrativo, finanziario, lavoro, etc. e i riflessi delle stesse sugli interventi da realizzare (costruzioni edili e relative tecniche, acquedotti, acque di vari tipi, risorse economiche, etc.). Quanto sin qui si è esposto evidenzia pure che alle riunioni mirate alla promozione di azioni-guida della Commissione europea, dovrebbero partecipare i rappresentanti delle categorie economiche, degli Istituti di eredità e delle Banche, per prospettare meglio nelle relazioni finali, da inviare alle Istituzioni pubbliche competenti le risorse finanziarie che i predetti potranno mettere a disposizione, al fine di agevolare l'esecuzione dell'azione guida adottata dalla Commissione europea, in una determinata materia o per particolare obiettivo. Non bisogna dimenticare il notevole apporto che potrebbero offrire le Banche per l'installa-

⁶ A titolo meramente esemplificativo si ricorda il pregevole articolo di Alberto RONCHEY sul "Corriere della sera" del 27 agosto 2006 pag. I con il titolo "Piano Marshall per L'Africa". Detto articolo principalmente mira, come è noto, con la proposta di tale piano alla riduzione dell'immigrazione in Italia e in Europa di

persone abitanti in alcuni Paesi del Nord Africa. Invero nell'ottica suesposta l'azione-guida e il programma di valorizzazione del territorio dovrebbero mirare anche a stimolare tutte le iniziative esogene ed endogene per stimolare l'economia di detti Paesi e favorirne l'effettivo sviluppo sotto tutti gli aspetti. ▶

zione di impianti solari nei vari edifici delle città italiane e nelle isole minori, per la valorizzazione dell'indotto prodotto dalla realizzazione del Ponte sullo Stretto di Messina, etc. A riguardo si evidenzia che l'installazione di detti impianti solari per uso termico o produzione di energia avrebbe effetti sulla nuova e moderna configurazione delle città italiane, nonché sul territorio delle stesse, e quindi si ripercuoterebbe sul paesaggio e sull'ambiente in genere, nonché sullo sviluppo della bioarchitettura. Inoltre detti Istituti di credito potranno dare il loro apporto alla realizzazione di alcuni obiettivi indicati nel citato articolo 233 e, in particolare, di quello circa l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali (lett. C dell'art. 233 citato). In tal modo, essi permetteranno tra l'altro la ripartizione in più mesi dell'anno delle ferie spettanti ai lavoratori dell'U.E., ad esempio in Italia il periodo feriale potrebbe durare da aprile ad ottobre, valorizzando così il patrimonio artistico, monumentale e paesaggistico delle regioni meridionali ed insulari ed impedendo l'effetto nocivo della concentrazione delle ferie nei mesi di luglio e di agosto. Non si può di certo sottacere gli effetti negativi per l'ambiente del superaffollamento di alcune località delle regioni peninsulari e insulari in determinati periodi dell'anno. Di conseguenza la proposta del ministro italiano dei Beni culturali di incentivare la ripartizione delle ferie spettanti ai dipendenti deve considerarsi un ausilio rilevante per il raggiungimento del suddetto obiettivo. Inoltre il prolungamento del periodo feriale consentirebbe agli anziani e alle persone in condizioni di salute precarie di uscire comodamente dal loro ambiente, di visitare le varie località desiderate, senza gli effetti negativi del superaffollamento, di vincere la depressione aggravata pure da quest'ultimo, di curare alcune malattie di origine psicosomatica e di ritemprarsi fisicamente, moralmente, etc. Per tale finalità i medesimi soggetti dovrebbero essere agevolati finanziariamente attraverso la concessione dei prestiti rimborsabili nei vari mesi dell'anno o nel biennio o triennio successivo a quello in cui sono concessi, in modo da alleviare il pagamento delle relative rate. Per la realizzazione di detto programma gli Istituti di credito potrebbero destinare anche le risorse finanziarie raccolte attraverso i fondi etici. Gli incontri di cui si è parlato fin ad ora dovrebbero riguardare anche l'accertamento del requisito e delle condizioni stabilite nello stesso articolo 233 per la predisposizione di una politica europea in materia ambientale. Detti elementi (requisiti e condizioni), invero, dovrebbero essere tenuti presenti nella predisposizione delle azioni-guida della U.E. per la valorizzazione di beni di interesse comune con i Paesi afro-asiatici, quale ad esempio la valorizzazione del mare mediterraneo nell'ottica del nuovo ruolo che questo dovrà e potrà svolgere, per avvicinare anche gli abitanti dei vari stati europei e quelli dei Paesi anzidetti. A tal fine sarà utile tenere presente il risultato del Convegno svoltosi a Roma nei giorni 21 e 22 giugno 2006 a palazzo Piccolomini sul tema "Mediterraneo alla soglia del nuovo millennio" e le linee guida per una nuova politica industriale italiana, recentemente indicate dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dal Ministro per lo sviluppo economico. Tali linee, esaminate serenamente nei predetti incontri/dialoghi, potranno suscitare dibattiti e discussioni costruttive, su particolari problemi connessi allo sviluppo economico e alla nuova politica industriale italiana, nonché alle iniziative e alle opere di ca-

rattere anche socio-economico che si potranno intraprendere, a seguito della realizzazione della maxi opera ferroviaria Berlino-Palermo. E' superfluo sottolineare che quest'ultima dovrebbe essere esaminata anche in occasione di detti incontri, anche nella vasta ottica del nuovo ruolo che il mare mediterraneo dovrà svolgere, per favorire i rapporti tra l'Unione Europea e i Paesi afro-asiatici bagnati dal mediterraneo.

7) Per il raggiungimento completo delle finalità sopraindicate e particolarmente di quelle evidenziate nel paragrafo precedente, bisogna ribadire l'esigenza primaria di organizzare detti incontri e sottolineare la necessaria valorizzazione dell'informazione e del dialogo che essi permettono di realizzare. Essi, infatti, attraverso l'iter metodologico suddetto stimolano i partecipanti ad approfondire i vari aspetti dei problemi esaminati e a valutare serenamente i molteplici interessi connessi, nonché a ricercare la soluzione (e/o le soluzioni) più opportuna ed adeguata "al momento" di entrambi (i predetti). Non può dimenticarsi in proposito che le relazioni finali di detti incontri potranno essere utilizzate dai soggetti promotori e dalle istituzioni pubbliche alle quali sono presentate per il raggiungimento di molteplici finalità, tra le quali quelle mirate allo sviluppo socio-economico e culturale delle Comunità stanziali in un determinato territorio. In tal modo, si potranno valutare e mettere a punto, i programmi per i successivi interventi delle Istituzioni pubbliche per risolvere i vari problemi delle Comunità e per risolvere eventuali problemi concernenti i settori strategici connessi all'ambiente. In tal modo le relazioni finali, a conclusione dei medesimi incontri, avrebbero la particolare rilevanza per la politica dell'Unione Europea in materia ambientale, e per altri settori strategici, nonché costituirebbero presupposti validi per altri strumenti di intervento della medesima Unione di carattere non legislativo, quali ad esempio le azioni-guida della Commissione e gli accordi di cooperazione con i Paesi terzi, tra i quali quelli che si affacciano sul mediterraneo. Gli accordi suddetti dovrebbero anche stimolare i Governi dei medesimi Stati ad intraprendere tutte le iniziative necessarie per migliorare le condizioni generali del territorio e delle Comunità interessate, in modo da recuperare e valorizzare gli effetti offerti ai medesimi attraverso le azioni-guida e gli accordi di cooperazione. Tali problemi, ovviamente, potrebbero costituire oggetto di incontri promossi dalle Istituzioni pubbliche e dai soggetti più volte citati, per stimolare i partecipanti alla soluzione di taluni problemi e all'eventuale redazione di progetti da presentare agli Organismi pubblici.

8) Le considerazioni fin qui svolte evidenziano il carattere strumentale delle riunioni per il perseguimento di vari fini. Esse perciò appaiono uno strumento, da sperimentare al più presto, per rinvigorire i rapporti e le sinergie fra le Comunità e le Istituzioni pubbliche operanti in un determinato territorio e, fra le stesse, gli altri Enti e soggetti sopra citati. Detti rapporti dovranno implicare una franca cooperazione per l'elaborazione dei programmi volti a valorizzare i vari settori strategici e le risorse strategiche. Essi così agevoleranno le esecuzioni dei vari interventi pubblici e mireranno a creare un rapporto di fattiva cooperazione tra il corpo elettorale e tutti gli Organismi pubblici. Detti incontri potranno anche concretizzare il monito già espresso dal Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi e ripetuto dall'attuale Presidente della Re-

pubblica Giorgio Napolitano circa la necessità del pluralismo dell'informazione per realizzare una democrazia "compiuta" (e quindi un'azione corretta ed efficace delle Istituzioni Pubbliche, etc.). Invero l'informazione richiede anche, per una maggiore validità ed efficacia, la partecipazione attiva e franca dei rappresentanti delle varie comunità (enti, ordini professionali, etc.) all'esame dei molti problemi e alla composizione dei numerosi interessi correlati ai medesimi. In breve, l'informazione deve stimolare detta partecipazione dei rappresentanti delle Comunità alla politica ambientale e generale dello Stato, al fine di promuoverne concretamente lo sviluppo in tutti i settori. Infine, si deve evidenziare che la suesposta funzione partecipativa e propositiva (attraverso le suddette relazioni finali, redatte al termine delle riunioni e inviate alle Istituzioni pubbliche ai vari livelli) delle Comunità regionali, locali, etc. degli Stati dell'U.E. può costituire una nuova forma di Governo⁷ per i medesimi e per l'Europa allargata e consentirà agli stessi (Stati e Europa) di perseguire vari fini ed obiettivi, specialmente se la Costituzione europea, di cui abbiamo esaminato nel corso della presente studio l'art. 233), sarà approvata definitivamente da tutti i membri, eventualmente in un testo riveduto e integrato. Così l'Europa potrà svolgere un nuovo ruolo in campo internazionale, anche in settori connessi direttamente o indirettamente a quelli strategici e parastrategici.

Si ritiene infine doveroso ricordare che alcune delle suesposte considerazioni in materia ambientale trovano conforto e sostegno in un recente studio pubblicato in questa Rassegna⁸.

7 Sull'argomento hanno scritto molti autori. Si segnala il recentissimo volume di G. AMATO, *Forme di Stato e Forme di Governo*, Mulino, Bologna, 2006, pag. 59 e segg.

8 R. CHIEPPA, V. POLI, *Giudice amministrativo e Codice dell'ambiente. Il danno ambientale nel riparto di giurisdizione*, in questa Rassegna 2006, IV, 293.

ROMANA