Direttore editoriale
NICOLA DI DONATO

Direttore responsabile
DOMENICO ZAMPELLI

Segretaria di redazione
ANNALISA PELOSI
LUCIANA FESTA

Comitato di redazione
UGO CAMPESE
VINCENZO CATALANO
ORESTE DE ANGELIS
NAZZARENO FIORENZA
ELENA MARIA GUIDA
ANTONIO LONARDO
FRANCO LUCIA
FRANCESCO LUONGO
ALBERTO MAZZEO
ROSANNA PAGLIUCA
LEOPOLDO PAPA
LUISA VENTORINO

Illustrazioni
ALBERTO NUZZOLO

Tutto il materiale pervenuto alla redazione potrà essere pubblicato anche su altri giornali o riviste o immesso in rete sul sito dell'Ordine degli Avvocati di Benevento o su altri siti.

Rivista associata all'USPI (Unione Stampa Periodica Italiana)

Editoriale 5

Parte Prima

Profili dottrinali 25

Manlio Lubrano di Scorpaniello, *Intervento di presentazione* 27

Enrico Minervini, *Brevi note sul patto di famiglia* 31

Nicola Di Mauro, *Natura, struttura ed effetti del patto di famiglia* 36

Vincenzo Verdicchio, *Oggetto, forma e scioglimento del patto di famiglia* 68

Stefano Fiorentino, *Profili fiscali del patto di famiglia* 81

Gianluca Zarro, *L'archetipo della nullità virtuale in diritto amministrativo* 88

Paolo Piccialli, *Nesso di causalità e colpa medica* 106

Parte Seconda

Osservatorio giurisprudenziale 113

Tribunale Civile di Benevento n. 1230/07
con nota di Lucia Albano, *Analisi di un caso. Recenti orientamenti in tema di espropriazione di fatto* 115

Tribunale Civile di Benevento n. 15/07
con nota di Maria Silvino, *Donazione di cosa altrui e usucapione di beni indivisi: analisi degli istituti e risvolti giurisprudenziali* 138

Tribunale Civile di Benevento n. 90/07
con nota di Rosario Boffa, *La risarcibilità del danno cagionato da illegittimo protesto* ... 150

Tribunale Civile di Benevento - Ordinanza Collegiale del 27/4/2007
con nota di Giovanni Portoghese, *L'esecuzione dei beni sul fondo patrimoniale* 159

Parte Terza

Vita dell'avvocatura 177

formazione continua

Formazione continua: regolamento approvato dal C.N.F. il 13 luglio 2007 179

Delibera Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Benevento di approvazione del piano (allegato) dell'offerta formativa per il triennio 2008-2010 190

Ugo Campese, Caleidoscopio 198

Parte Quarta

Attualità legislative e giurisprudenziali 207

Corte di Giustizia UE, sezione III, 26 aprile 2007 n. C-135/05 209

Corte di Giustizia UE, sezione Grande, 3 maggio 2007 n. C-303/05 225

Cassazione Penale, sezione VI, 3 maggio 2007 n. 16750 242

Corte Costituzionale, 14 giugno 2007 n. 192
con nota di Nazzareno Fiorenza, *Art. 99 c.p. - La recidiva* 268

Corte Costituzionale, 24 ottobre 2007 n. 348 294

Corte Costituzionale, 24 ottobre 2007 n. 349 343

Tar Campania – Sezione V – 5 luglio - 11 ottobre 2007 n. 9561 374

Oreste De Angelis, *Rilevanza del termine di opposizione alla cartella esattoriale per la riscossione dei contributi previdenziali* 380

Parte Quinta

Le radici del nostro futuro 387

Una particolare *renovatio* del periodo francese di Domenico Zampelli 389

Commemorazioni

Ricordo del Presidente dr. Luigi Tazza di Guglielmo Cinque 391

Ricordo dell'avv. Sergio Belperio di Umberto Del Basso De Caro 393

Illustrazioni

Alberto Nuzzolo 395

Notizie sugli Autori 397

Due le questioni che richiamano maggiormente l'attenzione dei lettori: il nuovo istituto del patto di famiglia e la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 5 bis, L. 359/92 (norma che da tempo stava nell'occhio del ciclone per effetto della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo). Questi temi, però, non mettono affatto in ombra l'attualità degli altri argomenti trattati (come il problema della nullità del provvedimento amministrativo ed il rapporto di causalità in tema di colpa media) né l'importanza di altre pronunce di giudici di legittimità e di merito sia nel campo civile, sia in quello penale ed amministrativo.

Il nuovo istituto del **Patto di famiglia**, - creato con la legge 14.2.2006 n. 55, del cui commento si sono occupati, in un volume edito dalla Giuffré, Nicola Di Mauro, Enrico Minervino e Vincenzo Verdicchio -, è stato discusso in un convegno organizzato dal Consiglio Notarile di Benevento e Ariano Irpino, dall'Ordine degli Avvocati di Benevento, dall'Ordine dei Dottori Commercialisti di Benevento, svoltosi presso l'Auditorium del Seminario Arcivescovile il 24 Marzo 2007, e del quale vengono pubblicate nella **Parte Prima** le varie relazioni, omesse le espressioni di circostanza.

Manlio Lubrano di Scorpaniello con l'*Intervento di presentazione* introduce, con qualche osservazione di merito, i temi che vengono approfonditi nelle trattazioni successive, sottolineando le problematiche di primo impatto derivanti soprattutto dalla lacunosità del testo legislativo (come riconosciuto dallo stesso relatore alla Camera).

Enrico Minervini svolge *Brevi note sul patto di famiglia,* nelle quali esamina il nuovo istituto evidenziandone la *ratio* e la natura di contratto *inter vivos* (per cui non rappresenta un'eccezione al divieto dei patti successori) tipico, solenne, a titolo gratuito (diverso dalla donazione), ad effetti immediati, impugnabile (nel termine prescrizionale di un anno) per errore, violenza e dolo: azioni che spettano anche al legittimario sopravvenuto. Occupandosi infine del tentativo di conciliazione, ne rileva l'apparente obbligatorietà, dacché il suo mancato esperimento è privo di san-

zione e "può comportare conseguenze di natura sostanziale (risarcimento del danno), ma non di natura processuale" (improcedibilità o improponibilità dell'azione giudiziaria).

La natura, la struttura e gli effetti del patto di famiglia sono analiticamente approfonditi da **Nicola Di Mauro**, che discute la definizione dell'istituto ("atto di liberalità funzionale alla preservazione del bene impresa) e ne individua le caratteristiche nella specificità, endofamiliarità e definitività, precisando che esso non ha funzione divisoria, ma una propria autonoma configurazione rispetto alla donazione modale ed alla divisione: è un nuovo tipo contrattuale integrante "una (nuova e tipica) liberalità non donativa".

Vengono poi distintamente esaminate le due figure del patto di famiglia: semplice e complesso. La prima (patto di famiglia semplice), definita come negozio traslativo bilaterale, viene analizzato sotto gli aspetti della specificità del bene oggetto del patto, della endofamiliarità (laddove è possibile l'attribuzione solo in favore dei discendenti del disponente; esclusi quindi altri soggetti come il coniuge, i fratelli, i genitori) e della definitività (che è "caratteristica tipizzante fondamentale" del nuovo istituto "concepita dal legislatore come effetto legale"). Sotto il profilo del *genus,* il patto di famiglia semplice è definito un contratto *inter vivos*, a forma solenne, nominato, consensuale, ad effetti traslativi immediati, a titolo gratuito, irrevocabile (quantunque risolubile e modificabile). L'Autore segnala l'importanza fondamentale della predeterminazione del valore dei cespiti per la "incidenza che lo stesso va ad esercitare … sui diritti dei legittimari sopravvenuti", criticando sul punto la scelta normativa di rimetterla "alla mera discrezionalità delle parti".

Il patto di famiglia complesso si configura nelle ipotesi in cui nella compagine familiare vi è, oltre l'assegnatario ed il disponente, almeno un legittimario: coniuge e/o altri riservatari. Costoro, che devono partecipare al contratto a pena di nullità di questo, "devono essere liquidati dall'assegnatario secondo le modalità previste dalla legge": tale liquidazione (salvo rinunzia), -che può avvenire anche, in tutto o in parte, in natura-, rappresenta la contropartita di quanto spettante sull'azienda o sulle partecipazioni societarie, con la conseguente perdita per i legittimari non asse-

gnatari "della possibilità di agire in riduzione o di imporre la collazione". Si manifesta così in tutta evidenza l'importanza del procedimento di liquidazione, che viene analiticamente prospettato dall'Autore alla stregua della disciplina legislativa, alla quale sono anche rivolte serrate critiche a volte per le carenze che manifesta, a volte per una regolamentazione pleonastica.

Nel quadro del patto di famiglia complesso vengono ulteriormente affrontati due problemi: 1)- quello delle "altre assegnazioni" di cui al terzo comma dell'art. 768 *quater*, sul quale, anche alla stregua dei lavori preparatori l'Autore conclude per la interpretazione secondo cui: "l'assegnazione ai legittimari non assegnatari da parte del disponente andrebbe, in tale contesto, a sostituire, in parte o in tutto, la liquidazione cui è tenuto il discendente"; 2)- l'altro relativo all'art. 768 *sexies* riguardante il coniuge e gli altri legittimari "che non abbiano partecipato al contratto", i quali all'apertura della successione del disponente "possono soltanto chiedere ai beneficiari del contratto il pagamento della somma di danaro corrispondente a quella prevista dall'art. 768 *quater* comma 2 c.c., aumentata degli interessi legali, e non possono agire in riduzione, né chiedere la collazione: trattasi di un diritto di credito (che trova fonte nella legge) da azionare nel termine di prescrizione annuale dall'apertura della successione (essendo immediatamente esigibile da tale data), avente "natura successoria con tutti i connotati del diritto di legittima attribuito per legge da una vocazione *mortis causa* a titolo particolare" ("si tratterebbe di un nuovo e speciale diritto di legittima"). Vengono poi individuati analiticamente i soggetti attivi e passivi di tale diritto di credito.

La conclusione rigorosa dell'ampia disamina individua nel patto di famiglia un nuovo tipo contrattuale integrante una "liberalità non donativa in cui il beneficiario di questa deve *ex lege* liquidare i legittimari non assegnatari del disponente (sia gli attuali che i sopravvenuti) al fine di ottenere, all'apertura della successione di questo, l'esenzione da collazione e riduzione di quanto ricevuto": trattasi in definitiva di "un negozio che, anziché a struttura complessa, ha pur sempre una sua funzione unitaria, che è quella tipica del *genus* patto di famiglia".

Specifica attenzione su alcune questioni relative all'*oggetto*, alla *forma*

ed allo *scioglimento del patto di famiglia* dedica **Vincenzo Verdicchio,** sollevando vari interrogativi. L'esame investe in primo luogo l'oggetto del trasferimento sotto il duplice aspetto dell'azienda e delle quote societarie. Per quanto riguarda l'azienda, questa deve essere a servizio di un'attività di impresa effettivamente svolta (già iniziata e non ancora cessata). Il disponente non deve necessariamente essere un imprenditore ex art. 2082 c.c.. Egli può essere proprietario dell'azienda, concessa in fitto o in comodato a terzi: anche in questo caso sussiste la *ratio* del patto di famiglia (evitare che l'azienda cada in successione col rischio di una sua disgregazione).

Passando poi ad esaminare l'ipotesi di trasferimento delle quote societarie, l'A., pur riconoscendo i problemi di incertezza che ne derivano, aderisce alla tesi restrittiva (contrapposta alla tesi liberale, che "ammette, senza limiti di sorta, la deducibilità nel patto di famiglia di ogni tipo di partecipazione societaria"), ritenendola più coerente con la *ratio* dell'istituto; cosicché «il campo delle partecipazioni trasferibili ex art. 768 *bis* ss. c.c. andrebbe ristretto soltanto a quelle che, "per loro natura assicurano un *potere di gestione* (in senso lato) in capo al relativo titolare", sì da risultare utili e strumentali al governo dell'impresa (collettiva) societaria, la cui continuazione si vuole assicurare». E pertanto:

- **per le società di persone**, possono formare oggetto di patto di famiglia le sole "quote di società semplici e di società in nome collettivo che attribuiscono al loro titolare il potere di amministrazione della società". Per le società in accomandita semplice, può essere trasferita per patto di famiglia la partecipazione dell'accomandatario e non quella dell'accomandante (tranne il caso in cui a quest'ultimo è consentito di dare autorizzazioni e pareri per determinate operazioni con ingerenza idonea "ad attribuire natura gestionale alla partecipazione sociale");
- **per le società di capitali** il discorso è più articolato, siccome possono costituire oggetto del patto di famiglia:
  - nella società a responsabilità limitata, le partecipazioni maggioritarie attributive *de iure* di "un potere di indirizzo sulla gestione sociale", oppure le partecipazioni minoritarie "che attribuiscano

al socio, ai sensi del comma 3 dell'art. 2468 c.c., un diritto particolare di amministrazione", diritto da assicurare all'assegnatario della quota;

— nella società per azioni è possibile il trasferimento "delle sole partecipazioni di controllo o di riferimento";
— nella società in accomandita per azioni la cessione può essere operata per la "quota del socio accomandatario, anche se minoritaria".

Sulla forma del patto di famiglia, richiamata l'espressa previsione normativa (art. 768 *ter*, c.c.) che richiede l'atto pubblico a pena di nullità, viene sollevata la questione della necessità della presenza dei testimoni ai fini della validità del negozio. Il problema va risolto in conformità della natura giuridica dell'istituto: se si ritiene che il patto di famiglia sia una donazione (modale), la presenza dei testimoni è indispensabile; diversamente, opinando per una liberalità non donativa, di essi può farsi a meno. In pratica, però, la prudenza dei notai richiederà sempre la presenza dei testimoni, con il vantaggio che l'eventuale nullità del patto di famiglia (come nel caso in cui "i beni trasferiti non possono essere qualificati come azienda") potrebbe convertire il negozio, concorrendo i presupposti dell'art. 1424 c.c., in donazione.

Infine, l'Autore, richiamata la possibilità di scioglimento o modifica in via convenzionale del patto di famiglia, discute i problemi inerenti al recesso dallo stesso qualora "espressamente previsto". Precisato che, per espressa pattuizione, il recesso può essere anche unilaterale, richiama l'art. 768 *septies*, 2. co., c.c., secondo la cui lettera non è posto "alcun limite -né oggettivo né soggettivo- alla facoltà di recedere", donde la configurazione di un recesso *ad nutum*, stigmatizzato dalla maggioranza della dottrina e dallo stesso Autore per l'insanabile contraddittorietà con l'obiettivo del legislatore di rendere il patto di famiglia "il più possibile stabile e definitivo".

Vengono esaminate le diverse ipotesi ed i connessi problemi relativamente al recesso del disponente, dell'assegnatario e dei legittimari non assegnatari.

Incomprensibile appare la mancata previsione di un termine per l'esercizio del recesso, con la prefigurazione di gravi conseguenze pratiche;

onde la necessità e lo stimolo per l'interprete di raccordare la norma nel quadro sistematico fissando il termine annuale (argomentando dall'intento del legislatore) o biennale (in aderenza alla teoria che ritiene applicabili i termini dell'art. 1501 c.c. per i contratti che abbiano già prodotto effetti reali).

L'aspetto fiscale è trattato da **Stefano Fiorentino** *(Profili fiscali del patto di famiglia)*, che in primo luogo rileva carenze e lacune nella disciplina tributaria per il patto di famiglia. Sul presupposto di "movimentazioni di ricchezza generate dal patto nell'ambito dei negozi a titolo gratuito", l'Autore ritiene che per la imposizione diretta andrebbe applicata "la speciale disciplina prevista per i trasferimenti di azienda a titolo gratuito", onde "non si pagano imposte sulle plusvalenze", ed anche i pagamenti effettuati a favore dei legittimari restano "assorbiti nella causa dell'operazione negoziale complessiva" e "rilevano quali erogazioni a titolo gratuito e pertanto non sono utilizzabili per ridurre il costo fiscale degli eventuali plusvalori latenti, che, all'atto della loro tassazione, andranno calcolati al lordo di tali versamenti". Osserva, inoltre, che "la disciplina applicabile ai patti di famiglia in merito al trasferimento a titolo gratuito dell'azienda è penalizzante rispetto alla disciplina del passaggio di quote". La stipula del patto di famiglia può importare la necessità di una serie di "operazioni preliminari", come "cessione o conferimento di partecipazioni societarie e/o di aziende, scissioni, fusioni, operazioni sul capitale di società, ecc…", che "implicheranno una possibile censura fiscale": tali eventuali operazioni devono essere valutate, pianificate e realizzate con estrema attenzione, per evitare il rischio di vanificare i "benefici" sostanziali e le finalità del patto (come nel caso "di una rettifica fiscale delle operazioni prodromiche al patto, con conseguenze economiche che possono essere anche molto onerose").

Sul regime delle imposte indirette l'Autore rileva l'allineamento alle indicazioni della Commissione Europea avvenuto con la legge finanziaria 2007, che "ha stabilito un regime di esenzione correlato al passaggio generazionale dell'impresa". Di conseguenza, anche nell'ambito del patto di famiglia, "i trasferimenti di aziende o di rami di esse, di quote sociali e di azioni effettuate a favore dei discendenti … non sono soggetti all'imposta

di successione e donazione nonché alle imposte ipotecarie e catastali, … a condizione che i discendenti proseguano l'attività d'impresa per almeno cinque anni". Sono affrontate infine le problematiche relative alla "differenza tra le partecipazioni che riguardano soggetti IRES e le partecipazioni di altri soggetti", e quelle relative alla diversa regolamentazione del contratto, previsto soltanto per le società residenti mentre si registra un'assenza di limitazioni per le partecipazioni in società non residenti (per cui viene prospettata l'opportunità di "un'interpretazione che estende la disciplina delle società residenti a quelle non residenti").

L'Autore conclude ribadendo che "tutte le considerazioni espresse … presuppongono l'adesione ad un'ipotesi in cui tutte le movimentazioni economiche dei patti di famiglia sono considerate *complessivamente* trasferimenti a titolo gratuito".

Alla tematica del patto di famiglia seguono due argomenti, pur essi su problemi verso i quali è vivamente rivolta l'attenzione di studiosi ed esperti del diritto.

Con un pregnante studio (pervenuto in redazione lo scorso Aprile, ma potuto pubblicare solo ora. L'Autore voglia scusare il ritardo), *L'archetipo della nullità, virtuale in diritto amministrativo,* **Gianluca Zarro** approfondisce un tema intorno al quale la dottrina in passato si era mossa senza molto successo, essendo peraltro rimasta quasi del tutto inascoltata dalla giurisprudenza, e che con l'art. 21 *septies,* L. 11.2.2005 n. 15, vede recepita la teorica della nullità dell'atto amministrativo. L'Autore offre, in pagine sintetiche ma dense, una pronuncia della evoluzione del problema e pone in rilievo la dualità o diversità del lessico giuridico tra il settore privatistico e quello pubblicistico-amministrativo: tutte le ipotesi di nullità del diritto privato sono assorbite e coperte, in diritto amministrativo, dal vizio di violazione di legge e dell'eccesso di potere. Enucleate, dalla formula dell'art. 1408, co. 1 e co. 2, in relazione all'art. 1325, c.c., dalla categoria delle nullità (che, come diceva **A. Giuliani** in una breve monografia di circa cinquant'anni fa su *Il concetto di prova,* è concetto filosofico più che giuridico), le due specie di nullità testuale e virtuale, Zarro richiama la triplice posizione assunta dalla dottrina (ed in parte dalla giurisprudenza), soprattutto amministrativa, sull'argomento. In relazione alla norma dell'art.

21 *septies* della L. 15/2005, indica specificamente la posizione più recente (**BARTOLINI,** *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo,* Torino, 2002, p. 183 e segg.), secondo la quale "il legislatore del 2005 ha introdotto una fattispecie di nullità virtuale".

Infine discute il problema della giurisdizione, concludendo per quella del giudice amministrativo "nell'ipotesi di atto nullo" (giacché "la pubblica amministrazione esercita un potere amministrativo bensì inidoneo alla produzione degli effetti, ma espressione di potestà pubblica e di autorità") e per quella del giudice ordinario nel caso di atto inesistente ("perché adottato in assenza di potere e cioè di una norma legittimante e quindi non in grado di assurgere a fatto giuridicamente rilevante"). Alla giurisdizione del giudice amministrativo sono attribuite, ai sensi del cit. art. 21 *septies*, co. 2, le "questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato".

Va segnalato, per chi è interessato all'argomento, un recente articolo (30.10.2007) di **Andrea Maria Romano**, *Nullità e Giudice Amministrativo: profili processuali e sostanziali,* consultabile sul sito internet "Altalex" e da leggere specularmene allo studio di Gianluca Zarro, ed altro articolo di **S. Brucoli** e **L. Daniele**, *Nullità dei provvedimenti amministrativi: casistica, competenza, conseguenze,* apparso sul fascicolo di Ottobre 2007 di ***Ventiquattrore Avvocato***.

Chiude la Parte prima del fascicolo uno studio di **Paolo Picccialli,** *Nesso di causalità e colpa medica,* nel quale l'Autore, partendo dalla mancanza di una definizione legislativa del "nesso di causalità", evidenzia i problemi che tale lacuna determina in tema di responsabilità del medico e gli sforzi della giurisprudenza per fissare con precisione gli elementi tipici del rapporto causale sotto il profilo oggettivo. Il problema si è posto all'attenzione dei giuristi, e, prima ancora, della pratica giudiziaria in tempi piuttosto recenti ed ha registrato già alcune monografie, molteplici contributi su varie riviste e convegni di studio (come quello recentissimo del 1° Dicembre a Monza, avente ad oggetto: *La responsabilità professionale medica: medici, odontoiatri e avvocati a confronto*).

Da oltre un decennio dottrina e giurisprudenza si sono posti il problema della prova in materia di responsabilità del medico inserito in una

struttura ospedaliera, attenuando il rigore dell'enunciato dell'art. 2697 c.c., in considerazione del fatto che la documentazione probatoria è nella disponibilità dell'Amministrazione. Tale posizione, alla luce della normativa sul "diritto di accesso" (legge 241/90 e succ. mod.), meriterebbe una nuova riflessione, potendo il privato procurarsi gli elementi probatori (copia di tutti gli atti sanitari che lo riguardano e che sono in possesso dell'Amministrazione ospedaliera). Più delicato è il problema della perizia e della c.t.u., che dovrebbero accertare fatti altrimenti non conoscibili e comunque dare dei fatti già processualmente accertati o verificati in sede di indagine tecnica) una valutazione giuridicamente rilevante. Le risultanze delle indagini tecniche devono essere apprese e valutate criticamente dal giudice, il quale spesso non possiede quella scienza e quella conoscenza che gli consentono una tale operazione. Nel tempo in cui tutte le scienze e le discipline hanno raggiunto un alto grado di specializzazione (per cui finanche lo specialista di un settore ben poco o nulla intende di altri settori specialistici), può ancora parlarsi del giudice come *peritus peritorum*?

Già nel 1925 nella *Ric. dir. proc. civ.*, **Carnelutti** scriveva che "sul parere di un competente dissertano e giudicano degli incompetenti".

Il problema si fa più acuto, e la soluzione rischia di sfuggire di mano sul terreno del conseguimento della certezza processuale se si pone mente al principio del libero convincimento del giudice (non enunciato, almeno esplicitamente, dal legislatore, che si è limitato nell'art. 116 c.p.c. a stabilire la regola del "prudente apprezzamento" nella valutazione delle prove, disciplinando così la fase dell'attività del giudice anteriore al momento del libero convincimento).

Nei casi di richiamo e di adesione (spesso acritica benché rivestita con vaghe espressioni) nella sentenza all'indagine tecnica, si dovrebbe parlare di un libero convincimento del perito o del c.t.u. piuttosto che del giudice. Il discorso, cui ha fatto da provocazione lo studio di Piccialli, è bene, almeno per il momento, chiuderlo qui, perché porterebbe lontano e richiamerebbe i tentativi per arginare o quanto meno delimitare lo sconfinato orizzonte del "libero convincimento" [a tal fine vanno ricordate: la prova legale; le esperienze di altri sistemi, come quello svedese incardinato sul principio di verosimiglianza prevalente secondo il quale il giudice

deve solo accertare "se (la sussistenza) di una certa fattispecie presenti un certo grado di verosimiglianza" così **PATTI,** *Prove,* sub art. 2697, pag. 159; l'apertura a tale criterio di una parte della dottrina tedesca e di qualche pronunciato della Corte Suprema Tedesca proprio in materia di responsabilità del medico; l'istituto dell'Anscheinsbeweis del diritto tedesco].

La **Parte Seconda** propone alla considerazione dei lettori tre sentenze ed un'ordinanza collegiale del Tribunale di Benevento:

- la sentenza n. 1230/07, che, in materia di risarcimento danni da accessione invertita (verificatasi nel febbraio 1996, ossia prima del 30.6.1998, afferma nella vicenda esaminata la giurisdizione dell'A.G.O., discute di successione nel tempo degli strumenti urbanistici e della decorrenza dei termini di durata del piano di zona e soprattutto, -alla luce della sentenza 29.7.2004 della Corte Europea per i Diritti dell'Uomo nella causa Scordino/Italia, di Cass. 10542/2002 e 3033/2005 e della nuova formulazione dell'art. 1 L. 241/90-, ritiene che i principi fissati dalla Corte Europea "hanno valore vincolante per il giudice nazionale" per cui "l'art. 5 bis della L. 8.8.1992 n. 359 non si applica più nella determinazione dell'indennità d'espropriazione delle aree edificabili" con la conseguenza che "siffatta indennità deve essere stabilita sulla base del valore reale o di mercato del bene". La sentenza è analiticamente annotata da **Lucia Albano,** *Analisi di un caso. Recenti accertamenti in tema di espropriazione di fatto*.

Il problema risulta oggi superato e risolto in radice con la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 5 bis, commi 1, 2 e 7 bis, L. 359/92 operata dalla Corte Costituzionale con le sentenze n. 348 e 349 del 22.10.2007, depositate il 24 successivo, e pubblicate nella Parte Quarta di questo fascicolo.

Va ricordato, con una legittima punta di orgoglio, che il Tribunale di Benevento è stato in molte occasioni tra i primi giudici a recepire ed affermare interpretazioni innovative e di svolta nell'orientamento giurisprudenziale: basti pensare alla decisione degli anni Cinquanta con la quale ritenne la natura precettiva e l'immediata applicabilità dell'art. 36 Cost. all'altra (la prima in Italia) di estensione all'istruzione sommaria delle garanzie difensive riconosciute all'imputato nell'istruttoria formale di cui all'art. 304 ter dell'abrogato c.p.p.;

- la sentenza n. 15/07 in tema di donazione di cosa altrui e usucapione di beni indivisi, con una nota di **Maria Silvino**, che analizza i due istituti con richiami giurisprudenziali;
- la sentenza n. 90/07 in materia di danno da illegittimo protesto, annotata da **Rosario Boffa**, che approfondisce il problema della risarcibilità di tale danno;
- l'ordinanza collegiale 27-4-2007, in materia di esecuzione sui beni del fondo patrimoniale (del quale opera una ricostruzione anche sotto il profilo storico in relazione al pregresso istituto del "patrimonio familiare", **Giovanni Portoghese).**

La **Parte Terza** ospita il regolamento del C.N.F. sulla formazione continua e la delibera del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Benevento di **approvazione del piano di offerta formativa per il triennio 2008-2010**. Segue un pungente e vivace *Caleidoscopio* di **Ugo Campese,** che, prendendo spunto da un giocattolo della sua infanzia (il *caleidoscopio* appunto), mette "insieme considerazioni e appunti che…a ben guardare costituiscono diverse facce di una medesima realtà: la vita forense". E comincia con l'elogio del Praticante, che, in un magico percorso per diventare da "Praticante Avvocato ad Avvocato Praticante", rappresenta "la più alta espressione della circolarità della professione forense per cui si nasce e si muore tentando sempre di imparare a *fare* l'Avvocato". Continua analizzando, con osservazioni anche critiche, i dati statistici (riprodotti da una tabella ministeriale) al 23.10.2006 dei procedimenti pendenti dinanzi al Tribunale di Benevento. Passa poi a considerare la opportunità se non la necessità della formazione dell'aggiornamento professionale, censurando il metodo fissato dal C.N.F., che ha scontentato tutti, tra l'altro comminando illegittimamente sanzioni disciplinari; per finire con la constatazione di una pigrizia (o si tratta di indifferenza?) mostrata dagli Avvocati sanniti per lo "stato di salute della vita forense".

Non si meravigli l'Avv. Campese, perché gli inviti alla collaborazione alla Rivista rivolti ai Colleghi hanno anch'essi registrato "un assordante ….silenzio" (tranne una o due voci).

Di grande e vivo interesse si presenta la **Parte Quarta,** dove sono pubblicate due sentenze della Corte di Giustizia Europea: una (sez. III,

26.4.2007 n. C-195/05) in materia dell'obbligo di smaltimento dei rifiuti (nella quale l'Italia è rimasta soccombente); l'altra (sez. Grande, 3.5.2007 n. C-303/05), con la quale è stata ritenuta "la validità della decisione quadro del Consiglio 13 giugno 2002, 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo ed alle procedure di consegna tra stati membri".

Segue la sentenza 192/07 della Corte Costituzionale in tema di recidiva, con una puntuale nota di **Nazzareno Fiorenza**, *Art. 99 c.p. La recidiva*.

In tema di recidiva reiterata viene proposta all'attenzione dei lettori la decisione 3.5.2007 n. 16750 della VI sezione penale della Cassazione, che, -con ampia motivazione, richiamo di sentenze della Corte Costituzionale ed utilizzo dei lavori preparatori-, considerando la recidiva come circostanza aggravante, ha escluso l'obbligo di aumento di pena, ritenendo che "è sempre necessario procedere ad un bilanciamento tra aggravanti e attenuanti". Ad essa ha fatto seguito Cass. VI, 11.5.2007 n. 18302, che in conformità alla prima, ha ribadito la facoltatività dell'"aumento di pena in caso di recidiva anche reiterata", precisando in motivazione che "La recidiva, al pari di ogni circostanza "inerente la persona del colpevole", in caso di concorso con altre circostanze aggravanti o attenuanti comporta l'operatività delle regole stabilite dall'art. 69 c.p. come espressamente stabilito dal quarto comma dello stesso articolo. In altre parole, lo status individuale del recidivo determina sia una qualificazione giuridica soggettiva, in quanto si riferisce a una situazione inerente alla persona del reo, sia una circostanza aggravante soggettiva. Ne consegue che la recidiva è soggetta al meccanismo giuridico del giudizio di comparazione delle concorrenti circostanze attenuanti, indipendentemente dalla valutazione ex ante che il giudice possa già effettuare sull'aumento o meno della pena. Valutazione che, invece, si porrà all'esito della comparazione e nel caso in cui la stessa sia dichiarata prevalente rispetto alle altre. Qui, il giudice può escludere se operare gli aumenti per la recidiva là dove ritenga gli aumenti di pena delle altre aggravanti ex art. 63 c.p. già adeguati, in base ai criteri dettati dall'art. 133 c.p., all'entità oggettiva e soggettiva del fatto".

Particolare rilievo e studio meritano le **sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e n. 349 del 22.10.2007**, che hanno dichiarato

illegittimi l'art. 5 bis, commi 1 e 2, L. 359/92, e in via consequenziale l'art. 37, commi 1 e 2, D.P.R 327/2001 (sent. 348), nonché l'art. 5 bis, comma 7 bis, L. 359/92, introdotto dall'art. 3, comma 5 L. 662/96 (sent. 349).

Nella prima decisione la Corte ha dovuto affrontare una serie di problemi, quali: la valenza nell'ordinamento italiano delle norme della Convenzione EDU e del Protocollo aggiuntivo; le precedenti pronunce che avevano escluso il conflitto dell'art. 5 bis, commi 1 e 2, L. 359/92, con gli art. 3, 4, 24, 42, 53, 71, 72, 113 e 117 Cost.; l'interpretazione del nuovo testo dell'art. 117 Cost. (nella formulazione della legge costituzionale 18.10.2001 n. 3). Da più parti (come nella sentenza, innanzi citata ed annotata, del Tribunale di Benevento n. 1230/07) si era posto il problema della diretta applicazione da parte del giudice italiano della normativa CEDU e dei principi fissati dalla Corte di Giustizia Europea in sede di interpretazione di tale normativa. La Corte Costituzionale, con la sentenza 348/07, ha richiamato la distinzione tra norme CEDU e norme comunitarie, ribadendo il suo precedente indirizzo, secondo il quale "le prime, pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto." Richiama poi la significativa distinzione, operata dall'art. 117, comma 1, Cost., tra «vincoli derivanti dall'"ordinamento comunitario"» e «quelli riconducibili agli "obblighi internazionali"», per precisare che soltanto le norme dei "Trattati comunitari" costituiscono un ordinamento sovranazionale limitativo della sovranità statale "con il solo limite dell'intangibilità dei principi e di diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione". Le norme della CEDU, invece, pur creando obblighi per gli Stati contraenti, non costituiscono "un ordinamento giuridico sovranzionale" e non sono quindi direttamente applicabili nei singoli Stati.

Su queste premesse e richiamato l'attuale testo dell'art. 117, co. 1, Cost. (che "condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali indubbia-

mente rientrano quelli derivanti dalla Convenzione Europea per i diritti dell'uomo"), la Corte precisa che tale nuovo testo, "se da una parte rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall'altra attrae le stesse" nella propria sfera di competenza, e che "gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale" (restando perciò escluso il potere del giudice italiano di disapplicare la norma interna confliggente con la norma CEDU) (punto 4.3 della sentenza). L'argomento centrale di tutta la motivazione riguarda la "struttura della norma costituzionale" in questione (art. 117, co. 1), che sviluppa la sua concreta operatività solo se posta in stretto collegamento con altre norme, di rango **sub-costituzionale**, "destinate a dare contenuto ad un parametro che si limiti ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere": trattasi di "**fonti interposte**" ossia di norme "**di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria**". Alla stregua di siffatta impostazione, deve dirsi "che il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost., diventa concretamente operativo solo se vengono determinati quali siano gli "obblighi internazionali" che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni" (punto 4.5 della sentenza); e qui "il parametro viene integrato e reso operativo dalle norme della CEDU", che concretizzano la consistenza di tali obblighi. Tenuto conto che alla Corte europea per i diritti dell'uomo è attribuita la competenza di interpretare e applicare la Convenzione e i suoi protocolli, e che le norme interposte nel contenuto definito da detta Corte rimangono sempre ad un livello subcostituzionale, "è necessario che esse siano conformi a Costituzione"; cosicché occorre scrutinare la "norma interposta" (come prodotto dell'interpretazione e non in sé e per sé considerata) per verificare se essa si pone o non in contrasto con le norme costituzionali (e non solo con i principi o i diritti fondamentali o con i principi supremi). Superato il vaglio di costituzionalità della norma interposta, occorre rapportare a questa la norma statale ordinaria (nella specie l'art. 5 bis co. 1 e 2, L. 359/92) per il giudizio di sua compatibilità con la prima.

Alla luce del nuovo quadro normativo e considerato che la verifica del "punto di equilibrio tra i contrastanti interessi costituzionalmente protetti" va operata "nel tempo e nello spazio normativo" (criterio di relatività delle valutazioni) (punto 5.3), ricordata la "lunga evoluzione giurisprudenziale ed i principi generali fissati dalla *Grande Chambre* nella sentenza Scordino contro Italia (punto 5.4) e rilevato che "Sia la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana sia quella della Corte europea concordano nel ritenere che il punto di riferimento per determinare l'indennità di espropriazione deve essere il valore di mercato (o venale) del bene ablato" (punto 5.6), i giudici della Consulta esaminano la norma censurata e constatano che l'indennità di esproprio da essa prevista " è inferiore alla soglia minima accettabile di riparazione dovuta ai proprietari espropriati" (punto 5.7).

La sentenza n. 349, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 5 bis, co. 7 bis, L. 359/92 e succ. modif., relativo alla determinazione dei danni da occupazione appropriativa, ha dovuto affrontare e risolvere lo stesso problema di fondo risolto dalla sentenza precedente, e cioè: stabilire quali siano le conseguenze del contrasto di una norma interna "con i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali" ed in particolare quelli della CEDU e del Protocollo addizionale.

Il ragionamento della sentenza 349 si snoda attraverso i seguenti argomenti:

- innanzitutto, viene richiamata la giurisprudenza della Corte Costituzionale sulle disposizioni della Costituzione che fanno riferimento a norme ed obblighi internazionali, e sulle disposizioni CEDU, che, se rese esecutive con legge ordinaria, acquistano il rango di tale norma (e che non sono quindi di livello costituzionale): al riguardo non è ritenuto conferente l'art. 10, comma 2, Cost., né che venga in rilevo l'art. 11 Cost.;
- viene poi sottolineato che: 1°- il Consiglio d'Europa e l'attività interpretativa della Corte di Strasburgo è una realtà giuridica; 2°- la Corte Europea assicura il rispetto dei principi generali del diritto comunitario (di cui i diritti fondamentali sono parte integrante) ma non ha la "competenza nei confronti di normative che non rientrano nel cam-

po di applicazione del diritto comunitario"; 3°- tutti gli stati membri dell'Unione appartengono "al Consiglio d'Europa ed al sistema di tutela dei diritti fondamentali che vi afferisce", con la conseguenza che "il rapporto tra la CEDU e l'ordinamento giuridico degli stati membri è un rapporto variamente ma saldamente disciplinato da ciascun ordinamento nazionale". È inesatto ritenere che il giudice nazionale, in caso di incompatibilità tra norma CEDU e norma interna, possa disapplicare quest'ultima;

- richiamate le pregresse pronunce della Corte Costituzionale sulla natura delle norme dalla CEDU e sul loro rapporto con i diritti fondamentali (punto 6.11), ne desume la "peculiare rilevanza delle norme della Convenzione" "nell'intento di garantire, soprattutto mediante lo strumento interpretativo, la tendenziale coincidenza ed integrazione delle garanzie stabilite dalla CEDU e dalla Costituzione, che il legislatore ordinario è tenuto a rispettare e realizzare." (Segue l'elencazione "degli obblighi internazionali assunti con l'adesione alla Convenzione") (punto 6.1.2);
- alla luce di tale disciplina viene interpretato il nuovo testo dell'art. 117, co. 1, Cost., a tenore del quale il legislatore ordinario ha l'obbligo di rispettare le norme della Convenzione, "con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e dunque con gli "obblighi internazionali" di cui all'art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale. Con l'art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente". Di qui la qualifica della norma CEDU come "norma interposta";
- ai fini della "uniformità di applicazione", la funzione della "interpretazione centralizzata della CEDU" è attribuita alla Corte Europea dei diritti dell'uomo, «cui spetta la parola ultima e la cui competenza "Si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa nelle condizioni previste" dalla medesima (art. 32, comma 1, della CEDU)». In definitiva, alla Corte di Strasburgo spetta l'"interpretazione della Convenzione di Roma e dei Protocolli"; alla Corte

Costituzionale spetta di accertare il contrasto di una o più norma della CEDU con l'art. 117, co. 1, Cost. "e, in caso affermativo, verificare se le stesse norme CEDU, nell'interpretazione della Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana.";

- sulla premessa della lettura sistematica dell'art. 117, co. 1, Cost., viene operata "una ricognizione dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'occupazione acquisitiva", desumendo dalle pronunce della Corte Costituzionale il principio "che l'accessione invertita «realizza un modo di acquisto della proprietà [.....] giustificato da un bilanciamento fra interesse pubblico (correlato alla conservazione della cosa in tesi pubblica) e l'interesse privato (relativo alla riparazione del pregiudizio sofferto dal proprietario) la cui correttezza "costituzionale" è ulteriormente» confortata «dal suo porsi come concreta manifestazione, in definitiva, della funzione sociale della proprietà» (sentenza n. 188 del 1995, che richiama la sentenza n. 384 del 1990). E, tuttavia, essendo l'interesse pubblico già essenzialmente soddisfatto dalla non restituibilità del bene e dalla conservazione dell'opera pubblica, la misura della liquidazione del danno non può prescindere dalla adeguatezza della tutela risarcitoria che, nel quadro della conformazione datane dalla giurisprudenza di legittimità, comportava la liquidazione del danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà, mediante il pagamento di una somma pari al valore venale del bene, con la rivalutazione per l'eventuale diminuzione del potere di acquisto della moneta fino al giorno della liquidazione" (punto 7.1);
- viene, infine specificato il *thema decidendum* nel denunciato contrasto dell'art. 5 bis, co. 7 bis, L. 359/92, con l'art. 117, co. 1, Cost., con la precisazione che "oggetto del *thema decidendum* posto dalla questione di costituzionalità è solo il profilo della compatibilità di tale ricaduta patrimoniale disciplinata dalla norma censurata con la disposizione convenzionale, ciò che impone di fare riferimento alle conferenti sentenze del giudice europeo". Richiamato l'art. 1 del Protocollo addizionale (sul quale non vi è stata alcuna riserva e denuncia da parte dell'Italia) e l'interpretazione che ne ha dato il giudice europeo (se-

condo il quale: "una misura che costituisce interferenza nel diritto al rispetto dei beni deve trovare il "giusto equilibrio" tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e le esigenze imperative di salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo", precisando nel caso specifico dell'occupazione acquisitiva che la liquidazione del danno "non permette di escludere la violazione del diritto di proprietà, cosi come è garantito dalla norma convenzionale "), la sentenza rileva che "la norma internazionale convenzionale cosi come interpretata dalla Corte europea, non è in contrasto con le conferenti norme della nostra Costituzione".

In conclusione, la sentenza 349 afferma che la norma censurata (art. 5 bis, co. 7 bis, L. 359/92, introdotto dall'art. 3, co. 65, L. 662/96), "non prevedendo un ristoro integrale del danno subito per effetto dell'occupazione acquisitiva da parte della pubblica amministrazione, corrispondente al valore di mercato del bene occupato, è in contrasto con gli obblighi internazionali sanciti dall'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU e perciò stesso viola l'art. 117, primo comma, della Costituzione".

Si è ritenuto di far cosa utile, come ausilio allo studio delle due sentenze, cercare di individuare per ciascuna il filo conduttore lungo il quale sono articolate le diverse argomentazioni. La lettura dei due documenti non si presenta agevole e la prosa di entrambi i testi non è certamente invitante: lo stile linguistico si pone forse nel solco di una tradizione che **F. Sabatini** (*Dalla lingua comune al linguaggio del legislatore e dell'Avvocato,* in **A. Mariani Marini – M. Paganelli:** a cura di-, *L'Avvocato e il processo -Le tecniche della difesa-.* ed. Giuffré, Milano, 2003, pag. 5) criticava prendendo a campione proprio una sentenza della Corte Costituzionale.

Non può inoltre passare sotto silenzio la decisione T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 9561/2007, in materia di occupazione usurpativa, fatta rientrare (con quanta coerenza con il sistema del riparto di giurisdizione?) nella sfera del giudice amministrativo.

Chiude la **Parte Quarta** il richiamo della massima di Cass., sez. lav., 27.2.2007 n. 4506, di cui si occupa **Oreste De Angelis** con una nota critica sulla *Rilevanza del termine di opposizione alla cartella esattoriale per la riscossione dei contributi previdenziali* (art. 24 D. Lgs. 46/1999), nella quale l'Autore

mette a fuoco le caratteristiche del contenzioso previdenziale (diverse da quelle del contenzioso tributario) e la giurisdizione in tema di opposizione all'esecuzione ed agli atti esecutivi; precisando che l'"effetto decadenziale all'inosservanza del termine per l'opposizione alla iscrizione a ruolo di crediti contributivi … deve essere limitato all'ambito del procedimento di riscossione regolato dalle norme di riferimento", ma non pregiudica né preclude "l'azione di accertamento (svolta in forma autonoma e scindibile nell'atto di opposizione o proposta all'esaurimento della riscossione) con cui, a prescindere della forza esecutiva del ruolo e della eventuale inarrestabilità del procedimento coattivo, si chieda al Giudice una pronuncia sull'obbligo contributivo e sul carattere indebito dell'eventuale intervenuto recisero"; siccome "la definitività (o non impugnabilità) della iscrizione al ruolo non equivale ad una declaratoria giudiziale di accertamento del debito".

La **Parte Quinta** riporta un'interessante ricerca di **Domenico Zampelli** sulle misure di capacità (soma, litro, tomolo, mezzetto, quarto, misura) nel territorio beneventano dopo la conquista francese del 1806, e sulla differente estensione agricola del "tomolo" nei diversi Comuni (che va dai 2129 mq. di Santa Croce del Sannio ai 3365 mq. di Montesarchio): diversità dovuta alle "antiche necessità di omologazione ai traffici commerciali verso la capitale del Regno o la Puglia".

Anche in questo periodo si sono registrati nel Foro sannita dei lutti, uno per l'Avvocatura ed un altro per la magistratura. Nella metà di agosto è scomparso l'Avv. Sergio Belperio, qui ricordato con accenti di profonda amicizia dall'Avv. Umberto Del Basso De Caro. Disdegnava mettersi in mostra e rifuggiva ogni manifestazione spettacolare della professione; prediligeva il colloquio, come apertura di animo e scambio di eperienze. I Suoi interessi culturali fuoriuscivano dal campo giuridico, con predilezione di quello letterario. Garbato sempre e tollerante nei rapporti umani e professionali, era deciso e perseverante nell'attività difensiva e nell'argomentazione, che, tralasciando ogni aspetto marginale delle questioni, si attestava rigorosamente sul nucleo essenziale dei problemi (sia di quelli inerenti al fatto, sia di individuazione o di ricostruzione della fattispecie, sia di interpretazione), dei quali offriva la soluzione in forma chiara e convincente.

Nei primi di settembre si è spento il Dott. Luigi Tazza, -già presidente della sezione civile del Tribunale-, di cui traccia un partecipato profilo il Dott. Guglielmo Cinque. Nel ricordo di quanti Lo hanno conosciuto la Sua figura si staglia per la particolare sensibilità culturale soprattutto nell'approfondimento dei problemi giuridici, per l'attenzione verso i contributi difensivi e per la spiccata umanità che Lo guidva nella compensione e valutazione dei fatti.

Le illustrazioni sono tratte dalle opere di Alberto Nuzzolo, beneventano di nascita ma vagante con lo spirito oltre ogni orizzonte, architetto di professione ma insofferente ad ogni limitazione: da esse si coglie una concezione dell'arte come momento di sintesi di una filosofia del rapporto dell'uomo con la società e con l'ambiente in una dimensione storica proiettata nel futuro.

Nicola Di Donato

Parte Prima

Profili dottrinali

Il patto di famiglia

INTERVENTO DI PRESENTAZIONE

Mi limiterò a fare qualche brevissima considerazione di apertura, nata dall'ignoranza dell'istituto del patto di famiglia, che avevo prima di leggere questo libro. Si tratta di un tema piuttosto lontano dai miei interessi attuali, ma mi ha suscitato una serie di riflessioni che porgo a voi e ai relatori.

Il primo è che si tratta di una normativa che ha un'emersione lontana, di carattere sociologico-economico, prima ancora che di carattere giuridico, perché tutti sappiamo che uno dei problemi dell'impresa italiana è quello di essere un'impresa sostanzialmente familiare, anche e soprattutto sotto il profilo della *governance*.

Da qui la necessità e le difficoltà, purtroppo inevitabili, di predisporre in qualche modo delle forme di successione.

Chi non ricorda, una ventina di anni fa, che cosa accadde nella famiglia Agnelli, e la "brillante invenzione notarile" divulgata con una certa enfasi dalla stampa dell'epoca, consistente nella riscoperta di un antico tipo sociale, l'accomandita per azioni, che, in realtà, fino a quel momento aveva una sola forma attuativa, la cosiddetta "Pirellina".

Da qui, alla fine degli anni '80, cominciò nelle famiglie che avevano una certa solidità patrimoniale ed aziendale, la "moda" delle società in accomandita per azioni, contrabbandate come una sorta di rimedio universale: moda a diffusione abbastanza limitata perché non tutti se lo potevano permettere. In ogni caso, essa costituì una prima modalità per anticipare in qualche modo la successione.

Oggi, dopo una decina d'anni di discussione, si è arrivati a introdurre nel codice civile una disciplina apposita, la quale, dal mio punto di vista, è un riconoscimento evidentissimo di quelle che chiamerei le speciali ragioni dell'impresa.

Notate che con il patto di famiglia si è voluto enucleare dalla successione in generale il tema specifico della successione nella proprietà e nel-

la gestione dell'impresa. Un ulteriore modo di riconoscere la preminenza del momento dinamico, ossia della preservazione della stabilità gestionale, nel trapasso generazionale che riguarda un'impresa, rispetto ad altre categorie più tradizionali della successione civilistica ordinaria. Mi riferisco, com'è ovvio, in primo luogo alla tutela del diritto di proprietà.

Il legislatore privilegia l'esigenza di un trasferimento efficiente della gestione, ancorché dal titolare ad altri suoi familiari, a scapito dei diritti classici dei successibili.

Quanto il meccanismo funzionerà, e quanto sarà effettivamente apprezzato e utilizzato nella prassi, non so dirlo. Rilevo che ci sono, a mio avviso, numerose singolarità e criticità: pensiamo alla disciplina processuale, impostata su un doppio binario, a seconda che si tratti di trasferimento di aziende o di partecipazioni societarie, con un rito diverso dopo la fase, in genere poco fortunata, della conciliazione preventiva obbligatoria.

L'idea che mi è balenata leggendo il libro, è che queste norme andrebbero forse studiate anche sotto il profilo dell'analisi economica del diritto, e in particolare dell'efficienza di questo nuovo microsistema normativo.

C'è un libro molto sintetico, ma a mio parere molto bello, di Francesco Denozza, che si chiama proprio "Norme efficienti", e dove si predica la necessità di un controllo anche sull'implementazione, sull'efficacia che una norma può avere nella sua applicazione pratica in un dato ordinamento.

Ma, restringendo al massimo la mia invasione di campo, perché non sono un civilista in senso stretto, osservo che si vedono a occhio nudo delle aporie nella struttura di questo micro-sistema.

Nel libro giustamente gli Autori dicono, in apertura: "*questa è una normativa che, tanto per cominciare, costringe a ripensare alcune categorie civilistiche tradizionali*".

Per esser più chiari: costringe a fare i conti con una nuova realtà. L'idea stessa dei patti di famiglia implica un ripensamento del divieto dei patti successori: se si tratti di uno sconvolgimento radicale oppure di una norma eccezionale e isolata, se sia corretto configurare attraverso il patto di famiglia una successione anticipata che, per un civili-

sta classico, è un ossimoro; se sia infine un atto di liberalità di tipo donativo, insomma una donazione, o di altra categoria, vale a dire qualcosa di nuovo o di diverso.

Da quanto mi è dato di comprendere, siamo di fronte a un nuovo modo di concepire i diritti dei legittimari, attuali e potenziali: e qui si inserisce una mia perplessità di fondo, se volete un riflesso condizionato del giuscommercialista, riguardante il ruolo forse eccessivo riconosciuto al principio di unanimità, che contrasta in linea generale con quello di efficienza gestionale.

Un'ultima riflessione che mi è sorta dalla lettura del bel volume: perché tanta fretta di introdurre un meccanismo così lacunoso, i cui difetti erano evidenti allo stesso legislatore, al punto – a dir poco paradossale – di dover leggere un passo del relatore alla Camera che dice: "va bene, sappiamo che questa legge è fatta male, poi ci penseranno domani i giudici e gli interpreti a risolvere i problemi"?

Quale era l'interesse a procedere in tal modo? Questo in verità non mi è chiaro, visto che la legge in questione non era dettata da particolari urgenze.

L'esigenza contingente sembra essere stata, piuttosto, quella di arrivare comunque a una legge, come se ci si dovesse fregiare di una medaglietta per aver fatto una riforma, qualsiasi essa fosse.

Un simile modo di produrre leggi comporta a noi, interpreti e operatori, una serie di problemi e interrogativi che si scaricheranno verosimilmente nelle aule giudiziarie, con il risultato che la giurisprudenza forse tra dieci o vent'anni scioglierà qualcuno dei tanti nodi critici, mentre nel frattempo potrà esercitarsi l'astuzia e la fantasia dei pratici, ma su campi a elevato margine di incertezza.

Esaurite le mie poche cartucce, una brevissima presentazione dei relatori, che non hanno certo bisogno di illustrazione da parte mia.

Il primo è il professor Enrico Minervini, ordinario di Diritto civile all'Università di Roma Tre, autore di numerosi e importanti lavori in quelle che sono le materie più innovative e di frontiera del diritto civile. Ricordo una monografia sulla prescrizione ed i terzi che trovo estremamente interessante, mentre segnalo che negli ultimi tempi i suoi interessi scientifici

sono rivolti ai temi della tutela dei consumatori e dei contratti con i consumatori.

Dopo di lui ascolteremo il notaio Nicola Di Mauro, che mi fa ringiovanire perché ricordo gli anni lontani della scuola di specializzazione a Napoli, e che ha mantenuto una collaborazione con l'Università Federico II e con quella di Milano, riuscendo quindi a coniugare brillantemente la professione con l'impegno accademico e scientifico.

Il terzo relatore è il professor Stefano Fiorentino, che insegna Diritto tributario a Salerno e, secondo me, ci parlerà di uno degli aspetti di maggior interesse, ossia dei profili fiscali del patto di famiglia, che saranno probabilmente determinanti per la fortuna o meno dell'istituto.

Ed infine Vincenzo Verdicchio, collega e caro amico, giovane e brillante esponente della scuola sannita del Diritto civile.

Prof. Avv. Manlio Lubrano di Scorpaniello

Brevi note sul patto di famiglia[1]

1. La legge 14 febbraio 2006, n. 55, introduce nell'ordinamento italiano il nuovo istituto del patto di famiglia, modificando da un lato l'art. 458 c.c., statuente il divieto dei patti successori, e dall'altro inserendo nel codice civile, dopo la disciplina della divisione, il nuovo capo V-*bis*, composto dagli artt. da 768-*bis* a 768-*octies*. La tecnica legislativa della novella è alquanto scadente. Non a caso, nel corso dei lavori preparatori, il relatore al disegno di legge invocava "un'adeguata attività interpretativa in funzione suppletiva", e cioè delegava gli operatori del diritto a colmare le lacune del nuovo istituto. Il compito dell'interprete non è però quello di formulare invettive, a fronte dell'ineffabile inettidudine del legislatore: l'interprete si deve sforzare di collocare nel sistema le nuove norme. Ed allora, da una prima lettura della novella emerge un ennesimo passo avanti verso un riconoscimento sempre più pieno del ruolo dell'autonomia privata in tema di impresa, in linea con la riforma del diritto societario; ancora, emerge un avanzamento della tutela degli interessi negoziali legati alla produttività, ed un arretramento delle posizioni di "rendita" familiare, in linea con la recente modifica del testo degli artt. 561 e 563 c.c. Non a caso, qualcuno ha parlato, in termini forse un po' aulici, di una nuova stagione della negozialità non più compressa e sacrificata da un lato dalle norme del diritto societario, e dall'altro dalla tutela dei diritti dei legittimari.

2. La *ratio* ispiratrice del nuovo istituto del patto di famiglia è nota. L'elevato tasso di litigiosità tra gli eredi di imprenditori determina la paralisi di molte imprese, specie piccole e medie, con altissimi costi sociali. Il divieto dei patti successori, l'azione di riduzione, irrinunziabile prima dell'apertura della successione ed avente efficacia "reale", e la disciplina della collazione impediscono all'imprenditore di programmare per tempo la propria successione, e cioè di garantire la trasmissione intergenerazionale dell'azienda. Del resto, chiunque faccia l'avvocato sa bene che se un'impresa riesce a sopravvivere per due o tre generazioni, senza furiosi litigi tra i soci, si è in presenza di una sorta di miracolo. Occorre quindi preservare l'unità del bene produttivo, favorire l'unicità del controllo, evitando il formarsi di un controllo congiunto tra più eredi, ed anticipare il trasferimento dell'impresa allorquando l'imprenditore è an-

cora in vita, e può quindi programmare e "governare" in maniera adeguata il passaggio intergenerazionale. Nasce così l'espressione "successione anticipata", che peraltro ha valore meramente descrittivo del fenomeno, e non costituisce una categoria sul piano dogmatico. Naturalmente, il legislatore deve comporre il conflitto tra l'esigenza di conservare l'efficienza del complesso produttivo, da un lato, e l'esigenza di tutelare i legittimari, dall'altro (esigenza questa per tradizione molto, forse troppo, sentita nell'ordinamento italiano). Il legislatore ritiene che la via di uscita, per comporre il conflitto tra queste esigenze contrapposte, sia quella di favorire la riallocazione consensuale del controllo dell'impresa: al patto di famiglia devono prendere parte non soltanto l'imprenditore disponente e l'assegnatario dell'azienda, ma anche tutti coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione.

3. Subito dopo l'entrata in vigore della novella si è posto all'attenzione dell'interprete il problema se la disciplina del patto di famiglia, che consente la riallocazione consensuale del controllo dell'impresa, sia eccezionale, perchè deroga al divieto dei patti successori, alle regole in tema di riduzione e collazione, ecc.: problema non soltanto teorico, dato che com'è noto vige in materia di norme eccezionali il divieto di ricorrere alla interpretazione analogica. Taluni studiosi hanno risposto affermativamente, prendendo spunto dal tenore del novellato art. 458 c.c., che esordisce affermando: "fatto salvo quanto disposto dagli artt. 768-*bis* ss., è nulla ogni convenzione (...)". *Ergo*, il patto di famiglia rappresenterebbe l'eccezione al divieto dei patti successori. In contrario, deve osservarsi che il patto di famiglia non costituisce un patto successorio istitutivo, dato che: l'assegnazione dell'azienda è effettuata con riferimento al momento della stipula del patto di famiglia, e non posticipata al momento della morte dell'imprenditore disponente; l'effetto traslativo è quindi immediato, contestuale alla stipula, e non collegato all'apertura della successione. Insomma, i patti successori istitutivi sono negozi *mortis causa*, laddove il patto di famiglia è un negozio *inter vivos*. Pertanto, il patto di famiglia non rappresenta un'eccezione al divieto dei patti successori istitutivi. Il patto di famiglia non rappresenta nemmeno, nonostante una diffusa opinione, una deroga al divieto dei patti successori dispositivi o rinunciativi. Oggetto del patto successorio dispositivo o rinunciativo è il diritto che può spettare in futuro su una successione non ancora aperta, mentre oggetto del patto di famiglia è il dirit-

to attuale alla liquidazione. In realtà, la vera portata innovativa della novella non consiste in una deroga al divieto dei patti successori, bensì nella disattivazione legale dei meccanismi di tutela della riduzione e della collazione. Concludendo, non ha fondamento l'opinione di chi desume dal tenore del novellato art. 458 c.c. l'eccezionalità delle norme che disciplinano il patto di famiglia. Del pari infondata è l'opinione di chi afferma che tali norme sono eccezionali perchè derogano alle regole generali in tema di riduzione e collazione: l'esistenza di siffatto rapporto tra regola ed eccezione è tutta da dimostrare, in mancanza di ogni elemento testuale: si potrebbe ipotizzare che gli artt. 768-*bis* ss. c.c. siano norme speciali. La negazione della natura eccezionale (dell'intera disciplina) del patto di famiglia non comporta peraltro la negazione del carattere eccezionale di taluna norma che lo disciplina: l'indagine sulla natura eccezionale o regolare concerne del resto la singola norma di legge, e non l'istituto nel suo complesso. Insomma, non esiste l'istituto eccezionale, esiste la norma eccezionale.

4. Il patto di famiglia è un contratto *inter vivos*, e non *mortis causa*; è un contratto tipico; è un contratto solenne; è un contratto a titolo gratuito diverso dalla donazione; è un contratto ad effetti immediati (e da qui la fortuna dell'espressione "successione anticipata"). Al patto di famiglia debbono prendere parte, oltre al disponente ed all'assegnatario, tutti coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione; l'assegnatario deve liquidare gli altri partecipanti al contratto, e cioè pagare una somma di denaro corrispondente al valore della quota di ciascuno; la liquidazione può avvenire anche in natura, con il consenso delle parti (si pensi, ad esempio, al trasferimento di un bene immobile). La liquidazione dei legittimari non assegnatari non deve peraltro avvenire necessariamente ad opera dell'assegnatario, e cioè con beni provenienti dal patrimonio di questi: il disponente può provvedere a liquidare i legittimari non assegnatari, ad esempio in ipotesi di indisponibilità di adeguati mezzi finanziari da parte dell'assegnatario. E questa è con ogni probabilità l'ipotesi più frequente nella prassi: nella realtà delle piccole e medie imprese, l'unica "tasca profonda" è il disponente, il *pater familias*, che assegnerà ad esempio la fabbrica al figlio, e gli appartamenti alla figlia; ipotizzare che il figlio si indebiti fino al collo, ad esempio ipotecando la fabbrica per ottenere un mutuo da una banca, per liquidare la sorella, appare

francamente irrealistico. E' appena il caso di ricordare che, al fine di garantire il massimo grado di stabilità all'assetto di interessi realizzato con il patto di famiglia, l'art. 768-*quater*, comma 4, c.c. dispone che quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto nè a collazione nè a riduzione.

5. Il patto di famiglia è un contratto, e come tale è disciplinato dalle norme del codice civile sui contratti in generale: singolarmente, l'art. 768 *quinquies* c.c. ha cura di precisare che il patto di famiglia può essere impugnato per errore, violenza e dolo, e prevede che l'azione di annullamento si prescrive nel termine di un anno, e non nell'ordinario termine di cinque anni. Il termine breve di un anno decorre peraltro non dalla conclusione del patto di famiglia, ma dal giorno in cui è stato scoperto l'errore o il dolo o è cessata la violenza. Null'altro aggiunge la novella per ciò che concerne i vizi del consenso: resta così priva di specifica disciplina l'ipotesi forse più discussa nel corso dei lavori preparatori, sulla quale avevano richiamato l'attenzione del legislatore le categorie professionali interessate. Si tratta dell'errore sul valore dell'azienda assegnata (o sul valore del bene in caso di liquidazione in natura): errore come tale irrilevante, secondo i principi che governano il diritto contrattuale. Si è suggerito allora, per prevenire l'insorgere di controversie, di far eseguire una relazione di stima dei beni oggetto del patto di famiglia da un esperto, da un perito iscritto ad un albo, nominato dalle parti o, meglio, da un terzo imparziale, e di allegare al patto di famiglia tale relazione, quale sua parte integrante e sostanziale.

6. Al patto di famiglia debbono partecipare, a pena di nullità dello stesso, non soltanto il disponente, ma anche coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione, come più volte si è ricordato. Il legittimario sopravvenuto (ad esempio, il figlio nato dopo la conclusione del patto di famiglia, che non ha potuto, ovviamente, partecipare alla stipula del patto stesso) può chiedere il pagamento della somma corrispondente al valore della sua quota, maggiorata degli interessi legali, ai beneficiari del contratto (e dibattuta è l'individuazione della categoria dei beneficiari). Insomma, il legittimario che sopravviene alla conclusione del patto di famiglia ha diritto di ottenere la medesima somma che gli sarebbe spettata ove fosse stato parte del patto di famiglia, maggiorata degli interessi legali. Singolarmente, l'art. 768-*sexies*, comma 2, c.c. prevede che il mancato pagamento di tale somma

costituisce motivo di impugnazione del patto di famiglia per errore, violenza e dolo, e non causa di risoluzione del patto per inadempimento di un obbligo *ex lege*: insomma, si estende ad un terzo estraneo al contratto la legittimazione all'annullamento del contratto stesso, e si consente il rimedio dell'annullamento per eventi successivi al momento della formazione del contratto. Resta poi aperto il problema se il legittimario sopravvenuto debba sottostare alla inesatta determinazione del valore effettuata nel patto di famiglia, o invece possa svincolarsene. Sembra che al legittimario sopravvenuto spetti la somma corrispondente al valore venale della sua quota: con la conseguenza che egli, ove non reputi corretta la fissazione del valore operata nel patto di famiglia, può rivolgersi all'autorità giudiziaria, onde ottenere l'esatta determinazione del valore stesso.

7. L'art. 768-*octies* c.c. prevede che le controversie in tema di patto di famiglia sono soggette ad un tentativo di conciliazione preventivo ed obbligatorio: la conciliazione stragiudiziale entra così, per la prima volta, nel codice civile. Peraltro, il legislatore trascura di indicare quale sanzione derivi dal mancato esperimento del tentativo: e la sanzione dell'improcedibilità o dell'improponibilità non può essere desunta in via interpretativa dalla semplice proclamazione del carattere obbligatorio del tentativo. Ne consegue che il tentativo è soltanto apparentemente obbligatorio: il mancato esperimento può comportare conseguenze di natura sostanziale (risarcimento del danno), ma non di natura processuale. In assenza di una presa di posizione del legislatore sulle conseguenze processuali del mancato esperimento del tentativo, l'art. 768-*octies* c.c. è destinato a restare sostanzialmente inattuato. Del resto, è noto che non si deflaziona il contenzioso civile, e non si promuove la conciliazione, rendendo obbligatorio il tentativo: mette il carro davanti ai buoi chi vorrebbe deflazionare l'amministrazione della giustizia indirizzando il più possibile i litiganti verso la conciliazione, laddove è l'efficienza della tutela giudiziale che rappresenta il maggiore incentivo all'utilizzazione della conciliazione.

Prof. Enrico Minervini

NOTE

1) Lo scritto riproduce, con qualche modifica ed ampliamento, la relazione svolta a Benevento il 24 marzo 2007 nell'ambito del convegno su "Il patto di famiglia". È destinato agli Studi in onore di Davide Messinetti.

Natura, struttura ed effetti del patto di famiglia

Data l'esiguità del tempo che mi è concesso specie in rapporto alla complessità delle problematiche sottese agli argomenti affidatimi in questa sede cercherò di procedere con estrema sintesi rinviando al testo del libro per ogni ulteriore approfondimento delle cose che dirò, cercando, tuttavia, ciò nonostante di porre in debita evidenza le principali questioni che si dibattono - ancorché per ora solo in dottrina - con riferimento al Patto di Famiglia.

Orbene, cominciamo col premettere che ai fini dell'esatta configurazione del nuovo istituto non bisogna farsi fuorviare dalla Rubrica dell'art. 768 *bis* c.c. intitolata "Nozione" che, proprio per questo, potrebbe ingenerare l'equivoco che in esso siano contenuti i caratteri tipizzanti del patto di famiglia.

In realtà va sottolineato che l'articolo citato non può essere letto in modo avulso dal resto della normativa introdotta con la novella e in particolare dai fondamentali successivi articoli 768 *quater* e *sexies* c.c.

In alte parole i caratteri tipizzanti del Patto di Famiglia risiedono in questo coacervo normativo composto dagli artt. 768 *bis*, *quater* e *sexies*.

Procediamo pertanto con l'analisi del dettato normativo contenuto nei citati articoli.

Ai sensi dell'art. 768 *bis* c.c.

E' patto di famiglia il nuovo contratto tipico a forma solenne con il quale un imprenditore trasferisce, con effetto immediato, senza ricevere alcun corrispettivo, in tutto o in parte, la propria azienda e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, con effetto immediato, senza ricevere alcun corrispettivo, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti (che d'ora in poi convenzionalmente si denomineranno per comodità d'esposizione **assegnatario o assegnatari**).

Ai sensi dell'art. 768 *quater* c.c.

Tuttavia, se alla data della conclusione del contratto di patto di famiglia, vi siano, nella compagine familiare dell'imprenditore e/o del titolare di partecipazioni societarie (che d'ora in poi convenzionalmente si denomineranno per comodità d'esposizione **disponente**), persone fisiche che, ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio di costui, sarebbero suoi legittimari, costoro (che d'ora in poi convenzionalmente si denomineranno per comodità d'esposizione **legittimari non assegnatari**) devono partecipare al contratto.

In tale ultimo caso, **gli assegnatari** devono liquidare **i legittimari non assegnatari**, salva la facoltà per questi ultimi di rinunziarvi, in tutto o in parte, con il pagamento di una somma di danaro il cui ammontare è determinato dall'applicazione al valore del bene trasferito all'assegnatario - siccome convenuto dai contraenti - delle percentuali matematiche proporzionali di cui alle quote indicate negli artt. 536 ss. c.c. a seconda del concreto concorso tra legittimari; in punto di liquidazione, i contraenti possono convenire altresì che la stessa avvenga, in tutto o in parte, in natura o, ancora, che la stessa venga effettuata direttamente dal disponente contestualmente ovvero con un successivo contratto purché ad esso dichiarato espressamente collegato.

In ogni caso, invece, tutte le assegnazioni oggetto del patto di famiglia, nel momento in cui si aprirà la successione del disponente, non potranno più essere sottoposte, e in via assoluta, né ad azione di riduzione né all'obbligo di collazione da nessuno, **E**

Ai sensi dell'art. 768 *sexies* c.c.

nemmeno dagli eventuali nuovi **legittimari** nel frattempo **sopravvenuti**: quest'ultimi potranno soltanto chiedere ai beneficiari del contratto il pagamento della somma prevista dall'art. 768-*quater* comma 2 c.c. aumentata degli interessi legali.

Orbene, dalla lettura del combinato disposto dei citati articoli emerge con tutta chiarezza una prima indicazione ossia l'esistenza di due diverse ipotesi di patto di famiglia a seconda che, al momento della sua conclusione, vi siano o no **legittimari (non assegnatari**) del disponente.

La prima ipotesi - che convenzionalmente si potrebbe definire **patto di famiglia semplice** - è desumibile dal combinato disposto degli art. 768-*bis* e 768-*quater* comma 1 c.c. *a contrario* e ricorre quando, oltre all'assegnatario ed al disponente, non siano presenti, nella compagine familiare di quest'ultimo, soggetti qualificabili come legittimari.

La seconda ipotesi - che si potrebbe convenzionalmente definire **patto di famiglia complesso** - è desumibile dal combinato disposto degli artt. 768-*bis* e 768-*quater* c.c. e ricorre quando, oltre all'assegnatario ed al disponente, vi sia nella compagine familiare di quest'ultimo almeno un legittimario.

Per entrambe le ipotesi poi troverà applicazione il disposto dell'art. 768 *sexies* comma 1° c.c.

Alla luce di ciò si può fondatamente ritenere che il patto di famiglia integri un *genus* cui appartengono, per l'appunto, due diverse *species*, ossia quella semplice e quella complessa, ciascuna dotata però come vedremo di sue specifiche peculiarità:

- la prima *species* integrante uno schema negoziale traslativo più semplice a struttura essenzialmente bilaterale
- la seconda *species* integrante uno schema negoziale non meramente traslativo ma avente le caratteristiche di un vero e proprio procedimento, e, quindi, più complesso, con struttura necessariamente tri o plurilaterale.

Entrambe tuttavia sono pur sempre riconducibili al *genus* patto di famiglia che pertanto nella sua essenza si presenta come nuovo strumento negoziale tipico con il quale si tende a realizzare una definitiva sistemazione endofamiliare di uno specifico bene.

Sul punto è opportuno ricordare difatti che il legislatore della novella ha espressamente sottolineato nella Relazione al progetto di legge che con essa si è cercato di conciliare il diritto dei legittimari con l'esigenza dell'imprenditore che intende garantire alla propria azienda (o alla propria partecipazione societaria) una successione non aleatoria a favore di uno o più dei propri discendenti, prevedendo, da una parte, la liceità di accordi in tal senso e, dall'altra, la predisposizione di strumenti di tutela dei legittimari che siano esclusi dalla proprietà dell'azienda stessa.

Quindi le caratteristiche tipizzanti il *genus* Patto di Famiglia possono indicarsi:

1) nella **SPECIFICITÀ** e, segnatamente nella specificità da un lato del bene che ne è oggetto e dall'altro del soggetto disponente;
2) nella **ENDOFAMILIARITÀ**
3) nella **DEFINITIVITÀ**

SPECIFICITÀ

Cominciando da quest'ultima, qui giova soltanto sottolineare per il momento che la legge limita l'oggetto del patto di famiglia all'azienda ed alle partecipazioni societarie in considerazione della loro intrinseca natura di beni produttivi.

Quindi, non qualsiasi bene del disponente ne può essere oggetto, ma solo quei beni specifici predeterminati dal legislatore.

Sul punto, tuttavia, si rinvia per l'ulteriore approfondimento a quanto dirà il Prof. Verdicchio nel successivo intervento, così come si rinvia a questi per l'esatta configurazione della particolare qualifica soggettiva che deve ricoprire il disponente o, in altre parole, per cosa debba intendersi per imprenditore e/o titolare di partecipazioni societarie.

Collegata alla specificità del soggetto **disponente** vi è un'analoga specificità anche con riguardo al soggetto **assegnatario.**

Questa osservazione introduce l'esame dell'altra caratteristica tipizzante il *genus* patto di famiglia ossia la sua necessaria ENDOFAMILIARITÀ

ENDOFAMILIARITÀ

Difatti, se il **disponente** può essere solo un'imprenditore e/o un titolare di partecipazioni societarie ed oggetto del patto di famiglia possono essere solo un'azienda e/o delle quote societarie, l'ulteriore caratteristica tipizzante del contratto in esame è data dalla sua necessaria ed ineliminabile endofamiliarità.

Un'endofamiliarità per giunta speciale giacché il trasferimento dell'azien-

da e/o delle partecipazioni societarie può essere effettuato solo in favore dei **discendenti** del disponente e non di altri.

Non il coniuge, non i fratelli o le sorelle, non i genitori, ma solo i discendenti.

Quindi l'imprenditore e/o il titolare di partecipazioni societarie che non abbia discendenti non può ricorrere al patto di famiglia.

Se vuole trasferire al proprio coniuge o ai propri collaterali o ai propri ascendenti l'azienda o le quote societarie dovrà ricorrere ad altri strumenti che, ovviamente, non usufruiranno dei vantaggiosi effetti previsti dalla nuova normativa e, segnatamente, dell'esenzione da collazione e riduzione.

Al fine di individuare chi siano in concreto i possibili assegnatari occorre fare riferimento all'art. 75 c.c. che indica chi siano i discendenti ossia quelle persone di cui l'una discende dall'altra anche se non in rapporto di immediatezza.

Assegnatari, pertanto, possono essere sia i **figli del disponente** sia **i suoi nipoti *ex filio* o *ex filia***, ancorché quest'ultimi siano al momento della conclusione del contratto ancora in vita.

Difatti, il termine generico discendenti può far ritenere che gli assegnatari non debbano necessariamente essere anche legittimari.

Non v'è dubbio, inoltre, che il discendente che può essere assegnatario sia tanto quello **legittimo** quanto quello **naturale**.

Quest'ultimo, tuttavia, deve essere stato per lo meno **riconosciuto**,

NO:

A) il discendente naturale **soltanto riconoscibile ma non ancora riconosciuto**,

B) il **discendente non riconoscibile.**

SI:

Viceversa, in virtù dell'equiparazione ai figli legittimi dei **figli legittimati** e dei **figli adottivi** (v. art. 536 comma 2 c.c. e 567 comma 1 c.c.), anche quest'ultimi si deve ritenere che possano essere assegnatari sebbene, a stretto rigore, nel caso dei figli adottivi costoro non parrebbero rientrare *stricto sensu* nella locuzione normativa "persone di cui l'una discende dall'altra".

Per di più, v'è da ritenere che assegnatario possa essere anche **un incapace** (minore di età, interdetto, inabilitato), nel qual caso soccorreranno le normali regole dettate in materia dagli istituti a tutela degli incapaci.

Notevoli perplessità ha destato, invece, l'esclusione del **coniuge del disponente** dal novero degli assegnatari.

Sul punto, si è rilevato come la scelta legislativa appaia in netto contrasto con lo spirito della legge di riforma del diritto di famiglia del 1975, quasi una sorta di ritorno al passato del tutto ingiustificato.

Le ragioni di tale esclusione risiederebbero nel fatto che la riforma perseguirebbe l'unico scopo di favorire il passaggio generazionale dell'azienda, per cui, coerentemente, il contratto non potrebbe prevedere il coniuge come beneficiario giacché quest'ultimo, se è tale al momento della conclusione del patto di famiglia, potrebbe non necessariamente coincidere con chi lo è al momento dell'apertura della successione.

Il tutto in evidente spregio dei principi sanciti dall'art. 29 della Costituzione e dalla Riforma del Diritto di famiglia del 1975.

DEFINITIVITÀ

Infine veniamo a quella che costituisce senz'ombra di dubbio la caratteristica tipizzante fondamentale del patto di famiglia ossia la definitività.

Essa rappresenta sicuramente il nucleo centrale dell'intera disciplina, che altrimenti non differirebbe da una normale attribuzione patrimoniale, seppur in favore solo di determinati soggetti ed avente ad oggetto solo determinati beni.

La definitività riguarda il trasferimento dell'azienda e/o delle partecipazioni societarie in capo all'assegnatario con specifico riferimento alla successiva vicenda successoria del disponente.

Essa viene realizzata dal legislatore attraverso la totale disattivazione di quei meccanismi di tutela dei diritti, sia dei coeredi che dei legittimari, in cui si sostanziano, rispettivamente, l'obbligo della collazione e l'azione di riduzione e, più precisamente, attraverso l'esclusione *ex lege* dell'attribu-

zione in favore dell'assegnatario dalla categoria del *donatum*, rilevante ai sensi degli artt. 556 e 737 comma 1 c.c.

La definitività è concepita dal legislatore come **un effetto legale**, che discende dalla conclusione del patto di famiglia, ancorché la particolare esenzione *ex lege* da collazione e da riduzione sia destinata ad operare soltanto al momento dell'apertura della successione del disponente e non solo riguardo ai soggetti partecipanti al patto di famiglia, ma anche relativamente ai coeredi e/o legittimari nuovi sopravvenuti alla conclusione del contratto, e che tali siano all'apertura della successione.

I diritti di questi ultimi, difatti, vengono presi in considerazione dall'art. 768-*sexies* comma 1 c.c..

Per cui la definitività appare delinearsi, in punto di disciplina positiva, dal combinato disposto degli art. 768-*quater* comma 4 c.c. e 768-*sexies* comma 1 c.c.

Prima di affrontare l'esame delle due *species* di patto di famiglia sopra evidenziate è opportuno completare, seppur brevemente, il discorso sul *genus* patto di famiglia ricordando quelli che, ad oggi, anche alla luce dei primi commenti, appaiono essere dei punti fermi.

1) In particolare, non è revocabile in dubbio che il patto di famiglia **è un contratto** - e qui non per interpretazione dottrinaria, bensì - per espressa indicazione del dato normativo (art. 768-*bis* c.c.), dal che ne discende l'applicabilità della normativa generale in tema di contratto (art. 1321 e ss. c.c.) ove compatibile e ove non derogata dalla novella (v. ad es. art. 768-*quinquies* c.c.).

2) Un **contratto** sicuramente **a forma solenne**, giusta il chiaro disposto di cui all'art. 768-*ter* c.c. che richiede, a pena di nullità, che lo stesso venga concluso per atto pubblico e non, ad esempio, con semplice scrittura privata ancorché autenticata.

3) Un **contratto** sicuramente **nominato**, giacché espressamente disciplinato dal legislatore: se poi si tratti di un nuovo contratto tipico - come si ritiene - o di fattispecie sussumibile in altra già nota all'ordinamento italiano si vedrà nel prosieguo dell'indagine, poiché la soluzione al quesito presuppone che si esaminino da vicino le due *species*.

4) Si tratta di un **contratto consensuale**, **ad effetti traslativi immediati** che produce immediatamente l'effetto traslativo dei diritti relativi all'azienda e/o alle partecipazioni societarie, giacchè la locuzione trasferisce e, segnatamente, la coniugazione al presente del verbo trasferire – per giunta ripetuta per ben due volte - non può che deporre per l'attualità dello spoglio da parte del disponente e, quindi, non può dare luogo ad alcun dubbio interpretativo.

5) Dal che si deve trarre l'ulteriore conclusione che si tratti di un **contratto *inter vivos***, e non *mortis causa*, giacché l'attualità dello spoglio non consente di individuare in esso un atto volto a disciplinare rapporti e situazioni che vengono a formarsi, in via originaria, con la morte del soggetto o che dalla sua morte traggono comunque una loro autonoma qualificazione, secondo una notissima definizione dogmatica oramai patrimonio acquisito della dottrina civilistica.

6) Il patto di famiglia è poi sicuramente - quanto meno per il disponente – **un atto a titolo gratuito** con caratteristiche proprie della (causa di) liberalità.

Difatti, il disponente non riceve alcunché in corrispettivo di quanto ha, invece, trasferito (anche) con l'indubbio scopo o, *rectius*, effetto di arricchire il (patrimonio del) beneficiario; un'arricchimento che viene a realizzarsi, nel patrimonio del beneficiario, per la parte per la quale costui non deve procedere a liquidare: a) i legittimari non assegnatari, nel caso di patto di famiglia complesso, o b) i legittimari sopravvenuti in tal ultimo caso e c) in quello c.d. semplice. Se poi si tratti di liberalità donativa ovvero, come si ritiene, di una nuova ipotesi tipica *sui generis* di liberalità diversa dalla donazione ciò si vedrà nel prosieguo dell'indagine, poiché la soluzione al quesito presuppone che si esaminino da vicino le due *species*.

7) Infine, il **contratto** è **irrevocabile**, ancorché **risolubile e modificabile**: può essere sciolto o modificato solo dalle medesime persone che lo hanno concluso attraverso a) un diverso contratto che abbia le medesime caratteristiche e i medesimi presupposti del patto di famiglia oppure b) mediante recesso, se è stato espressamente previsto nel contratto stesso, da esercitarsi con dichiarazione agli altri contraenti.

Quanto al problema dell'individuazione della reale **natura giuridica**

del Patto di Famiglia data l'animosità del dibattito sul punto in dottrina nonché la contrapposizione netta delle varie ricostruzioni teoriche mi sembra più opportuno trattarne in conclusione dopo aver preliminarmente tracciato le caratteristiche peculiari delle due *species* di Patto di Famiglia giacché in tal modo apparirà più chiara l'opzione interpretativa qui prescelta.

PATTO DI FAMIGLIA SEMPLICE

Cominciamo dal PATTO DI FAMIGLIA SEMPLICE.

La configurabilità giuridica e, quindi l'ammissibilità nonché la validità del patto di famiglia che convenzionalmente si è definito come semplice si desume - lo si è detto - sotto il profilo del dato normativo, dal combinato disposto degli artt. 768-*bis* c.c. e 768-*quater* comma 1 c.c., e, più specificamente, dalla lettura *a contrario* di quest'ultimo.

Difatti, il comma in questione, disciplinando espressamente la sola ipotesi in cui al momento della conclusione del patto di famiglia siano esistenti in vita coniuge e/o altri legittimari del disponente che siano tali ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio di costui, prevedendone, come meglio si dirà oltre, la necessaria partecipazione allo stesso, consente di poter ragionevolmente affermare, (proprio) dalla sua lettura *a contrario*, che sia legittimamente configurabile la diversa ipotesi in cui, non essendovi in quel dato momento storico i soggetti suindicati, si possa, ciò nonostante, procedere alla conclusione di un patto di famiglia.

Quindi il patto di famiglia semplice ricorre quando, nel momento temporale della conclusione del patto di famiglia, oltre al disponente e al o ai beneficiari, non vi siano né coniuge né altri legittimari del primo ove si aprisse in quel momento la successione nel patrimonio di costui.

L'ipotesi testé delineata non è semplicemente scolastica, né costituisce il risultato di una esercitazione ermeneutica fine a se stessa.

Difatti, si pensi alle seguenti fattispecie che in concreto possono presentarsi: il genitore disponente non coniugato che voglia trasferire l'azienda e/o le partecipazioni societarie al suo unico figlio o, ancora, il nonno disponente non coniugato che voglia trasferire quanto sopra all'unico nipote dell'unico figlio premorto.

E' pur vero che di primo acchito verrebbe da obiettare che, in tali casi, sia inutile dover ricorrere ad un patto di famiglia, giacché identico risultato sembrerebbe potersi raggiungere più semplicemente attraverso il ricorso al normale schema negoziale della donazione di azienda e/o di quote societarie.

In realtà, nei casi indicati l'utilità di ricorrere alla stipula di un patto di famiglia è da rinvenire nella possibilità di beneficiare, per il trasferimento dell'azienda e delle partecipazioni societarie, della vantaggiosa disciplina in oggetto e, segnatamente, di quanto disposto dall'art. 768-*quater* ultimo comma c.c. e dall'art. 768-*sexies* comma 1 c.c., soprattutto - se non esclusivamente - per l'ipotesi in cui, successivamente alla conclusione del contratto stesso, sopravvengano coniuge e/o legittimari del disponente come nel caso in cui, ad esempio, costui contragga successivamente matrimonio ovvero abbia altri figli.

Difatti, in tal caso, l'attribuzione a titolo liberale effettuata dal disponente in favore dell'assegnatario potrà godere dell'effetto previsto dall'art. 768-*quater*, ultimo comma, c.c., ossia non sarà assoggettabile ad azione di riduzione e/o a collazione al momento dell'apertura della successione del disponente.

E al coniuge e/o ai legittimari sopravvenuti alla conclusione del patto di famiglia, che tali siano al momento dell'apertura della successione del disponente, competerà il solo diritto di credito al pagamento di una somma di danaro siccome previsto e disciplinato dall'art. 768-*sexies* comma 1 c.c. essendo privati *ex lege* - in virtù del combinato disposto della norma da ultimo citata e dell'art. 768-*quater* ultimo comma c.c. - del diritto di agire in riduzione e/o di ottenere la collazione relativamente ai beni oggetto del patto di famiglia.

Sotto il profilo strutturale è un contratto a struttura bilaterale, in quanto lo stesso viene concluso esclusivamente tra due soggetti (o parti soggettive) ovverosia, da un lato, il disponente, e, dall'altro, l'assegnatario o gli assegnatari, siccome previsto testualmente proprio dall'art. 768-*bis* c.c.

Sotto il profilo funzionale e quello della sua natura giuridica non appare revocabile in dubbio che il patto di famiglia semplice integri un'attribuzione a titolo liberale ancorché dotata di sue specifiche peculiarità giacché:

a) interviene solo tra (pre)determinati soggetti aventi specifiche qualifiche soggettive individuate dal legislatore;
b) ha ad oggetto solo (pre)determinati beni aventi specifiche qualità oggettive sempre individuate dal legislatore;
c) non è soggetta *ex lege* né a riduzione né a collazione *ex* art. 768-*quater* ultimo comma c.c.;
d) è gravata solo dall'obbligo – per giunta (solo) eventuale - a carico dell'assegnatario di liquidare gli eventuali legittimari sopravvenuti al momento dell'apertura della successione.

E' sicuramente una (nuova) tipica liberalità diversa dalla donazione (o non donativa) definita legislativamente patto di famiglia.

E' chiaro che nell'ipotesi in esame è forte la tentazione di procedere alla sussunzione della stessa nello schema donativo ancorché modale.

Ciò tuttavia snaturerebbe la reale portata innovativa del nuovo istituto, del quale non è caratteristica tipizzante (lo scopo del) l'arricchimento *tout court* del beneficiario (o *animus donandi*), bensì quello di assicurare la preservazione del bene impresa attraverso una sua definitiva e stabile sistemazione endofamiliare.

Per di più, la natura modale sarebbe smentita anche dalla considerazione che qui l'obbligo di liquidare i legittimari sopravvenuti deriverebbe dalla legge, e non da un atto di autonomia privata nel quale dovrebbe sostanziarsi l'elemento accidentale *modus* che, per tale via, sarebbe non più tale ma addirittura essenziale.

Non di meno, se si volesse ragionare in termini di donazione, si dovrebbe rilevare - e il discorso che segue vale non solo per quello semplice ma, come si vedrà, anche per quello complesso - che il patto di famiglia sarebbe, in realtà, una donazione del tutto *sui generis*, e che di questa in definitiva non avrebbe quasi più nulla (se non alcuni residuali caratteri di assonanza) perché:

a) non sarebbe revocabile, sicuramente, per sopravvenienza di figli, giusta quanto disposto dall'art. 768-*sexies* c.c., né, presumibilmente, per ingratitudine, in virtù di quanto stabilito dagli artt. 768-*quinquies* e *septies* c.c.;
b) non sarebbe soggetta all'obbligo della presenza di due testimoni all'atto data l'inapplicabilità dell'art. 48 della L. 16 febbraio 1913 n. 89;

c) non sarebbe soggetta a riduzione né a collazione per espressa disposizione di legge (art. 768-*quater* ultimo comma c.c.);
d) non sarebbe disciplinata dall'art. 782 c.c. sussistendo (e, quindi, prevalendo) la norma contenuta nell'art. 768-*ter* c.c.;
e) non sarebbe impugnabile *ex* artt. 787-789 c.c., giusta quanto sancito negli artt. 768-*quinquies*, *sexies* comma 2 e *septies* c.c.;
f) non si applicherebbero, infine, gli artt. 790-799 c.c. in virtù dell'operatività delle (differenti) prescrizioni contenute negli artt. 768-*quinquies* e *septies* c.c.

Occorre, pertanto, cominciare a ragionare in modo diverso, ossia ritenere che l'attribuzione da un imprenditore e/o titolare di partecipazioni societarie ad uno o più discendenti dell'azienda e/o delle partecipazioni societarie ai sensi degli art. 768-*bis* ss. c.c. ha il *nomen iuris* di patto di famiglia e non è una donazione di azienda e/o di partecipazioni societarie qualificata sotto il profilo soggettivo e della disciplina. È pur sempre un atto di liberalità, ma non è una donazione: è, *repetita iuvant*, una nuova ipotesi tipica di atto di liberalità funzionale alla preservazione del bene impresa.

In punto di disciplina, occorre rilevare che nel patto di famiglia semplice si deve ritenere che la predeterminazione del valore dei cespiti con esso trasferiti rivesta, ai fini della sua validità, un'importanza fondamentale: che sia, in altre parole, un suo elemento essenziale in virtù proprio dell'incidenza che lo stesso va ad esercitare, ai sensi dell'art. 768-*sexies* c.c., sui diritti dei legittimari sopravvenuti al momento dell'apertura della successione del disponente, costituendo il valore la base di calcolo per la loro liquidazione.

E, in tal caso, la predeterminazione del valore dei cespiti trasferiti con il contratto dovrebbe essere effettuata in modo più rigoroso, rispetto al sistema di determinazione del valore che si desume dalla disciplina dell'art. 768-*quater* c.c. ove, al comma 2, non è addirittura detto nulla relativamente alle modalità di determinazione del valore, mentre, al successivo comma, si prevede solo che l'attribuzione di un valore possa essere rimessa *tout court* alla determinazione dei contraenti, dal che si è tratta la (avventata) conclusione che questa sia rimessa, in buona sostanza, alla mera discrezionalità delle parti.

Ma, se nel caso di cui all'art. 768-*quater* c.c., vi è il costituirsi di un contraddittorio tra le parti - tra cui vi sono i legittimari interessati alla liquidazione delle loro quote i quali potranno difendere i loro diritti contro eventuali sottovalutazioni dei cespiti da trasferire - nel caso in esame, invece, tale contraddittorio non vi è, per cui si correrebbe il rischio che disponente e assegnatario si accordino per attribuire ai cespiti in questione un valore irrisorio, che potrebbe successivamente risultare lesivo dei diritti dei legittimari sopravvenuti i quali avrebbero diritto di proporre l'impugnazione del contratto ai sensi dell'art. 768-*sexies* comma 2 c.c.

Pertanto, potrebbe apparire quanto mai opportuno che la valutazione (o stima) non sia lasciata nella discrezionale disponibilità dei contraenti, ma venga determinata da un soggetto *super partes*, al fine di tutelare i diritti di quei particolari creditori che sono i legittimari sopravvenuti.

In tal caso, la soluzione auspicabile potrebbe essere quella di prevedere una valutazione peritale con la predisposizione di una relazione di stima - da allegare al contratto quale sua parte integrante e sostanziale e, quindi, a futura memoria - redatta da parte di un esperto, un perito iscritto ad apposito albo (es. revisore dei conti, società di revisione) nominato dalle parti o, ancora meglio, da una terza persona o da un organo giudiziario così come accade, ad esempio, nel caso disciplinato dall'art. 2343 c.c.

Infine, per quanto riguarda la disciplina generale del patto di famiglia, vi è da ritenere che alla fattispecie semplice si applichino tutte le norme in essa contenute con l'eccezione - perché con essa incompatibili – del solo art. 768-*quater* c.c.: a) comma 1; b) comma 2, tranne la parte che prevede le modalità di liquidazione giacché richiamate anche dall'art. 768-*sexies* comma 1 c.c.; c) comma 3.

PATTO DI FAMIGLIA COMPLESSO

Passando all'esame del patto di famiglia complesso va rilevato – come s'è detto – che esso è disciplinato dal combinato disposto degli artt. 768-*bis* e 768-*quater* c.c. e ricorre quando, al momento della conclusione del patto di famiglia, oltre all'assegnatario ed al disponente, vi sia nella com-

pagine familiare di quest'ultimo almeno un legittimario, ancorché si tratti del solo coniuge.

In tal caso, il legislatore della riforma ha previsto un articolato procedimento di conclusione del contratto al quale devono partecipare non solo ovviamente

a) il disponente e
b) l'assegnatario, ma anche
c) il coniuge e tutti coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore; costoro devono essere liquidati dall'assegnatario secondo le modalità previste dalla legge.

Quindi, oltre al trasferimento dell'azienda e/o delle partecipazioni societarie dal disponente all'assegnatario, gli altri coelementi essenziali del patto di famiglia complesso sono:

1) la necessaria partecipazione al contratto dei soggetti indicati *sub* c) (*ex* art. 768-*quater* comma 1 c.c.) e
2) la necessaria previsione della liquidazione di costoro (*ex* art. 768-*quater* comma 2 c.c.).

Quanto al primo aspetto mi corre solo l'obbligo di segnalare che è oramai del tutto predominante tra gli studiosi l'idea che la partecipazione di tutti i legittimari esistenti al momento della stipula del patto di famiglia sia necessaria a pena di nullità del contratto stesso ai sensi dell'art. 1418 c.c.: della questione e della contraria opinione, motivata in vario modo dalla dottrina, purtroppo non vi è tempo qui per occuparsene, per cui rinviamo alle pagine del libro cui si rinvia anche per l'indicazione di chi siano in concreto "i legittimari" ivi previsti in rapporto alla *fictio iuris* dell'apertura della successione del disponente al momento del contratto in oggetto.

Più interessante è a mio avviso soffermarsi sulle altre fasi di quello che abbiamo definito procedimento e nel quale si sostanzia in realtà il patto di famiglia complesso.

A tal fine occorre prendere le mosse dal comma 2° dell'art. 768 *quater* c.c. secondo comma che disciplina una delle fasi più importanti del procedimento di conclusione del patto di famiglia complesso e, segnatamente, quel coelemento essenziale costitutivo della fattispecie *de qua* a pena di nullità.

Esso stabilisce che, quando vi siano coniuge e/o legittimari non assegnatari, gli assegnatari debbano prevedere la liquidazione di costoro con il pagamento di una somma di danaro corrispondente al valore delle quote previste dagli articoli 536 ss. c.c., fatta salva però la facoltà dei primi di rinunziarvi, in tutto o in parte, ovvero, di convenirne la liquidazione in natura, anche qui in tutto o in parte.

Il richiamo ivi contenuto alla normativa in tema di diritti dei legittimari fa chiaramente intendere come ci si trovi dinanzi alla liquidazione del diritto di legittima spettante al coniuge e/o agli altri legittimari non assegnatari in sede di patto di famiglia.

È, in altre parole, la contropartita che costoro, a fronte dell'assegnazione dell'azienda e/o delle partecipazioni societarie agli ascendenti designati *ex* art. 768-*bis* c.c., devono ricevere in cambio di quanto gli competerebbe sulla stessa o, *rectius,* in sostituzione e a tacitazione dei diritti di legittima a costoro spettanti su quella fetta di patrimonio di cui l'imprenditore e/o il titolare di partecipazioni societarie sta disponendo in favore di altri, ed alla quale consegue l'esenzione di tale ultima attribuzione (ma non solo) dalla collazione e dalla riduzione *ex* art. 768-*quater* ultimo comma c.c. e, specularmente, per i legittimari non assegnatari, la perdita della possibilità di agire in riduzione o di imporre la collazione.

Il legislatore prevede e disciplina (e impone ai legittimari), pertanto, la disattivazione dei meccanismi di tutela dei diritti dei legittimari al fine di assicurare quella stabilità (non assoluta e definitiva, giusta l'art. 768-*sexies* c.c.) al patto di famiglia che è essenziale alla sua funzionalità concreta ed alla quale fa da contropartita - a tutela e soddisfazione dei diritti dei legittimari - l'attribuzione di un diritto di credito in favore di costoro.

La scelta legislativa appare caratterizzata, pertanto, dall'adozione di un sistema di conversione della tutela dei diritti dei legittimari da reale (diritto ad agire in riduzione) ad obbligatoria (diritto ad un credito), coerentemente con il passaggio da una riserva in natura (*pars bonorum*, quota di eredità) ad una riserva in valore. Una soluzione, questa, adottata per regolare anche i diritti dei legittimari sopravvenuti alla conclusione del patto di famiglia, che tali siano all'apertura della successione del disponente.

Ed in modo analogo, con riguardo alla disciplina della collazione, può

rilevarsi come la liquidazione vada ad integrare null'altro se non la contropartita prevista in cambio dell'esenzione dall'obbligo di collazione nei confronti dell'assegnazione dell'azienda e/o delle partecipazioni societarie a favore del beneficiario, in espressa deroga agli artt. 724 e 737 ss. c.c., ancorché, nell'ottica della disciplina della novella, i coeredi che rilevano ai fini della collazione sembrerebbero essere soltanto coloro che sono al contempo legittimari del disponente *ex* art. 768-*quater* comma 1 c.c.

Sulla base di tali premesse, pertanto, assume rilevanza centrale nell'economia della disciplina del patto di famiglia complesso - specie ai fini della disattivazione dei meccanismi operativi della collazione e della riduzione *ex* art. 768-*quater* ultimo comma c.c. - il procedimento di liquidazione delle quote di legittima dei legittimari non assegnatari il quale si articola, nonostante l'imprecisione sul punto del testo legislativo (liquidazione=pagamento di una somma corrispondente al valore delle quote previste dagli articoli 536 e seguenti), in una serie di necessarie fasi procedimentali che, in sintesi, possono così indicarsi:

a) determinazione del valore dell'azienda e/o delle partecipazioni societarie costituente la base del successivo calcolo;

b) determinazione delle quote percentuali o proporzionali di diritto spettanti ai legittimari;

c) applicazione alla base di calcolo di cui al punto a) delle percentuali matematiche di cui al precedente punto b);

d) determinazione concreta della c.d. quota di liquidazione o - come impropriamente recita la norma - del valore delle quote previste dagli art. 536 ss. c.c.;

e) determinazioni relative alla liquidazione della quota così individuata (la liquidazione vera e propria: pagamento, pagamento in natura, rinuncia e altre vicende del rapporto obbligatorio).

a) Il momento temporale al quale riferire i valori dei beni oggetto di valutazione è quello della conclusione del patto di famiglia, in espressa deroga al principio generale sancito dall'art. 556 c.c. secondo cui, invece, il valore dei beni ereditari, ai fini dell'esercizio dell'azione di riduzione, va sempre riferito al momento dell'apertura della successione.

Quanto alle modalità concrete in base alle quali procedere alla valutazione dell'azienda e/o delle partecipazioni societarie, la novella non dice nulla né per quanto riguarda il tipo di procedimento da adottare né con riferimento agli eventuali criteri di stima da seguire.

Ebbene, sul punto non si può fare a meno di osservare come appaia del tutto sconcertante che il legislatore non abbia provveduto a disciplinare analiticamente il procedimento e i criteri di valutazione in una fattispecie che va ad incidere fortemente su di una materia così delicata come è quella dei diritti successori dei legittimari, che i repertori giurisprudenziali indicano come ad alto tasso di litigiosità.

L'unico riferimento è quello contenuto nella prima proposizione del comma 3 dell'art. 768-*quater* c.c., il quale rimanda ad una valutazione *sic et simpliciter* convenzionale quando si riferisce ad un valore attribuito in contratto, sebbene tale norma sia dettata con esclusivo riferimento all'ipotesi ivi considerata dei beni assegnati con lo stesso contratto agli altri partecipanti non assegnatari.

Da ciò si potrebbe trarre la conclusione che, non avendo il legislatore stabilito alcuna regola specifica sul punto, il tutto sarebbe rimesso interamente alle libere determinazioni dell'autonomia negoziale delle parti.

Se è pur vero che a tal fine potrebbe tornare utile l'utilizzo del criterio dell'effettivo valore venale dei singoli beni previsto sia dall'art. 726 comma 1 c.c. che dall'art. 556 c.c. – quest'ultimo nella parte in cui richiama il valore determinato in base alle regole dettate negli articoli da 747 a 750 c.c. - è altresì vero che le parti non sono vincolate dalla legge a dover seguire alcun determinato procedimento, né ad adottare predeterminati criteri specifici.

Tuttavia, un approccio più prudente - ed è forse qui che si rivela utile quell'adeguata attività interpretativa in funzione suppletiva dell'operatore del diritto richiesta dal legislatore della riforma per introdurre alcuni correttivi tecnici alla disciplina sul punto del tutto carente - suggerisce di procedere alla predisposizione di una valutazione che appaia oggettivamente plausibile, e che regga a distanza di tempo, giacché non va dimenticato che la valutazione determinata ai sensi dell'art. 768-*quater* c.c. assume una sua pregnante rilevanza, non solo ai fini di cui alla norma citata,

ma anche e soprattutto con riguardo all'ipotesi disciplinata dall'art. 768-*sexies* comma 1 c.c., che ad essa fa esplicito riferimento. Il che consentirebbe di evitare le liti (tra gli originari partecipanti al contratto *ex* art. 768-*quinquies* c.c.), incluse quelle che potrebbero sorgere al momento dell'apertura della successione con i legittimari sopravvenuti *ex* art. 768-*sexies* comma 2 c.c.

A tal fine, oltre il citato criterio del reale valore venale dei beni, potrebbe, ad esempio, essere utile indicare in contratto quali siano i criteri oggettivi seguiti nella valutazione dei beni in oggetto.

In quest'ottica, tuttavia, sarebbe in ogni caso auspicabile che la valutazione (o stima) non venga lasciata nella discrezionale disponibilità dei contraenti ma venga, piuttosto, determinata da un soggetto *super partes*. Si potrebbe, quindi, pensare di suggerire una valutazione peritale con la predisposizione di una relazione di stima, da allegare al contratto quale sua parte integrante e sostanziale, redatta da parte di un esperto, un perito iscritto ad apposito albo (es. revisore dei conti, società di revisione) nominato dalle parti o, ancora meglio, da una terza persona o da un organo giudiziario, siccome accade, ad esempio, nel caso disciplinato dall'art. 2343 c.c.

In tal modo il rischio di impugnazione della valutazione sarebbe residuale, consentendosi al patto di famiglia di conseguire quella certezza che è funzionale alla sua stessa essenza.

b) Per determinare le quote percentuali spettanti ai legittimari occorre preliminarmente individuare l'esatto numero dei legittimari da prendere in considerazione nel singolo caso concreto: a tal fine soccorre il dettato dell'art. 768-*quater* comma 1 c.c., che individua costoro nel coniuge e nei legittimari che sarebbero tali ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore e/o del titolare delle partecipazioni societarie.

Ai fini di tale calcolo si deve ritenere che vada ricompreso anche il discendente assegnatario che sia al contempo legittimario del disponente (ad es. il figlio di costui), mentre, viceversa, si deve supporre che, ove il discendente non sia anche legittimario diretto del disponente (ad es. un nipote, figlio del figlio vivente), di costui non debba tenersi conto nel calcolo in questione.

Inoltre, in questa fase del procedimento non può assumere rilevanza alcuna l'eventualità che uno dei legittimari rinunzi *ex* art. 768-*quater* comma 2 c.c. alla quota di liquidazione, giacché la stessa può avvenire, come si evince dalla citata norma, solo dopo che si sia determinata in concreto la quota di liquidazione: il legittimario, difatti, può rinunziare solo alla propria quota di liquidazione, ma così come già determinata, per cui la rinunzia stessa rileva soltanto *ex post*, e non può incidere in alcun modo su questa fase necessaria del procedimento di liquidazione in cui, per il momento, continuerà a far numero ai fini del calcolo.

Dal tenore letterale dell'art. 768-*quater* comma 2 c.c. appare chiaro, pertanto, che la costituzione del diritto di credito alla liquidazione in favore dei legittimari non assegnatari costituisce un momento ineliminabile del complesso procedimento ivi previsto.

Orbene, una volta individuato l'esatto numero dei legittimari che devono essere presi in considerazione, si procederà ad esaminare quale sia, tra le ipotesi di concorso previste espressamente dagli artt. 537-548 c.c., quella applicabile al singolo caso concreto; dopo di che, sulla base della norma prescelta, si procederà a determinare definitivamente quali siano le quote proporzionali o percentuali di diritto che spettano a ciascun legittimario; conseguenzialmente a ciò, si sarà individuata anche la quota disponibile.

c) Questa ulteriore fase del procedimento è quella sicuramente più elementare giacché si tratta di una mera operazione matematica, anche se la stessa appare, ciò nonostante, essenziale nell'economia della disciplina del patto di famiglia. Infatti, essa gode di una sua autonomia funzionale rispetto a quella successiva poiché, come si vedrà, la determinazione concreta della c.d. quota di liquidazione potrebbe non coincidere con il risultato del calcolo matematico di cui sopra, ben potendo le parti convenire un valore concreto di liquidazione superiore o inferiore allo stesso senza, pertanto, tener conto di quel risultato, frutto della mera operazione matematica.

d) La determinazione concreta della c.d. quota di liquidazione è il momento centrale della regolamentazione negoziale del patto di famiglia, giac-

ché individua il valore della quota di legittima che deve essere liquidata ai legittimari o, ed è lo stesso, individua il prezzo che deve pagare l'assegnatario per la stabilità dell'acquisto derivante dal patto di famiglia; al contempo, è il prezzo che devono ricevere i legittimari non assegnatari per subire l'effetto legale negativo preclusivo di cui all'art. 768-*quater* ultimo comma c.c.

Inoltre, essa rappresenta una fase fondamentale del procedimento, giacché solo alla sua conclusione nascerà il diritto di credito alla liquidazione in favore dei legittimari non assegnatari.

In tale ambito l'autonomia delle parti non sembra subire limitazione alcuna – stante la possibilità addirittura di rinunziare del tutto alla quota di liquidazione –, e potrà spaziare dalla semplice applicazione del risultato matematico di cui al precedente punto c) fino ad arrivare a convenire un valore inferiore oppure superiore rispetto a quest'ultimo.

Quel che conta rimarcare, invece, è che, una volta raggiunto l'accordo tra tutti i partecipanti al patto di famiglia sulla quantificazione del valore di ciascuna delle quote di liquidazione a costoro spettanti, è proprio in tale momento che viene a realizzarsi definitivamente la fattispecie costitutiva del rapporto obbligatorio tra assegnatario-debitore, da un lato e, legittimari non assegnatari-creditori, dall'altro, relativamente alla corresponsione del valore della quota di riserva. In altre parole, è in questo preciso istante temporale che nasce il diritto di credito dei legittimari non assegnatari alla liquidazione del valore convenuto e, specularmente, il relativo obbligo, a carico dell'assegnatario, di provvedere all'adempimento dello stesso.

e) Il diritto di credito alla liquidazione della somma di danaro determinata dai contraenti nasce, per espressa disposizione normativa, quale ipotesi di obbligazione di dare in cui l'oggetto della prestazione è una somma di danaro e, quindi, un'obbligazione di genere e, segnatamente, pecuniaria, integrante come tale un'obbligazione di valuta.

La disciplina delle vicende del rapporto obbligatorio così costituitosi parrebbe potersi ricavare in (piccola) parte dalla nuova normativa e in (gran) parte da quella dettata per le obbligazioni in generale dal Titolo I del Libro IV c.c.

Sennonché, a ben vedere, le norme dettate dalla novella appaiono pleonastiche, giacchè ricalcano nella loro configurazione tecnica istituti giuridici già noti.

Infatti si può rilevare come il comma in esame, quando prevede la possibilità di rinunziare, in tutto o in parte, alla liquidazione, null'altro sta a disciplinare se non una classica fattispecie estintiva del rapporto obbligatorio realizzata attraverso la dismissione del credito, parziale o totale, sussumibile nella fattispecie tipica della remissione o, se si ritenesse – come si ritiene - di voler accedere alla ricostruzione che distingue la remissione dalla vera e propria rinunzia al credito, in quest'ultima.

Non di meno, la previsione di una possibile liquidazione in natura, totale o parziale, pare anch'essa non allontanarsi più di tanto da figure già note.

E sul punto, tra i primi commentatori, vi è divergenza di vedute solo riguardo alla sussunzione della fattispecie prevista dalla proposizione in esame nell'ambito dell'istituto della prestazione in luogo dell'adempimento, disciplinato dall'art. 1197 c.c., ovvero in quello della novazione oggettiva.

Giova sottolineare, infine, che l'effetto di cui all'art. 768-*quater* ultimo comma c.c. – come si vedrà meglio nei successivi paragrafi – debba ritenersi acquisito quale effetto legale dal patto di famiglia *complesso* solo quando siano state integralmente adempiute – in qualsiasi modo venga effettuato il concreto adempimento - tutte le obbligazioni di liquidazione nei confronti di tutti i legittimari non assegnatari.

LE ALTRE ASSEGNAZIONI CONTENUTE NEL PATTO DI FAMIGLIA COMPLESSO

La principale problematica che pone l'art. 768 *quater* comma 3° c.c. è a quali assegnazioni ha inteso riferirsi il legislatore nel comma in esame.

Sul punto ci si divide tra:

a) chi ritiene che sarebbero quelle compiute dallo stesso discendente assegnatario, giacché il comma in questione andrebbe letto come una naturale prosecuzione esplicativa, complementare a quanto previsto nel comma precedente e

b) chi, invece, sostiene che si tratterebbe esclusivamente delle assegnazioni effettuate dal disponente in ciò confortato dai lavori preparatori e dalle relazioni al progetto di legge.

All'interno di ciascuno dei superiori orientamenti la soluzione al pro-

blema cambia a seconda della posizione assunta relativamente all'ulteriore questione se la liquidazione dei legittimari non assegnatari:

1) debba avvenire necessariamente con beni provenienti dal patrimonio del discendente

2) oppure no.

Divergenza, questa, che sorge in virtù del dettato del comma 2° dell'art. 768 *quater* c.c. ove si legge che "gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societarie devono liquidare i non assegnatari": comma questo interpretato nel'un caso in modo restrittivo e nell'altro in modo estensivo.

Sul punto riterrei plausibile poter sostenere - sulla scorta dell'osservazione secondo cui in entrambi gli orientamenti vi è un fondo di verità anche se le conclusioni cui gli stessi pervengono sono troppo severe nell'un caso e troppo *ultra norma* nell'altro - dicevo sarebbe plausibile sostenere che il legislatore della novella abbia voluto disciplinare proprio l'ipotesi più frequente nella pratica, ossia quella del disponente che provvede a liquidare gli altri legittimari subito o rinviando ad un successivo contratto a seconda delle sue attuali disponibilità, stante l'indisponibilità di mezzi finanziari da parte del discendente assegnatario.

Una conferma a questo modo di ragionare viene dai Lavori preparatori ove il legislatore della novella ha avuto modo più volte di sottolineare – e con fermezza - che il comma in questione disciplina l'ipotesi in cui l'imprenditore (e/o il titolare di partecipazioni societarie) effettui altre assegnazioni ai propri legittimari, nel qual caso i beni assegnati saranno imputati alle loro quote di legittima.

Ciò che, tuttavia, non viene chiarito dallo stesso legislatore – attesa la genericità dell'affermazione ivi contenuta - è a che titolo l'imprenditore effettui tali assegnazioni, anche e soprattutto nell'economia del complessivo regolamento negoziale del patto di famiglia in cui esse si inseriscono, sia quando avvengano contestualmente che con contratto successivo ad esso collegato.

Ci si chiede, in altre parole, se queste assegnazioni: **a)** si inseriscano a pieno titolo nel contesto della complessa regolamentazione negoziale del patto di famiglia, legittimando la possibilità per il disponente a liquidare egli stesso direttamente, con propri ulteriori beni e in luogo dell'assegna-

tario, i legittimari non assegnatari oppure **b)** siano fini a se stesse, e vengano, pertanto, effettuate dal disponente casualmente approfittando dell'occasione della conclusione del patto di famiglia.

Traendo spunto anche qui dai lavori preparatori, - dove si parla espressamente di liquidazione non solo con riguardo alle assegnazioni compiute dall'assegnatario, ma anche quando ci si riferisce alle assegnazioni compiute dal disponente, del tutto equiparate tra loro sotto il comune profilo funzionale che le contraddistingue e segnatamente quello liquidatorio – appunto dai lavori preparatori si può ritenere che.

l'assegnazione ai legittimari non assegnatari da parte del disponente andrebbe in tale contesto, a sostituire, in parte o in tutto, la liquidazione cui è tenuto il discendente.

In altre parole v'è da ritenere che le attribuzioni di cui al comma in esame si caratterizzano per essere in sé del tutto funzionali alla conclusione del patto di famiglia e, segnatamente, sono caratterizzate da una funzione liquidatoria sostitutiva di quella facente capo al discendente –assegnatario.

Qui è il disponente che provvede egli stesso ad effettuare, sebbene in natura, assegnazioni ai legittimari non assegnatari in funzione di liquidazione della quota a costoro spettante, assegnazioni che competerebbero, invece, al discendente-assegnatario, e in luogo del quale egli a tali fini agisce.

Art. 768-*sexies c.c.*:

In premessa al nostro discorso abbiamo più volte ricordato che l'essenza del Patto di Famiglia è desumibile sul piano normativo dal combinato disposto degli artt. 768 bis, quater e sexies.

Dei primi due ci siamo finora occupati, per cui non resta che dare conto della disciplina contenuta nell'ultima delle norme citate.

Orbene, per meglio comprendere la ratio di tale norma occorre rilevare che uno dei problemi di più difficile soluzione, su cui si sono affannati i redattori della nuova normativa, consiste nel fatto che potrebbe non esservi coincidenza fra i soggetti che sono coniuge e/o legittimari nel momento in cui viene stipulato il patto di famiglia e coloro che, invece, sa-

ranno effettivamente coniuge e/o legittimari al momento dell'apertura della successione.

L'incidenza di tali modificazioni della compagine familiare del disponente sulla stabilità del patto di famiglia è di tutta evidenza, giacché questa può essere rimessa in discussione e, quindi, mutare da assoluta e definitiva in relativa e non definitiva in conseguenza della sopravvenienza, in quel lasso di tempo, di nuovi legittimari e/o di un nuovo coniuge.

Quest'ultimi, difatti, non avendo partecipato al patto di famiglia, all'apertura della successione del disponente potrebbero agire in riduzione sui beni oggetto dell'assegnazione da patto di famiglia, vanificando così l'operazione negoziale, giacché non è revocabile in dubbio che l'esenzione da riduzione di cui all'art. 768-*quater* comma 4 c.c. non può che valere che per le sole parti del contratto stesso e non per chi, invece, è terzo rispetto a questo: i nuovi legittimari resterebbero titolari delle azioni a tutela del loro diritto di legittima.

D'altro canto, la soluzione da perseguire al fine di assicurare il conseguimento delle esigenze di stabilità del patto di famiglia doveva fare i conti necessariamente con la previsione di un equo strumento di tutela e/o di soddisfacimento della posizione giuridica e dei diritti dei legittimari sopravvenuti.

Ed è proprio per cercare di contemperare queste due opposte esigenze e per risolvere quest'ordine di problemi che l'art. 768-*sexies* c.c., al dichiarato fine di non consentire di rimettere in discussione il patto di famiglia, ha offerto una soluzione in coerenza con lo scopo perseguito dall'intera normativa in tema di patto di famiglia che è, come detto, quello di conciliare i diritti dei legittimari con l'esigenza dell'imprenditore e/o del titolare delle partecipazioni societarie che intende garantire alla propria azienda o alla propria partecipazione societaria una successione non aleatoria a favore di uno o più discendenti .

Per consentire ai beni oggetto del patto di famiglia di conseguire la totale e definitiva affrancazione da ogni possibilità di essere assoggettati ad azione di riduzione e/o a collazione, si è attribuito *ex lege* ai legittimari e/o coeredi non partecipanti al patto di famiglia soltanto un diritto di credito corrispondente al pagamento di quella somma di danaro

prevista dall'art. 768-*quater* comma 2 c.c. che corrisponde alla liquidazione della quota di legittima loro spettante ove avessero partecipato al patto di famiglia.

In tale ottica il legislatore, tuttavia, si è premurato di adottare un correttivo di carattere economico teso a non pregiudicare i diritti dei legittimari a causa dell'eventuale lasso di tempo che potrebbe intercorrere tra la conclusione del patto di famiglia e l'apertura della successione, prevedendo che la somma in questione sia aumentata degli interessi legali e a far data dalla stipula del contratto.

Il coniuge e degli altri legittimari che non hanno partecipato al contratto possono soltanto chiedere ai beneficiari del contratto il pagamento della somma di danaro corrispondente a quella prevista dall'art. 768-*quater* comma 2 c.c., aumentata degli interessi legali, e non possono agire in riduzione, né chiedere la collazione.

"Possono chiedere" sta a significare che i legittimari sopravvenuti hanno solo diritto di chiedere ai beneficiari il pagamento della somma e che non possono agire in riduzione relativamente ai beni oggetto del patto di famiglia, né chiederne la collazione.

La norma, è bene precisarlo, non pone ai legittimari in questione un'alternativa tra il chiedere il pagamento della somma in parola e l'agire in riduzione o chiedere la collazione, piuttosto limita il diritto dei legittimari che non hanno partecipato al contratto al solo diritto di credito ivi previsto, rimettendo a costoro soltanto la scelta se azionare questo diritto o no (e cioè rinunciarvi), pena la perdita del loro diritto per prescrizione entro un anno dall'apertura della successione, ma privandoli, al contempo, d'imperio del diritto di agire in riduzione e di chiedere la collazione.

Anche qui il legislatore, come accade nell'art. 768-*quater* c.c., prevede e disciplina (e impone ai legittimari-coeredi) la disattivazione dei meccanismi di tutela dei diritti loro spettanti quali legittimari e/o coeredi al fine di assicurare ancora una volta quella stabilità (assoluta e definitiva) al patto di famiglia essenziale alla sua funzionalità concreta, ed alla quale fa da contropartita, a tutela e soddisfazione dei diritti dei legittimari-coeredi, l'attribuzione di un diritto di credito in favore di costoro.

Anche qui la scelta legislativa è caratterizzata, come nell'art. 768-*quater* c.c., dall'adozione di un sistema di conversione della tutela dei diritti dei legittimari e/o coeredi – questa volta di quelli non partecipanti al contratto – da reale (diritto ad agire in riduzione ed ottenere la collazione) ad obbligatoria (diritto ad un credito e non ad agire in riduzione od ottenere la collazione), coerentemente con l'idea del necessario passaggio da una riserva in natura (*pars bonorum*, quota di eredità) ad una riserva in valore.

Si può dire, pertanto, che l'incidenza sul patto di famiglia delle sopravvenienze c.d. soggettive viene neutralizzata dalla norma in epigrafe – anche in deroga alla regola generale di cui all'art. 803 c.c. -con l'indubbio risultato di ritenere risolto definitivamente il problema della stabilità del patto di famiglia che, con la norma di chiusura in esame, assume i connotati, ad essa essenziali, della definitività e dell'assolutezza.

IL DIRITTO NASCENTE EX ART. 768 SEXIES COMMA 1° C.C.

Il diritto al pagamento della somma prevista dal secondo comma dell'art. 768-*quater* c.c., spettante al coniuge ed agli altri legittimari che non hanno partecipato al patto di famiglia, è indubbiamente un diritto di credito.

Esso nasce automaticamente *ex lege* al momento dell'apertura della successione del disponente, soltanto quando vi siano, in quel momento temporale, soggetti che rivestano la qualifica di legittimari e/o di coniuge (presupposto soggettivo) e che non abbiano partecipato al patto di famiglia (presupposto oggettivo).

Al ricorrere di questi presupposti, l'uno soggettivo e l'altro oggettivo, si viene a costituire, automaticamente per legge e a far data dall'apertura della successione, un rapporto obbligatorio del quale titolari della situazione giuridica soggettiva attiva sono il coniuge e gli altri legittimari che non hanno partecipato al patto di famiglia e, titolari della situazione giuridica soggettiva passiva sono i c.d. beneficiari del patto di famiglia, avente ad oggetto una prestazione consistente nel pagamento di una somma di

danaro determinata nel *quantum per relationem*, giusta il rinvio al dettato dell'art. 768-*quater* comma 2 c.c.

Il diritto di credito nascendo automaticamente *ex lege* a far data dall'apertura della successione – al ricorrere di quei presupposti indicati – è immediatamente esigibile da tale data (*ex* art. 1183 c.c.).

.... SUA NATURA GIURIDICA

Sulla natura giuridica del diritto di credito previsto dall'articolo in commento mi limito soltanto ad alcune brevi osservazioni.

Sicuramente non bisogna farsi trarre in inganno dalla rubrica dello stesso (Rapporti con i terzi) che sembrerebbe richiamare l'operatività di un meccanismo analogo se non coincidente con quello disciplinato dagli artt. 1411 e ss. c.c. o quasi una sorta di propagazione *ex lege* dell'efficacia del contratto nei confronti del coniuge e degli altri legittimari che non abbiano partecipato al contratto in applicazione dell'art. 1372 comma 2 ultimo periodo c.c. il quale prevede che il contratto può produrre effetti nei confronti dei terzi nei casi previsti dalla legge, e questo sarebbe, appunto, uno di quei casi.

Viceversa, rimenendo fedeli al testo normativo – più che la sua rubrica -, si deve rilevare come l'art. 768-*sexies* comma 1 c.c. preveda, da un lato, un diritto di credito che viene riservato soltanto a soggetti che rivestono una data qualifica (soggettiva), ossia quella di legittimari - anche se con l'ulteriore speciale specificazione di non partecipanti al patto di famiglia – e, dall'altro, che tale diritto nasce solo al momento dell'apertura della successione del disponente.

Sotto tale profilo il diritto di credito sembra trovare la sua giustificazione causale, più che nel patto di famiglia - il quale sembra assumere il ruolo di mero presupposto oggettivo - proprio nella morte del disponente.

Quanto sopra, richiama alla mente, *ça va sans dire*, un diritto di natura successoria con tutti i connotati del diritto di legittima attribuito per legge da una vocazione *mortis causa* a titolo particolare e, pertanto, definibile come legato obbligatorio *ex lege*.

In altre parole, si tratterebbe di un nuovo e speciale diritto di le-

gittima, per molti versi simile, se non eguale, a quelli già previsti ed espressamente disciplinati dall'art. 594 c.c. e dall'art. 548 comma 2 c.c. e con essi rientrante in quella categoria, prevista testualmente dall'art. 536 comma 1 c.c., degli "altri diritti nella successione" che la legge riserva a determinati soggetti qualificati espressamente come legittimari.

I SOGGETTI ATTIVI DEL R. O. sono: CONIUGE E I LEGITTIMARI SOPRAVVENUTI ALLA CONCLUSIONE DEL CONTRATTO

Sul punto merita di essere ricordato che tra i legittimari sopravvenuti si deve ragionevolmente ritenere che vengano in considerazione in particolare:

a) i figli legittimi nati successivamente alla conclusione del patto di famiglia;
b) i figli riconosciuti successivamente alla conclusione del patto di famiglia;
c) i figli la cui paternità o maternità naturale sia stata giudizialmente accertata successivamente alla conclusione del patto di famiglia;
d) i figli adottati successivamente alla conclusione del patto di famiglia;
e) i nascituri concepiti;
f) i discendenti dei figli legittimi o naturali che vengono alla successione in luogo di questi ultim per rappresentazione (art. 536, 3°)
g) gli ascendenti legittimi nel caso di cui all'art. 538 comma 1 c.c.;
h) i genitori che abbiano legittimato il figlio prima dell'apertura della successione;
i) i genitori adottivi;
l) gli ascendenti legittimi di grado ulteriore.

I SOGGETTI PASSIVI DEL R. O. sono: I C.D. BENEFICIARI.

L'articolo in commento indica quali titolari della situazione giuridica soggettiva passiva, in modo generico i beneficiari del patto di famiglia. Chi

sono pertanto costoro? Gli interpreti hanno ritenuto che il diritto di credito di cui all'art. 768-*sexies* c.c. possa in concreto essere esercitato:

1) nei confronti del solo o dei soli discendenti assegnatari dell'azienda e/o delle partecipazioni sociali nell'ipotesi in cui:
   - ***a)*** al patto di famiglia non abbiano partecipato altri legittimari non assegnatari;
   - ***b)*** i legittimari non assegnatari, pur avendo partecipato al contratto, hanno rinunciato per intero alla liquidazione loro spettante *ex* art. 768-*quater*, comma 2, c.c.;

2) nei confronti di tutti i beneficiari diretti e indiretti (discendenti assegnatari e legittimari non assegnatari) e, quindi, non solo nei confronti dell'assegnatario dell'azienda e/o delle partecipazioni societarie nell'ipotesi in cui:
   - ***a)*** i legittimari non assegnatari abbiano ricevuto, anche in parte, la liquidazione di cui al comma 2° dell'art. 768-*quater* c.c. da parte degli assegnatari;
   - ***b)*** i legittimari non assegnatari abbiano ricevuto ai sensi del comma 3 prima proposizione direttamente dal disponente l'assegnazione di altri beni con lo stesso contratto;
   - ***c)*** i legittimari non assegnatari abbiano ricevuto ai sensi del comma 3 seconda proposizione direttamente dal disponente l'assegnazione di altri beni con un successivo contratto espressamente collegato al primo.

NATURA GIURIDICA DEL PATTO DI FAMIGLIA

In conclusione, mantenendo fede a quanto detto in premessa dobbiamo occuparci del problema della natura giuridica del patto di famiglia.

Le tesi possono sintetizzarsi come segue:

1) donazione modale
2) negozio divisorio in particolare attributivo-divisorio
3) nuovo negozio tipico.

Dell'insostenibilità di una configurazione del Patto di Famiglia quale donazione ancorché modale ne abbiamo già fatto cenno e, quindi, è inutile ripetersi.

PATTO DI FAMIGLIA E DIVISIONE

Quanto alla supposta funzione divisoria del Patto di Famiglia che per alcuni sarebbe meramente eventuale giacché necessaria sarebbe solo quella attributiva o dispositiva.

Un'altra corrente di pensiero ritiene invece che la funzione divisoria nel patto di famiglia ricorrerebbe in maniera necessaria e costante ossia qualificherebbe il tipo.

Tra gli argomenti adoperati:

1) la significativa collocazione topografica assegnata al nuovo istituto all'interno del codice civile

2) l'espresso riferimento contenuto nell'art. 768-*quater* ultimo comma c.c. alla collazione, congegno tipico ed esclusivo della divisione.

A) Si tratterebbe in altre parole di un *quid* non dissimile dal vecchio istituto della *divisio inter liberos*, o, secondo altra prospettiva,

B) integrante una vera e propria anticipata divisione successoria a stralcio o, ancora,

C) quanto meno realizzante una fattispecie idonea a far cessare (ossia a non far sorgere) tra i coeredi la comunione dei beni ereditari *ex* art. 764 c.c..

In particolare, secondo tale prospettiva, non sarebbe d'ostacolo alla qualificazione divisoria del patto di famiglia l'affermata inesistenza al momento della redazione del patto di famiglia di una comunione tra i partecipanti all'atto giacché, sempre in materia di divisione, lo stesso legislatore sembrerebbe disinteressarsi del requisito della (pre) esistenza di uno stato di comunione, disciplinando espressamente nell'art. 734 c.c. quella fattispecie che va sotto il nome di divisione del testatore, nella quale sicuramente non esiste, in quel momento, una comunione tra i soggetti presi in considerazione dal *de cuius*.

L'assunto, per altro, sarebbe coerente con i risultati teorici raggiunti da questa stessa dottrina attraverso la revisione dei concetti di funzione o causa dei procedimenti c.d. divisori, i quali sarebbero caratterizzati non più dalla funzione di sciogliere la comunione tra i comunisti, bensì da quella, più pregnante, di procedere alla realizzazione dell'interesse di ciascun comunista all'apporzionamento proporzionale cui, in tema di patto di fami-

glia, la previsione dell'art. 768-*quater* comma 2 c.c. sembrerebbe allinearsi, confermandone per tale via la validità.

CRITICA

In realtà, a ben vedere, il richiamo ad una funzione divisoria del patto di famiglia non spiegherebbe:

1) l'ipotesi nella quale tutti i legittimari non assegnatari rinuncino alla liquidazione delle loro quote e

2) nemmeno quella in cui alcuni soltanto vi rinunzino ed altri no, non essendo configurabile, in entrambi i casi, una divisione in cui uno dei comunisti rinunci alla propria quota.

3) per di più, il beneficiario è un discendente e, quindi, non è necessariamente né un coerede né un legittimario ove il suo genitore fosse ancora in vita sia al momento del patto di famiglia sia al momento della morte del disponente.

4) si tratterebbe di una divisione "anomala" giacchè avente ad oggetto una comunione virtuale, in cui solo uno dei condividenti verrebbe apporzionato con l'intero bene (virtualmente) comune, poiché gli altri condividenti verrebbero solo conguagliati.

5) infine vi sarebbe l'attribuzione di una serie di beni provenienti non da uno stesso patrimonio bensì da patrimoni diversi ossia, segnatamente, quello del disponente e quello dell'assegnatario.

CONCLUSIONI

A mio avviso pertanto è da ritenere che la natura giuridica del patto di famiglia, ancorché complesso – e, quindi, non solo di quello c.d. semplice - non va ricercata, in preda alla "sindrome da sussunzione", nei tipi già nominati nell'ordinamento giuridico italiano (donazione modale, divisione), bensì gode di una sua spiccata autonomia e peculiarità rispetto a quelli.

È un nuovo tipo contrattuale integrante un atto a titolo gratuito e, segnatamente, una (nuova e tipica) liberalità non donativa in cui il benefi-

ciario di questa deve *ex lege* liquidare i legittimari non assegnatari del disponente (sia gli attuali che i sopravvenuti) al fine di ottenere, all'apertura della successione di questo, l'esenzione da collazione e riduzione di quanto ricevuto

Quindi, un negozio che, ancorché a struttura complessa, ha pur sempre una sua funzione unitaria, che è quella tipica del *genus* patto di famiglia rinvenibile nella realizzazione di una definitiva sistemazione endofamiliare di uno specifico bene, finalizzata alla preservazione del bene impresa.

Ciò fa sì che i singoli atti di cui esso si compone perdono in tale contesto la loro specifica ed autonoma individualità per concorrere tutti insieme, in qualità, appunto, di elementi essenziali, alla realizzazione di quella determinata funzione tipica, legislativamente individuata.

Prof. Dott. Nicola Di Mauro

Oggetto, forma e scioglimento del patto di famiglia

1. – Il titolo della mia relazione è fin troppo ambizioso, per ampiezza di contenuti, rispetto all'esiguità del tempo a disposizione. È pertanto perfino superfluo precisare che, per ciascuno dei termini – oggetto, forma, scioglimento – evocati dal titolo, mi dovrò necessariamente limitare a considerare soltanto alcune delle molteplici questioni implicate.

Sia dunque consentito al relatore effettuare sin da ora un rinvio di carattere generale – sia per le questioni che non potranno essere affrontate, sia per il maggiore approfondimento di quelle espressamente trattate, sia, infine, per le necessarie indicazioni bibliografiche – al volume che oggi si ha l'onore di presentare in un consesso tanto prestigioso ed autorevole (N. Di Mauro – E. Minervini – V. Verdicchio, *Il patto di famiglia. Commentario alla Legge 14 febbraio 2006, n. 55*, a cura di E. Minervini, Milano, Giuffrè, 2006).

2. – Iniziando dall'oggetto, si deve immediatamente rilevare che l'art. 768-*bis* c.c. – che, come traspare dalla rubrica, ambirebbe a delinearne la nozione – definisce il patto di famiglia come "il contratto con cui [...] l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'*azienda*, e il titolare di *partecipazioni societarie* trasferisce, in tutto o in parte, le proprie *quote*, ad uno o più discendenti".

La figura contrattuale novellamente introdotta nel seno del codice civile dalla l. n. 55 del 2006 si caratterizza pertanto (tra gli altri aspetti) per la "specialità" – nel senso di *specificità* – del suo oggetto: il patto di famiglia deve infatti necessariamente comportare il trasferimento – totale o parziale – di un'azienda o di partecipazioni societarie.

È d'intuitiva evidenza che la prima ipotesi (trasferimento d'azienda) presuppone che il disponente eserciti in forma individuale l'attività d'impresa, mentre la seconda (trasferimento di partecipazioni societarie) postula che l'impresa sia esercitata in forma collettiva, attraverso una struttura societaria: è del tutto ovvio, in quest'ultimo caso, che il disponente non potrebbe alienare direttamente l'azienda (appartenendo essa esclusivamen-

te alla società, distinto soggetto giuridico), ma soltanto la partecipazione in sua mano che (indirettamente e *pro quota*) la rappresenta.

Se è certo che il trasferimento programmato dal disponente deve necessariamente avere ad oggetto un'azienda o partecipazioni sociali, assai ampio tuttavia è lo spettro delle questioni problematiche che – in assenza di un'espressa soluzione legislativa – interpellano l'interprete.

Così, limitandosi soltanto ad elencarne, a mo' d'esempio, alcune tra le principali: il diritto oggetto del trasferimento (avente a sua volta ad oggetto l'azienda o le partecipazioni) deve necessariamente identificarsi con la (piena) proprietà o può invece essere di diversa natura (es.: usufrutto)? Può il disponente, e, nella affermativa, in che misura e con quali modalità, riservarsi dei poteri di *governance* dell'azienda o della partecipazione ceduta? Deve o no il disponente dell'azienda – atteso il tenore letterale dell'art. 768-*bis* c.c. – necessariamente essere un imprenditore in senso tecnico-giuridico, ossia ai sensi dell'art. 2082 c.c.? E così via seguitando.

Quantomeno laconico, e quindi fonte di ulteriori incertezze, è, inoltre, l'inciso – pure contenuto nel testo dell'articolo 768-*bis* c.c. – "compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie".

I dubbi interpretativi, infine, non risparmiano neanche uno dei possibili oggetti del patto di famiglia, dibattendosi animatamente, nel silenzio della legge, su quali siano – se tutte o soltanto alcune – le partecipazioni societarie idonee ad essere trasferite con tale contratto.

Può pertanto concludersi – con riferimento all'oggetto del patto di famiglia – che l'unico punto non problematico della nozione contenuta nel novello art. 768-*bis* c.c. riguarda il concetto di trasferimento – totale o parziale – di azienda: non problematico, beninteso, non già in termini assoluti, bensì solo nel senso che le questioni e i problemi ad esso relativi non sono autonomamente e specificamente generati dalla nuova disposizione, ma restano limitati a quelli, certamente gravi e numerosi, solitamente studiati e dibattuti in sede di teoria generale dell'azienda.

3. – Come si diceva in principio, non è possibile affrontare in questa sede tutte le questioni – poc'anzi sommariamente elencate – relative all'og-

getto del patto di famiglia, dovendosi necessariamente accontentare di analizzarne soltanto qualcuna, tenendo peraltro sempre presente la *ratio* ispiratrice del nuovo istituto, giacché essa è di ausilio all'interprete nella individuazione della soluzione preferibile da dare ai molteplici problemi da questo sollevati.

Tanto chiarito, non sembra revocabile in dubbio che, per poter costituire l'oggetto di un valido patto di famiglia, l'azienda ceduta debba essere al servizio di un'attività d'impresa effettivamente svolta e, quindi, già iniziata e non ancóra cessata: come è stato osservato, la *ratio* dell'istituto in esame consiste infatti nell'"assicurare la continuità di imprese operanti, non certo ad assicurare il mero trasferimento di beni produttivi ma inutilizzati".

Ciò, peraltro, non significa che il disponente debba necessariamente essere un imprenditore in senso tecnico-giuridico, ossia ai sensi dell'art. 2082 c.c.

È bensì vero che in tali termini si esprime il testo dell'art. 768-*bis* c.c., ma è altrettanto vero che la *ratio* del nuovo istituto sembra pienamente realizzata anche nell'ipotesi in cui il cedente non sia qualificabile come imprenditore, come avverrebbe, per es., qualora egli, pur essendo proprietario dell'azienda, l'abbia concessa in affitto (o in comodato) ad un terzo soggetto[1].

Se è vero che la *ratio* del patto di famiglia consiste nell'assicurare la continuità dell'attività d'impresa svolta con l'azienda di cui trattasi; se è vero, insomma, che l'attribuzione all'assegnatario di un titolo giuridico che lo legittimi ad utilizzare l'azienda ricevuta è strettamente funzionale ad evitare che la caduta in comunione ereditaria possa determinare lo smembramento del complesso produttivo e la conseguente cessazione della attività d'impresa con quel complesso svolta (ciò che appunto determinerebbe gli alti costi sociali, più volte ricordati, che si vogliono viceversa evitare), non sembra possibile pervenire ad altra soluzione.

Se, infatti, nell'ipotesi che si sta considerando, fosse precluso al proprietario non imprenditore di disporre della sua azienda mediante patto di famiglia, si perverrebbe all'aberrante risultato – tanto più inaccettabile qualora essa fosse affittata (o concessa in comodato) al medesimo discendente cui si vorrebbe destinarla – di non poterne evitare la caduta in comu-

nione ereditaria (con i conseguenti rischi di disgregazione) ogni qualvolta il suddetto proprietario morisse prima che sia cessato l'affitto (o il comodato)[2].

Non v'è chi non veda che si tratterebbe, però, di una conclusione in aperto e stridente contrasto con la *ratio* dell'istituto e, quindi, potenzialmente incostituzionale perché "irragionevole" e, comunque, perché causa di ingiustificate disparità di trattamento tra situazioni analoghe.

Deve quindi ritenersi che il legislatore abbia impiegato nell'art. 768-*bis* c.c. il termine "imprenditore" soltanto perché ha tenuto presente l'ipotesi statisticamente più ricorrente – quella, appunto, in cui il disponente sia anche colui che con l'azienda ceduta svolgeva l'attività d'impresa –, non già perché ha voluto impedire che possa fare ricorso al nuovo istituto anche chi (pur proprietario dei beni aziendali) imprenditore non sia.

In altre parole, il termine "imprenditore" va inteso non già in senso proprio, bensì quale mero sinonimo di "titolare dell'azienda"[3]: tale soluzione si impone sia perché perfettamente conforme alla *ratio* dell'istituto, sia perché idonea a superare i dubbi di legittimità costituzionale poc'anzi messi in evidenza.

Le medesime ragioni appena esposte consentono di ritenere che possa assumere la veste di disponente anche il proprietario che abbia concesso la propria azienda in usufrutto: dal che automaticamente si ricava che oggetto di disposizione del patto di famiglia può essere anche la sola *nuda proprietà* dell'azienda.

Tale opinione spiana la strada – per necessità logica – ad un'altra conclusione: se oggetto del patto di famiglia può essere anche solo la nuda proprietà dell'azienda, nulla vieta che il disponente decida di attribuire all'assegnatario tale diritto (non perché abbia già concesso l'azienda in usufrutto a terzi ma) perché intende *riservare l'usufrutto per sé* (temporaneamente o vita natural durante).

Questa soluzione – tendenzialmente condivisa, del resto, da tutti i primi commentatori della nuova legge –, consentendo al disponente di continuare (temporaneamente o vita natural durante) a gestire e controllare il complesso imprenditoriale (nonché a beneficiare degli utili

da esso eventualmente prodotti), presenta il pregio di favorire il ricorso al nuovo istituto da parte di tutti quegli imprenditori – certamente la gran maggioranza, stando alle statistiche – che, pur desiderando programmare da sùbito il trapasso generazionale nel proprio complesso aziendale, non sarebbero però disposti a passare immediatamente la mano ai loro discendenti.

È evidente che, se non fosse loro offerta tale possibilità, essi sarebbero portati o a rinunciare definitivamente al patto di famiglia o a procrastinarne *sine die* la stipula. Non v'è chi non veda come tale esito, restringendo ampiamente l'utilità operativa del nuovo istituto e contrastando, quindi, con la sua *ratio*, vada respinto senza mezzi termini.

4. – Rinviando per ogni altro aspetto al libro che oggi si presenta, resta solo lo spazio per occuparsi di un'ultima questione relativa all'oggetto del patto di famiglia.

L'art. 768-*bis* c.c. testualmente dispone che con questo contratto "il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti".

Il testo della disposizione, come si vede, non pone alcun espresso limite al tipo di partecipazioni deducibili quale oggetto del patto di famiglia, ragion per cui – restando ad un'interpretazione strettamente letterale della norma – dovrebbe concludersi che qualsiasi tipo di partecipazione, nessuno escluso, possa essere trasferito mediante tale negozio.

Ciò nondimeno, l'opinione forse prevalente tra i primi commentatori della nuova legge ritiene di poter enucleare dalla *ratio* dell'istituto – quale precedentemente individuata – un limite, seppure inespresso, alla circolazione delle quote societarie mediante patto di famiglia.

Il ragionamento è il seguente: il nuovo istituto – come visto in precedenza – mira a realizzare una riallocazione consensuale del controllo dell'impresa, favorendone la continuità gestionale in previsione del trapasso generazionale. È pur vero che tale *ratio* è ravvisabile, nei lavori preparatori, essenzialmente con riferimento all'altro possibile oggetto del patto di famiglia – l'azienda –, ma essa, in assenza di altre diverse indicazioni, dovrebbe intendersi senz'altro estesa anche all'ipotesi qui in esame, nella qua-

le l'impresa è esercitata (non individualmente, sibbene) collettivamente, mediante una struttura societaria.

Se ne deduce che il campo delle partecipazioni trasferibili *ex* art. 768-*bis* ss. c.c. andrebbe ristretto soltanto a quelle che, "per loro natura, assicurano un "potere di gestione" (in senso lato) in capo al relativo titolare", sì da risultare utili e strumentali al governo dell'impresa (collettiva) societaria, la cui continuazione si vuole assicurare.

Conclusione, questa, corroborata dall'ulteriore considerazione, secondo cui, in mancanza di tale utilità o strumentalità, cesserebbe la stessa ragion d'essere della deroga alle regole di diritto comune, "risolvendosi la partecipazione sociale in un "investimento" ma non certo in un "bene produttivo""; ragion per cui "una deroga estesa al di là della categoria dei beni qualificabili realmente come "produttivi" sarebbe certamente incostituzionale per disparità di trattamento" rispetto agli altri beni.

Secondo siffatta ricostruzione, sarebbe allora possibile dedurre ad oggetto del patto di famiglia – nell'àmbito delle società di persone – le quote di società semplici e di società in nome collettivo che attribuiscono al loro titolare il potere di amministrazione della società, con esclusione di quelle che tale potere non attribuiscono[4].

Inoltre, con riferimento alla società in accomandita semplice, nessun dubbio potrebbe sorgere in ordine alla deducibilità in patto di famiglia – giusta quanto poco sopra precisato – della partecipazione dell'accomandatario[5], mentre tale possibilità dovrebbe essere esclusa per la quota dell'accomandante – essendo questi istituzionalmente privo del potere di amministrazione, riservato, ai sensi del comma 2 dell'art. 2318 c.c., ai soli accomandatari –, salvo forse il caso previsto dall'art. 2320, comma 2, c.c., che ricorre allorquando il contratto sociale consente agli accomandanti di dare autorizzazioni e pareri per determinate operazioni, se ed in quanto si ritenga che tale ingerenza sia sufficiente ad attribuire natura gestionale alla partecipazione sociale.

Venendo alle società di capitali e restando sempre nell'àmbito della prospettiva qui in esame, si è ritenuto, in relazione alla società a responsabilità limitata, che le relative quote possano costituire idoneo oggetto di un patto di famiglia soltanto allorché si tratti di partecipazioni maggiori-

tarie – in quanto tali automaticamente idonee ad attribuire *de iure* un potere di indirizzo sulla gestione sociale – o anche allorché si tratti di partecipazioni bensì minoritarie, ma che attribuiscano al socio, ai sensi del comma 3 dell'art. 2468 c.c., un diritto particolare di amministrazione, e sempre che il mantenimento di tale diritto sia assicurato anche al discendente assegnatario della quota.

Per la società per azioni, si è altresì ritenuto che sia possibile il trasferimento, mediante patto di famiglia, delle sole partecipazioni di controllo o di riferimento, fermo però restando che la ricorrenza di una situazione di controllo (non di diritto ma) di fatto non potrebbe essere accertata dal notaio rogante, e dovrebbe essere dichiarata dalle parti, sotto la loro personale responsabilità.

Diversa, infine, dovrebbe essere la conclusione relativa alle società in accomandita per azioni, per le quali sembra in ogni caso possibile la cessione della quota del socio accomandatario, anche se minoritaria, considerato che egli sarebbe comunque titolare di indubbi poteri gestionali, ai sensi dell'art. 2455 c.c.

Diffusa, però, è anche la *contrapposta* opinione, che ritiene trasferibile ogni tipo di partecipazione sociale, quand'anche non attributiva di facoltà gestionali: e ciò o facendo leva sulla mera lettera dell'art. 768-*bis* c.c., che nessun espresso limite pone, o adducendo, in aggiunta, ulteriori argomentazioni, purtroppo non analiticamente considerabili in questa sede.

L'evidente complessità della questione non consente di dire più di quanto segue.

La tesi più liberale, la quale ammette, senza limiti di sorta, la deducibilità nel patto di famiglia di ogni tipo di partecipazione societaria, presenterebbe il pregio di assicurare nel massimo grado il bene della certezza del diritto, giacché precluderebbe *in radice* ogni questione (beninteso, limitatamente all'oggetto) di validità del patto di famiglia, così assicurando la stabilità dell'assetto di interessi con esso programmato.

La contrapposta opinione sembra però più coerente con la *ratio* dell'istituto, quale messa a fuoco anche in precedenza, sebbene crei non irrilevanti problemi di incertezza, perlomeno qualora si volesse ritenere – peraltro, essenzialmente con riferimento alle società di capitali – che la par-

tecipazione possa essere trasferita ai sensi e per gli effetti degli artt. 768-*bis* ss. c.c. anche quando assicura un controllo (non necessariamente solo *de iure*, ma pure) semplicemente *de facto*.

In tal caso, infatti, non si potrebbe certo chiedere al notaio rogante – che, del resto, non ne avrebbe i poteri – di compiere complesse indagini volte ad accertare la concreta ricorrenza di una fattispecie di controllo di fatto, ragion per cui il pubblico ufficiale dovrebbe necessariamente affidarsi alle dichiarazioni delle parti: con il rischio di ridurre tale enunciazione ad una mera clausola di stile e il conseguente, ulteriore rischio di possibili impugnazioni giudiziali del patto di famiglia, volte a farne accertare l'invalidità per mancanza del necessario oggetto (una partecipazione di controllo).

5. – L'art. 768-*ter* c.c. richiede *expressis verbis*, per il patto di famiglia, la forma dell'atto pubblico *ad substantiam actus*, ossia a pena di nullità.

Tralasciando altri problemi di minore importanza, la principale questione formale relativa all'istituto in esame concerne l'applicabilità dell'art. 48 della legge 16 febbraio 1913, n. 89 (c.d. legge notarile), il quale, rendendo necessaria la presenza di due testimoni per l'atto pubblico di donazione, fa appunto sorgere il problema se tale presenza sia necessaria anche per la validità del patto di famiglia.

La soluzione di siffatta questione è strettamente connessa alla natura giuridica di tale negozio. Se si ritiene che esso sia qualificabile come donazione, pur se eventualmente modale, è ovvio che gli si dovranno consequenzialmente applicare tutte le norme previste per quest'ultimo contratto, compreso l'art. 48 l. not.: in tale prospettiva, l'assenza dei testimoni determinerebbe la nullità del patto di famiglia, ferma peraltro restando, a questo punto, l'applicabilità dell'art. 799 c.c.

La necessità dei testimoni dovrà, invece, essere esclusa, se si opina che il patto di famiglia sia un contratto diverso dalla donazione, e ciò quand'anche lo si volesse qualificare in termini di liberalità non donativa.

Sebbene vi sia in dottrina chi – negandone la supposta eccezionalità – ritiene possibile, in generale, l'estensione analogica anche delle norme prescriventi requisiti di forma, sembra però ancóra molto ferma, sia tra gli studiosi sia nelle decisioni giurisprudenziali, la convinzione che la forma

pubblica della donazione non sia necessaria per la validità delle liberalità non donative.

Tale conclusione varrà allora, e a maggior ragione, anche per la presenza dei testimoni, tanto più se si considera che la recente novellazione, ad opera della legge 28 novembre 2005, n. 246, degli artt. 47 e 48 l. not. ha indotto gli interpreti ad affermare che nella rogazione degli atti notarili la presenza dei testimoni sia ormai l'eccezione, mentre la regola consiste nel ricevere l'atto solo in presenza delle parti, senza necessità dei testi.

Si ha ragione di credere, ad ogni buon conto, che il problema teorico relativo all'eventuale necessità dei testimoni non avrà mai motivo di porsi nella pratica, giacché è facile prevedere che la proverbiale prudenza dei notai suggerirà loro, per eliminare alla radice ogni possibile questione, di fare sistematico uso della insindacabile facoltà ad essi riconosciuta dalla legge notarile di richiedere la presenza in atto dei testi, quand'anche ciò non fosse strettamente necessario.

Tale soluzione, oltre a rappresentare un agile modo per eludere il problema fin qui considerato, sarebbe utile pure per consentire – qualora sussistessero, oltre a quello formale, anche gli altri presupposti richiesti dall'art. 1424 c.c. – di salvare come donazione un patto di famiglia eventualmente nullo (si pensi, per es., all'ipotesi in cui i beni trasferiti non possano essere qualificati come azienda).

6. – L'art. 768-*septies* c.c. dispone che il patto di famiglia può essere sciolto o modificato in via convenzionale – ossia attraverso un successivo contratto (appunto estintivo o modificativo) – oppure, se espressamente previsto nello stesso patto, mediante atto di recesso.

In tal modo, il legislatore ha attribuito ai soggetti coinvolti la facoltà di ripristinare – attraverso un successivo mutuo dissenso o un successivo atto di recesso – la situazione giuridica precedente, ove qualcosa non dovesse funzionare, ovvero non dovesse svolgersi secondo le rappresentazioni e gli scopi avuti presenti con la stipulazione del patto di famiglia; ovvero la facoltà di modificare – mediante un successivo contratto – il regolamento di interessi contenuto nel patto di famiglia, onde ovviare a tali problemi. Com'è stato osservato, la predetta disposizione risponde, in de-

finitiva, alla funzione di governare quanto più possibile le cosiddette sopravvenienze.

Tanto chiarito, resta spazio solo per qualche osservazione sul diritto di recesso.

Si è già detto che il n. 2 dell'art. 768-*septies* c.c. consente anche il recesso unilaterale dal patto di famiglia, ma soltanto alla condizione che tale possibilità sia stata espressamente pattuita nel contratto stesso. Si tratta, dunque, di un recesso di fonte convenzionale e non già legale, come tale inquadrabile nella generale figura di cui all'art. 1373 c.c.

La lettera della disposizione in esame non pone alcun limite – né oggettivo né soggettivo – alla facoltà di recedere: pertanto, tale recesso, da un lato, si configura come *ad nutum*; e, dall'altro, sembra poter spettare a tutti i partecipanti al patto di famiglia, nessuno escluso.

Quanto appena osservato induce la maggior parte dei commentatori – e non potrebbe essere altrimenti – a stigmatizzare la scelta normativa di consentire in termini tanto ampi la possibilità di sciogliere unilateralmente il patto di famiglia, in quanto insanabilmente contraddittoria – e potenzialmente eversiva – rispetto al pur dichiarato obiettivo di rendere tale negozio il più possibile stabile e definitivo.

In considerazione di ciò, è senz'altro comprensibile e condivisibile la premura con la quale i commentatori si appellano ai notai affinché facciano accorto impiego della loro *ars stipulatoria*, da un lato vegliando, per così dire, sul modico uso del recesso – suggerendo alle parti di restringerne la legittimazione soggettiva (riconoscendolo, per es., al solo disponente e, comunque, non a tutti i partecipanti al patto di famiglia) e l'ampiezza oggettiva (per es., subordinandone l'esercizio alla ricorrenza di specifiche cause predeterminate) – e, dall'altro, prevedendo una minuziosa disciplina convenzionale delle obbligazioni restitutorie discendenti dal recesso.

Va infatti considerato, al riguardo, che il recesso del disponente comporta il necessario scioglimento del contratto, giacché il venir meno dell'attribuzione effettuata all'assegnatario priverebbe di causa anche la liquidazione ricevuta dai legittimari non assegnatari (o l'atto di rinunzia ad essa); e la stessa cosa deve dirsi, com'è ovvio, per quanto riguarda il recesso dell'assegnatario: con la conseguenza che, in entrambi i casi, si innesche-

rebbe un complesso gioco di restituzioni, che sarebbe oltremodo opportuno governare preventivamente mediante apposite clausole contenute nello stesso patto di famiglia.

Tale contratto potrebbe anche attribuire il diritto di recesso ad uno o più dei legittimari non assegnatari. Si è sostenuto che, in tal caso, il recesso del legittimario o dei legittimari non comporterebbe lo scioglimento del contratto (neanche nell'ipotesi in cui a recedere fossero tutti i legittimari non assegnatari), ma semplicemente l'obbligo di restituzione della somma eventualmente ricevuta a titolo di liquidazione della quota di legittima, con i relativi interessi, ovvero, qualora vi sia stata liquidazione con beni in natura, l'obbligo di retrocedere questi ultimi.

Tra chi aderisce a tale prospettiva si discute poi se il recesso di alcuno dei (o anche di tutti i) legittimari non assegnatari faccia venire meno per il recedente ogni preclusione all'azione di riduzione e alla collazione – come sembrerebbe logico credere, altrimenti esso sarebbe assolutamente privo di utilità pratica – ovvero renda applicabile al recedente il disposto dell'art. 768-*sexies* c.c.

A me sembra però che la tesi testé riferita – ritenendo che il recesso di uno, alcuni o anche tutti i legittimari non assegnatari non comporti lo scioglimento del patto di famiglia – sia plausibile solo all'imprescindibile condizione logica che si ammetta la non necessità, ai fini della validità del patto, della partecipazione di tutti i legittimari non assegnatari.

Se, invece, si ritiene – ed è questa la posizione dominante e senz'altro preferibile – che la validità del patto sia imprescindibilmente legata alla necessaria partecipazione di tutti i legittimari non assegnatari, nessuno escluso, logica esige che il recesso anche di uno solo di essi comporterà indefettibilmente lo scioglimento dell'intero contratto, dal momento che non si può certo consentire di raggiungere *ex post* un risultato – quello della mancata partecipazione al patto di famiglia di alcuno dei legittimari non assegnatari – ritenuto vietato *ab initio*.

Quest'ultima considerazione rende ancóra più evidente l'impatto distruttivo del recesso e stimola l'interprete a ricercare soluzioni che siano in grado di circoscriverne, in qualche modo, le potenzialità eversive.

In tal senso, non sembra potersi negare che il diritto di recesso

debba in ogni caso essere esercitato, dal soggetto in favore del quale è stato pattuito, entro un dato termine, non potendosi ammettere che un potere distruttivo di tal fatta possa essere esercitato *sine die*: è evidente, tanto per proporre un esempio eclatante, che consentire al disponente (o, *a fortiori*, alle altre parti) di sottrarre al discendente l'azienda attribuitagli col patto di famiglia, a distanza di dieci (o più) anni dalla sua stipula, quando costui casomai ha rinunciato ad altri possibili progetti di vita per fare l'imprenditore, significherebbe infliggere un *vulnus* irrimediabile (e inaccettabile) al fondamentale diritto ad autodeterminarsi.

Del resto, già in punto di teoria generale del contratto, si sostiene che il recesso *ex* art. 1373 c.c. debba essere necessariamente esercitato entro un dato termine, perché "un recesso esercitabile in perpetuo renderebbe il vincolo contrattuale frutto dell'arbitrio di una parte".

Resta allora il problema di quantificare questo termine. Si potrebbe ritenere, a tal riguardo, che il recesso debba essere esercitato entro un anno dalla stipula del patto di famiglia, argomentando in tal senso dalla previsione del comma 2 dell'art. 768-*quinquies* c.c., la quale lascerebbe intendere che il legislatore ha inteso circoscrivere entro questo limite massimo l'incertezza relativa alla stabilità degli effetti di tale negozio.

In alternativa, potrebbe soccorrere quella teoria che qualifica il potere di recedere dai contratti che (come il patto di famiglia) abbiano già prodotto gli effetti reali loro propri come diritto di riscatto, conseguentemente ritenendo applicabili i termini previsti dall'art. 1501 c.c.: il recesso potrà pertanto essere esercitato entro il termine di due anni, se il patto di famiglia aveva ad oggetto partecipazioni societarie o aziende non comprendenti beni immobili; si potrà poi pensare di estendere tale termine fino a cinque anni, qualora l'azienda ceduta comprendesse anche diritti reali immobiliari.

Prof. Avv. Vincenzo Verdicchio

NOTE

1) È evidente che in tale ipotesi la qualifica d'imprenditore spetterebbe esclusivamente all'affittuario (o al comodatario), l'unico che svolgerebbe attività d'impresa.

2) Il problema rischierebbe di non trovare soluzione, almeno il più delle volte, neanche ri-

correndo alla donazione – pur sempre possibile – giacché in tal caso (sussistendone i presupposti) non si sfuggirebbe né alla collazione né all'azione di riduzione.

3) Ciò in perfetta simmetria, del resto, con l'espressione utilizzata dallo stesso testo dell'art. 768-*bis* c.c. con riferimento all'altro possibile oggetto del patto di famiglia – le quote societarie –: in tal caso, infatti, la predetta disposizione qualifica il disponente appunto come "il *titolare* [delle partecipazioni societarie]".

4) Si ricorda che, secondo il modello legale delineato dall'art. 2257 c.c. (che deve intendersi richiamato, per la s.n.c., dall'art. 2293 c.c.), tutti i soci di società semplice e di s.n.c. hanno automaticamente il potere di amministrazione, salvo diversa pattuizione contenuta nell'atto costitutivo.

5) E, peraltro, come appena notato con riguardo ai soci illimitatamente responsabili della società semplice e della società in nome collettivo (cfr. la nota precedente), anche per la società in accomandita semplice si ritiene, in virtù del doppio richiamo degli artt. 2315 e 2293 c.c. (in relazione all'art. 2257 c.c.), che il contratto sociale possa riservare il potere di amministrazione soltanto ad alcuni degli accomandatari, con esclusione degli altri. In tal caso, in coerenza con quanto precedentemente affermato, si dovrebbe concludere che oggetto del patto di famiglia possano essere soltanto le partecipazioni degli accomandatari amministratori, e non anche quelle degli accomandatari non amministratori.

Profili fiscali del patto di famiglia

Per quanto concerne il tema a me affidato, incentrato sugli aspetti fiscali del patto di famiglia, è utile premettere che la novità e la peculiarità di questo istituto, tuttora oggetto di un vivace dibattito nell'indagine della dottrina civilistica, impongono un'estrema cautela nell'approfondirne i profili fiscali; da un lato, infatti, il legislatore fiscale ha dettato una disciplina specifica solo per taluni effetti di tale istituto, ai fini come vedremo dell'imposizione indiretta; dall'altro va considerata la variegata articolazione e qualificazione delle movimentazioni di ricchezza che possono essere generate da questi patti, con il pericolo attuale, per tale istituto, di generare una tassazione non programmata. Tutto ciò nella pacifica consapevolezza che il regime di tassazione può fare la fortuna di un istituto, come è avvenuto per un certo periodo a favore del contratto di leasing, ovvero decretare la sua marginalità nel contesto economico.

Fatta questa premessa, volevo ribadire che la disciplina tributaria che è stata recentemente emanata con la finanziaria 2007, in realtà consente di risolvere agevolmente solo alcune delle problematiche fiscali inerenti tali patti; questa disciplina però, se interpretata nell'ambito di una serie di riflessioni più ampie, ed in tal senso mi riferisco principalmente agli importanti contributi emersi alla luce di quanto detto nel corso dei lavori odierni, può contribuire a fornire un quadro meno incerto anche da un punto di vista fiscale; dico meno incerto in quanto siamo in presenza di una specifica disciplina tributaria ancora carente e parziale, peraltro priva di interpretazioni ufficiali dell'Amministrazione Finanziaria, se non in misura molto marginale, come cercherò di delineare.

Dal punto di vista tributario, ciò che rileva essenzialmente nei patti di famiglia, volendo essere "brutali", è la manifestazione di ricchezza, ed è su tale profilo che è incentrata l'attenzione dell'erario; a tal proposito occorre "stabilire" se essa avviene a titolo oneroso, in parte a titolo oneroso ed in parte a titolo gratuito, ovvero sostanzialmente a titolo gratuito. Alcune considerazioni che sono emerse nel convegno di oggi, tra cui in particolare quelle del prof. Minervini, sembrerebbero orientarsi nel ritenere che

il patto di famiglia sia un negozio sostanzialmente e complessivamente a titolo gratuito. Successivamente, sono emerse tutta una serie di considerazioni che riguardano quelle che possono essere le varie articolazioni di questo patto, e se le stesse debbano o meno essere considerate isolatamente.

Se prevale l'idea che trattasi di un unico negozio con una causa assorbente a titolo gratuito, già questo approccio consente di risolvere preliminarmente tutta una serie di aspetti fiscali che altrimenti, alla stregua della disciplina fiscale vigente, affonderebbero l'istituto definitivamente. Se riteniamo infatti che questo patto possa avere anche solo per aspetti marginali, quali le liquidazioni ai legittimari non assegnatari, profili di onerosità, allora è dietro l'angolo il pericolo di una tassazione "squilibrata", con la conseguenza che questo istituto nascerebbe già "morto", con "buona pace" dell'interesse per il disponente di assicurare nel passaggio generazionale il controllo futuro dell'impresa. Se propendiamo, invece, come mi sembra emergere anche dalla relazioni che mi hanno preceduto, per una ricostruzione complessiva delle movimentazioni di ricchezza generate dal patto nell'ambito dei negozi a titolo gratuito, è possibile delineare l'indagine fiscale alla stregua di due aspetti essenziali: il profilo della imposizione diretta ed il profilo della imposizione indiretta.

Per quanto riguarda il profilo della imposizione diretta, non c'è nessuna norma specifica in materia, neppure nella citata finanziaria; il problema si pone in primo luogo per il trasferimento di azienda in quanto, in via generale, tutti gli atti sia a titolo oneroso, sia a titolo gratuito che determinano la fuoriuscita di cespiti dal regime dei beni d'impresa, implicano normalmente l'applicazione dell'imposta, che viene commisurata, in assenza di corrispettivo, al valore normale dei beni trasferiti. Nella specifica ipotesi però del trasferimento dell'azienda, è possibile rinvenire una soluzione già nella legislazione vigente (Tuir), sempre che riconduciamo il trasferimento di azienda che può avvenire attraverso la disciplina del patto di famiglia, a quello che è un negozio a titolo gratuito. Ferma tale premessa, risulterebbe applicabile anche per i patti di famiglia, la speciale disciplina prevista per i trasferimenti di azienda a titolo gratuito contenuta nell'art. 58 del Testo Unico, che in deroga alla ordinaria circolazione dei beni d'impresa, a determinate condizioni, non assoggetta a tassazione le

plusvalenze latenti in caso di cessione d'azienda a titolo gratuito. Per una maggiore comprensione di quanto detto è opportuno richiamare il comma 1 della norma citata: *"Per le plusvalenze derivanti da cessione delle aziende, le disposizioni del comma 4 dell'articolo 86 non si applicano quando è richiesta la tassazione separata a norma del comma 2 dell'articolo 17. Il trasferimento di azienda per causa di morte o per atto gratuito non costituisce realizzo di plusvalenze dell'azienda stessa; l'azienda è assunta ai medesimi valori fiscalmente riconosciuti nei confronti del dante causa. I criteri di cui al periodo precedente si applicano anche qualora, a seguito dello scioglimento, entro cinque anni dall'apertura della successione, della società esistente tra gli eredi, la predetta azienda resti acquisita da uno solo di essi"*.

Il trasferimento avverrebbe quindi a titolo gratuito con un disallineamento tra i valori fiscali ed i valori civili dell'azienda; questa soluzione, che evita l'immediata tassazione dei plusvalori latenti dell'azienda, non ostacola al contempo l'esigenza di delineare con precisione i valori effettivi dei beni sul piano civilistico, anche alla stregua di una apposita perizia, così come condivisibilmente consigliato in precedenza, al fine di evitare possibili controversie inerenti la lesione dei diritti dei legittimari.

E' il caso di precisare che, se il trasferimento a titolo gratuito non viene assoggettato ad imposizione, bisogna conservare da un punto di vista fiscale i valori che i beni avevano prima del trasferimento, determinando, come già detto, una divaricazione dei valori fiscali dei beni rispetto a quelli civili, con una inevitabile complicazione nella gestione di ammortamenti, plusvalenze, ecc.

Procedendo nell'ambito dell'ipotesi descritta, le somme che vengono erogate ai legittimari, anche se pagate dal discendente, non dovrebbero incidere su quello che è il valore fiscale dell'azienda, risultando irrilevanti a tal fine (e quindi non utilizzabili per ridurre eventuali plusvalenze future sui beni aziendali). Non ritengo, infatti, che attualmente vi sia spazio per una diversa interpretazione, in assenza di una disciplina specifica inerente gli aspetti reddituali dei patti di famiglia.. Riepilogando gli effetti ai fini delle imposte sui redditi, alla stregua della prospettiva interpretativa delineata, si rileva che in caso di patto di famiglia implicante il trasferimento (a titolo gratuito) di azienda, non si pagano imposte sulla plusvalenza, che

rimane latente da un punto di vista tributario, conservando i beni aziendali i medesimi valori fiscali che avevano in capo al dante causa. I pagamenti effettuati a favore del legittimario, assorbiti nella causa dell'operazione negoziale complessiva, rilevano quali erogazioni a titolo gratuito e pertanto non sono utilizzabili per ridurre il costo fiscale degli eventuali plusvalori latenti, che, all'atto della loro futura tassazione, andranno calcolati al lordo di tali versamenti.

A margine di tali considerazioni, può osservarsi che oggi, paradossalmente, la disciplina applicabile ai patti di famiglia in merito al trasferimento a titolo gratuito dell'azienda è penalizzante rispetto alla disciplina del passaggio di quote, in quanto il passaggio dell'azienda implica una diretta circolazione dei beni d'impresa; con la conseguenza che, da un punto di vista fiscale, tutte le "fuoriuscite" dei beni dal regime fiscale dei beni d'impresa, anche a titolo gratuito, comportano la tassazione dei plusvalori latenti. Se, invece, il soggetto che dispone dei propri beni non è un'impresa ma un privato, il trasferimento di beni a titolo gratuito non costituisce normalmente reddito imponibile.

Prima di esaminare i profili delle imposte indirette, vorrei concludere la disamina concernente l'imposizione sui redditi ed i patti di famiglia con un'ultima osservazione. E' opportuno sottolineare che, volendo procedere in concreto alla stipula di un patto di famiglia, inteso anche come strumento di sistemazione di quello che è il patrimonio (imprenditoriale e non) del disponente, sarà spesso necessario procedere a tutta una serie di operazioni preliminari che consentano di giungere alla effettiva definizione del patto stesso. Queste operazioni preliminari, che possono essere a titolo esemplificativo: cessioni o conferimenti di partecipazioni societarie e/o di aziende, scissioni, fusioni, operazioni sul capitale di società, ecc., implicheranno una possibile censura fiscale, con particolare riferimento alla potenziale applicazione dell'art. 37 bis del DPR 600 del 1973, ed alla mancanza di valide ragioni economiche. Quindi, l'eventualità di effettuare una o più operazioni preliminari al patto di famiglia, deve essere valutata con attenzione alla luce di questa specifica disposizione, che, se ritenuta applicabile dall'Amministrazione finanziaria, rischia di vanificare i "benefici" sostanziali e quindi anche le finalità del patto di famiglia, pur facendone salvi gli effetti civilistici; si pensi in par-

ticolare all'eventualità di una rettifica fiscale delle operazioni prodromiche al patto, con conseguenze economiche che possono essere anche molto onerose. Tutte le operazioni preliminari, pertanto, devono essere pianificate e realizzate con estrema attenzione, magari all'interno di un unico "programma di sistemazione" che includa anche lo stesso patto di famiglia in itinere, al fine di contemperare le ragioni civilistiche con le opportune esigenze di cautela fiscale. Non è esclusa, a tal proposito, l'eventualità di accedere ad un interpello preventivo dell'Amministrazione finanziaria, nelle forme e nei modi previsti dall'ordinamento tributario vigente.

Passando al regime delle imposte indirette inerente i patti di famiglia, vorrei adesso soffermarmi su quella che è l'unica specifica normativa fiscale, peraltro recentissima, che concerne espressamente il patto di famiglia, contenuta nella **Legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Finanziaria 2007), ai commi 78 e 79**. In particolare, con l'intervento in esame il Legislatore, nel rispetto di indicazioni provenienti dalla Commissione Europea, ha stabilito un regime di esenzione correlato al passaggio generazionale dell'impresa. Questa regolamentazione, più precisamente, che è in effetti correlata alla recente reintroduzione dell'imposta sulle successioni e donazioni (avvenuta ai sensi del D.L. 262/2006 convertito con la Legge 24.11.2006 n. 286), disciplina una nuova fattispecie di esenzione all'interno di quella che è appunto la vigente disciplina delle imposte di successione e donazione. La disposizione in particolare recita testualmente: *Al testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni, di cui al decreto legislativo 31 ottobre 1990, n. 346, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:*

a) all'articolo 3, è aggiunto, in fine, il seguente comma: "4-ter. I trasferimenti, effettuati anche tramite i patti di famiglia di cui agli articoli 768-bis e seguenti del codice civile a favore dei discendenti, di aziende o rami di esse, di quote sociali e di azioni non sono soggetti all'imposta. In caso di quote sociali e azioni di soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera a), del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, il beneficio spetta limitatamente alle partecipazioni mediante le quali è acquisito o integrato il controllo ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, numero 1), del codice civile. Il beneficio si applica a condizione che gli aventi causa proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa

o detengano il controllo per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento, rendendo, contestualmente alla presentazione della dichiarazione di successione o all'atto di donazione, apposita dichiarazione in tal senso. Il mancato rispetto della condizione di cui al periodo precedente comporta la decadenza dal beneficio, il pagamento dell'imposta in misura ordinaria, della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, e degli interessi di mora decorrenti dalla data in cui l'imposta medesima avrebbe dovuto essere pagata".

Questa norma, in particolare, chiarisce che i trasferimenti di aziende o di rami di esse, di quote sociali e di azioni effettuati a favore dei discendenti, anche se avvenuti per il tramite dei patti di famiglia (la portata dell'esenzione è quindi più ampia), non sono soggetti all'imposta di successione e donazione nonché alle imposte ipotecarie e catastali. Tutto ciò a condizione che i discendenti proseguano l'attività d'impresa per almeno cinque anni, ovvero, se il trasferimento ha per oggetto partecipazioni in società di capitali, detengano il controllo per lo stesso periodo. Questi trasferimenti, quindi, sono esentati dall'imposizione indiretta.

Chiaramente l'interpretazione di questa normativa fiscale pone delle problematiche specifiche, in quanto dalla stesura testuale si evince una differenza tra le partecipazioni che riguardano soggetti IRES e le partecipazioni di altri soggetti. Dalla lettera della norma, infatti, si rileva che per le partecipazioni in soggetti diversi da quelli IRES, cioè in società di persone, non c'è il limite del controllo con un'estensione di fatto del beneficio dell'esenzione. La norma fiscale, inoltre, distingue il beneficio del controllo a seconda che si tratti di aziende o di partecipazioni, nel senso che nel caso di aziende si preoccupa della continuità dell'attività d'impresa, per le partecipazioni occorre detenere le partecipazioni di controllo per almeno cinque anni. A tal proposito esiste una **circolare ministeriale, la n. 11 del 16 febbraio 2007**, ampia sulla finanziaria, che rispondendo ad un quesito sull'applicabilità di detti benefici nel trasferimento a favore di tre eredi, anche a mezzo di patto di famiglia, di una partecipazione di controllo, ribadisce la spettanza del beneficio anche se la partecipazione è ceduta in comproprietà.

Volevo concludere segnalando un'ultima particolarità che, almeno ad una prima lettura, appare come una vera e propria svista. La disciplina tributaria prevede il requisito del controllo soltanto per le società di capita-

li residenti in quanto la norma richiama l'art. 73, comma 1, lett. a) del Testo Unico, laddove sono elencate appunto le società di capitali residenti, mentre le non residenti sono disciplinate alla lett. b). Una simile interpretazione, caratterizzata dall'assenza di limitazioni per le partecipazioni in società non residenti e necessità del controllo per almeno cinque anni per le società residenti, determinerebbe una sorta di discriminazione inversa a favore delle società di capitali non residenti, cosa che *prima facie* sembra paradossale. Infatti, se cedessi a titolo gratuito, anche all'interno di un patto di famiglia, una partecipazione di una società di capitali non residente, anche se non c'è il controllo, spetterebbe il beneficio, che invece non spetterebbe nella cessione a titolo gratuito di partecipazioni di società di capitali residenti. Per tali motivi sembrerebbe più coerente un'interpretazione che estenda la disciplina delle società residenti a quelle non residenti, distinguendo in modo analogo le società di persone dalle società di capitali. E' bene ribadire, tuttavia, che contro una tale interpretazione sussiste un serio ostacolo nella lettera della norma.

Concludo ricordando che, ovviamente, tutte le considerazioni espresse, sia pure problematicamente ed "a prima lettura", presuppongono l'adesione ad un'ipotesi in cui tutte le movimentazioni economiche dei patti di famiglia sono considerate "complessivamente" trasferimenti a titolo gratuito. E' evidente che, se tale profilo viene negato o si complica a livello civilistico, automaticamente può mutare anche sul piano fiscale. Se io considerassi, infatti, a titolo esemplificativo, i pagamenti fatti ai legittimari esclusi come atti a titolo oneroso, automaticamente diverrebbero (potenzialmente) applicabili altre norme fiscali; si pensi, per le imposte sui redditi, alla disciplina dei redditi diversi di cui all'art. 67, comma 1, lett. l) del Testo Unico. Questa disposizione, che è una disciplina di "chiusura", attrae nel regime impositivo dei redditi diversi tutte le somme in funzione di obblighi di fare, non fare o permettere, con un disposto molto ampio e agevolmente suscettibile di interpretazione estensiva, che di fatto può ricondurre all'imposizione sul reddito una serie quasi indefinita di fattispecie; tra queste potrebbero anche essere ricondotti anche i pagamenti fatti ai legittimari, se qualificati quali atti a titolo oneroso.

Prof. Avv. Stefano Fiorentino

L'archetipo della nullità virtuale in diritto amministrativo

Tradizionalmente vengono definite virtuali le nullità non espressamente dichiarate tali dal legislatore, ma che conseguono alla contrarietà a norme imperative[1].

Le nullità virtuali hanno il loro referente normativo, nel nostro ordinamento giuridico, nell'art. 1418, comma 1 c.c. laddove statuisce che "il contratto è nullo per contrarietà a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente" e che pertanto può essere definito come la fonte di una serie indefinita di nullità comminate in modo indiretto, nonché, per esclusione, dall'art. 1418, comma 2 c.c. che fa riferimento a vizi strutturali del negozio giuridico: "Producono la nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325…"

Sembra, dunque, da questa lettura congiunta che la nullità riconosciuta dal nostro codice civile, preveda due distinte fattispecie: in base al disposto dell'art. 1418, comma 1 c.c. il contratto sarà nullo, salvo che la legge non disponga diversamente, per la sola contrarietà a norme imperative, dando così origine a due distinte sottocategorie, la nullità testuale e la nullità virtuale; in base al comma secondo dello stesso articolo, la nullità discende, poi, dall'illiceità o mancanza degli elementi strutturali. In particolare, poi, per quanto riguarda la categoria della nullità virtuale, dalla lettura congiunta dei due commi dell'art. 1418 c.c., emergerebbe che la nullità virtuale opera tanto per contrarietà a norme imperative, quanto per carenza degli elementi strutturali dell'atto giuridico.

Per quanto concerne le nullità testuali, esse sono la conseguenza di una espressa comminatoria ad opera del legislatore. All'interno di questa categoria vengono[2] individuate ipotesi di nullità puramente superflue (per le quali, a rigore opererebbe la trasmigrazione in nullità virtuali), perché il legislatore sanziona la nullità in situazioni nelle quali questa sarebbe in ogni caso derivata dall'applicazione delle regole generali per effetto delle deficienze strutturali[3] del negozio - tra le tante si suole ricordare l'art. 1895 c.c. che sancisce la nullità del contratto di assicurazione se il rischio non è

mai esistito o ha cessato di esistere prima della conclusione del contratto - o per la violazione di una norma imperativa – un esempio può esserne il divieto del commercio delle armi o di altri beni per motivi di ordine pubblico.

Tra i casi in cui l'esplicita previsione della nullità è utile all'interprete, perché sancisce la nullità con riferimento a particolari situazioni nelle quali le disposizioni generali dell'art. 1418 c.c. non escludono taluni dubbi sulla sanzione e sulla disciplina applicabile, si suole indicare l'art. 30, comma 7 del T.U. in materia di intermediazione finanziaria, il dlgs. 1998 n. 58, che statuisce, in caso di mancata indicazione della facoltà di recesso nei moduli o nei formulari, la nullità del contratto di investimento

Tuttavia alcuni dei maggiori problemi interpretativi che la civilistica odierna ha affrontato nell'analisi dell'art. 1418, comma 1 è che esso non sembra escludere la possibilità che il legislatore possa adottare una sanzione diversa dalla nullità[4], in virtù dell'inciso finale dell'articolo.

Ne consegue un particolare tipo di nullità (di valore) che promana dalla violazione di norme imperative non assistite da alcuna specifica sanzione, ma la cui cogenza è però tale che il rimedio dell'annullabilità appare inadeguato, nella misura in cui consente *medio tempore* la produzione degli effetti. Ne deriva che il punto focale circa la sussistenza della nullità virtuale è costituito dall'accertamento del carattere di norma imperativa o di norma dispositiva del precetto e ciò attraverso criteri imperniati sulla finalità della norma, sugli interessi perseguiti, sul valore tutelato.

Nel diritto amministrativo[5] sembra che un analogo problema non abbia a porsi, poiché tutte le norme che regolano l'azione amministrativa sono imperative, in quanto norme di diritto pubblico, che curano, cioè, interessi pubblici, a meno che esse stesse non consentano una deroga, ed invero è piuttosto raro che le norme sull'azione amministrativa si autoqualifichino come suppletive o meramente dispositive.

La dottrina e la giurisprudenza cd. classica del diritto amministrativo[6] hanno considerato, pertanto, con diffidenza la categoria della nullità, ritenendola incompatibile soprattutto con il sistema processuale amministrativo, atteso che: a) i soggetti legittimati a chiedere l'annullamento dell'atto sono limitati, laddove l'*actio nullitatis* così come costruita dalla dottrina

civilistica, può essere esercitata da chiunque vi abbia interesse; b) l'azione amministrativa deve essere esercitata entro brevissimi termini di decadenza, mentre l'azione di nullità è imprescrittibile, salvi gli effetti dell'usucapione o altri effetti consolidati; c) il vizio della nullità non può essere rilevato d'ufficio, né dal giudice, né dall'amministrazione, a differenza di quanto accade per la nullità civilistica; d) ancóra, il provvedimento invalido è sanabile, mentre tale non è il negozio nullo.

Le correnti dottrinali e giurisprudenziali che si sono fronteggiate nel corso degli anni hanno visto l'emersione accanto ad una corrente pubblicistica o autonomistica od anche classica del diritto amministrativo, il cui pensiero si è testè riprodotto - in forma sintetica - anche una visuale cd. privatistica o negoziale del fenomeno, dando così vita ad una contrapposizione spesso accesa, ma in fatto sterile visto che la giurisprudenza non è mai andata oltre l'affermazione di soluzioni contingenti[7].

La teoria che si suole definire negoziale, afferma che mancando nel diritto amministrativo una disciplina generale della nullità occorre applicare le categorie civilistiche assimilando il provvedimento al contratto, per cui verrebbero in considerazione i medesimi stati patologici propri del negozio giuridico.

La nullità, poi, si scinderebbe, a sua volta, anche per il diritto amministrativo, in nullità testuale, nullità strutturale e nullità virtuale a seconda che essa derivi dalla violazione di una norma imperativa assistita dalla sanzione della nullità, dalla carenza di uno degli elementi essenziali del negozio giuridico o dal contrasto con una norma che pur non collegando alla propria violazione la nullità, purtuttavia sia da ritenere imperativa (cd. nullità virtuale *ex* art. 1418, comma 1 c.c. seconda parte).

Secondo questa teoria, l'estensione delle categorie civilistiche comporta l'applicabilità delle regole processuali dell'*actio nullitatis* proprie del diritto privato e cioè delle regole dell'imprescrittibilità dell'azione, della legittimazione attiva estesa a qualunque soggetto interessato, della rilevabilità d'ufficio, dell'insanabilità del vizio.

Sforzo centrale della tesi negoziale è costituito dal tentativo di armonizzare la nullità virtuale per violazione di norme imperative con il vizio di violazione di legge, pervenendo in verità a risultati non intieramente convincenti[8].

Obiezioni di fondo alla dottrina negoziale sono state sollevate, infatti, dalla teoria pubblicista[9] (o nelle sue espressioni estreme panpubblicista), i cui più autorevoli esponenti predicano l'autonomia del diritto amministrativo dal diritto civile anche *sub specie* dell'invalidità degli atti giuridici.

In particolare, per quanto concerne la nullità strutturale, la teoria pubblicista sostiene che essa non sarebbe coerente con la particolare fisionomia del provvedimento amministrativo, giacché l'ordinamento amministrativo non indica gli elementi essenziali e neppure quelli accidentali, con la consequenziale impossibilità di applicare la previsione di cui al combinato disposto dell'art. 1418, comma 2 e del 1325 c.c.; in ogni caso si afferma che quando il provvedimento risulta mancante di un elemento costitutivo esso è da considerare inesistente[10] oppure annullabile, concretizzando, in questo secondo caso, le predette deficienze strutturali un vizio di violazione di legge.

A giudizio di questa corrente dottrinale[11] non sarebbe, poi, applicabile nel diritto amministrativo la stessa nozione di norma imperativa propria del diritto civile. In questo senso, poiché tutte le norme che regolano l'azione amministrativa sono da considerare imperative sarebbe da ritenere inutile la disposizione di cui al citato art. 26 del TU. 1054/1924, - nonché dell'art. 2 della legge T.A.R. - nella parte in cui sanziona con l'annullabilità la violazione di legge[12]. Tuttavia, continua questa dottrina, poiché tale interpretazione risulta abrogativa dell'art. 26 citato, e ciò è in contrasto con il nostro sistema di giustizia amministrativa, è evidente che nel diritto amministrativo non trova cittadinanza innanzitutto la nullità virtuale, giacché anzi la regola comune è quella che sanziona tutte le violazioni di legge con l'annullabilità.

Per quanto riguarda le ipotesi di nullità testuale, infine, la giurisprudenza, orientata per lo più su posizioni di tipo pubblicistico, pur in presenza di un chiaro disposto normativo, ha ritenuto sussistente in astratto la nullità, ma ha finito per ripiegare sulla più familiare nozione dell'annullabilità, opinione questa che ha comportato il non trascurabile effetto collaterale per cui fino a quando non interviene la sentenza che pronuncia l'annullamento, l'atto è efficace ed eseguibile[13].

Dalle sempre più numerose pronuncie del giudice amministrativo[14],

volte a riconoscere uno spazio di applicabilità alla nullità anche nel diritto amministrativo, è scaturita un terza concezione[15], per così dire mediana, rispetto ai due tradizionali approcci, negoziale e pubblicistico.

Partendo dal dato che tutte le norme del diritto amministrativo sono imperative, si è proposto di distinguere tra norme imperative di azione e norme imperative di relazione ovvero, mutuando la terminologia kantiana, tra imperativi categorici e imperativi ipotetici.

Gli imperativi categorici o norme imperative di azione, sarebbero insofferenti a qualsivoglia sfera di discrezionalità e libertà di scelta da parte dell'amministrazione e sono sanzionate indefettibilmente in termini di nullità, le norme imperative di relazione, o imperativi ipotetici, invece, lascerebbero residuare in capo alla P.A. un margine di azione, e sono assistite soltanto dall'annullabilità.

In altri termini secondo questa dottrina, nell'àmbito delle norme imperative è possibile per l'interprete individuare due categorie di norme, a seconda del fine perséguito e della maggiore o minore cogenza. Le une non ammettono altra sanzione che la nullità, le altre possono essere assistite dalla mera annullabilità del provvedimento amministrativo.

Fuori di metafora, quando l'amministrazione opera nell'esercizio di attività vincolata, essa sarebbe soggetta ad un imperativo categorico, ciò in considerazione del fatto che il regolamento di interessi è completamente predeterminato e quindi imposto dalla P.A., nella ipotesi in cui, invece, le disposizioni attributive dei poteri lasciano uno spazio di discrezionalità all'agire della P.A., la condotta della medesima è sottoposta ad un imperativo ipotetico, che per una parte dell'azione predetermina il regolamento degli interessi, mentre per l'altra lo lascia alla libera scelta della P.A.

Si tratta di una ricostruzione che se da una parte, negli esiti, rivendica al diritto amministrativo spazzi di autonomia rispetto all'art. 1418 c.c., configurando vizi tipicamente pubblicisti quali la carenza di potere in concreto ed in astratto, per altro verso attribuisce rilievo alle patologie civilistiche riconoscendo oltre alle nullità testuali, la categoria della nullità per difetto strutturale[16].

A differenza del diritto civile, dunque, nella disciplina del procedimento amministrativo e del processo amministrativo, non era dato rinve-

nire, fino all'entrata in vigore della legge 11/02/05 n. 15, una disciplina positiva della invalidità del provvedimento amministrativo ed in proposito si è anche aggiunto[17] che l'art. 14 della legge in considerazione, introducendo nel *corpus* della legge sul procedimento, un nuovo Capo IV, intitolato "*Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso*" avrebbe colmato così la più vistosa lacuna della legge n. 241/90[18]. In altri termini la legge citata avrebbe introdotto, accanto alla disciplina del procedimento, una disciplina puntuale del provvedimento, regolandone l'efficacia, l'invalidità, la sospensione, la revoca, l'annullamento d'ufficio, la convalida, etc.

Il background di questo intervento va ricercato in tutta una serie di previsioni legislative che hanno dato il via al riconoscimento della nullità del provvedimento amministrativo in alcuni rilevanti settori come il pubblico impiego, il settore della spesa pubblica o in tema di proroga degli organi amministrativi. A questi interventi normativi ha fatto eco la storica sentenza dell'Adunanza plenaria del 19/03/84 n. 6 che ha dichiarato nullo per carenza di potere il provvedimento amministrativo elusivo del giudicato, cui sono seguite una serie di importanti pronuncie "ampliative" ad opera del massimo organo della giustizia amministrativa[19].

L'articolo 21 *septies* della legge 15/05, come detto, consacra l'esistenza della categoria della nullità del provvedimento amministrativo[20]: la norma chiarisce come sia nullo il provvedimento amministrativo che manca dei suoi elementi essenziali (dando così cittadinanza alla nullità strutturale, con le connesse perplessità a cui poc'anzi accennavamo), che è viziato da difetto assoluto di attribuzione (possibile ipotesi di nullità virtuale), che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge (ipotesi di nullità testuale che non presenta soverchi problemi teorici in presenza di una indicazione nominativa). Vengono in tal modo riprese categorie e concetti noti agli addetti ai lavori anche se riferite più alla nozione di inesistenza che non alla nullità[21].

Circa le ipotesi di nullità strutturali, l'art. 21 *septies*, come anticipato è destinato a suscitare problematiche applicative di non poco momento, poiché quando la norma parla di elementi essenziali dell'atto, impone di sta-

bilire quali siano questi elementi, il che ripropone il problema di fondo dovuto all'assenza di una norma che definisca la struttura del provvedimento, come, invece, fanno l'art. 1325 c.c. per il contratto o gli artt. 601 ss. del codice civile per il testamento.

Una recente dottrina[22] ha chiarito in modo attento, come i pretesi elementi essenziali del provvedimento amministrativo non sono in realtà tali, perché l'atto amministrativo non ha la stessa natura del contratto.

Infatti, per quanto riguarda il soggetto, cioè l'autorità amministrativa che adotta il provvedimento, essa non è un elemento essenziale, perché si pone al di fuori della struttura dell'atto stesso. La presenza dell'organo amministrativo si avverte soprattutto nel procedimento, ossia nella fase che precede l'adozione dell'atto. La presenza di vizi della volontà non è di per sé tale da determinare la nullità dell'atto che è invece inesistente o annullabile a seconda dei casi. Analogamente è a dirsi per quanto concerne i vizi del contenuto, inteso come il regolamento precettivo degli interessi realizzato dall'atto.

Le medesime considerazioni sono da ribadire per quanto concerne la causa o l'oggetto del provvedimento, che nella teoria del provvedimento assumono un ruolo diverso rispetto al contratto.

La causa del provvedimento amministrativo, non va intesa come funzione economico sociale, quanto piuttosto come finalità pubblica o funzione del provvedimento amministrativo. La mancanza della causa, al pari della illiceità di essa – ipotesi che si ravvisa nell'accordo corruttivo tra il funzionario ed il privato[23] – in realtà sono classiche figure di eccesso di potere[24], in quanto rivelatrici della deviazione finalistica e funzionale del provvedimento amministrativo, ne consegue che nel diritto amministrativo anche l'illiceità o la mancanza della causa sono costitutive di un mero vizio di annullabilità del negozio.

Quanto poi ai vizi formali, la tesi pubblicista - prevalente in giurisprudenza e dottrina come già ricordato – ripudia la tesi civilista alla stregua della quale la mancanza di una forma prescritta dalla legge comporti la nullità dell'atto. L'unico caso di espressa prescrizione *ad substantiam* di una forma scritta è quello di cui all'art. 11 della legge 241/90 che riguarda la materia dei contratti tra privati e pubblica amministrazione. Fermo

restando che la violazione del requisito formale determina la nullità dell'accordo, il punto è che la mancanza di una norma generale impedisce di introdurre ulteriori ipotesi di nullità per difetto di forma, facendo così ricadere il vizio *de quo* nella nullità virtuale.

Ancóra, quanto al difetto di sottoscrizione, mentre la tesi negoziale parla di nullità strutturale, la tesi pubblicista fa capo, invece, all'annullabilità, se non addirittura alla mera irregolarità ove la deficienza non pregiudichi la possibilità di identificare l'autore dell'atto. In questo senso si era già espressa la Consulta nell'ordinanza del 21/04/00 n. 117, secondo la quale l'autografia della sottoscrizione è elemento essenziale dell'atto amministrativo nei soli casi in cui sia espressamente prevista dalla legge – dunque una ipotesi di nullità testuale - altrimenti è sufficiente la concreta possibilità che sia individuabile l'autorità da cui l'atto proviene.

Si può aggiungere un riferimento ai vizi nella comunicazione di avvio del procedimento, che a nostro avviso integra un elemento essenziale del provvedimento - oltre che ovviamente del procedimento - in un ottica svincolata dalle teoriche contrattualistiche, per il quale l'art. 21 *octies* prevede una forma di conservazione del vizio dell'annullamento ed ancóra un riferimento al vizio della motivazione per il quale si evidenzia che esso costituisce l'unico elemento che la legge ritiene parte necessaria del provvedimento e che ai sensi dell'art. 3 della 241 del 90 è generalmente considerata causa di annullabilità del provvedimento amministrativo, mentre secondo opposta ermeneutica[25], la sua mancanza sarebbe addirittura da ricondurre all'ipotesi di illegittimità non invalidante di cui all'art. 21 *octies*.

Analogo discorso va fatto per la tesi secondo la quale la mancata verbalizzazione di una deliberazione collegiale costituisca causa di nullità: se non esiste alcuna norma che prescriva la verbalizzazione *ad substantiam*, non può che ritenersi che la delibera collegiale sia produttiva di effetti a prescindere dalla verbalizzazione e cioè che al più sia causa di annullamento della deliberazione.

Dal punto di vista applicativo si sottolinea come il problema vada forse sminuito, giacché nella pratica i provvedimenti continueranno sia ad essere impugnati entro il termine decadenziale, sia perché il vizio di viola-

zione di legge è idoneo a coprire molte delle fattispecie che si fanno rientrare nella nozione di nullità strutturale, mentre altre ne copre l'eccesso di potere. Resta ferma la regola interpretativa per cui nel dubbio la prevalenza debba accordarsi alla sanzione dell'annullabilità, in quanto la nullità è sanzione eccezionale[26].

Nell'ottica pubblicista, tuttavia, pur essendo l'aspetto funzionale dell'azione amministrativa tutto sommato marginale, l'analisi strutturale del provvedimento porta anche la dottrina[27] in considerazione a prospettare una ipotesi di nullità per difetto degli elementi essenziali ex art. 21 *septies* con riferimento agli atti adottati da un funzionario di fatto, in difetto dell'atto di nomina o nonostante un titolo di legittimazione nullo o inefficace; in sostanza la nullità scaturirebbe dall'assenza della volontà dell'amministrazione procedente.

In relazione alla disposizione dell'art. 21 *septies*, secondo cui il provvedimento amministrativo è nullo per difetto di attribuzione, si pone l'ulteriore e per certi aspetti più gravido problema di stabilire in che senso il legislatore abbia inteso parlare di difetto di attribuzione[28].

Secondo un'autorevole dottrina[29] il legislatore del 2005 ha introdotto una fattispecie di nullità virtuale, in quanto risulta ben raro che le norme amministrative comminino espressamente tale sanzione per i casi di violazione dei limiti esterni del potere stesso e da ciò l'esigenza dell'interprete di valutare se una norma attributiva di potere sia da intendere come norma inderogabile, oppure come disposizione la cui violazione dà luogo ad annullabilità.

Tale ipotesi interpretativa si fonda su due dati positivi: l'art. 21 *septies* ove si fa riferimento al difetto di attribuzione ed il primo comma dell'art. 21 *octies* ove si stabilisce che la violazione di norme – senza disposizioni di sorta – produce l'annullabilità del provvedimento[30].

In quest'ottica si potrebbe ipotizzare che la carenza di potere in concreto non abbia più diritto di cittadinanza nell'attuale sistema dell'invalidità del provvedimento amministrativo. In particolare si deve escludere che i vizi afferenti all'esercizio del potere amministrativo trovino sanzione sotto il profilo della nullità e che siano dunque assimilabili, quanto alle conseguenze invalidanti, al difetto radicale del potere. Costituisce, infatti, un

princípio generalmente diffuso[31] che il riferimento al difetto di attribuzione inteso come difetto della norma attributiva del potere, debba essere identificato come carenza di potere in astratto; ne risulterebbe confermata, nell'ottica da noi proposta, la tesi per cui la carenza di potere in concreto, che resta limitata a vizi incidenti sull'esercizio del potere, resterebbe esclusa dall'àmbito operativo della nullità.

Un ulteriore dato posto a fondamento delle opinioni dianzi accennate è costituito dalla espressa indicazione della nullità per violazione o elusione del giudicato. Come è noto l'atto adottato in violazione o elusione del giudicato é tradizionalmente considerato affetto da carenza di potere in concreto, da ciò consegue che ove nella locuzione "difetto assoluto di attribuzione" dovessero essere sussunte anche le ipotesi di carenza di potere in concreto, allora non avrebbe alcun senso l'autonoma previsione di una nullità per violazione o elusione del giudicato.

Ancóra si è sostenuto che il riferimento "ai casi espressamente previsti dalla legge" sembra escludere che i vizi diversi da quelli finora menzionati continuino ad essere considerati come ipotesi di nullità del provvedimento.

Conseguenza di queste affermazioni è che le ipotesi di carenza di potere in concreto cioè violazioni gravi di norme che disciplinano l'esercizio del potere trovano sanzione sempre e soltanto sotto il profilo dell'annullabilità, dunque ex art. 21 *octies*, che sanziona ipotesi di incompetenza cd.relativa[32].

Non convince, viceversa, l'approccio privatistico, giacché non tiene conto che il tema delle nullità, così come disciplinato dal nostro ordinamento è introdotto dalla corretta decifrazione dell'art. 1322, comma 1 che si occupa dell'autonomia delle parti di determinare il contenuto del contratto. Resta vero che un'approccio di questo tipo finisce per riprodurre l'identificazione tra causa e tipo, ma è altresì dalla lettura delle pagine della dottrina[33] sulla causa in concreto che emerge l'indeffettibile scelta legislativa in tal senso.

L'art. 1322, 2 introduce al tema dell'inesistenza, laddove prevede la libertà di concludere contratti non appartenenti ai tipi previsti dalla legge. A fondamento dell'inesistenza, la dottrina[34] più autorevole ha difatti col-

locato il giudizio di meritevolezza di cui all'articolo 1322, comma 2, giacché prima ancóra che l'interprete consideri se un negozio sia valido o nullo, deve essere valutato se l'oggetto del giudizio è un negozio o resta fuori dall'àmbito giuridicamente rilevante o magari integri un mero atto giurico o atto giuridico in senso stretto. Questa stessa dottrina spiega come la nozione di inesistenza operi quando l'atto è sottratto alla disciplina dell'invalidità ed in particolare quando l'atto non tollera alcuna forma di conservazione; per cui la categoria avrebbe solo valore concettuale e non applicativo, come rivelerebbe l'etereogeneità delle figure[35] che vi si ricomprendono.

D'altra parte desta perplessità di fonte alla indicazione nominativa della nullità per difetto di attribuzione - qualunque cosa con esso il legislatore abbia voluto intendere – o per violazione o elusione del giudicato parlare di nullità virtuale, posto che date le enunciazioni di premessa queste darebbero luogo a nullità testuale, ponendo, viceversa, complessi problemi di cordinamento del relativo regime processuale[36].

Sopravvive poi, l'indirizzo interpretativo obiettivizzato nell'art. 21 *octies* per il quale la violazione di legge dà luogo ad annullabilità come regola generale della patologia dell'atto amministrativo.

Tuttavia, si è notato che la legge n. 15/05 non si occupa della questione maggiormente importante e cioè a quale giudice ed eventualmente in quali termini possa richiedersi la pronuncia della nullità[37].

Codesto ostacolo è ora superabile per l'intervenuta vigenza dell'art. 21 *septies*, la cui portata deve, però, essere integrata dall'abbandono della diffusa equazione per cui a fronte di un atto nullo – cioè viziato da carenza di potere in astratto – si avrebbe la sola *figura iuris* del diritto soggettivo, e che risulta sbagliata al pari di quella che ritiene sussistente sempre diritti soggettivi a fronte di atti vincolati. Tale equivoco si fonda sulla non corretta individuazione della portata dell'art. 113 della Costituzione che subordina l'individuazione del giudice competente alla corretta qualificazione della situazione giuridica dedotta.

Anche sulla base dei recenti princípi affermati in materia dalla pronuncie della Corte costituzionale[38] e ritenendo superata la teorica dell'affievolimento dei diritti soggettivi, si può condividere l'orientamento di

quanti[39] ritengono che le situazioni giuridiche soggettive convivono dall'inizio e si manifestano a seconda del soggetto che pone in essere l'aggressione al bene intresse tutelato. In questa maniera se ad aggredire il bene interesse è la P.A. con un atto provvedimentale pur esistente, ma riversante in una di quelle situazioni che abbiamo detto gravemente viziate, la reazione del privato passerà attraverso l'attivazione dell'interesse al legittimo esercizio della azione amministrativa e si tradurrà nell'impugnazione del provvedimento davanti al giudice amministrativo, chiamato a sindacare l'atto per l'invalidità di cui al 21 *septies*. Ciò sulla base dell'assunto che anche nell'ipotesi di atto nullo, la pubblica amministrazione esercita un potere amministrativo bensì inidoneo alla produzione degli effetti, ma espressione di potestà pubblica e di autorità. Soltanto qualora l'atto non sia neppure esistente, perché adottato in assenza di potere e cioè di una norma legittimante e quindi non in grado di assurgere a fatto giuridicamente rilevante[40], l'aggressione sarà conosciuta dal giudice ordinario.

Da ultimo, il comma secondo dell'art. 21 *septies*, si occupa invece, delle questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato, per stabilire che esse sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In proposito sono stati avanzati forti dubbi circa l'intenzione del legislatore di espungere dall'ordinamento la giurisdizione non solo esclusiva, ma anche estesa al merito, prevista per l'esecuzione del giudicato amministrativo alla quale si è finora fatto ricorso per contestare i provvedimenti elusivi del giudicato. Secondo questa dottrina la disposizione va letta come confermativa della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ferma restando la giurisdizione di merito al ricorrere dei suoi presupposti di attivazione.

Avv. Gianluca Zarro

NOTE

1) A. VILLELLA, *Le nullità virtuali*, in *Le nullità negozialii di diritto comune, speciali e virtuali* a cura di L. FERRONI, Milano, 1998, p. 616 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto* 2, Milano, 2000, p. 608; R. TOMMASINI, *Nullità*, in *Enc. Dir.* XXVIII, Milano, 1978, p. 876 ss.

2) F. CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, II, Milano, 2003, p. 2239 ss.

3) In questa ottica più elaborata, anche la nullità testuale, diventa categoria generale in grado di abbracciare tanto deficienze strutturali dei negozi, quanto ulteriori violazioni di norme imperative.

4) Si suole riportare l'esempio dell'art. 2357 c.c. che, nel prevedere per le società il divieto di acquisto di azioni proprie, obbliga le stesse ad alienarle entro un anno dal loro acquisto. A rigor di logica non sarebbe possibile dubitare della natura imperativa della norma in questione, tuttavia il legislatore prevede una sanzione diversa dalla nullità derogando, in questo modo, al regime previsto dalla prima parte dell'art. 1418, comma 1.

Quanto alle ipotesi di incertezze dal punto di vista del regime giuridico, si pensi a tutta la tematica delle nullità relative e delle nullità di protezione, alle nullità previste dal legislatore a tutela del consumatore, che individuano tra l'altro i soggetti legittimati ad agire ed i limiti alla rilevabilità d'ufficio superando incertezze che sul punto sono state oggetto di dispute giurisprudenziali e dottrinali si rinvia a: E. QUADRI, *Le c.d. "Nullità di protezione*", in *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, I, a cura di F. BOCCHINI, Torino, 2003, p. 436. Si può completare il quadro facendo riferimento alla distinzione tra nullità successiva e nullità sopravvenuta; dove quest'ultima espressione sta ad indicare l'invalidità che rende il contratto improduttivo di effetti *ab origine*; viceversa la nullità successiva incide solo sul rapporto non consentendo al contratto di produrre ulteriori effetti, ma restando salvi gli effetti ed i valori giuridici che si sono già perfezionati. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile,* Napoli, 1976, p. 241 ss. ammetteva la categoria da ultimo esaminata, parlando di invalidazione, mostrando tuttavia perplessità rispetto alla categoria della nullità sopravvenuta nel cui àmbito richiamava il solo testamento di chi in séguito perde la capacità di testare.

La Cassazione ha accolto la categoria parlando di nullità parziale sopravvenuta, addirittura con riguardo agli interessi moratori sullo scoperto di conto corrente: Cass., 22 aprile 2000, n. 5286, in *Dvd juris data*.

5) A. SUSCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/05 e n. 80/05*, in *Il nuovo diritto amministrativo* a cura di F. CARINGELLA E G. DE MARZO, Milano, 2005, p. 61 ss.

6) Uno dei padri del diritto amministrativo moderno: M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo,* Milano, 1988, p. 734 affermava: "… In siffatto sistema non trova posto, come si vede, la nullità in nessuna delle sue specie - assoluta o relativa - cognite dal diritto positivo…". L'illustre autore afferma che l'invalidità nel sistema ad ordinamento amministrativo si incentra sulla figura speciale dell'illegittimità del provvedimento, accanto alla quale esiste una figura minore quella dell'opportunità dell'atto. L'aspetto più rilevante sottolineato dallo studioso è che la sanzione apprestata dall'ordinamento in entrambi i casi è l'annullabilità, per cui conclude il Giannini la nullità non trova spazio nell'ordinamento amministrativo.

Viceversa, si mostra favorevole all'applicazione all'atto amministrativo delle categorie civilistiche P. VIRGA, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, Milano, 1987, p. 108 ss.

F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2004, p. 1679 ritiene che nell'impostazione giuspubblicistica o autonomistica assolutamente prevalente, debba affermarsi la tesi per cui la nullità ha una portata assolutamente marginale.

7) Rispetto al consolidato orientamento favorevole a riconoscere la sola coppia della inesi-

stenza-annullabilità, con consequenziale accoglimento delle impostazioni di fondo pubblicistiche, si segnalano le sentenze: Cass. (Sez. un.), 4 luglio 1949, n. 1657, in *Foro it.*, 1949, I, 926 ove la Cassazione aveva considerato radicalmente nulli gli atti emessi in carenza di potere e cioè in assenza di una norma attributiva del potere alla pubblica amministrazione di regolare un determinato assetto di interessi. Lo stesso Consiglio di Stato si era espresso sulla questione, sino a giungere, dapprima nel 1984 e successivamente nel 1992, al definitivo riconoscimento della possibilità che anche i provvedimenti amministrativi, al pari degli atti negoziali, potessero essere affetti da nullità.

8) A. SUSCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/05 e n. 80/05*, cit., p. 61 ss.

9) Presupposto di fondo di questa teorie è che il mondo del diritto privato e quello del diritto pubblico non sono assimilabili visto che nel primo i soggetti possono perseguire fini egoistici incontrando solo i limiti posti dall'art. 1322 c.c., mentre nei rapporti di diritto amministrativo una delle parti agisce nel rispetto del princípio di necessità e dei vincoli funzionali dell'azione amministrativa.

10) La maggioranza della dottrina è concorde nell'accogliere la distinzione tra inesistenza e nullità in base ad alcune considerazioni che sono mutuate dal diritto civile: Cfr.: F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, *o.c.*, p. 1690 ss., R. GALLI E D. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, II, Padova, 2004, p. 905 ss. Secondo questi ultimi autori: "Viceversa può ritenersi immanente al sistema la figura categoriale dell'inesistenza giuridica, che ricorre in tutti quei casi in cui o per la mancanza di una norma attributiva del potere o per l'incompetenza assoluta dell'organo deputato ad adottarlo (in quanto si tratta di un potere funzionale conferito ad organi appartenenti ad un plesso amministrativo del tutto diverso e competenti in altri settori di materie), ovvero per l'impossibiltà di identificare l'oggetto ed il destinatario, risultano assenti i connotati dell'autoritatività e dell'imperatività che valgono a contrassegnare la capacità di imporsi ai destinatari incidendo unilateralmente sulle loro sfere giuridiche in via costitutiva, modificativa o estintiva. Ciò comporta che i diritti soggettivi di cui essi sono titolari non vengano degradati a interessi legittimi ed il pregiudizio ad essi arrecato da atti che solo apparentemente sembrano esplicazione di poteri autoritativi ed imperativi in assenza di una norma che li supporti può essere sindacato dall'autorità giudiziaria ordinaria ai fini della condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno…Alla figura categoriale dell'inesistenza giuridica (ricorrente nei casi di carenza di potere in astratto o di assenza di connotati identificativi dell'atto) è stata di recente equiparata dalla giurisprudenza della Cassazione, quella della carenza di potere in concreto che ricorre in tutti i casi in cui esiste una norma attributiva del potere funzionale, ma, per l'assenza dei presupposti legittimanti (di fatto e di diritto) o per il superamento dei termini perentori fissati al suo esercizio o per l'inosservanza di forme richieste *ad substantiam*, ne vengono in concreto travolti i limiti invalicabili che non consentono di identificare nel provvedimento l'esercizio dei poteri autoritativi". Dopo la novella n. 15/05 una convincente ricostruzione dell'inesistenza è in T. CAPITANIO, *Nullità del provvedimento amministrativo*, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/05 e n. 80/05* a cura di F. CARINGELLA - D. DE CAROLIS E G. DE MARZO, II, Milano, 2005, p. 784 ss. *Adde*: CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990, *passim*.

11) Si intende fare riferimento alle teoriche del F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrati-*

vo, cit., p. 1680 s., ma una affermazione analoga era già contenuta in M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 734.

12) L'art. 26 del TU. n. 1054/1924 e l'art. 2 della l. 1034/1971 rappresentano gli ostacoli di maggiore spessore imposti alla dottrina negoziale del provvedimento amministrativo perché statuiscono:

a) l'azione amministrativa deve essere proposta entro un termine decadenziale;

b) legittimato a chiedere l'annullamento del provvedimento è solo il soggetto che dall'esecuzione dell'atto può ricavare un pregiudizio alla propria sfera giuridica;

c) la sentenza che pronuncia l'annullamento ha efficacia costitutiva, il che significa che il provvedimento annullabile è in grado di produrre effetti nelle more del giudizio.

13) Del resto si sostiene che la sempre più massiccia introduzione di fattispecie di nullità testuali, rischia di svuotare di significato la sanzione stessa, che dovrebbe essere quella più grave.

14) Per un riferimento diretto a queste pronuncie si rinvia *infra* alla nota 18.

15) A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento amministrativo nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, p. 186 ss.

16) Le perplessità suscitate in dottrina da questa originale impostazione, sembrano trovare conforto da una interpretazione letterale dell'art. 21 *octies*, introdotto dalla legge di riforma n. 15/05 che ribadisce: "è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza".

17) A. SUSCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/05 e n. 80/05*, cit., p. 3 ss.

18) Ai fini della presente analisi mette conto riprodurre il testo dell'art. 21 *septies*, rubricato: Nullità del provvedimento: "È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge.

Le questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo".

19) Cfr.: Cons. St., ad plen., 29 febbraio 1992 nn. 1 e 2, in *Foro it.*, 1992, 3, cc. 436 e 438; Cons. St., ad plen., 5 marzo 1992 nn. 5.e 6, in *Foro amm.*, 1992, 330 e 335. Nonché, si ribadisce, la prima storica pronuncia dell'Adunanza plenaria del 19 marzo 1984 n. 6, in *Foro it.*, 1984, 3, cc. 331, in tema di nullità, per carenza di potere del provvedimento elusivo del giudicato.

20) Tra i più significativi interventi a commento di questa novella V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. 241/90*, in *www.giustizia-amministrativa.it* n. 2/05; P. VIRGA, *Le modifiche e integrazioni alla legge 241/90 recentemente approvate. Osservazioni derivanti da una prima lettura*, in *www.lexitalia.it, n. 1,* 2005; F. SATTA, *La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità*, in www.giustizia-*amministrativa.it*: questo autore in sede di commento della novella sottolinea come il legislatore abbia accolto la conclusione a cui era pervenuta la teoria pubblicista, ammettendo cioè la nullità testuale e quella virtuale dovuta a carenza di potere, viceversa mostrando perplessità rispetto alla categoria della nullità strutturale che non si inquadra all'interno di un sistema in cui non sono scolpiti, *nominatim* per così dire, gli elementi essenziali del provvedimento.

21) G. CARUSO, *Svolta per le regole sull'invalidità formale*, in *Guida al diritto*, 2005, 10, p. 78.

22) A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Torino, 2002, p. 3 ss.; ID., *La tripartizione dell'invalidità nella giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, *passim*; CAVALLO, *Provvedimenti ed atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto dal G. SANTANIELLO, III, Padova 1993.

23) Dando così origine alla figura dei cd. reati contratto elaborata da autorevole dottrina penalista: F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale II. Delitti contro il patrimonio*[2], Padova, 2002, p. 63.

24) A. SUSCA, L'*invalidità del provvedimento amministrativo*, cit., p. 102 ss.

25) Entrambe queste opinioni sono sostenute in O. FORLENZA, *L'enfatizzazione del princípio di efficacia a scapito delle garanzie di tutela dei cittadini*, in *Guida al diritto*, 2005, 10, p. 42 ss.

26) T. CAPITANIO, *Nullità del provvedimento amministrativo*, cit., p. 833.

27) A. SUSCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, cit., p. 104 ss. Nonché R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo I. Parte generale*, Bologna, 2005, p. 787 ss.

28) Secondo una recente opinione dottrinale – T. CAPITANIO, *Nullità del provvedimento amministrativo*, *o.c.*, 833 - la legge n. 15/05 non ha accolto l'archetipo della carenza di potere in concreto, mentre non è altrettanto chiaro se il legislatore abbia inteso, parlando di difetto di attribuzioni, riferirsi solo ai casi di incompetenza assoluta oppure se abbia inteso ricomprendere nell'art. 21 *septies* anche le ipotesi di carenza di potere in astratto."Dal punto di vista definitorio si tratta di nullità virtuale (in quanto è ben difficile che le norme attributive di potere comminino espressamente tale sanzione per i casi di violazione dei limiti esterni del potere stesso) dovuta secondo alcuni autori alla violazione di norme imperative, ossia alla stessa sanzione che il 1418 c.c. prevede per il contratto". Il carattere plurisignificativo dell'espressione difetto di attribuzioni è sottolineato da SATTA, *La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità*, in *Giustizia amministrativa*-www. *giustamm.it*. Non sembra possibile, tuttavia, che il legislatore abbia inteso parlare del difetto di attribuzioni della P.A. nei confronti degli altri poteri dello Stato, ossia nel senso di cui parlano l'art. 134 Cost. e l'art. 37, comma 1 c.p.c., giacché una interpretazione di questo tipo ridurrebbe l'àmbito operativo della disposizione.

29) A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, *o.c.*, p. 183 ss. A giudizio di questo autore la regola della nullità virtuale per violazione di norme imperative è del tutto compatibile con la particolare struttura del provvedimento amministrativo, tanto da riuscire a fornire finalmente un substrato logico e normativo alla carenza di potere, intesa sia in astratto sia in concreto. In proposito è possibile citare la sentenza della IV Sezione del CdS. del 28 febbraio 1992, n. 210, in *Foro Amm.*, 1992, p. 398 in cui il giudice amministrativo ha ritenuto che sia pure eccezionalmente la nullità virtuale per violazione di norme imperative è ammissibile anche nel diritto amministrativo, in particolare quando l'atto è stato adottato dall'autorità incompetente in assoluto. A sostegno di questa argomentazione è possibile ricordare che nelle citate decisioni dell'Adunanza Plenaria n. 1, 2, 5 e 6 del 1992, il giudice ha sostenuto che i rapporti di pubblico impiego costituiti *contra legem* sono nulli sia dal punto di vista testuale (in quanto per alcune delle fattispecie in considerazione era prevista la sanzione della nullità) sia da quella virtuale in quanto tali norme sono da considerarsi imperative. L'opinione tradizionale è tuttavia in contrasto con l'ammissibilità della nullità virtuale, perché il diritto amministrativo si fonda sulla nozione di discrezionalità, mentre sarebbe estranea alle sue strutture la nozione di

autonomia privata e perché nel diritto amministrativo tutte le violazioni di norme procedimentali danno luogo ad annullabilità.

30) L'art. 21 *octies* è rubricato: Annullabilità del provvedimento e statuisce: "È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza.

Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti, qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non sarebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

31) R. Galli e D. Galli, *Corso di diritto amministrativo*, II, cit., p. 946 ss. prima dell'entrata in vigore della legge 15/05 questi autori così si esprimevano: "la categoria patologica della nullità, pertanto non avrebbe cittadinanza nel sistema…La sua incerta collocazione ha dato adito a formulazioni di dubbia correttezza, quali quella di inesistenza nullità o di carenza illegittimità (riferita in specie al difetto di presupposti), per refluire, infine, in quella, essenzialmente descrittiva di matrice giurisprudenziale, di carenza di potere in concreto, espressiva dell'equivalenza, sul piano concreto, fra la mancanza di una norma attributiva del potere funzionale e la sua esistenza in astratto ma non identificabilità in concreto per l'assenza di presupposti o elementi strutturali fondamentali o la presenza di insormontabili fattori preclusivi.

In definitiva si tratterrebbe di provvedimenti che, pur se espressivi di autoritatività per effetto di una norma attributiva del potere funzionale, sarebbero nel concreto inidonei ad imporsi imperativamente degradando i diritti dei destinatari ad interessi legittimi, esponendosi perciò, al potere disapplicativo del giudice ordinario investito del sindacato giurisdizionale delle relative controversie".

Successivamente all'entrata in vigore della legge sull'azione amministrativa: "l'aver fatto chiarezza sul punto, codificando la categoria tipologica della nullità ed elencandone le figure tassative, contribuisce a superare i dubbi di classificazione delle figure di carenza di potere in concreto tra le ipotesi di nullità inesistenza o di carenza illegittimità. Infatti in base al secondo comma del ddl. Frattini, le questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato sono attribuite alla giurisdizione esclusiva e di merito del giudice amministrativo. In tal modo si è ricondotto su binari di certezza il criterio di riparto della giurisdizione in quanto le ipotesi di mancanza degli elementi essenziali e del difetto assoluto di attribuzione sembrano essere attratte alla giurisdizione ordinaria. Ad essa rimane il sindacato sull'inesistenza giuridica dell'atto per mancanza di una norma attributiva del potere funzionale, posto che in tal caso non sono neanche individuabili quegli imprescindibili connotati di autoritatività che lo caratterizzano e su cui, del resto, si impernea il riparto di giurisdizione delineato dalla legge 205/05".

32) Questa teorica era stata elaborata prima dell'entrata in vigore della legge 15/05, per cui oggi l'interprete è posto innanzi all'interrogativo se la norma attributiva di competenza sia da intendere come norma assolutamente inderogabile oppure come disposizione la cui violazione dà luogo a semplice annullabilità.

Le difficoltà incontrate in passato scaturivano, come detto, dalla necessità di operare una di-

stinzione tra norme imperative e norme dispositive, ritenute inesistenti in un sistema cd. a diritto amministrativo, che, tuttavia sarebbe superabile in virtù della riproposizione della distinzione di guicciardiana ascendenza tra norme d'azione e norme di relazione, che tuttavia non si presenta immune da critiche per l'assenza di addentellati normativi di riferimento.

33) G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 90, 231 s.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*[9], Napoli, 2001, p. 787 s.

34) P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Studi in onore di Scaduto*, II, Padova, 1970, p. 531ss.; ID., *Il contratto*, in *Enc. giur.* Treccani, 1988, p. 462 ss.

35) Come esempi di atto inesistente si sogliono indicare il matrimonio tra persone dello stesso sesso, il testamento nuncupativo, il contratto concluso dal rappresentante senza poteri, la delibera di una assemblea sociale che non è stata mai tenuta.

36) Può essere utile aprire una finestra sul diritto romano, che faticosamente attraverso l'interazione tra *ius civile* e *ius honorarium* pervenne ad una distinzione in qualche modo netta tra atto nullo (*nullus*) ed atto annullabile (*quasi ullus*) solo in conseguenza del diffondersi della procedura *extra ordinem* dell'età del principato. La qualifica di atto inesistente veniva adoperata: "quando un assetto di interessi divisato che avrebbe voluto essere per esempio quello di una *emptio venditio* o di una *locatio conductio* eccetera, per l'inadeguatezza di quanto posto in essere non era riuscito a concretarsi, a materiarsi, in ultima analisi non era riuscito a venire ad esistenza come una *emptio venditio* o una *locatio conductio*. Quella *emptio venditio*, quella *locatio conductio*, divisata e voluta era in realtà inesistente".

Per altro verso: "Si incominciò a configurare così l'idea dell'annullabilità, del negozio che sta lì in forse, che in pratica non dovrebbe produrre effetti, ma che per converso, se colui che è interessato a non farne svolgere gli effetti non s'attiva (non oppone *l'exceptio*), finisce con l'essere considerato valido". V. GIUFFRÉ, *Il diritto dei privati nell'esperienza romana. I principali gangli*[4], Napoli, 2006, p. 152 ss.

37) Come è noto, esiste, in materia, un conflitto tra la Suprema Corte ed il Consiglio di Stato, in particolare nell'ipotesi di carenza di potere, giacché mentre la prima ha sostenuto il criterio della carenza di potere in concreto, il secondo ha parlato di carenza di potere in astratto. Cfr.: Adunanza Plenaria del CdS. 29\02\92 n.. 2 che ha individuato tutta una serie di norme la cui violazione comporta un forma di illegittimità diversa dell'atto amministrativo, una illegittimità forte dell'atto.

38) Cfr.: *Il walzer delle giurisdizioni rigira e ritorna a fine ottocento*, a cura di V. CARBONE, C. CONSOLO E A. DI MAJO, in *Corriere giuridico*, 2004, 9, p. 1126 ss.; A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.l. 31/03/1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *FI.*, 2004, 7, c. 2598 ss.

39) F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, p. 99 ss.

40) Si sottolinea altresì la rilevanza dell'argomentazione, unanimemente accolta, a quanto ci consta, che l'art. 21 *septies* introducendo i vizi delle nullità - testuale e strutturale - ha implicitamente attribuito al giudice amministrativo il potere di emettere pronuncie di accertamento anche nei giudizi impugnatori. ne segue che l'innovazione apportata dalla novella non è soltanto sotto il profilo sostanziale, ma si esprime anche sul piano formale della struttura del provvedimento e dei suoi possibili esiti. *Contra*: T.A.R. Puglia 26 ottobre 2005 n. 4581, in *Dvd Juris Data.*

Nesso di causalità e colpa medica

Le fonti legislative del nostro ordinamento non delineano in modo certo la categoria giuridica del nesso di causalità; l'art. 40 del codice penale non definisce il nesso causale, ma si limita a sancire l'equivalenza fra il non fare ed il cagionare; il successivo art. 41 si occupa "*dell'interruzione*" del nesso causale senza definirne la portata concettuale. L'art. 2043 del codice civile descrive il rapporto tra fatto (doloso o colposo) e danno in termini di "*cagionare*", senza ulteriori specificazioni, e l'art. 1223 non fornisce alcun chiarimento in tema di responsabilità contrattuale.

La carenza di precisi punti di riferimento ha portato all'elaborazione di numerose teorie che sono state variamente recepite dalla giurisprudenza con decisioni non sempre omogenee. Il problema si è ancor più enfatizzato in tema di colpa medica che è una materia particolarmente complessa, e che risente delle crescenti aspettative sociali di una vita lunga e al riparo da ogni tipo di malattia.

Senza alcuna pretesa di novità o completezza, può essere quindi utile una sintetica ricognizione della materia, alla luce di alcune recenti decisioni della giurisprudenza di legittimità.

Il punto di partenza è la sentenza della Cassazione penale del 2002[1] che in tema di colpa medica, ha risolto la controversa questione se per la sussistenza del nesso di causalità, sia necessario che il Giudice accerti che "*…il comportamento dovuto ma omesso avrebbe impedito l'evento con un grado di probabilità vicino alla certezza (quasi prossima a cento), ovvero siano sufficienti, a tal fine, soltanto serie ed apprezzabili probabilità di successo della condotta omessa che avrebbe potuto impedire l'evento*.".

La sentenza definisce la causa penalmente rilevante come "*…la condotta umana, attiva o omissiva, che si pone come condizione "necessaria" (conditio sine qua non), nella catena degli antecedenti che hanno concorso a produrre il risultato, senza la quale l'evento da cui dipende l'esistenza del reato non si sarebbe verificato…*", e suggerisce, quale strumento di controllo dell'esistenza in concreto del nesso di causalità, il così detto "*giudizio controfattuale*" che è un'operazione logica ex post, diretta a verificare se, rimuovendo una cer-

ta condotta, si sarebbe verificato o meno l'evento. Ma, precisa la Corte, tale operazione logica che presuppone l'eliminazione mentale di una condotta umana al fine di accertarne la sua effettiva incidenza causale, deve essere ancorata a precise regole, nel senso che un antecedente potrà essere configurato come condizione necessaria, solo se esso rientri nel novero di quelli che, sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di principi scientifici della migliore scienza ed esperienza del momento storico, conducono ad eventi simili a quello verificatosi in concreto; diversamente il giudizio controfattuale sarebbe insidiato da ampi margini di discrezionalità e di indeterminatezza.

I detti principi, ed è questa la novità della decisione, devono trovare una rigorosa applicazione anche nelle ipotesi di causalità omissiva (art. 40 cpv. c.p.) e naturalmente, anche nei casi di responsabilità medica che è una materia ove spesso le accentuate difficoltà probatorie, il valore meramente probabilistico delle spiegazioni e il comune assunto che "*quando è in gioco la vita umana anche poche probabilità di sopravvivenza rendono necessario l'intervento del medico*", avevano portato ad un affievolimento dell'obbligo del giudice di un accertamento rigoroso della causalità, al punto che in molti casi, nella ricostruzione del fatto lesivo e nell'indagine controfattuale, si è confusa la componente omissiva dell'inosservanza delle regole cautelari (attinente al profilo della colpa dell'imputato), con l'accertamento dell'imputazione in termini di causalità omissiva, e questo anche in presenza di gravi errori diagnostici o terapeutici, produttivi di per sé dell'evento lesivo, e dunque, sicuramente attribuibili al soggetto come fatto proprio.

Ma anche una rigorosa ricostruzione teorica della "*conditio sine qua non*", non esclude l'insorgere di difficoltà al momento dell'impatto con la fattispecie concreta, spesse volte caratterizzata da causalità complesse, legate al moderno sviluppo delle varie attività. In tali casi i principi e le leggi scientifiche e statistiche di orientamento raramente sono in grado di esprimere certezze o coefficienti probabilistici pari alla certezza per cui ad una utopistica "*certezza assoluta*" deve essere necessariamente sostituita una "*certezza processuale*", specialmente in contesti come quello della medicina, in cui la dubbia decifrabilità dei vari anelli della catena ezio-patogenetica dei fenomeni morbosi va ad interferire con la condotta del medico.

Il Giudice dovrà quindi verificare, con un giudizio ex post, che la condotta del medico "*è stata la condizione necessaria*" dell'evento lesivo, in conformità di principi scientifici di orientamento fondati ed effettivamente applicabili alla fattispecie concreta, e dovrà anche accertare, sulla base dell'intero quadro probatorio disponibile, la non incidenza nel caso in esame di altri fattori interagenti in via alternativa, così da poter finalmente pervenire ad un giudizio di responsabilità caratterizzato da un "*alto grado di credibilità razionale*" o, come pure affermato in giurisprudenza, da una "*elevata probabilità logica*". Volendosi intendere con tali espressioni che l'esistenza del nesso di causalità non può essere automaticamente dedotto da un coefficiente di probabilità espresso da una legge statistica, ma è necessario che venga riscontrato in concreto, sulla base delle circostanze e degli altri elementi di prova disponibili così che, all'esito del ragionamento probatorio il Giudice, che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, possa ritenere acquisita la certezza processuale "*al di là di ogni ragionevole dubbio*" che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "*alto grado di credibilità razionale*" o "*elevata probabilità logica*".

Analoghe incertezze e difficoltà interpretative nell'individuazione del nesso di causalità emergono in molte decisioni dei giudici civili, e di recente la Suprema Corte[2], nel decidere sulla responsabilità professionale di un medico chirurgo, non ha mancato di sottolineare (e di ciò vi è traccia persino nella massima della decisione), che il nesso di causalità è elemento strutturale dell'illecito, che pone in relazione su di un piano strettamente oggettivo il comportamento dell'autore del fatto con l'evento, astrattamente considerato e non ancora qualificabile in termini di "*damnum iniuria datum*", e che nell'individuazione di tale relazione si prescinde da ogni valutazione di prevedibilità, poiché la "*previsione*" appartiene alla categoria giuridica della colpa che, in quanto elemento soggettivo dell'illecito, si colloca in una dimensione logica e temporale successiva rispetto alla ricostruzione del nesso di causalità.

Anche nella individuazione del nesso di causalità tra l'inadempimento della prestazione e il danno si è evidenziata l'esigenza del superamento del criterio della certezza degli effetti della condotta, e in altra recente sen-

tenza, sempre in tema di responsabilità per colpa medica, la Suprema Corte[3] ha ancora chiarito che nella ricerca del nesso di causalità tra la condotta del professionista e l'evento dannoso, al criterio della certezza degli effetti della condotta si deve sostituire quello della probabilità, e dunque, dell'idoneità della condotta a produrli, ed il rapporto causale sussiste anche quando l'opera del professionista, se fosse stata svolta correttamente e prontamente, avrebbe avuto, non già la certezza, ma solo serie ed apprezzabili possibilità di successo.

Il criterio della certezza degli effetti della condotta omessa, è stato dunque sostituito con quello della ragionevole probabilità e dell'idoneità della condotta a produrli, anche perchè sarebbe davvero difficile esprimere "*certezze*", in relazione ad un evento esterno già verificatosi, oppure ormai non più suscettibile di verificarsi, e ancor più, in tema di colpa medica, in un campo in cui la scienza non può fornire certezze di grado assoluto, ma solo ragionevoli criteri di probabilità scientifica.

La Corte ha anche chiarito che in sede civile risarcitoria, devono trovare applicazione quegli stessi principi validi in sede penale e sanciti dalla già richiamata decisione delle Sezioni Unite della Cassazione[4], secondo cui la condotta omissiva, o comunque colpevole del medico, deve essere ritenuta condizione necessaria dell'evento lesivo con "*elevato grado di credibilità razionale o di probabilità logica*". E questo vale nel caso in cui il creditore agisca per il risarcimento del danno costituito dal mancato raggiungimento del risultato sperato, e ciò sia conseguenza, sia pure in termini di probabilità concrete, dell'inadempimento della prestazione del medico perché omessa, errata o ritardata. Tuttavia, in una situazione in cui è certo che il medico ha dato alla patologia sottopostagli una risposta errata o inadeguata, è possibile affermare che, in presenza di fattori di rischio, detta carenza (che integra l'inadempimento della prestazione sanitaria) *aggrava* la possibilità che l'esito negativo si produca. In questo caso, non serve discutere su quali e quante erano le possibilità che l'evento si sarebbe o meno verificato; basta invece affermare che il paziente per effetto dell'inadempimento, ha perso delle chances, che statisticamente aveva affidandosi ad un medico e magari, anche ad una struttura sanitaria. E le chances, intese come concrete ed effettive occasioni favorevoli di conseguire un de-

terminato bene o risultato, non sono una mera aspettativa di fatto, ma un'entità patrimoniale a sè stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione, onde la sua perdita configura un danno concreto ed attuale[5].

Nè può valere ad escludere la responsabilità del medico la semplice affermazione che l'evento si sarebbe *comunque* verificato (ad esempio, il paziente sarebbe comunque morto per la gravità della malattia), perchè le obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale sono di regola, obbligazioni di mezzo e non di risultato, in quanto il professionista, nell'assumere l'incarico, si impegna alla prestazione della propria opera per raggiungere il risultato desiderato, ma non al suo conseguimento. Ne deriva che l'inadempimento del professionista alla propria obbligazione[6] non può essere desunto, ipso facto, dal mancato raggiungimento del risultato utile avuto di mira dal cliente, mentre il mancato raggiungimento del risultato sperato, non costituisce di per sè inadempimento, ma può costituire solo un danno ulteriore consequenziale all'inadempimento (prestazione non diligente o colpevole omissione dell'attività sanitaria).

Quanto all'onere della prova nelle controversie di colpa medica, la Corte di Cassazione[7] ha più volte enunciato il principio secondo il quale, quando l'intervento da cui è derivato il danno non è di difficile esecuzione, la dimostrazione da parte del paziente dell'aggravamento della sua situazione patologica è idonea a fondare una presunzione semplice in ordine all'inadeguata o negligente prestazione, spettando invece all'obbligato fornire la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente, e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile. Spetta eventualmente al medico provare che il caso è di particolare difficoltà, e al paziente invece, quali siano state le modalità di esecuzione inidonee[8].

Questi principi, noti da tempo, sono stati poi riformulati alla luce della decisione delle Sezioni Unite del 30 ottobre 2001 n. 13533, in tema di onere della prova dell'inadempimento, e in proposito la Cassazione[9] ha definitivamente chiarito che nelle cause di responsabilità professionale del medico, il paziente che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria, deve limitarsi a provare il contratto[10] e

ad allegare l'inadempimento del sanitario, restando a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento.

Più precisamente, consistendo l'obbligazione professionale in una obbligazione di mezzi, il paziente dovrà provare l'esistenza del contratto e l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento, restando a carico del sanitario la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile.

In conclusione, questa soluzione appare perfettamente in linea con il principio della *vicinanza* della prova, inteso come apprezzamento dell'effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla. Ed infatti, nell'obbligazione di mezzi, il mancato o l'inesatto risultato della prestazione non integra l'inadempimento, ma per quanto si è già detto, costituisce il danno consequenziale alla non diligente esecuzione della prestazione. Nelle obbligazioni in cui l'oggetto è l'attività, l'inadempimento coincide con il difetto di diligenza nell'esecuzione della prestazione, cosicché non vi è dubbio che la prova sia più *vicina* a chi doveva eseguire la prestazione (il medico); tanto più che trattandosi di obbligazione professionale, il difetto di diligenza consiste nell'inosservanza delle specifiche regole tecniche che governano il tipo di attività al quale il debitore è tenuto.

Avv. Paolo Piccialli

NOTE

1) Cass. Sezioni Unite n. 30328 del 10 luglio 2002. Rv. 222138 - imputato Franzese.

2) Cass. civile sez. 3, sentenza n. 7997 del 18 aprile 2005. Rv. 582983.

3) Cass. sez. 3, sentenza n. 4400 del 4 marzo 2004. RV 570780-570781-570782.

4) Cass. Sezioni Unite n. 30328 del 10 luglio 2002. Rv. 222138 - imputato Franzese.

5) La domanda per perdita di chances è ontologicamente diversa dalla domanda di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato. Infatti, in questo secondo caso l'accertamento probabilistico attiene alla fase di individuazione del nesso causale, mentre nell'altro caso attiene al momento della determinazione del danno: in buona sostanza nel primo caso le chances substanziano il nesso causale, nel secondo caso sono l'oggetto della perdita e quindi del danno.

Ne consegue che se nella domanda giudiziale è stata formulata solo la richiesta di risarcimento del danno per il mancato raggiungimento del risultato sperato, il giudice non può esaminare ed eventualmente liquidare il danno da perdita di chances, neppure intendendo questa domanda come un minus rispetto a quella proposta, poichè si tratta domande diverse, non ricomprese l'una nell'altra (Cfr.: Cass. sez. 3, Sentenza n. 4400 del 4 marzo 2004. Rv. 570781 e giurisprudenza ivi citata).

6) L'Inadempimento del medico deve essere valutato alla stregua dei doveri inerenti lo svolgimento dell'attività professionale e, in particolare, del dovere di diligenza, per il quale trova applicazione, in luogo del tradizionale criterio della diligenza del buon padre di famiglia, il parametro della diligenza professionale fissato dall'art. 1176, comma 2, c.c. - parametro da commisurarsi alla natura dell'attività esercitata.

7) Cass. 21 dicembre 1978 n. 6141; Cass. 16 novembre 1988 n. 6220; Cass. 11 marzo 2002 n. 3492.

8) Cass. 19 maggio 1999 n. 4852; Cass. 4 febbraio 1998 n. 1127; Cass. 30 maggio 1996 n. 5005; Cass. 16 febbraio 2001 n. 2335; 16 novembre 1988 n. 6220.

9) Cass. n. 10297 del 28 maggio 2004. Rv. 573250.

10) Sulla natura giuridica del rapporto fra medico e paziente si veda: Cass. 21 dicembre 1978 n. 6141; Cass. 8 marzo 1979 n. 1716; Cass. 1 marzo 1988 n. 2144; Cass. 4 agosto 1988 n. 6707; Cass. 27 maggio 1993 n. 5939; Cass. 11 aprile 1995 n. 4152; Cass. 27 luglio 1998 n. 7336; Cass. 2 dicembre 1998 n. 12233; Cass. 22 gennaio 1999 n. 589; Cass. 1 settembre 1999 n. 9198; Cass. 11 marzo 2002 n. 3492; Cass. 14 luglio 2003 n. 11001; Cass. 21 luglio 2003 n. 11316.

Parte Seconda

Osservatorio giurisprudenziale

Tribunale Civile di Benevento
Sentenza n. 1230 del 31 agosto 2007

Giudice: Dott. G. Giuliano

N. G. (Avv. A.P.)

contro

SCARL "CALVI UNO", in persona del Presidente, suo legale rapp.te p.t. (Avv. S. F.)

e

COMUNE DI CALVI (BN), in persona del suo Sindaco, legale rapp.te p.t. (Avv. A.M.)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione, notificato il 18.10.1997, N.G., premesso che in data 13.04.1988 il Consiglio Comunale di Calvi aveva deliberato, in favore della Scarl "Calvi Uno", la concessione dei diritto di superficie sui lotti siti nell'area del Piano di Zona, ex L. 167/62, ed, in seguito, con delibera n. 16 del 02.04.90, aveva approvato il progetto per la realizzazione degli alloggi, con schema di convenzione, tra il Comune di Calvi e la Scarl "Calvi Uno", stipulato con atto per notar D. V. del 08.04.1992, registrato in pari data al n. 1066; che, con decreto d'occupazione d'urgenza, prot. n. 925 del 21.03.1992, era stata occupata anche l'area, sita in agro di Calvi, particella n. 132, fol. 20, di proprietà dell'attrice, ed in data 11.06.1992 era stato redatto il verbale di consistenza con conseguente presa di possesso; che, inoltre, in data 19.04.1994 era stata rilasciata la concessione edilizia n. 8, in favore della Scarl, ed i lavori erano, poi, iniziati il 01.08.1994; che, tuttavia, essendo emerso dalla nota di servizio dell'U.T.C. prot. n. 1828 del 3 1.03.1995, che gli atti deliberativi in favore della Scarl "Calvi Uno" erano intervenuti successivamente alla scadenza del periodo di validità del Piano di Zona del Comune di Calvi, approvato dal Provveditorato alle OO.PP. per la Campania con decreto n. 78007 deI 28.01.1965, il Sindaco di Calvi, con

ordinanza del 03.04.1995, prot. n. 1861, aveva ordinato alla Cooperativa "Calvi Uno" la sospensione dei lavori di costruzione, in corso alla Via Molino, nel piano di zona del predetto Comune, con decorrenza immediata ed, inoltre, rilevata la mancanza d'apposito P.E.E.P., con provvedimento n. 7 prot. n. 2965, del 02.06.1995, aveva anche annullato la concessione edilizia, in precedenza rilasciata; che, pertanto, poiché l'occupazione dell'area di sua proprietà era avvenuta in carenza di potere, l'attrice aveva diritto all'immediata restituzione del suolo, oltre al risarcimento dei danni, conseguenti alla mancata utilizzazione del bene ed all'impossibilità di edificarvi la propria abitazione; tanto premesso, N. G. conveniva in giudizio il Comune di Calvi e la Scarl "Calvi Uno" per ottenere la loro condanna solidale alla restituzione e all'immediato rilasciato dell'area di sua proprietà, nonché al conseguente ristoro dei danni subiti dalla data d'occupazione, o, in subordine, al risarcimento dei danni per l'illegittima occupazione, comprensiva del valore venale del terreno, oltre rivalutazione ed interessi; con vittoria di spese e competenze del giudizio.

Con comparsa di risposta del 05.12.1997 si costituiva la Scarl "Calvi Uno", che eccepiva, in via preliminare il difetto di legittimazione attiva della N., per non aver fornito prova della titolarità del bene in questione; eccepiva, altresì, il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, atteso che le doglianze dell'attrice era volte all'accertamento ed alla conseguente declaratoria d'illegittimità della dichiarazione di pubblica utilità e degli atti successivi che dovevano essere impugnati innanzi al giudice amministrativo; nel merito, contestava l'assunto di parte attrice, concernente l'assenza, nella procedura ablativa, di valichi dichiarazione di pubblica utilità, per intervenuta scadenza di vigenza del Piano di Zona, approvato il 28.01.1965, evidenziando che, tale assunto era stato confutato dall'esatta ricostruzione della fattispecie, avallata anche dalla pronuncia del T.A.R. Campania; sul punto, evidenziava, infatti, che il Comune di Calvi, negli anni, aveva apportato numerose varianti sostanziali al Piano di Zona del 1965, approvando, altresì, il Regolamento Edilizio, con annesso Programma di Fabbricazione, e, da ultimo, anche il P.R.G. che recepiva il piano di zona e le successive varianti; che, in particolare, il Provveditorato alle OO.PP. di Napoli, con decreto 56776 del 07.03.1970, aveva approvato una prima variante al piano di zo-

na, che ne prorogava di 18 anni il termine di validità, che, in conseguenza, scadeva il 07.03.1998; riguardo alla richiesta di restituzione del suolo, deduceva, poi, che tutta l'area interessata dall'intervento edilizio era stata irreversibilmente trasformata, e, pertanto, tale domanda non poteva trovare accoglimento, essendosi verificata l'acquisizione a titolo originario in capo alla P.A.; la convenuta cooperativa eccepiva, altresì, la propria carenza di legittimazione passiva, atteso che l'occupazione era stata compiuta direttamente dal Comune di Calvi che, in conseguenza, era responsabile, in via esclusiva, per la mancanza di valida dichiarazione di pubblica utilità; che, pertanto, il Comune di Calvi, in via diretta, e/o di regresso, doveva tenere indenne la cooperativa da ogni conseguenza negativa del giudizio, o, quantomeno, per il periodo d'occupazione, intercorrente dal 21.03.92 al 14.04.94; tanto eccepito e dedotto, Scarl "Calvi Uno" chiedeva, quindi, il rigetto della domanda attrice ed, in subordine, la condanna del comune di Calvi, di cui chiedeva l'autorizzazione alla chiamata in causa, in via diretta, e/o di regresso, al rimborso delle somme che, all'esito del giudizio, fosse tenuto a corrispondere all'attrice, o, in subordine, di quanto eccedente l'ammontare dell'indennità d'esproprio come convenuta, oltre che per il periodo dal 21.03.1992 al 14.04.1994; con vittoria di spese e competenze del giudizio.

Con comparsa di risposta del 26.01.1998, si costituiva il Comune di Calvi che, in via preliminare, eccepiva l'inammissibilità della domanda, poiché il T.A.R, Campania, con sentenza n. 523/96, in accoglimento dei ricorsi proposti dalla Scarl "Calvi Uno" e dal Comune di Calvi, aveva annullato l'ordinanza sindacale n. 7 del 02.06.1995 con cui era stata revocata la concessione edilizia n. 7 del 19.04.1993, nonché il provvedimento sindacale n. 409 del 05.10.1995; nel merito, contestava, poi, integralmente la domanda attrice, chiedendone il rigetto, con vittoria di spese e competenze del giudizio.

La causa era, poi, istruita mediante acquisizione della documentazione prodotta ed espletamento di C.T.U. e d'altra integrativa a chiarimenti, richiesta dal G.I., con ordinanza di rimessione della causa sul ruolo.

Quindi, sulle conclusioni rassegnate dai procuratori costituiti, all'udienza del 28.02.2007, la causa era ritenuta in decisione, previa assegnazione dei termini di legge.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda di parte attrice è fondata e va, pertanto, accolta.

Va, preliminarmente, evidenziato che, nella fattispecie, sussiste la giurisdizione dell'A.G.O.

Invero, costituisce ius receptum, che, le controversie, concernenti la determinazione e la corresponsione delle indennità, in conseguenza d'atti ablativi, ai sensi dell'art. 34 l. n. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7 comma 1 lett. b) l. n. 205 del 2000, applicabile "ratione temporis", sono diversamente ripartite.

Difatti, sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le domande di risarcimento dei danni da occupazione acquisitiva, e da occupazione illegittima (per la sua omogeneità morfologica e funzionale rispetto all'indennizzo espropriativo), ed, alla giurisdizione del giudice ordinario, le domande di corresponsione dell'indennità d'occupazione legittima (Cassazione civile, sez. un., 15 ottobre 2003, n. 15471).

Tuttavia, poiché l'art. 34 D.lg. 31 marzo 1998 n. 80, che ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia d'urbanistica, anche con riferimento al risarcimento del danno ingiusto, ai sensi dell'art. 45 comma 18, D.lg. n. 80 cit., dal 01 07 1998, non fa cenno al momento in cui su e concretata l'attività illegittima dell'amministrazione, deve, quindi, rilenersi che il momento da considerare, ai fini dell'individuazione del giudice competente per il risarcimento dei danni, è quello dell'instaurazione della controversia (cfr. T.A.R. Lazio Latina, 1 agosto 2000, n. 730).

Pertanto, nel caso di specie, in considerazione dell'epoca d'instaurazione del giudizio, già pendente alla data del 30.06.1998, non è applicabile l'art. 34 della legge n. 80 del 1998, come sostituito dall'art, 7, comma 1, lett. b), della L. 21 luglio 2000, n. 205, secondo cui sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche, e dei soggetti alle stesse equiparati, in materia urbanistica e edilizia.

Nel merito, va, poi, evidenziato che l'attrice ha chiesto, in via principale, la restituzione dell'area di sua proprietà, sita nel comune di Calvi, contraddistinta con la particella n. 132 del fol. 20, illegittimamente occupata,

ed il conseguente ristoro dei danni, o, in subordine, il risarcimento dei danni per l'occupazione il e la perdita del suolo occupato.

Entrambe le domande si basano, poi, sul presupposto dell'illegittimità dell'occupazione, poiché avvenuta in carenza di potere.

Orbene, poiché da quanto accertato anche dal C.T.U. il suolo di proprietà attrice è stato irreversibilmente trasformato, non può trovare accoglimento la domanda, proposta in via principale, di restituzione dell'area.

Difatti, l'illegittima realizzazione, da parte della P.A., di un'opera pubblica, su un immobile di proprietà privata, che non abbia costituito oggetto di procedura ablativa, esclude, nonostante la sua illegittimità, il diritto del proprietario al rilascio dell'immobile, che resta acquisito, per un processo inverso a quello normale dell'accessione, alla sfera demaniale della P.A..

Consegue, quindi, che la reintegrazione in forma specifica del diritto di proprietà, leso dalla perdurante occupazione illegittima, non può essere disposta, quando il bene sia stato utilizzato per la realizzazione d'opere destinate, in via permanente, alla soddisfazione di un pubblico interesse; in tale situazione di radicale trasformazione del suolo, si determina l'acquisto, a titolo originario, della proprietà dell'area, da parte della P.A., autrice della trasformazione, secondo il meccanismo dell'accessione, disciplinato dagli artt. 936 e segg. c.c., e, conseguentemente, il privato può chiedere, al giudice ordinario, e, non invece, a quell'amministrativo, il semplice risarcimento del danno, calcolato secondo il valore del fondo, all'epoca della decisione.

Il proprietario è, dunque, investito del solo diritto sostitutivo della rivalsa del danno, commisurata al valore dell'immobile.

La prestazione risarcitoria del danno, concreta, poi, una debitoria di valore, che deve essere determinata nel corrispondente importo pecuniario al momento della "solutio" (cfr. Tribunale Locri, 16 aprile 1981).

Va, poi, evidenziato che, per consolidato orientamento giurisprudenziale, nel caso d'azione risarcitoria contro la pubblica amministrazione, per il danno derivante dall'illegittima occupazione ed irreversibile acquisizione del bene, nella realizzazione d'opera pubblica, senza l'adozione di provvedimento espropriativo, la giurisdizione del giudice ordinario deve essere affermata, indipendentemente dalle ragioni che abbiano determinato la mancata emissione di detto provvedimento, né può essere esclusa per la circo-

stanza che esso sia, poi, pronunciato tardivamente e che se ne contesti, per tale ragione, la legittimità (Cassazione civile, sez. un., 5 settembre 1989, n. 3843).

Inoltre, riguardo al giudizio risarcitorio, promosso per ottenere il risarcimento del danno, derivante dalla perdita del diritto di proprietà sul fondo, a seguito d'illegittima occupazione e radicale trasformazione del medesimo, con irreversibile destinazione, in virtù della realizzazione dell'opera pubblica, e della c.d. accessione invertita, la sopravvenienza del decreto espropriativo resta priva d'influenza, ed, in particolare, non incide sulla giurisdizione del giudice ordinario (Cassazione civile, sez. un., 28 dicembre 1990, n. 12206).

Pertanto, nel caso d'illegittima occupazione, e d'irreversibile acquisizione del fondo privato, nella realizzazione d'opera pubblica, senza l'emissione del decreto d'espropriazione, la tutela giurisdizionale del proprietario, nei confronti della pubblica amministrazione, spetta al giudice ordinario, vertendosi in tema di lesioni di diritti soggettivi, mentre non rilevano, al riguardo, le ragioni sottostanti alla mancata adozione di detto provvedimento (Cassazione civile, sez. un., 23 giugno 1989, n. 2997; Cassazione civile, sez. I, 30 novembre 1988, n. 6492; Cassazione civile, sez. I, 11 febbraio 1987, n. 1480).

E' stato affermato che, in tema d'occupazione cosiddetta espropriativa, l'irreversibile trasformazione del fondo, che produce la vicenda estintivo - acquisitiva della proprietà dell'immobile al pari del decreto d'espropriazione che definisce il procedimento ablativo legittimo non costituisce presupposto processuale, bensì requisito del diritto del proprietario dell'immobile all'indennizzo di natura risarcitoria per la perdita definitiva del bene; costituisce, cioè, una condizione dell'azione che deve dunque sussistere al momento della decisione, per cui è consentito al giudice di esaminare nel merito la domanda, pur se la predetta condizione sopraggiunga nel corso del giudizio (Cassazione civile, sez. I, 9 ottobre 2003, n. 15082).

Spetta, quindi, alla giurisdizione ordinaria statuire sulla domanda di risarcimento del danno, causato da un fatto abusivo della P A, qual è, certamente, quello costituito dall'occupazione del fondo di proprietà privata, che non sia preceduta, o sostenuta, da analogo provvedimento della P.A..

In tale caso, viene, infatti, in considerazione, non già la lesione di un interesse legittimo, bensì di un diritto soggettivo.

Pertanto, nel caso in esame, sussiste la giurisdizione dell'A.G.O..

Per quanto attiene, poi, all'eccepita carenza di legittimazione passiva della Scarl "Calvi Uno", giova evidenziare che, secondo consolidato orientamento della Suprema Corte, in materia d'espropriazione per pubblico interesse, la domanda di risarcimento del danno ingiusto, conseguente ad illecito comportamento dell'amministrazione in materia espropriativa, e l'azione intrapresa dal privato, che abbia perso la proprietà del bene per effetto di un'occupazione acquisitiva della P.A., e, cioè, di un'occupazione cui consegua l'impossibilita della restituzione, nonché l'effetto acquisitivo del suolo, avendo natura risarcitoria deve essere proposta nei confronti del soggetto al quale l'illecito è impugnabile, anche quando esso ha agito per delega d'altro ente.

Pertanto, nel caso in cui si verifichi occupazione acquisitiva, per irreversibile trasformazione del fondo, ed il fatto sia imputabile a più soggetti concorrenti nella formazione della fattispecie ablativa, tutti rispondono in solido, ai sensi dell'art. 2055 c.c., dell'obbligazione risarcitoria nei confronti del privato, e, correlativamente, d'ogni obbligo, concernente tutta l'attività di realizzazione dell'opera, ivi compresa la legittimazione passiva, rispetto alle azioni promosse dai proprietari, dei fondi occupati o espropriati (in senso conforme cfr. Cassazione civile, sez. I, 11 maggio 1998, n. 4737; Cassazione civile, sez. I, 12 luglio 2001, n. 9424; Cassazione civile, sez. I, 16 giugno 2000, n. 8246; Cassazione civile, sez. I, 8 marzo 1999, n. 1950).

Nel merito, va, poi, osservato che dagli atti e dagli accertamenti esperiti dal C.T.U., ing. G. P., emerge che, all'epoca dell'occupazione il fondo in questione, esteso complessivamente mq. 2400, era di proprietà, in parti uguali di N. G. e B. R., individuato catastalmente al foglio 20, particella n. 132, e ricompreso in un più ampio appezzamento di terreno d'estensione pari a mq. 3355.

L'area in esame, in base al P.R.G adottato dal Comune di Calvi in data 05.02.1985, ed approvato dall'Amministrazione Provinciale di Benevento nel 1989, ricadeva, in parte, nella zona P.E.E.P, per altra, su strada di progetto del P.R.G. e, per altra ancora, nelle zone C e CI di riserva.

Il perito ha, poi, attestato che, tale area, originariamente, non ricadeva nel piano di zona.

Sulla scorta della documentazione prodotta e degli accertamenti esperiti dal C.T.U. occorre procedere, in via preliminare, alla ricostruzione dell'iter burocratico sottostante la vicenda ablativa in esame.

Difatti, essendo incontestato che la procedura ablativa non si è perfezionata con l'emanazione del decreto d'esproprio, occorre verificare se, nella fattispecie, si verte in ipotesi d'occupazione usurpativa, ovvero, appropriativi.

L'assegnazione delle aree occorrenti all'esecuzione dell'intervento edilizio programmato dalla cooperativa Calvi Uno è stata effettuata in base al Piano di Zona, ex L. 167/62, del Comune di Calvi, approvato dal Provveditorato alle O.O.P.P. della Campania con decreto del 28.01.1965.

Il Piano di Zona, in quanto strumento urbanistico esecutivo, comporta la dichiarazione implicita di pubblica utilità per le opere in esso previste.

Decorso il termine di vigenza del piano fissato dalla legge, la dichiarazione di pubblica utilità che radica il potere espropriativo dell'amministrazione, diviene inefficace.

Ciò posto, va, poi, osservato che, secondo l'assunto attore il termine dì cui si è detto, della durata dl 18 anni ex art. 51 L. 557/78, è scaduto il 28.01.1983.

I convenuti hanno sostenuto che la procedura espropriativa si è svolta, comunque, in presenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità, il comune di Calvi, dopo il Piano di Zona del 1965, ha approvato altri piani che interessano la stessa area, sempre in variante sostanziale al primo, ed ha, quindi, approvato il regolamento edilizio, con annesso programma di fabbricazione, e, da ultimo, il P.R.G., che li ha recepiti.

In particolare, il Consiglio Comunale, in data 11.04.1969, ha approvato una prima variante, approvata dal Provveditorato alle OO.PP. in data 07.03.1970, con cui sono state escluse dal Piano di Zona del centro urbano dieci particelle e modificate le distanze dai confini e dalle strade.

Una seconda variante, approvata con atto consiliare del 23.03.1978, ha soppresso il piano alla frazione Cubante ed ampliato quello di Calvi capoluogo.

Orbene, per quanto attestato dal perito, solo con tale ultima variante il fondo in esame è stato incluso nel piano di zona.

Appare, quindi, evidente che entrambe le varianti, approvate nel periodo di validità del piano di zona del 1965, oltreché d'aggiornamento ed integrazione del precedente, costituiscono, per le aree incluse successivamente, fra cui quella in esame, strumenti urbanistici autonomi e conservano efficacia, per altri diciotto anni a partire dalla loro entrata in vigore, indipendentemente dallo spirare dei termini di durata del piano di zona cui afferivano.

Difatti, in virtù di consolidato orientamento giurisprudenziale, le varianti volte ad aggiornare ed integrare i piani per l'edilizia economica e popolare, previste dall'art. 31 della legge n. 865 dei 1971, con lo scopo di tener conto d'accrescimento di previsioni e con ampliamento d'aree da destinare agli interventi edilizi per far fronte a rinnovati fabbisogni abitativi, con riguardo ad un ulteriore periodo decennale, hanno un'efficacia autonoma, protraibile per 18 anni più 2, a partire dalla loro entrata in vigore, a prescindere dal tempo di vigenza del piano di zona cui essa variante apporta modifica (T.A.R. Lazio, sez. I, 04 dicembre 1985, n. 1472; cfr. T.A.R. Basilicata 22.01.2002 n. 7, T.AR. Lazio, sez. I, 05.06.1985 n. 705).

Pertanto la variante del 1978, e, con essa, la dichiarazione di pubblica utilità, ha conservato la sua efficacia e validità sino al 23.03.1996.

In conseguenza, l'assegnazione delle aree alla Cooperativa Calvi Uno del 13.04.1988, l'approvazione del progetto, il rilascio della concessione edilizia, avvenuti, rispettivamente, in. data 03.04.1990 e 19.041994, lo schema di convenzione con il Comune di Calvi, stipulato il 06.04.1992, l'occupazione d'urgenza ed il relativo verbale d'immissione in possesso del 11.06.92, nonché l'inizio dei lavori, in data 01.08.1994, costituiscono tutti atti compiuti nel termine di vigenza della dichiarazione di pubblica utilità.

Le conclusioni cui è pervenuto il C.T.U., ing. G. P., nella relazione peritale da lui redatta, depositata in data 09.06.2003 ed in quell'integrativa a chiarimenti del 15.11.2006, congruamente motivate, sono condivise dal giudicante, poiché eseguite sulla scorta di logiche considerazioni e nel rispetto della normativa vigente in materia.

Tuttavia, nel caso di specie, come esattamente rilevato dal C.T.U., in

mancanza di documentazione, dai cui desumersi, con certezza, l'epoca di perdita delle caratteristiche e della destinazione propria del fondo, deve ritenersi, in ogni caso, che l'irreversibile trasformazione del bene, è avvenuta nel febbraio del 1996, e, quindi, nel periodo dell'occupazione legittima.

Per quanto concerne, poi, la stima del danno subito da parte attrice, va, preliminarmente, evidenziato che, nel caso di specie, sebbene l'occupazione è stata parziale, avendo interessato effettivamente mq. 2074, tuttavia, nella liquidazione dell'indennizzo va computata anche la parte residua, per mq. 326, che ha perso ogni utile destinazione.

Il valore dell'area è stata quantificata dal C.T.U. mediante il metodo sintetico, e, quindi, ricercando il più probabile prezzo di mercato, in base a compravendite note di beni similari effettuate in zona.

All'esito di tale indagine il perito ha stimato in £. 75.000 al mq. il più probabile valore di mercato del fondo in questione.

In conseguenza, la stima del danno, secondo i criteri di cui all'art. 5 bis, co. 7 della L. 359/92, come quantificata dal perito ammonta, per le particelle nn. 829 e 830, a £ 42.847.544, pari ad attuali Euro 22.128,91 e, per la particella n. 831, a £ 6.734.912, pari ad attuali Euro 3.478,31.

Tale somma è stata contestata da parte attrice, sebbene sulla scorta d'assunto non condivisibile.

Tuttavia, per effetto della sentenza Scordino del 29.7.2004 della Corte Europea per i diritti dell'uomo, poi confermata dalla decisione della Grande Chambre del 29 03 2006, i cui principi hanno valore vincolante per il giudice nazionale (si veda Cass. 19.7.2002, n. 10542; 15.2.2005, n. 3033) e la nuova formulazione dell'art. 1 della L. 241/90, come modificato dalla legge 11.02.2005 n. 15, l'art. 5 bis della L. 8.8.1992 n. 359 non si applica più nella determinazione dell'indennità d'espropriazione delle aree edificabili.

In conseguenza, siffatta indennità deve essere stabilita sulla base del valore reale o di mercato del bene.

Sul punto, è stato, infatti, affermato che, in applicazione di tale criterio di computo e con l'abbattimento del 40%, si perviene a liquidare all'espropriato una somma pari all'incirca al 32% del valore di mercato del

suolo, cui va aggiunto l'ulteriore prelievo del 20%, a titolo d'imposta, salvo che il contribuente non opti per la tassazione ordinaria, col calcolo della ritenuta a titolo d'acconto (art. 35 T.U.).

Per quanto concerne, quindi, l'indennità d'occupazione, l'impostazione teorica in esame non crea condizioni d'incompatibilità con il criterio, d'origine giurisprudenziale, che fin ora ha agganciato l'indennità d'occupazione a quella d'espropriazione, configurando la prima in termini di perduta fruttificazione dell'importo corrispondente alla seconda, e commisurando, tale perdita, orientativamente (ma non in maniera tassativa, come avvisa Cass. 19.4.2005 n. 8197 e Cass. 4.4.2003 n. 8917) agli interessi legali maturati dall'inizio dell'occupazione e alla perdita nominale della proprietà.

Pertanto, nel caso di specie, l'indennità spettante all'attrice è quantificabile complessivamente in ₤. 90.000.000, pari ad attuali Euro 46.481,12 e, cioè, in base al valore venale del fondo, alla data del giugno del 1992, somma idonea a compensare anche il pregiudizio sofferto per il mancato godimento del bene sino al momento della sua irreversibile trasformazione.

Gli importi come sopra determinati e liquidati vanno, poi, rivalutati secondo gli indici ISTAT dal 10.06.1997 all'attualità, e maggiorati degli interessi legali, in misura del 5% annuo; con la medesima decorrenza sino all'effettivo soddisfo.

Infine per quanto concerne la ripartizione della responsabilità fra i convenuti, anche in considerazione dell'eccezione di carenza di legittimazione passiva e della domanda di rivalsa, formulata espressamente dalla Scarl " Calvi Uno", va evidenziato che, stante la ritenuta solidarietà nella produzione dell'evento dannoso, non si rivengono, nel caso di specie, elementi da cui poter desumere un comportamento maggiormente censurabile ad uno dei convenuti, i quali vanno, quindi, ritenuti responsabili in misura paritetica.

In conseguenza, il Comune di Calvi, in persona del suo Sindaco, legale rapp. te p.t., e la Scarl "Calvi Uno", in persona del suo legale rapp.te p.t., vanno condannati, in solido fra loro, al pagamento, in favore di N. G., della complessiva somma di ₤. 90.000.000, pari ad attuali Euro

46.481,12, oltre rivalutazione, secondo gli indici ISTAT, dal 10.06.1992 all'attualità, e maggiorata degli interessi legali, in misura del 5% annuo, con la medesima decorrenza sino all'effettivo soddisfo.

La condanna dei convenuti, in solido fra loro, alle spese del giudizio, ivi compreso il costo delle C.T.U., consegue alla soccombenza.

P.Q.M.

Il Giudice Unico del Tribunale di Benevento, definitivamente pronunziando sulla domanda di cui in narrativa, ogni altra istanza, eccezione e deduzione, disattesa, così provvede:

1) accoglie la domanda, proposta, con atto di citazione, notificato il 18.10.1997 da N. G. nei confronti della Scarl "Calvi Uno", in persona del suo legale rapp.te p.t. e del Comune di Calvi, in persona del suo Sindaco p.t., e, per l'effetto,

2) Condanna la Scarl "Calvi Uno", in persona del suo legale rapp.te p.t., ed il Comune di Calvi, in persona del suo Sindaco p.t., in solido fra loro, al pagamento, in favore di N. G., della complessiva somma di £ 90.000.000, pari ad attuali Euro 46.481,12, a titolo di risarcimento danni per la perdita della quota di sua proprietà del fondo sito in Calvi, contraddistinto in catasto al foglio 20, particella n. 132.

3) Dispone, che gli importi, come sopra quantificati e liquidati a titolo risarcitorio, siano rivalutati secondo gli indici ISTAT, dal 10.06.1992 all'attualità, e maggiorati degli interessi legali, in misura del 5% annuo, con la medesima decorrenza sino all'effettivo soddisfo.

4) Condanna, altresì, la Scarl "Calvi Uno", in persona del suo legale rapp.te p.t. e il Comune di Calvi, in persona del suo Sindaco p.t., al pagamento delle spese processuali, liquidate in Euro 180,76 per spese, oltre il costo delle C.T.U., Euro 1.962,54 per diritti ed Euro 3000,00 per onorario d'avvocato, oltre rimborso forfettario, LV.A. e C.P.A. come per legge, somma che distrae in favore dell'avv. A. P., dichiaratosi antistatario.

Analisi di un caso. Recenti orientamenti in tema di espropriazione di fatto

La recente e significativa sentenza emessa dalla Dott.ssa Giulana Giuliano, Giudice del Tribunale di Benevento, offre numerosi spunti di riflessione e si rivela essere di non poco interesse per la pratica forense.

Il dato più saliente è però fornito dalla concreta apertura a quanto, mercé l'opera stigmatrice e sanzionatoria della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, è stato da più parti diversamente pronosticato e auspicato.

Superando le resistenze ancora oggi insite nella Giurisprudenza di legittimità, la sentenza che si va a commentare si pone indiscutibilmente nel senso di ritenere immediatamente operanti nel diritto interno le norme sovranazionali poste dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e, conseguentemente, gli arrets dei Giudici Convenzionali di Strasburgo.

In particolare, il tema affrontato dal Tribunale di Benevento è quello della acclarata e reiterata violazione dell'articolo 1, del protocollo addizionale n. 1, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, soprattutto in occasione del ravvedersi di quell'ipotesi di creazione squisitamente giurisprudenziale comunemente definita nel sistema interno italiano occupazione acquisitiva e nel sistema comunitario espropriazione di fatto e/o indiretta.

In proposito appare doveroso rammentare al lettore e rimandare lo stesso a quanto già in precedenza la Voce del Foro ha avuto diffusamente a pubblicare sul tema.

Valga per tutti il riferimento alla pubblicazione nel numero 2 dell'anno 2005 della Voce del Foro della sentenza n. 570 del 27 febbraio 2005/marzo 2005 della Corte di Appello di Firenze, sezione I civile, sentenza che si è prefigurata come antesignana di altre pronunce (e non solo di merito) successive.

Ciò detto, nella trattazione che segue se pur non si tralascerà di analizzare e commentare la sentenza in toto, l'attenzione sarà maggiormente focalizzata su quello che è il punto nodale da essa affrontato e trattato.

Doverosa premessa all'analisi e al commento che seguono è che l'attore, sul presupposto di un'occupazione di un'area di sua proprietà, occupazione che si assumeva essere avvenuta in carenza di potere, ha convenuto in giudizio un Ente pubblico territoriale e una Società Cooperativa a Responsabilità Limitata (cui l'Ente aveva concesso un diritto di superficie ad edificandum) per "*ottenere la loro condanna solidale alla restituzione ed all'immediato rilascio dell'area di sua proprietà, nonché al conseguente ristoro dei danni subiti dalla data di occupazione, o, in subordine, al risarcimento dei danni per l'illegittima occupazione, comprensiva del valore venale del terreno, oltre rivalutazione ed interessi*" (così la Sentenza alla pagina 3).

Balza subito evidente che l'attore, dopo aver riferito dettagliatamente delle varie fasi del procedimento amministrativo e delle vicende riguardanti i beni di sua proprietà, nel mentre con la domanda principale, riferendo in atti di un'occupazione avvenuta in carenza di potere, paventa il ricorrere nel caso portato all'attenzione del Tribunale di Benevento di un'ipotesi di occupazione usurpativa, al contempo e prudentemente con la proposizione di una domanda subordinata richiede di accertare, dichiarare e conseguentemente statuire in riferimento alla diversa ipotesi della occupazione acquisitiva.

Ciò posto, il Giudice adito, prima di entrare nel merito di ogni questione, motiva compiutamente la sua scelta e la sua decisione in ordine al rigetto della preliminare eccezione di difetto di giurisdizione contrariamente rappresentata in atti.

Sul punto la Dott.ssa Giuliano si esprime nel senso di poter ritenere che la Giurisdizione e, quindi, la sua Competenza, debba essere valutata e aversi per radicata in considerazione dell'epoca di instaurazione della controversia.

Sicché l'essere il giudizio già pendente alla data del 30.06.1998, la porta ad escludere l'applicabilità dell'art. 34, L. n. 80/1998, come

sostituito dall'art. 7, comma 1, lett. b), della L. 21.07.2000, n. 205, in base al quale sono devolute alla Giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo le controversie in materia urbanistica ed edilizia e che hanno ad oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati (si rammenta, però, la ben nota sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 che ha escluso dalla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo i comportamenti non riconducibili all'esercizio di un potere amministrativo in materia urbanistica).

A ben vedere la Dott.ssa Giuliano, già nello statuire sulla giurisdizione e competenza del Tribunale Ordinario di Benevento nel caso di specie, non ha potuto prescindere dal qualificare la domanda attorea in termini di occupazione appropriativa.

E difatti considera ancora che, non potendo accogliere la domanda principale di restituzione dei beni attorei per essersi realizzata nel caso de quo un'irreversibile trasformazione degli stessi, spetta ad esso Giudice Ordinario di conoscere della domanda di risarcimento del danno, causato da un fatto abusivo della P.A., quale è quello costituito dall'occupazione illegittima di un fondo di proprietà privata, vertendosi in tema di lesione di diritti soggettivi e non di interessi legittimi.

Il riferimento da cogliere nel senso di quanto in precedenza affermato sulla qualificazione della domanda è anche nella sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 15471 del 15 ottobre 2003 pure menzionata dal Giudice laddove la giurisprudenza citata tratta specificamente di ciò che comunemente è definita occupazione acquisitiva ovvero espropriativa.

Detta sentenza, peraltro, si pone in linea con i principi e le regole in tema di riparto di Giurisdizione desumibili dalle sentenze nn. 204/2004 e 191/2006 della Corte Costituzionale, da quanto precisato prima dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n. 4 del 30.08.2005 e di poi dalla sez. IV del medesimo Giudice Amministrativo con le decisioni n. 2582 del 21.05.2007 e n. 3752 del 27.06.2007 e, infine, da quanto oramai, sembra, abbiano confor-

memente e definitivamente statuito le Sezioni Unite della Cassazione con le sentenze n. 10962 del 25.05.2005 e nn. 13659 e 13660 del 13.06.2006.

E' sempre la qualificazione in termini di occupazione appropriativa della domanda attorea che consente al Giudice di motivare e supportare le sue scelte e le sue decisioni in ordine al rigetto dell'eccezione di difetto di legittimazione passiva sollevata dalla convenuta Società Cooperativa a Responsabilità Limitata.

Detta ultima, concessionaria di un diritto di superficie ad edificandum, sosteneva a sua difesa che l'occupazione era stata compiuta direttamente dall'Ente territoriale concedente e che, pertanto, questo era da ritenersi responsabile in via esclusiva.

Disattendendo le tesi ora riferite, la Dott.ssa Giuliano motiva nel senso di ritenere che "*nel caso in cui si verifichi un'occupazione acquisitiva, per irreversibile trasformazione del fondo, ed il fatto sia imputabile a più soggetti concorrenti nella formazione della fattispecie ablativa, tutti rispondono in solido, ai sensi dell'art. 2055 c.c., dell'obbligazione risarcitoria nei confronti del privato, e, correlativamente, d'ogni obbligo, concernente tutta l'attività di realizzazione dell'opera, ivi compresa la legittimazione passiva, rispetto alle azioni promosse dai proprietari dei fondi occupati o espropriati*" (così la sentenza alla pagina 9).

La premessa del suo ragionamento è rinvenuta nell'insegnamento di consolidata giurisprudenza ovverosia che, in materia di espropriazione di fatto, la domanda di risarcimento del danno ingiusto da occupazione conseguente ad illecito comportamento dell'amministrazione può e deve essere comunque proposta nei confronti del soggetto al quale l'illecito è imputabile anche se ha agito per delega di altro ente.

Con ciò, verosimilmente, il Giudice ha considerato di poter e dover rinvenire pari e/o concorrente responsabilità imputabili ai comportamenti e attività poste in essere da entrambi i convenuti ovverosia pari e/o concorrenti illiceità sia nel compimento della procedura ablatoria sia nel compimento dell'attività materiale di realizzazione delle opere.

A maggior ragione, la qualificazione della domanda attorea in termini di occupazione appropriativa e non di occupazione usurpativa e la verifica del fatto che nel caso portato alla sua cognizione si controverte in tema di detta fattispecie discendono per il Giudice dalla disamina della prospettazione delle avverse domande, dall'esame della documentazione prodotta e dagli accertamenti esperiti a mezzo di Consulente Tecnico di Ufficio opportunamente nominato.

Si apprende così che valutati tutti gli elementi probatori documentali acquisiti, ricostruito l'iter burocratico sottostante la vicenda ablativa esaminata, condivise le conclusioni cui è pervenuto il Consulente del Tribunale, ritenuta sussistente una valida dichiarazione di pubblica utilità e accertata (implicitamente) la inesistenza di un valido provvedimento di esproprio, acclarato che nel caso portato alla sua attenzione sia rinvenibile il ricorrere della fattispecie di creazione giurisprudenziale comunemente definita occupazione appropriativa, la Dott.ssa Giuliano, in accoglimento della subordinata domanda attorea, dichiara che l'irreversibile trasformazione del bene di proprietà privata è avvenuta durante il periodo di occupazione legittima.

E' nello stimare il danno subito da parte attrice e nello statuire che l'art. 5 bis della L. 359 del 8.08.1992 non si deve e non si può applicare più nella determinazione dell'indennità d'espropriazione delle aree edificabili che la Dott.ssa Giuliano opera l'apertura alla normativa e alla Giurisprudenza Convenzionale Europea.

Citando la Giurisprudenza interna (Cassazione civile, sentenze n. 10542 del 19.07.2002 e n. 3033 del 15.02.2005) recepisce ed afferma che le sentenze emesse dal Giudice Sovranazionale e in particolare, per ciò che riguarda il caso portato al suo giudizio, quelle emesse in tema di violazione dell'articolo 1, del protocollo addizionale n. 1, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (Sentenza C.E.D.U. nel caso Scordino c/Italia del 29.07.2004 confermata dalla decisione della Grande Chambre del 29.03.2006), hanno valore vincolante per il Giudice nazionale.

A fronte del dictum della Dott.ssa Giuliana, la considerazione più

immediata che viene da fare è che la ravvisata apertura può sembrare foriera di ulteriori pronunce del Tribunale di Benevento che si pongano nello stesso importante senso e che possano in qualche modo contribuire a scardinare e a sancire la definitiva messa al bando di istituti di origine squisitamente pretoria quali sono l'occupazione appropriativa e quella usurpativa.

Tanto è ancora di più auspicabile avendo presente, che nonostante gli interventi legislativi che hanno tentato di dare una regolamentazione della materia (cfr. D.P.R. 327/2001 e succ. mod.), nel mentre ancora la Giurisprudenza di legittimità e di merito italiana disquisisce di occupazione appropriativa e di occupazione usurpativa, distingue le due ipotesi di origine non normativa ma giurisprudenziale e detta criteri formali e sostanziali per una loro esatta individuazione e diversa applicazione anche a fini di riparto di giurisdizione (creando in siffatto modo ancora non poche incertezze e ostacoli per la sacrosanta tutela di diritti lesi), la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (C.E.D.U.) continua a sanzionare il comportamento dello Stato italiano e la sua legislazione in vicende non dissimili da quella oggetto della sentenza commentata.

In più occasioni, sia per vicende in cui secondo la giurisprudenza italiana si potesse ritenere avverata l'ipotesi dell'occupazione appropriativa sia per vicende in cui secondo la giurisprudenza italiana si potesse ritenere avverata l'ipotesi dell'occupazione usurpativa, la Corte di Strasburgo ha accertato la reiterata violazione del diritto di proprietà tutelato dall'art. 1, Prot. n. 1 addizionale della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Nel far ciò ha parificato le due ipotesi statuendo che in ogni caso si controverte di atti e attività illecite della Pubblica Amministrazione non già, quindi, semplicemente illegittime.

La Corte Europea ha più volte verificato la violazione del diritto di proprietà anche in riferimento all'applicazione retroattiva dei criteri di cui alla legge finanziaria n. 662 del 1996 considerando che l'emanazione di detti criteri sostanziava una non legittima ingerenza del potere legislativo sul funzionamento di quello giudiziario.

Ciò detto, ha statuito che un'equa soddisfazione, conseguenza dell'attività illecita, non può che corrispondere al valore intero e totale dei beni (stabilito secondo il valore di mercato ovvero venale dei beni all'attualità) e dei pregiudizi sofferti, ivi, addirittura, compreso il danno morale patito dal proprietario.

Ha posto nel nulla anche ogni e qualsiasi problema relativo alla prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento del danno configurando l'illecito della Pubblica Amministrazione come permanente e non istantaneo.

Sembra corretto ritenere che a fronte di tali dirompenti verità disvelate a nulla, peraltro, è valso il disperato tentativo della Corte di Cassazione che con la sentenza resa a Sezioni Unite affermava la compatibilità dell'istituto dell'occupazione appropriativa con l'art. 1, Prot. n. 1 addizionale della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 14.04.2003, n. 5902).

Ferma nelle sue determinazioni, in ognuno dei suoi arrets successivi a detta sentenza e ancora oggi, la Corte di Strasburgo ha continuato a statuire in senso conforme a quelli precedenti.

Sicché anche la Corte di Cassazione e i Giudici amministrativi e quelli di merito hanno dovuto e devono prendere atto di queste importanti e decisive decisioni.

Come menzionato dalla Dott.ssa Giuliano, già con la **sentenza n. 10542 del 19.07.2002** la **Corte di Cassazione** statuiva che: "*l'eventuale applicazione, diretta, dell'art. 1 prot. n. 1 della Convenzione (peraltro introdotta nel nostro ordinamento con la legge di ratifica 4.08.1955, n. 848), spetta al Giudice nazionale, che ove ravvisi un contrasto della disciplina nazionale è tenuto a dare prevalenza alla norma pattizia, che sia dotata di immediata precettività rispetto al caso concreto, anche ove ciò comporti una disapplicazione della norma interna*".

Di poi le **Sezioni Unite** della **Corte di Cassazione** con le **sentenze n. 1338, 1339, 1340 e 1341 del 2004** hanno precisato che l'interpretazione data dalla C.E.D.U. alla norma contenuta nella Convenzione è vincolante per il Giudice italiano.

Vi è allora che per effetto dell'opera chiarificatrice della Corte

Europea dei Diritti dell'Uomo anche per il diritto interno dovrebbe risultare e risulta oramai scomparso l'istituto dell'occupazione appropriativa di precipua creazione giurisprudenziale.

Il citato iter risulta ben rappresentato nella presa d'atto e nella statuizione conseguente operate dai Giudici della Corte di Appello di Firenze, sezione I civile, con la sentenza 27 febbraio 2005/marzo 2005, n. 570.

Con detta sentenza (antesignana anche di quella dell Dott.ssa Giuliano innanzi commentata) si afferma che in conformità alla giurisprudenza della C.E.D.U., cogente per ogni giudice italiano, nel caso di occupazione acquisitiva spetta al proprietario l'integrale risarcimento del danno, corrispondente ad una effettiva restitutio in integrum.

A detta sentenza per comodità espositiva espressamente si rimanda, rappresentando che i principi da essa desumibili sono stati, in seguito, recepiti da alcune importanti pronunce della Corte di Cassazione e decisioni del Consiglio di Stato.

Tra le tante e in particolare tra le ultime meritano di essere menzionate le decisioni n. 2582 del 21.05.2007 e n. 3752 del 27.06.2007 rese dalla sezione IV del Consiglio di Stato che, dettate in tema di riparto di Giurisdizione tra Giustizia civile e Giustizia Amministrativa in ipotesi, occupandosi di ipotesi di occupazioni acquisitive, hanno concordemente statuito in via generale che la ricostruzione e i principi più volte affermati praeter legem dalla giurisprudenza in relazione a detta fattispecie non sono conformi ai principi della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo che hanno una diretta rilevanza nell'ordinamento interno.

Altresì, con dette decisioni (in particolare con la seconda) il Consiglio di Stato ha considerato e chiarito che:

- "per l'art. 117, primo comma, della Costituzione, le leggi devono rispettare i "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario";
- per l'art. 6 (F) del Trattato di Maastricht (modificato dal Trattato di Amsterdam), "l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei di-

ritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ... in quanto principi generali del diritto comunitario";

- per la pacifica giurisprudenza della CEDU (che ha più volte riaffermato i principi enunciati dalla Sez. II, 30 maggio 2000, ric. 31524/96, già segnalata in data 29 marzo 2001 dall'Adunanza Generale di questo Consiglio, con la relazione illustrativa del testo unico poi approvato con il d.P.R. n. 327 del 2001), si è posta in diretto contrasto con l'art. 1, prot. 1, della Convenzione la prassi interna sulla 'espropriazione indiretta', secondo cui l'Amministrazione diventerebbe proprietaria del bene, in assenza di un atto ablatorio (cfr. CEDU, Sez. IV, 17 maggio 2005; Sez. IV, 15 novembre 2005, ric. 56578/00; Sez. IV, 20 aprile 2006).

Dalla Convenzione europea e dal diritto comunitario già emerge il principio che preclude di ravvisare una 'espropriazione indiretta' o 'sostanziale', pur in assenza di un idoneo titolo, previsto dalla legge."

Ulteriormente, il Consiglio di Stato mercé le due decisioni innanzi dette, ha configurato la fattispecie dell'occupazione acquisitiva in termini di illecito permanente e non istantaneo, ha negato che si possa verificare un acquisto a titolo originario della proprietà di beni privati in capo alle pubbliche amministrazioni in conseguenza della realizzazione, in tutto o in parte, di un'opera pubblica seppur in attuazione della dichiarazione di pubblica utilità, ha chiarito che in nessun caso si può parlare di prescrizione quinquennale del diritto di proprietà, ovverosia che non si può parlare di sussistenza di un termine prescrizionale quinquennale decorrente dall'irreversibile trasformazione del bene di proprietà privata.

E difatti la seconda delle due decisioni innanzi citate, conformemente alla prima, ha considerato ancora che:

"omissis..... rileva l'art. 43 del testo unico approvato col d.P.R. n. 327 del 2001, il quale attribuisce all'Amministrazione il potere di acquisire la proprietà dell'area con un atto formale di natura ablatoria e discrezionale (in sostanziale sanatoria), al termine del procedimento nel corso del quale vanno motivatamente valutati gli interessi in conflitto.

Tale art. 43 è stato emesso dal legislatore delegato (che ha recepito le sollecitazioni dell'Adunanza Generale) per consentire all'Amministrazione di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto quando il bene sia stato "modificato per scopi di interesse pubblico" (fermo restando il diritto del proprietario di ottenere il risarcimento del danno), così evitando ulteriori sentenze di condanna da parte della CEDU.

Tale profilo è stato individuato 'with interest' dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, il quale, nella sessione del 13-14 febbraio 2007, si è occupato delle 'violazioni sistematiche dei diritti di proprietà derivanti dalla espropriazione indiretta' in Italia.

In particolare, pur constatando che la prassi interna ancora ravvisa la sussistenza di tale istituto, il Comitato di Ministri ha rilevato che:

- questo Consiglio, con i lavori preparatori del testo unico e con la decisione n. 2 del 2005 dell'Adunanza Plenaria (cui ha manifestato il proprio 'welcaming'), ha escluso la sussistenza della espropriazione indiretta ed ha affermato che solo l'atto di acquisizione ex art. 43 comporta l'ablazione del diritto di proprietà (fino ad allora da riconoscere alla vittima dell'illecito dell'Amministrazione);
- l'applicazione del medesimo art. 43 ai casi pendenti consente "an end definitively to the practice of indirect expropriation'.

Vanno dunque ribaditi i principi già enunciati dalla relazione dell'Adunanza Generale del 29 marzo 2001 e dalla decisione n. 2582 del 2007, per la quale **l'art. 43 presuppone la perdurante sussistenza del diritto di proprietà e di un illecito permanente dell'Amministrazione che utilizza il fondo altrui, in assenza del decreto di esproprio, anche se è stata realizzata l'opera pubblica.**

Il testo e la *ratio* dell'art. 43, dunque, non consentono di ritenere sussistente un termine quinquennale, decorrente dalla trasformazione irreversibile dell'area o dalla realizzazione dell'opera, decorso il quale si verificherebbe la prescrizione della pretesa risarcitoria.

Al contrario, l'art. 43 ribadisce il principio per il quale, nel caso di occupazione *sine titulo*, vi è un illecito il cui autore ha l'obbligo di restituire il suolo e di risarcire il danno cagionato, salvo il potere

dell'Amministrazione di fare venire meno l'obbligo di restituzione ab extra, con l'atto di acquisizione del bene al proprio patrimonio.

In altri termini, a parte l'applicabilità della disciplina civile sull'usucapione (per la quale il possesso ultraventennale fa acquistare all'Amministrazione il diritto di proprietà pur in assenza dell'atto di natura ablatoria), l'art. 43 testualmente preclude che l'Amministrazione diventi proprietaria di un bene in assenza di un titolo previsto dalla legge.

L'Amministrazione può divenire proprietaria:

- **o al termine del procedimento, che si conclude sul piano fisiologico (con il decreto di esproprio o con la cessione del bene espropriando);**
- **oppure, quando vi è una patologia e il bene è stato "modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento", quando è emesso il decreto di acquisizione ai sensi dell'art. 43."**

La medesima decisione n. 3752 del 27.06.2007 ha infine chiarito che:

"omissis..... l'art. 43 – come già segnalato da questo Consiglio nella citata relazione del 29 marzo 2001 e nella decisione n. 2582 del 2007 – si riferisce a tutti i casi di occupazione *sine titulo*, anche a quelle già sussistenti alla data di entrata in vigore del testo unico."

Avv. Lucia Albano

Tribunale Civile di Benevento
Sentenza n. 15 dell'8 gennaio 2007

Giudice: Dott. E. Ricci

E.L., T.A., E.N., E.M. (Avv. L.G.)
contro
G. M., D.M. (Avv.ti L. C. e F.C.)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 19.7.04 G. E., L. E., A. Tr., N. E. e M. E., le ultime tre quali eredi di A. E., convenivano in giudizio M. G. e M. D. esponendo quanto segue: in data 3.6.59 era deceduta ab intestato in A. D. I., nata in Apice il 18.12.1894; eredi della medesima erano i figli G. E., C.E., E. E., V. E., M. O. E., G. E., U. E., A. E., S. ., L. E., A. E. ed il coniuge superstite G. E.; a ciascuno dei figli spettava la quota di 1/11 dell'asse relitto, mentre al coniuge superstite era attribuito l'usufrutto legale; l'asse relitto era costituito da metà del terreno sito in Apice alla contrada Macchia La Costa, individuato in catasto alla partita 1131, e dal terreno pure ivi ubicato, in catasto alla partita 964, con annesso fabbricato rurale composto di cinque vani; in data 2.4.62 era deceduto ab intestato in Apice anche G.E., di cui erano eredi gli undici figli prima menzionati per la quota di 1/11 dell'asse relitto, costituito da un fondo rustico sito in agro di Apice alla contrada Canneto e dalla casa di abitazione ubicata alla stessa contrada; in data 5.10.86 era deceduto il coerede G.E., lasciando eredi la moglie e nove figli; in data 28.2.02 era deceduta la coerede C. E., vedova senza figli; in data 30.7.03 era deceduto il coerede A. E., lasciando a sé superstiti la moglie e due figli; in data 24.1.04 era deceduto il coerede A. E., lasciando quali eredi le attrici A.T., N.E. e M. E.; tra i coeredi di D.I. A. ed E. G. non si era mai proceduto allo scioglimento della comunione, in quanto un progetto preliminare di divisione amichevole non si era poi perfezionato; nonostante ciò, M. G., vedova del coe-

rede A. E., aveva disposto di alcuni beni facenti parte dell'asse ereditario; in particolare con atto per notar N. M. del 25.2.04, rep. n. 33862 aveva donato a M.D., assumendo di averli usucapiti per possesso esclusivo, ultraventennale, continuato, non violento e non clandestino, i seguenti beni rientranti nella comunione ereditaria: a) la piena proprietà del terreno agricolo ubicato in Apice alla località Santa Lucia, di are 42 e centiare 80, individuato in catasto al F. 34, p.lla 523, b) la piena proprietà del terreno agricolo ubicato in Apice alla località Santa Lucia, esteso are 30 e centiare 60, individuato in catasto al F. 34, p.lla 524;c) la piena proprietà del terreno agricolo ubicato in Apice alla località Santa Lucia, esteso are 12 e centiare 95, individuato in catasto al F. 42, p.lla 589; d) la piena proprietà del terreno agricolo ubicato in Apice alla località Santa Lucia, esteso are 5 e centiare 14, individuato in catasto al F. 42, p.lla 594; e) la piena proprietà del terreno agricolo ubicato in Apice alla località Santa Lucia, esteso are 39 e centiare 80, individuato in catasto al F. 42, p.lla 607.

Gli attori negavano che l'acquisto per usucapione dei beni summenzionati si fosse verificato, dato che la G. non li aveva mai posseduti, ed il suo dante causa li aveva sempre posseduti uti condominus e non uti dominus; sostenevano che conseguentemente la donante non poteva disporre dei beni medesimi, e chiedevano pertanto che fosse dichiarata la nullità o comunque la inefficacia nei loro confronti dell'atto di donazione prima precisato, ordinando al Conservatore dei R.R. I.I. di procedere alla trascrizione della sentenza, con esonero di ogni sua responsabilità, vinte le spese di lite.

Si costituivano in giudizio le convenute, ed eccepivano che gli attori non avevano mai accettato l'eredità di D.I.A., né quella di E. G., e che tale diritto era ormai prescritto; affermavano che la G. e suo marito E.A., dal lontano 1970, e dal 1980 in poi anche la nuora D. M., erano proprietari, in virtù di possesso animo domini, oltre che dei terreni di cui alla donazione impugnata, anche di altri beni non oggetto di causa; chiedevano dunque il rigetto della domanda con vittoria delle spese di lite.

All'udienza del 6.10.05 in dipendenza del decesso di G. E. si costituivano i suoi eredi A. E., F. E. e C. C.

A seguito di ordinanza del 26.11.05, senza espletamento di attività

istruttoria ulteriore alla produzione di documenti, la causa era riservata in decisione sulle conclusioni precisate in epigrafe all'udienza del 18.10.06.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Va preliminarmente osservato che nella presente controversia non e configurabile una delle fattispecie di litisconsorzio necessario che imponga l'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 102 CPC, come allegato dalle convenute.

L'azione proposta dagli attori è infatti riconducibile alla rivendica ex art. 948 CC, ovvero alla petizione di eredità ex art. 533 CC.

E' stato chiarito dalla Suprema Corte che quest'ultima si differenzia dalla prima, malgrado l'affinità del petitum, in quanto si fonda sull'allegazione dello stato di erede, e ha per oggetto beni riguardanti elementi costitutivi dell'asse ereditario o di una parte di esso.

Sia nell'uno che nell'altro caso, comunque, gli altri coeredi o comproprietari non sono litisconsorti necessari (cfr. Cass. 3040/87; Cass. 4259/80; Cass. 1730/69; Cass. 6697/02).

Egualmente, non è litisconsorte il marito della donataria in regime di comunione dei beni, alla luce del disposto dell'art. 179 lett. b) CC.

Venendo all'esame del merito, gli attori hanno chiesto dichiararsi la nullità o inefficacia dell'atto di donazione pere notar N.M. del 25.2.04 rep. n. 33862 perché avente ad oggetto beni di cui la donante non poteva disporre, in quanto facenti parte dell'asse ereditario relitto da D.I.A. ed E.G., ancora indiviso tra i coeredi.

Giova ricordare che, sotto il profilo dell'onere probatorio, mentre l'attore in rei vindicatio deve dimostrare la proprietà dei beni attraverso una serie di regolari passaggi durante tutto il periodo dì tempo necessario all'usucapione, nella hereditatis petitio può invece limitarsi a provare la propria qualità di erede ed il fatto che i beni, al tempo dell'apertura della successione, fossero compresi nell'asse ereditario (cft. Cass. 13785/04).

Anche nell'azione di rivendicazione, tuttavia, quando il convenuto deduca, con eccezione o domanda riconvenzionale, di aver acquistato per usucapione la proprietà del bene rivendicato, si attenua l'onere probatorio dell'attore, che è adempiuto se quest'ultimo allega un suo valido tito-

lo di acquisto, prova che il bene è stato di proprietà dei suoi danti causa in epoca anteriore a quella in cui il convenuto assume di aver iniziato a possedere e, ovviamente, che non si è verificata l'usucapione allegata dal convenuto (cfr. Cass. 8.10.01 n. 12327; Cass. 28.6.2000 n. 8806; Cass. 4.2.00 n. 1250).

Nel caso in esame le convenute non hanno contestato l'appartenenza dei beni oggetto dell'atto di donazione impugnato all'asse ereditario di D. I. A. ed E. G., ma innanzitutto eccepito che gli attori non hanno acquistato la qualità di eredi dei de cuius, e comunque che dei beni medesimi la G.ha legittimamente disposto perché acquisiti in virtù di usucapione. In particolare, quanto alla preliminare eccezione, hanno sostenuto che gli attori non hanno mai accettato né l'eredità di D. I.A., né quella di E.G., e che tale diritto è prescritto.

Non è stato invece espressamente eccepito, almeno fino all'udienza di precisazione delle conclusioni, che T. A., E. N. ed E. M. non siano eredi di E. A., né che E.A., E. F. e C. C. non siano eredi di E.G.: l'eccezione in discorso, attenendo alla titolarità della situazione sostanziale fatta valere, avrebbe dovuto essere invece tempestivamente sollevata (cfr. Cass. 379/05).

Orbene, com'è noto, l'apertura della successione fa sorgere nei destinatari della "vocatio" il diritto di accettare l'eredità, soggetto al termine di prescrizione di dieci anni, salvo che si tratti di "chiamati ulteriori". Sono da considerare tali soltanto coloro che subentrano in luogo dei rinunzianti, secondo il meccanismo delle devoluzioni disciplinato dagli art. 522 e 523 cc., mentre se il chiamato alla eredità muore senza averla accettata, il diritto di accettarla si trasmette agli eredi come previsto dall'art. 479 CC (cfr. Cass. 22.9.00 n. 12575).

Incombe sul coerede chiamato all'eredità, nei cui confronti un altro coerede abbia eccepito la prescrizione del diritto ad accettarla, l'onere di dimostrare di avere invece esercitato quel diritto con atti idonei a manifestarne la volontà e non meramente conservativi o di vigilanza (cfr. Cass. 23.1 .99 n. 622).

Nel caso in esame l'apertura della successione ab intestato di D.L.A. risale al 3.6.59, quella di E. G. al 2.4.62; chiamati all'eredità sono stati gli

undici figli della coppia, e cioè E. G., C., E., V., M. O., G. (deceduto il 30.5.05 e dante causa di E. A., E. F. e C. C.) U., A. (deceduto il 30.7.03 e dante causa di G.M.), S., L. ed A. (deceduto il 24.1.04 e dante causa di T.A., E.M.e N.)

Orbene, sulla scorta della documentazione prodotta in atti può affermarsi che vi è stata da parte dei chiamati accettazione sia dell'eredità di D.I.A. che di quella di E. G., accompagnata dalla implicita ma inequivoca rinunzia a far valere la prescrizione, ai sensi dell'art. 2937 comma 3 CC.

Ciò emerge in particolare dall'atto per notar C. del 7.12.69, con cui i coeredi G., E., C. V., M., S., L., G., U. ed A. hanno ceduto ad A. i diritti di loro spettanza, pari a 10/11, sul fabbricato rurale sito in Apice alla località S. Lucia o Macchia La Corte riportato alla partita 964, da identificare con quello facente parte dell'asse relitto dalla D.I., come è comprovato, tra l'altro, anche dall'attestazione della perdurante intestazione catastale del bene, quanto all'usufrutto, in favore del coniuge E. G., già deceduto. Emerge, altresì, dalla scrittura privata datata 29.11.87, con cui i coeredi (tra cui L., G., A. ed A.) hanno inteso "uscire dallo stato di comunione dei beni caduti in successione nell'eredità di E. G. nonché quelli di D. I. A.".

È da evidenziare che il disconoscimento di tale documento operato dalle convenute è da ritenersi intempestivo perché, a norma dell'art. 215 CPC, doveva avvenire entro la prima risposta successiva alla produzione, e cioè entro il secondo termine assegnato ai sensi dell'art. 184 CPC.

D'altra parte, ulteriore riscontro a quanto sin qui esposto è costituito anche dalla scrittura del 27.4.73, prodotta dalle stesse convenute, peraltro oggetto di disconoscimento ad opera degli attori. Tale scrittura non può essere considerata valido negozio divisorio, oltre che per la genericità dei dati identificativi dei beni in essa riportati - ciò che, tra l'altro, impedisce anche che possa essere utilmente invocata ai fini della prova dell'avvenuta usucapione - per l'assorbente motivo della mancanza della sottoscrizione di tutti i condividenti (cfr. Cass. 17581/03); essa comunque attesta la permanenza della situazione di comunione all'epoca, e la rinunzia a far valere la prescrizione del diritto ad accettare l'eredità.

Le convenute non hanno, poi, fornito prova esaustiva dell'avvenuto

acquisto dei beni oggetto dell'atto di donazione impugnato per possesso animo domini.

Tale possesso sarebbe risalente - secondo quanto è dato evincere dalla comparsa di costituzione, e non è stato meglio precisato nei termini di cui agli art. 183 CPC - al 1970 e 1980, e dunque ad epoca successiva alla morte sia della D. I.che dell'E. G.; non può tenersi conto, invece, delle nuove deduzioni sul punto della comparsa conclusionale, prescindendo da ogni considerazione in ordine alla loro fondatezza.

Ciò posto, giova ricordare che il coerede può, prima della divisione, usucapire la quota degli altri coeredi, senza che sia necessaria l'interversione del titolo del possesso, attraverso l'estensione del possesso medesimo in termini di esclusività, ma a tal fine non è sufficiente che gli altri partecipanti si siano astenuti dall'uso della cosa, occorrendo altresì che il coerede ne abbia goduto in modo inconciliabile con la possibilità di godimento altrui, e tale da e una inequivoca volontà di possedere "uti dominus" e non più "uti condominus"; tale volontà non può desumersi dal fatto che il coerede abbia utilizzato e amministrato il bene ereditario provvedendo al pagamento delle imposte e alla manutenzione, ricorrendo la presunzione "iuris tantum" che egli abbia agito nella qualità e che abbia anticipato le spese anche relativamente alla quota degli altri coeredi. (cfr. Cass. 25.9.02 n, 13921; Cass. 7 luglio 1999, n. 7075; Cass. 18 febbraio 1999, n. 1370).

Dai documenti in atti non è dato ricavare la prova del possesso di cui si è detto, e ciò senza considerare la valenza delle missive di cui pagg. 1 e 64 della produzione di parte attrice, allegata alta prima memoria ex art. 184 CPC.

La prova per testi come articolata dalle convenute non è stata ammessa per i motivi esposti nell'ordinanza del 26.11.05, non superati da argomentazioni convincenti di segno contrario. A quanto sin qui esposto consegue che l'atto di donazione per notar N. M.del 25.2.04 inefficace nei confronti degli attori nella parte in cui ha ad oggetto la proprietà esclusiva dei beni meglio precisati in citazione, ancora in comunione tra gli eredi di D. L. A. ed E. G. (cfr. Cass. 4965/04).

Del resto, non ricorrono neppure i per la fattispecie di cui all'art. 1159 CC.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunziando sulle domande proposte da E. L., T.A., E. N., E. M., queste ultime tre quali eredi di E. A., e da E. A., E. F. e C. C., quali eredi di E. G., nei confronti di G. M. e D. M., ogni altra istanza, deduzione ed eccezione disattesa, così provvede:

1) accoglie la domanda, e per l'effetto dichiara inefficace l'atto di donazione per notar N.M. del 25.2.04, rep. n. 33862 nella parte in cui ha ad oggetto il trasferimento della proprietà esclusiva dei beni meglio precisati in citazione;

2) autorizza il sig. Conservatore dei Registri Immobiliari a trascrivere la presente sentenza;

3) condanna le convenute in solido ai pagamento delle spese di lite, liquidate in complessivi Euro 5.778,98, di cui Euro 681,98 per spese, Euro 2.597,00 per diritti ed Euro 2.500,00 per onorari, oltre IVA, CPA e rimborso forfettario per spese generali come per legge.

Donazione di cosa altrui e usucapione di beni indivisi: analisi degli istituti e risvolti giurisprudenziali

La sentenza n. 15/07 va pienamente condivisa. Il giudice istruttore, con un ragionamento logico-giuridico rigoroso, ha esaminato tutti gli aspetti più rilevanti di tale complessa vicenda processuale, avente ad oggetto donazione di cosa altrui, nonché ha compiutamente analizzato le sottese problematiche ad essa inerenti, individuabili nell'esatta determinazione della fattispecie di accettazione d'eredità, con conseguente acquisto dello status di erede, nonché nella possibilità, per il coerede, di usucapire le quote comuni.

Nel caso di specie, gli attori, con azione riconducibile alla rivendica ovvero alla petitio hereditatis, assumendo di essere eredi dei coniugi Errico-Dello Iacono, chiedevano disporsi l'inefficacia della donazione intercorsa tra le convenute, in quanto avente ad oggetto beni, i quali, indivisi tra i coeredi, non potevano costituire oggetto di disposizione. Le convenute, costituitesi ritualmente in giudizio, eccepivano la mancata accettazione dell'eredità da parte attorea, e che tale diritto si era prescritto; rilevava, altresì, la donante, di aver legittimamente disposto dei beni, per averli usucapiti.

Pertanto, la questione di diritto analizzata in sentenza si sofferma principalmente sui profili problematici relativi all'istituto del diritto di accettazione dell'eredità, con relativo termine di prescrizione, nonché sulla determinazione dell'acquisto *uti dominus* dei beni ereditari.

In primis, è opportuno precisare che l'accettazione d'eredità, qualificata da autorevole giurisprudenza come un diritto avente natura potestativa[1], consiste nella facoltà di acquisire la qualità di erede, mediante una propria, ed unilaterale, manifestazione di volontà, sia essa espressa o tacita. D'altronde, anche le disposizioni del Codice Civile che regolamentano l'acquisto dell'eredità sono molto rigorose; l'art. 459 c.c. chiaramente specifica che l'eredità si acquista con l'accettazione, il cui effetto risale al

momento in cui si apre la successione, l'art. 480 c.c. precisa che il diritto di accettare si prescrive in 10 anni, tranne che non si tratti di chiamati ulteriori, mentre l'art. 474 c.c. specifica che l'accettazione d'eredità può essere espressa o tacita.

E proprio quest'ultima fattispecie, per sua stessa natura, pone particolari problematiche in ordine all'esatta individuazione dello stretto confine esistente tra meri atti di conservazione e gestione del patrimonio ereditario, compiuti dal chiamato, ed inidonei a concretare un'ipotesi di accettazione tacita, e quelli ai quali l'elaborazione giurisprudenziale fa discendere l'acquisto della qualità di erede.

La giurisprudenza della Suprema Corte[2] ha, in particolare, determinato le modalità fattuali e temporali dell'accettazione, precisando che la delazione, la quale segue all'apertura della successione, non è sufficiente a determinare l'acquisto, occorrendo a tal fine che il chiamato accetti, o mediante *aditio*, oppure per effetto di *pro herede gestio*, oppure per la ricorrenza delle condizioni di cui all'art. 485 c.c.

Anche l'immissione nel possesso dei beni non comporta di per sé accettazione, atteso che l'art. 460 c.c. attribuisce al chiamato, in quanto tale, il potere di esercitare le azioni possessorie a tutela degli stessi beni, addirittura senza bisogno della loro materiale apprensione[3]. Pertanto, sarà compito del Giudice di merito accertare, di volta in volta, se il chiamato si sia mantenuto, o meno, nei limiti della conservazione e dell'ordinaria amministrazione del patrimonio ereditario; in caso positivo, non si avrà accettazione tacita ed il soggetto rimarrà mero chiamato all'eredità, in caso negativo, avrà chiaramente compiuto un atto che gli farà acquistare lo status di erede.

Ne consegue che l'onere probatorio a carico di colui che afferma di essere erede, è particolarmente rigoroso poiché, in caso di eccezione di prescrizione formulata da controparte, è tenuto a dimostrare di aver posto in essere un'attività personale, incompatibile con la volontà di rinunciare, sostanziantesi nel compimento di azioni che travalicano il semplice mantenimento dello stato di fatto, quale esistente al momento dell'apertura della successione[4].

Nel caso di specie, l'onere probatorio dell'accettazione dell'eredità par-

te attorea lo ha ampiamente assolto con la produzione di documenti (poco importa se poi tardivamente disconosciuti) i quali, per loro natura, potevano essere posti in essere solo dagli eredi, e dai quali si evince inequivocabilmente la volontà di accettare l'eredità, accompagnata da un'implicita rinunzia a far valere la prescrizione. Di converso, parte convenuta, con la produzione della scrittura privata divisionale (a sua volta disconosciuta dagli attori) non è riuscita a dimostrare di aver posseduto i beni oggetto di donazione *uti dominus*; anzi, come giustamente statuito in sentenza, ha implicitamente dimostrato che tali beni trovavasi in una situazione di comunione tra i coeredi.

Secondo consolidata giurisprudenza, in applicazione degli artt. 714, 1141 e 1164 c.c., il coerede può, prima della divisione, usucapire la quota degli altri coeredi, esercitando un potere di fatto sul bene, in termini di esclusività. Ma, a tal fine, il coerede che invochi l'usucapione ha l'onere di provare che il rapporto materiale con il bene si è manifestato in modo tale da escludere, volontariamente, gli altri coeredi dalla possibilità di instaurare analogo rapporto esclusivo con il medesimo bene ereditario[5].

In buona sostanza, il coerede può usucapire l'altrui quota indivisa della cosa comune, dimostrando l'intenzione di aver posseduto non uti condominus, bensì uti dominus, senza la necessità di interversio possessionis ex art. 1164 c.c., potendo il mutamento del titolo consistere in atti integranti un comportamento durevole, e tali da evidenziare un possesso esclusivo animo domini sulla res[6]. Ciò è possibile, però, soltanto a condizione che il coerede abbia escluso gli altri aventi diritto dal godimento del bene, utilizzandolo in via esclusiva, in modo da dimostrare il proprio inequivoco intento di possedere da proprietario e non da comproprietario; inoltre, perché si realizzi la fattispecie dell'usucapione, è necessario, oltre all'esercizio del possesso uti dominus, che non vi sia nessuna opposizione da parte degli altri coeredi, durante tutto il tempo necessario per usucapire.

Nel caso di specie tale ipotesi non si è verificata, avendo parte convenuta non sufficientemente provato un dominio esclusivo, pacifico, continuato, ultraventennale, sulla res comune.

In tal modo, parte attorea ha ampiamente assolto all'onere probatorio

su di essa gravante nell'azione di rivendicazione ovvero di petizione d'eredità[7]; ha, difatti, provato la propria qualità di erede nonché la circostanza che i beni, all'apertura della successione, facessero tutti parte dell'asse ereditario. In particolare, con la scrittura privata del 29.11.87 (con la quale i coeredi intendevano uscire dallo stato di comunione) gli attori hanno inequivocabilmente dimostrato che i beni, ancor prima che parte convenuta assumesse di aver iniziato a possedere (anno 1980), erano indivisi e che, sugli stessi, non si è mai verificata l'eccepita usucapione.

Di qui la declaratoria d'inefficacia della donazione di beni altrui la quale, se fosse stata provata in corso di causa l'avvenuta usucapione, avrebbe potuto comunque costituire titolo idoneo al trasferimento immediato della proprietà, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1159 c.c.[8].

Dott.ssa Maria Silvino

NOTE

1) Cfr. Cass. Civile, Sez.II, 05.04.04, n. 2202; Cass. Civile, Sez.II, 23.07.94, n. 6890. Per la dottrina si veda Azzariti-Martinez, *Successioni per causa di morte e donazioni,* Padova, 1979; Grosso e Burdese, *Successioni – Parte generale in Trattato di diritto Civile italiano*, diretto da Vassalli, XII, I, Torino, 1977. La tesi è stata oggetto di critica da Ferri, *Successioni in generale*, Artt. 456-511, in Comm. Codice Civile a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1980, il quale attribuisce al diritto di accettare l'eredità natura di potere giuridico.

2) Cfr. Cass. Civile, Sez. II, 06.05.02, n. 6479 in Giust. Civ. Mass. 2002, 769; Cass. Civile, Sez. II, 30.10.91, n. 11634 in Giust. Civ. Mass. 1991, Fasc. 10. Per la dottrina si veda Cariota-Ferrara, *Le successioni per causa di morte*, Parte generale, Napoli, 1977.

3) Cfr. Cass. Civile, Sez. II, 15.02.05, n. 3018 in Giust. Civ. Mass. 2005, 4; Cass. Civile, Sez. II, 27.10.05, n. 20868 in Giust. Civ. Mass. 2005, 10.

4) Cfr. Cass. Civile, Sez. II, 27.06.05, n. 13738; Cass. Civile, Sez. II, 29.03.05, n. 6574 in Riv. Notariato 2005, 848; Cass. Civile, Sez. II, 09.06.90, n. 5640; Cass. Civile, Sez. II, 23.06.97, n. 5576; Cass. Civile, Sez. II, 20.08.97, n. 7758; Cass. Civile, Sez. II, 08.08.91, n. 8623. Per la parte dottrinale vedasi Santoro-Passarelli, *Dottrina generale del diritto civile*, Jovene, 1989, secondo il quale l'accettazione tacita d'eredità integrerebbe un'ipotesi di negozio d'attuazione, in cui la volontà non è dichiarata, ma solo espressa mediante attuazione.

5) Cfr. Cass. Civile, 12.04.02, n. 5226; Cass. Civile, 25.09.02, n. 13921.

6) Cfr. Cass. Civile, 11.08.05, n. 16841; Cass. Civile, 15.06.01, n. 8152; Cass. Civile, 18.02.99, n. 1367. Per la dottrina vedasi Masi, *Il possesso*, in Trattato di diritto privato italiano, diretto da Pietro Rescigno, VII, Utet, Torino, 1982; Sacco e Caterina, *Il possesso,* in Trattato di diritto ci-

vile e commerciale, (già diretto da) Cicu, Messineo e Mengoni, (diretto da) Schlesionger, Giuffrè, 2000; Tenella Sillano, *Possesso e detenzione*, Dig. (Disc. Priv.) XIV, 1996.

7) Cfr. Cass. Civile, Sez. II, 30.03.06, n. 7529; Cass. Civile, Sez. II, 22.07.05, n. 15388; Cass. Civile, Sez. II, 29.11.94, n. 22418; Cass. Civile, Sez. II, 22.07.04, n. 13785.

8) Cfr. Cass. Civile, Sez. II, 05.02.01, n. 1596; Riv. Notariato 2002, 404 Nota Visalli; Riv. Notariato 2001, 862 Nota Gazzoni; Giust. Civile 2002, I, 471; Notariato 2001, 943 nota Santarsiere; Notariato 2001, 454 nota Lomonaco; Giust. Civ. Mass. 2001, 203; Corriere Giuridico 2001, 756 nota Mariconda; Giust. it. 2001, 1595 nota D'Auria; Nuova giur. civ. Commentata 2001, I, 679 nota Rinaldi. In particolare, la donazione di beni altrui non può essere ricompresa nella donazione di beni futuri, nulla ex art. 771 c.c., ma è semplicemente inefficace e, tuttavia, idonea ai fini dell'usucapione abbreviata ex art. 1159 c.c. in quanto il requisito dell'esistenza di un titolo che sia idoneo a far acquisire la proprietà o altro diritto reale di godimento, che sia stato debitamente trascritto, va inteso nel senso che il titolo, tenuto conto della sostanza e della forma del negozio, deve essere idoneo in astratto, e non in concreto, a determinare il trasferimento del diritto reale, ossia tale che l'acquisto del diritto si sarebbe senz'altro verificato se l'alienante ne fosse stato titolare.

Tribunale Civile di Benevento
Sentenza n. 90 del 10 gennaio 2007

Giudice: Dott. M.I. Romano

B.M. (Avv. D.M.)

contro

I.M. (Avv. S.P.), B.I. s.p.a. (Avv.L.B.), C. s.p.a. (Avv. M.C.) e C.C.I.A.A. di Benevento in persona del legale rapp.te p.t.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato in data 4.1.2003 l'attore indicato in epigrafe esponeva: *che in data 2.12.99 il notaio M. I. da Benevento elevava, su richiesta della B. di R., filiale di Vitulano, protesto nei confronti di B. M. per il mancato pagamento di una cambiale del valore di lire 5.000.000; che la cambiale emessa risultava emessa in data 30.6.99, con scadenza 30.11.99, in favore della O. s. a. s di Benevento; che sul retro della stessa risultava essere apposto il solo timbro della F. s. n. c. di Colle Sannita; di essere venuto a conoscenza del protesto in occasione della richiesta di un mutuo che non gli veniva concesso proprio per l'esistenza del protesto medesimo; di aver richiesto, ex art. 700 c.p. c. un provvedimento di urgenza per la inibizione della pubblicazione dei protesto nel Bollettino Ufficiale; che con provvedimento del Tribunale di Benevento veniva sospesa la pubblicazione dei protesto elevato in suo danno.*

Tanto premesso chiedeva la declaratoria dell'illegittimità del protesto con conseguente cancellazione definitiva della pubblicazione del protesto levato in data 2.12.99 e la condanna dei convenuti al risarcimento dei danni subiti in conseguenza della dedotta situazione.

Il tutto con vittoria di spese di lite.

Regolarmente instauratosi il contraddittorio rimaneva contumace la C.C. di Benevento. Si costituivano, invece, i convenuti i quali contestavano il contenuto dell'atto introduttivo del giudizio chiedendone il rigetto, con vittoria di spese di lite.

Istruita la causa, la stessa, sulle conclusioni delle parti, veniva riservata a sentenza con assegnazione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda avanzata dall'attore è fondata.

Va, infatti, dichiarata la illegittimità del protesto elevato in data 2.12.99 nei confronti dell'attore.

Ai sensi dell'art. 20 L .C. la legittimazione a richiedere il protesto al pubblico ufficiale competente spetta al portatore legittimo del titolo, ossia al soggetto che lo detiene in quanto primo prenditore o che lo possiede in virtù di una serie continua di girate. Nel caso di specie detta norma risulta violata in quanto la cambiale protestata mancava della girata dalla O. s. a.s alla F. s.n.c.

Ne consegue la responsabilità delle banche convenute, le quali hanno trasmesso al notaio la cambiale in contestazione in assenza di un legittimo portatore del titolo, atteso che il detentore di una cambiale nella quale non figuri alcuna girata successiva a quella apposta per l'incasso dell'ultimo giratario non ha alcun diritto ad agire in base al predetto titolo.

Il semplice possessore di un titolo cambiario, non prenditore né giratario dello stesso, non assume, infatti, la veste di cessionario del relativo credito se non dimostrando il rapporto giuridico dal quale deriva il suo diritto, atteso che il titolo cambiario non contiene in sé gli elementi idonei a provare la legittimazione del possessore, potendo detto titolo essere pervenuto a quest'ultimo nei più svariati modi (Cass. civile 25 luglio 2001, n. 10119).

Quanto al danno richiesto dall'attore va evidenziato che per effetto dell'illegittimo protesto di una cambiale si verifica, oltre alla lesione alla reputazione commerciale da provarsi specificamente, anche una lesione alla reputazione del protestato quale persona, risarcibile automaticamente come danno in re ipsa, da liquidarsi in via equitativa in caso di assenza di elementi istruttori (Tribunale Modena sez. I 2.3.2004). Per quel che riguarda il danno collegato al discredito in ambito commerciale, si pone, infatti, un onere probatorio in capo al danneggiato circa le sfavorevoli conseguenze patrimoniali derivate dal protesto.

Nel caso di specie l'attore, su cui incombeva il relativo onere, non ha fornito elementi probatori in tal senso.

Deve, pertanto, porsi a carico delle banche convenute, la condanna al risarcimento del danno alla persona che si liquida in via equitativa in Euro 15.000,00.

Non può, invece, emettersi alcuna di pronuncia di condanna nei confronti del notaio, pure convenuto nel presente procedimento, atteso che, a prescindere da ogni valutazione, nel caso in oggetto, in ordine alla condotta tenuta dal medesimo, la responsabilità per l'illegittima levata del protesto va ascritta principalmente alla banca, mentre la successiva condotta negligente del notaio si configura come causa non determinante, ma soltanto idonea ad aggravare le conseguenze del danno (Tribunale Napoli 7.4.98).

Nel caso di specie l'attore non ha in alcun modo provato un aggravamento del danno in conseguenza della condotta tenuta dal notaio I.

Nessuna responsabilità della C.C.I.A può, infine, essere affermata atteso che quest'ultima è tenuta, solo che un determinato protesto risulti inserito nell'elenco trasmessole dal Presidente del Tribunale, a dar corso alla relativa pubblicazione, che rappresenta un adempimento doveroso, il cui presupposto è rappresentato solo ed unicamente dall'inclusione del protesto nell'elenco indicato.

Ricorrono giusti motivi per compensare le spese di lite tra l'attore ed i convenuti I.M. e C.C.I.A di Benevento.

Le ulteriori spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Giudice definitivamente pronunziando sulla domanda proposta da B. M. nei confronti della C. C. di Benevento, di B.di R. s.p.a., di B. I. s.p.a. e di I.M. così provvede:

- Accoglie la domanda e, per l'effetto, dichiara la illegittimità del protesto elevato nei confronti di B. M. in data 2.12.99;

- Ordina, conseguentemente, alla C.C.I.A di Benevento la cancellazione della pubblicazione sul Bollettino compilato dalla C.C.I.A medesima, del protesto della cambiale indicata negli atti del giudizio;

- Condanna B. di. R. s.p.a e B. I. s.p.a, in persona dei legali rapp.ti p.t., in solido, al pagamento, in favore dell'attore, della somma di Euro 15.000,00 oltre interessi dalla domanda al soddisfo;
- Rigetta la domanda avanzata nei confronti di I.M.;
- Compensa le spese di lite tra l'attore e I.M.;
- Compensa le spese di lite tra l'attore e la C.C.I.A. di Benevento;
- Condanna la B.di R. s.p.a, in persona del legale rapp.te p.t., e la B. I. s.p.a. al pagamento in solido, in favore dell'attore, delle spese di lite che si liquidano in complessivi Euro 2700,00 di cui Euro 200,00 per spese, Euro 1000,00 per diritti e Euro 1500,00 per onorari, oltre Iva, Cpa e rimborso forfettario come per legge.

La risarcibilità del danno cagionato da illegittimo protesto

La sentenza commentata ha per oggetto il tema della risarcibilità del danno derivante dalla illegittima levata di protesto; per l'analisi della questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità giudiziaria di Benevento occorre quindi operare una distinzione tra la disciplina relativa ai protesti e le norme che trattano le questioni inerenti la risarcibilità del danno patrimoniale e non.

In merito al primo aspetto il riferimento legislativo è da rinvenirsi certamente nella c.d. "Legge Cambiaria" di cui al R.D. 14.12.1933 n. 1669 successivamente modificata dalla legge 16.06.1973, n. 349, e, nella fattispecie, nell'art. 20 che chiarisce le condizioni mediante le quali il detentore del titolo è considerato portatore legittimo.

Posto che ai sensi del suindicato articolo solo il portatore legittimo del titolo, ossia il soggetto che lo detiene in quanto primo prenditore o che lo possiede in virtù di una serie continua di girate, è legittimato a richiedere all'ufficiale giudiziario competente l'elevazione del protesto, nel caso in esame *nulla questio* circa la ricostruzione del Giudice di Benevento nell'accertamento della sua illegittimità; dagli atti processuali, infatti, risulta in modo chiaro ed evidente la violazione di tale norma *in quanto la cambiale protestata mancava della girata della Odontofarma s.a.s. alla Farmasannio s.n.c.*

Più complessa e degna di attenzione, invece, appare la questione concernente il modo di atteggiarsi della responsabilità civile derivante da illegittimo protesto. Nel silenzio della suindicata Legge Cambiaria discende come conseguenza logica l'applicazione della responsabilità *aquiliana* ex art. 2043 c.c., clausola generale che ha il pregio di poter essere applicata alle più svariate tipologie di danno da fatto illecito, e, nel caso di danno non patrimoniale, l'applicazione dell'art. 2059 c.c. che definisce i limiti entro i quali sarebbe risarcibile il danno a contenuto non patrimoniale.

Riguardo a quest'ultima norma si reputa necessario un chiarimento

considerata l'interpretazione evolutiva offerta recentemente dalla Corte di Cassazione, III sezione civile, nella sentenza del 30 marzo 2005, la quale sconvolge sensibilmente la portata della norma codicistica. La Corte, nell'affrontare una questione vertente il medesimo argomento di cui si tratta, valuta l'imprenditore soggetto ad un illegittimo protesto meritevole di essere risarcito dei danni "non patrimoniali"conseguenti alla lesione della sua reputazione professionale.

Sulla base della ricostruzione della Suprema Corte, una rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. permetterebbe di *includere nella categoria dei danni non patrimoniali anche i danni che derivano dalla violazione e lesione di posizioni soggettive protette di rango costituzionale o ordinario sulla base di precisi riferimenti normativi (cfr. Cass., sentt. 8827 e 8828 del 31 maggio 2003 e Corte cost. 11 luglio 2003, n. 233). Tale inclusione prescinde dall'accertamento di un fatto reato e conduce ad una distinzione ontologica tra danno morale da reato, al quale appartiene la configurazione tradizionale del danno sanzione (…), ed il danno non patrimoniale in relazione a lesione di diritti inviolabili o fondamentali e di interessi giuridici protetti perché inerenti a beni della vita od a beni essenziali per la comunità (…)La tutela del danno non patrimoniale è dunque risarcitoria a titolo pieno, come accade per il danno patrimoniale*. In relazione a quanto sopra è stato precisato, occorre, quindi, scindere la posizione del danno alla reputazione commerciale dal danno al discredito personale che l'attore ha subito in seguito all'avvenuto illegittimo protesto.

Per ciò che riguarda il danno alla reputazione commerciale, il Giudice di Benevento non esita a riconoscere la conseguente responsabilità delle banche richiedenti il protesto, ma al contempo, stante un onere probatorio in capo al danneggiato circa le sfavorevoli conseguenze patrimoniali derivate dal protesto medesimo, non evita di sottolineare come, in questo caso, manchi un impianto probatorio fornito dalla parte attorea atto a dimostrare l'effettivo danno alla reputazione commerciale.

In merito al danno alla reputazione personale, in linea con un consolidato orientamento giurisprudenziale (Cass.civ., 23 marzo 1996, n. 2576; Cass.civ., 31 maggio 2003, n. 8828; Cass.civ., 30 marzo 2005, n. 6732), il Giudice riconosce invece la risarcibilità *in re ipsa*, ossia senza che incomba alcun onere probatorio in capo al soggetto danneggiato se non per la

eventuale determinazione del *quantum* che altrimenti verrà determinato in via equitativa.

La Cassazione a più riprese ha affrontato il problema della lesione della reputazione personale derivante da un'illegittima levata di protesto arrivando ad affermare con chiarezza che il protesto, poiché attribuisce pubblicità all'insolvenza del debitore, costituisce un motivo di discredito sia personale che commerciale. Tale fatto, sarebbe dunque idoneo a *provocare un danno patrimoniale sotto il profilo della lesione dell'onore e della reputazione del debitore come persona* indipendentemente da eventuali suoi interessi commerciali.

Pertanto, secondo quanto scaturisce dalle motivazioni espresse a più riprese dalla Suprema Corte, nel caso di lesione alla reputazione commerciale, il danneggiato, dovrà effettivamente provare il danno riconducibile all'illegittimo protesto, essendo quest'ultimo idoneo a costituire un mero indizio sulla sua concreta esistenza *da valutare nel contesto di tutti gli altri elementi della situazione in cui si inserisce*.

Per converso, la lesione alla reputazione personale non determinerebbe la necessità da parte del soggetto leso di fornire in concreto la prova del danno subito perché questo considerato *in re ipsa*; ciò sarebbe supportato anche dalla legge sull'usura (l. 7 marzo 1996, n. 108) che agli artt. 17 e 18 prevede la possibilità, per il soggetto che abbia subito un unico protesto legittimo nel corso dell'anno e che abbia corrisposto l'intero importo dovuto, di ottenere la riabilitazione, nonché l'annullamento del protesto che deve essere considerato, a tutti gli effetti di legge, come mai avvenuto.

Il ragionamento seguito dalla Suprema Corte nasce dalla considerazione che gli artt. 17 e 18 della legge 7 marzo 1996 n. 108 non avrebbero avuto alcuna ragione di esistere se l'elevazione di un protesto, in questo caso legittimo, non fosse stato ritenuto fonte immediata di danno alla reputazione personale. E' intuitivo, dunque, che se un legittimo protesto costituisce palesemente un motivo diretto di discredito personale tanto da consentire, al soggetto che lo subisce e a determinate condizioni, di poter ottenere la "riabilitazione", a maggior ragione non può che utilizzarsi il medesimo schema mentale per valutare la lesione causata dall'elevazione di un protesto illegittimo, come naturale conseguenza (Cass.civ., 12

giugno 1998, n. 11103; recentemente con le medesime conclusioni, Cass.civ., 28 giugno 2006, n. 14977).

Anche in dottrina è possibile riscontrare considerazioni favorevoli all'impostazione della Corte di Cassazione che, sottolineando il discredito conseguente da protesto all'immagine commerciale del debitore *e sulle sue facoltà di operare serenamente nel suo consueto ambiente*, giungono finanche a configurare un'ipotesi di danno biologico (v. ZENO-ZENCOVICH, *Considerazioni sul danno da protesto illegittimo*, in, *Banca borsa e titoli di credito*, 1991, II, 499, in commento a Trib. Milano, 28 settembre 1989). Sul punto, altra parte della dottrina ha, invece, espresso una opinione divergente rispetto alla giurisprudenza di legittimità. In particolare, nell'affrontare il tema della risarcibilità del danno alla salute conseguente all'illegittimo protesto, non è mancata la riflessione di chi ha destato preoccupazioni circa il rischio di una eccessiva dilatazione dell'ambito risarcitorio nel caso di specie. Se da un lato, infatti, si rileva pacificamente che il protesto, essendo atto pubblico di contestazione del mancato pagamento del titolo, sia potenzialmente idoneo a cagionare un situazione di discredito sufficiente, nei casi in cui risultasse illegittimo, ha tradursi in un illecito risarcibile ex art. 2043 c.c., dall'altro si considera comunque imprescindibile l'accertamento del nesso di causalità, presupposto necessario per l'attribuzione della responsabilità in capo al soggetto artefice di tale illegittima levata.

In base a tale ricostruzione, apparirebbe poco plausibile, *secondo un giudizio di probabilità ex ante, che un'llegittima levata di protesto possa innescare, dal punto di vista naturalistico, una sequenza causale tale da produrre, quale conseguenza normale, una lesione all'integrità psichica* (MARTORANO, *Le mobili frontiere del danno alla salute: lo shock da protesto illegittimo*, in, *Banca borsa e titoli di credito*, 1997, II, p. 384). Alla luce di tali considerazioni ci si chiede se l'impostazione della giurisprudenza di legittimità sin qui esposta sia da considerarsi pienamente condivisibile oppure se in essa si annidino sottili incongruenze di carattere logico.

Infatti, pur volendo aderire all'impostazione della giurisprudenza della Suprema Corte circa la risarcibilità *in re ipsa* del danno alla reputazione personale, non sembra però pienamente convincente la distinzione sul pia-

no probatorio di quest'ultima con la risarcibilità del danno alla reputazione commerciale che *prima facie* sembrerebbe addirittura, da un punto di vista naturalistico, più strettamente connessa all'evento che determina il danno. Un imprenditore che subisce un protesto, legittimo o illegittimo che si voglia, sicuramente subirà un danno alla reputazione commerciale; incontestabile è infatti la sicura incidenza negativa che scaturirebbe da una pubblicazione sul "Bollettino Ufficiale" dei protesti.

Per tale ordine di motivi non si comprende come sia possibile limitare i vantaggi di carattere probatorio alle sole ipotesi di danno alla persona e non estenderle anche al ben più scontato danno alla reputazione commerciale. Delle due l'una!

O si considerano entrambi diretta conseguenza dell'evento "protesto", con annessi vantaggi di carattere probatorio, oppure non può delegittimarsi la riflessione di chi dovesse ritenere opportuno che entrambi vengano provati in sede processuale dal danneggiato.

Dott. Rosario Boffa

Tribunale Civile di Benevento
Ordinanza n. 1048 del 27 aprile 2007

Presidente: dott. De Risi - Relatore: dott. Napolitano

- OMISSIS -

FATTO E DIRITTO

1) Con l'atto di reclamo indicato in epigrafe la sig.ra M. si doleva del provvedimento di sospensione dell'esecuzione adottato dal giudice dell'esecuzione nell'ambito di un'opposizione ex art. 615, II comma, c.p.c. proposta da P. C. L..

In particolare quest'ultima, odierna reclamata, si era opposta all'espropriazione di due immobili siti in Benevento, da lei acquistati in regime di separazione dei beni, e costituiti in fondo patrimoniale con un atto pubblico notarile del 2001. Assumeva, in sostanza, l'opponente che con l'atto di costituzione del fondo patrimoniale ella si era riservata la proprietà degli immobili aggrediti dalla M. e che, dunque, tali immobili non potevano essere espropriati.

Assumeva, inoltre, l'opponente che la sig.ra M. non era in possesso di un titolo esecutivo nei suoi confronti, bensì solo nei confronti del di lei marito S. D. e che dunque ella non poteva ritenersi responsabile per le obbligazioni contratte dal marito.

Su tali premesse giuridiche l'opponente otteneva la sospensione del processo di espropriazione.

L'ordinanza di prime cure è contestata dall'odierna reclamante, sull'assunto che i beni del fondo patrimoniale sarebbero vincolati al soddisfacimento dei bisogni della famiglia.

Ebbene, in virtù di tale vincolo di destinazione, sarebbe rilevante solo la natura del debito contratto da uno dei coniugi, e cioè se esso sia stato contratto per scopi inerenti ai bisogni della famiglia.

Nel caso che ci occupa, attesa la natura del credito posto *in executivis*, relativo a canoni locatizi insoluti e dovuti per la locazione di

un immobile adibito ad abitazione della famiglia S., l'aggressione dei beni costituiti in fondo patrimoniale sarebbe giustificata appunto dalla indiscutibile inerenza del debito contratto ai bisogni della famiglia, anche se ad averlo contratto sia stato solo uno dei coniugi.

L'intimata non ha svolto attività difensiva.

All'udienza del 27/4/07 il reclamo veniva assunto in decisione.

2) Il reclamo è fondato.

2.1) Prima di affrontare il problema della portata della riserva di proprietà nell'ambito della costituzione del fondo patrimoniale che ci occupa, è opportuna una disamina del funzionamento dell'istituto del patrimonio familiare, che ben può dirsi costituire, per molti versi, l'antenato della nuova creatura forgiata dagli artt. 167 ss. del codice civile.

Ebbene, i tratti fondamentali del vecchio patrimonio familiare erano l'inalienabilità-inespropriabilità dei beni che lo costituivano e la destinazione dei frutti a vantaggio della famiglia. I creditori della famiglia potevano promuovere azione esecutiva solo sui frutti e non sui beni (art. 170, II comma, c.c. ante 75); mentre l'alienazione da parte del coniuge o dei coniugi proprietari era un evento eccezionale, sottoposto all'autorizzazione del Tribunale (art. 170, I comma, vecchio testo), che d'altro canto poteva autorizzare la vendita solo dei beni costituiti in patrimonio familiare che fossero in proprietà di uno o tutti e due i coniugi.

Solo il terzo disponente poteva riservarsi la proprietà (art. 168, vecchio testo), evidentemente allo scopo di poter riacquistare il pieno godimento del bene una volta che fosse cessato il vincolo di destinazione impresso per i bisogni della famiglia beneficiata.

E' da notare come nel sistema del patrimonio familiare vi fosse una perfetta simmetria tra la limitazione dell'autonomia negoziale e la limitazione della responsabilità patrimoniale: il secondo comma del vecchio art. 167 c.c. ed il terzo e quarto comma dell'art. 169 usavano il termine "inalienabilità" sia per significare l'impossibilità giuridica di concludere negozi dispositivi dei beni costituiti in patrimonio familiare, sia per significare la loro non assoggettabilità ad espropriazione forzata.

2.2) Ebbene, passando dal sistema del patrimonio familiare a quel-

lo del fondo patrimoniale, si avverte immediatamente che detta simmetria è stata conservata, ma incentrata sugli opposti poli della alienabilità-espropriabilità.

In altre parole, il legislatore della riforma del '75 ha dato maggiore fiducia ai coniugi, attribuendogli la piena responsabilità della gestione dei beni costituiti in fondo patrimoniale (e salvi i limiti normativi, peraltro ritenuti derogabili, nel caso di presenza nel nucleo familiare di figli minori), sia togliendo il limite normativo all'alienabilità degli stessi, sia rendendo tali beni, insieme con i loro frutti, soggetti ad espropriazione per debiti inerenti ai bisogni della famiglia.

Peraltro, la differenza di conformazione giuridica del fondo patrimoniale rispetto al vecchio patrimonio familiare sta proprio in una maggiore duttilità dell'istituto attuale: il fatto che la sua disciplina appaia coniugata sul paradigma del diritto di proprietà (... *"destinando determinati beni a far fronte ai bisogni della famiglia"*) non esclude, infatti, che oggetto della costituzione in fondo patrimoniale possano essere diritti reali minori, quali, in special modo, l'usufrutto, l'uso o l'abitazione.

Tuttavia, la costituzione in fondo patrimoniale ditali diritti reali minori importa particolari conseguenze in termini di disciplina.

Innanzitutto, essendo volti essi a conferire ai beneficiari un godimento limitato all'uso o alla percezione dei frutti del bene, e prevedendo il secondo comma dell'attuale art. 168 c.c, che *"i frutti dei beni costituenti il fondo patrimoniale sono impiegati per i bisogni della famiglia"*, se ne ricava pacificamente che i diritti reali minori, volti al godimento e alla percezione dei frutti, costituiti in fondo patrimoniale, non possono essere fatti oggetto di atti dispositivi da parte dei coniugi, risultando altrimenti del tutto stravolta la loro peculiare funzione assolutamente conformata al vincolo di destinazione impresso con l'atto costitutivo del fondo.

A tale conclusione si arriva non solo considerando il già citato disposto del secondo comma dell'art. 168 c.c., ma anche valorizzando l'elasticità dell'art. 169 c.c. ("*se non è stato espressamente consentito nell'atto di costituzione...")*, che sembra ammettere implicitamente che la de-

roga all'alienabilità da parte di entrambi i coniugi congiuntamente possa spingersi fino alla costituzione di un diritto reale di godimento strettamente funzionale ai bisogni della famiglia e, dunque, indissolubilmente legato alla sorte di quest'ultima. In fondo, è opportuno notare che anche il titolo costitutivo dell'usufrutto di diritto comune (art. 980, I comma, cc.) può vietarne la cessione; e non vi è dubbio che tale divieto possa risultare anche implicitamente dall'insieme dei patti che valgono a plasmare concretamente il diritto.

L'altra importante conseguenza in termini di disciplina è costituita dall'inespropriabilità, da parte dei creditori, dei diritti reali minori (votati a consentire il mero godimento o la percezione dei frutti) costituiti in fondo patrimoniale.

A parte il diritto d'uso e il diritto d'abitazione, infatti, per i quali sia il divieto di cessione che quello di espropriazione sono testualmente sanciti (arg. ex art. 1024 c.c. e, per analogia quanto all'inespropriabilità, ex art. 2810 c.c., che non li contempla quali diritti assoggettabili ad ipoteca), si osserva come la costituzione di un diritto d'usufrutto in fondo patrimoniale, come tale, dunque, naturalmente e strettamente funzionale alle esigenze della famiglia, dia titolo ai creditori di quest'ultima di aggredire solo i frutti che si ritraggono dalla cosa madre. Lo si ricava dall'art. 170 c.c. che evidentemente nomina sia i beni che i frutti come oggetto di espropriazione non solo per includere i primi (a differenza di quanto faceva la normativa ante '75), ma anche e soprattutto per di le tipologie di beni aggredibili (frutti e beni) a seconda della natura del diritto reale costituito in fondo patrimoniale.

3) Fatte queste necessarie precisazioni, occorre verificare se la riserva di proprietà ad opera del disponente, prevista dal "vecchio" art. 168 c.c. nel caso di patrimonio familiare costituito da un terzo, abbia ancora cittadinanza giuridica nel regime del fondo patrimoniale.

Secondo una parte della dottrina, la risposta a tale quesito deve essere negativa. Tale conclusione viene argomentata dalla funzione precipua che la riserva aveva nel regime del patrimonio familiare, che era quella di consentire al terzo disponente di ritornare nel pieno godi-

mento del bene una volta cessato il vincolo di destinazione ai bisogni della famiglia.

Chiaramente tale funzione aveva quale suo precipitato l'assoluta indisponibilità del bene da parte del coniuge amministratore (art. 170, I comma, vecchio testo c.c.).

Dunque, in un regime normativo nel quale il bene costituito in patrimonio familiare non era espropriabile e la sua alienazione era sottoposta ad un forte controllo giudiziario, la riserva di proprietà del terzo (la costituzione del patrimonio familiare da parte dei coniugi importava solo la creazione di un vincolo di destinazione sui beni comuni o personali conferiti e non trasferimenti di diritti, stante anche il divieto di cui all'art. 781 c.c. nel testo poi dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte Costituzionale nel 1973) non aveva un particolare valore dispositivo, valendo essa piuttosto ad escludere che il bene diventasse di proprietà del coniuge (in caso di attribuzione singola) o dei coniugi (in caso di attribuzione congiunta).

Nel regime attuale del fondo patrimoniale, invece, i coniugi e il terzo disponente sono liberi di configurare il diritto sul bene costituito in fondo come diritto di proprietà o come diritto reale di godimento, con le relative diverse conseguenze in punto di disciplina giuridica quanto al diritto che abbia come oggetto il mero godimento e la percezione dei frutti, come si è *supra* spiegato. Ebbene, in questo nuovo contesto, la riserva non assolverebbe più ad una funzione utile, visto che essa, seppure tenda ad escludere che il bene conferito passi in proprietà del coniuge o dei coniugi, non sarebbe idonea a connotare in positivo, e con chiarezza, il tipo di diritto costituito in fondo, e di conseguenza, a consentire l'individuazione della disciplina ad esso applicabile.

3.1) Ritiene il Collegio che, in una prospettiva empirica tesa a valorizzare l'autonomia negoziale e l'efficacia dispositiva delle clausole piuttosto che astratte esigenze classificatorie, alla riserva di proprietà apposta in un atto costitutivo di fondo patrimoniale vada conferita una connotazione positiva, tesa comunque ad attribuire un diritto reale di godimento al coniuge o ai coniugi sul bene conferito.

Tuttavia, l'autonomia negoziale non può spingersi fino a sovvertire la corrispondenza simmetrica che si è visto deve intercorrere tra l'alienabilità e l'espropriabilità del bene costituito in fondo: se in quest'ultimo viene conferito un diritto inespropriabile, assimilabile, pur se non nominato, ad un diritto d'uso o di abitazione o, al più, ad un usufrutto peculiarmente conformato in vista della sua vocazione a soddisfare i bisogni della famiglia beneficiata, è proprio la sua natura ad escluderne l'alienabilità da parte del coniuge o dei coniugi.

3.2) Senonché, l'atto costitutivo del fondo patrimoniale posto all'attenzione del Collegio, da una parte dispone che "*la proprietà dei beni costituenti il fondo patrimoniale continuerà a spettare al coniuge che ne è attualmente proprietario…*", dall'altra che "*i beni costituenti il fondo patrimoniale potranno essere alienati, ipotecati, dati in pegno o comunque vincolati con il solo consenso di entrambi i coniugi, senz'uopo di autorizzazione giudiziale…*".

L'art. 2 dell'atto costitutivo, in altre parole, è affetto da una strana forma di "strabismo": da un lato sembra voler conferire in fondo patrimoniale un diritto minore rispetto alla proprietà, assimilabile ad un diritto di usufrutto sui generis o ad un diritto d'uso; dall'altro lo disciplina come diritto di proprietà, consentendone espressamente l'ipotecabilità e l'alienabilità da parte di entrambi i coniugi congiuntamente.

Si pone allora un problema di interpretazione del contratto, che deve essere risolto soprattutto alla stregua del canone della buona fede oggettiva (art. 1366 c.c.)

3.3) Ritiene il Collegio che, proprio valorizzando tale canone ermeneutico, deve svalutarsi la portata dispositiva della pur operata riserva di proprietà, e deve giungersi a ritenere espropriabili i beni costituiti neI fondo in questione.

Innanzitutto si deve affermare che nel contrasto risultante tra la qualificazione astratta di un diritto conferito in fondo patrimoniale (peraltro non operata in termini positivi ma sottraendo la proprietà a ciò che si andava a conferire) e la concreta disciplina giuridica alla quale il diritto conferito è stato assoggettato, non può che prevalere

quest'ultima, al punto da consentire all'interprete e, per quel che qui conta, al Giudice, di riqualificare il prodotto dell'operazione negoziale delle parti dandogli una veste giuridica conforme a quello che esse hanno concretamente fatto, piuttosto che a quello che esse hanno detto di voler fare.

In secondo luogo, venendo in questa sede in rilievo un conflitto di diritti tra terzo creditore della famiglia e coniugi disponenti, per la risoluzione dello stesso debbono valorizzarsi le risultanze obiettive della nota di trascrizione dell'atto costitutivo del fondo.

Ebbene, sotto il quadro C della stessa, nella casella relativa alla descrizione del diritto, quest'ultimo figura come "proprietà".

E' vero che il quadro D, destinato agli altri aspetti che si ritiene utile indicare ai fini della pubblicità immobiliare, contiene la riserva di proprietà; ma a parte la considerazione che lo stesso quadro D precisa contraddittoriamente che i coniugi congiuntamente potranno alienare, ipotecare o vincolare i beni costituiti in fondo, è appena il caso di osservare che il quadro D è destinato alla pubblicità (peraltro non necessaria ma solo utile) di quegli aspetti ed elementi non essenziali del contratto, quali, ad esempio, la menzione di un termine o di una condizione; aspetti che in ogni caso non valgono a neutralizzare le risultanze relative agli altri quadri, relativi ai dati la cui indicazione è essenziale ai fini dell'opponibilità a terzi: il tipo di atto, i beni, le parti e la natura dei diritti trasferiti.

4) Può giungersi, allora, alle seguenti conclusioni.

Ammesso anche che il coniuge conferente avesse avuto l'intenzione di non costituire in fondo la piena proprietà dei beni aggrediti dalla reclamante, è indubitabile che la concreta disciplina che i coniugi hanno concretamente impresso al regime di detto fondo (ed in particolare quanto alla libera alienabilità dei beni conferiti) è incompatibile con l'attribuzione al fondo di un diritto reale minore assimilabile ad un usufrutto sui generis, di per sé inalienabile ed inespropriabile.

Ne consegue che, anche in base alle risultanze obiettive della nota di trascrizione, rilevanti nel caso che ci occupa trattandosi in tale sede di di-

rimere un conflitto tra un terzo creditore della famiglia ed i coniugi titolari dei beni costituiti in fondo patrimoniale, deve ritenersi che i coniugi abbiano di fatto conferito in esso la piena proprietà dei beni sottoposti a pignoramento dall'odierna reclamante.

5) Quanto, poi, al rilievo, formulato in prime cure dalla P., in base al quale i beni costituiti in fondo patrimoniale non avrebbero potuto essere pignorati relativamente alla quota (del 50%) di sua spettanza, per la mancanza, in capo alla creditrice procedente, di un titolo esecutivo nei suoi confronti, e per non essere ella responsabile dei debiti contratti solo dal marito, con il quale si trova in regime di separazione dei beni, ritiene il Collegio che esso sia infondato. Una volta accertato, infatti, che la P. ha, di fatto, costituito in fondo patrimoniale la proprietà di due immobili, non rileva, ai presenti fini, a quale dei due coniugi essa sia stata formalmente attribuita. Nella fattispecie che ci occupa, precisamente, non rileva che la proprietà sia stata attribuita per _ allo S. (marito) e per _ alla P. (moglie). Ciò che ha rilievo ai fini dell'espropriabilità dei beni nella loro interezza, infatti, è che sui beni è stato impresso un vincolo di destinazione votato alla soddisfazione dei bisogni della famiglia (art. 167 c.c.), e che i debiti per cui ha luogo l'esecuzione su detti beni sono stati contratti per scopi inerenti ai bisogni della famiglia (art. 170 c.c.).

Orbene, che i coniugi separatamente possano contrarre obbligazioni nell'interesse della famiglia, emerge testualmente dalla lettera c) dell'art. 186 c.c., senza che la collocazione topografica di questa disposizione nell'ambito degli obblighi ricadenti sui beni della comunione legale possa limitarne la portata precettiva.

Né deve meravigliare che la P., nonostante che non abbia contratto personalmente il debito per cui si procede *in executivis*, sia, per quanto riguarda i beni costituiti in fondo, patrimonialmente responsabile.

Al nostro ordinamento, infatti, non è estranea la "responsabilità senza debito" derivante da atti che assoggettino determinati beni alla soddisfazione di particolare creditori.

Si pensi, infatti, al terzo datore di ipoteca o al terzo costituente il pegno, che conferiscono dunque una garanzia che fa sì che essi rispondano con beni propri per debiti altrui.

Ebbene, allo stesso modo il coniuge, non personalmente obbligato, risponde, con i beni in parte o in tutto di sua proprietà costituiti in fondo, dei debiti contratti dall'altro coniuge per la soddisfazione dei bisogni della famiglia, con l'unica variante processuale che, nell'espropriare la quota di beni o i beni costituiti in fondo di proprietà del coniuge non personalmente obbligato, il creditore della famiglia è tenuto a seguire, per i beni o per la quota di beni non di proprietà del coniuge personalmente obbligato, le forme dell'espropriazione contro il terzo proprietario, di cui al capo VI del titolo II del libro III del c.p.c.

6) In definitiva il reclamo va accolto e, in riforma dell'ordinanza di prime cure, va rigettata l'istanza di sospensione del processo di espropriazione immobiliare a quo proposta dalla P.

La novità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione delle spese di questa fase cautelare.

P.Q.M.

In accoglimento del reclamo, rigetta l'istanza di sospensione del processo di espropriazione.

Compensa integralmente le spese della presente fase cautelare.

L'esecuzione sui beni del fondo patrimoniale

Il caso risolto dal Tribunale di Benevento con ordinanza del 14 maggio 2007 in seguito a reclamo nel giudizio R.G. n. 1048/2007 riguarda la pignorabilità e l'eseguibilità da parte del creditore di uno dei due coniugi sui beni costituiti in fondo patrimoniale. Precisamente, il creditore di canoni di locazione per civile abitazione espropriava beni costituenti il fondo patrimoniale; pertanto, il coniuge non contraente si opponeva all'esecuzione perché sostanzialmente riteneva che i beni che aveva conferito al fondo erano di sua esclusiva proprietà (se ne era, infatti, riservata la proprietà stessa) e per ciò affermava che non potevano essere espropriati.

Il Giudice dell'Esecuzione provvedeva ad emettere provvedimento di sospensione dell'esecuzione in attesa della decisione sull'opposizione; il creditore allora proponeva reclamo al Collegio contro l'ordinanza di sospensione ritenendo legittima l'esecuzione così come iniziata. Il Tribunale accoglieva il reclamo e ordinava la revoca della sospensione, motivando il provvedimento sotto vari profili, alcuni dei quali, a nostro sommesso avviso, sono da approfondire meglio, così da valutarne la portata giuridica generale soprattutto in ordine al *modus procedendi* della esecuzione *de qua*.

Ciò premesso, a prescindere dalla veridicità e fondatezza dell'esclusiva proprietà del coniuge non contraente dei beni costituenti il fondo patrimoniale, il caso in esame crea l'occasione per sottoporre al lettore, in assenza di una specifica disciplina, una guida secondo criteri logico-giuridici ed analogici che vadano ad individuare praticamente la possibilità ed il *modus procedendi* con cui un creditore può sottoporre ad esecuzione anche i beni costituiti in fondo patrimoniale ai sensi dell'art. 170 c.c.

Premesso che il fondo patrimoniale - istituito con la riforma del diritto di famiglia nel 1975 - ha sostituito il cd. "patrimonio familiare", apportandovi modifiche più o meno rilevanti, con riguardo all'argomento sottoposto alla nostra attenzione occorre subito precisare che rispetto al precedente istituto, per cui era possibile espropriare solo i frutti[1], col nuovo istituto giuridico si possono espropriare anche i beni conferiti nel fondo. Atteso l'insuccesso pratico del patrimonio familiare, la nuova *ratio* le-

gislativa ha inteso favorire al meglio la mobilità del patrimonio familiare, al fine di rispondere alle sempre più crescenti esigenze del nucleo familiare[2].

In primis, ci sembra necessario individuare cosa giuridicamente il legislatore abbia voluto intendere con la nozione "bisogni della famiglia". In merito, sia la Dottrina che la Giurisprudenza sono concordi nel ritenere "bisogni" anche quelli di natura personale, purché interessino l'intero gruppo familiare ed il suo sviluppo (con esclusione dei beni meramente voluttuari), tenuto conto anche delle possibilità economiche della famiglia stessa[3].

Pertanto, se è vero che ai sensi dell'art. 170 c.c. "*l'esecuzione anche sui beni del fondo non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia*", ciò significa che, anche se il credito non sorge per scopi inerenti ai bisogni della famiglia ed il creditore, pur se diligente, lo ignora, per soddisfare il suo credito egli può senz'altro aggredire ugualmente i beni del fondo.

Inoltre, secondo la Dottrina e la Giurisprudenza il criterio identificativo dei crediti il cui soddisfacimento può essere realizzato in via esecutiva sui beni conferiti nel fondo, va ricercato non già nella natura delle obbligazioni, ma nella relazione esistente tra il fatto generatore di essa ed i bisogni della famiglia. Pertanto, anche le obbligazioni risarcitorie da illecito devono ritenersi comprese nella previsione normativa, con conseguente applicabilità della regola della piena responsabilità del fondo ove la fonte e la ragione del rapporto obbligatorio abbiano inerenza diretta ed immediata con le esigenze familiari[4].

Ma a questo punto, a nostro sommesso parere, si pone un problema di non secondaria importanza: come è possibile ammettere l'espropriazione del fondo, se questi non ha personalità giuridica o, quanto meno, se non è considerato centro d'imputazione di diritti o di obblighi?[5]

Poiché la disciplina giuridica e legislativa sul fondo patrimoniale nulla specifica in materia, la Dottrina ha tentato di delineare varie possibilità di esecuzione forzata.

Preliminarmente, si è osservato che l'art. 168 c.c. ha rinviato alle norme sulla comunione legale la disciplina circa l'amministrazione dei beni

costituenti il fondo patrimoniale. Pertanto, dagli artt. 180 e segg. c.c. si evince che l'amministrazione dei beni e la rappresentanza in giudizio per gli atti di ordinaria amministrazione spettano disgiuntamente ad entrambi i coniugi, mentre per gli atti di straordinaria amministrazione occorre sempre la firma congiunta.

Se si aggiunge che in tema di comunione legale tra i coniugi l'art. 186 lett. c) estende la responsabilità dei beni della comunione anche all'obbligazione contratta da un solo coniuge nell'interesse della famiglia, appare estensibile anche all'istituto del fondo patrimoniale il regime giuridico previsto per la comunione legale, nel senso che in ogni caso il debito contratto da uno solo dei coniugi nell'interesse e per i bisogni della famiglia si estende anche all'altro coniuge, al pari di un'obbligazione solidale.

Paucis verbis, se l'amministrazione ordinaria dei beni del fondo può essere esercitata anche da uno solo dei coniugi anche nell'interesse dell'altro (al pari di una vera e propria rappresentanza dell'altro coniuge), non si vede per quale ragione si debba escludere la solidarietà delle obbligazioni in capo ad entrambi i coniugi, quando si tratti di veri e propri debiti contratti per i bisogni della famiglia[6].

In questo tipico caso, il creditore non solo può aggredire per intero ed indistintamente i beni del fondo (siano essi appartenenti ad entrambi i coniugi o anche ad uno solo di essi, poiché entrambi sono responsabili dell'obbligazione assunta), ma, applicando il principio generale della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 C.c. può addirittura aggredire il patrimonio di ciascuno esistente e non costituente il patrimonio familiare.

Sembra, inoltre, corretta la tesi che individua il regime giuridico del fondo patrimoniale come deroga al principio generale dell'art. 2740 c.c., nel senso che, in virtù di tale disposizione, il debitore normalmente è assoggettato alla responsabilità patrimoniale con tutto il suo patrimonio presente e futuro, mentre con la costituzione del fondo patrimoniale la responsabilità del debitore sui beni conferiti nel fondo è limitata ai soli debiti contratti nell'interesse della famiglia o che il creditore non conosceva essere estranei a detti bisogni[7]. Sicuramente, con la costituzione del fondo non si crea una titolarità dei beni autonoma e distinta da quella dei co-

niugi costituenti, pertanto i debitori assoggettabili all'esecuzione possono essere solo questi ultimi (se giuridicamente responsabili, individualmente o solidarmente), ma resta il fatto che l'assoggettabilità all'esecuzione sui beni costituenti il fondo è possibile solo limitatamente alle obbligazioni sorte per gli scopi e gli interessi della famiglia o che, comunque, il creditore non conosceva essere estranee a questi interessi.

In sostanza, la costituzione del fondo patrimoniale consente ai coniugi di amministrare in modo comune e per gli scopi e le necessità familiari i beni in esso conferiti, nelle modalità stabilite *ex lege*, nel senso che per l'ordinaria amministrazione il coniuge potrà agire anche disgiuntamente dall'altro coniuge e gli effetti e le conseguenze si estenderanno anche alla responsabilità patrimoniale dell'altro coniuge, salvo che quest'ultimo (non contraente) si opponga all'esecuzione sul suo patrimonio, trattandosi di debiti contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia. Il creditore, dal canto suo, solo se fosse in buona fede potrebbe agire esecutivamente anche sui beni del fondo di proprietà del coniuge non contraente.

Ovviamente, se uno dei coniugi ha posto in essere atti di straordinaria amministrazione sui beni del fondo senza il consenso e la firma dell'altro, l'atto con cui si è disposto anche per l'altro coniuge (non contraente), non può assolutamente coinvolgere la responsabilità patrimoniale di quest'ultimo, ai sensi degli artt. 168 c.c. e 180 e segg. c.c. Per cui alcuna responsabilità potrà derivarne al coniuge non contraente, né i beni del fondo appartenenti al solo coniuge non contraente possono essere aggrediti esecutivamente, perché l'atto non investe in alcun modo la sua responsabilità giuridica e patrimoniale.

Infatti, qualora il debito di uno solo dei due coniugi non è contratto nell'interesse o per i bisogni della famiglia, il coniuge non contraente può opporsi all'esecuzione iniziata anche nei suoi confronti, dimostrando che deve essere esonerato da ogni responsabilità proprio perché l'altro coniuge ha esorbitato nei poteri di amministrazione e rappresentanza relativi agli stessi beni.

Tale ultima ipotesi ricorrerà, ovviamente, solo nel caso di un debito contratto per scopi estranei ai bisogni della famiglia, scopi che, comunque il creditore in buona fede ignorava, nel senso che non ne era a conoscen-

za[8]. Diversamente, il creditore sarebbe impossibilitato *in toto* ad aggredire i beni del fondo patrimoniale[9].

Ad ogni modo, la forma del pignoramento sui beni del fondo, in simili casi, è quella del pignoramento diretto contro il debitore o i debitori solidalmente responsabili.

Alla luce di queste naturali considerazioni non sembra giuridicamente corretto addebitare al coniuge non contraente delle responsabilità patrimoniali sui suoi beni conferiti al fondo per atti compiuti dall'altro coniuge per fini personali (pur se il creditore ne ignorava tale scopo, ritenendo, invece, l'obbligazione contratta per i bisogni della famiglia). Infatti, se così non fosse, il coniuge non contraente subirebbe notevole ed irreparabili danni anche relativamente allo scopo per cui ha costituito il fondo patrimoniale, conferendo ad esso i propri beni ed indipendentemente da un riservato dominio.

Inoltre, estendendo *in casu* la responsabilità patrimoniale anche al coniuge non contraente, risulterebbero in più danneggiati gli eventuali creditori personali di quest'ultimo, poiché gli stessi, ai sensi dell'art. 170 c.c., non potrebbero soddisfarsi in alcun modo sui suoi beni conferiti nel fondo, dal momento in cui ne avrebbero già tratto vantaggio di altri creditori addirittura personali del coniuge contraente.

Alla luce di tutto ciò, non può certamente condividersi l'opinione pur autorevole del Tribunale di Benevento, che afferma che, in caso di espropriazione nei confronti del coniuge non contraente, questi sarebbe tenuto a rispondere sempre delle obbligazioni contratte dall'altro coniuge e con i beni costituiti in fondo.

Per giustificare tale orientamento il Tribunale sostiene che nel nostro ordinamento non è estranea la "responsabilità senza debito", derivante da atti che assoggettino determinati beni alla soddisfazione di particolari creditori: si pensi al terzo datore di ipoteca o al terzo costituente il pegno, che conferiscono una garanzia che fa sì che essi rispondono con beni propri per debiti altrui. Ad onor del vero, bisogna anche aggiungere che, secondo altri Autori, il fondo patrimoniale per la famiglia risulterebbe costituito dai beni ad esso conferiti e per il loro intero, indipendentemente dal fatto che i beni siano di proprietà comune dei singoli coniugi o che

uno di essi (o entrambi) si sia (si siano) riservata la titolarità della proprietà stessa. Secondo tale orientamento dottrinale, la suindicata riserva opererebbe solo nei rapporti interni tra i coniugi; mentre, per quanto attiene le obbligazioni assunte per lo scopo prefissato per la costituzione del fondo medesimo, i beni costituenti il fondo patrimoniale restano assoggettati per intero all'esecuzione da parte dei creditori che ignoravano in buona fede di aver contratto obbligazioni per scopi estranei ai bisogni della famiglia (e ciò indipendentemente dalla individuazione del coniuge contraente)[10].

In vero, non sembra che tale orientamento possa applicarsi al fondo patrimoniale e ciò proprio per espressa disposizione di legge. Infatti, l'art. 168 c.c. espressamente riferisce che la proprietà dei beni costituenti il fondo patrimoniale spetta ad entrambi i coniugi, salvo che sia stato diversamente stabilito nell'atto di costituzione. Per cui la volontà dei coniugi di costituire il fondo non può essere che quella di impegnarsi direttamente con il proprio patrimonio per le obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia (compreso l'interesse primario dei figli minori), e ciò o conferendo al fondo la proprietà dei beni personali che poi diventano comuni all'altro coniuge, o conferendo solo diritti di godimento sui beni (che restano, pertanto, di proprietà esclusiva del conferente). Tuttavia, il conferimento dei beni o il loro godimento consiste in un impegno diretto alle relative obbligazioni contratte da uno dei coniugi nell'interesse della famiglia e non una semplice ipotesi di concessione di garanzia a favore dei debiti stessi costituita dai beni conferiti al fondo (cfr. art. 168 c.c., comma 2°). *In casu*, alla luce della Dottrina e della Giurisprudenza sinora esaminate, la responsabilità dell'obbligazione va a ricadere solo sul coniuge contraente che di fatto ha esorbitato dai suoi poteri di amministrazione, e non si estende anche al coniuge non contraente, vittima inconsapevole dell'attività abusiva dell'altro coniuge, fermo poi restando l'art. 170 c.c., che tutela il creditore in buona fede e gli concede l'esecuzione sui beni costituenti il fondo. Orbene, se in simili casi si vuol tutelare, per quanto possibile, il coniuge non contraente e, quindi, salvaguardare almeno i beni da questi conferiti al fondo (indipendentemente dal fatto se siano caduti in comproprietà con l'altro coniuge o siano essi rimasti di esclusiva proprietà del coniuge conferente ma non contraente), l'esecuzione sul fon-

do stesso dovrà eseguirsi, esclusivamente, sui beni del coniuge contraente o su quella quota ad esso spettante e facente parte di beni conferiti al fondo e di comune proprietà. Solo così si potrà tutelare, pienamente e giustamente, quel coniuge che non può essere in alcun modo ritenuto responsabile del debito contratto[11].

Rebus sic stantibus, non è possibile ipotizzare un caso di espropriazione presso terzi così come indicato dal Tribunale di Benevento. Un ipotesi del genere poteva considerarsi possibile solo in presenza della disciplina *ante* 1975, la quale assoggettava all'esecuzione solo i frutti, ed in tal caso era necessaria una procedura di espropriazione presso terzi.

Allo stato, poiché l'art. 170 c.c. assoggetta anche i frutti, solo in questo caso si può agire con l'espropriazione presso terzi, considerando i frutti come autonomi e comuni, e ciò indipendentemente dalla proprietà dei singoli beni.

Avv. Giovanni Portoghese

NOTE

1) Infatti il "patrimonio familiare" era costituito da beni di proprietà dei coniugi o di terzi, beni dei quali si poteva disporre soltanto riguardo ad un loro godimento, così da conservare immutata la consistenza del patrimonio destinato alle esigenze della famiglia.

2) Cfr. Auletta, in *Il Codice Civile - Commentario*, diretto da Schlesinger, Ed. Giuffrè, Milano 1992, pagg. 15 e segg.

3) Cfr. art. 168 C.c. In Dottrina, *Ibidem*, con note bibliografiche sul punto; in Giurisprudenza cfr. per tutte: Cass. I, 18 settembre 2001 n. 11683.

4) Cfr Cass. Civ. Sez. I, 5 giugno 2003, n. 8991; Cass. Civ. Sez. I, 18 luglio 2003, n. 11230; Cass. Civ. Sez. III, 31 maggio 2006, n. 12998.

5) Invero così appare dalla disciplina in materia che non ha attribuito al fondo un'autonomia di poteri rispetto e distinta da quella dei coniugi, ai quali è rimesso lo specifico potere di amministrare i beni in modo disgiunto o congiunto. Sono i coniugi considerati direttamente responsabili delle obbligazioni assunte e non il fondo così inteso, sebbene i beni allo stesso conferiti, per il loro vincolo di destinazione, godono del privilegio che non possono essere espropriati per ragioni diverse da quelle dei bisogni della famiglia, pur restando salva la possibilità dell'esproprio per il creditore che, in buona fede, abbia contratto per scopi che ignorava essere estranei ai bisogni della famiglia stessa (cfr. Auletta, in *Il Codice Civile – Commentario…*, pp. 20 e segg.). Inoltre, va ricordato che i beni costituenti il fondo sono di proprietà di entrambi i coniugi e non del fondo, salvo che sia stato diversamente stabilito nell'atto di costituzione (cfr. art. 168 c.c.).

6) In ordine alla tesi circa la solidarietà dei coniugi per le obbligazioni contratte anche da uno solo nell'interesse della famiglia si cita la Dottrina e la Giurisprudenza favorevole: Ciaccafava, *Responsabilità dei coniugi per obbligazioni nell'interesse della famiglia*, in *Il Sole Ventiquattrore – Avvocato*, Edizione n. 1, 1 novembre 2004.; cfr. anche Alagna, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Ed. Giuffrè 1983, p. 305; Bianca, *Diritto Civile*, Ed Giuffrè 1985, II, p. 93; Santoro Passatelli, *Poteri e responsabilità dei coniugi per i bisogni della famiglia*. in *Dir. Proc. Civ. - Riv. Trim*, 1992, p. 1. In Giurisprudenza si veda: Cass. Civ. Sez. III, agosto 2002, n. 12021; Cass. Civ. Sez. II 7 luglio 1995 n. 7501; Cass. Civ. Sez. II 25 luglio 1992 n. 8995; Cass. Civ. Sez. I 23 settembre 1986, n. 5709; Cass. Civ. Sez. I, 7 ottobre 1975 n. 3177.

7) Cfr. Bibliografia *ut supra*.

8) È il caso limite di cui all'art. 170 c.p.c.

9) In vero, non sembra logico che il coniuge non contraente debba rispondere solidalmente delle obbligazioni (*rectius*, degli atti abusivi) dell'altro coniuge. Pertanto, sembra ragionevole quella parte della Dottrina che in questi casi ritiene espropriabile o i beni personali del coniuge contraente conferiti al fondo o la sua sola quota relativa agli stessi beni (però comuni all'altro coniuge) o, infine, quelli esistenti fuori del fondo. Da ciò ne deriva che, se non vi sono beni di proprietà del coniuge contraente, il creditore non potrà soddisfarsi sui beni del fondo, ma solo sui relativi frutti che sono considerati sempre comuni all'altro coniuge, quale normale godimento comune della famiglia sui beni costituenti il fondo, per soddisfare appunto i bisogni della famiglia stessa.

10) Cfr. De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, Ed Giuffrè 2002.

11) Si confronti, per analogia, quanto accade, in simili casi, nel regime della comunione legale. Sebbene gli istituti differiscano (mentre nella comunione legale tutti i beni sono di proprietà comune, nel fondo patrimoniale i beni possono appartenere anche ad uno solo dei coniugi), è anche vero che per alcune vicende possono essere ben equiparati, così che proprio la disciplina relativa ai crediti di natura personale dei coniugi della comunione legale si può ben applicare, in quanto compatibile, all'istituto del fondo patrimoniale.

Parte Terza

Vita dell'avvocatura

Formazione continua

Regolamento approvato dal C.N.F. il 13 luglio 2007

IL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

considerato

- che a se medesimo e ai Consigli dell'Ordine degli Avvocati è affidato il compito di tutelare l'interesse pubblico al corretto esercizio della professione e quello di garantire la competenza e la professionalità dei propri iscritti, nell'interesse della collettività;
- che, in particolare, al Consiglio Nazionale Forense è attribuito dalla legge il potere di determinare i principi ed i precetti della deontologia professionale, che la giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione considera norme giuridiche;
- che il Codice deontologico forense all'art. 12, impone all'avvocato il dovere di competenza prevedendo, fra l'altro, che *"l'avvocato non deve accettare incarichi che sappia di non potere svolgere con adeguata competenza"* e che *"l'accettazione di un determinato incarico professionale fa presumere la competenza a svolgere quell'incarico"*;
- che l'art. 13 del Codice deontologico forense dispone: *"E' dovere dell'avvocato curare costantemente la propria preparazione professionale, conservando e accrescendo le conoscenze con particolare riferimento ai settori nei quali svolga l'attività";*
- che l'obbligo formativo è assolto, tra l'altro, con *"lo studio individuale e la partecipazione a iniziative culturali in campo giuridico e forense"*, rispettando *"i regolamenti del Consiglio Nazionale Forense e del Consiglio dell'Ordine di appartenenza concernenti gli obblighi e i programmi formativi"*;
- che, oltre che in ambito deontologico, il possesso di un adeguato bagaglio di conoscenze e di sapere anche a carattere specialistico, da aggiornare ed arricchire periodicamente si apprezza in prospettiva comunitaria, mentre l'importanza e la rilevanza costituzionale dell'atti-

vità professionale forense ne impone un esercizio consapevole e socialmente responsabile, quale mezzo di attuazione dell'ordinamento per i fini della giustizia;

- che la continuità nella formazione e la costanza nell'aggiornamento assicurano più elevata qualità della prestazione professionale e adeguato contatto con il *diritto vivente*, sopratutto in presenza di un sistema normativo complesso e di una produzione giurisprudenziale sempre più numerosa e sofisticata;
- che l'intensità e la qualità specifica della formazione e dell'aggiornamento variano in rapporto al settore di esercizio dell'attività, a seconda che si tratti di attività generalista, prevalente o specialistica;
- che il regolamento di cui *infra* ha riguardo all'aggiornamento per l'attività generalista e prevalente, mentre è rinviato a diverso regolamento da adottare in prosieguo la disciplina dell'aggiornamento per l'attività specialistica;
- che, sino all'adozione di quest'ultimo, anche per gli esercenti attività "specialistica" ai sensi delle vigenti disposizioni di legge valgono gli obblighi e le modalità di espletamento dell'aggiornamento previsti per gli esercenti attività generalista e prevalente;

ha approvato il seguente

REGOLAMENTO PER LA FORMAZIONE PROTESSIONALE CONTINUA

Articolo 1
Formazione professionale continua

1. L'avvocato iscritto all'albo ed il praticante abilitato al patrocinio, dopo il conseguimento del certificato di compiuta pratica hanno l'obbligo di mantenere e aggiornare la propria preparazione professionale.

2. A tal fine, essi hanno il dovere di partecipare alle attività di formazione professionale continua disciplinate dal presente regolamento, secondo le modalità ivi indicate.

3. L'adempimento di tale dovere, con riferimento agli ambiti in cui si comunica di esercitare l'attività professionale prevalente, è, altresì, condi-

zione per la spendita deontologicamente corretta, ai sensi dell'art. 17 bis del codice deontologico forense, dell'indicazione dell'attività prevalente in qualsiasi comunicazione diretta al singolo o alla collettività.

4. Con l'espressione *formazione professionale continua* si intende ogni attività di accrescimento ed approfondimento delle conoscenze e delle competenze professionali, nonché il loro aggiornamento mediante la partecipazione ad iniziative culturali in campo giuridico e forense.

Articolo 2
Durata e contenuto dell'obbligo

1. L'obbligo di formazione decorre dal 1° gennaio dell'anno solare successivo a quello di iscrizione all'albo o di rilascio del certificato di compiuta pratica, con facoltà dell'interessato di chiedere ed ottenere il riconoscimento di crediti formativi maturati su base non obbligatoria, ma in conformità alle previsioni del presente regolamento, nel periodo intercorrente fra la data d'iscrizione all'albo o del rilascio del certificato di compiuta pratica e l'inizio dell'obbligo formativo.

L'anno formativo coincide con quello solare.

2.Il periodo di valutazione della formazione continua ha durata triennale.

L'unità di misura della formazione continua è il *credito formativo*.

3. Ogni iscritto deve conseguire nel triennio almeno n. 90 crediti formativi, che sono attribuiti secondo i criteri indicati nei successivi artt. 3 e 4, di cui almeno n. 20 crediti formativi debbono essere conseguiti in ogni singolo anno formativo.

4. Ogni iscritto sceglie liberamente gli eventi e le attività formative da svolgere, in relazione ai settori di attività professionale esercitata, nell'ambito di quelle indicate ai successivi articoli 3 e 4, ma almeno n. 15 crediti formativi nel triennio devono derivare da attività ed eventi formativi aventi ad oggetto l'ordinamento professionale e previdenziale e la deontologia.

5. L'iscritto che, dando con qualunque modalità consentita informazione a terzi, intenda fornire le indicazioni di cui al precedente articolo Í, comma 3, dovrà aver conseguito, nel periodo di valutazione che precede

l'informazione, non meno di 30 crediti formativi nell'ambito di esercizio dell'attività professionale che intende indicare..

Articolo 3
Eventi formativi

1. Integra assolvimento degli obblighi di formazione professionale continua la partecipazione effettiva e adeguatamente documentata agli eventi di seguito indicati:

a) corsi di aggiornamento e *masters*, seminari, convegni, giornate di studio e tavole rotonde, anche se eseguiti con modalità telematiche, purché sia possibile il controllo della partecipazione.

b) commissioni di studio, gruppi di lavoro o commissioni consiliari, istituiti dal Consiglio Nazionale Forense e dai Consigli dell'Ordine, o da organismi nazionali ed Internazionali della categoria professionale.

c) altri eventi specificamente individuati dal Consiglio Nazionale Forense e dai Consigli dell'Ordine.

2. La partecipazione agli eventi formativi sopra indicati attribuisce n. 1 credito formativo per ogni ora di partecipazione, con il limite massimo di n. 24 crediti per la partecipazione ad ogni singolo evento formativo.

3. La partecipazione agli eventi di cui alle lettere a) e b) rileva ai fini dell'adempimento del dovere di formazione continua, a condizione che essi siano promossi od organizzati dal Consiglio Nazionale Forense o dai singoli Consigli dell'Ordine territoriali, o, se organizzati da associazioni forensi, altri enti, istituzioni od organismi pubblici o privati, sempre che siano stati preventivamente accreditati, anche sulla base di programmi a durata semestrale o annuale, dal Consiglio Nazionale Forense o dai singoli Consigli dell'ordine territoriali, a seconda della rispettiva competenza.

A tal fine:

- appartiene alla competenza del Consiglio Nazionale Forense l'accreditamento di eventi da svolgersi all'estero, che siano organizzati da organismi stranieri, ovvero –a richiesta dei soggetti organizzatori- quelli che prevedono la ripetizione di identici programmi in più circondari o distretti;

- appartiene alla competenza dei singoli Consigli dell'Ordine territo-

riali l'accreditamento di ogni altro evento, in ragione del suo luogo di svolgimento.

4. L'accreditamento viene concesso valutando la tipologia e la qualità dell'evento formativo, nonché gli argomenti trattati. A tal fine gli enti ed associazioni che intendono ottenere l'accreditamento preventivo di eventi formativi da loro organizzati devono presentare al Consiglio dell'Ordine locale ovvero al Consiglio Nazionale Forense, secondo la rispettiva competenza, una relazione dettagliata con tutte le indicazioni necessarie a consentire la piena valutazione dell'evento anche in relazione alla sua rispondenza alle finalità del presente regolamento.

A tal fine il Consiglio dell'Ordine o il Consiglio Nazionale Forense richiedono, ove necessario, informazioni o documentazione e si pronunciano sulla domanda di accreditamento con decisione motivata entro quindici giorni dalla data di deposito della domanda o delle informazioni e della documentazione richiesta.

In caso di silenzio protratto oltre il quindicesimo giorno l'accreditamento si intende concesso.

Il Consiglio dell'Ordine competente o il Consiglio Nazionale Forense potranno accreditare anche eventi non programmati, a richiesta dell'interessato e con decisione motivata da assumere entro il termine di quindici giorni dalla richiesta; in caso di mancata risposta entro il termine indicato, l'accreditamento si intenderà concesso.

Il Consiglio Nazionale Forense può stipulare con la Cassa Nazionale di Previdenza e assistenza forense e con le Associazioni forensi riconosciute maggiormente rappresentative sul piano nazionale dal Congresso Nazionale Forense specifici protocolli, applicabili anche in sede locale, allo scopo di semplificare ed accelerare le procedure di accreditamento degli eventi programmati e di quelli ulteriori.

5. Ciascun Consiglio dell'Ordine dà immediata notizia al Consiglio Nazionale Forense di tutti gli eventi formativi da esso medesimo organizzati o altrimenti accreditati. Il Consiglio Nazionale Forense ne cura la pubblicazione nel suo sito Internet per consentire la loro più vasta diffusione e conoscenza anche al fine di permettere la partecipazione a detti eventi di iscritti in albi e registri tenuti da altri Consigli.

Articolo 4
Attività formative

1.Integra assolvimento degli obblighi di formazione professionale continua anche lo svolgimento delle attività di seguito indicate:

a) relazioni o lezioni negli eventi formativi di cui alle lettere a) e b) dell'art. 3, ovvero nelle scuole forensi o nelle scuole di specializzazione per le professioni legali;

b) pubblicazioni in materia giuridica su riviste specializzate a diffusione o di rilevanza nazionale, anche on line, ovvero pubblicazioni di libri, saggi, monografie o trattati, anche come opere collettanee su argomenti giuridici;

c) contratti di insegnamento in materie giuridiche stipulati con istituti universitari ed enti equiparati;

d) partecipazione alle commissioni per gli esami di Stato di avvocato, per tutta la durata dell'esame.

e) il compimento di altre attività di studio ed aggiornamento svolte in autonomia nell'ambito della propria organizzazione professionale, che siano state preventivamente autorizzate e riconosciute come tali dal Consiglio Nazionale Forense o dai Consigli dell'Ordine competenti.

2. Il Consiglio dell'Ordine attribuisce i crediti formativi per le attività sopra indicate, tenuto conto della natura della attività svolta e dell'impegno dalla stessa richiesto, con il limite massimo di n. 12 crediti per le attività di cui alla lettera a) di n. 12 crediti per le attività di cui alla lettera b), di n. 24 crediti per le attività di cui alla lettera c), di n. 24 crediti per le attività di cui alla lettera d) e di n. 12 crediti annuali per le attività di cui alla lettera e).

Articolo 5
Esoneri

1. Sono esonerati dagli obblighi formativi, relativamente alle materie di insegnamento, ma fermo l'obbligo di aggiornamento in materia deontologica, previdenziale e di ordinamento professionale, i docenti universi-

tari di prima e seconda fascia nonché i ricercatori con incarico di insegnamento.

2. Il Consiglio dell'Ordine, su domanda dell'interessato, può esonerare, anche parzialmente determinandone contenuto e modalità, l'iscritto dallo svolgimento dell'attività formativa, nei casi di:

- gravidanza, parto, adempimento da parte dell'uomo o della donna di doveri collegati alla paternità o alla maternità in presenza di figli minori;
- grave malattia o infortunio od altre condizioni personali;
- interruzione per un periodo non inferiore a sei mesi dell'attività professionale o trasferimento di questa all'estero;
- altre ipotesi indicate dal Consiglio Nazionale Forense.

Il Consiglio dell'Ordine può altresì dispensare dall'obbligo formativo, in tutto o in parte l'iscritto che ne faccia domanda e che abbia superato i 40 anni di iscrizione all'albo, tenendo conto, con decisione motivata, del settore di attività, della quantità e qualità della sua attività professionale e di ogni altro elemento utile alla valutazione della domanda.

3. L'esonero dovuto ad impedimento può essere accordato limitatamente al periodo di durata dell'impedimento.

4. All'esonero consegue la riduzione dei crediti formativi da acquisire nel corso del triennio, proporzionalmente alla durata dell'esonero, al suo contenuto ed alle sue modalità, se parziale.

Articolo 6
Adempimenti degli iscritti e inosservanza dell'obbligo formativo

1. Ciascun iscritto deve depositare al Consiglio dell'Ordine al quale è iscritto una sintetica relazione che certifica il percorso formativo seguito nell'anno precedente, indicando gli eventi formativi seguiti, anche mediante autocertificazione.

2. Costituiscono illecito disciplinare tale mancato adempimento dell'obbligo formativo e la mancata o infedele certificazione del percorso formativo seguito.

3. La sanzione e commisurata alla gravità della violazione.

Articolo 7
Attività del Consiglio dell'Ordine

1. Ciascun Consiglio dell'Ordine dà attuazione alle attività di formazione professionale e vigila sull'effettivo adempimento dell'obbligo formativo da parte degli iscritti nei modi e con i mezzi ritenuti più opportuni, regolandole modalità del rilascio degli attestati di partecipazione agli eventi formativi organizzati dallo stesso Consiglio.

2. In particolare, i Consigli dell'Ordine, entro il 31 ottobre di ogni anno predispongono, anche di concerto tra loro, un piano dell'offerta formativa che intendono proporre nel corso dell'anno successivo, indicando i crediti formativi attribuiti per la partecipazione a ciascun evento. Nel programma annuale devono essere previsti eventi formativi aventi ad oggetto la materia deontologica, previdenziale e l'ordinamento professionale.

3. I Consigli dell'Ordine realizzano il programma anche di concerto con altri Consigli dell'Ordine o nell'ambito delle Unioni distrettuali, ove costituite. Possono realizzarlo anche in collaborazione con Associazioni forensi, o con altri enti che non abbiano fini di lucro, avvalendosi, se lo ritengano opportuno, di apposito ente da essi costituito, partecipato e comunque controllato. Essi favoriscono la formazione gratuita in misura tale da consentire a ciascun iscritto l'adempimento dell'obbligo formativo, realizzando eventi formativi non onerosi, allo scopo determinando la contribuzione richiesta ai partecipanti col limite massimo del solo recupero delle spese vive sostenute. A tal fine utilizzeranno risorse proprie o quelle ottenibili da sovvenzioni o contribuzioni erogate da enti finanziatori pubblici o privati. I Consigli potranno inoltre organizzare attività formative, unitamente a soggetti, anche se operanti con finalità di lucro, sempre che nessuna utilità, diretta o indiretta, ad essi ne derivi, ulteriore rispetto a quella consistente nell'esonero dalle spese di organizzazione degli eventi.

4. Entro il 31 ottobre di ogni anno, i Consigli dell'Ordine sono tenuti a comunicare al Consiglio Nazionale Forense una relazione che illustri il piano dell'offerta formativa dell'anno solare successivo, ne evidenzi i costi per i partecipanti, segnali soggetti attuatori e indichi i criteri e le finalità cui il Consiglio si è attenuto nella predisposizione del programma stes-

so. Se la programmazione sia avvenuta di concerto tra più Consigli, essi potranno inviare un'unica relazione.

5. I Consigli dell'Ordine, anche in collaborazione con altri Consigli, con Associazioni forensi, enti od istituzioni ed altri soggetti, potranno organizzare nel corso dell'anno eventi formativi ulteriori, rispetto a quelli già programmati, attribuendo i crediti secondo i criteri di cui al precedente art. 3 e dandone comunicazione al Consiglio Nazionale Forense.

Articolo 8
Controlli del Consiglio dell'Ordine

1. Il Consiglio dell'Ordine verifica l'effettivo adempimento dell'obbligo formativo da parte degli iscritti, attribuendo agli eventi e alle attività formative documentate i crediti formativi secondo i criteri indicati dagli artt. 3 e 4.

2. Ai fini della verifica, il Consiglio dell'Ordine deve svolgere attività di controllo, anche a campione, ed allo scopo può chiedere all'iscritto ed ai soggetti che hanno organizzato gli eventi formativi chiarimenti e documentazione integrativa.

3. Ove i chiarimenti non siano forniti e la documentazione integrativa richiesta non sia depositata entro il termine di giorni 30 dalla richiesta, il Consiglio non attribuisce crediti formativi per gli eventi e le attività che non risultino adeguatamente documentate.

4. Per lo svolgimento di tali attività, il Consiglio dell'Ordine può avvalersi di apposita commissione, costituita anche da soggetti esterni al Consiglio. In questo caso, il parere espresso dalla Commissione è obbligatorio, ma può essere disatteso dal Consiglio con deliberazione motivata.

Articolo 9
Attribuzioni del Consiglio Nazionale Forense

1. Il Consiglio Nazionale Forense:

a) promuove ed indirizza lo svolgimento della formazione professionale continua, individuandone i nuovi settori di sviluppo.

b) valuta le relazioni trasmesse dai Consigli dell'Ordine a norma del

precedente art. 7, anche costituendo apposite Commissioni aperte alla partecipazione di soggetti esterni al Consiglio Nazionale Forense, esprimendo il proprio parere sull'adeguatezza dei piani dell'offerta formativa organizzati dai Consigli dell'Ordine, eventualmente indicando le modifiche che vi debbano essere apportate, con l'obiettivo di assicurare l'effettività e l'uniformità della formazione continua. In mancanza di espressione del parete entro il termine di trenta giorni dalla presentazione delle relazioni, il programma formativo si intende approvato.

In caso di parere negativo, il Consiglio dell'Ordine è tenuto, nei trenta giorni successivi, a trasmettere un nuovo programma formativo, che tenga conto delle indicazioni e dei rilievi formulati dal Consiglio Nazionale Forense.

2. Esso inoltre, anche tramite la Fondazione Scuola Superiore dell'Avvocatura,la Fondazione dell'Avvocatura Italiana e la Fondazione per L'Informatica e l'Innovazione Forense:

a) favorisce l'ampliamento dell'offerta formativa, anche organizzando direttamente eventi formativi, se del caso in collaborazione con il C.S.M;

b) assiste i Consigli dell'Ordine nella predisposizione e nell'attuazione dei programmi formativi e vigila sull'adempimento da parte dei Consigli delle incombenze ad essi affidate.

Articolo 10
Norme di attuazione

I1 Consiglio Nazionale Forense si riserva di emanare le norme di attuazione e coordinamento che si rendessero necessarie in sede di applicazione del presente regolamento.

Articolo 11
Entrata in vigore e disciplina transitoria

1. Il presente regolamento entra in vigore dal 1° settembre 2007.

2. Il primo periodo di valutazione della formazione continua decorre dal 1° gennaio 2008.

3. Nel primo triennio di valutazione a partire dall'entrata in vigore del

presente regolamento, i crediti formativi da conseguire sono ridotti a venti per chi abbia compiuto entro il 1° settembre 2007 od abbia a compiere entro il 1° settembre 2008 il quarantesimo anno d'iscrizione all'albo ed a cinquanta per ogni altro iscritto, col minimo di 9 crediti per il primo anno formativo, di 12 per il secondo e di 18 per il terzo, dei quali in materia di ordinamento forense, previdenza e deontologia almeno 6 crediti nel triennio formativo.

4. L'articolo 1, comma 3 del presente regolamento si applica a partire dal 10 settembre 2008.

5. Per il primo triennio di valutazione l'iscritto che, dando con qualunque modalità consentita informazione a terzi, intenda fornire le indicazioni di cui all'articolo 1, comma 3, dovrà aver conseguito nei 12 mesi precedenti l'informazione non meno di 10 crediti formativi nell'ambito di esercizio dell'attività professionale che intende indicare.

Formazione continua
Delibera di applicazione

Il CONSIGLIO dell'ORDINE AVVOCATI di Benevento, preso atto del regolamento approvato dal C.N.F in data 13/7/2007, ed in adempimento dei propri doveri istituzionali,

DELIBERA

di approvare il piano dell'offerta formativa da proporre nei prossimi tre anni (2008-2009-2010) allegato alla presente delibera e che ne costituisce parte integrante, ed i criteri di attribuzione dei crediti formativi agli Avvocati, le modalità di attuazione della formazione continua, ed i mezzi per consentire l'adempimento dell'obbligo formativo ai propri iscritti, in base a quanto espressamente evidenziato:

A) ATTRIBUZIONE CREDITI FORMATIVI

Sarà attribuito per ogni evento formativo o corso di aggiornamento un numero complessivo pari a 9, 6 o 5 crediti formativi in base alla durata del corso; in particolare l'iscritto potrà partecipare all'intero corso, articolato in due o tre sessioni da svolgersi in altrettante mezze giornate, o ad una parte di esso. Per ogni sessione saranno attribuiti 3 crediti formativi, mentre per i corsi che si svolgeranno in unica sessione e che non potranno essere, quindi, ripartiti, sarà attribuito il numero di 5 crediti formativi.

La partecipazione al corso o evento formativo sarà attestata a mezzo sottoscrizione da parte del collega di schede di iscrizione predisposte dall'Ordine e di un foglio presenza per ogni sessione del corso da firmare all'inizio e alla fine della sessione stessa.

Il controllo delle dette sottoscrizioni sarà esercitato dall'Ordine in persona di un Consigliere a tanto delegato per ogni evento formativo, che avrà cura di raccogliere le schede di iscrizione ed i fogli di presenza delle varie sessioni per poi consegnarli alla segreteria del Consiglio.

B) ATTESTATI di PARTECIPAZIONE

Al termine di ogni corso o evento formativo sarà consegnato ai partecipanti un attestato di partecipazione predisposto dal Consiglio dell'Ordine nel quale saranno indicati i crediti formativi specificamente attribuiti.

C) ESONERI dalla PARTECIPAZIONE

Fermo restando quanto stabilito all'art. 5 del Regolamento approvato dal C.N.F. in data 13/7/2007, il Consiglio stabilisce fin da ora che saranno esonerati dallo svolgimento dell'attività formativa i colleghi che si trovino in una delle seguenti ipotesi:

l) Gravidanza e allattamento per i tre mesi successivi al parto (esonero totale per il tempo necessario previa presentazione di certificazione medica);
2) Grave malattia o infortunio che non consenta la partecipazione (esonero totale per il tempo necessario previa presentazione di certificazione medica);
3) Interruzione per un periodo non inferiore a sei mesi dell'attività professionale debitamente documentata (esonero totale per 1 anno solare ed eventualmente per gli anni successivi se l'interruzione dovesse proseguire);
4) I colleghi che hanno superato i 40 anni di iscrizione all'Albo Avvocati, laddove ne facciano domanda (esonero totale o per singoli anni solari, in base alla richiesta del collega);
5) Impedimento transitorio debitamente documentato (esonero parziale solo per il tempo in cui perdura l'impedimento).

D) PRIMO TRIENNIO - RIDUZIONE CREDITI FORMATIVI

Così come stabilito dall'art. 11 del Regolamento del CNF, si precisa che i crediti formativi da conseguire sono ridotti a 20 (anziché 90) nell'intero primo triennio di applicazione (2008-2010) per i colleghi che il 1° settembre 2007 o entro il 1° settembre 2008 abbiano raggiunto i 40 anni di iscrizione all'Albo e non abbiano inoltrato al Consiglio richiesta di esonero totale o parziale.

I crediti formativi da conseguire sono, invece, ridotti a 50 (anziché 90)

nell'intero primo triennio di applicazione (2008/2010) per tutti gli altri scritti.

Nel caso in cui i crediti formativi siano ridotti a 20 nel triennio, si precisa che questi dovranno essere conseguiti in numero minimo di 5 nel primo anno, 5 nel secondo anno e 4 nel terzo anno.

Nel caso in cui i crediti formativi sono ridotti a 50 nel triennio si precisa che gli stessi dovranno essere conseguiti in un numero minimo di 9 per il primo anno, 12 per il secondo e 18 per il terzo.

E) OFFERTA FORMAT1VA : SETTORI di APPROFONDIMENTO

A prescindere dalla circostanza che nel primo triennio di applicazione (2008-2010) il numero di crediti formativi da conseguire è inferiore, il Consiglio intende proporre un'offerta formativa che consenta agli iscritti di partecipare e scegliere tra più corsi di aggiornamento e più settori; ciò anche ai fine di predisporre sin dal primo anno, e verificarne la riuscita e la spesa complessiva, un programma che possa poi essere valido e sufficiente, come offerta formativa totale, anche dopo il primo triennio, allorquando i crediti formativi da conseguire saranno 90.

Nell'arco del triennio 2008/2010 sono state scelti i seguenti settori di studio ed aggiornamento:

1) DIRITTO PROCESSUALE CIVILE articolato in tre anni
2) DIRITTO PROCESSUA PENALE articolato in tre anni
3) DIRITTO AMMINISTRATIVO articolato in tre anni
4) DIRITTO SOCIETARIO articolato in due anni
5) DIRITTO e PROCEDURA del LAVORO articolato in due anni
6) DIRITTO FALLIMENTARE articolato in due anni
7) DIRITTO di FAMIGLIA articolato in due anni
8) DIRITTO TRIBUTARIO articolato in tre anni
9) DEONTOLOGIA articolato in tre anni
10) ORDINAMENTO PROFESSIONALE articolato in tre anni

Gli aggiornamenti relativi ai settori di cui sopra si svolgeranno secondo il piano triennale di massima allegato alla presente delibera.

Per quel che concerne specificamente la materia deontologica, previdenziale e l'ordinamento professionale, così come stabilito dal regolamen-

to del CNF, gli iscritti dovranno conseguire almeno 15 crediti formativi nel triennio, salvo che nel primo triennio di applicazione nei quale i crediti formativi da conseguire saranno 6.

F) COMMISSIONE ORGANIZZATIVA

Il Consiglio si riserva di procedere, nel mese di Gennaio di ogni anno, a nominare eventualmente una commissione costituita da colleghi anche praticanti avvocati, che collabori all'organizzazione materiale dei corsi unitamente al Consiglio.

G) CONVEGNI VALIDI COME EVENTI FORMATIVI

Il Consiglio delibera, altresì, di organizzare almeno un convegno durante l'anno solare che sia valido a tutti gli effetti come offerta formativa; in particolare nel primo anno sarà organizzato, nel mese di Aprile 2008 un convegno sulla riforma del codice delle assicurazioni e le nuove procedure per il risarcimento dei danni; per gli anni successivi l'oggetto del convegno, da tenersi approssimativamente sempre nel mese di Aprile, sarà stabilito dal Consiglio in tempo utile e possibilmente entro il 31 Ottobre dell'anno precedente, in base alle novità legislative o giurisprudenziali che dovessero proporsi.

H) GRATUITÀ della FORMAZIONE CONTINUA

Il Consiglio dell'Ordine, al fine di garantire agli iscritti la quasi totale gratuità alla partecipazione ai corsi di aggiornamento stabilisce che i detti corsi si svolgeranno presso l'aula Delcogliano di Villa dei Papi di Benevento, ove non viene pagato un fitto agli enti proprietari; per quel che concerne le spese relative alla pulizia della detta sala, all'assistenza tecnica per il funzionamento dell'impianto di amplificazione di proprietà dell'Ordine, alla stampa delle schede di partecipazione, dei fogli presenza e degli attestati da rilasciare agli iscritti, si precisa che le stesse saranno sostenute dall'Ordine con i propri fondi.

Si precisa, infine che ai relatori dei corsi saranno corrisposte esclusivamente le spese di viaggio e di eventuale vitto e alloggio, comunque a carico dell'Ordine.

Il Consiglio, inoltre, si impegna a reperire eventuali sponsor per l'acquisizione di somme da destinare alla formazione continua.

Nel momento in cui sarà materialmente fondato l'Istituto di Studi Giuridici del Sannio — Scuola di Formazione Professionale, le spese necessarie per la formazione continua saranno sostenute dall'Istituto cui comporterà anche, unitamente al Consiglio dell'Ordine, la gestione della formazione stessa.

I) Fermo restando quanto stabilito nel Regolamento del C.N.F. riguardo all'art. 4, il Coniglio stabilisce di attribuire n. 24 crediti formativi ai colleghi che hanno partecipato, nell'anno precedente, alle Commissioni per gli Esami di Avvocato per tutta la durata dell'esame, e di attribuire, altresì, n. 10 crediti formativi ai colleghi che svolgeranno il ruolo di relatori nei corsi di aggiornamento validi ai fini della formazione continua, per ogni corso cui parteciperanno.

ANNO 2008

Criterio attribuzione crediti:
3 Crediti formativi per metà giornata di partecipazione
9 Crediti come massimo per ogni evento formativo

A) Aggiornamento in DIRITTO e PROCESSO del LAVORO
Venerdì pomeriggio (ore 15,00 - 19,00): Collaborazioni Coordinate e Continuative e Lavori a progetto
Sabato mattina (ore 9,30 - ore 12,00): Il rapporto di lavoro del socio di cooperativa
Sabato pomeriggio (ore 15,00 - ore 18,00): L'evoluzione giurisprudenziale del processo del lavoro
CREDITI COMPLESSIVI = 9
Gennaio 2008

B) Aggiornamento in PROCEDURA CIVILE - LE ESECUZIONI
Venerdì pomeriggio (ore 15,00 - ore 19,00): L'espropriazione mobiliare
Sabato mattina (ore 9,30 - ore 12,00): L'impignorabilità - L'intervento
Sabato pomeriggio (ore 15,00 - ore 18,00): Espropriazione mobiliare presso terzi
CREDITI COMPLESSIVI = 9
Febbraio 2008

C) Aggiornamento in DEONTOLOGIA
Sabato mattina (ore 9,30 - ore 13,00): Il nuovo codice deontologico - Compatibilità con le modifiche della Legge "Bersani"
CREDITI = 5
Marzo 2008

E) Aggiornamento in PROCEDURA PENALE
Venerdì pomeriggio (ore 15,00 - ore 19,00): Incidente probatorio - Rogatorie - Custodia cautelare

Sabato mattina (ore 9,30 - ore 12,00): Il processo davanti al Giudice di Pace
Sabato pomeriggio (ore 15,00 ore 18,00): La formazione della prova
CREDITI COMPLESSIVI = 9
Maggio 2008

F) Aggiornamento in DIRITTO SOCIETARIO
Venerdì pomeriggio (ore 16,00 - ore 19,30): Le società di capitali nella nuova disciplina
Sabato mattina (ore 9,30 - ore 12,00): Il processo societario
CREDITI COMPLESSIVI = 6
Giugno 2008

G) Aggiornamento - ORDINAMENTO PROFESSIONALE
Sabato mattina (ore 9,30 - ore 13,00): L'ordinamento professionale alla luce delle riforme intervenute
CREDITI COMPLESSIVI = 5
Settembre 2008

H) Aggiornamento in DIRITTO di FAMIGLIA
Venerdì pomeriggio (ore 15,00 - ore 19,00): La tutela del minore nei conflitti familiari: l'affido
Sabato mattina (ore 9,30 - ore 12,00): Attuazione dei provvedimenti in favore dei minori
Sabato pomeriggio (ore 15,00 - ore 18,00): Il Tribunale per i Minori - competenza e procedure.
CREDITI COMPLESSIVI = 9
Ottobre 2008

I) Aggiornamento in DIRITTO AMMINISTRATIVO
Venerdì pomeriggio (ore 15,00 – ore 19,00): Il Principio "dell'evidenza pubblica" nell'ordinamento Giuridico Positivo
Sabato mattina (ore 9,30 – ore 12,00): Il danno derivante dal provvedimento dell'Autorità amministrativa e dal suo comportamento

Sabato pomeriggio (ore 15,00 – ore 18,30): Tutela dell'ambiente e della salute
CREDITI COMPLESSIVI = 9
Novembre 2008

Convegno: RISARCIMENTO DANNI da CIRCOLAZIONE STRADALE
Le riforme della L. 102/2006 e del DPR 254/2006
Venerdì pomeriggio (ore 15,00 - ore 19,00)
I Sessione:
1) I criteri fondanti della riforma - Novità sul risarcimento danni
2) La tutela dell'assicurato-danneggiato nel riassetto normativo
3) L'attività dell'avvocato nella fase extragiudiziale e nella procedura d'indennizzo diretto.

Sabato mattina (ore 9,30 - ore 12,20)
II Sessione:
1) Il risarcimento del terzo trasportato
2) La nuova ipotesi di litisconsorzio tra i danneggiati
3) Il rito del lavoro; ricorso, istruttoria, decisione
4) L'ATP e la CTU preventiva - nuovi strumenti per conciliare.

CREDITO COMPLESSIVO = 9
Aprile 2008

Caleidoscopio

Fra i ricordi nebulosi della prima infanzia riveste un posto preminente – forse perché aveva fortemente colpito la mia immaginazione di bambino – uno strano *aggeggio* dal nome quasi impronunciabile: *il caleidoscopio*.

Bastava guardare con uno occhio nella lente posta ad una delle due estremità e ruotare la cremagliera alla fine dell'altra per dare vita a bellissime figure geometriche di tutti i colori, variandole continuamente a secondo della rotazione impressa.

Mondi nuovi e variopinti si materializzavano e mutavano in un batter d'occhio, facendomi *fantasticare*.

Oggi, nell'epoca della *play station* e della *consolle* informatica che nulla lascia alla fantasia, questo ricordo (siamo nella preistoria del giocattolo) ha qualcosa di romantico ed il sapore dolce della nostalgia per il *bel tempo andato*.

L'immagine efficace del *caleidoscopio* mi offre lo spunto per *"mettere insieme"* considerazioni ed appunti sparsi che a prima vista non sembrano avere affinità fra loro ma che, forse, a ben guardare costituiscono diverse facce di una medesima realtà: la vita forense.

⋆ ⋆ ⋆

1) ***"Elogio del Praticante scritto da un Avvocato"***

Non per parasafrare il famoso *"Elogio dei giudici scritto da un Avvocato"* del grande Piero Calamandrei, né l'*"Elogio degli Avvocati scritto da un Giudice"* di Piero Pajardi, ma soltanto per rendere a Cesare quello che è di Cesare che ho deciso di avventurarmi in questo spinoso argomento.

Per evitare *letture malevoli* sgombro subito il campo da equivoci: non ho intenzione di candidarmi alle prossime elezioni per il Consiglio dell'Ordine (ed a quelle a venire), né alla presidenza dell'assemblea di condominio, alla rappresentanza di classe dei genitori ed a qualunque altra carica elettiva, fosse anche quella del circolo della *briscola*.

Ora che spero di aver tranquillizzato tutti cerco di spiegarmi.

Il *"Praticantato"* costituisce la croce di ogni persona che decida di intrapredendere la tortuosa via forense: se ne parla tanto (spesso male) ma

in fondo nessuno ne conosce bene i contorni. Per i più è una sorta di inevitabile *limbo* in cui è necessario passare nell'attesa di poter partecipare al *"gratta e vinci"* dell'esame di Avvocato. Una sorta di precariato da subire passivamente nella speranza di affrancarsene quanto prima.

Insomma: una negatività, se non assoluta, quanto meno relativa.

⋆ ⋆ ⋆

Il nodo gordiano del praticantato non consiste, come credono in molti, nel passare dallo *status* di *Praticante* a quello di *Avvocato* ma – ed è cosa ben diversa – quello di diventare da *Praticante Avvocato* ad *Avvocato Praticante*.

In quello che sembra un semplice gioco di parole è racchiusa l'essenza del tema, perché il *Praticante* di oggi è l'*Avvocato* di domani; la linfa di cui si nutre quotidianamente l'Avvocatura.

Ragione per cui questa importante *figura* del mondo forense credo che meriti un rispetto ed una dignità che molto spesso non le vengono riconosciuti.

In primo luogo, dai Giovani che si avvicinano alla tappa di partenza di un difficile viaggio. Oggi la maggior parte degli stessi intende il praticantato come una *"area di parcheggio"* tra un concorso e l'altro oppure come un semplice ripiego: *"tanto male che vada faccio l'Avvocato!"*.

E' questo l'aborto clandestino che finisce per uccidere sul nascere l'idea stessa dell'Avvocato; la strada che con *"scienza ed incoscienza"* porta dritto dal *praticone avvocato* all'*avvocato praticone*.

In secondo luogo, da un sistema di accesso alla professione forense che non pone alcuno sbarramento a monte (è possibile svolgere contemporaneamente la pratica forense e studiare per i concorsi pubblici, per la magistratura, per il notariato, etc.) riversando a valle moltitudini impressionanti di aspiranti Avvocati (si pensi che nel solo distretto della Corte di Appello di Napoli hanno partecipato all'esame di abilitazione quasi 4.500 persone nel 2005, quasi 6.000 nel 2006).

In terzo luogo, dagli stessi Avvocati che molto spesso intendono il Praticante come un *"surrogato"* del Segretario: come soggetto deputato (quasi esclusivamente) a calcare le aule di udienza e le cancellerie con compiti limitati e di concetto.

Il *"Praticantato"* – nella sua vera accezione – è, invece, assimilabile al rapporto che legava il *"Giovane di bottega"* al *"Maestro"*: rapporto composito, com-

plesso, fatto di quotidianità, di confronto, di stimoli; rapporto teso a creare quel *"sentire comune"* per la più difficile *"arte"* esistente nel campo giuridico.

E' quel magico percorso secondo il quale il Praticante diventa Avvocato e l'Avvocato ritrova il Praticante che fu.

E' la più alta espressione della circolarità della professione forense per cui si nasce e si muore tentando sempre di imparare a *"fare"* l'Avvocato.

⋆ ⋆ ⋆

2) *"I … numeri del Tribunale di Benevento"*

Navigando nel sito del Ministero della Giustizia sono rimasto *"impigliato"* nella rete della *"Direzione Generale di Statistica"*.

La svogliata curiosità iniziale è divenuta insopprimibile interesse quando ho *"scoperto"* la statistica relativa ai procedimenti pendenti innanzi al Tribunale di Benevento per l'anno giudiziario 2005–2006, con dati aggiornati al 23 ottobre 2006.

Riporto brevemente la tabella pubblicata nel sito ministeriale:

TRIBUNALE DI BENEVENTO				
VOCI:	**ISCRITTI:**	**ESAURITI TOTALI:**	**ESAURITI CON SENTENZA:**	**PENDENTI FINALI:**
Cognizione ordinaria	2.843	2.770	1.606	7.803
Cognizione ordinaria stralcio	------	733	681	642
Lavoro	1.250	1.589	1.245	1.362
Previdenza	3.897	5.747	5.275	5.868
Fallimenti	34	62	------	364
Agraria	26	24	13	13
Esecuzioni mobiliari	3.018	2.658	------	4.113
Esecuzioni immobiliari	256	356	-----	1.818
Procedimenti speciali	2.408	2.417	------	735
Volontaria Giurisdizione	1.520	1.372	0	1.078
Appello cognizione ordinaria	150	161	139	244
Appello lavoro	------	0	0	0
Appello previdenza	------	0	0	0
Diritto societario	57	24	9	55
Marchi e brevetti	0	0	0	2
TOTALE	16.035	18.443	9.046	24.554

I numeri riportati anche se non possono essere letti correttamente, in mancanza di altri parametri di raffronto (ad esempio quello degli anni precedenti) e di strumenti tecnici di interpretazione statistica, possono comunque consentire a chiunque di comprendere – seppure per grandi linee – la dimensione del fenomeno.

Ad esempio in ordine ai **giudizi di cognizione ordinaria** risulta che – alla data del 23 ottobre 2006 – sono stati **iscritti 2.843** giudizi ed **esauriti 2.770** (di cui 1.606 con sentenza e 1.164 in altro modo), con una **sopravvenienza di 73 giudizi**.

Il dato – che a prima vista sembrerebbe entusiasmante – non può essere letto senza tenere conto che **la pendenza finale dei giudizi ammonta a 7.803**.

In ordine ai **giudizi pendenti innanzi alla Sezione Stralcio** risulta che **a distanza di 12 anni dei 7.000 e passa giudizi attribuiti alla stessa** ne **sono ancora pendenti 642**, pari ad una percentuale approssimativa tra il 5 e l'8%.

Ciò significa che nella migliore delle ipotesi siamo di fronte a giudizi iniziati da più di dodici anni (cioè quelli appena iniziati nei primi quattro mesi del 1995) ed ancora alla disperata ricerca di una sentenza di primo grado.

La situazione appare critica per le **procedure esecutive mobiliari**, dove a fronte di una **iscrizione di 3.018 procedimenti** ne risultano **esauriti 2.658** con una **pendenza finale di 4.113**, ed addirittura disastrosa per le **procedure esecutive immobiliari**, dove a fronte di una **iscrizione di 256 procedure** ne risultano **esaurite 356** con una **pendenza finale di 1.818**.

Tuttavia **molto diverso è il *trend* delle procedure esecutive immobiliari**, che risulta essere **buono** (con 100 procedure definite in più di quelle iscritte), **da quello delle procedure esecutive mobiliari** (con un *deficit* di 360 procedure iscritte riguardo a quelle esaurite).

Occorre tenere presente che per molto tempo la sezione esecuzione immobiliare del Tribunale di Benevento ha scontato diverse inefficienze legate alla carenza di Giudici, al ripetuto cambio degli stessi, alla carenza di personale (chi di noi non ricorda l'**eroico** Tonino Malgieri che per an-

ni da solo ha arginato la valanga delle procedure immobiliari, la moltitudine di avvocati in cerca di consigli e di utenti in cerca di notizie).

Oggi la situazione, sia in ordine alla assegnazione dei Giudici che del personale di cancelleria, è molto migliorata e l'introduzione della delega delle operazioni di vendita ha ulteriormente velocizzato l'*iter* delle procedure.

Positivi sono i numeri relativi al **lavoro**, alla **previdenza** ed al **fallimentare**.

Infatti:

- a fronte di **1.250 giudizi di lavoro iscritti** ne risultano **definiti 1.589** (di cui 1.245 con sentenza), con una **pendenza finale di 1.362**;
- a fronte di **3.897 giudizi di previdenza iscritti** ne risultano **definiti 5.747** (di cui 5.275 con sentenza), con una **pendenza finale di 5.868**;
- a fronte di **34 fallimenti iscritti** ne risultano **definiti 62**, con una **pendenza finale di 364**.

Più o meno **stazionarie le situazioni relative ai procedimenti di famiglia e di volontaria giurisdizione**.

Anche se non è ancora correttamente valutabile la situazione relativa a **procedimenti societari**, data la recente introduzione della Legge n. 5/2003, il primo dato che sembra emergere con una certa inquietudine è la esiguità di tali procedimenti nel circondario di Benevento; esiguità che riflette la scarsa vivacità economica del settore nella provincia sannita. Insomma: non un bel segnale!

Ognuno potrà trarre letture diverse dagli scarni numeri statistici e fornire differenti spiegazioni.

Necessario è, però, capire l'ordine di grandezza del fenomeno per poterlo analizzare: i numeri innanzi riportati ne costituiscono la sintesi e l'essenza perché – per qualsiasi interpretazione – non si può che partire da essi.

⋆ ⋆ ⋆

3) ***"Formazione professionale: una questione di metodo"***

Con delibera del 13 luglio 2007 il Consiglio Nazionale Forense ha approvato il regolamento sulla formazione professionale continua.

Che questo fosse un tema obbligato, al quale l'Avvocatura non poteva più sottrarsi, era nella logica delle cose.

Non solo la formazione permanente è da tempo adottata da altri Ordini Professionali ed imposta dal nuovo Codice Deontologico Forense, ma è diventata – oramai – una insopprimibile esigenza dettata dalla inarrestabile produzione normativa che negli ultimi anni, con ritmo quasi spasmodico, continua a modificare la fisionomia di interi settori del diritto.

In questo contesto di estrema mutevolezza del quadro normativo l'aggiornamento tempestivo, la capacità di rapido approfondimento costituiscono le nuove *"chiavi di lettura"* di cui deve necessariamente munirsi l'Avvocato.

Alla (scontata) condivisione del merito della questione non corrisponde, però, quella del metodo adottato dal Consiglio Nazionale Forense.

Infatti, il regolamento sulla formazione permanente ha suscitato non poche critiche e perplessità nel modo forense.

Alcune delle più rappresentative Associazioni Forensi – (l'AIAF, *Associazione italiana per la Famiglia e i Minori*; l'AGI, *Associazione Giuslavoristi Italiani*; l'UCPI, *Unione Camere Penali Italiane*; UNCAT, *Unione Nazionale Avvocati Tributaristi*; UNCC, *Unione Nazionale Camere Civili*) – hanno lamentato che il regolamento ha:

(a) *"previsto solo marginalmente e non valorizzato il ruolo delle Associazioni Forensi, come soggetto autonomo nella formazione continua"*;

(b) riconosciuto viceversa *"la possibilità di svolgere direttamente funzioni formative, con pari dignità, effetti e risultati rispetto alle Associazioni Forensi a realtà estranee al mondo forense, con il rischio di favorire fenomeni economicamente speculativi, a scapito della serietà e della qualità della formazione"*.

(c) adottato *"un sistema troppo rigido e "dirigistico" di programmazione, che non permette la necessaria duttilità"*. In altri termini, *"non si è opportunamente distinto fra "formazione in senso stretto", programmabile anche con largo anticipo e sussumibile quindi in un preventivo ed organico piano annuale, ed "aggiornamento" che, dovendo rispondere ad esigenze immediate di novità legislative e giurisprudenziali, deve poter dare risposte in tempi brevissimi e non è evidentemente suscettibile di essere programmato anzitempo"*;

(d) introdotto criteri di attribuzione dei crediti formativi che *"appaiono insufficienti ed inadeguati rispetto alla finalità di garantire omogeneità nella valutazione dei criteri e, conseguentemente, uniformità nella formazione dei professionisti"*.

L'obbligatorietà della formazione professionale permanente (articolo 1 del Regolamento) e la previsione come illecito disciplinare del mancato adempimento dell'obbligo formativo, da commisurarsi *"alla gravità della violazione"* (articolo 6 del Regolamento), non sembrano essere immuni da dubbi, specie in ordine alle estreme conseguenze che da tali norme potrebbero derivare.

In astratto all'Avvocato che non partecipi a nessuno degli eventi formativi, nei modi e tempi descritti nel Regolamento (articoli 2, 3 e 4), potrebbero essere comminate anche le sanzioni della sospensione e della radiazione, oltre che quella formale della censura, laddove le stesse siano ritenute commisurate *"alla gravità della violazione"* (articolo 6).

Che succede laddove l'Avvocato dimostri di avere curato costantemente il proprio aggiornamento professionale, anche se non in conformità al Regolamento, ma mediante i normali sistemi di aggiornamento individuale da sempre adottati dai Professionisti; cioè mediante l'acquisto e la costante consultazione di libri, riviste, banche dati, il collegamento a siti *internet* generici o specialistici?

In questa ipotesi le gravi sanzioni della sospensione e della radiazione, in teoria applicabili, sarebbero assolutamente inique.

Altro aspetto rilevante da tenere in considerazione consiste nel fatto che, nell'ipotesi di inadempimento di obbligo formativo, l'applicazione di sanzioni disciplinari può addirittura concretare una ipotesi di illegittimità delle norme regolamentari perché in contrasto con norme giuridiche di rango superiore.

Infatti secondo la Costituzione (articolo 33) ed il Codice Civile (articolo 2299) per l'abilitazione all'esercizio di una Professione è previsto **(a)** il superamento di un esame di Stato e **(b)** l'iscrizione in un apposito albo o elenco.

Nulla di più.

Il contrasto fra le norme di diversa natura e gerarchia nelle fonti del

diritto è il terreno sul quale la Corte Costituzionale potrebbe presto essere chiamata a pronunziarsi.

Un bel pasticcio, non c'è che dire!

Insomma, ancora una volta il Consiglio Nazionale Forense è riuscito a scontentare tutti.

⋆ ⋆ ⋆

4) ***"Il sasso nello stagno: un … buco nell'acqua?"***

Nel numero 4/2006 de *"La Voce del Foro"* io ed il Collega Franco Lucia avevamo lanciato un invito ed una provocazione con il nostro *"Il sasso nello stagno, ovvero …botta e risposta"* (pagine 94 ‡105).

Gli argomenti trattati – seppure in forma succinta – *"bruciavano"* ancora sulla *"pelle"* degli Avvocati: la lotta al decreto Bersani; le liberalizzazioni imposteci (prima) per decreto e (poi) per legge; la moltiplicazione dei riti processuali.

Argomenti visti da due posizioni diverse, che possono essere condivise o meno, ma che esprimono i dubbi, le speranze, le illusioni e (purtroppo) le disillusioni di due fra i più di mille Avvocati iscritti all'Ordine di Benevento.

Il fine non era quello di *"riempire"* qualche pagina de *"La Voce del Foro"*, ma di lanciare il sasso nello stagno, stimolando i Colleghi ad un confronto su tematiche vitali per l'Avvocatura i cui interventi potessero essere ospitati sulla Rivista.

Un invito ad esprimere la propria opinione, a far sentire la propria voce (una sorta di piccolo *forum* sullo stato di salute della vita forense). Invece solo un assordante … silenzio.

Sarà come dice simpaticamente Francesco Galgano che esistono due contrapposte classi: *"c'è chi utilizza l'alfabeto per scrivere e chi, all'opposto, lo utilizza per leggere. Fra l'una e l'altra classe non c'è comunicazione: chi scrive non legge, chi legge non scrive"* (*"Tutto il rovescio del diritto"*, pagina 75), o piuttosto che oggi il Foro Sannita non ha più quella vivacità intellettuale che fino ad una decina di anni lo connotava animando le assemblee degli iscritti (se ne ricordano di *"infuocate"*) e le tornate elettorali per il Consiglio dell'Ordine?

Insomma è soltanto pigrizia – per dirla alla Galgano – o, piuttosto, indifferenza?

Credo sicuramente che sia la prima, perché il disinteresse su temi vitali dell'Avvocatura significa farsi scivolare addosso i problemi ed accettare supinamente soluzioni imposte da altri.

Ai lettori de *"La Voce del Foro"* una promessa (o una minaccia; dipende dai punti di vista).

Anche se il *"sasso nello stagno"* si è rivelato … *"un buco nell'acqua"* continuerò sempre a dire la mia, preferendo vivere, e non subire, l'avventura forense.

Avv. Ugo Campese

Parte Quarta

Attualità legislative e giurisprudenziali

Corte di Giustizia UE - sezione III

Sentenza 26 aprile 2007 - n. C-135/05

Inadempimento Stato membro
disciplina giuridica dei rifiuti – sussistenza
Direttiva 91/156/CEE; Direttiva 1999/31/CE

L'Italia è inadempiente, perché non ha adottato normative:

- per assicurare che i rifiuti siano recuperati o smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza usare procedimenti o metodi che potrebbero recare pregiudizio all'ambiente e per vietare l'abbandono, lo scarico e lo smaltimento incontrollato dei rifiuti;
- affinché ogni detentore di rifiuti li consegni ad un raccoglitore privato o pubblico, o ad un'impresa che effettua le operazioni di smaltimento o di recupero, oppure provveda egli stesso al recupero o allo smaltimento conformandosi alle disposizioni della direttiva del Consiglio 15 luglio 1975, 75/442/CEE, relativa ai rifiuti, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 marzo 1991, 91/156/CEE;
- affinché tutti gli stabilimenti o imprese che effettuano operazioni di smaltimento siano soggetti ad autorizzazione dell'autorità competente;
- affinché in ogni luogo in cui siano depositati (messi in discarica) rifiuti pericolosi, questi ultimi siano catalogati e identificati;
- affinché, in relazione alle discariche che hanno ottenuto un'autorizzazione o erano già in funzione alla data del 16 luglio 2001, il gestore della discarica elabori e presenti per l'approvazione dell'autorità competente, entro il 16 luglio 2002, un piano di riassetto della discarica comprendente le informazioni relative alle condizioni per l'autorizzazione e le misure correttive che ritenga eventualmente necessarie; e affinché, in seguito alla presentazione del piano di riassetto, le autorità competenti adottino una decisione definitiva sull'eventuale

proseguimento delle operazioni, facendo chiudere al più presto le discariche che non ottengano l'autorizzazione a continuare a funzionare, o autorizzando i necessari lavori e stabilendo un periodo di transizione per l'attuazione del piano, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli artt. 4, 8 e 9 della direttiva 75/442, come modificata dalla direttiva 91/156/CEE, dell'art. 2, n. 1, della direttiva del Consiglio 12 dicembre 1991, 91/689/CEE, relativa ai rifiuti pericolosi, e dell'art. 14, lett.a) c), della direttiva del Consiglio 26 aprile 1999, 1999/31/CE, relativa alle discariche di rifiuti.

- *OMISSIS* -

SENTENZA

Con il suo ricorso la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di constatare che, non avendo adottato tutti i provvedimenti necessari:

– per assicurare che i rifiuti siano recuperati o smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza usare procedimenti o metodi che potrebbero recare pregiudizio all'ambiente e per vietare l'abbandono, lo scarico e lo smaltimento incontrollato dei rifiuti;
– affinché ogni detentore di rifiuti li consegni ad un raccoglitore privato o pubblico, o ad un'impresa che effettua le operazioni di smaltimento o di recupero, oppure provveda egli stesso al recupero o allo smaltimento conformandosi alle disposizioni della direttiva del Consiglio 15 luglio 1975, 75/442/CEE, relativa ai rifiuti (GUL194, pag. 39), come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 marzo 1991, 91/156/CEE (GUL78, pag. 32; in prosieguo: la "direttiva 75/442");
– affinché tutti gli stabilimenti o le imprese che effettuano operazioni di smaltimento siano soggetti ad autorizzazione dell'autorità competente;
– affinché in ogni luogo in cui siano depositati (messi in discarica) rifiuti pericolosi, questi ultimi siano catalogati e identificati; e
– affinché, in relazione alle discariche che hanno ottenuto un'autorizzazione o erano già in funzione alla data del 16 luglio 2001, il gestore della discarica elabori e presenti per l'approvazione dell'autorità competente, en-

tro il 16 luglio 2002, un piano di riassetto della discarica comprendente le informazioni relative alle condizioni per l'autorizzazione e le misure correttive che ritenga eventualmente necessarie; e affinché, in seguito alla presentazione del piano di riassetto, le autorità competenti adottino una decisione definitiva sull'eventuale proseguimento delle operazioni, facendo chiudere al più presto le discariche che non ottengano l'autorizzazione a continuare a funzionare, o autorizzando i necessari lavori e stabilendo un periodo di transizione per l'attuazione del piano, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli artt. 4, 8 e 9 della direttiva 75/442, dell'art. 2, n. 1, della direttiva del Consiglio 12 dicembre 1991, 91/689/CEE, relativa ai rifiuti pericolosi (GUL377, pag. 20), e dell'art. 14, lett.a) c), della direttiva del Consiglio 26 aprile 1999, 1999/31/CE, relativa alle discariche di rifiuti (GUL182, pag. 1).

Contesto normativo

La direttiva 75/442

2) L'art. 4 della direttiva 75/442 prevede quanto segue:

"Gli Stati membri adottano le misure necessarie per assicurare che i rifiuti siano ricuperati o smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza usare procedimenti o metodi che potrebbero recare pregiudizio all'ambiente (…)

(…)

Gli Stati membri adottano inoltre le misure necessarie per vietare l'abbandono, lo scarico e lo smaltimento incontrollato dei rifiuti".

3) L'art. 8 della direttiva 75/442 impone agli Stati membri di adottare le disposizioni necessarie affinché ogni detentore di rifiuti li consegni ad un raccoglitore privato o pubblico, o ad un'impresa che effettua le operazioni previste nell'allegato IIA o IIB di tale direttiva, oppure provveda egli stesso al recupero o allo smaltimento, conformandosi alle disposizioni di detta direttiva.

4) L'art. 9, n. 1, della direttiva 75/442 dispone che, ai fini dell'applicazione, in particolare, dell'art. 4 della stessa direttiva, tutti gli stabilimenti o le imprese che effettuano le operazioni di smaltimento di rifiuti debbono ottenere l'autorizzazione dell'autorità competente incaricata di attuare le disposizioni di tale direttiva. L'art. 9, n. 2, precisa che dette auto-

rizzazioni possono essere concesse per un periodo determinato, essere rinnovate, essere accompagnate da condizioni e obblighi, o essere rifiutate segnatamente quando il metodo di smaltimento previsto non è accettabile dal punto di vista della protezione dell'ambiente.

La direttiva 91/689

5) L'art. 2 della direttiva 91/689 così dispone:

"1. Gli Stati membri prendono le misure necessarie per esigere che in ogni luogo in cui siano depositati (messi in discarica) rifiuti pericolosi, questi ultimi siano catalogati e identificati.

(…)".

La direttiva 1999/31

6) Ai sensi dell'art. 14, lett.a) c), della direttiva 1999/31:

"Gli Stati membri adottano misure affinché le discariche che abbiano ottenuto un'autorizzazione o siano già in funzione al momento del recepimento della presente direttiva possano rimanere in funzione soltanto se (...)

a) entro un anno dalla data prevista nell'articolo 18, paragrafo 1 [vale a dire entro il 16 luglio 2002], il gestore della discarica elabora e presenta all'approvazione dell'autorità competente un piano di riassetto della discarica comprendente le informazioni menzionate nell'articolo 8 e le misure correttive che ritenga eventualmente necessarie al fine di soddisfare i requisiti previsti dalla presente direttiva, fatti salvi i requisiti di cui all'allegato I, punto1;

b) in seguito alla presentazione del piano di riassetto, le autorità competenti adottano una decisione definitiva sull'eventuale proseguimento delle operazioni in base a detto piano e alla presente direttiva. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per far chiudere al più presto, a norma dell'articolo 7, lettera g), e dell'articolo 13, le discariche che, in forza dell'articolo 8, non ottengono l'autorizzazione a continuare a funzionare;

c) sulla base del piano approvato, le autorità competenti autorizzano i

necessari lavori e stabiliscono un periodo di transizione per l'attuazione del piano. Tutte le discariche preesistenti devono conformarsi ai requisiti previsti dalla presente direttiva, fatti salvi i requisiti di cui all'allegato I, punto1, entro otto anni dalla data prevista nell'articolo 18, paragrafo 1 [ossia entro il 16 luglio 2009]".

7) Ai sensi dell'art. 18, n. 1, della detta direttiva, gli Stati membri adottano le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla stessa entro due anni a decorrere dalla sua entrata in vigore [vale a dire, entro il 16 luglio 2001] e ne informano immediatamente la Commissione.

Procedimento precontenzioso

8) A seguito di varie denunce, di interrogazioni parlamentari, di articoli di stampa, nonché della pubblicazione, avvenuta il 22 ottobre 2002, di un rapporto del Corpo forestale dello Stato (in prosieguo: il "CFS"), che evidenziava l'esistenza di un gran numero di discariche illegali e non controllate in Italia, la Commissione ha deciso di controllare l'osservanza da parte di detto Stato membro degli obblighi ad esso incombenti ai sensi delle direttive 75/442, 91/689 e 1999/31.

9) Tale rapporto completava la terza fase di un procedimento avviato nel 1986 dal CFS al fine di contabilizzare le discariche illegali nei territori boschivi e montagnosi delle Regioni a statuto ordinario in Italia (vale a dire la totalità delle regioni italiane, eccetto il Friuli-Venezia Giulia, la Sardegna, la Sicilia, il Trentino-Alto Adige e la Valle d'Aosta). Un primo censimento, avvenuto nel 1986, aveva riguardato 6890 degli 8104 comuni italiani e aveva consentito al CFS di accertare l'esistenza di 5978 discariche illegali. Un secondo censimento, effettuato nel 1996, aveva riguardato 6802 comuni e aveva rivelato al CFS l'esistenza di 5422 discariche illegali. Dopo il censimento del 2002, il CFS ha ancora catalogato 4866 discariche illegali, 1765 delle quali non figuravano nei precedenti studi. Secondo il CFS, 705 tra le dette discariche abusive contenevano rifiuti pericolosi. Per contro, il numero delle discariche autorizzate era soltanto di 1420.

10) I risultati di quest'ultimo censimento sono riassunti dalla Commissione come segue:

REGIONE	Numero di discariche abusive	Superficie delle discariche abusive (m_)	Discariche attive /non attive	Discariche bonificate /non bonificate
Abruzzo	361	1016139	111 / 250	70 / 291
Basilicata	152	222830	40 / 112	43 / 109
Calabria	447	1655479	81 / 366	19 / 428
Campania	225	445222	40 / 185	37 / 188
Emilia Romagna	380	254398	189 / 191	59 / 321
Lazio	426	663535	120 / 306	110 / 316
Liguria	305	329507	145 / 160	58 / 247
Lombardia	541	1132233	124 / 417	159 / 382
Marche	244	364781	70 / 174	41 / 203
Molise	84	199360	14 / 70	13 / 71
Piemonte	335	270776	114 / 221	119 / 216
Puglia	599	3861622	440 / 159	37 / 562
Toscana	436	545005	107 / 329	154 / 282
Umbria	157	71510	33 / 124	61 / 96
Veneto	174	5482527	26 / 148	50 / 124
Totale	4866	16519790	1654 / 3212	1030 / 3836

11) Benché i dati forniti dal CFS riguardino soltanto le quindici regioni italiane a statuto ordinario, la Commissione dichiara di voler perseguire, nel procedimento in esame, la Repubblica italiana per la totalità delle discariche abusive esistenti sul suo territorio. Infatti, la Commissione disporrebbe di informazioni da cui risulterebbe che la situazione è analoga nelle regioni a statuto speciale.

12) Detta istituzione rinvia, al riguardo, al piano di gestione dei rifiuti della Regione Siciliana, notificato alla Commissione il 4 marzo 2003 e al quale è allegato il piano di bonifica delle zone inquinate della regione in questione. Tale piano evidenzierebbe l'esistenza di numerose discariche abusive, di siti di rifiuti abbandonati, di depositi di rifiuti non autorizzati e di siti non specificati, di cui alcuni conterrebbero rifiuti pericolosi.

13) Lo stesso varrebbe per le Regioni Friuli-Venezia Giulia, Trentino-Alto Adige e Sardegna, in relazione alle quali la Commissione completa la descrizione della situazione complessiva in Italia mediante documenti ufficiali provenienti dalle autorità di dette regioni e mediante rapporti delle

commissioni parlamentari di inchiesta, nonché attraverso articoli di stampa.

14) A titolo di esempio, la Commissione menziona una discarica situata nella località "Cascina Corradina" nel comune di San Fiorano, che inizialmente ha costituito oggetto di un procedimento distinto, successivamente riunito al procedimento in esame ai fini del ricorso dinanzi alla Corte.

15) In base a tutte queste informazioni la Commissione, conformemente all'art. 226CE, con lettera dell'11 luglio 2003, ha invitato il governo italiano a presentare le sue osservazioni a tale riguardo.

16) Non avendo ottenuto dalle autorità italiane alcuna informazione che consentisse di concludere che era stato posto fine agli inadempimenti addebitati, la Commissione, con lettera del 19 dicembre 2003, ha emanato un parere motivato, invitando la Repubblica italiana ad adottare i provvedimenti necessari per conformarsi ad esso entro due mesi dalla sua notifica.

17) La Commissione non ha ricevuto alcuna risposta al detto parere motivato. Di conseguenza, essa ha proposto il ricorso in esame.

Sul ricorso

Sulla ricevibilità

18) Il governo italiano sostiene che il ricorso della Commissione dovrebbe essere dichiarato irricevibile a causa della genericità e dell'indeterminatezza dell'inadempimento addebitato, che impedirebbe a detto governo di presentare una difesa precisa tanto in fatto quanto in diritto. In particolare, la Commissione non avrebbe individuato i detentori o i gestori delle discariche né i proprietari dei siti sui quali i rifiuti sono stati abbandonati.

19) La Commissione ritiene, per contro, di poter esaminare, in un unico procedimento, la questione dello smaltimento dei rifiuti sulla totalità del territorio italiano. Siffatto approccio, da essa qualificato "orizzontale", consentirebbe, da un lato, di individuare e di correggere più efficacemente i problemi strutturali sottesi all'asserito inadempimento della Repubblica italiana e, dall'altro, di alleggerire i sistemi di controllo del rispetto del diritto comunitario in materia ambientale. A questo proposito, la Commissione rinvia alle conclusioni dell'avvocato generale Geelhoed, re-

lative alla causa C 494/01, Commissione/Irlanda (sentenza 26 aprile 2005, Racc.pag.I 3331).

20) Anzitutto, occorre evidenziare che, fatto salvo l'obbligo della Commissione di soddisfare l'onere della prova gravante su di essa nell'ambito della procedura prevista dall'art. 226 CE, il Trattato CE non contiene alcuna norma che si opponga all'esame complessivo di un numero rilevante di situazioni, in base alle quali la Commissione ritenga che uno Stato membro sia stato inadempiente, in modo ripetuto e prolungato, agli obblighi ad esso incombenti ai sensi del diritto comunitario.

21) Si desume poi da costante giurisprudenza che una prassi amministrativa può costituire oggetto di un ricorso per inadempimento, qualora risulti in una certa misura costante e generale (v., specificamente, sentenza Commissione/Irlanda, cit., punto28 e giurisprudenza ivi citata).

22) Infine, occorre ricordare che la Corte ha già dichiarato ricevibili ricorsi della Commissione proposti in contesti analoghi, in cui quest'ultima deduceva precisamente una violazione strutturale e generalizzata degli artt. 4, 8 e 9 della direttiva 75/442 da parte di uno Stato membro (sentenza 6 ottobre 2005, causa C 502/03, Commissione/Grecia, non pubblicata nella Raccolta) e una violazione di tali medesimi articoli, nonché dell'art. 14 della direttiva 1999/31 (sentenza 29marzo 2007, causa C 423/05, Commissione/Francia, non pubblicata nella Raccolta).

23) Di conseguenza, il ricorso della Commissione è ricevibile.

Nel merito

Sull'onere della prova

24) Il governo italiano sostiene che le fonti di informazione sulle quali la ricorrente fonda il suo ricorso sarebbero prive di credibilità in quanto, da un lato, i rapporti del CFS non sono stati elaborati in collaborazione con il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del territorio, che sarebbe l'unica autorità nazionale competente rispetto all'ordinamento giuridico comunitario, e, dall'altro, gli atti delle commissioni parlamentari di inchiesta o gli articoli di stampa costituirebbero non confessioni, ma soltanto fonti generiche di prova, la cui fondatezza dev'essere dimostrata da chi le invoca.

25) La Commissione, al contrario, considera che i rapporti elaborati dal CFS costituiscono una fonte di informazioni affidabili e privilegiate in materia ambientale. Infatti, il CFS costituirebbe una forza di polizia dello Stato ad ordinamento civile che ha il compito, in particolare, di difendere il patrimonio forestale italiano, di tutelare l'ambiente, il paesaggio e l'ecosistema, nonché di esercitare attività di polizia giudiziaria al fine di vigilare sul rispetto delle normative nazionali e internazionali in materia.

26) A tale riguardo si deve ricordare che, nell'ambito di un procedimento per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE, spetta alla Commissione provare la sussistenza dell'asserito inadempimento. Ad essa spetta fornire alla Corte gli elementi necessari affinché questa accerti l'esistenza di siffatto inadempimento, senza potersi basare su alcuna presunzione (sentenza 25 maggio 1982, causa 96/81, Commissione/Paesi Bassi, Racc. pag. 1791, punto6).

27) Tuttavia, gli Stati membri sono tenuti, a norma dell'art. 10 CE, ad agevolare la Commissione nello svolgimento del suo compito, che consiste, in particolare, ai sensi dell'art. 211 CE, nel vigilare sull'applicazione delle norme del Trattato, nonché delle disposizioni adottate dalle istituzioni in forza dello stesso Trattato (sentenza Commissione/Irlanda, cit., punto42 e giurisprudenza ivi citata).

28) In una simile prospettiva, si deve tener conto del fatto che, nel verificare la corretta applicazione pratica delle disposizioni nazionali destinate a garantire la concreta attuazione della direttiva, tra cui quelle adottate nel settore dell'ambiente, la Commissione, che non dispone di propri poteri di indagine in materia, dipende in ampia misura dagli elementi forniti da eventuali denuncianti, da organizzazioni private o pubbliche attive sul territorio dello Stato membro interessato, nonché da questo stesso Stato membro (v., in tal senso, sentenza Commissione/Irlanda, cit., punto 43 e giurisprudenza ivi citata).

29) A tal riguardo, i rapporti elaborati dal CFS e da commissioni parlamentari d'inchiesta o documenti ufficiali provenienti, in particolare, da autorità regionali possono essere considerati, quindi, come valide fonti d'informazione per l'avvio, da parte della Commissione, del procedimento di cui all'art. 226 CE.

30) Ne discende, in particolare, che, quando la Commissione ha fornito elementi sufficienti a far emergere determinati fatti verificatisi sul territorio dello Stato membro convenuto, spetta a quest'ultimo confutare in modo sostanziale e dettagliato i dati forniti dalla Commissione e le conseguenze che ne derivano (sentenza Commissione/Irlanda, cit., punto44 e giurisprudenza ivi citata).

31) In simili circostanze, infatti, spetta innanzi tutto alle autorità nazionali effettuare i controlli in loco necessari, in uno spirito di cooperazione leale, conformemente al dovere di ogni Stato membro, ricordato al punto27 della presente sentenza, di facilitare l'adempimento del compito generale della Commissione (sentenza Commissione/Irlanda, cit., punto45 e giurisprudenza ivi citata).

32) Pertanto, quando la Commissione si richiama a denunce circostanziate, dalle quali emergono ripetuti inadempimenti alle disposizioni della direttiva, spetta allo Stato membro interessato confutare in modo concreto i fatti affermati in tali denunce. Del pari, quando la Commissione ha fornito elementi sufficienti a far risultare che le autorità di uno Stato membro hanno posto in essere una prassi reiterata e persistente contraria alle disposizioni di una direttiva, spetta a tale Stato membro confutare in modo sostanziale e dettagliato i dati in tal modo forniti, nonché le conseguenze che ne derivano (sentenza Commissione/Irlanda, cit., punti46 e 47, nonché giurisprudenza ivi citata). Tale obbligo incombe agli Stati membri in virtù del dovere di leale cooperazione, enunciato all'art. 10 CE, durante tutto il procedimento di cui all'art. 226 CE. Orbene, risulta dal fascicolo che le autorità italiane non hanno cooperato pienamente con la Commissione ai fini dell'istruzione della presente causa nella fase del procedimento precontenzioso.

Sulla violazione degli artt. 4, 8 e 9 della direttiva 75/442, dell'art. 2, n. 1, della direttiva 91/689 e dell'art. 14, lett.a) c), della direttiva 1999/31

– Argomenti delle parti

33) Per confutare le censure dedotte dalla Commissione, il governo italiano, fondandosi sulle informazioni che ha potuto ottenere presso le amministrazioni regionali, provinciali, nonché presso il Nucleo Operativo Ecologico

dell'Arma dei Carabinieri, sostiene anzitutto che i dati forniti dalla Commissione sono inconsistenti e non corrispondono alla situazione reale in Italia. Esso contesta, in particolare, il numero di "discariche abusive" censite dalla Commissione in quanto quest'ultima, in primo luogo, avrebbe conteggiato talune discariche più volte, in secondo luogo, avrebbe qualificato come discariche abusive semplici depositi o siti con rifiuti in abbandono, di cui una parte starebbe per essere bonificata o in cui i rifiuti sarebbero già stati rimossi e, in terzo luogo, avrebbe travisato il loro grado di pericolosità, poiché la maggior parte di tali discariche sarebbe sotto controllo o sotto sequestro.

34) Il governo italiano ricorda, poi, i progressi recenti che la Repubblica italiana ha realizzato nell'attuazione degli obblighi derivanti dalle direttive 75/442, 91/689 e 1999/31.

35) La Commissione sostiene, in primo luogo, che il governo italiano non fornisce informazioni in senso contrario, provenienti da una fonte di livello paragonabile alle proprie. In secondo luogo, benché la Commissione prenda atto del fatto che i rifiuti sono stati rimossi da talune discariche, essa sostiene che le situazioni che stanno per essere regolarizzate sono in numero notevolmente minore di quelle per le quali le autorità nazionali non hanno avviato alcuna azione per rimediare al loro carattere abusivo.

– Giudizio della Corte

36) Anzitutto, risulta da giurisprudenza costante che l'esistenza di un inadempimento dev'essere valutata in relazione alla situazione dello Stato membro quale si presentava alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato e che la Corte non può tenere conto dei mutamenti successivi, quand'anche essi costituiscano un'attuazione corretta delle norme di diritto comunitario che sono oggetto del ricorso per inadempimento (v., in tal senso, sentenze 11 ottobre 2001, causa C 111/00, Commissione/Austria, Racc.pag.I 7555, punti13 e 14; 30 gennaio 2002, causa C 103/00, Commissione/Grecia, Racc.pag.I 1147, punto23; 28 aprile 2005, causa C 157/04, Commissione/Spagna, non pubblicata nella Raccolta, punto19; e 7 luglio 2005, causa C 214/04, Commissione/Italia, non pubblicata nella Raccolta, punto14).

37) Successivamente, per quanto riguarda più specificamente la valutazione della violazione da parte di uno Stato membro dell'art. 4 della di-

rettiva 75/442, occorre ricordare che quest'ultimo prevede che gli Stati membri adottino le misure necessarie per assicurare che i rifiuti siano recuperati o smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza usare procedimenti o metodi che potrebbero recare pregiudizio all'ambiente, senza peraltro precisare il contenuto concreto delle misure che devono essere adottate per assicurare tale obiettivo. Tuttavia, ciò non toglie che tale disposizione vincola gli Stati membri quanto all'obiettivo da raggiungere, pur lasciando agli stessi un potere discrezionale nella valutazione della necessità di tali misure (sentenza 9 novembre 1999, causa C 365/97, Commissione/Italia, detta "San Rocco", Racc.pag.I 7773, punto67). Non è quindi possibile, in via di principio, dedurre direttamente dalla mancata conformità di una situazione di fatto agli obiettivi fissati all'art. 4 di tale direttiva che lo Stato membro interessato sia necessariamente venuto meno agli obblighi imposti da questa disposizione. Nondimeno, è pacifico che la persistenza di una tale situazione di fatto, in particolare quando comporta un degrado rilevante dell'ambiente per un periodo prolungato senza intervento delle autorità competenti, può rivelare che gli Stati membri hanno abusato del potere discrezionale che questa disposizione conferisce loro (sentenza San Rocco, cit., punti67 e 68).

38) A tale riguardo, occorre constatare che la fondatezza delle censure addebitate alla Repubblica italiana risulta chiaramente dal fascicolo. Infatti, benché le informazioni fornite da tale governo abbiano permesso di constatare che il rispetto in Italia degli obiettivi previsti dalle disposizioni del diritto comunitario che costituiscono l'oggetto dell'inadempimento è migliorata nel corso del tempo, tali informazioni rivelano tuttavia che, alla scadenza del termine fissato nel parere motivato, persisteva una generale mancanza di conformità delle discariche a siffatte disposizioni.

39) Per quanto riguarda la censura relativa alla violazione dell'art. 4 della direttiva 75/442, è pacifico che, alla scadenza del termine fissato nel parere motivato, vi era sul territorio italiano un considerevole numero di discariche in cui i gestori non avevano garantito il riciclaggio o lo smaltimento dei rifiuti in modo tale da non mettere in pericolo la salute dell'uomo e da non utilizzare procedimenti o metodi che potessero recare pregiudizio all'ambiente, nonché un considerevole numero di siti di smalti-

mento incontrollato di rifiuti. A titolo d'esempio, come risulta dall'allegato 1 alla controreplica del governo italiano, quest'ultimo ha ammesso l'esistenza, constatata durante un controllo a livello locale a seguito del censimento effettuato dal CFS, di 92 siti interessati da abbandono di rifiuti nella Regione Abruzzo.

40) L'esistenza di una tale situazione per un periodo prolungato di tempo ha necessariamente per conseguenza un degrado rilevante dell'ambiente.

41) Quanto alla censura relativa alla violazione dell'art. 8 della direttiva 75/442, è accertato che, alla scadenza del termine impartito, le autorità italiane non hanno garantito che i detentori di rifiuti procedessero essi stessi allo smaltimento o al recupero dei rifiuti o li consegnassero ad un raccoglitore o ad un'impresa incaricata di effettuare tali operazioni, conformemente alle disposizioni della direttiva 75/442. A tale riguardo, risulta dall'allegato3 alla controreplica del governo italiano che le autorità italiane hanno recensito almeno 9 siti con tali caratteristiche nella Regione Umbria e 31 nella Regione Puglia, in provincia di Bari.

42) Per quanto riguarda la censura relativa alla violazione dell'art. 9 della direttiva 75/442, non è contestato che, alla scadenza del termine fissato nel parere motivato, numerose discariche erano in funzione senza aver ottenuto l'autorizzazione delle autorità competenti. Lo testimoniano, in particolare, così come risulta chiaramente dall'allegato 3 alla controreplica del governo italiano, i casi di abbandono di rifiuti già menzionati ai punti39 e 41 della presente sentenza, ma anche la presenza di almeno 14 discariche abusive nella Regione Puglia, in provincia di Lecce.

43) Per quanto riguarda la censura relativa al fatto che le autorità italiane non hanno garantito la catalogazione o l'identificazione dei rifiuti pericolosi in ogni discarica o luogo in cui questi ultimi fossero depositati, ossia quella relativa alla violazione dell'art. 2 della direttiva 91/689, è sufficiente rilevare che il governo di detto Stato membro non presenta argomenti e prove specifiche al fine di contraddire le affermazioni della Commissione. In particolare, esso non nega l'esistenza sul suo territorio, al momento della scadenza del termine fissato nel parere motivato, di almeno 700 discariche abusive contenenti rifiuti pericolosi, che non sono

quindi sottoposti ad alcuna misura di controllo. Ne consegue che le autorità italiane non possono conoscere il flusso di rifiuti pericolosi depositati in tali discariche e che, pertanto, l'obbligo di catalogarli ed identificarli non è stata rispettato.

44) Infine, ciò vale anche per la censura relativa alla violazione dell'art. 14 della direttiva 1999/31. Nella fattispecie, il governo italiano ha segnalato esso stesso che 747 discariche che si trovano sul proprio territorio nazionale avrebbero dovuto costituire oggetto di un piano di riassetto. Orbene, l'esame dell'insieme dei documenti forniti in allegato alla controreplica del governo italiano rivela che, alla scadenza del termine impartito, tali piani erano stati presentati solo per 551 discariche e che solo 131 piani erano stati approvati dalle competenti autorità. Peraltro, così come giustamente fa notare la Commissione, detto governo non ha precisato quali fossero le azioni intraprese per quanto riguarda le discariche i cui piani di riassetto non erano stati approvati.

45) Ne consegue che la Repubblica italiana è venuta meno, in modo generale e persistente, agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli artt. 4, 8 e 9 della direttiva 75/442, dell'art. 2, n. 1, della direttiva 91/689 e dell'art. 14, lett.a) c), della direttiva 1999/31. Di conseguenza, il ricorso della Commissione è fondato.

46) Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre dichiarare che, non avendo adottato tutti i provvedimenti necessari:

– per assicurare che i rifiuti siano recuperati o smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza usare procedimenti o metodi che potrebbero recare pregiudizio all'ambiente e per vietare l'abbandono, lo scarico e lo smaltimento incontrollato dei rifiuti;
– affinché ogni detentore di rifiuti li consegni ad un raccoglitore privato o pubblico, o ad un'impresa che effettua le operazioni di smaltimento o di recupero, oppure provveda egli stesso al recupero o allo smaltimento conformandosi alle disposizioni della direttiva 75/442;
– affinché tutti gli stabilimenti o le imprese che effettuano operazioni di smaltimento siano soggetti ad autorizzazione dell'autorità competente;
– affinché in ogni luogo in cui siano depositati (messi in discarica) rifiuti pericolosi, questi ultimi siano catalogati e identificati; e

– affinché, in relazione alle discariche che hanno ottenuto un'autorizzazione o erano già in funzione alla data del 16 luglio 2001, il gestore della discarica elabori e presenti per l'approvazione dell'autorità competente, entro il 16luglio 2002, un piano di riassetto della discarica comprendente le informazioni relative alle condizioni per l'autorizzazione e le misure correttive che ritenga eventualmente necessarie; e affinché, in seguito alla presentazione del piano di riassetto, le autorità competenti adottino una decisione definitiva sull'eventuale proseguimento delle operazioni, facendo chiudere al più presto le discariche che non ottengano l'autorizzazione a continuare a funzionare, o autorizzando i necessari lavori e stabilendo un periodo di transizione per l'attuazione del piano, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli artt. 4, 8 e 9 della direttiva 75/442, dell'art. 2, n. 1, della direttiva 91/689 e dell'art. 14, lett.a) c), della direttiva 1999/31.

Sulle spese

47 Ai sensi dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Commissione ne ha fatto domanda, la Repubblica italiana, rimasta soccombente, dev'essere condannata alle spese.

Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara e statuisce:

1) Non avendo adottato tutti i provvedimenti necessari:
- **per assicurare che i rifiuti siano recuperati o smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza usare procedimenti o metodi che potrebbero recare pregiudizio all'ambiente e per vietare l'abbandono, lo scarico e lo smaltimento incontrollato dei rifiuti;**
- **affinché ogni detentore di rifiuti li consegni ad un raccoglitore privato o pubblico, o ad un'impresa che effettua le operazioni di smaltimento o di recupero, oppure provveda egli stesso al recupero o allo smaltimento conforman-**

dosi alle disposizioni della direttiva del Consiglio 15 luglio 1975, 75/442/CEE, relativa ai rifiuti, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 marzo 1991, 91/156/CEE;

- **affinché tutti gli stabilimenti o imprese che effettuano operazioni di smaltimento siano soggetti ad autorizzazione dell'autorità competente;**
- **affinché in ogni luogo in cui siano depositati (messi in discarica) rifiuti pericolosi, questi ultimi siano catalogati e identificati; e**
  - **affinché, in relazione alle discariche che hanno ottenuto un'autorizzazione o erano già in funzione alla data del 16 luglio 2001, il gestore della discarica elabori e presenti per l'approvazione dell'autorità competente, entro il 16 luglio 2002, un piano di riassetto della discarica comprendente le informazioni relative alle condizioni per l'autorizzazione e le misure correttive che ritenga eventualmente necessarie; e affinché, in seguito alla presentazione del piano di riassetto, le autorità competenti adottino una decisione definitiva sull'eventuale proseguimento delle operazioni, facendo chiudere al più presto le discariche che non ottengano l'autorizzazione a continuare a funzionare, o autorizzando i necessari lavori e stabilendo un periodo di transizione per l'attuazione del piano, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli artt. 4, 8 e 9 della direttiva 75/442, come modificata dalla direttiva 91/156/CEE, dell'art. 2, n. 1, della direttiva del Consiglio 12 dicembre 1991, 91/689/CEE, relativa ai rifiuti pericolosi, e dell'art. 14, lett.a) c), della direttiva del Consiglio 26 aprile 1999, 1999/31/CE, relativa alle discariche di rifiuti.**

2) La Repubblica italiana è condannata alle spese.

Corte di Giustizia UE, sez. Grande,

Sentenza 03.05.2007 n. C-303/05

Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale – Mandato d'arresto europeo e procedure di consegna tra Stati membri – Ravvicinamento delle normative nazionali – Soppressione del controllo della doppia incriminazione – Validità [Artt. 6, n. 2, e 34, n. 2, lett. b), UE – Decisione quadro 2002/584/GAI]

La decisione quadro in tema di mandato di arresto europeo mira a creare un sistema semplificato di consegna, tra le autorità giudiziarie, di persone condannate o sospettate, ai fini dell'esecuzione di sentenze o per sottoporle all'azione penale e non è volta ad armonizzare la disciplina giuridica dei reati tra i Paesi membri. Ne segue che la previsione della soppressione del controllo della doppia incriminazione per taluni reati è conforme al principio di legalità.

- *OMISSIS* -

SENTENZA

1) La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sulla valutazione della validità della decisione quadro del Consiglio 13 giugno 2002, 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (GU L 190, pag. 1; in prosieguo: la "decisione quadro").

2) Tale domanda è stata presentata nell'ambito di un ricorso proposto dalla Advocaten voor de Wereld VZW (in prosieguo: la "Advocaten voor de Wereld") dinanzi all'Arbitragehof (organo giurisdizionale preposto al sindacato di legittimità delle leggi), diretto all'annullamento della legge belga 19 dicembre 2003, relativa al mandato d'arresto europeo (Moniteur belge del 22 dicembre 2003, pag. 60075; in prosieguo: la "legge 19 dicembre 2003"), in particolare dei suoi artt. 3, 5, nn. 1 e 2, nonché 7.

Contesto normativo

3) Il quinto 'considerando' della decisione quadro così recita:

"L'obiettivo dell'Unione di diventare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia comporta la soppressione dell'estradizione tra Stati membri e la sua sostituzione con un sistema di consegna tra autorità giudiziarie. Inoltre l'introduzione di un nuovo sistema semplificato di consegna delle persone condannate o sospettate, al fine dell'esecuzione delle sentenze di condanna in materia penale o per sottoporle all'azione penale, consente di eliminare la complessità e i potenziali ritardi inerenti alla disciplina attuale in materia di estradizione. Le classiche relazioni di cooperazione finora esistenti tra Stati membri dovrebbero essere sostituite da un sistema di libera circolazione delle decisioni giudiziarie in materia penale, sia intervenute in una fase anteriore alla sentenza, sia definitive, nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia".

4) Il sesto 'considerando' della decisione quadro enuncia quanto segue:

"Il mandato d'arresto europeo previsto nella presente decisione quadro costituisce la prima concretizzazione nel settore del diritto penale del principio di riconoscimento reciproco che il Consiglio europeo ha definito il fondamento della cooperazione giudiziaria".

5) In conformità al settimo 'considerando' della decisione quadro:

"Poiché l'obiettivo di sostituire il sistema multilaterale di estradizione creato sulla base della convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957 non può essere sufficientemente realizzato unilateralmente dagli Stati membri e può dunque, a causa della dimensione e dell'effetto, essere realizzato meglio a livello dell'Unione, il Consiglio può adottare misure, nel rispetto del principio di sussidiarietà menzionato all'articolo 2 del trattato sull'Unione europea e all'articolo 5 del trattato che istituisce le Comunità europee. La presente decisione quadro si limita a quanto è necessario per conseguire tali scopi in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo".

6) L'undicesimo 'considerando' della decisione così recita:

"Il mandato d'arresto europeo dovrebbe sostituire tra gli Stati membri tutti i precedenti strumenti in materia di estradizione, comprese le disposizioni del titolo III della convenzione d'applicazione dell'accordo di Schengen che riguardano tale materia".

7) L'art. 1 della decisione quadro, adottato sul fondamento normativo degli artt. 31, n. 1, lett. a) e b) e 34, n. 2, lett. b), UE, dispone quanto segue:

"1. Il mandato d'arresto europeo è una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato membro di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o una misura di sicurezza privative della libertà.

2. Gli Stati membri danno esecuzione ad ogni mandato d'arresto europeo in base al principio del riconoscimento reciproco e conformemente alle disposizioni della presente decisione quadro.

3. L'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea non può essere modificat[o] per effetto della presente decisione quadro".

8) L'art. 2 della decisione quadro stabilisce quanto segue:

"1. Il mandato d'arresto europeo può essere emesso per dei fatti puniti dalle leggi dello Stato membro emittente con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativ[a] della libertà della durata massima non inferiore a dodici mesi oppure, se è stata disposta la condanna a una pena o è stata inflitta una misura di sicurezza, per condanne pronunciate di durata non inferiore a quattro mesi.

2. Danno luogo a consegna in base al mandato d'arresto europeo, alle condizioni stabilite dalla presente decisione quadro e indipendentemente dalla doppia incriminazione per il reato, i reati seguenti, quali definiti dalla legge dello Stato membro emittente, se in detto Stato membro il massimo della pena o della misura di sicurezza privative della libertà per tali reati è pari o superiore a tre anni:

– partecipazione a un'organizzazione criminale,
– terrorismo,
– tratta di esseri umani,
– sfruttamento sessuale dei bambini e pornografia infantile,
– traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope,
– traffico illecito di armi, munizioni ed esplosivi,
– corruzione,

- rode, compresa la frode che lede gli interessi finanziari delle Comunità europee ai sensi della convenzione del 26 luglio 1995 relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee,
- riciclaggio di proventi di reato,
- falsificazione di monete, compresa la contraffazione dell'euro,
- criminalità informatica,
- criminalità ambientale, compreso il traffico illecito di specie animali protette e il traffico illecito di specie e di essenze vegetali protette,
- favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegali,
- omicidio volontario, lesioni personali gravi,
- traffico illecito di organi e tessuti umani,
- rapimento, sequestro e presa di ostaggi,
- razzismo e xenofobia,
- furti organizzati o con l'uso di armi,
- traffico illecito di beni culturali, compresi gli oggetti d'antiquariato e le opere d'arte,
- truffa,
- racket e estorsioni,
- contraffazione e pirateria in materia di prodotti,
- falsificazione di atti amministrativi e traffico di documenti falsi,
- falsificazione di mezzi di pagamento,
- traffico illecito di sostanze ormonali ed altri fattori di crescita,
- traffico illecito di materie nucleari e radioattive,
- traffico di veicoli rubati,
- stupro,
- incendio volontario,
- reati che rientrano nella competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale,
- dirottamento di aereo/nave
- sabotaggio.

3. Il Consiglio può decidere in qualsiasi momento, deliberando all'unanimità e previa consultazione del Parlamento europeo alle condizioni di cui all'articolo 39, paragrafo 1, del trattato sull'Unione europea (TUE), di inserire altre categorie di reati nell'elenco di cui al paragrafo 2 del pre-

sente articolo. Il Consiglio esamina, alla luce della relazione sottopostagli dalla Commissione ai sensi dell'articolo 34, paragrafo 3, se sia opportuno estendere o modificare tale elenco.

4. Per quanto riguarda i reati non contemplati dal paragrafo 2, la consegna può essere subordinata alla condizione che i fatti per i quali è stato emesso il mandato d'arresto europeo costituiscano un reato ai sensi della legge dello Stato membro di esecuzione indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla qualifica dello stesso".

9) L'art. 31 della decisione quadro prevede quanto segue:

"1. Fatta salva la loro applicazione nelle relazioni tra Stati membri e paesi terzi, le disposizioni contenute nella presente decisione quadro sostituiscono, a partire dal 1° gennaio 2004, le corrispondenti disposizioni delle convenzioni seguenti applicabili in materia di estradizione nelle relazioni tra gli Stati membri:

a) convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957, il relativo protocollo addizionale del 15 ottobre 1975, il relativo secondo protocollo aggiuntivo del 17 marzo 1978 e la convenzione europea per la repressione del terrorismo del 27 gennaio 1977 per la parte concernente l'estradizione;
b) accordo tra gli Stati membri delle Comunità europee sulla semplificazione e la modernizzazione delle modalità di trasmissione delle domande di estradizione del 26 maggio 1989;
c) convenzione relativa alla procedura semplificata di estradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea del 10 marzo 1995; e
d) convenzione relativa all'estradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea del 27 settembre 1996;
e) titolo III, capitolo 4, della convenzione del 19 giugno 1990 di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985 relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni.

2. Gli Stati membri possono continuare ad applicare gli accordi o intese bilaterali o multilaterali vigenti al momento dell'adozione della presente decisione quadro nella misura in cui questi consentono di approfondire o di andare oltre gli obiettivi di quest'ultima e contribuiscono a semplificare o agevolare ulteriormente la consegna del ricercato.

Gli Stati membri possono concludere accordi o intese bilaterali o multilaterali dopo l'entrata in vigore della presente decisione quadro nella misura in cui questi consentono di approfondire o di andare oltre il contenuto di quest'ultima e contribuiscono a semplificare o agevolare ulteriormente la consegna del ricercato, segnatamente fissando termini più brevi di quelli dell'articolo 17, estendendo l'elenco dei reati di cui all'articolo 2, paragrafo 2, riducendo ulteriormente i motivi di rifiuto di cui agli articoli 3 e 4 o abbassando la soglia di cui all'articolo 2, paragrafo 1 o 2.

Gli accordi e le convenzioni di cui al secondo comma non possono in alcun caso pregiudicare le relazioni con gli Stati membri che non sono parti degli stessi.

Gli Stati membri notificano al Consiglio e alla Commissione entro tre mesi dall'entrata in vigore della presente decisione quadro gli accordi e le intese esistenti di cui al primo comma che vogliono continuare ad applicare.

Gli Stati membri notificano inoltre al Consiglio e alla Commissione, entro tre mesi dalla firma, i nuovi accordi o le nuove intese come previsto al secondo comma.

3. Laddove gli accordi e le convenzioni di cui al paragrafo 1 si applichino a territori degli Stati membri ovvero a territori per i quali uno Stato membro si assume la competenza per le relazioni esterne, ai quali non si applica la presente decisione quadro, tali strumenti continuano a disciplinare le relazioni esistenti tra tali territori e gli altri Stati membri".

Causa principale e questioni pregiudiziali

10) Dalla decisione di rinvio risulta che la Advocaten voor de Wereld, con ricorso del 21 giugno 2004, ha proposto dinanzi all'Arbitragehof un ricorso diretto all'annullamento totale o parziale della legge 19 dicembre 2003, che recepisce le disposizioni della decisione quadro nell'ordinamento belga.

11) A sostegno del suo ricorso, la Advocaten voor de Wereld deduce, tra l'altro, che la decisione quadro è invalida in quanto la materia del mandato d'arresto europeo avrebbe dovuto essere attuata con una convenzione e non con una decisione quadro dato che, in forza dell'art. 34, n. 2,

lett. b), UE, le decisioni quadro possono essere adottate solo per "il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri", circostanza che, a suo avviso, non si verifica in questa fattispecie.

12) **La Advocaten voor de Wereld sostiene inoltre che l'art. 5, n. 2, della legge 19 dicembre 2003, che recepisce nell'ordinamento belga l'art. 2, n. 2, della decisione quadro, viola il principio di uguaglianza e di non discriminazione poiché, per i fatti punibili menzionati in quest'ultima disposizione, in caso di esecuzione di un mandato d'arresto europeo, viene disatteso senza un'obiettiva e ragionevole giustificazione il requisito della doppia incriminazione, mentre lo stesso requisito viene mantenuto per altri reati.**

13) La Advocaten voor de Wereld afferma inoltre che la legge 19 dicembre 2003 non rispetta neppure i dettami del principio di legalità in materia penale poiché non elenca alcun reato con un contenuto normativo sufficientemente chiaro e preciso, ma soltanto vaghe categorie di condotte indesiderabili. L'autorità giudiziaria che deve decidere sull'esecuzione di un mandato d'arresto europeo dispone, ad avviso della ricorrente, di informazioni insufficienti per accertare effettivamente se i reati per cui viene perseguito il ricercato, o per i quali gli è stata inflitta una pena, rientrino in una delle categorie menzionate all'art. 5, n. 2, della detta legge. L'assenza di una definizione chiara e precisa dei reati di cui a tale disposizione condurrà, ad avviso della ricorrente, a disparità nell'applicazione della detta legge da parte delle diverse autorità incaricate dell'esecuzione di un mandato d'arresto europeo, con conseguente violazione anche del principio di uguaglianza e del divieto di discriminazione.

14) L'Arbitragehof rileva che la legge 19 dicembre 2003 è la diretta conseguenza della decisione del Consiglio di disciplinare la materia del mandato d'arresto europeo con una decisione quadro. Le censure sollevate dalla Advocaten voor de Wereld nei confronti della detta legge, a suo avviso, valgono ugualmente nei confronti della decisione quadro. Le disparità di interpretazione tra i giudici in ordine alla validità di atti comunitari e della normativa che ne costituisce la trasposizione nel diritto nazionale comprometterebbero l'unità dell'ordinamento giuridico comunitario e lederebbero il principio generale della certezza del diritto.

15) L'Arbitragehof aggiunge che, ai sensi dell'art. 35, n. 1, UE, solo la Corte è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla validità delle decisioni quadro e che, in conformità al n. 2 dello stesso articolo, il Regno del Belgio ha accettato la competenza della Corte in materia.

16) Pertanto, l'Arbitragehof ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) se la decisione quadro (…) sia compatibile con l'art. 34, n. 2, lett. b), [UE], a norma del quale le decisioni quadro possono essere adottate solo per il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri;

2) se l'art. 2, n. 2, della decisione quadro (…), laddove sopprime l'esame del requisito della doppia incriminazione per i reati in esso elencati, sia compatibile con l'art. 6, n. 2, [UE], ed in particolare con il principio di legalità in materia penale e con il principio di uguaglianza e di non discriminazione garantiti da tale disposizione".

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione

Sulla ricevibilità

17) Il governo ceco afferma che la prima questione pregiudiziale è irricevibile in quanto obbligherebbe la Corte ad esaminare l'art. 34, n. 2, lett. b), UE, disposizione di diritto primario che non è soggetta al suo sindacato.

18) Questo argomento non è fondato. In conformità all'art. 35, n. 1, UE, infatti, la Corte è competente, alle condizioni previste da tale articolo, a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla validità o l'interpretazione delle decisioni quadro, il che implica necessariamente che, anche in mancanza di un'espressa competenza in tal senso, essa possa essere chiamata ad interpretare disposizioni del diritto primario come l'art. 34, n. 2, lett. b), UE quando, come nella causa principale, la Corte è invitata a valutare se la decisione quadro sia stata legittimamente adottata sul fondamento normativo di quest'ultima disposizione.

19) Secondo il governo ceco, la prima questione pregiudiziale è irricevibile anche perché dalla decisione di rinvio non emergono chiaramente i motivi pertinenti che giustificherebbero una dichiarazione di invalidità

della decisione quadro. Tale governo afferma di essersi trovato nell'impossibilità di presentare adeguate osservazioni su tale questione. In particolare, dato che la Advocaten voor de Wereld avrebbe sostenuto che la decisione quadro non ha condotto ad un ravvicinamento delle disposizioni legislative degli Stati membri, essa avrebbe dovuto presentare argomenti a sostegno di tale affermazione e l'Arbitragehof avrebbe dovuto menzionarli nella decisione di rinvio.

20) Occorre ricordare che le informazioni fornite nelle decisioni di rinvio non solo consentono alla Corte di fornire risposte utili, ma danno altresì ai governi degli Stati membri, nonché alle altre parti interessate, la possibilità di presentare osservazioni ai sensi dell'art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia (v., in particolare, ordinanza 2 marzo 1999, causa C-422/98, Colonia Versicherung e a., Racc. pag. I-1279, punto 5).

21) Nella causa principale, la decisione di rinvio contiene sufficienti indicazioni per soddisfare tali esigenze. Come rilevato al punto 11 di questa sentenza, infatti, da tale decisione emerge che la Advocaten voor de Wereld sostiene la tesi per cui la materia del mandato d'arresto europeo avrebbe dovuto essere attuata con una convenzione e non con una decisione quadro, dato che, in forza dell'art. 34, n. 2, lett. b), UE, le decisioni quadro possono essere adottate solo per "il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri", il che non sarebbe avvenuto nella fattispecie.

22) Tali indicazioni sono sufficienti non solo per consentire alla Corte di dare una risposta utile, ma anche per garantire la possibilità, di cui dispongono le parti in causa, gli Stati membri, il Consiglio e la Commissione, di presentare osservazioni in conformità all'art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia, come d'altronde testimoniano le osservazioni depositate da tutte le parti intervenute nel procedimento in esame, comprese quelle presentate dal governo ceco.

23) Di conseguenza, la prima questione pregiudiziale è ricevibile.

Sul merito

24) La Advocaten voor de Wereld, contrariamente a tutte le altre parti che hanno presentato osservazioni nell'ambito del procedimento in esame, sostiene che, in conformità all'art. 34, n. 2, lett. d), UE, la materia

del mandato d'arresto europeo avrebbe dovuto essere disciplinata mediante una convenzione.

25) Da una parte, infatti, la decisione quadro non avrebbe potuto essere legittimamente adottata ai fini del ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari come previsto all'art. 34, n. 2, lett. b), UE, dato che il Consiglio sarebbe autorizzato ad adottare decisioni quadro solo per ravvicinare progressivamente le norme di diritto penale nei soli casi previsti dagli artt. 29, secondo comma, terzo trattino, UE e 31, n. 1, lett. e), UE. Per le altre azioni comuni nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale, il Consiglio dovrebbe ricorrere a convenzioni, in applicazione dell'art. 34, n. 2, lett. d), UE.

26) Dall'altra parte, ai sensi dell'art. 31 della decisione quadro, essa sostituirebbe, a partire dal 1° gennaio 2004, il diritto convenzionale applicabile in materia di estradizione nelle relazioni tra gli Stati membri. Ebbene, solo un atto della stessa natura, ossia una convenzione ai sensi dell'art. 34, n. 2, lett. d), UE, potrebbe legittimamente derogare al vigente diritto convenzionale.

27) Questo argomento non può essere accolto.

28) *Come emerge, in particolare, dall'art. 1, nn. 1 e 2, della decisione quadro e dai suoi 'considerando' da 5 a 7, nonché 11, essa è intesa a sostituire il sistema multilaterale di estradizione tra gli Stati membri con un sistema di consegna tra autorità giudiziarie di persone condannate o sospettate, al fine dell'esecuzione di sentenze o per sottoporle all'azione penale, fondato sul principio del reciproco riconoscimento.*

29) **Il reciproco riconoscimento dei mandati di arresto spiccati da diversi Stati membri in conformità al diritto dello Stato emittente interessato richiede il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri relative alla cooperazione giudiziaria in materia penale e, più nello specifico, delle norme relative alle condizioni, alle procedure e agli effetti della consegna tra autorità nazionali.**

30) È proprio questo l'oggetto della decisione quadro per quanto riguarda, in particolare, le norme riguardanti le categorie di reati elencate per le quali non sussiste un controllo della doppia incriminazione (art. 2,

n. 2), i motivi di non esecuzione obbligatoria o facoltativa del mandato d'arresto europeo (artt. 3 e 4), il contenuto e la forma di quest'ultimo (art. 8), la trasmissione di siffatto mandato e le modalità di quest'ultima (artt. 9 e 10), le garanzie minime che devono essere concesse al ricercato o arrestato (artt. 11-14), i termini e le modalità della decisione di esecuzione del detto mandato (art. 17) e i termini per la consegna del ricercato (art. 23).

31) La decisione quadro è fondata sull'art. 31, n. 1, lett. a) e b), UE, ai sensi del quale l'azione comune nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale è intesa, rispettivamente, a facilitare e accelerare la cooperazione giudiziaria in relazione ai procedimenti e all'esecuzione di decisioni, nonché a facilitare l'estradizione fra Stati membri.

32) Contrariamente a quanto sostiene la Advocaten voor de Wereld, nulla consente di concludere che il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri mediante l'adozione di decisioni quadro in forza dell'art. 34, n. 2, lett. b), UE riguardi unicamente le norme penali di questi ultimi menzionate all'art. 31, n. 1, lett. e), UE, ossia quelle relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili nei settori elencati da quest'ultima disposizione.

33) Ai sensi dell'art. 2, primo comma, quattro trattino, UE, lo sviluppo di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia figura tra gli obiettivi perseguiti dall'Unione e l'art. 29, primo comma, UE prevede che, per fornire ai cittadini un elevato livello di sicurezza in tale spazio, gli Stati membri sviluppano un'azione in comune, in particolare nei settori della cooperazione giudiziaria in materia penale. In forza del secondo comma, secondo trattino, dello stesso articolo, tale obiettivo è perseguito anche mediante una "più stretta cooperazione tra le autorità giudiziarie e altre autorità competenti degli Stati membri […] a norma degli articoli 31 [UE] e 32 [UE]".

34) L'art. 31, n. 1, lett. a) e b), UE non contiene tuttavia nessuna indicazione sugli strumenti giuridici che devono essere utilizzati a tal fine.

35) Peraltro, è in termini generali che l'art. 34, n. 2, UE dispone che il Consiglio "adotta misure e promuove (…) la cooperazione finalizzata al conseguimento degli obiettivi dell'Unione" e autorizza "[a] questo scopo" il Consiglio ad adottare diversi tipi di atti, elencati al detto n. 2, lett. a)-d), tra cui le decisioni quadro e le convenzioni.

36) Inoltre, né l'art. 34, n. 2, UE né alcun'altra disposizione del Titolo VI del Trattato UE operano una distinzione relativa ai tipi di atti che possono essere adottati in funzione della materia su cui verte l'azione comune nel settore della cooperazione penale.

37) L'art. 34, n. 2, UE non stabilisce neanche un ordine di priorità tra i diversi strumenti elencati in tale disposizione, di modo che non si può escludere che il Consiglio possa scegliere tra diversi strumenti per disciplinare la stessa materia, fatti salvi i limiti imposti dalla natura dello strumento scelto.

38) Pertanto, l'art. 34, n. 2, UE, nella parte in cui elenca e definisce, in termini generali, i diversi tipi di strumenti giuridici di cui ci si può avvalere per "realizzare gli obiettivi dell'Unione" enunciati al Titolo VI del Trattato UE, non può essere interpretato nel senso di escludere che il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri mediante l'adozione di una decisione quadro in forza del detto n. 2, lett. b), possa riguardare settori diversi da quelli menzionati all'art. 31, n. 1, lett. e), UE e, in particolare, la materia del mandato d'arresto europeo.

39) L'interpretazione secondo la quale il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri mediante l'adozione di decisioni quadro non è unicamente autorizzato nei settori di cui all'art. 31, n. 1, lett. e), UE è corroborata dallo stesso n. 1, lett. c), il quale dispone che l'azione comune è diretta altresì a conseguire la "garanzia della compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri, nella misura necessaria per migliorare la suddetta cooperazione [giudiziaria in materia penale]", senza distinguere tra diversi tipi di atti che possono essere utilizzati ai fini del ravvicinamento di tali disposizioni.

40) Nel caso di specie, dato che l'art. 34, n. 2, lett. c), UE esclude che il Consiglio possa avvalersi di una decisione per procedere al ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri e che lo strumento giuridico della posizione comune deve limitarsi a definire l'orientamento dell'Unione in merito a una questione specifica, ci si domanda quindi se, contrariamente a quanto sostiene la Advocaten voor de Wereld, il Consiglio poteva legittimamente disciplinare la materia del mandato d'arresto europeo mediante una decisione quadro piuttosto che una convenzione ex art. 34, n. 2, lett. d), UE.

41) È vero che il mandato d'arresto europeo avrebbe anche potuto essere disciplinato con una convenzione; tuttavia nella discrezionalità del Consiglio rientra la possibilità di privilegiare lo strumento giuridico della decisione quadro quando, come in questa fattispecie, siano presenti le condizioni per l'adozione di tale atto.

42) Tale conclusione non è inficiata dalla circostanza che, in conformità all'art. 31, n. 1, della decisione quadro, a partire dal 1° gennaio 2004 quest'ultima sostituisce, nelle sole relazioni tra gli Stati membri, le corrispondenti disposizioni delle precedenti convenzioni relative all'estradizione elencate in tale disposizione. Qualsiasi altra interpretazione che non trovi sostegno né nell'art. 34, n. 2, UE né in altre disposizioni del Trattato UE rischierebbe di privare dell'aspetto essenziale del suo effetto utile la facoltà riconosciuta al Consiglio di adottare decisioni quadro in settori precedentemente disciplinati da convenzioni internazionali.

43) Ne consegue che la decisione quadro non è stata adottata in violazione dell'art. 34, n. 2, lett. b), UE.

Sulla seconda questione

44) La Advocaten voor de Wereld, contrariamente a tutte le altre parti che hanno presentato osservazioni nell'ambito del procedimento in esame, afferma che l'art. 2, n. 2, della decisione quadro, sopprimendo il controllo della doppia incriminazione per i reati menzionati in tale disposizione, è in contrasto con il principio di uguaglianza e di non discriminazione, nonché con il principio di legalità in materia penale.

45) **Occorre innanzitutto rilevare che, in forza dell'art. 6 UE, l'Unione è fondata sul principio dello Stato di diritto e rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario. Ne consegue che le istituzioni sono soggette al controllo della conformità dei loro atti ai trattati e ai principi generali di diritto, al pari degli Stati membri quando danno attuazione al diritto**

dell'Unione (v., in particolare, sentenze 27 febbraio 2007, causa C-354/04 P, Gestoras pro Amnistía e a./Consiglio, Racc. pag. I-0000, punto 51 e causa C-355/04 P, Segi e a./Consiglio, Racc. pag. I-0000, punto 51).

46) **È pacifico che tra tali principi rientrano quello della legalità dei reati e delle pene, nonché il principio di uguaglianza e non discriminazione, principi altresì ribaditi, rispettivamente, dagli artt. 49, 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata il 7 dicembre 2000 a Nizza (GU C 364, pag. 1).**

47) **Spetta pertanto alla Corte valutare la validità della decisione quadro alla luce dei detti principi.**

Sul principio di legalità dei reati e delle pene

48) Secondo la Advocaten voor de Wereld, l'elenco di oltre trenta reati per i quali la tradizionale condizione della doppia incriminazione viene abbandonata quando lo Stato membro emittente li punisce con una pena privativa della libertà avente un massimo edittale di almeno tre anni è talmente vago e indefinito da violare, o perlomeno da poter violare, il principio di legalità in materia penale. A suo avviso, i reati inclusi in tale elenco non sono corredati della loro definizione di legge, ma costituiscono categorie, definite in maniera molto vaga, di condotte indesiderabili. La persona che è stata privata della libertà in esecuzione di un mandato d'arresto europeo senza verifica della doppia incriminazione non godrebbe della garanzia secondo cui la legge penale deve soddisfare condizioni di precisione, chiarezza e prevedibilità tali da consentire a ciascuno di sapere, nel momento in cui commette un atto, se quest'ultimo costituisce o no un reato, e ciò contrariamente a quanto accade a chi è privato della libertà mediante uno strumento diverso dal mandato d'arresto europeo.

49) Va ricordato che il principio della legalità dei reati e delle pene (nullum crimen, nulla poena sine lege), che fa parte dei principi generali del diritto alla base delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, è stato parimenti sancito da diversi trattati internazionali, in particolare dall'art. 7, n. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (v., in questo senso, segnatamente, sentenze 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95,

X, Racc. pag. I-6609, punto 25, e 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Dansk Rørindustri e a./Commissione, Racc. pag. I-5425, punti 215-219).

50) Tale principio implica che la legge definisca chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questa condizione è soddisfatta quando il cittadino può conoscere, in base al testo della disposizione rilevante e, nel caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici, gli atti e le omissioni che chiamano in causa la sua responsabilità penale (v., in particolare, Corte eur. D. U., sentenza Coëme c. Belgio del 22 giugno 2000, Recueil des arrêts et décisions, 2000-VII, § 145).

51) In conformità all'art. 2, n. 2, della decisione quadro, i reati elencati in tale disposizione "se [nello] Stato membro [emittente] il massimo della pena o della misura di sicurezza privative della libertà per tali reati è pari o superiore a tre anni", danno luogo a consegna in base al mandato d'arresto europeo indipendentemente dalla doppia incriminazione per tale fatto.

52) Di conseguenza, anche se gli Stati membri riprendono letteralmente l'elenco delle categorie di reati di cui all'art. 2, n. 2, della decisione quadro per darle attuazione, la definizione stessa di tali reati e le pene applicabili sono quelle risultanti dal diritto "dello Stato membro emittente". La decisione quadro non è volta ad armonizzare i reati in questione per quanto riguarda i loro elementi costitutivi o le pene di cui sono corredati.

53) **Pertanto, anche se l'art. 2, n. 2, della decisione quadro sopprime il controllo della doppia incriminazione per le categorie di reati menzionate in tale disposizione, la loro definizione e le pene applicabili continuano a rientrare nella competenza dello Stato membro emittente, il quale, come peraltro recita l'art. 1, n. 3, della stessa decisione quadro, deve rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'art. 6 UE e, di conseguenza, il principio di legalità dei reati e delle pene.**

54) **Ne risulta che l'art. 2, n. 2, della decisione quadro, nella parte in cui sopprime il controllo della doppia incriminazione per i reati menzionati in tale disposizione, non è invalido per violazione del principio di legalità dei reati e delle pene.**

Sul principio di uguaglianza e di non discriminazione

55) Secondo la Advocaten voor de Wereld, la decisione quadro viola il principio di uguaglianza e di non discriminazione in quanto, per i reati diversi da quelli oggetto dell'art. 2, n. 2 di tale decisione, la consegna può essere subordinata alla condizione che i fatti per i quali il mandato d'arresto europeo è stato spiccato costituiscano un reato ai sensi dell'ordinamento dello Stato membro di esecuzione. A suo avviso, tale distinzione non è oggettivamente giustificata. La soppressione del controllo della doppia incriminazione sarebbe a maggior ragione criticabile perché la decisione quadro non contiene nessuna definizione circostanziata dei fatti per cui è richiesta la consegna. Il regime istituito da tale decisione produrrebbe una disparità di trattamento ingiustificata tra singoli a seconda che i fatti incriminati si siano svolti nello Stato membro di esecuzione o fuori da tale Stato. Tali singoli sarebbero quindi giudicati in maniera diversa ai fini della privazione della libertà senza che ciò sia giustificato.

56) Occorre rilevare che il principio di uguaglianza e di non discriminazione impone che situazioni analoghe non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato (v., in particolare, sentenza 26 ottobre 2006, causa C-248/04, Koninklijke Coöperatie Cosun, Racc. pag. I-0000, punto 72 e giurisprudenza citata).

57) Per quanto riguarda, da un lato, la scelta delle 32 categorie di reati elencate all'art. 2, n. 2, della decisione quadro, il Consiglio ha ritenuto, in base al principio del reciproco riconoscimento e considerato l'elevato grado di fiducia e di solidarietà tra gli Stati membri, che, vuoi per la loro stessa natura, vuoi per la pena comminata - d'un massimo edittale di almeno tre anni - le categorie di reati di cui trattasi rientrassero tra quelle che arrecano all'ordine e alla sicurezza pubblici un pregiudizio tale da giustificare la rinuncia all'obbligo di controllo della doppia incriminazione.

58) Pertanto, anche ritenendo paragonabili la situazione di persone sospettate di aver commesso reati rientranti nell'elenco dell'art. 2, n. 2, della decisione quadro, o condannate per aver perpetrato siffatti reati, e quella di persone sospettate di aver commesso, o condannate per aver commesso, reati diversi da quelli elencati in tale disposizione, la distinzione risulta, in ogni caso, oggettivamente giustificata.

59) Per quanto attiene, dall'altro lato, al fatto che la mancanza di precisione nella definizione delle categorie di reati in questione rischierebbe di generare disparità nell'attuazione della decisione quadro nei diversi ordinamenti giuridici nazionali, è sufficiente rilevare che l'oggetto di quest'ultima non è l'armonizzazione del diritto penale sostanziale degli Stati membri e che nessuna disposizione del Titolo VI del Trattato UE, i cui artt. 34 e 31 sono stati scelti come fondamento normativo di tale decisione quadro, subordina l'applicazione del mandato d'arresto europeo all'armonizzazione delle normative penali degli Stati membri nell'ambito dei reati in esame (v., per analogia, tra le altre, sentenze 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, Gözütok e Brügge, Racc. pag. I-1345, punto 32, nonché 28 settembre 2006, causa, C-467/04, Gasparini e a., Racc. pag. I-0000, punto 29).

60) **Ne consegue che l'art. 2, n. 2, della decisione quadro, nella parte in cui sopprime il controllo della doppia incriminazione per i reati menzionati in tale disposizione, non è invalido per violazione dell'art. 6, n. 2, UE e, più nello specifico, dei principi di legalità dei reati e delle pene e di uguaglianza e di non discriminazione.**

61) Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere che dall'esame delle questioni sottoposte non è emerso alcun elemento idoneo ad infirmare la validità della decisione quadro.

Sulle spese

62) Nei confronti delle parti nella causa principale, il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

Dall'esame delle questioni sottoposte non è emerso alcun elemento idoneo ad infirmare la validità della decisione quadro del Consiglio 13 giugno 2002, 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

Corte di Cassazione
Sezione VI Penale

Sentenza 3 maggio 2007, n. 16750
Presidente De Graziai – Relatore Novarese

Svolgimento del processo

P. S. ed E. L. venivano tratti a giudizio direttissimo dinanzi al Tribunale di Sassari in composizione monocratica, in seguito ad arresto avvenuto il 28 aprile 2006 e convalidato il giorno successivo, per rispondere del delitto di detenzione a fine di spaccio di 10 grammi circa di eroina con recidiva specifica plurireiterata per la seconda ed anche infraquinquennale per il primo.

Con sentenza del 13 luglio 2006, il Tribunale, riconosciuta per entrambi l'attenuante del fatto di lieve entità e tenuto conto della riduzione del rito abbreviato prescelto, li condannava alla pena di anni due e mesi quattro di reclusione ed euro 4.000,00 di multa.

Affermava il giudice di merito che la recidiva, contemplata al quarto comma dell'art. 99 c.p. come modificato dalla legge n. 251 del 2005, deve ritenersi tuttora facoltativa, salvo che si tratti di uno dei delitti previsti all'art. 407 secondo comma lett. a) c. p. p., e che, considerate le misere condizioni di vita degli imputati e la limitata gravità dell'episodio, nonché in relazione all'elevato minimo edittale previsto per il reato base, non apportava alcun aumento di pena per effetto della recidiva.

Inoltre, aggiungeva che la limitata quantità di stupefacente rinvenuta e la modesta attività di spaccio da strada consentivano di reputare sussistente l'attenuante speciale del fatto di lieve entità.

Rilevava il giudice sassarese che, non essendo stato apportato alcun aumento per la recidiva e non risultando contestata altra aggravante, non doveva essere effettuato alcun giudizio di comparazione tra circostanze, sicché, nella fattispecie, non sarebbe operante il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute aggravanti, previsto dal quarto comma dell'art. 69 c.p., modificato dalla legge n. 251 del 2005 (art. 3), e che

detto arresto era conforme alla pregressa giurisprudenza di legittimità, secondo cui una volta esclusi gli effetti della recidiva non poteva farsi alcuna questione di giudizio comparativo ex art. 69 c. p., poiché erano venuti meno i presupposti.

Concludeva sul punto evidenziando che, in tal modo, non si proponeva alcuna interpretazione abrogativa del novellato art. 69 c. p., giacché il giudizio di prevalenza verrebbe escluso, ove, contestate la recidiva reiterata ed altre aggravanti, queste ultime fossero ritenute sussistenti.

Il Procuratore Generale presso la Corte di appello di Cagliari proponeva ricorso per cassazione, deducendo il vizio di violazione di legge con riferimento al disposto dell'art. 69 quarto comma c. p., in quanto l'aggravante della recidiva reiterata era stata regolarmente contestata e ritenuta in sentenza, mentre l'analisi esegetica proposta trascura il momento, logicamente e giuridicamente precedente, del giudizio di bilanciamento fra circostanze aggravanti, fra le quali è da ricomprendere la recidiva, ed attenuanti, non considera il dettato del quarto comma dell'art. 69 c.p. e sostanzialmente svuota di contenuto il divieto di prevalenza ivi contemplato.

Motivi della decisione

Il ricorso proposto e la sentenza impugnata, sebbene in maniera sintetica, affrontano la problematica della disciplina della recidiva alla luce delle modifiche apportate dalla legge n. 251 del 2005 e le sue ricadute in tema di giudizio di comparazione ex art. 69 c. p. come modificato dalla citata legge.

A tal riguardo occorre notare che, subito dopo l'emanazione della legge nota come ex Cirelli, in dottrina si sono profilate due differenti interpretazioni, formulate da due illustri giuristi, delle su indicate questioni a causa del dettato normativo non certamente perspicuo.

Ragioni di economia di trattazione, in relazione all'importanza delle tematiche, inducono a non riprodurre il testo legislativo del novellato art. 99 c. p. ed il quarto comma dell'art. 69 c. p. come modificato dalla legge n. 251 del 2005, tanto più che ad essi si farà riferimento in motivazione.

Gli argomenti svolti da un Chiaro Autore per ritenere ipotesi di recidiva obbligatoria anche quelle contemplate dai commi terzo e quarto

dell'art. 99 c. p. consistono principalmente in una valutazione di fondo, secondo cui "nel quadro di una restaurazione repressiva di cui il recidivo (in particolare pluriaggravato e reiterato) costituisce, nell'eterogenea schiera di disposizioni rimaneggiate dalla l. 251/2005, il bersaglio "privilegiato", è davvero arduo ritenere che, ripristinando la formula originaria che denotava l'obbligatorietà (la pena "è" aumentata), ci si sia limitati a rivedere gli aumenti, mantenendone la facoltatività".

Tale considerazione è suffragata da una serie di osservazioni circa le incongruenze derivanti dall'accoglimento della tesi, avversata dall'illustre docente, relativa alla facoltatività della recidiva nelle due fattispecie indicate, giacché non sarebbe conciliabile un'applicazione facoltativa della recidiva con la fissità degli aumenti e con la modificazione dell'originaria formula "può" in "è", ripetitiva di quella prevista nel codice R. nel 1930 e resa ancor più drastica per aver eliminato "il potere discrezionale del giudice nella quantificazione degli aumenti, pur nel quadro di limiti frazionari diversificati in rapporto alla gravità legale della recidiva", tanto più che l'analisi esegetica, non condivisa dall'eminente studioso, sconvolgerebbe il disegno "indiscriminatamente repressivo" (sottolineatura e corsivo dell'estensore), mitigando le ricadute su altri istituti (continuazione, concorso formale, giudizio di comparazione, prescrizione, misure alternative alla detenzione e benefici penitenziari), oggetto di revisione parziale da parte della nuova normativa.

Peraltro, con riguardo alla recidiva reiterata, da parte di chi, in maniera poco coerente, ritiene facoltativa pure quella pluriaggravata, nonostante l'identica espressione utilizzata dal legislatore, si è fatto notare che la recidiva reiterata presenta connotati di specificità ed autonomia rispetto alle altre, in quanto è isolatamente richiamata da altre disposizioni dei codice (ex gr. oblazione ex art. 162 bis c. p. prima della modifica del 2005 ed artt. 62 bis e 69 c. p. in seguito alla legge n. 251 dei 2005), sicché detta argomentazione potrebbe far assumere un'autonomia solo a quella reiterata.

Tuttavia, oltre al dato testuale già illustrato, si potrebbe obiettare che la differente e specifica considerazione in altre disposizioni non ne determina l'autonomia, tanto più che la dottrina maggioritaria considera det-

te due tipologie di recidiva "non alternative ed autonome rispetto alla "recidiva semplice", ma "integranti" solo una figura "speciale" di quest'ultima, nel senso che, pur valorizzando aspetti di maggiore qualificazione presuppongono sempre anche la necessaria integrazione della "recidiva semplice", sicché si è in presenza di sottofattispecie della figura generale, costituita dalla recidiva semplice, onde appare inusuale una diversa considerazione ai fini della facoltatività oppure dell'obbligatorietà.

Detta argomentazione, nondimeno, potrebbe essere utilizzata, nonostante la sua fragilità, per ulteriormente contrastare la tesi, non condivisa dal collegio, dell'obbligatorietà dell'aumento della recidiva per quella pluriaggravata e reiterata, proprio per la contraddizione esistente nel ritenere la prima facoltativa e la seconda obbligatoria, sicché il dato e la modifica testuali ("è" invece di "può") sarebbero irrilevanti, e serve, comunque, a dimostrare la notevole problematicità dell'interpretazione di un dato normativo per nulla chiaro.

Perciò, l'insigne studioso non accede a detta ultima affermazione per l'evidente contraddizione connaturata in sé e propugna un'analisi ermeneutica letterale, nonostante sia cosciente che "le nebbiose incertezze ermeneutiche", i paradossi logici, l'introduzione di un "diritto penale d'autore a sfondo sintomatico presuntivo", l'irragionevole selezione dei reati suscettibili di recidiva, l'incremento dell'irrazionalità "insita nel binomio genericità perpetuità", il ripristino di presunzioni legali, il cui smantellamento è da ascrivere a successivi interventi della Corte Costituzionale agli inizi degli anni ottanta del secolo precedente ed è stato "completato dal legislatore (altri tempi, altro legislatore) nel 1986", possano comportare forti dubbi di costituzionalità.

Questo argomentazioni sono state completate, a volte in maniera un po' confusa (non si comprende quale tesi segua un noto annotatore) e parziale, da altri autori, i quali hanno anche fatto notare che in sede di discussione in assemblea alla Camera dei deputati, nella seduta del 15 dicembre 2004, sono stati approvati alcuni emendamenti che introducevano espressamente la facoltatività dell'aumento per la recidiva nelle ipotesi di quella semplice e monoaggravata, ma furono respinti analoghi emendamenti a proposito dei commi terzo e quarto dell'art. 99 c. p. e che iden-

tico percorso si è avuto in prima lettura al Senato nella seduta del 26 luglio 2005.

Tuttavia, detto autore dimentica, in generale, la natura contraddittoria dei lavori preparatori sul punto, tanto da essere utilizzati dall'altro preclaro giurista per sostenere la tesi opposta, l'importanza esigua degli stessi in sede ermeneutica, nonostante la maggiore rilevanza ed "affidabilità", ove si tratti di interpretare una legge di recente promulgazione, e non considera, nel caso specifico, che una simile opzione (facoltatività della recidiva ed aumento fisso) per la recidiva pluriaggravata e reiterata potrebbe essere stata introdotta in maniera meno chiara, se non surrettizia, attraverso il definitivo dettato.

Peraltro, alcuni argomenti svolti dai sostenitori della tesi dell'obbligatorietà dell'aumento per la recidiva anche per le ipotesi di cui ai commi terzo e quarto dell'art. 99 c. p. non sembrano plausibili, perché in contrasto con il dato normativo o perché forniscono soluzioni contorte ad altri problemi.

Infatti, la misura fissa dell'aumento è pure stabilito dal primo comma dell'art. 99 c.p., che, pacificamente, prevede un caso di recidiva facoltativa, sicché non è un paradosso quello di dover applicare un aumento fisso della pena una volta stabilita l'applicazione della recidiva, mentre la discussione sulla filosofia di fondo della nuova disciplina non può certamente influenzare l'analisi esegetica fino ad obliterare l'assunto vario volte affermato dalla Corte Costituzionale (cfr. di recente ord. nn. 43 e 47 del 2007) circa la necessità di ricercare un'interpretazione adeguatrice prima di sollevare una questione di legittimità costituzionale di una norma.

Peraltro, le difficoltà maggiori derivano a questa tesi dalla giustificazione da fornire all'espressa previsione nel comma quinto dell'art. 99 c. p. dell'obbligatorio aumento della pena per la recidiva qualora si tratti di uno dei delitti indicati all'art. 407 secondo comma c. p. p., giacché limitare tale locuzione solo ai primi due commi della citata norma per rendere manifesta l'obbligatorietà della recidiva pure in dette fattispecie e per indicare un aumento minimo anche per quella monoaggravata, secondo quanto sostenuto da uno studioso per fornire un minimo di utilità a detta disposizione, appare in contrasto con l'espressione onnicomprensiva del pre-

cetto l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio", che non distingue le varie tipologie, mentre l'interpretazione secondo cui detta disposizione vuole consentite l'aumento obbligatorio per la recidiva anche nel caso in cui sarebbe possibile procedere ad un giudizio di comparazione di prevalenza oppure di equivalenza con le attenuanti non solo contrasta con tutta l'impostazione della giurisprudenza di legittimità e di parte della dottrina, le quali ritengono la recidiva una circostanza aggravante inerente alla persona, ma non forniscono neppure una risposta esauriente all'utilità di detta disposizione nei casi in cui l'aumento venga imposto obbligatoriamente da altra norma.

Ed invero, ove le ipotesi di cui ai commi terzo e quarto dell'art. 99 c. p. comportassero un aumento obbligatorio della pena per la recidiva sarebbe inutile detta ripetizione e, comunque, qualora si faccia riferimento ai casi in cui la recidiva obbligatoria assume un particolare rilievo (ex. gr. artt. 69 quarto comma c. p. e 62 bis c.p.), proprio in questi è richiamata la recidiva reiterata, sicché verrebbe esclusa una qualche utilità sul punto al dettato del quinto comma dell'art. 99 c. p..

Infine, persino un'ulteriore considerazione letterale, secondo cui, se il legislatore avesse voluto ritenere facoltativa la recidiva nei casi di quella pluriaggravata e reiterata, avrebbe ripetuto la precedente formula "l'aumento di pena può essere fino a" sostituendo la locuzione "fino a" con "della metà", non appare decisivo per l'evidente cacofonia di tutto il precetto, in cui il verbo "può" verrebbe ripetuto per ben quattro volte e l'espressione "l'aumento di pena può essere" due, e perché, nella pregressa formulazione del codice nel 1930, il primo comma conteneva il verbo "soggiace" con carattere imperativo ed obbligatorio e non discrezionale e facoltativo proprio della "nuova" locuzione "può essere sottoposto" e l'art. 100 c. p. disciplinava le ipotesi in cui la recidiva era facoltativa.

Detta osservazione, poi, ha pure un significato ancipite, in quanto il legislatore del 1974 doveva fare risaltare la trasformazione della recidiva da obbligatoria a facoltativa, sicché, pur mantenendo una misura variabile dell'aumento, contemplato anche nel codice del 1930, che prevedeva l'obbligatorietà, salve le eccezioni dell'art. 100 c.p., voleva rimarcare la facoltatività, mentre quello del 2005, proprio per l'opposta ragione, poteva in-

cludere i casi di recidiva obbligatoria in un unico comma con la locuzione "l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio" seguita dalle diverse tipologie ed, invece, ha voluto distinguere un diverso articolarsi della disciplina: dalla misura variabile dell'aumento per la recidiva a quello fisso ed all'unica fattispecie di recidiva obbligatoria cioè quella contemplata al quinto comma dell'art. 99 c. p..

Inoltre, è intervenuto un mutamento di collocazione di detto comma, trasferito in sede di stesura definitiva dopo la recidiva pluriaggravata e reiterata, quasi a fornire un ulteriore spunto all'unicità di ipotesi di recidiva obbligatoria nell'aumento.

L'unico argomento resta quello della simmetria, non perfetta (v. supra), con la disposizione contenuta nell'originaria formulazione dell'art. 99 c. p., prima delle modifiche intervenute nel 1974, e dell'interpretazione sul punto fornita dal giudice di legittimità in alcune pronunce, sotto il vigore della formulazione anteriore al 1974, secondo cui il verbo "è" non va riferito solo all'aumento automatico della pena, ma anche all'obbligatorietà della recidiva.

L'esame effettuato delle argomentazioni svolte dai fautori della tesi dell'automaticità e dell'obbligatorietà degli aumenti di pena per la recidiva dimostra tutta la complessità della problematica e la necessità di ricercare soluzioni ermeneutiche costituzionalmente adeguate.

Espressione di questa istanza è la tesi opposta avanzata da altro esimio giurista, secondo cui l'unica ipotesi di aumento obbligatorio della recidiva è quello previsto dal comma quinto dell'art. 99 c. p., mentre quelli contemplati ai commi terzo e quarto della medesima disposizione indicano solo una misura fissa dell'aumento, ma lasciano ancora persistere la facoltatività della recidiva.

Un'argomentazione, già illustrata, attiene al carattere non autonomo e derivato delle due tipologie di recidiva di cui ai commi terzo e quarto dell'art. 99 c. p., le quali presuppongono l'accertamento della recidiva semplice e quindi costituiscono "mere fattispecie della "figura generale" cioè della recidiva semplice", onde "non sarebbe privo di fondamento il pensare che sia proprio con questa prima ipotesi che il legislatore abbia predeterminato la natura (in generale) "discrezionale" della "nuova recidiva",

lasciando alle disposizioni successive solo il compito di differenziare (sia sul piano quantitativo, che su quello della rigidità o elasticità degli effetti) gli aumenti di pena previsti per le diverse e più specifiche ipotesi di recidiva descritte nei commi successivi".

Tale ragionamento, se non può essere ritenuto decisivo, in quanto non implica di per sé che le due tipologie in esame debbano sottostare alla stessa disciplina, già, a parere del collegio, scalfisce quell'argomento ritenuto l'unico più plausibile dell'altra tesi, derivato dal raffronto con l'originaria formulazione dell'art. 99 c. p., contenuta nel codice R. del 1930, in quanto quella disposizione riteneva tutte le ipotesi di recidiva obbligatorie ed introduceva delle limitate eccezioni solo in una disposizione topograficamente diversa (art. 100 c. p.), sicché l'utilizzazione del verbo all'indicativo senza ripetere l'aggettivo "obbligatorio" poteva essere giustificato da detta unitaria considerazione.

Inoltre, le stesse indicazioni emergenti dai lavori preparatori non brillano per chiarezza e precisione, ma assumono particolare rilievo, ove si consideri che il Ministro della "Giustizia dell'epoca e lo stesso ispiratore iniziale della riforma (esame tenutosi nelle sedute del dicembre 2004) sembrano aver manifestato l'intenzione di limitare la maggiore rigidità degli effetti sia nell'an sia nel quantum solo alla nuova ipotesi prevista dal quinto comma dell'art. 99 c. p., la cui diversa formulazione rispetto ai due commi precedenti ("l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio" invece che "l'aumento di pena è della metà … di due terzi", utilizzato per la recidiva pluriaggravata e per quella reiterata aggravata), in uno con l'intervenuta successiva posposizione del comma quinto rispetto agli altri in esame, parrebbe confermare quanto si ricava pure dal successivo dibattito al Senato, in cui la tesi espressa dall'on. Cirelli è ripresa pure dal relatore sen. Ziccone (seduta del 12 gennaio 2005), a parte gli unanimi interventi di molti parlamentari dell'opposizione dell'epoca.

Tali impostazioni da parte di autorevoli rappresentanti della maggioranza dell'epoca trovano la loro origine nel parere consultivo della Commissione affari costituzionali della Camera, in cui è adombrato un contrasto tra l'iniziale disciplina della recidiva, caratterizzata da automatici ed obbligatori aumenti di pena, ed il fine rieducativo della pena (art. 27

terzo comma Cost.) "nella parte in cui impedisce al giudice di valutare elementi pro reo".

Peraltro, il valore dei lavori preparatori ai fini ermeneutici e la loro non univocità, nella specifica fattispecie, servono solo a suffragare, in una valutazione globale, le varie giustificazioni già svolte, fondate sul raffronto letterale di tutta la disposizione, sulle caratteristiche delle due tipologie di recidiva, sull'impossibilità di richiamare la formulazione dell'originario art. 99 c. p. del 1930 e sulla collocazione del quinto comma dell'art. 99 c.p., "posto in chiusura delle varie forme di recidiva, come a sottolineare che il regime di facoltatività è rimasto invariato con riguardo ai delitti "comuni", relativamente alle varie ipotesi di recidiva delineate nei commi precedenti", mentre "l'unica eccezione…rappresentata dal comma 5" fa "leva sulla gravità dei delitti" e dà risalto ad una cerchia limitata di fattispecie delittuose, in relazione alle quali la recidiva in ogni sua forma secondo alcuni giuristi, o solo quella reiterata, per altri, è sempre obbligatoria.

In tal modo, ad avviso del collegio, si rimarcherebbe lo "spirito" dell'ex Cirelli, richiamato dal Chiaro Autore, e, nel contempo, evitando una generalizzata estensione dell'obbligatorietà della recidiva, si diminuirebbero, anche se non si eliminerebbero del tutto, i numerosi dubbi di costituzionalità della legge in sé e su questi aspetti.

Tali spiegazioni possono essere ulteriormente supportate da alcune notazioni di altri autori, che costituiscono o autonome considerazioni come quella su riferita o ulteriori sviluppi contenuti nel ragionamento dell'esimio docente, fautore della tesi della facoltatività della recidiva reiterata.

Uno, già trattato, ma alquanto fragile deriva dall'impossibilità di ritenere facoltativa la recidiva pluriaggravata di cui al terzo comma dell'art. 99 c. p. ed obbligatoria quella reiterata del comma successivo, l'altro, conseguente dalle deduzioni del Chiaro Autore, fondato sul brocardo "ubi lex voluit dixit" e sull'indicazione "expressis verbis" della natura obbligatoria della recidiva contenuta solo nel quinto comma ed altro ancora, più articolato, basato su una considerazione globale di alcune espressioni contenute nella citata legge.

In particolare si fa notare che con riferimento alla limitazione ad alcuni criteri di cui all'art. 133 c. p. per l'applicazione delle attenuanti ge-

neriche il riferimento ai "casi previsti dall'art. 99 comma 4" è ulteriormente delimitato da due altri presupposti, rappresentati appunto dai delitti previsti dall'"art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p.", puniti con la reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni, sicché, a parere del collegio, è sempre detta categoria di delitti, ritenuti particolarmente gravi, a fungere da discrimine tra disciplina comune e specifica.

Peraltro, anche in ordine alle modificazioni intervenute ex lege n. 251 dei 2005 in tema di reato continuato e concorso formale potrebbe riscontrarsi, secondo il collegio, come un aumento in misura fissa sia previsto per i "soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma" c.p., sicché detta locuzione rileva sotto un duplice profilo.

Ed invero, un aumento in misura fissa è commisurato a detta recidiva reiterata, la quale deve essere applicata, sicché, a parte l'erronea utilizzazione del termine, in quanto la recidiva viene ad essere riconosciuta o dichiarata, giacché è l'aumento di pena che viene applicato, proprio simile verbo, dimostra che la predetta tipologia di recidiva deve essere, innanzitutto, riconosciuta sussistente, per cui viene richiamato il potere discrezionale del giudice, tipico del facoltativo aumento per la recidiva in quanto, altrimenti, ove la recidiva fosse obbligatoria anche nell'an nei casi di cui all'art. 99 quarto comma c.p. non avrebbe senso richiedere che la stessa sia "applicata" cioè riconosciuta.

Ma vi è di più, ad avviso dei collegio, l'errore terminologico fa dipendere l'aumento fisso di pena, ove venga riconosciuta sussistente la continuazione fra delitti, dall'effettiva applicazione della recidiva reiterata e, quindi, ammette il bilanciamento con altre attenuanti, sicché pure per detta via viene ad essere affermata la natura facoltativa della predetta recidiva.

Infine, secondo quanto rilevato da un autore, che, però, non considera l'imprecisione terminologica della legge e l'approssimazione di molti vocaboli, proprio nel quarto comma dell'art. 69 c. p. si fa riferimento al "divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti", sicché, pacifico in giurisprudenza l'inquadramento della recidiva fra le circostanze aggravanti inerenti alla persona (Cass. sez. V 8

aprile 1999 n. 4412 rv. 213111, pronuncia rilevante pure perché afferma la necessità della contestazione e l'influenza del bilanciamento ex art. 69 c. p. ai fini della determinazione del termine prescrizionale), ne discende che la parola "ritenute" comporta sempre un giudizio valutativo in ordine all'applicazione dell'aumento per la recidiva reiterata, che non può, quindi, essere considerata obbligatoria nell'"an", ma solo nel "quantum", individuato in misura fissa a seconda delle differenti ipotesi (reiterata semplice o aggravata).

Risolto questo primo nodo interpretativo nel senso che l'aumento in misura fissa stabilito dal quarto comma dell'art. 99 c. p. è facoltativo cioè il riconoscimento della recidiva deve essere oggetto di attenta valutazione e motivazione da parte del giudice, anche se la giurisprudenza prevalente, sotto il vigore della precedente disciplina, riteneva necessaria la motivazione solo nel caso in cui non venisse applicato l'aumento (Cass. sez. II 15 gennaio 1990 n. 185 rv. 183010 contra Cass. sez. I 29 dicembre 1978 n. 16232 rv. 140685 e Cass. sez. II 27 maggio 1987 n. 6948 rv. 176079); orientamento da modificare attesa l'importanza della dichiarazione della recidiva, altri se ne prospettano.

Infatti, tralasciato il tema del carattere "costitutivo" o "dichiarativo" della recidiva, accennato a quello relativo all'obbligo motivazionale e ribadita la natura circostanziale, anche se presenta differenze strutturali rispetto alle circostanze in senso stretto (Cass. sez. un. 16 marzo 1987 n. 3152 rv. 175354), nonostante le difformi opinioni di una parte consistente della dottrina, anche dopo le modifiche intervenute nel 1974, secondo cui si sarebbe in presenza di una qualificazione soggettiva, inerente alla condotta colpevole o alla maggiore pericolosità, deve rilevarsi che la giurisprudenza è pacifica nel ritenere necessaria la contestazione della recidiva, poiché si è in presenza di una circostanza, pur se il regime della c. d. contestazione suppletiva è diversamente modulato dal codice di rito ex art. 519 primo comma (Cass. sez. II 9 novembre 1978 n. 13777 rv. 140369 fra tante), anche se, in passato, era sorto contrasto circa le modalità, ritenendosi in alcune pronunce, risalenti nel tempo, sufficiente una contestazione generica (Cass. 19 dicembre 1974, Ambrosia in Cass. pen. 1976, 184), mentre ormai, seguendo la dottrina, si ritiene necessaria quella spe-

cifica in conseguenza dei diversi effetti derivanti dalle differenti tipologie (Cass. sez. II 4 novembre 1991 n. 10931 rv. 188485 e Cass. sez. VI 28 maggio 1996 n. 5335 rv. 205072).

Peraltro, un nodo interpretativo di particolare rilevanza nella fattispecie in esame è quello relativo agli altri effetti penali collegati alla recidiva, giacché, nonostante la posizione consolidata della dottrina circa la necessità della contestazione e del riconoscimento in una sentenza passata in giudicato al fine di dispiegare le ulteriori conseguenze, la giurisprudenza ha seguito diversi e contrastanti indirizzi, propendendo in prevalenza, almeno in tempi meno recenti, sulla possibilità di desumere la recidiva dal certificato giudiziale oppure in base alla semplice contestazione senza necessità di un accertamento giudiziale (Cass. sez. III 25 giugno 1993 n. 6424 rv. 195128 cui adde di recente Cass. sez. IV 21 giugno 2006 n. 21454 rv. 234571 e Cass. sez. I 18 maggio 2006 n. 17316 rv. 234251 contra però Cass. sez. IV 11 maggio 2003 n. 25217 rv. 225739 con riferimento all'oblazione ex art. 162 bis c. p.; Cass. sez. I 29 novembre 1990 n. 3021 rv. 185868 riguardo alla riabilitazione afferma in generale che "la recidiva rileva agli effetti penali solo in quanto sia stata ritenuta dal giudice nel processo di cognizione" ma contra sul punto Cass. sez. I 30 maggio 2003 n. 24023 rv. 225233; Cass. sez. IV 19 febbraio 2004 n. 7236 rv. 227349 contra in ordine, invece, alla rilevanza della contestazione per escludere l'applicazione della pena pecuniaria ai soggetti recidivi reiterati infraquinquennali nel giudizio dinanzi al giudice di pace vedi Cass. sez. IV 30 aprile 2004 n. 20323 rv. 228583 e Cass. sez. IV 17 settembre 2004 n. 36792 rv. 229829 dello stesso estensore della n. 7236 del 2004 con differente collegio e Presidente, nonché Cass. sez. II 17 gennaio 2007 n. 1097 rv. 235620 in relazione alla preclusione stabilita per il c.d. patteggiamento allargato: art. 444 comma 1 bis c.p.p. contra, però, sul punto Cass. sez. VI 7 ottobre 2004 n. 39238 rv. 230378).

Il contrasto giurisprudenziale, oggetto di critica da una parte molto consistente della dottrina, discende dalla generale considerazione secondo cui la facoltatività concerne solo l'aumento di pena, ma non la sussistenza della recidiva (cfr. fra tante Cass. sez. VI 5 aprile 1975 n. 3874 rv. 130148).

Tale impostazione, però, finisce con lo stravolgere l'istituto stesso della recidiva, intesa come circostanza aggravante inerente alla persona, giacché ne deriverebbe l'applicazione ad altri effetti, pur se, in concreto, è stato escluso l'aumento di pena.

Per risolvere detto contrasto appare opportuno prendere le mosse da una pronuncia delle sezioni unite di questa Corte, condivisa in sede di applicazione di misure alternative alla detenzione anche con riferimento alla legge n. 251 del 2005 (Cass. sez. un. 24 luglio 1991 n. 17 rv. 187856 e vedi Cass. sez. I 10 ottobre 2006 n. 33923 rv. 235191 e Cass. sez. I 11 ottobre 2006 n. 34040 rv. 235190), in base alla quale una circostanza aggravante deve essere riconosciuta come applicata, non solo allorquando nella realtà giuridica di un processo viene attivato il suo effetto tipico di aggravamento della pena, ma anche quando se ne tragga, ai sensi dell'art. 69 c.p., un altro degli effetti che le sono propri e cioè quello di paralizzare un'attenuante, impedendo a questa di svolgere la sua funzione di concreto alleviamento della pena irroganda per il reato. Invece non è da ritenere applicata l'aggravante allorquando, ancorché riconosciuta la ricorrenza dei suoi estremi di fatto e di diritto, essa non manifesti concretamente alcuno degli effetti che le sono propri a causa della prevalenza attribuita all'attenuante, la quale non si limita a paralizzarla, ma la soverchia, in modo che sul piano dell'afflittività sanzionatoria l'aggravante risulta "tamquam non asset".

Tale acquisizione, elaborata sul piano dell'effetto delle aggravanti in ordine all'applicazione dell'indulto, può, a parere del collegio, essere tenuta presente per risolvere un altro nodo interpretativo della disciplina in esame, proprio dell'analisi ermeneutica dell'art. 99 quarto comma c. p. e precisamente dell'esegesi della locuzione "se il recidivo commette un altro delitto non colposo", la quale, secondo la giurisprudenza prevalente già indicata (Cass. sez. I 22 ottobre 1992 n. 3426 rv. 192077; Cass. sez. III 25 giugno 1993 n. 6424 rv. 195128 cui adde di recente Cass. sez. IV 21 giugno 2006 n. 21454 rv. 234571 e Cass. sez. I 18 maggio 2006 n. 17316 rv. 234251 con riferimento all'oblazione ex art. 162 bis c. p. e Cass. sez. I 30 maggio 2003 n. 24023 rv. 225233 riguardo all'estinzione della pena per decorso del tempo, nonché Cass. sez. II 17 gennaio 2007 n. 1097 rv. 235620 in relazione alla preclusione stabilita per il c. d. patteggiamen-

to allargato dal comma 1 bis dell'art. 444 c. p. p.), deve essere intesa nel senso che sia sufficiente il mero riscontro di più sentenze di condanna senza necessità di un formale riscontro e di un riconoscimento di una qualsiasi ipotesi di recidiva, in quanto "la circostanza che l'art. 99 c. p., nel prevedere l'aumento di pena per effetto della recidiva reiterata, faccia riferimento al recidivo che commette un altro reato, non suffraga la tesi secondo cui in tanto la recidiva reiterata può essere contestata in quanto in precedenza sia stata dichiarata giudizialmente la recidiva semplice. Infatti, dalla lettura della norma emerge evidente che il termine "recidivo" è stato usato dal legislatore per comodità di esposizione, per non ripetere la definizione contenuta nel primo comma dello stesso articolo e non già per indicare una qualità del soggetto giudizialmente affermata."

Ed invero, esiste, anche, un orientamento un tempo minoritario, già indicato, a volte risalente nel tempo (Cass. sez. I n. 3021 del 1990 cit. in tema di decorso del termine minimo per chiedere la riabilitazione cui adde Cass. sez. V 3 maggio 1995 n. 823 rv. 201316) e talaltra recente (Cass. sez. I 29 novembre 2004 n. 46229 in tema di decorso del termine prescrizionale; Cass. sez. VI n. 39238 del 2004 cit. concernente la preclusione stabilita dall'art. 444 comma 1 bis c. p. p. per il c. d. patteggiamento allargato e Cass. sez. III 8 novembre 2000 n. 3011 rv. 217759 e Cass. sez. I 16 marzo 2005 n. 10425 rv. 231209 concernenti il procedimento in sede esecutiva), secondo cui "la recidiva non è un mero "status" soggettivo desumibile dal certificato penale ovvero dal contenuto dei provvedimenti di condanna emessi nei confronti di una persona, sicché, per produrre effetti penali, deve essere ritenuta dal giudice del processo di cognizione dopo una sua regolare contestazione …, onde può desumersi, pure, dal giudizio di comparazione ex art. 69 c. p., anche nell'ipotesi in cui i relativi aumenti di pena siano elisi in sede di bilanciamento, per il giudizio di prevalenza delle attenuanti, giacché si tratta di dichiarazione e riconoscimento della recidiva e non di applicazione".

Infatti, in presenza di valida contestazione deve ritenersi che il giudice abbia ravvisato gli estremi di quella maggiore colpevolezza del reo o di quella maggiore pericolosità, che, in concreto, integrano il riconoscimento o la dichiarazione della recidiva reiterata.

Questa tesi si fa preferire sia per ragioni logico sistematiche e di garanzia, giacché, secondo la conclusione di un illustre Maestro, è difficilmente spiegabile come "da una recidiva esclusa nella competente istanza (potrà) in un ulteriore episodio giudiziale scaturire una contestazione di recidiva reiterata", sia in considerazione della particolare rilevanza attribuita dalla legge n. 251 del 2005 alla recidiva, delle caratteristiche della disciplina e dell'esistenza di questo contrasto in giurisprudenza, sicché la pedissequa ripetizione del precedente dettato normativo non può comportare un piano adagiarsi sull'interpretazione dominante.

Infatti, gli effetti della nuova riforma della recidiva come impongono al giudice, di merito e di legittimità, nell'ambito dei propri compiti, un adeguato obbligo motivazionale, inteso come congrua esplicitazione delle ragioni dell'esercizio del potere discrezionale nei casi di recidiva facoltativa e, sotto altro profilo, quale controllo sulle argomentazioni svolte, reso in parte più pregnante dalle modificazioni introdotte, all'art. 606 lett. e) c. p. p. dalla legge n. 46 del 2006, così determinano la rivisitazione di approdi giurisprudenziali, la cui giustificazione non appare appropriata, tenuto conto del quadro costituzionale nel quale deve essere valutato l'istituto della recidiva, tanto più che il quarto comma dell'art. 69 c. p. fa riferimento alle "ritenute. circostanze aggravanti".

Né un simile arresto determina, come ritiene il ricorrente, un'interpretazione "abrogans" degli artt. 99 e 69 commi quarto c. p., in quanto, ritenuta la facoltatività dell'aumento per la recidiva reiterata, ove lo stesso con congrua motivazione non sia ritenuto applicabile, perché non è espressione di maggiore colpevolezza o pericolosità sociale, come è avvenuto nella fattispecie in esame, in assenza di un riconoscimento di qualsiasi tipologia di recidiva intervenuta con una precedente sentenza, è possibile procedere ad un giudizio di comparazione con un bilanciamento, pure con prevalenza dell'attenuante speciale ex art. 73 quinto comma d. P. R. n. 309 dei 1990.

Tuttavia, finisce con l'essere definitivamente accertato il riconosci-

mento della recidiva reiterata, sicché non sarà più possibile procedere ad un ulteriore bilanciamento delle circostanze nel senso della prevalenza di quelle attenuanti sulle aggravanti, fra le quali deve ricomprendersi la recidiva, ove venga commesso un altro delitto non colposo.

Non sembra, neppure, condivisibile la tesi, in realtà un po' contraddittoria, sviluppata nell'impugnata sentenza per dimostrare l'assenza di un'interpretazione "abrogans", secondo cui il bilanciamento nel senso della prevalenza delle circostanze attenuanti su quelle aggravanti non sarebbe più consentito, ove, insieme alla recidiva reiterata, venisse contestata un'altra aggravante.

Infatti, attese la facoltatività della recidiva reiterata e l'assenza di un pregresso riconoscimento, il giudizio di comparazione, che è obbligatorio, deve essere effettuato in maniera globale (Cass. sez. IV 24 febbraio 1995 n. 1901 rv. 200897 e Cass. sez. VI 20 ottobre 2003 n. 39456 rv. 227433).

Ed invero, il bilanciamento di cui all'art. 69 c. p. ha carattere unitario ed è inscindibile, dovendo comprendere tutte le attenuanti e le aggravanti ravvisate, le circostanze concorrenti devono essere ritenute complessivamente equivalenti fra loro ovvero tutte quelle di un segno devono essere considerate prevalenti rispetto a quelle di segno opposto.

Il bilanciamento, operato dall'art. 69 c. p., è imposto dalla necessità di ma valutazione complessiva del fatto delittuoso, tale che, fermo il principio di proporzione tra pena e reato, consenta nel determinare la pena in concreto, di tener conto della particolare personalità del reo, considerata sotto ogni aspetto sintomatico, e della sostanziale entità della condotta criminosa ed appare imprescindibile nel sistema di legge anche per consentire al giudice dell'impugnazione di controllare il rispetto del principio di legalità della pena.

Inoltre, seguendo la dottrina maggioritaria, nonostante una carenza di approfondimento sul tema da parte della giurisprudenza dopo la riforma del 1974, deve rilevarsi che, ritenuta la recidiva una circostanza inerente alla persona, non è ammissibile configurare, in materia di circostanze, una "discrezionalità bifasica" (sull'an della circostanza, che deve essere ricono-

sciuta, e sulla variazione della pena conseguente), in quanto deve riconoscersi che l'individuazione e l'applicazione della circostanza devono seguire un medesimo binario e che la facoltatività della recidiva comporta un accertamento in concreto della particolare insensibilità e pericolosità sociale del soggetto, sicché il requisito oggettivo della precedente condanna non è sufficiente, in assenza dei presupposti soggettivi a fondare non solo l'aumento di pena, ma anche il riconoscimento della recidiva agli altri effetti penali, ma solo a determinare per un successivo delitto l'intervenuta dichiarazione.

La soluzione seguita sembra più conforme ai principi costituzionali, ove si considerino le gravi conseguenze derivanti dal ritenere obbligatorio l'aumento in misura fissa stabilito dal quarto comma dell'art. 99 c. p. e dal divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute aggravanti nel giudizio di comparazione, sancito dal quarto comma dell'art. 69 c. p., nei casi di recidiva reiterata ed in quelli contemplati dagli artt. 111 e 112 primo comma numero 4 c. p..

Ed invero, nonostante l'impostazione iniziale, secondo cui era escluso il bilanciamento fra circostanze nei casi previsti dall'art. 99 quarto comma c. p. in maniera indiscriminata, ripristinando la formulazione originaria del codice R., sia stata ridimensionata con il prevedere solo il divieto di prevalenza delle attenuanti rispetto alle aggravanti nel giudizio di comparazione, seguendo percorsi normativi stabiliti da particolari disposizioni di legge per specifiche fattispecie criminose in ipotesi precipue, permane una serie di dubbi di costituzionalità delle disposizioni in esame, ove la recidiva reiterata venga considerata obbligatoria pure nell'"an" ed, in ordine agli effetti della predetta recidiva in sede di bilanciamento fra circostanze, non sia considerata la necessità di un pregresso riconoscimento della stessa per applicare il predetto divieto.

In realtà, la novella del 2005 si pone in contrasto con tutti gli organici progetti di riforma del codice penale, nei quali si è pure accolta la critica di parte della dottrina agli effetti pratici determinati da un certo lassismo dalla disciplina introdotta nel 1974 cioè quella della facoltatività della recidiva e si era seguita l'istanza popolare ad una più rigorosa applicazione della pena anche in fattispecie di microcriminalità o criminalità di strada.

Infatti, nel progetto Pagliaro, nonostante la recidiva ritornasse ad essere obbligatoria, la stessa era esclusa, qualora non sussistessero presupposti fondanti "significativi di una più intensa colpevolezza per il fatto", suggerendosi pure l'abolizione delle circostanze generiche e del giudizio di bilanciamento, ma richiedendosi, per converso, un miglior adeguamento dei limiti di pena e l'espressa qualificazione da parte della norma della natura circostanziale, mentre il progetto Grosso, pur prevedendo l'eliminazione delle circostanze attenuanti generiche, una tipizzazione e riduzione di quelle comuni e l'eliminazione del giudizio di comparazione fra circostanze ad effetto speciale, giacché il bilanciamento, rimaneva solo per quelle comuni, instava per una revisione del "range" delle ipotesi sanzionatorie e del quadro globale dei limiti edittali ed introduceva una recidiva obbligatoria, caratterizzata dalla limitazione ai soli reati della stessa indole e dalla temporaneità, circoscritta agli ultimi cinque anni dalla prima condanna.

Il progetto Nordio, poi, seppure con una formulazione non chiara, pur reintroducendo l'obbligatorietà della recidiva, ne riduceva i casi, eliminava quella reiterata e proponeva una riduzione dei minimi e, soprattutto, dei massimi edittali per evitare una forbice troppo ampia tra i due limiti.

Proprio questo aspetto, nel caso in cui fosse ritenuta obbligatoria la recidiva reiterata di cui al quarto comma dell'art. 99 c. p., estesa in maniera indiscriminata a tutti i delitti non colposi, contrariamente alla tesi condivisa da questo collegio, determina un'ampiezza dello spazio edittale troppo ampio, che mal si concilia con il principio di precisione della pena sancito dal secondo comma dell'art. 25 della Carta costituzionale (Corte Cost. n. 299 del 1992).

Infatti, il rispetto del principio di legalità esige che "l'ampiezza del divario tra il minimo ed il massimo della pena non ecceda il margine di elasticità necessario a consentire l'individuazione della pena … e che manifestamente non risulti correlato alla variabilità delle fattispecie concrete e delle tipologie soggettive rapportabili alla fattispecie astratta", giacché, altrimenti, la predeterminazione legislativa della misura della pena diverrebbe soltanto apparente ed il potere conferito al giudice si trasformerebbe da potere discrezionale in potere arbitrario".

Detta divaricazione appare, anche, irragionevole, ove correlata con l'esclusione dalla disciplina della recidiva per i reati colposi e per le contravvenzioni, fra i quali sono compresi i c. d. omicidi bianchi, così, in caso di furto pluriaggravato la pena da comminare, ove sia contestata la recidiva reiterata aggravata, sarebbe da cinque a sedici anni e sei mesi di reclusione, mentre quella per un omicidio colposo, commesso in violazione della normativa sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro, anche nel caso in cui non venga effettuato un giudizio di prevalenza tra circostanze attenuanti e quelle aggravanti, perfettamente consentito dal comma quarto dell'art. 69 c. p., sarebbe da uno a cinque anni, e, del tutto risibile, sarebbe la condanna per contravvenzioni ambientali ed urbanistiche, che la coscienza sociale ritiene di particolare rilievo.

È vero che detta irragionevole divaricazione discende principalmente dall'ulteriore poco comprensibile esclusione, in maniera indiscriminata dalla disciplina della recidiva per i reati colposi e contravvenzionali, ma la modifica deve essere esaminata pure nell'incidenza su altri aspetti ed in una valutazione globale delle conseguenze derivanti per rilevarne tutta la sua irrazionalità.

Peraltro, un carattere peculiare, derivante dal divieto previsto dal quarto comma dell'art. 69 c. p., si verifica nel caso in cui si ritenga configurabile un'attenuante indipendente, contraddistinta dalla previsione di una misura di pena diversa da quella ordinaria del reato base, ovvero quella c. d. ad effetto autonomo, così denominata, in quanto è prevista una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato, vale a dire quelle contraddistinte dall'espressione onnicomprensiva di circostanze "ad effetto speciale", ove questo precetto non venga interpretato nel senso ritenuto corretto da questo collegio cioè ritenendo la recidiva reiterata ex art. 99 quarto comma c. p facoltativa e necessario il precedente riconoscimento di detto tipo di recidiva per produrre gli effetti ivi contemplati, qualora, pur essendo stata contestata, non si ritenga, in una valutazione dei presupposti e delle condizioni proprie di detto istituto, di applicare l'aumento di pena ivi stabilito.

Infatti, è noto che la previsione di queste attenuanti trova una sua giustificazione nel principio di offensività (sulla sua costituzionalizzazione ve-

di con aderenza al delitto contestato nell'impugnata sentenza le quattro sentenze della Consulta tutte sulla disciplina delle sostanze stupefacenti n. 331 del 1991, n. 133 del 1992, n. 369 del 1995 e n. 296 del 1996), giacché la fattispecie circostanziale si basa sulla capacità del fatto considerato di ridurre significativamente l'entità dell'offesa recata al bene protetto, sicché è giustificata una consistente riduzione della pena in presenza soprattutto di minimi edittali del reato base abbastanza elevati in modo da adeguare la sanzione al fatto anche in virtù dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità della pena (cfr. Corte Cost. n. 67 dei 1992; n. 139 del 1989; n. 49 del 1989; nn. 273 e 409 dei 1989, n. 103 dei 1982; n. 329 del 1997 basate sul canone fondamentale della proporzionalità coniugato e derivato dal principio di ragionevolezza e di razionalità oppure Corte Cost. n. 168 dei 1994 sulla declaratoria di incostituzionalità dell'ergastolo per i minori imputabili, concernente particolari situazioni soggettive, ovvero, riguardanti una mutata sensibilità sociale o un differente quadro normativo vedi Corte Cost. n. 313 del 1995, che concerne altre fattispecie di oltraggio dopo la famosa sentenza n. 341 del 1994 in tema di minimo edittale del delitto di cui all'art. 341 c.p., e Corte Cost. n. 314 del 1995 con riferimento al raffronto tra pene dei delitti di oltraggio e di violenza o minaccia a pubblico ufficiale).

Ed invero, "il canone della ragionevolezza deve trovare applicazione non solo all'interno dei singoli comparti normativi, ma anche con riguardo all'intero sistema" (Corte Cost. n. 84 del 1997).

Proprio in relazione alla materia degli stupefacenti ed alla vicenda esaminata dal giudice sassarese, in cui la quantità della droga rinvenuta (circa dieci grammi di eroina), le condizioni di vita degli spacciatori tossicodipendenti ed il numero dei soggetti coinvolti, il S. e la sua compagna, hanno indotto il giudicante a ritenere configurabile l'attenuante del fatto di lieve entità con motivazione diffusa, non contestata dal ricorrente, entrambi gli imputati sarebbero dovuti essere puniti con una pena detentiva della reclusione da sei a venti anni e pecuniaria della multa da euro 26.000,00 a 260.000,00, invece di quella prevista per l'attenuante indipendente (da uno a sei anni dì reclusione ed euro da 3.000, 00 a 26.000,00 di multa), sicché l'irragionevolezza della previsione di una recidiva obbli-

gatoria anche nell'ipotesi di cui al quarto comma dell'art. 99 c. p. è eclatante e configge con l'ulteriore principio costituzionale della finalità rieducativa della pena (art. 27 Cost.).

Il principio di eguaglianza può essere richiamato in ordine alla normativa di cui al quarto comma dell'art. 69 c. p. anche sotto un differente aspetto, giacché, secondo quanto rilevato dai primi commentatori, può determinare un appiattimento del trattamento sanzionatorio per situazioni completamente diverse, inerenti non solo alle circostanze ad effetto speciale, ma anche al concorrere o meno di più circostanze attenuanti (ex. gr. in tema di furto pluriaggravato il riconoscimento delle attenuanti comuni del danno di particolare tenuità e del risarcimento del danno o della restituzione, ritenute circostanze sintomatiche di una minore capacità criminale e l'ultima relativa alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato pregiudicato dalla condotta criminosa (Corte Cost. n. 138 del 1998), rispetto all'individuazione di un'altra attenuante da sola, giacché, in entrambi i casi, la pena detentiva minima da irrogare sarebbe di cinque anni di reclusione, ove fosse ritenuta la natura obbligatoria della recidiva di cui all'art. 99 quarto comma c. p., o di tre anni di reclusione, qualora l'altro effetto penale della recidiva facoltativa su indicata, previsto dall'art. 69 quarto comma c.p. discendesse automaticamente dalle condanne risultanti dal certificato penale e non da una dichiarazione o riconoscimento della stessa).

Non ignora il collegio che la limitazione degli effetti del bilanciamento è stata prevista già in precedenza (ex. gr. nel codice penali artt. 280 e 280 bis c. p. e nelle leggi speciali art. 7 dei d. l. n. 152 del 13 maggio 1991, convertito in legge n. 203 del 1991 ed art. 12 commi 3 ter e 3 quater d. l.vo n. 286 dei 1998 come modificato dalla legge n. 189 del 2002) ed ha superato il vaglio di legittimità costituzionale, a volte attraverso l'indicazione di un'interpretazione costituzionalmente orientata (Corte cost. sent. n. 35 del 1985 in riferimento all'art. 1 terzo comma d. l. n. 625 del 1979, convertito in legge n. 15 del 1980) oppure tramite la differente qualificazione giuridica del fatto, cui era attribuita natura circostanziale (Corte Cost. sent. n. 194 del 1985 in relazione all'art. 280 c. p.), ma si tratta sempre di specifici delitti connotati da un particolare allarme sociale e non di

una indifferenziata categoria di reati, sia pure delimitati dall'essere delitti dolosi.

Tale percorso argomentativo, specifico per singoli reati o particolari istituti, del resto, è seguito dal giudice di legittimità delle leggi nello scrutinio di varie norme che precludono l'applicazione di benefici a causa della recidiva "plurima" (cfr. Corte Cost. n. 133 del 1980 in terna di sospensione condizionale della pena limitata a due condanne, purché non superiori ad anni due di pena detentiva, rispetto all'ipotesi in cui detto limite sanzionatorio non sia superato con altre condanne e Corte Cost. n. 421 del 2004, concernente la preclusione del c. d. patteggiamento allargato per i recidivi reiterati ai sensi del quarto comma dell'art. 99), nelle quali si fa riferimento all'ampliamento dell'ambito di operatività del beneficio ed alla previsione di particolari esclusioni per bilanciare detta apertura in maniera non manifestamente irragionevole, in quanto i soggetti cui sia stata contestata la recidiva su indicata "hanno dimostrato un rilevante grado di capacità a delinquere e … sono imputati di reati che ove si tenga conto della determinazione della pena in concreto e della speciale diminuente di un terzo per effetto del patteggiamento rivestono non trascurabile gravità". Con specifica attinenza alla disciplina della recidiva, poi, "la particolare disciplina vincolante … in materia di contrabbando ex art. 296 d. P. R. 23 gennaio 1973 n. 43… con l'inflizione obbligatoria della reclusione fino ad un anno in aggiunta alla pena pecuniaria, nel caso di recidiva primaria, e l'aumento dalla metà a due terzi di tale pena aggiuntiva per il caso di recidiva reiterata, non costituisce una ingiustificata diversità di trattamento rispetto alla nuova disciplina (del 1974) .. dell'art. 99 c. p."perché" il reato di contrabbando doganale .. presenta indubbiamente particolari caratteristiche collegate con la lesione di primari interessi dello Stato creando situazioni di possibile pericolo e pubblico allarme" (Corte Cost. n. 5 del 1977).

Il richiamo a delicati problemi di compatibilità con il principio di uguaglianza, di cui all'art. 3 Cost., sotto il profilo della ragionevolezza delle scelte legislative, è stato varie volte esaminato dalla Corte Costituzionale (Corte Cost. n. 438 del 2001 e n. 207 del 1999 fra tante), evidenziandosi, pure, che a prescindere dal rispetto di altri parametri, la norma deve

anzitutto essere conforme a criteri di intrinseca ragionevolezza (Corte Cost. n. 78 del 2005), a parere del collegio da ritenersi superati, ove la recidiva ex art. 99 quarto comma c. p., nella nuova formulazione prevista dalla legge n. 251 del 2005, dovesse essere ritenuta obbligatoria pure nell'"an", oltre ad essere determinata in misura fissa, e gli altri effetti penali collegati alla medesima prescindessero da un effettivo riconoscimento effettuato dal giudice di cognizione con una precedente pronuncia.

Del resto, la stessa Consulta con riguardo al giudizio di comparazione tra circostanze ha affermato che "nell'art. 69 cod. pen. l'obbligatorietà del giudizio di bilanciamento ha una sua razionalità nell'essenza stessa di quella valutazione, che è giudizio di valore globale del fatto e non numerico delle circostanze contrapposte e concorrenti. All'interno dell'obbligatorio giudizio il magistrato ha un amplissimo potere discrezionale,.. (sicché) è libero di valutare il fatto in tutta la sua ampiezza circostanziale, sia eliminando dagli effetti sanzionatori tutte le circostanze (equivalenza), sia tenendo conto di quelle che aggravano la "quantitas delicti", oppure soltanto di quelle che la diminuiscono. Ma, una volta rotto questo perfetto equilibrio valutativo, che implica un globale giudizio sia sul fatto di reato che sulla personalità del suo autore, e privato il giudice… del potere di esprimere, ai fini della pena, un giudizio omogeneo e complessivo su tutta la vicenda soggettiva ed oggettiva dell'illecito, tenere ferma tuttavia unilateralmente qull'obbligatorietà, determinerebbe effettivamente una situazione del tutto irrazionale (Corte Cost. n. 38 del 1985).

Per tale ragione, nel sostenere un'interpretazione costituzionalmente adeguata, la Consulta ha ritenuto che, in quell'occasione (art. 1 terzo comma d. l. n. 625 del 1979, convertito in legge n. 15 del 1980), il giudizio di prevalenza delle circostanze aggravanti non fosse vincolato, ove il giudice avesse ritenuto di applicare ex art. 63 c. p. distintamente e successivamente le variazioni di pena determinate da tutte le circostanze concorrenti.

La Corte costituzionale, nella su riferita decisione, ha accolto la tesi della dottrina maggioritaria e della giurisprudenza costante, secondo cui l'art. 69 c. p. si riferisce al piano di individuazione della pena in una valutazione globale dei vari aspetti della fattispecie e degli elementi signifi-

cativi inerenti all'imputato, disattendendo l'altra tesi dottrinale, secondo cui questa disposizione concernerebbe la ridefinizione dei minimi edittali, ponendosi in un passaggio intermedio fra la fase di commisurazione legale della pena e quella finale, affidata al giudice, di "personalizzazione della pena" sicché, in tal modo, ha potuto valutare i parametri degli artt. 3 e 27 della Costituzione.

Questa funzione del giudizio di bilanciamento esclude rilevanza alle osservazioni di alcuni autori circa la difficoltà di rinvenire nella nuova disciplina del quarto comma dell'art. 9 c. p. una violazione dell'art. 3 Cost., poiché la posizione del recidivo può essere diversa da quella dei delinquente primario, sicché essa sarebbe espressione della discrezionalità legislativa (Corte Cost. ord. n. 49 del, 2002), pienamente razionale in presenza di situazioni non riconducibili ad identità sostanziale (cfr. fra tante Corte Cost. n. 284 del 1986) senza considerare che si è in presenza di una predeterminazione generalizzata e di un uniforme trattamento di situazioni differenziate, costituenti il "tertium comprationis" richiesto, dal giudice della legittimità delle leggi, in molte questioni di legittimità costituzionale, fondate sulla violazione dell'art. 3 della Costituzione nei termini della ragionevolezza e della razionalità, e senza valutare come la violazione di detto principio possa discendere dalla carenza di criteri di intrinseca ragionevolezza.

Peraltro, anche a voler seguire la non condivisibile tesi dottrinale su richiamata, che comporterebbe la difficoltà di ritenere configurabile una violazione dell'art. 3 Cost. sotto l'aspetto della ragionevolezza e della razionalità della disciplina di cui ai comini quarto degli art. 69 e 99 c. p., sussisterebbe sempre un ulteriore profilo di dubbio di costituzionalità con riferimento all'art. 27 Cost.. Ed invero, l'aggravamento sanzionatorio riservato al recidivo reiterato, senza che detta situazione abbia un effettivo fondamento sostanziale, apprezzato dal giudice in termini di maggiore colpevolezza individuale del reo o di una sua maggiore pericolosità, sicché, invece, è assunto in base ad un rilievo automatico ed obbligatorio e considerato in virtù della mera contestazione senza alcun accertamento da parte del giudice ai fini del dispiegamento degli effetti indicati nel giudizio di comparazione, incide sul principio della funzione rieducativa della pena.

Una simile conclusione sembra potersi trarre, pur nei limiti della specifica questione esaminata (quella relativa ai permessi premio), incidente sulla fase esecutiva della pena, da alcune affermazioni della Corte Costituzionale contenute in una recente sentenza (n. 257 dei 2006), con le quali si sottolinea **che l'aggravamento del sistema sanzionatorio, riservato al recidivo specifico, e la scelta general preventiva, emergente dalla legge n. 251 del 2005, sembrano obliterare l'iter di risocializzazione, che deve presiedere all'applicazione e determinazione della pena.**

Infatti, "accomunando fra loro le posizioni dei recidivi reiterati - senza alcuna valutazione della "qualità" dei comportamenti, del tipo di devianza, della lontananza nel tempo fra le condanne ed altri possibili parametri "individualizzanti" – l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il fine rieducativo", sicché, sebbene si tratti di benefici penitenziari, può condividersi l'affermazione generale, secondo cui la nuova disciplina comporta una brusca interruzione delle finalità della pena "al di fuori di qualsiasi concreta ponderazione dei valori coinvolti" in assenza di un adeguamento della pena all'effettiva personalità del reo.

Pertanto, poiché la ricostruzione del dato normativo proposta dal ricorrente non solo non è l'unica plausibile, ma è anche quella meno condivisibile per le ragioni già illustrate ed in considerazione dei validi dubbi di legittimità costituzionale derivanti da un'analisi esegetica di tal fatta, dovendosi sempre ricercare un'interpretazione adeguatrice e costituzionalmente orientata di una disposizione prima di sollevare una questione di legittimità costituzionale, la motivazione dell'impugnata sentenza è esente da vizi logici e giuridici, nonostante le imprecisioni già riscontrate (divieto di effettuare il giudizio di prevalenza fra circostanze attenuanti ed aggravanti, ove venga contestata un'altra aggravante, oltre alla recidiva reiterata), che vanno rettificate, in quanto non hanno comportato alcuna effettiva incidenza sul dispositivo, sicché il ricorso deve essere rigettato.

Ed invero, il ricorrente si limita a proporre l'ermeneusi dell'art. 69 quarto comma c. p. come effetto automatico della contestata recidiva e ritiene obbligatoria quella reiterata di cui al quarto comma dell'art. 99 c. p. senza porre in risalto l'esistenza dì una pregressa dichiarazione di recidiva

reiterata da parte del giudice e l'insussistenza delle condizioni per applicare l'attenuante ad effetto speciale, la cui configurabilità, in assenza di contestazioni sul punto, deve considerarsi pacifica.

Inoltre, per converso, il giudice sassarese sostiene la facoltatività della recidiva reiterata in esame, valuta in maniera approfondita e coerente le condizioni per applicare l'attenuante di cui al quinto comma dell'art. 73 d. P. R. n. 309 del 1990, considera la nuova normativa in sede esecutiva e penitenziaria stabilita dalla legge n. 49 del 2006 per negarne la incidenza nella fattispecie, esclude l'aumento di pena derivante dalla contestata recidiva reiterata e la commissione di delitti compresi nell'elencazione stabilita dall'art. 407 secondo comma lett. a) c. p. p., e, infine, illustra le conseguenze derivanti dall'automatica ed obbligatoria applicazione.

Perciò, l'impugnata sentenza appare motivata in maniera adeguata ed è in linea con quanto sottolineato da un noto costituzionalista, secondo cui "una politica di diritto penale in uno Stato di democrazia costituzionale deve preoccuparsi tanto di promuovere quanto di reprimere, secondo un corretto bilanciamento. Perché c'è un principio di solidarietà, di eguaglianza, di giustizia sociale, di libertà, sui quali si fonda lo Stato costituzionale e senza i quali non avrebbe motivo di esserci". Non è questione di garantismo (pur importante n. d. e.), ma di costituzionalismo (si veda quanto prescrive la Costituzione italiana all'articolo 27 terzo comm".

P.Q.M.

Rigetta il ricorso.

Corte Costituzionale
14 giugno 2007, n. 192

Presidente: Bile - Relatore: Flick

- *OMISSIS* -

nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma quarto del codice penale, come modificato dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione), promossi con ordinanze del 12 (nn. 2 ordinanze) e del 24 gennaio 2006 dal Tribunale di Ravenna, del 3 marzo, del 28 febbraio, dell'8 marzo, dell'8 e del 3 aprile 2006 dal Tribunale di Cagliari, del 25 marzo 2006 dal Tribunale di Perugia, dell'11 marzo 2006 dal Tribunale di Cagliari, del 14 marzo 2006 dal Tribunale di Livorno, del 24 febbraio 2006 dal Tribunale di Firenze, del 6 aprile 2006 dal Tribunale di Perugia, del 23 giugno 2006 dal Tribunale di Cagliari e del 20 maggio 2006 dal Tribunale di Perugia, rispettivamente iscritte ai nn. 102, 103, 104, 223, 235, 295, 297, 307, 308, da 404 a 406, 408, 559 e 615 del registro ordinanze 2006 e pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica nn. 15, 29, 37, 42, 49, prima serie speciale, dell'anno 2006 e 3, prima serie speciale, dell'anno 2007.

Visti gli atti di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nella camera di consiglio del 4 giugno 2007 il Giudice relatore Giovanni Maria Flick.

Ritenuto in fatto

1. – Il Tribunale di Ravenna, con tre ordinanze di analogo tenore emesse il 12 gennaio 2006 (r.o. n. 102 e n. 103 del 2006) e il 24 gennaio 2006 (r.o. n. 104 del 2006), ed il Tribunale di Cagliari, con ordinanza emessa l'8 marzo 2006 (r.o. n. 295 del 2006), hanno sollevato, in riferimento agli artt. 3, primo comma, e 27, terzo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, del codice penale, come sostituito dall'art. 3 della legge 5

dicembre 2005, n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione), nella parte in cui, nel disciplinare il concorso di circostanze eterogenee, vieta al giudice di ritenere le circostanze attenuanti prevalenti sull'aggravante della recidiva reiterata, prevista dall'art. 99, quarto comma, cod. pen.

I giudici *a quibus* – investiti dei processi nei confronti di persone imputate dei reati di estorsione in concorso (ordinanza r.o. n. 102 del 2006); di detenzione e vendita illecite di sostanze stupefacenti (ordinanze r.o. n. 103 e n. 295 del 2006); e di rapina aggravata, violenza sessuale aggravata e porto abusivo di arma (ordinanza r.o. n. 104 del 2006) – riferiscono che in ciascuno dei casi sottoposti al loro esame sarebbero configurabili a favore degli imputati (la cui responsabilità risulterebbe comprovata dalle acquisizioni processuali) determinate circostanze attenuanti: rispettivamente, quella del contributo di minima importanza alla commissione del reato, di cui all'art. 114 cod. pen.; quella del fatto di lieve entità, di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza); e quelle del danno patrimoniale di speciale tenuità e dell'avvenuta riparazione del danno, di cui all'art. 62, numeri 4) e 6), cod. pen.

Agli imputati – soggiungono i rimettenti – è stata tuttavia contestata la recidiva reiterata, di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen., avendo essi riportato in precedenza due o più condanne per delitti dolosi di vario genere.

Ciò premesso, i giudici *a quibus* osservano come le disposizioni regolative del cosiddetto giudizio di comparazione fra circostanze eterogenee trovino applicazione, in virtù dell'art. 69, quarto comma, cod. pen., anche quando si tratti di circostanze inerenti alla persona del colpevole, qual è la recidiva. A seguito, tuttavia, della modifica operata dall'art. 3 della legge n. 251 del 2005 – entrata in vigore prima della commissione dei fatti oggetto dei giudizi *a quibus* – restano esclusi "i casi previsti dall'art. 99, quarto comma, nonché dagli articoli 111 e 112, primo comma, numero

4)", cod. pen., per i quali "vi è divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti". Di conseguenza, le circostanze attenuanti configurabili nei casi di specie a favore degli imputati – le quali, anteriormente alla novella, avrebbero dovuto essere ritenute senz'altro prevalenti sulla recidiva reiterata, tenuto conto delle modalità dei fatti e dell'entità dei precedenti penali dei giudicabili – alla luce dell'attuale formulazione della norma censurata potrebbero essere considerate, al più, solo equivalenti ad essa.

A parere dei rimettenti, peraltro, la neointrodotta regola limitativa degli esiti del giudizio di comparazione tra circostanze si porrebbe in contrasto sia "con il principio di ragionevolezza quale accezione particolare del principio di uguaglianza" (art. 3, primo comma, Cost.), il quale funge da limite alla discrezionalità legislativa nella determinazione della qualità e quantità delle sanzioni penali; sia con il principio della funzione rieducativa della pena (art. 27, terzo comma, Cost.).

Il giudizio di bilanciamento tra circostanze costituirebbe, difatti, uno strumento per consentire al giudice il perfetto adeguamento della pena al caso concreto, tramite la valorizzazione degli elementi positivi o negativi più significativi ai fini della qualificazione del fatto e del suo autore. Precludendo in assoluto la dichiarazione di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata, la norma censurata determinerebbe, viceversa, un "appiattimento" del trattamento sanzionatorio, in rapporto a situazioni che potrebbero risultare assai diverse; e rischierebbe, al tempo stesso, di imporre l'applicazione di pene manifestamente sproporzionate all'entità del fatto, la cui espiazione non consentirebbe la rieducazione del condannato.

Tale evenienza ricorrerebbe puntualmente nei casi di specie: giacché, una volta ritenute le attenuanti solo equivalenti alla recidiva reiterata, le pene minime irrogabili agli imputati (prima della diminuzione prevista per il rito abbreviato, da essi richiesto) – vale a dire: cinque anni di reclusione ed euro 516 di multa, nei casi di cui alle ordinanze r.o. n. 102 e n. 104 del 2006; due anni di reclusione ed euro 5.164 di multa, nei casi di cui alle ordinanze r.o. n. 103 e n. 295 del 2006 – si rivelerebbero palesemente eccessive rispetto ai fatti per cui si procede.

L'ordinanza r.o. n. 104 del 2006 soggiunge, altresì, che l'irragionevolezza denunciata risulterebbe esaltata dal fatto che la preclusione del giudizio di prevalenza delle attenuanti è stata sancita a carico del recidivo reiterato indipendentemente dalla gravità dei delitti commessi, dalla data della loro commissione e dall'entità delle pene irrogate: mentre ad una diversa conclusione si sarebbe potuti pervenire qualora la preclusione in parola fosse stata limitata ai soli recidivi reiterati condannati per reati di una certa gravità, analogamente a quanto lo stesso legislatore della legge n. 251 del 2005 ha stabilito nel novellare l'art. 62-*bis* cod. pen., in tema di concessione delle attenuanti generiche.

2. – Analoga questione di legittimità costituzionale è stata sollevata dal Tribunale di Livorno, con ordinanza emessa il 14 marzo 2006 (r.o. n. 405 del 2006), nell'ambito di un processo penale nei confronti di persona imputata del reato di cessione e detenzione illecite di sostanza stupefacente, di cui all'art. 73, commi 1 e 1-*bis*, del d.P.R. n. 309 del 1990 (come modificato dall'art. 4-*bis* del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, nella legge 21 febbraio 2006, n. 49), con l'aggravante della recidiva reiterata, specifica e infraquinquennale.

Sulla premessa della configurabilità, nel caso di specie, dell'attenuante del fatto di lieve entità, di cui al comma 5 del citato art. 73, anche tale giudice rimettente assume che l'art. 69, quarto comma, cod. pen. – impedendo, nell'attuale formulazione, di ritenere le circostanze attenuanti prevalenti sulla recidiva reiterata – contrasti tanto con il principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.), stante il radicale divario, a fronte della commissione del medesimo fatto, tra la pena che può essere inflitta al recidivo reiterato e quella irrogabile al soggetto che non lo è; quanto con la funzione rieducativa della pena (art. 27, terzo comma, Cost.), considerata l'assoluta sproporzione del trattamento sanzionatorio rispetto alla effettiva gravità dell'illecito, che in casi quale quello oggetto del giudizio *a quo* la norma censurata finirebbe per determinare.

3. – Con quattro ordinanze, di analogo tenore, emesse il 3 marzo 2006 (r.o. n. 223 del 2006), il 28 febbraio 2006 (r.o. n. 235 del 2006), l'8 aprile 2006 (r.o. n. 297 del 2006) e l'11 marzo 2006 (r.o. n. 404 del 2006), il Tribunale di Cagliari ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 25, secondo

comma, e 27, primo e terzo comma, Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, cod. pen., come modificato dall'art. 3 della legge n. 251 del 2005, nella parte in cui stabilisce il "divieto di prevalenza" delle circostanze attenuanti sulle circostanze aggravanti, nell'ipotesi prevista dall'art. 99, quarto comma, cod. pen.

Il Tribunale rimettente – chiamato a giudicare persone imputate del reato di detenzione o cessione illecita di sostanze stupefacenti, di cui all'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990, con l'aggravante della recidiva reiterata – premette che, in ognuno dei casi, tenuto conto della modesta quantità di stupefacente detenuta o ceduta dagli imputati e delle altre modalità dell'azione, il fatto andrebbe ritenuto di lieve entità, ai fini dell'applicazione del comma 5 dello stesso art. 73: disposizione, quest'ultima, che – secondo la costante giurisprudenza di legittimità – contempla non già una fattispecie autonoma di reato, ma una circostanza attenuante ad effetto speciale, la quale, nel caso di concorso con eventuali aggravanti, resta dunque obbligatoriamente soggetta al giudizio di comparazione previsto dall'art. 69 cod. pen.

Tale attenuante comporta, d'altra parte, una sensibilissima mitigazione della risposta punitiva ai reati di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope, tanto nell'assetto anteriore che in quello successivo alle modifiche apportate dal decreto-legge n. 272 del 2005, convertito, con modificazioni, nella legge n. 49 del 2006: in particolare, dopo tale novella, la pena della reclusione da sei a venti anni e della multa da euro 26.000 a euro 260.000, comminata dal comma 1 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990, viene sostituita, ove ricorra l'attenuante in questione, da quella della reclusione da uno a sei anni e della multa da euro 3.000 a euro 26.000. Nella specie, tuttavia, tale drastica riduzione del trattamento sanzionatorio resterebbe irrimediabilmente vanificata, stante l'impossibilità di ritenere l'attenuante in parola – per il divieto posto dalla norma censurata – prevalente sulla contestata recidiva reiterata, come pure le caratteristiche del fatto e la personalità degli imputati richiederebbero.

Siffatta soluzione normativa si rivelerebbe contraria ai principi di ragionevolezza e di eguaglianza: giacché, per un verso, imporrebbe di punire allo stesso modo fatti di diversa gravità concreta (nella specie, l'illeci-

ta detenzione o lo spaccio di stupefacenti di lieve entità verrebbero puniti con la medesima pena prevista i fatti non lievi); e, per un altro verso, farebbe sì che vengano puniti in modo del tutto diverso fatti oggettivamente identici o analoghi (quali, nella specie, l'illecita detenzione o lo spaccio di stupefacenti di lieve entità), sulla base del solo elemento differenziale rappresentato dalla qualità di recidivo reiterato dell'autore.

Tramite la norma censurata, il legislatore avrebbe introdotto, in sostanza, un "automatismo sanzionatorio" atto a determinare una "indiscriminata omologazione" dei recidivi reiterati, sulla base di una presunzione assoluta di pericolosità che – prescindendo dalla natura dei delitti cui si riferiscono le precedenti condanne, dall'epoca della loro commissione e dalla identità della loro indole rispetto a quella del nuovo reato – non troverebbe fondamento nell'"*id quod plerumque accidit*". La recidiva reiterata, difatti, potrebbe non essere indicativa di una effettiva pericolosità, segnatamente allorché vengano in considerazione condanne risalenti nel tempo e relative a delitti di scarsa gravità, o comunque non significativi sul piano criminale in rapporto al nuovo delitto per cui si procede.

Tale "automatismo sanzionatorio", ancorato alla sola personalità del colpevole ed alla sua pericolosità presunta, lederebbe anche l'art. 25, secondo comma, Cost., il quale sancisce un legame indissolubile tra la sanzione penale e la commissione di un "fatto": impedendo, quindi, che si punisca la mera pericolosità sociale o l'"atteggiamento interiore" del reo.

La norma censurata si porrebbe in contrasto, altresì, con i principi stabiliti dall'art. 27, primo e terzo comma, Cost. Al riguardo, verrebbero in rilievo tanto il principio di personalità della responsabilità penale, a fronte del quale la pena non potrebbe essere aggravata solo per soddisfare esigenze di prevenzione generale e di difesa sociale; quanto il principio di proporzionalità della pena, insito nella funzione retributiva, il quale impone la congruità della pena irrogata in concreto rispetto alla gravità del fatto ed alle condizioni personali dell'agente; quanto, infine, il principio della finalità rieducativa della pena: finalità che – secondo la giurisprudenza di questa Corte – deve essere associata alla funzione retributiva in termini di necessaria coesistenza. Da tale complesso di precetti costituzionali emergerebbe dunque l'esigenza dell'individualizzazione della pe-

na, giacché solo mediante l'adeguamento della risposta punitiva alle caratteristiche del singolo caso – adeguamento che costituisce l'obiettivo del giudizio di comparazione tra circostanze eterogenee – sarebbe possibile assicurare un'effettiva eguaglianza di fronte alle pene, rendendo realmente "personale" la responsabilità penale e facendo sì che il trattamento sanzionatorio assolva ad una funzione rieducativa.

Il novellato art. 69, quarto comma, cod. pen. – con l'escludere il giudizio di prevalenza delle attenuanti rispetto alla recidiva reiterata – impedirebbe viceversa il suddetto adeguamento, imponendo l'irrogazione di pene che possono rivelarsi, come nei casi di specie, del tutto sproporzionate rispetto all'effettiva entità dei fatti e dunque inidonee, proprio perché percepite come ingiuste ed abnormi, ad agevolare la risocializzazione del reo.

4. – Il Tribunale di Cagliari ha sollevato questione di legittimità costituzionale della medesima norma, in riferimento agli artt. 3, 25, secondo comma, e 27, primo e terzo comma, Cost., con due ulteriori ordinanze, emesse il 3 aprile 2006 (r.o. n. 307 del 2006) ed il 23 giugno 2006 (r.o. n. 559 del 2006), che svolgono censure in parte differenziate.

Anche in tali occasioni, il rimettente – investito di processi penali nei confronti di persone imputate dei reati di cessione e detenzione illecite di sostanze stupefacenti, di cui all'art. 73, commi 1 e 1-*bis*, del d.P.R. n. 309 del 1990, con l'aggravante della recidiva reiterata – ritiene che i fatti oggetto di giudizio vadano qualificati di lieve entità, ai fini dell'applicazione dell'attenuante di cui al comma 5 del citato art. 73; e che tale attenuante – ove non lo impedisse la norma censurata – dovrebbe essere considerata prevalente rispetto alla recidiva reiterata.

Ciò posto, il giudice *a quo* osserva come, alla luce delle indicazioni di questa Corte, l'adeguamento della pena al caso concreto da parte del giudice – sulla base dei parametri forniti dall'art. 133 cod. pen. – rappresenti attuazione e sviluppo dei principi costituzionali di eguaglianza, di personalità della responsabilità penale e di finalizzazione della pena alla rieducazione; e come, al tempo stesso, la pena abbia un carattere "polifunzionale" – rispondendo sia a fini di prevenzione generale e difesa sociale, sia a fini di prevenzione speciale e di rieducazione del reo – senza che fra tali finalità sia possibile stabilire una "gerarchia statica": così che il legisla-

tore, nei limiti della ragionevolezza, può far prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra di esse, a patto, però, che nessuna risulti obliterata.

Ai sensi dell'art. 133 cod. pen., d'altro canto, la "pena giusta" deve essere determinata combinando in maniera sintetica, ma razionale, il giudizio in ordine alla gravità del reato e quello concernente la capacità a delinquere, desunta, fra l'altro, dai precedenti penali e giudiziari. Tale ultimo criterio – quello, cioè, della capacità a delinquere – potrebbe essere letto o come espressivo della finalità specialpreventiva della pena, cioé quale indice, "proiettato nel futuro", della pericolosità sociale del reo; ovvero come "ancorato al momento del fatto", nel senso che esso rappresenterebbe null'altro che una componente del giudizio relativo alla colpevolezza, in un'ottica retributiva. Anche a voler privilegiare, peraltro, l'aspetto specialpreventivo e rieducativo della pena, tali funzioni non potrebbero comunque prescindere – alla luce dei ricordati *dicta* di questa Corte – dall'applicazione di una pena "giusta", ossia proporzionata alla gravità complessiva della responsabilità dell'autore. Nel contesto dell'art. 133, secondo comma, cod. pen., inoltre, l'indice rappresentato dai precedenti penali e dalla complessiva condotta di vita dell'imputato sarebbe "del tutto indipendente dalla valutazione del fatto": con la conseguenza che, quanto è maggiore la rilevanza accordata a tale elemento, tanto più la sanzione – "a causa dell'efficacia determinante svolta dal «tipo d'autore»" – acquisterebbe caratteri di "esemplarità", incompatibili non soltanto con il principio della finalità rieducativa della pena, ma anche con il principio di offensività desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost.

Il giudizio di comparazione delle circostanze, di cui all'art. 69 cod. pen. – prosegue il rimettente – attiene anch'esso alla valutazione del reato nel suo complesso, e deve essere operato dal giudice alla stregua dei criteri di cui all'art. 133 cod. pen. e nel rispetto dei limiti fissati discrezionalmente dal legislatore, in base a scelte di politica criminale: scelte che non debbono tuttavia varcare il confine della ragionevolezza, né creare disparità di trattamento prive di giustificazione, rimanendone altrimenti lesi il principio di eguaglianza, di cui all'art. 3 Cost., e, di riflesso, quelli di personalità della responsabilità penale e della funzione rieducativa della pena.

Tali limiti non risulterebbero osservati, per contro, dal nuovo disposto dell'art. 69, quarto comma, cod. pen., nella parte in cui vieta di ritenere le circostanze attenuanti prevalenti sulla recidiva reiterata.

Con l'impedire che elementi di segno contrario possano travolgere l'indice negativo rappresentato dalla reiterazione del reato, il legislatore avrebbe infatti introdotto una sorta di presunzione legale di pericolosità sociale, o quantomeno di spiccata tendenza a delinquere del recidivo reiterato. La razionalità di una simile previsione risulterebbe peraltro dubbia: e ciò anzitutto alla luce del carattere "perpetuo" della recidiva, la quale si configura – fatta eccezione per la recidiva infraquinquennale – a prescindere dal lasso di tempo trascorso dalla commissione dell'ultimo reato, e dunque anche in casi in cui, essendosi al cospetto di precedenti penali remoti, l'indicata presunzione di pericolosità non trovi in concreto giustificazione.

Per altro verso, poi, il divieto di "subvalenza" della recidiva reiterata è stato sancito in rapporto a tutte le circostanze attenuanti, indipendentemente dal fatto che esse abbiano carattere soggettivo od oggettivo, o che si tratti di attenuanti ad effetto comune o ad effetto speciale.

Sotto il primo profilo, tuttavia, la non omogeneità degli elementi considerati nel giudizio di bilanciamento renderebbe irrazionale la preclusione: giacché, se la disposizione mira a rendere indefettibile la valutazione della recidiva nel giudizio relativo alla personalità dell'imputato, detto divieto sarebbe "forse" giustificabile in rapporto alle attenuanti che hanno fondamento nella tendenza a delinquere del reo; ma risulterebbe comunque illogico rispetto alle attenuanti a carattere oggettivo, le quali riflettono esclusivamente il minor disvalore del fatto.

Sotto il secondo profilo, alle attenuanti ad effetto speciale risulta sovente sottesa una valutazione legislativa "del tutto diversa della gravità del fatto e quindi del bisogno sociale di repressione": il che avverrebbe puntualmente per l'attenuante di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990, stante la "siderale distanza" intercorrente fra gli episodi di piccolo spaccio, spesso commessi da tossicodipendenti che in cambio della loro attività ricevono dal fornitore la sostanza necessaria al loro consumo; e gli episodi di vero e proprio traffico, volti a rifornire il mercato degli stupefacenti e a procurare ingenti guadagni.

Di conseguenza, l'elisione degli effetti dell'attenuante in parola, a fronte dei limiti al bilanciamento con la recidiva reiterata, imporrebbe di applicare agli imputati nei giudizi *a quibus*, per fatti di "spaccio minuto", la stessa pena prevista per il trafficante, ossia una pena iniqua perché non proporzionata alla gravità della loro responsabilità penale.

5. – Con tre ordinanze di analogo tenore, emesse il 25 marzo 2006 (r.o. n. 308 del 2006), il 6 aprile 2006 (r.o. n. 408 del 2006) e il 20 maggio 2006 (r.o. n. 615 del 2006), nell'ambito di procedimenti penali nei confronti di persone imputate dei reati di detenzione e cessione illecite di sostanze stupefacenti, con l'aggravante della recidiva reiterata, il Tribunale di Perugia ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, cod. pen., come modificato dall'art. 3 della legge n. 251 del 2005, nella parte in cui esclude che possa ritenersi prevalente sulla recidiva reiterata la circostanza attenuante ad effetto speciale di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990: circostanza che il giudice *a quo* reputa configurabile nei casi di specie.

Il Tribunale rimettente muove anch'esso dal rilievo che, per affermazione di questa Corte, l'adeguamento della pena ai casi concreti – cui il giudizio di bilanciamento fra circostanze di segno opposto è preordinato – costituisce espressione dei principi di personalità della responsabilità penale e della finalità rieducativa della pena, nonché, al tempo stesso, strumento di attuazione dell'eguaglianza di fronte alla sanzione penale.

Su tale premessa, il giudice *a quo* osserva che è ben vero che anche nel caso in cui sia preclusa la formulazione di un giudizio di prevalenza delle attenuanti sulle aggravanti – come avviene attualmente per la recidiva reiterata, in forza dall'art. 69, quarto comma, cod. pen. – permane un residuo margine di graduabilità della pena; ma che tale graduabilità residua deve risultare comunque idonea ad assicurare la ricordata finalità rieducativa, oltre che connotata da razionalità e proporzionalità.

Ciò non avverrebbe, per contro, nell'ipotesi in cui – per valutazioni attinenti alla concreta offensività del reato di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti – detto reato possa considerarsi di lieve entità: apparendo del tutto incongruo che, in tale ipotesi, venga pre-

clusa la formulazione di un giudizio di prevalenza dell'attenuante di cui al comma 5 del citato art. 73 rispetto alla recidiva reiterata. In questo modo, infatti, sulla base di una mera presunzione, svincolata dall'apprezzamento del fatto concreto e della effettiva pericolosità del reo – il quale potrebbe risultare gravato da precedenti assai tenui e di diversa indole – si imporrebbe l'irrogazione di una pena corrispondente a quella, di gran lunga superiore, che il legislatore ha stabilito in rapporto al "disvalore oggettivo del reato nella sua dimensione ordinaria".

6. – Con ordinanza emessa il 24 febbraio 2006 (r.o. n. 406 del 2006) il Tribunale di Firenze ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, primo comma, 25, secondo comma, 27, terzo comma, 101, secondo comma, e 111, primo e sesto comma, Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, cod. pen., come modificato dall'art. 3 della legge n. 251 del 2005, nella parte in cui stabilisce il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle circostanze aggravanti inerenti alla persona del colpevole, nel caso previsto dall'art. 99, quarto comma, cod. pen.

Il giudice *a quo* – premesso di essere chiamato a giudicare una persona tratta in arresto nella flagranza della cessione a terzi di una modestissima quantità di eroina: fatto da ritenere di lieve entità ai sensi dell'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990 – rileva come la circostanza attenuante prevista da tale disposizione abbia, per costante giurisprudenza di legittimità, carattere prettamente oggettivo, essendo volta a mitigare le severe pene stabilite per le violazioni in materia di stupefacenti allorché la condotta presenti una ridotta offensività; così da rendere il sistema sanzionatorio stabilito dal citato d.P.R. n. 309 del 1990 complessivamente conforme al dettato costituzionale. La pena inflitta in concreto dovrebbe risultare, infatti, sempre adeguata alla effettiva offensività della singola condotta criminosa, in base al disposto dell'art. 25, secondo comma, Cost.; e conforme, altresì, alla finalità rieducativa della sanzione penale, prevista dall'art. 27, terzo comma, Cost.

Alla realizzazione di tali principi costituzionali era preordinata anche la previsione dell'art. 69 cod. pen. – nel testo anteriore alla novella – in tema di giudizio di comparazione tra circostanze eterogenee, la quale consentiva al giudice di adeguare discrezionalmente la pena alla concreta of-

fensività del fatto sottoposto al suo giudizio. Per contro, la nuova formulazione della norma – vietando il giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti, anche ad effetto speciale, rispetto alla recidiva reiterata (giudizio che si imporrebbe nel caso di specie) – precluderebbe il conseguimento del suddetto obiettivo in presenza di determinate condizioni personali dell'imputato: ponendosi così in contrasto, non soltanto con i precetti, già ricordati, degli artt. 25, secondo comma, e 27, terzo comma, Cost.; ma anche con quelli degli artt. 101, secondo comma, e 111, primo e sesto comma, Cost., stante l'impossibilità, per il giudice, "di adempiere, nel processo, all'obbligo di legge di adeguare la sanzione al caso concreto ed irrogare una sanzione che abbia finalità rieducative".

Ad avviso del giudice rimettente, sarebbe violato anche l'art. 3, primo comma, Cost., giacché, per effetto della norma denunciata, a condotte estremamente diverse sotto il profilo della offensività conseguirebbe una identica sanzione.

7. – In tutti i giudizi di costituzionalità è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, il quale ha chiesto che le questioni siano dichiarate non fondate.

La difesa erariale osserva, in via preliminare, come la modifica apportata all'art. 69 cod. pen. dall'art. 3 della legge n. 251 del 2005 si collochi nell'alveo di un indirizzo legislativo – già precedentemente manifestatosi tramite norme che hanno escluso o limitato il giudizio di equivalenza o di prevalenza rispetto a determinate circostanze aggravanti – volto a ridimensionare il potere discrezionale del giudice, in sede di bilanciamento delle circostanze eterogenee: potere che, a seguito della riforma operata dal decreto-legge 11 aprile 1974, n. 99 (Provvedimenti urgenti sulla giustizia penale), convertito, con modificazioni, nella legge 7 giugno 1974, n. 220, ha finito per assumere una latitudine eccessiva.

La scelta discrezionale del legislatore sottesa alla norma denunciata non confliggerebbe, peraltro, con il principio di ragionevolezza, essendo diretta ad attuare – unitamente alla riforma della disciplina della recidiva, di cui all'art. 99 cod. pen., introdotta dall'art. 4 della stessa legge n. 251 del 2005 – una forma di prevenzione speciale della recidiva reiterata, inasprendone il trattamento sanzionatorio.

La norma censurata non contrasterebbe neppure con la funzione rieducativa della pena, dovendosi escludere che essa comporti l'applicazione di pene sproporzionate, in quanto indirizzata nei confronti di soggetti che hanno commesso un altro reato essendo già recidivi ed hanno così dimostrato un alto e persistente grado di "antisocialità": l'irrigidimento della risposta punitiva resterebbe ancorato, quindi, ad un fatto che obiettivamente attesta la particolare pericolosità del colpevole, onde non potrebbe essere considerato arbitrario.

D'altro canto, il nuovo testo dell'art. 99 cod. pen., pur rendendo (in parte) fissi gli aumenti di pena previsti per le varie ipotesi di recidiva, avrebbe conservato il carattere facoltativo della relativa applicazione (introdotto dalla riforma del 1974), salvo che per i reati di cui all'art. 407, comma 2, lettera *a*), del codice di procedura penale. Rimarrebbe pertanto integro il potere del giudice di escludere l'applicazione della circostanza aggravante – quantomeno agli effetti della commisurazione della pena – allorché ritenga che la ricaduta nel reato non sia indice di insensibilità eticosociale del colpevole, o sia comunque irrilevante dal punto di vista della tutela sociale, in considerazione del lungo tempo trascorso dal precedente reato. Con la conseguenza che, anche nelle ipotesi di recidiva reiterata, il giudice sarebbe tuttora in grado di adeguare il trattamento sanzionatorio alla effettiva gravità del fatto ed alla reale necessità di rieducazione del colpevole.

Considerato in diritto

1.1. – Il Tribunale di Ravenna, con tre distinte ordinanze (r.o. n. 102, n. 103 e n. 104 del 2006) ed il Tribunale di Cagliari, con una ulteriore ordinanza (r.o. n. 295 del 2006), dubitano della legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, primo comma, e 27, terzo comma, della Costituzione, dell'art. 69, quarto comma, del codice penale, come sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251, nella parte in cui, nel disciplinare il concorso di circostanze eterogenee, stabilisce il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata, prevista dall'art. 99, quarto comma, cod. pen.

Ad avviso dei rimettenti, la neointrodotta regola limitativa degli esiti del giudizio di comparazione tra circostanze – giudizio che mira a per-

mettere al giudice il perfetto adeguamento della pena al caso concreto – si porrebbe in contrasto con il principio di ragionevolezza e con la funzione rieducativa della pena, determinando, per un verso, un livellamento del trattamento sanzionatorio di situazioni assai diverse; e imponendo, per un altro verso, l'applicazione di pene che possono risultare manifestamente sproporzionate all'entità del fatto, la cui espiazione non consentirebbe la rieducazione del condannato.

1.2. – Analogo dubbio di costituzionalità è sollevato dal Tribunale di Livorno (ordinanza r.o. n. 405 del 2006), a cui parere il nuovo art. 69, quarto comma, cod. pen., violerebbe, *in parte qua*, tanto l'art. 3, primo comma, Cost., stante il radicale divario – a fronte del medesimo fatto – tra la pena che, per effetto della norma censurata, può essere inflitta al recidivo reiterato e quella irrogabile a chi non lo è; quanto l'art. 27, terzo comma, Cost., attesa la sproporzione della risposta punitiva alla effettiva gravità dell'illecito commesso, che la norma stessa sarebbe idonea a determinare.

1.3. – Il Tribunale di Cagliari, con quattro ordinanze (r.o. n. 223, n. 235, n. 297 e n. 404 del 2006), sottopone a scrutinio di costituzionalità l'art. 69, quarto comma, cod. pen., nella medesima articolazione precettiva, con riferimento agli artt. 3, 25, secondo comma, e 27, primo e terzo comma, Cost.

Avendo di mira, in particolare, le conseguenze che la norma denunciata determinerebbe sul trattamento sanzionatorio dei delitti di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti – in termini di ineluttabile "neutralizzazione", rispetto al recidivo reiterato, della sensibilissima mitigazione della risposta punitiva prefigurata per l'attenuante del fatto "di lieve entità", di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 – il giudice rimettente ritiene compromessi, anzitutto, i principi di ragionevolezza e di eguaglianza. Con l'escludere, infatti, che le attenuanti possano essere ritenute prevalenti sulla recidiva reiterata, il nuovo art. 69, quarto comma, cod. pen., da un lato, imporrebbe di punire allo stesso modo fatti di diversa gravità concreta (in specie, l'illecita detenzione o lo spaccio di stupefacenti di lieve entità verrebbero puniti con la medesima pena prevista i fatti non lievi); dall'altro lato, farebbe sì che vengano puniti in modo del tutto diverso fatti oggettivamente identici o ana-

loghi (quali, in specie, l'illecita detenzione o lo spaccio di stupefacenti di lieve entità), sulla base del solo elemento differenziale rappresentato dalla qualità di recidivo reiterato dell'autore.

Il legislatore avrebbe introdotto, in sostanza, tramite la previsione normativa denunciata, un "automatismo sanzionatorio" atto a determinare una "indiscriminata omologazione" dei recidivi reiterati: "omologazione" da reputare peraltro irrazionale, in quanto basata su una presunzione assoluta di pericolosità che – prescindendo dalla natura dei delitti cui si riferiscono le precedenti condanne, dall'epoca della loro commissione e dalla identità della loro indole rispetto a quella del nuovo reato – non troverebbe fondamento nell'"*id quod plerumque accidit*".

Ne risulterebbe quindi leso anche l'art. 25, secondo comma, Cost., il quale sancisce un legame indissolubile tra la sanzione penale e la commissione di un "fatto": impedendo, così, che si punisca la mera pericolosità sociale presunta o l'"atteggiamento interiore" del reo.

Da ultimo, la disposizione impugnata si porrebbe in contrasto con l'art. 27, primo e terzo comma, Cost., avuto riguardo sia al principio di personalità della responsabilità penale, il quale esclude che la pena possa essere aggravata solo per soddisfare esigenze di prevenzione generale o di difesa sociale, indipendentemente dalla valutazione della personalità del condannato; sia al principio di proporzionalità della pena – insito nella funzione retributiva – il quale postula la congruità della risposta punitiva rispetto alla gravità concreta del fatto; sia alla finalità rieducativa della pena, che verrebbe frustrata dalla irrogazione di pene eccessivamente severe in rapporto all'effettiva entità del reato commesso.

1.4. – Lo stesso Tribunale di Cagliari ha sollevato questione di legittimità costituzionale della medesima norma, in riferimento agli artt. 3, 25, secondo comma, e 27, primo e terzo comma, Cost., con due ulteriori ordinanze (r.o. n. 307 e n. 559 del 2006), che svolgono censure in parte differenziate.

Il Tribunale rimettente ritiene nell'occasione leso l'art. 3 Cost., in rapporto al principio di ragionevolezza, sotto un duplice profilo. In primo luogo, perché la norma censurata introdurrebbe una presunzione legale di pericolosità sociale del recidivo priva di fondamento razionale, stante il ca-

rattere "perpetuo" della recidiva, la quale si configura – fatta eccezione per la recidiva infraquinquennale – indipendentemente dal lasso di tempo trascorso dalla commissione dell'ultimo reato. In secondo luogo, perché il divieto di "subvalenza" della recidiva reiterata risulta sancito – in assunto, altrettanto irrazionalmente – in rapporto a tutte le attenuanti: e dunque anche a quelle a carattere oggettivo (non omogenee rispetto alla recidiva, in quanto non riferite alla personalità dell'autore, ma espressive del minor disvalore del fatto) e a quelle ad effetto speciale, cui è sovente sottesa una valutazione legislativa del tutto diversa in ordine alla gravità del fatto medesimo.

Gli artt. 25, secondo comma, e 27, primo e terzo comma, Cost. sarebbero d'altro canto vulnerati in quanto l'"efficacia determinante" attribuita – ai fini della commisurazione del trattamento sanzionatorio – ai precedenti penali del reo, e dunque al "tipo d'autore", farebbe sì che la pena acquisti caratteri di "esemplarità", incompatibili con i principi di offensività del reato e della finalità rieducativa della pena.

1.5. – Con tre ordinanze di analogo tenore (r.o. n. 308, n. 408 e n. 615 del 2006), il Tribunale di Perugia dubita, in riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., della legittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, cod. pen., come modificato dall'art. 3 della legge n. 251 del 2005, nella parte in cui esclude che possa ritenersi prevalente sulla recidiva reiterata la circostanza attenuante ad effetto speciale del fatto di lieve entità, prevista dall'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990 in rapporto ai delitti di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti e psicotrope.

A parere di tale giudice rimettente, i parametri costituzionali evocati risulterebbero compromessi a fronte della impossibilità di giustificare – in presenza di un reato in materia di stupefacenti, qualificabile come di lieve entità – l'enorme divario tra la pena minima di un anno di reclusione, oltre la multa, applicabile in presenza dell'attenuante *de qua*; e quella di sei anni di reclusione, oltre la multa, che dovrebbe essere invece inflitta ove l'attenuante stessa non possa essere ritenuta prevalente, ma, al più, solo equivalente rispetto alla concorrente aggravante della recidiva reiterata: donde la lesione del principio di eguaglianza e della finalità rieducativa della pena.

1.6. – Il Tribunale di Firenze ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, primo comma, 25, secondo comma, 27, terzo comma, 101, secondo comma, e 111, primo e sesto comma, Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, cod. pen., come modificato dall'art. 3 della legge n. 251 del 2005, nella parte in cui stabilisce il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle circostanze aggravanti inerenti alla persona del colpevole, nel caso previsto dall'art. 99, quarto comma, cod. pen. (ordinanza r.o. n. 406 del 2006).

Secondo il giudice *a quo*, la norma impugnata violerebbe gli artt. 25, secondo comma, e 27, terzo comma, Cost., in quanto – prevedendo una indefettibile elisione delle attenuanti concorrenti nei confronti del recidivo reiterato – non consentirebbe al giudice di infliggere una pena adeguata alla effettiva offensività della singola condotta criminosa e conforme alla finalità rieducativa della sanzione penale.

Verrebbero di conseguenza compromessi anche gli artt. 101, secondo comma, e 111, primo e secondo comma, Cost., stante l'impossibilità, per il giudice, "di adempiere, nel processo, all'obbligo di legge di adeguare la sanzione al caso concreto" e di "irrogare una sanzione che abbia finalità rieducativa".

La disposizione denunciata lederebbe, infine, l'art. 3 Cost., facendo sì che a condotte estremamente diverse, sotto il profilo della offensività, consegua una identica sanzione.

2. – Le ordinanze di rimessione sollevano questioni di costituzionalità inerenti alla medesima norma, svolgendo altresì censure in larga parte identiche o analoghe, onde i relativi giudizi vanno riuniti per essere definiti con unica decisione.

3. – Le questioni sono inammissibili.

3.1. – I giudici *a quibus* dubitano, in riferimento a plurimi parametri costituzionali, della conformità a Costituzione dell'art. 69, quarto comma, del codice penale, come sostituito dall'art. 3 della legge n. 251 del 2005, nella parte in cui – nel disciplinare il concorso di circostanze eterogenee – vieta al giudice di ritenere le circostanze attenuanti prevalenti sull'aggravante della recidiva reiterata, prevista dall'art. 99, quarto comma, cod. pen. La maggioranza dei rimettenti sottopone a scrutinio tale divie-

to nella sua globalità; mentre il solo Tribunale di Perugia si duole, in modo specifico, del fatto che la preclusione del giudizio di prevalenza sia stata sancita anche in rapporto alla circostanza attenuante ad effetto speciale del fatto di lieve entità, prevista dall'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990, relativamente ai delitti di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope.

Le censure formulate dai giudici *a quibus* trovano, in ogni caso, la loro comune premessa fondante nell'assunto per cui la norma denunciata avrebbe introdotto una indebita limitazione del potere-dovere del giudice di adeguamento della pena al caso concreto – adeguamento funzionale alla realizzazione dei principi di eguaglianza, di necessaria offensività del reato, di personalità della responsabilità penale e della funzione rieducativa della pena – introducendo un "automatismo sanzionatorio", correlato ad una presunzione *iuris et de iure* di pericolosità sociale del recidivo reiterato. Si tratterebbe, peraltro, di una presunzione irrazionale, a fronte dei caratteri di "perpetuità" e "genericità" propri della recidiva, la quale – fatta eccezione per le ipotesi di recidiva aggravata previste dai numeri 1) e 2) dell'art. 99, secondo comma, cod. pen. (recidiva specifica e infraquinquennale) – si configura a prescindere dal tempo trascorso dalla condanna precedente e dalla identità dell'indole fra il nuovo delitto e quelli anteriormente commessi.

Ad avviso dei rimettenti, cioè, il fatto che il colpevole del nuovo reato abbia riportato due o più precedenti condanne per delitti non colposi – quali che essi siano – farebbe inevitabilmente scattare il meccanismo limitativo degli esiti del giudizio di bilanciamento tra circostanze prefigurato dall'art. 69, quarto comma, cod. pen.: con l'effetto di "neutralizzare" – anche quando si sia in presenza di precedenti penali remoti, non gravi e scarsamente significativi in rapporto alla natura del nuovo delitto – la diminuzione di pena connessa alle circostanze attenuanti concorrenti, indipendentemente dalla natura e dalle caratteristiche di queste ultime.

Siffatto assunto poggia peraltro, a sua volta, sul presupposto – implicito e non motivato – che, a seguito della legge n. 251 del 2005, la recidiva reiterata sia divenuta obbligatoria e non possa essere, dunque, discrezionalmente esclusa dal giudice – quantomeno agli effetti della commisu-

razione della pena – in correlazione alle peculiarità del caso concreto; con la conseguenza di rendere inapplicabile la censurata disciplina in tema di bilanciamento con le circostanze attenuanti concorrenti.

3.2. – Quella che i rimettenti danno per scontata non rappresenta, tuttavia, l'unica lettura astrattamente possibile del vigente quadro normativo.

A sostegno della tesi della obbligatorietà, in ogni caso, della recidiva reiterata, regolata dal quarto comma dell'art. 99 cod. pen. (nel nuovo testo introdotto dall'art. 4 della legge n. 251 del 2005) – così come della recidiva cosiddetta pluriaggravata, di cui al terzo comma del medesimo articolo – parrebbe militare, in effetti, *prima facie*, l'argomento letterale. L'avvenuta utilizzazione, in tali disposizioni, con riferimento al previsto aumento di pena, del verbo essere all'indicativo presente ("è") – in luogo della voce verbale "può", che compariva nel testo precedente, e che figura tuttora nei primi due commi dello stesso art. 99 cod. pen., con riferimento alla recidiva semplice e alla recidiva aggravata – indurrebbe difatti a ritenere che il legislatore abbia inteso ripristinare, rispetto alle due forme di recidiva considerate, il regime di obbligatorietà preesistente alla riforma attuata dal decreto-legge 11 aprile 1974, n. 99, convertito, con modificazioni, nella legge 7 giugno 1974, n. 220.

Nondimeno – secondo quanto osservato da più parti – la nuova formula normativa potrebbe essere letta anche nel diverso senso che l'indicativo presente "è" si riferisca, nella sua imperatività, esclusivamente alla misura dell'aumento di pena conseguente alla recidiva pluriaggravata e reiterata – aumento che, a differenza che per l'ipotesi della recidiva aggravata, di cui al secondo comma dell'art. 99 cod. pen., il legislatore del 2005 ha voluto rendere fisso, anziché variabile tra un minimo e un massimo – lasciando viceversa inalterato il potere discrezionale del giudice di applicare o meno l'aumento stesso. A tale conclusione indurrebbe, segnatamente, la considerazione che la recidiva pluriaggravata e la recidiva reiterata rappresentano mere "*species*" della figura generale delineata dal primo comma dell'art. 99 cod. pen.: il che implicherebbe che la struttura della recidiva resti quella – indubbiamente facoltativa – ivi contemplata, limitandosi i commi successivi a derogare alla relativa disciplina solo in relazione all'entità degli aumenti di pena.

La soluzione interpretativa in parola risulterebbe avvalorata – ad avviso dei suoi fautori – soprattutto dal rilievo che l'unica previsione espressa di obbligatorietà della recidiva, presente nell'art. 99 cod. pen., è quella racchiusa nell'attuale quinto comma; quest'ultimo – con disposizione collocata dopo la regolamentazione di tutte le forme di recidiva – stabilisce che, "se si tratta di uno dei delitti indicati all'art. 407, comma 2, lettera *a*), del codice di procedura penale, l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio e, nei casi indicati al secondo comma, non può essere inferiore ad un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto". Da tale previsione si desumerebbe che, al di fuori delle ipotesi espressamente contemplate, il legislatore abbia inteso mantenere il carattere della facoltatività: e che, dunque – per quanto al presente più interessa – la recidiva reiterata sia divenuta obbligatoria unicamente ove concernente uno dei delitti indicati dal citato art. 407, comma 2, lettera *a*), del codice di procedura penale, il quale reca un elenco di reati ritenuti dal legislatore, a vari fini, di particolare gravità e allarme sociale.

Avendo omesso di verificare la praticabilità di tale diversa opzione interpretativa, i giudici rimettenti non si sono posti neppure l'ulteriore problema – anch'esso rilevante, in rapporto al *thema decidendum* – della corretta esegesi della previsione del quinto comma dell'art. 99 cod. pen., dianzi riprodotta: quello, cioè, di stabilire se – affinché divenga operante il regime di obbligatorietà della recidiva ivi prefigurato – debba rientrare nell'elenco dei gravi reati, di cui all'art. 407, comma 2, lettera *a*), cod. proc. pen., il delitto oggetto della precedente condanna; ovvero il nuovo delitto che vale a costituire lo *status* di recidivo; o, piuttosto, indifferentemente l'uno o l'altro, o addirittura entrambi; soluzioni, queste, tutte alternativamente prospettate dai primi interpreti della norma, a fronte del suo dettato letterale.

3.3. – Nei limiti in cui si escluda che la recidiva reiterata sia divenuta obbligatoria, è d'altro canto possibile ritenere – come rilevato, nella sostanza, anche dall'Avvocatura dello Stato – che venga meno, *eo ipso*, anche l'"automatismo" oggetto di censura, relativo alla predeterminazione dell'esito del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee sulla base di una asserita presunzione assoluta di pericolosità sociale. Conforme-

mente, infatti, ai criteri di corrente adozione in tema di recidiva facoltativa, il giudice applicherà l'aumento di pena previsto per la recidiva reiterata solo qualora ritenga il nuovo episodio delittuoso concretamente significativo – in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti, ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 cod. pen. – sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo.

Di conseguenza, allorché la recidiva reiterata concorra con una o più attenuanti, è possibile sostenere che il giudice debba procedere al giudizio di bilanciamento – soggetto al regime limitativo di cui all'art. 69, quarto comma, cod. pen. – unicamente quando, sulla base dei criteri dianzi ricordati, ritenga la recidiva reiterata effettivamente idonea ad influire, di per sé, sul trattamento sanzionatorio del fatto per cui si procede; mentre, in caso contrario, non vi sarà luogo ad alcun giudizio di comparazione: rimanendo con ciò esclusa la censurata elisione automatica delle circostanze attenuanti.

I giudici *a quibus* non indicano, del resto, quali argomenti si oppongano ad una simile conclusione. In particolare, essi non si chiedono se la conclusione stessa possa trovare ostacolo nell'indirizzo dominante della giurisprudenza di legittimità – formatosi anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005 (e peraltro avversato dalla dottrina largamente maggioritaria) – in forza del quale la facoltatività della recidiva atterrebbe unicamente all'aumento di pena, e non anche agli altri effetti penali della stessa, rispetto ai quali il giudice sarebbe comunque vincolato a ritenere esistente la circostanza; o se assuma, al contrario, rilievo dirimente – pure nella cornice di detto indirizzo – la considerazione che il giudizio di bilanciamento attiene anch'esso al momento commisurativo della pena. In effetti, qualora si ammettesse che la recidiva reiterata, da un lato, mantenga il carattere di facoltatività, ma dall'altro abbia efficacia comunque inibente in ordine all'applicazione di circostanze attenuanti concorrenti – siano esse ad effetto comune o speciale – ne deriverebbe la conseguenza, all'apparenza paradossale, di una circostanza "neutra" agli effetti della determinazione della pena (ove non indicativa di maggiore colpevolezza o peri-

colosità del reo), nell'ipotesi di reato non (ulteriormente) circostanziato; ma in concreto "aggravante" – eventualmente, anche in rilevante misura – nell'ipotesi di reato circostanziato "*in mitius*". In altre parole, appare assai problematico, sul piano logico, supporre che la recidiva reiterata non operi rispetto alla pena del delitto in quanto tale e determini, invece, un sostanziale incremento di pena rispetto al delitto attenuato: profilo problematico, questo, con il quale i giudici *a quibus* avrebbero dovuto necessariamente misurarsi.

3.4. – In tale ottica, l'eventuale esclusione dell'obbligatorietà della recidiva reiterata, nei termini precedentemente indicati, verrebbe dunque ad inficiare tanto la motivazione sulla rilevanza che quella sulla non manifesta infondatezza delle questioni, formulate dai rimettenti.

Sotto il primo profilo, vale infatti osservare che, alla stregua di quanto riferito nelle ordinanze di rimessione, tutti i giudici rimettenti – fatta eccezione per il solo Tribunale di Ravenna, in rapporto all'ordinanza r.o. n. 104 del 2006 – procedono per delitti non compresi nell'elenco dell'art. 407, comma 2, lettera *a*), cod. proc. pen. I delitti di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti (oggetto dei giudizi *a quibus* in rapporto a tredici delle quindici ordinanze di rimessione) risultano difatti inclusi nel suddetto elenco solo ove ricorrano le ipotesi aggravate ai sensi degli artt. 80, comma 2, e 74 del d.P.R. n. 309 del 1990; mentre il delitto di estorsione (cui ha riguardo l'ordinanza r.o. n. 102 del 2006) vi figura solo se aggravato ai sensi dell'art. 629, secondo comma, cod. pen. (numeri 2 e 6 dell'art. 407, comma 2, lettera *a*, cod. proc. pen.). I rimettenti che procedono per i delitti ora indicati non riferiscono, peraltro, dell'avvenuta contestazione delle predette aggravanti.

D'altro canto, tutte le ordinanze di rimessione – senza alcuna eccezione – o non indicano i delitti ai quali si riferiscono le precedenti condanne riportate dagli imputati, ovvero (come la citata ordinanza del Tribunale di Ravenna r.o. n. 104 del 2006) fanno riferimento a condanne relative a delitti non compresi nell'elencazione dell'art. 407, comma 2, lettera *a*), cod. proc. pen.

Sotto il secondo profilo, poi – al lume di quanto dianzi indicato – sia il problema dei limiti di obbligatorietà della recidiva reiterata, sia quello

della necessità o meno di effettuare comunque il giudizio di comparazione, a fronte di una recidiva facoltativa, incidono anche sulla valutazione di non manifesta infondatezza della questione formulata dai singoli rimettenti: questi ultimi – espressamente o implicitamente – si dolgono tutti del fatto che la presunzione di pericolosità, sottesa alla norma denunciata, scatti a prescindere dalla natura dei reati di cui si discute.

La stessa ordinanza del Tribunale di Ravenna r.o. n. 104 del 2006 – l'unica emessa, come detto, nell'ambito di un processo per delitti inclusi nella lista dell'art. 407, comma 2, lettera *a*), cod. proc. pen. (in specie, rapina e violenza sessuale aggravate dall'uso di armi: numeri 2 e 7-*bis* della citata disposizione) – afferma, del resto, *expressis verbis*, che la valutazione circa la ragionevolezza della scelta legislativa di limitare i possibili esiti del giudizio di bilanciamento potrebbe essere diversa, in presenza di un divieto di prevalenza delle attenuanti limitato ai soli recidivi reiterati "condannati per reati di una certa gravità"; e ciò analogamente a quanto la medesima legge n. 251 del 2005 ha previsto con riguardo alla neointrodotta limitazione alla concessione delle attenuanti generiche, di cui all'art. 62-*bis*, secondo comma, cod. pen. (limitazione, peraltro, parimenti connessa al fatto che si discuta di uno dei delitti di cui all'art. 407, comma 2, lettera *a*, cod. proc. pen., sia pure con l'ulteriore condizione che la relativa pena minima risulti non inferiore a cinque anni di reclusione).

4. – L'assenza di indirizzi consolidati sulle tematiche dianzi evidenziate (facoltatività o meno della "nuova" recidiva reiterata; conseguenze della facoltatività sul giudizio di bilanciamento) – assenza del tutto ovvia alla data delle ordinanze di rimessione (in quanto di poco posteriori all'entrata in vigore della novella) – è riscontrabile anche allo stato attuale, essendosi la Corte di cassazione espressa in modo contrastante nelle prime decisioni in materia. Pertanto, la mancata verifica preliminare – da parte dei giudici rimettenti, nell'esercizio dei poteri ermeneutici loro riconosciuti dalla legge – della praticabilità di una soluzione interpretativa diversa da quella posta a base dei dubbi di costituzionalità ipotizzati, e tale da determinare il possibile superamento di detti dubbi (o da renderli comunque non rilevanti nei casi di specie), comporta – in conformità alla costante giurisprudenza di questa Corte (*ex plurimis*, tra le ultime, ordi-

nanze n. 32 del 2007, n. 244, n. 64 e n. 34 del 2006) – l'inammissibilità delle questioni sollevate.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi,

dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, del codice penale, come sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione), sollevate, in riferimento agli artt. 3, 25, secondo comma, 27, primo e terzo comma, 101, secondo comma, e 111, primo e sesto comma, della Costituzione, dai Tribunali di Ravenna, Cagliari, Livorno, Perugia e Firenze con le ordinanze indicate in epigrafe.

Art. 99 c.p.
La recidiva

Finalmente anche la Corte Costituzionale con sentenza del 14/06/2007 n. 192 ha ritenuto sussistere il carattere di assoluta facoltatività della recidiva prevista dall'art. 99, comma 4, c.p. .

Dopo i vari dubbi interpretativi della dottrina ed in particolare della giurisprudenza si è giunti finalmente a sciogliere il nodo della facoltatività.

Tale decisione comporta che, ove il giudice non decida di applicare l'aumento di tale aggravante, si debba ritenere che possa, come in precedenza, procedere al giudizio di prevalenza di attenuanti quali l'art. 62 bis c.p. o 73 comma V dpr 309/90.

Vi è in sostanza il ripristino della norma ex art. 69 c.p. che aveva subito nel caso di specie una abrogazione tacita.

La sentenza in esame arriva dopo quelle della Suprema Corte, sez VI, 03/05/2007 n. 16750 e sez. VI, sentenza 11/05/2007 n. 18302 che pur condividendo l'applicazione facoltativa della recidiva (4° comma art. 99 c.p.) giungevano a risultati diversi in ordine al giudizio di prevalenza.

E' da rilevare che le problematiche immediatamente emerse all'indomani della legge Cirielli sono state ampiamente trattate anche dalla nostra rivista, (Voce del Foro n. 1/05 pagg. 172 e ss - Avv. N. Fiorenza – Avv. E. Ruggiano; n. 3/06 pagg. 84 e ss. Avv. N. Fiorenza ed Avv. S.A. Sabella; Voce del Foro n. 1/07 pagg. 80 e ss Avv. A. De Longis J) ed al relativo esame si rimanda.

La prima sentenza (sez.VI n. 16750/07) ha sostanzialmente indicato la strada da percorrere alla Corte Costituzionale affermando che il comma 4 dell'art. 99 ha un carattere di facoltatività a differenza della seconda sentenza della Suprema Corte (sez. VI sent. 18302) che propendeva per un'automatica applicazione della recidiva. Solo successivamente con la menzionata sentenza della Corte Costituzionale, vengono confermate sul piano formale e sostanziale le regole generali del giudizio di bilanciamento

tra circostanze eterogenee. Logica conseguenza è la riconferma della discrezionalità tecnica del giudice, il quale potrà continuare nel giudizio di cui all'art. 69 e ss del c.p.

Ne deriva, quindi, che l'unica previsione espressa di obbligatorietà della recidiva *ex* art. 99 c.p. è quella di cui al comma 5.

In definitiva l'impianto normativo dell'art. 99 c.p. prevede al 1° comma, con il "può", una facoltà di aumento e nei successivi commi 2, 3 e 4 una sottocategoria del 1° comma. Mentre è il 5° comma che indica nell'art. 407, comma 2, lettera a) c.p.p. specificamente l'obbligatorietà dell'aumento di pena.

Appare evidente che non è necessario alcun altro commento;

la sentenza in esame induce ad un'attenta lettura sia per la chiarezza e, soprattutto, per i principi espressi e riconfermati che presiedono il nostro codice di merito.

Avv. Nazzareno Fiorenza

Corte Costituzionale
24 ottobre 2007, n. 348

Presidente: Bile - Relatore: Flick

- *OMISSIS* -

nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 5-*bis* del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359, promossi con ordinanze del 29 maggio e del 19 ottobre 2006 (nn. 2 ordd.) dalla Corte di cassazione, rispettivamente iscritte ai nn. 402 e 681 del registro ordinanze 2006 ed al n. 2 del registro ordinanze 2007 e pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 42, prima serie speciale, dell'anno 2006 e nn. 6 e 7, prima serie speciale, dell'anno 2007.

Visti gli atti di costituzione di R.A., di A.C., di M.T.G., nonché gli atti di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica del 3 luglio 2007 il Giudice relatore Gaetano Silvestri;

uditi gli avvocati Felice Cacace e Francesco Manzo per R.A., Nicolò Paoletti per A.C., Nicolò Paoletti e Alessandra Mari per M.T.G. e l'avvocato dello Stato Gabriella Palmieri per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto in fatto

1. Con ordinanza depositata il 29 maggio 2006 (r.o. n. 402 del 2006), la Corte di cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 5-*bis* del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359, per violazione dell'art. 111, primo e secondo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) firmata a Roma il 4 novembre 1950, cui è stata data esecuzione con la legge 4 agosto 1955, n. 848 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali fir-

mata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952), nonché dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione al citato art. 6 CEDU ed all'art. 1 del primo Protocollo della Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952, cui è stata data esecuzione con la medesima legge n. 848 del 1955.

La norma è oggetto di censura nella parte in cui, ai fini della determinazione dell'indennità di espropriazione dei suoli edificabili, prevede il criterio di calcolo fondato sulla media tra il valore dei beni e il reddito dominicale rivalutato, disponendone altresì l'applicazione ai giudizi in corso alla data dell'entrata in vigore della legge n. 359 del 1992.

1.1. La Corte rimettente riferisce che nel giudizio principale la parte privata R.A., già proprietaria di suoli espropriati per l'attuazione di un programma di edilizia economica e popolare nel Comune di Torre Annunziata, e firmataria di un atto di cessione volontaria in data 2 aprile 1982, ha proposto ricorso avverso la sentenza della Corte d'appello di Napoli del 6 dicembre 2001 per censurare la liquidazione dell'indennità ivi effettuata, in quanto non adeguata al valore dei beni, anche con riferimento alla mancata rivalutazione della somma liquidata.

Nel giudizio di legittimità si sono costituiti il Comune di Torre Annunziata, il quale ha proposto ricorso incidentale, e l'Istituto autonomo case popolari della Provincia di Napoli.

Con memoria illustrativa la ricorrente R.A. ha eccepito l'illegittimità costituzionale dell'art. 5-*bis* del decreto-legge n. 333 del 1992, norma applicata ai fini della quantificazione dell'indennità, per contrasto con gli artt. 42, terzo comma, 24 e 102 Cost., in quanto il criterio ivi previsto non garantirebbe un serio ristoro ai proprietari dei suoli espropriati e la sua applicazione ai giudizi in corso costituirebbe una "indebita ingerenza del potere legislativo sull'esito del processo". A questo proposito si ricorda come la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia costantemente rilevato il contrasto del menzionato art. 5-*bis* con l'art. 1 del primo Protocollo della Convenzione europea.

La censura della parte ricorrente è estesa all'art. 37 del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamen-

tari in materia di espropriazione per pubblica utilità), in quanto si tratta della disposizione, oggi vigente, che ha perpetuato il criterio di calcolo censurato.

1.2. Il rimettente esclude la rilevanza della questione avente ad oggetto la norma citata da ultimo, in quanto applicabile solo ai procedimenti espropriativi iniziati a partire dal 1° luglio 2003, secondo la previsione contenuta nell'art. 57 del medesimo d.P.R. n. 327 del 2001. Nel caso di specie, invece, il giudizio è iniziato nel 1988.

Al contempo, la Corte di cassazione ritiene rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della norma di cui all'art. 5-*bis* del decreto-legge n. 333 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 del 1992.

1.3. In merito alla rilevanza della questione sollevata, il rimettente sottolinea come nella specie si tratti "indiscutibilmente" di suoli edificabili, ai quali è applicabile il citato art. 5-*bis*, commi 1 e 2. In particolare, si evidenzia come l'oggetto del contendere sia costituito dal "prezzo della cessione volontaria", *rectius*, "dal conguaglio dovuto rispetto a quanto a suo tempo convenuto, in applicazione della legge n. 385 del 1980". Il giudice *a quo* ricorda, in proposito, che il prezzo della cessione volontaria deve essere commisurato alla misura dell'indennità di espropriazione; da ciò consegue che nel giudizio principale è ancora in contestazione la determinazione dell'indennizzo espropriativo e che l'eventuale *ius superveniens*, costituito da un nuovo criterio di determinazione dell'indennità di espropriazione dei suoli edificabili, troverebbe senz'altro applicazione.

1.4. Quanto alla non manifesta infondatezza, la Corte di cassazione ritiene di dover riformulare i termini della questione prospettata dalla parte privata ricorrente, individuando i parametri costituzionali di riferimento negli artt. 111 e 117 Cost. Il ragionamento è condotto alla luce dell'esame parallelo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e di quella costituzionale in materia di indennizzo espropriativo.

In relazione alla prima, sono richiamate in particolare le sentenze del 29 luglio 2004 e del 29 marzo 2006, entrambe emesse nella causa Scordino contro Italia, con le quali lo Stato italiano è stato condannato per violazione delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Nella

pronunzia del 2004, la Corte europea ha censurato l'applicazione, operata dai giudici nazionali, dell'art. 5-*bis* ai giudizi in corso, stigmatizzando la portata retroattiva della norma in parola, come tale lesiva della certezza e della trasparenza nella sistemazione normativa degli istituti ablatori, oltre che del diritto della persona al rispetto dei propri beni. Infatti, l'applicazione di tale criterio ai giudizi in corso ha violato l'affidamento dei soggetti espropriati, i quali avevano agito in giudizio per essere indennizzati secondo il criterio del valore venale dei beni, previsto dall'art. 39 della legge 25 giugno 1865, n. 2359 (Espropriazioni per pubblica utilità), ripristinato a seguito della dichiarazione di incostituzionalità delle norme che commisuravano in generale l'indennizzo al valore agricolo dei terreni (sentenze n. 5 del 1980 e n. 223 del 1983).

Con la sentenza del 2006, invece, la Corte di Strasburgo ha rilevato la strutturale e sistematica violazione, da parte del legislatore italiano, dell'art. 1 del primo Protocollo della Convenzione europea, osservando che la quantificazione dell'indennità in modo irragionevole rispetto al valore del bene ha determinato, appunto, una situazione strutturale di violazione dei diritti dell'uomo. Nell'occasione la Corte di Strasburgo ha sottolineato come, ai sensi dell'art. 46 della Convenzione, lo Stato italiano abbia il dovere di porre fine a siffatti problemi strutturali attraverso l'adozione di appropriate misure legali, amministrative e finanziarie.

Sul fronte interno, il giudice rimettente evidenzia come la norma oggetto di censura sia stata più volte scrutinata dalla Corte costituzionale, che l'ha ritenuta conforme all'art. 42, terzo comma, Cost., perché introduttiva di un criterio mediato che assicura un ristoro "non irrisorio" ai soggetti espropriati, nel rispetto della funzione sociale della proprietà (sentenze n. 283, n. 414 e n. 442 del 1993). Anche sotto il profilo dell'applicazione ai giudizi in corso, la Corte costituzionale ha respinto le censure affermando, in particolare nella sentenza n. 283 del 1993, che l'irretroattività delle leggi, pur costituendo un principio generale dell'ordinamento, non è elevato _ fuori dalla materia penale _ al rango di norma costituzionale. Nel caso di specie, attesa la situazione di carenza normativa che caratterizzava al tempo la materia (dopo gli interventi caducatori della stessa Corte, con le sentenze n. 5 del 1980 e n. 223 del 1983) e la conse-

guente applicazione in via suppletiva del criterio del valore venale, la retroattività dell'intervento legislativo non poteva dirsi confliggente con il canone della ragionevolezza.

In esito alla disamina risulterebbe evidente, a parere del giudice *a quo*, che la questione debba essere posta oggi in riferimento ai diversi parametri individuati negli artt. 111 e 117 Cost., secondo una prospettiva inedita che è quella del sopravvenuto contrasto della norma censurata con i principi del giusto processo e del rispetto degli obblighi internazionali assunti dallo Stato, attraverso il richiamo delle norme convenzionali contenute nell'art. 6 CEDU e nell'art. 1 del primo Protocollo, in funzione di parametri interposti.

1.5. La Corte di cassazione svolge poi una serie di considerazioni per giustificare il ricorso all'incidente di costituzionalità, sottolineando come spetti al legislatore la predisposizione dei mezzi necessari per evitare la violazione strutturale e sistematica dei diritti dell'uomo, denunciata dalla Corte europea nella sentenza Scordino del 29 marzo 2006, richiamata poco sopra.

In particolare, la stessa Corte rimettente esclude che il giudice nazionale possa disapplicare l'art. 5-*bis*, sostituendolo con un criterio frutto del proprio apprezzamento o facendo rivivere la disciplina previgente.

L'impossibilità di disapplicare la norma interna in contrasto con quella della Convenzione deriverebbe, a dire della Corte, anche da altre considerazioni. In primo luogo, va escluso che, in riferimento alle norme CEDU, sia ravvisabile un meccanismo idoneo a stabilire la sottordinazione della fonte del diritto nazionale rispetto a quella internazionale, assimilabile alle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost., derivanti dalle fonti normative dell'ordinamento comunitario. Non sembra infatti sostenibile la tesi dell'avvenuta "comunitarizzazione" della CEDU, ai sensi del par. 2 dell'art. 6 del Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, in quanto il rispetto dei diritti fondamentali, riconosciuti dalla Convenzione, costituisce una direttiva per le istituzioni comunitarie e "non una norma comunitaria rivolta agli Stati membri". A conferma di tale ricostruzione, il rimettente richiama il parere negativo espresso dalla Corte di giustizia allorché fu prospettata l'adesione della Comunità europea alla CEDU (parere 28 marzo 1996, n. 2/94). Il parere era fondato sul rilievo che l'ade-

sione avrebbe comportato l'inserimento della Comunità in un sistema istituzionale distinto, nonché l'integrazione del complesso delle disposizioni della CEDU nell'ordinamento comunitario. Nella stessa direzione, la Corte del Lussemburgo ha dichiarato la propria incompetenza a fornire elementi interpretativi per la valutazione da parte del giudice nazionale della conformità della normativa interna ai diritti fondamentali, quali risultano dalla CEDU, e ciò "in quanto tale normativa riguarda una situazione che non rientra nel campo di applicazione del diritto comunitario" (Corte giustizia, 29 maggio 1998, causa C-299/95).

Il giudice *a quo* richiama altresì il principio della soggezione dei giudici alla legge, sancito dall'art. 101 Cost., che impedirebbe di ritenere ammissibile un potere (*a fortiori*, un obbligo) di disapplicazione della normativa interna, atteso che ciò significherebbe attribuire al potere giudiziario una funzione di revisione legislativa del tutto estranea al nostro sistema costituzionale, nel quale l'abrogazione della legge statale rimane "legata alle ipotesi contemplate dagli artt. 15 disp. prel. cod. civ. e 136 Cost.", mentre il mancato rispetto della regola di conformazione si traduce nel vizio di violazione di legge, denunziabile dinanzi alla Corte di cassazione (è richiamata Cass., 26 gennaio 2004, n. 1340), anche se non mancano opinioni che attenuano ulteriormente l'efficacia vincolante delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo (Cass., 26 aprile 2005, n. 8600, e 15 settembre 2005, n. 18249).

A tutto concedere, secondo la Corte rimettente, un vincolo all'interpretazione del giudice nazionale sarebbe ravvisabile ove la norma interna costituisca, come nella disciplina dell'equa riparazione per irragionevole durata del processo, la riproduzione di norme convenzionali, per le quali i precedenti della Corte di Strasburgo costituiscono riferimento obbligato, ovvero quando la norma convenzionale sia immediatamente precettiva, e comunque di chiara interpretazione, e non emerga un conflitto interpretativo tra il giudice nazionale e quello europeo (è richiamata Cass., 19 luglio 2002, n. 10542). Diversamente, in caso di disapplicazione dell'art. 5-*bis*, si porrebbe il problema della sostituzione del criterio ivi indicato con quello previsto dalla normativa previgente, ovvero con un criterio rimesso all'apprezzamento del giudice.

Al riguardo, il giudice *a quo* esprime perplessità circa l'incidenza, in ipotesi di disapplicazione dell'art. 5-*bis*, della norma suppletiva costituita dall'art. 39 della legge n. 2359 del 1865, che fa riferimento al valore venale dei beni e che è richiamata dalla sentenza 29 luglio 2004 della Corte di Strasburgo come criterio sul quale poggiava l'affidamento delle parti ricorrenti al momento dell'instaurazione del giudizio. Detta norma, infatti, non costituisce "regola tendenziale dell'ordinamento", in quanto non essenziale per la funzione sociale riconosciuta alla proprietà dalla Carta fondamentale, secondo l'affermazione costante della giurisprudenza costituzionale (sono richiamate le sentenze n. 61 del 1957, n. 231 del 1984, n. 173 del 1991, n. 138 del 1993 e n. 283 del 1993), mentre l'art. 5-*bis*, come già evidenziato, è stato ritenuto conforme a Costituzione anche sotto il profilo della efficacia retroattiva. In definitiva, in caso di disapplicazione della norma censurata, il giudice sarebbe chiamato ad individuare un criterio di determinazione dell'indennizzo che, pur non essendo coincidente con il valore di mercato dei beni ablati, attesa la funzionalizzazione del diritto dominicale alla pubblica utilità, sia comunque idoneo ad assicurare un *quid pluris* rispetto al criterio contenuto nell'art. 5-*bis*, così compiendo un'operazione "palesemente ammantata da margini di discrezionalità che competono solo al legislatore", anche per la necessità di reperire i mezzi finanziari per farvi fronte.

Il rimettente evidenzia come la stessa giurisprudenza CEDU non sia univoca con riferimento alla identificazione del valore venale dei beni quale unico criterio indennitario ammissibile alla luce dell'art. 1 del primo Protocollo. Infatti, mentre nella citata pronuncia del 29 marzo 2006 la Corte europea ha affermato che solo un indennizzo pari al valore del bene può essere ragionevolmente rapportato al sacrificio imposto, fatti salvi i casi riconducibili a situazioni eccezionali di mutamento del sistema costituzionale (è richiamata la sentenza 28 novembre 2002, *ex* re di Grecia e altro contro Grecia), la stessa Corte "di solito ha ammesso che il giusto equilibrio tra le esigenze di carattere generale e gli imperativi di salvaguardia dei diritti dell'individuo non comporta che l'indennizzo debba corrispondere al valore di mercato del bene espropriato" (sono richiama-

te le pronunce rese in causa *James* e altri contro Regno Unito, del 21 febbraio 1986; *Les saint monasteres* contro Grecia, del 9 dicembre 1994; la già citata sentenza Scordino del 29 luglio 2004).

Quanto rilevato con riferimento all'art. 11 Cost., per negare la "comunitarizzazione" della CEDU e, quindi, la praticabilità della disapplicazione della norma interna, varrebbe altresì ad escludere l'utilizzo del predetto parametro ai fini dello scrutinio.

Secondo il rimettente, il recupero del *dictum* della Corte europea non potrebbe avvenire neppure attraverso il richiamo all'obbligo di conformazione del diritto interno alle norme internazionali che, ai sensi dell'art. 10 Cost., impegna l'intero ordinamento; infatti, per un verso il parametro citato non ha per oggetto il diritto pattizio e, per altro verso, la commisurazione dell'indennizzo espropriativo al valore di mercato del bene non costituisce principio generalmente riconosciuto dagli Stati.

L'intervento giudiziale, infine, secondo la Corte rimettente, non potrebbe trovare giustificazione nella finalità di supplire all'inerzia del legislatore, giacché quest'ultimo ha di recente reiterato il regime indennitario introdotto con l'art. 5-*bis*, avendolo trasfuso nell'attuale art. 37 del d.P.R. n. 327 del 2001. A questo proposito, il giudice *a quo* rammenta come, già nel 1993, la Corte costituzionale (con la sentenza n. 283) avesse invitato il legislatore ad elaborare una legge atta ad assicurare un serio ristoro, ritenendo l'art. 5-*bis* compatibile con la Costituzione in ragione del suo carattere urgente e provvisorio, desumibile anche dall'*incipit* della disposizione che recita: "fino all'emanazione di un'organica disciplina per tutte le espropriazioni".

Dunque, l'"inadeguatezza *in abstracto*" del criterio indennitario contenuto nell'art. 5-*bis* a compensare la perdita della proprietà dei suoli edificabili per motivi di interesse pubblico, definitivamente sancita dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, unitamente alla acquisita definitività della disciplina, riproposta dal legislatore nel 2001, all'art. 37 del d.P.R. n. 327, renderebbe necessario un nuovo scrutinio di costituzionalità.

Le argomentazioni che dimostrano l'impercorribilità della strada della disapplicazione da parte del giudice nazionale varrebbero, al tempo

stesso, ad escludere che il contrasto possa essere composto in via interpretativa.

1.6. Su questa premessa, il giudice *a quo* passa ad illustrare i motivi di contrasto della norma impugnata rispetto ai parametri costituzionali evocati. In particolare, richiamate ancora le pronunce della Corte costituzionale sul menzionato art. 5-*bis*, precisa che, per un verso, quest'ultimo non è stato scrutinato rispetto al parametro di cui all'art. 111 Cost., nel testo modificato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 (Inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione), e che, per altro verso, i contenuti della disposizione costituzionale in esame, avuto riguardo agli aspetti programmatici (primo e secondo comma), sarebbero in gran parte ancora da esplorare, così come sarebbe da chiarire il rapporto "di discendenza della nuova formulazione della norma costituzionale dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo".

Seppure, come è noto, l'originario intento di "costituzionalizzare" l'art. 6 della Convenzione abbia subito modifiche nel corso dei lavori parlamentari, non di meno, a parere della Corte rimettente, andrebbe avallata la tesi secondo cui la ricostruzione dei nuovi precetti costituzionali debba essere condotta proprio alla luce della giurisprudenza della Corte europea. Pertanto, nel ricercare il significato precettivo del riformulato art. 111 Cost. si potrebbe utilmente fare ricorso all'interpretazione resa dalla Corte di Strasburgo dell'analoga disposizione contenuta nell'art. 6 della Convenzione. A questo proposito, le pronunce rese nella causa Scordino contro Italia, in materia di indennizzo espropriativo, hanno affermato che il principio della parità delle parti dinanzi al giudice implica l'impossibilità per il potere legislativo di intromettersi nell'amministrazione della giustizia, allo scopo di influire sulla risoluzione della singola causa o di una circoscritta e determinata categoria di controversie.

Il giudice *a quo* evidenzia come la vicenda giudiziaria che ha dato luogo alle citate sentenze della Corte europea e quella che ha originato la presente questione di legittimità costituzionale risultino del tutto assimilabili: in entrambi i casi, infatti, i soggetti espropriati hanno agito in giudizio sul presupposto che, espunti dall'ordinamento (per effetto delle pronunce della Corte costituzionale n. 5 del 1980 e n. 223 del 1983) i pena-

lizzanti criteri di quantificazione dell'indennizzo previsti dalla legge 29 luglio 1980, n. 385 (Norme provvisorie sulla indennità di espropriazione di aree edificabili nonché modificazioni di termini previsti dalle leggi 28 gennaio 1977, n. 10, 5 agosto 1978, n. 457, e 15 febbraio 1980, n. 25), si fosse determinata la reviviscenza del criterio del valore venale, con la conseguente nullità dell'atto di cessione volontaria per indeterminatezza dell'oggetto e con l'insorgenza del diritto all'indennità commisurata al predetto valore.

Il giudice di merito, invece, dovendo stabilire il "prezzo della cessione" da commisurare all'indennità di esproprio, ha dovuto fare applicazione del sopravvenuto art. 5-*bis* del decreto-legge n. 333 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 del 1992, ed ha di conseguenza condannato il Comune espropriante al pagamento della differenza, a titolo di conguaglio della somma in precedenza corrisposta.

Il risultato è stato che le proprietarie espropriate, "a giudizio iniziato", si sono viste ridurre del 50 per cento la somma per il conseguimento della quale si erano determinate ad agire.

Per le ragioni suesposte la Corte di cassazione ritiene che la norma censurata sia in contrasto con l'art. 111, primo e secondo comma, Cost., anche alla luce dell'art. 6 CEDU, nella parte in cui, disponendo l'applicabilità ai giudizi in corso delle regole di determinazione dell'indennità di espropriazione in esso contenute, viola i principi del giusto processo, in particolare le condizioni di parità delle parti davanti al giudice.

1.7. La Corte rimettente assume che il censurato art. 5-*bis* si ponga in contrasto anche con l'art. 117, primo comma, Cost., alla luce delle norme della Convenzione europea, come interpretate dalla Corte di Strasburgo.

Infatti la nuova formulazione della norma costituzionale, introdotta dalla legge di riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione, avrebbe colmato "una lacuna dell'ordinamento". In tal senso, a detta della rimettente, la *sedes materiae* non risulterebbe decisiva per "ridimensionare" l'effetto innovativo dell'art. 117, primo comma, Cost., circoscrivendolo al solo riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni. Al contrario, nella norma in esame "sembra doversi ravvisare il criterio ispiratore di tutta la funzione legislativa, anche di quella contemplata dal se-

condo comma, riguardante le competenze esclusive dello Stato, cui è riconducibile la normativa in tema di indennità di espropriazione".

Dunque, secondo il giudice *a quo*, le norme della Convenzione europea, e specialmente l'art. 6 CEDU e l'art. 1 del primo Protocollo, diverrebbero, "attraverso l'autorevole interpretazione che ne ha reso la Corte di Strasburgo", norme interposte nel presente giudizio di costituzionalità. In particolare, la sopravvenuta incompatibilità dell'art. 5-*bis* con le norme CEDU e quindi con l'art. 117, primo comma, Cost., riguarderebbe i profili evidenziati dalla Corte europea, ovvero la "contrarietà ai principi del giusto processo" e l'"incongruità della misura indennitaria, nel rispetto che è dovuto al diritto di proprietà".

2. – È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che le questioni di legittimità costituzionale siano dichiarate infondate.

2.1. La difesa erariale individua il *thema decidendum* nei seguenti punti: *a*) "se, in caso di contrasto tra la giurisprudenza europea e la legge nazionale, prevalga la prima, e dunque quale sia il destino della seconda"; *b*) "se, in caso di risposta affermativa al primo quesito, la soluzione valga anche con riguardo alle norme costituzionali".

Prima di rispondere ai quesiti indicati, a parere dell'Avvocatura generale, occorre stabilire se davvero la giurisprudenza della Corte europea possa, in via interpretativa, imporre agli Stati aderenti di considerare ridotte o espanse le norme convenzionali "in una sorta di diritto di esclusiva che farebbe premio sia sui procedimenti di formazione dei patti internazionali sia sulla diretta interpretazione del giudice nazionale, il quale pur si trova ad applicare le stesse norme [CEDU] in quanto recepite dalla legge nazionale 4 agosto 1955 n. 848".

La difesa erariale contesta che tale potere, per quanto rivendicato dalla Corte europea, sia previsto da norme convenzionali. L'art. 32 del Protocollo n. 11 della Convenzione EDU, reso esecutivo in Italia con la legge 28 agosto 1997, n. 296 (Ratifica ed esecuzione del protocollo n. 11 alla convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, recante ristrutturazione del meccanismo di controllo stabilito dalla convenzione, fatto a Strasburgo l'11 maggio 1994), circoscrive la

competenza della predetta Corte "a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli". Ad avviso dell'Avvocatura generale, si tratterebbe di una norma posta a garanzia dell'indipendenza dei giudici di Strasburgo, che "non può trasformarsi in una fonte di produzione normativa vincolante oltre il processo e, addirittura, limitativa dei poteri istituzionali dei Parlamenti nazionali o della nostra Corte di cassazione o perfino della Corte costituzionale".

La pretesa della Corte di Strasburgo di produrre norme convenzionali vincolanti non sarebbe compatibile con l'ordinamento internazionale generale e ancor più con il sistema della Convenzione di Vienna, cui è stata data esecuzione con la legge 12 febbraio 1974, n. 112 (Ratifica ed esecuzione della convenzione sul diritto dei trattati, con annesso, adottata a Vienna il 23 maggio 1969), secondo cui l'interpretazione di qualunque trattato deve essere testuale ed oggettiva.

Pertanto, la difesa dello Stato evidenzia come le questioni odierne abbiano ragione d'essere soltanto se si riconosce alle norme di origine giurisprudenziale della Corte europea il valore di parametro interposto. Diversamente, non vi sarebbe motivo di dubitare che, ai sensi degli artt. 25 e 42 Cost., il legislatore nazionale possa introdurre norme di carattere retroattivo, operanti anche nei processi in corso, e conformare sistemi indennitari che contemperino il diritto dei singoli con le esigenze della collettività, così evitando che gli indennizzi degli espropri coincidano con il prezzo di mercato degli immobili.

2.2. La difesa dello Stato contesta l'impostazione del ragionamento della Corte rimettente anche con riferimento ai parametri evocati.

Secondo l'Avvocatura generale, l'art. 111 Cost., una volta depurato "da ogni suggestione di prevalenza degli "insegnamenti" CEDU sulla legislazione ordinaria e costituzionale o sulla giurisprudenza della Corte di cassazione e della stessa Corte costituzionale", non stabilisce affatto quello che il giudice *a quo* crede di leggervi. Il "giusto processo" non riguarda le prerogative del legislatore, in particolare non gli impedisce di intervenire sulla disciplina sostanziale con norme di carattere retroattivo, che il giudice è tenuto ad applicare in ossequio al disposto dell'art. 101 Cost. Del resto, osserva la difesa erariale, neppure l'art. 6 CEDU,

che ha ispirato la novella dell'art. 111 Cost., contiene riferimenti al divieto di leggi retroattive in materia extrapenale; tale divieto esiste, quindi, soltanto nella giurisprudenza della Corte europea, la quale, peraltro, secondo gli argomenti già esposti, sarebbe priva di potere creativo di norme convenzionali.

Discorso parzialmente analogo varrebbe per l'art. 117, primo comma, Cost., il quale impone il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, là dove, per l'appunto, le predette norme configurino limitazioni all'esercizio della potestà legislativa.

La difesa erariale richiama in proposito l'art. 1 della legge 5 giugno 2003, n. 131 (Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3), il quale stabilisce che costituiscono vincoli alla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni "quelli derivanti […] da accordi di reciproca limitazione della sovranità, di cui all'art. 11 della Costituzione, dall'ordinamento comunitario e dai trattati internazionali". Nulla di tutto ciò, secondo l'Avvocatura generale, è presente nella CEDU, sia con riferimento alla previsione di leggi retroattive di immediata applicazione ai processi in corso, e per le quali opera quindi la sola disciplina delle fonti di produzione nazionali, sia con riguardo ai diritti del proprietario espropriato. A tale proposito, l'interveniente rileva che l'art. 1 del primo Protocollo, diversamente da quanto ritenuto dalla Corte di Strasburgo, si limita ad affermare il principio per cui il sacrificio della proprietà privata è ammissibile solo per cause di pubblica utilità e alle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. La norma convenzionale richiamata non imporrebbe in alcun modo, quindi, che l'indennizzo dovuto al proprietario espropriato debba corrispondere al valore venale del bene.

2.3. In conclusione, la difesa erariale evidenzia come il valore venale del terreno urbano non esista *in rerum natura*, ma sia direttamente collegato agli strumenti urbanistici e perciò determinato in funzione della utilizzabilità dell'area, con la conseguenza che un sistema indennitario che imponga una drastica riduzione del valore del bene non è così distante dalla realtà degli scambi economici.

3. Si è costituita in giudizio R.A., ricorrente in via principale nel giu-

dizio *a quo*, richiamando genericamente tutte le censure, eccezioni e deduzioni svolte nei diversi gradi del procedimento, ed in particolare l'eccezione di illegittimità costituzionale formulata nel giudizio di cassazione, con riserva di depositare successive memorie.

4. In data 19 giugno 2007 la stessa parte privata ha depositato una memoria illustrativa con la quale insiste affinché la questione sia dichiarata fondata.

4.1. In particolare, dopo aver riassunto l'intera vicenda giudiziaria dalla quale è originato il giudizio *a quo*, la difesa della parte rileva che la misura dell'indennizzo espropriativo prevista nella norma censurata, non presentando le caratteristiche del "serio ristoro", sarebbe tutt'ora censurabile sotto il profilo del contrasto con l'art. 42, terzo comma, Cost., nonostante l'esito dei precedenti scrutini (sentenze n. 283 e n. 442 del 1993). Infatti, nelle pronunzie richiamate, la Corte costituzionale aveva fatto salva la norma censurata solo perché caratterizzata da "provvisorietà ed eccezionalità".

4.2. Con riferimento al profilo afferente l'applicazione della norma censurata ai giudizi in corso, la parte privata ritiene violati gli artt. 24 e 102 Cost. L'avvenuta modifica della norma sostanziale in corso di causa e la conseguente variazione della "dimensione qualitativa e quantitativa" del diritto azionato costituirebbero un'indebita ingerenza del potere legislativo sull'esito del processo, in violazione della riserva contenuta nell'art. 102 Cost. Non si tratterebbe, nel caso di specie, di mera retroattività, ma di vera e propria interferenza nell'esercizio della funzione giudiziaria da parte del legislatore, "allo scopo dichiarato di limitare l'onere (legittimo) a carico della pubblica amministrazione".

Inoltre, la censura prospettata in riferimento all'art. 42, terzo comma, Cost. andrebbe estesa all'art. 37 del d.P.R. n. 327 del 2001, nel quale è contenuto un criterio di calcolo dell'indennizzo espropriativo che conduce ad una riduzione di circa il 50 per cento rispetto al valore reale del bene. Tale norma, peraltro, non presenta i caratteri di provvisorietà e urgenza che avevano connotato l'art. 5-*bis*, trattandosi, con ogni evidenza, di disciplina definitiva.

Da ultimo, sul rilievo che gli argomenti svolti dal giudice *a quo* per

escludere la violazione degli ulteriori parametri indicati nell'eccezione di parte non assumono valore preclusivo, la parte auspica che la Corte costituzionale estenda il proprio scrutinio anche a tali parametri.

5. Con ordinanza depositata il 19 ottobre 2006 (r.o. n. 681 del 2006), la Corte di cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 5-*bis* del decreto-legge n. 333 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 del 1992, per violazione dell'art. 111, primo e secondo comma, Cost., in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ed all'art. 1 del primo Protocollo della Convenzione stessa, nonché dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione al citato art. 1 del primo Protocollo.

La norma è oggetto di censura nella parte in cui, ai fini della determinazione dell'indennità di espropriazione dei suoli edificabili, prevede il criterio di calcolo fondato sulla media tra il valore dei beni e il reddito dominicale rivalutato, disponendone altresì l'applicazione ai giudizi in corso alla data dell'entrata in vigore della legge n. 359 del 1992.

5.1. La Corte rimettente riferisce che nel giudizio principale il Comune di Montello ha proposto ricorso avverso la sentenza della Corte d'appello di Brescia, la quale – dopo aver accertato che l'area di proprietà di A.C., occupata sin dal 21 maggio 1991 ed espropriata in data 8 maggio 1996, doveva considerarsi terreno edificabile da privati – aveva liquidato l'indennità di espropriazione ai sensi dell'art. 5-*bis* del decreto-legge n. 333 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 del 1992.

Il Comune ricorrente lamenta l'erronea qualificazione dell'area espropriata come edificabile, e in subordine, la mancata applicazione della riduzione del 40 per cento, nonché l'insufficiente motivazione a sostegno del computo del valore dei manufatti preesistenti. La parte privata si è costituita ed ha proposto, a sua volta, ricorso incidentale nel quale censura la quantificazione dell'indennità di esproprio, nonché il mancato riconoscimento della rivalutazione monetaria degli importi liquidati; chiede altresì la disapplicazione dell'art. 5-*bis*, in quanto contrastante con l'art. 1 del primo Protocollo (che sarebbe stato "comunitarizzato" dall'art. 6 del Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992), ed invoca un mutamento dell'orientamento giurisprudenziale in virtù del quale "l'indennità viene corrisposta

come debito pecuniario di valuta, con la conseguenza che nulla compete per la rivalutazione all'espropriato". Con successiva memoria, la ricorrente incidentale ha formulato, subordinatamente al mancato accoglimento della richiesta di disapplicazione, eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 5-*bis*, per violazione degli artt. 2, 10, 11, 42, 97, 111 e 117 Cost., in relazione all'art. 1 del primo Protocollo ed all'art. 6 CEDU.

5.2. Preliminarmente, la Corte di cassazione richiama le argomentazioni sviluppate riguardo all'analoga questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto il menzionato art. 5-*bis*, sollevata dalla medesima Corte con ordinanza del 29 maggio 2006 (r.o. n. 402 del 2006), riservandosi soltanto di integrarne il contenuto "in rapporto al contrasto della norma interna con le citate norme della Convenzione europea".

Il giudice *a quo* procede, quindi, all'esame della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, citata anche dalla parte ricorrente a sostegno sia della richiesta di disapplicazione della norme interna, sia dell'eccezione di illegittimità costituzionale. L'esame è condotto a partire dal contenuto della pronuncia resa il 28 luglio 2004, in causa Scordino contro Italia, alla quale è seguita, nella medesima controversia, la pronuncia definitiva resa dalla *Grande chambre* il 29 marzo 2006, sul ricorso proposto dal Governo italiano.

Tanto premesso, la rimettente evidenzia l'analogia intercorrente tra la fattispecie oggetto del giudizio principale e quella che ha dato luogo alla richiamata pronuncia della *Grande chambre*: anche nel presente giudizio, infatti, il profilo della utilità pubblica risulterebbe di modesta rilevanza, essendo le aree espropriate destinate alla costruzione di un parcheggio e alla realizzazione di "verde attrezzato".

5.3. La Corte di cassazione procede, di seguito, a valutare il profilo riguardante la disapplicazione dell'art. 5-*bis*, espressamente richiesta dalla ricorrente incidentale, essendo tale delibazione presupposto di ammissibilità della presente questione di legittimità costituzionale.

Il giudice *a quo* dà atto che la stessa Corte di cassazione, con la già citata ordinanza n. 12810 del 2006 (r.o. n. 402 del 2006) e con l'ordinanza del 20 maggio 2006, n. 11887 (r.o. n. 401 del 2006), che ha rimesso analoga questione per la parte riguardante l'entità del risarcimento danni da

occupazione acquisitiva illecita (art. 5-*bis*, comma 7-*bis*), ha negato che, in mancanza di una disciplina specifica e precettiva in sede sopranazionale dei criteri di liquidazione, il giudice nazionale possa disapplicare la legge interna.

Tale conclusione è condivisa dall'attuale rimettente, la quale rammenta che la sentenza della Corte europea del 29 marzo 2006, in causa Scordino contro Italia, ha rimesso allo Stato italiano l'adozione delle misure "legislative, amministrative e finanziarie" necessarie all'adeguamento del sistema interno alle norme sopranazionali (par. 237), così implicitamente chiarendo che la propria pronuncia non ha "effetti abrogativi".

Quanto al carattere precettivo delle norme contenute nella Convenzione, il giudice *a quo* ritiene debbano essere distinti i diritti da essa protetti, "riconosciuti" dagli Stati contraenti come "fondamentali" anche nel diritto interno (art. 1), dai mezzi e dalle modalità di tutela di tali diritti, rimessi ai singoli Stati aderenti. In caso di violazione, anche da parte di soggetti che agiscono nell'esercizio di funzioni pubbliche, l'art. 13 della Convenzione prevede il ricorso alla magistratura interna di ciascuno Stato, salvo l'intervento sussidiario della Corte di Strasburgo sui ricorsi individuali ai sensi dell'art. 34 della stessa Convenzione, e la conseguente condanna dello Stato inadempiente all'equa riparazione di cui all'art. 41. Nello stesso senso deporrebbe la previsione contenuta nell'art. 46 della Convenzione, a mente del quale "le Alte Parti contraenti s'impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono parti", escludendosi così ogni effetto immediatamente abrogativo di norme interne.

La Corte rimettente evidenzia, inoltre, che la legge 9 gennaio 2006, n. 12 (Disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo), ha individuato nel Governo e nel Parlamento gli organi ai quali devono essere trasmesse le sentenze della Corte europea, in quanto unici legittimati a dare esecuzione agli obblighi che da esse discendono. Sottolinea, infine, che il disposto dell'art. 56 della Convenzione ammette la possibilità che l'applicazione della stessa possa non essere uniforme in tutto il territorio degli Stati aderenti, a fronte di "necessità locali", con la conseguenza che nel sistema della Convenzione,

pur essendo precettivo il riconoscimento dei diritti garantiti nell'accordo per tutti gli Stati aderenti, le modalità di tutela e di applicazione di quei principi nei territori dei singoli Stati sono rimesse alla legislazione interna di ciascuno.

Risulterebbe chiara, pertanto, l'esclusione del potere di disapplicazione in capo ai singoli giudici; tanto più che nelle fattispecie riguardanti l'indennizzo espropriativo si porrebbe l'esigenza di assicurare copertura finanziaria alla modifica di sistema, conseguente alla scelta di un diverso criterio indennitario, stante la previsione dell'art. 81 Cost.

Il giudice *a quo* ribadisce, riprendendo le precedenti ordinanze della stessa Corte di cassazione, la ritenuta impossibilità di assimilare le norme della Convenzione EDU ai regolamenti comunitari ai fini di applicazione immediata nell'ordinamento interno (sull'argomento è richiamata Cass. 19 luglio 2002, n. 10542). E' condiviso anche l'assunto che il richiamo contenuto nell'art. 6, par. 2, del Trattato di Maastricht, al rispetto dei "diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea [...] e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario", non esclude la diversità tra l'organo giurisdizionale preposto alla tutela di tali diritti (Corte di Strasburgo) e quello cui è invece demandata l'interpretazione delle norme comunitarie, cioè la Corte di giustizia del Lussemburgo, che ha negato la propria competenza in materia di diritti fondamentali (Corte di Giustizia, 29 maggio 1997, C. 199-95, *Kremzow*).

Del resto, aggiunge il rimettente, la stessa Corte costituzionale, prima delle modifiche degli artt. 46 e 56 della CEDU, apportate con il Protocollo n. 11, reso esecutivo in Italia con la legge n. 296 del 1997, sembrava aver assunto orientamenti non incompatibili con la diretta applicabilità delle norme della Convenzione (sono richiamate le sentenze n. 373 del 1992 e n. 235 del 1993). Solo successivamente, anche a seguito della novella degli artt. 111 e 117 Cost., il giudice delle leggi si sarebbe orientato "a dare rilievo indiretto alle norme convenzionali, come fonti di obblighi cui l'Italia è da tali norme vincolata" (sono richiamate la sentenza n. 445 del 2002 e l'ordinanza n. 139 del 2005).

In definitiva, il riconoscimento con carattere precettivo dei diritti tu-

telati dall'accordo sopranazionale non rileverebbe ai fini dell'abrogazione di norme interne contrastanti, fino a quando il legislatore interno non abbia specificato i rimedi a garanzia di detti diritti (è richiamata Cass. 12 gennaio 1999, n. 254). Nondimeno, prosegue il giudice *a quo*, i diritti tutelati dalla Convenzione EDU esistono sin dal momento della ratifica, o anche prima, se già garantiti dal diritto interno, sicché i successori degli originari titolari potranno chiederne la tutela al giudice nazionale una volta che sia stata modificata la disciplina interna.

La Corte rimettente osserva infine che, se pure il giudice italiano disapplicasse l'art. 5-*bis*, non potrebbe imporre come giusto indennizzo quello corrispondente al valore venale del bene espropriato, e questo perché, mentre in sede sopranazionale tale criterio è stato più volte considerato "l'unico di regola applicabile", nell'ambito interno la Corte costituzionale ha ritenuto che la nozione di "serio ristoro" sia compatibile con una riduzione del prezzo pieno del bene ablato, come sacrificio individuale dovuto alla pubblica utilità.

5.4. Esclusa la possibilità di disapplicare l'art. 5-*bis*, la Corte di cassazione procede alla delibazione delle questioni preliminari riguardanti la qualificazione delle aree espropriate come edificabili, discendendo da tale qualificazione la rilevanza della norma censurata per la fattispecie in esame.

Riaffermata l'edificabilità delle aree espropriate, il giudice *a quo* ritiene "certamente rilevante" la questione di legittimità sollevata, dato che, nella espropriazione oggetto di causa, l'indennità è stata liquidata con i criteri di determinazione di cui all'art. 5-*bis*.

La Corte di cassazione evidenzia come la parte privata si dolga del fatto che, pure in assenza della riduzione del 40 per cento, l'indennità riconosciutale in base alla norma censurata non costituisce un serio ristoro della perdita subita. All'opposto, il ricorrente Comune di Montello lamenta che la Corte di merito ha computato il valore del soprassuolo ai fini della determinazione dell'indennità. Ciò dimostra, ad avviso della rimettente, che il giudizio principale non può essere definito prescindendo dall'applicazione dell'art. 5-*bis*.

5.5. Con riferimento alla non manifesta infondatezza della questione,

il giudice *a quo* procede all'esame delle pronunce con le quali la Corte costituzionale ha definito i giudizi aventi ad oggetto il menzionato art. 5-*bis* del decreto-legge n. 333 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 del 1992. Sono richiamate, in particolare, le sentenze n. 283 e n. 442 del 1993, nelle quali è stata esclusa l'illegittimità dei criteri di determinazione dell'indennità di esproprio dei suoli edificabili, sulla base del loro "carattere dichiaratamente temporaneo, in attesa di un'organica disciplina dell'espropriazione per pubblica utilità" e giustificandoli per "la particolare urgenza e valenza degli "scopi" che [...] il legislatore si propone di perseguire" nella congiuntura economica in cui versava il Paese (sentenza n. 283 del 1993). Come noto, il contenuto della norma è stato trasposto nell'art. 37 del d.P.R. n. 327 del 2001, che ha reso "definitivi" quei criteri di liquidazione dell'indennizzo, sicché la "provvisorietà" degli stessi, che aveva sorretto il giudizio di non fondatezza, può dirsi venuta meno.

Nella citata pronuncia n. 283 del 1993, la Corte costituzionale ha riconosciuto, a differenza della Corte europea, il carattere di principi e norme fondamentali di riforma economico-sociale alla disciplina dettata dal legislatore con l'art. 5-*bis*, e difatti ha ritenuto illegittima la norma in esame, per contrasto con gli artt. 3 e 42 Cost., soltanto nella parte in cui, per i procedimenti in corso, non prevedeva una "nuova offerta di indennità", la cui accettazione da parte dell'espropriato escludesse l'applicazione della riduzione del 40 per cento. Quanto alla applicazione retroattiva dell'art. 5-*bis*, il giudice delle leggi ha affermato che il principio dell'irretroattività delle leggi, contenuto nell'art. 11 disp. prel. cod. civ., non è recepito nella Costituzione, escludendo nel contempo il contrasto della norma censurata con l'art. 3 Cost. Diversamente oggi, a parere della rimettente, il principio del giusto processo, sancito dal novellato art. 111 Cost., garantirebbe anche la condizione di parità tra le parti, sicché appare necessario sottoporre la norma, anche per tale aspetto, ad un nuovo scrutinio di costituzionalità.

Assume il giudice *a quo* che la norma censurata, incidendo sulla liquidazione delle indennità nei procedimenti in corso, "anteriormente alla futura opposizione alla stima ancora non proponibile per ragioni imputabi-

li all'espropriante" (è richiamata la sentenza n. 67 del 1990 della Corte costituzionale), ha determinato una ingerenza del legislatore nel processo a sfavore dell'espropriato. Questi, infatti, in assenza della predetta norma, avrebbe potuto pretendere e ottenere una maggiore somma, se i procedimenti amministrativi o giurisdizionali in corso fossero stati conclusi prima della relativa entrata in vigore.

Il rimettente richiama, in proposito, l'affermazione contenuta nella sentenza Scordino del 29 marzo 2006, secondo cui l'ingerenza del legislatore nei procedimenti in corso viola l'art. 6 della Convenzione, in rapporto all'art. 1 del primo Protocollo, poiché la previsione della perdita di una parte dell'indennità con efficacia retroattiva non risulta giustificata da una rilevante causa di pubblica utilità.

Quanto al merito del criterio di calcolo dell'indennità, contenuto nella norma censurata, il rimettente osserva come la Corte europea abbia ormai definitivamente affermato, con numerose pronunce, il contrasto con l'art. 1 del primo Protocollo dei ristori indennitari e risarcitori previsti per le acquisizioni lecite e illecite connesse a procedimenti espropriativi, con o senza causa di pubblica utilità. Ritiene la Corte rimettente, quindi, che la norma censurata debba essere nuovamente scrutinata alla luce del testo vigente del primo comma dell'art. 117 Cost., sul rilievo che l'intera normativa ordinaria, e dunque anche le norme previgenti alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), possa essere esaminata ed eventualmente dichiarata incostituzionale per contrasto "sopravvenuto" con i nuovi principi inseriti nella Carta fondamentale (è richiamata la sentenza n. 425 del 2004).

6. È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, il quale ha concluso per la non fondatezza delle questioni, svolgendo considerazioni del tutto coincidenti con quelle sviluppate nel giudizio promosso con l'ordinanza del 29 maggio 2006 della Corte di cassazione (r.o. n. 402 del 2006). Pertanto, si richiama integralmente quanto sopra riportato al punto 2.

7. Si è costituita in giudizio A.C., controricorrente e ricorrente in via incidentale nel giudizio *a quo*, la quale ha concluso per la declaratoria di inammissibilità delle questioni – dovendosi ritenere che spetti ai giudici

nazionali disapplicare le norme interne in contrasto con quelle della Convenzione europea – ed in subordine per l'accoglimento delle questioni medesime.

7.1. La parte privata ritiene che il contrasto tra norma interna e norma CEDU debba esser risolto con la disapplicazione della prima. In proposito è richiamato il Protocollo n. 11 della Convenzione, il quale ha riformulato il meccanismo di controllo istituito dalla stessa, stabilendo che i singoli cittadini degli Stati contraenti possano adire direttamente la Corte europea (art. 34 della Convenzione, come modificato dal Protocollo n. 11) e che "1. Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono parti. 2. La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei ministri che ne sorveglia l'esecuzione" (art. 46 della Convenzione, come modificato dal Protocollo n. 11).

La medesima parte privata ricorda come l'intero meccanismo di controllo si fondi sul principio di sussidiarietà, in virtù del quale la Corte europea "non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne" (art. 35 della Convenzione). Pertanto, i giudici nazionali sono tenuti ad applicare il diritto interno in modo conforme alla Convenzione, "spettando alla Corte europea, invece, in via sussidiaria e a seguito dell'esaurimento dei rimedi interni, verificare se il modo in cui il diritto interno è interpretato ed applicato produce effetti conformi ai principi della Convenzione".

A questo proposito, la parte privata sottolinea come la Risoluzione 1226 (2000) dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa abbia affermato che gli Stati contraenti sono tenuti ad assicurare, tra l'altro, "l'applicazione diretta, da parte dei Giudici nazionali, della Convenzione e delle sentenze della Corte Europea che la interpretano e la applicano". Nella stessa direzione si muovono anche la Risoluzione Res(2004)3 del 12 maggio 2004 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, relativa alle sentenze che accertano un problema strutturale sottostante alla violazione, la Raccomandazione Rec(2004)5, di pari data, del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, relativa alla verifica di conformità dei progetti di legge, delle leggi vigenti e della prassi amministrativa agli *standard*

stabiliti dalla Convenzione, nonché la Raccomandazione Rec(2004)6, di pari data, con cui il Comitato dei ministri ha ribadito che gli Stati contraenti, a seguito delle sentenze della Corte che individuano carenze di carattere strutturale o generale dell'ordinamento normativo o delle prassi nazionali applicative, sono tenuti a rivedere l'efficacia dei rimedi interni esistenti e, se necessario, ad instaurare validi rimedi, al fine di evitare che la Corte venga adita per casi ripetitivi.

La parte privata richiama, inoltre, il contenuto della sentenza 29 marzo 2006 della Corte di Strasburgo in causa Scordino contro Italia, in riferimento sia alla inadeguatezza del criterio generale di cui all'art. 5-*bis*, applicato indipendentemente dalla tipologia dell'opera che deve essere realizzata, sia all'effetto di interferenza del potere legislativo sul potere giudiziario, che si è determinato con l'applicazione della predetta norma ai giudizi in corso. Secondo la Corte europea tale effetto non può trovare giustificazione nelle ragioni di natura finanziaria che il Governo italiano ha prospettato nel ricorso alla *Grande chambre*. È inoltre richiamato il passaggio della menzionata pronunzia, ove sono citate le sentenze n. 223 del 1983, n. 283 e n. 442 del 1993, con le quali la Corte costituzionale ha invitato il legislatore ad adottare una disciplina normativa che assicuri "un serio ristoro" al privato, ed ha escluso l'esistenza di un contrasto tra l'art. 5-*bis* e la Costituzione "in considerazione della sua natura urgente e temporanea". Peraltro, osserva l'interveniente, poiché il criterio contenuto nella norma citata è stato trasfuso nel testo unico in materia di espropriazioni (d.P.R. n. 327 del 2001), la Corte di Strasburgo non ha mancato di rilevare come sia agevolmente prefigurabile la proposizione di numerosi e fondati ricorsi.

Tutto ciò premesso, se la conformità dell'ordinamento ai principi affermati nella sentenza citata deve essere assicurata dai giudici nazionali, come rilevato dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa nella richiamata Raccomandazione Rec(2004)5, e se la Corte europea ha accertato, con sentenza che costituisce "cosa giudicata interpretata", ai sensi dell'art. 46 della Convenzione, che la norma interna rilevante è causa di violazione strutturale di una o più norme della Convenzione medesima, allora tale norma, a parere della parte privata, deve essere "disapplicata" dal giudice nazionale. La disapplicazione della norma interna contrastan-

te sarebbe conseguenza diretta ed immediata del principio di sussidiarietà dell'art. 46 della stessa Convenzione, sicché, in definitiva, con riferimento al sistema CEDU si deve giungere all'affermazione di principi analoghi a quelli che la Corte costituzionale ha enucleato in relazione al diritto comunitario nella sentenza n. 170 del 1984.

La diversa conclusione cui è giunta la Corte rimettente contrasterebbe, tra l'altro, con l'assunto, affermato dalla medesima Corte, della vincolatività delle norme della Convenzione e della giurisprudenza della Corte europea.

Sulla base delle considerazioni sopra svolte, la difesa di A.C. conclude sollecitando una dichiarazione di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale.

7.2. In via subordinata, la parte privata insiste per la declaratoria di incostituzionalità della norma censurata per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., sviluppando argomentazioni analoghe a quelle contenute nell'ordinanza di rimessione.

8. In data 20 giugno 2007 la parte privata A.C. ha depositato una memoria illustrativa con la quale insiste nelle conclusioni già formulate nell'atto di costituzione.

8.1. In particolare, nella memoria si evidenzia come la posizione assunta dalla Presidenza del Consiglio dei ministri nel presente giudizio si ponga in contrasto con il "preciso obbligo dello Stato italiano di eseguire la sentenza Scordino [del 29 marzo 2006] adottando misure di carattere generale suscettibili di eliminare la violazione strutturale accertata dalla Corte europea, nonché, più in generale, con il solenne obbligo internazionale a suo tempo assunto dallo Stato italiano di cooperare efficacemente e lealmente con il Consiglio d'Europa per assicurare il funzionamento del meccanismo di tutela dei diritti umani che fa perno sulla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e sulla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo".

Al riguardo, la parte privata sottolinea come l'art. 1 della legge n. 12 del 2006, introducendo la lettera *a*-bis), nel comma 3 dell'art. 5 della legge 23 agosto 1988, n. 400 (Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri), abbia individuato pro-

prio nella Presidenza del Consiglio dei ministri l'organo deputato non solo a promuovere "gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo emanate nei confronti dello Stato italiano", ma anche a comunicare "tempestivamente alle Camere le medesime pronunce ai fini dell'esame da parte delle competenti Commissioni parlamentari permanenti" ed a presentare "annualmente al Parlamento una relazione sullo stato di esecuzione delle suddette pronunce".

Per le ragioni anzidette la parte privata reputa necessaria una pronunzia di illegittimità costituzionale dell'art. 5-*bis*, "che consenta all'Italia di assolvere i propri obblighi internazionali, di non uscire dalla legalità internazionale e di far recuperare unità all'ordinamento".

8.2. In merito all'esistenza di un presunto contrasto tra la giurisprudenza della Corte europea e quella della Corte costituzionale, la difesa privata ritiene che si tratti di una divergenza soltanto apparente, determinata dalla diversità dei parametri di giudizio finora adottati dalle due Corti. Si tratterebbe, pertanto, di "interpretare (ed applicare) le norme rilevanti nel presente giudizio di costituzionalità con lo stesso parametro di tutela dei diritti umani utilizzato dalla Corte europea"; infatti – osserva la parte costituita – se il giudizio è condotto sulla base del parametro sopra indicato, l'esito non può non essere identico.

Peraltro, le divergenze interpretative tra le Corti costituzionali degli Stati membri e la Corte di Strasburgo "non sono affatto inusuali, ma sono piuttosto connaturate allo stesso meccanismo di tutela dei diritti umani previsto dalla Convenzione ed ai principi di sussidiarietà e solidarietà sul quale è basata".

8.3. La difesa della parte privata passa, poi, in rassegna la più recente giurisprudenza della Corte europea in tema di "violazioni strutturali", evidenziando le condizioni in presenza delle quali ricorre un "problema strutturale" e non una mera violazione "episodica" della Convenzione europea.

In particolare, si rileva come finora siano state "per lo più proprio le Corti costituzionali degli Stati contraenti – in applicazione dei principi di sussidiarietà e solidarietà – a rimediare ai problemi strutturali evidenziati

nelle sentenze della Corte europea". A questo proposito, sono richiamate numerose pronunzie della Corte europea, cui hanno fatto seguito svariate decisioni delle Corti costituzionali degli Stati contraenti, tendenti a far fronte ai problemi strutturali evidenziati dai giudici di Strasburgo.

In alcuni casi, poi, l'accertamento dell'esistenza di una violazione strutturale della CEDU ha spinto lo Stato interessato a modificare la propria Carta costituzionale.

Con specifico riferimento all'Italia, sono richiamati il caso *Sejdovic* (sentenza della *Grande chambre* del 1° marzo 2006), a seguito del quale si è resa necessaria la modifica dell'art. 175 del codice di procedura penale a seguito dell'accertamento di violazione strutturale ai sensi dell'art. 46 CEDU, la modifica dell'art. 111 Cost., attuata in relazione alle sentenze della Corte europea che avevano rilevato violazioni delle garanzie dell'equo processo, e infine le sentenze n. 152 e n. 371 del 1996 della Corte costituzionale, che hanno fatto seguito, rispettivamente, alle sentenze CEDU Cantafio contro Italia del 20 novembre 1995 e Ferrantelli/Santangelo contro Italia del 7 agosto 1996.

8.4. In merito all'odierna questione, la difesa della parte privata osserva che la tutela del diritto di proprietà prevista nell'art. 1 del primo Protocollo non differisce nel contenuto dalla tutela apprestata dall'art. 42 Cost., posto che entrambe le norme richiedono un giusto bilanciamento tra interessi del singolo e interesse della comunità.

Secondo la parte costituita, la necessità di un "giusto equilibrio" porta alla conclusione per cui "ogni volta che venga sacrificato il diritto e l'interesse di un singolo per la realizzazione di una singola opera pubblica e/o di pubblica utilità, l'indennizzo deve essere pari al valore venale integrale del bene, mentre è soltanto nei casi eccezionali, in cui la privazione della proprietà riguardi una serie indeterminata di soggetti e sia volta ad attuare fondamentali riforme politiche, economiche e/o sociali, che l'indennizzo potrebbe, se del caso, essere inferiore all'integrale valore venale del bene, fermo restando che, anche in questi casi, l'indennizzo deve sempre e comunque essere in ragionevole collegamento con detto valore".

Dunque, a parere della parte privata, l'integrale compensazione della perdita subita dal proprietario sarebbe perfettamente compatibile con

il principio contenuto nell'art. 42 Cost., come dimostrerebbe la circostanza che il criterio seguito fino al 1992 è stato quello previsto dall'art. 39 della legge n. 2359 del 1865, che fa riferimento al valore di mercato, con l'unica eccezione costituita dalla legge 15 gennaio 1885, n. 2892 (Risanamento della città di Napoli). Peraltro, si sarebbe trattato di un'eccezione solo apparente, poiché la legge n. 2892 del 1885 riguardava essenzialmente l'espropriazione di edifici, sicché l'indennità era determinata "sulla media del valore venale e dei fitti coacervati dell'ultimo decennio, purché essi abbiano data certa corrispondente al rispettivo anno di locazione", ed era assistita da una logica legata alla contingente situazione della città di Napoli (fabbricati di scarso valore perché degradati, che però producevano un reddito alto per la condizione di sovraffollamento e di canoni elevati). Il criterio ivi previsto non conduceva, pertanto, a risultati penalizzanti per gli espropriati, i quali, se si fosse applicato il criterio generale del valore venale, avrebbero percepito un'indennità minore.

Il criterio previsto nel censurato art. 5-*bis*, invece, non attuerebbe "il necessario ed imprescindibile giusto equilibrio tra il diritto umano del singolo e l'interesse della collettività", assumendo, pertanto, un "carattere sostanzialmente "punitivo"".

9. Con ordinanza depositata il 19 ottobre 2006 (r.o. n. 2 del 2007), la Corte di cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 5-*bis* del decreto-legge n. 333 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 del 1992, per violazione dell'art. 111, primo e secondo comma, Cost., in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ed all'art. 1 del primo Protocollo della Convenzione stessa, nonché dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione al citato art. 1 del primo Protocollo.

La norma è oggetto di censura nella parte in cui, ai fini della determinazione dell'indennità di espropriazione dei suoli edificabili, prevede il criterio di calcolo fondato sulla media tra il valore dei beni e il reddito dominicale rivalutato, disponendone altresì l'applicazione ai giudizi in corso alla data dell'entrata in vigore della legge n. 359 del 1992.

9.1. Nel giudizio *a quo*, la parte privata M.T.G., già proprietaria di ter-

reni siti nel comune di Ceprano, occupati nel 1980 ed espropriati nel 1984, ha proposto ricorso avverso la sentenza definitiva della Corte d'appello di Roma del 22 novembre-18 dicembre 2000, censurando la quantificazione dell'indennità di espropriazione, determinata ai sensi dell'art. 5-*bis*, nonché il rigetto della domanda di liquidazione degli interessi legali e della rivalutazione monetaria. La ricorrente chiede la disapplicazione del citato art. 5-*bis*, per contrasto con gli artt. 1 del primo Protocollo e 6 CEDU, oltre ad invocare il mutamento dell'orientamento giurisprudenziale nel senso della qualificazione dell'indennità di espropriazione come credito di valore anziché di valuta. Avverso la medesima sentenza ha proposto ricorso incidentale il Comune di Ceprano, il quale lamenta, in via principale ed assorbente, che la Corte di merito ha rideterminato l'indennità di espropriazione, in senso favorevole alla parte ricorrente, dopo che la stessa Corte, con la sentenza non definitiva del 28 gennaio 1991, aveva respinto la domanda di risarcimento danni per l'occupazione dei suoli e su tale rigetto si era formato il giudicato. Il ricorrente incidentale censura altresì la mancata applicazione dell'art. 16 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 504 (Riordino della finanza degli enti territoriali, a norma dell'articolo 4 della legge 23 ottobre 1992, n. 421), in luogo dell'art. 5-*bis*, ai fini della determinazione dell'indennità di espropriazione.

Con successiva memoria, la parte ricorrente in via principale ha formulato, subordinatamente al mancato accoglimento della richiesta di disapplicazione, eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 5-*bis*, per violazione degli artt. 2, 10, 11, 42, 97, 111 e 117 Cost., in relazione all'art. 1 del primo Protocollo e all'art. 6 CEDU.

9.2. Il giudice *a quo* procede preliminarmente alla delibazione del motivo di ricorso incidentale relativo all'inammissibilità della opposizione alla indennità, e ciò in quanto l'eventuale suo accoglimento comporterebbe l'inapplicabilità dell'art. 5-*bis* nel giudizio in corso. Superato il profilo preliminare, nel senso della infondatezza del motivo di impugnazione, è esaminata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5-*bis*, come eccepita dalla parte ricorrente.

Il percorso argomentativo, in esito al quale la Cassazione solleva la questione nei termini indicati in premessa, è peraltro in tutto identico a quel-

lo sviluppato nell'ordinanza r.o. n. 681 del 2006, e dunque può rinviarsi a quanto esposto nel paragrafo 5.

9.3. Avuto riguardo alla rilevanza della questione, il giudice *a quo* precisa che, essendo incontestata la natura edificabile delle aree espropriate, nel giudizio principale trova applicazione, *ratione temporis*, la norma contenuta nell'art. 5-*bis*, e non l'art. 37 del d.P.R. n. 327 del 2001, pure richiamato dalla parte ricorrente, il quale risulta applicabile ai soli giudizi iniziati dopo il 1° luglio 2003. Il giudizio di opposizione alla stima è stato introdotto nel 1987, in esito al procedimento espropriativo iniziato nel 1980. Il riferimento temporale risulta decisivo, a parere della Corte rimettente, ai fini della rilevanza del denunciato contrasto dell'art. 5-*bis* con l'art. 111 Cost, in relazione all'art. 6 CEDU. L'applicazione retroattiva del relativo criterio di determinazione dell'indennità avrebbe comportato, nel caso di specie, l'alterazione della condizione di parità delle parti nel processo, a favore dell'espropriante, e dunque la lesione dell'affidamento della parte privata, la quale si era risolta a proporre il giudizio confidando nell'applicazione delle più favorevoli regole allora vigenti.

10. È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, il quale ha concluso per la non fondatezza delle questioni, svolgendo considerazioni del tutto coincidenti con quelle sviluppate nei giudizi promossi con le ordinanze del 29 maggio 2006 (r.o. n. 402 del 2006) e del 19 ottobre 2006 (r.o. n. 681 del 2006) della Corte di cassazione. Si rinvia, pertanto, a quanto esposto nel paragrafo 2.

11. Con memoria depositata il 25 gennaio 2007 si è costituita M.T.G., ricorrente principale nel giudizio *a quo*, la quale ha concluso per la declaratoria di inammissibilità delle questioni ed in subordine per l'accoglimento delle stesse, con conseguente declaratoria di illegittimità costituzionale della norma censurata.

La memoria della parte privata è in tutto coincidente con quella depositata nel giudizio di cui al r.o. n. 681 del 2006, e pertanto si rinvia a quanto esposto nel paragrafo 7.

12. In data 20 giugno 2007 la stessa M.T.G. ha depositato una memoria integrativa, con allegata documentazione.

Nella memoria si contestano il contenuto dell'atto di costituzione della Presidenza del Consiglio dei ministri e le conclusioni ivi raggiunte, nel senso della infondatezza delle questioni poste dalla Corte rimettente, e sono svolti ulteriori argomenti a sostegno delle conclusioni già rassegnate nel proprio atto di costituzione.

La memoria propone, in maniera pressoché identica, le argomentazioni svolte nell'omologo atto depositato dalla parte privata A.C. nel giudizio di cui al r.o. n. 681 del 2006, e pertanto si rinvia a quanto esposto nel paragrafo 8.

Viene segnalata, inoltre, la sproporzione ancor più grave che si produrrebbe, a carico dei proprietari espropriati, per effetto dell'applicazione nel caso di specie del criterio indennitario contenuto nell'art. 5-*bis*, trattandosi di suoli espropriati per essere destinati a fini di edilizia residenziale pubblica. In virtù della legge 17 febbraio 1992, n. 179 (Norme per l'edilizia residenziale pubblica), antecedente all'introduzione dell'art. 5-*bis*, gli assegnatari di alloggi di edilizia residenziale pubblica possono liberamente cedere tali alloggi a terzi, a qualunque prezzo, dopo che siano trascorsi cinque anni dall'assegnazione. Ciò fa sì che il depauperamento subito dal proprietario del suolo oggetto di espropriazione vada a beneficio di altri privati, rientrando gli immobili ivi edificati nel mercato delle libere contrattazioni dopo cinque anni dall'assegnazione, con la conseguenza di rendere ancor più inaccettabile, perché ingiustificato, il criterio indennitario previsto dalla norma censurata.

Considerato in diritto

1. Con tre distinte ordinanze la Corte di cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 5-*bis* del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359, per violazione dell'art. 111, primo e secondo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, cui è stata data esecuzione con la legge 4 agosto 1955, n. 848 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del

Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952), ed all'art. 1 del primo Protocollo della Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952, nonché dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione ai citati artt. 6 CEDU e 1 del primo Protocollo.
La norma è oggetto di censura nella parte in cui, ai fini della determinazione dell'indennità di espropriazione dei suoli edificabili, prevede il criterio di calcolo fondato sulla media tra il valore dei beni e il reddito dominicale rivalutato, disponendone altresì l'applicazione ai giudizi in corso alla data dell'entrata in vigore della legge n. 359 del 1992.

2. I giudizi, per l'identità dell'oggetto e dei parametri costituzionali evocati, possono essere riuniti e decisi con la medesima sentenza.

3. Preliminarmente, occorre valutare la ricostruzione, prospettata dalla parte privata A.C., dei rapporti tra sistema CEDU, obblighi derivanti dalle asserite violazioni strutturali accertate con sentenze definitive della Corte europea e giudici nazionali.

3.1. Secondo la suddetta parte privata, il contrasto, ove accertato, tra norme interne e sistema CEDU dovrebbe essere risolto con la disapplicazione delle prime da parte del giudice comune. Viene richiamato, in proposito, il Protocollo n. 11 della Convenzione EDU, reso esecutivo in Italia con la legge 28 agosto 1997, n. 296 (Ratifica ed esecuzione del protocollo n. 11 alla convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, recante ristrutturazione del meccanismo di controllo stabilito dalla convenzione, fatto a Strasburgo l'11 maggio 1994). L'art. 34 di tale Protocollo prevede la possibilità di ricorsi individuali diretti alla Corte europea da parte dei cittadini degli Stati contraenti, mentre, con l'art. 46, gli stessi Stati si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie delle quali sono parti.

Sono parimenti invocate la Risoluzione 1226 (2000) dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, con la quale le Alte Parti contraenti sono invitate ad adottare le misure necessarie per dare esecuzione alle sentenze definitive della Corte di Strasburgo, la Risoluzione Res(2004)3 del 12 maggio 2004 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, relativa alle sentenze che accertano un problema strutturale sottostante alla violazione, la Raccomandazione Rec(2004)5, di pari

data, del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, relativa alla verifica di conformità dei progetti di legge, delle leggi vigenti e della prassi amministrativa agli standard stabiliti dalla Convenzione, nonché la Raccomandazione Rec(2004)6, di pari data, con cui il Comitato dei ministri ha ribadito che gli Stati contraenti, a seguito delle sentenze della Corte che individuano carenze di carattere strutturale o generale dell'ordinamento normativo o delle prassi nazionali applicative, sono tenuti a rivedere l'efficacia dei rimedi interni esistenti e, se necessario, ad instaurare validi rimedi, al fine di evitare che la Corte venga adita per casi ripetitivi.

3.2. La prospettata ricostruzione funge da premessa alla richiesta, avanzata dalla predetta parte privata, che la questione sia dichiarata inammissibile, posto che i giudici comuni avrebbero il dovere di disapplicare le norme interne che la Corte europea abbia ritenuto essere causa di violazione strutturale della Convenzione.

3.3. L'eccezione di inammissibilità non può essere accolta.

Questa Corte ha chiarito come le norme comunitarie "debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di ricezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge in ogni Paese della Comunità, sì da entrare ovunque contemporaneamente in vigore e conseguire applicazione eguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari" (sentenze n. 183 del 1973 e n. 170 del 1984). Il fondamento costituzionale di tale efficacia diretta è stato individuato nell'art. 11 Cost., nella parte in cui consente le limitazioni della sovranità nazionale necessarie per promuovere e favorire le organizzazioni internazionali rivolte ad assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni.

Il riferito indirizzo giurisprudenziale non riguarda le norme CEDU, giacché questa Corte aveva escluso, già prima di sancire la diretta applicabilità delle norme comunitarie nell'ordinamento interno, che potesse venire in considerazione, a proposito delle prime, l'art. 11 Cost. "non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme pattizie in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale" (sentenza n. 188 del 1980). La distinzione tra le norme CEDU e le norme comunitarie deve essere ribadita nel presente procedimento nei termini stabiliti dalla pregressa giu-

risprudenza di questa Corte, nel senso che le prime, pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto.

L'art. 117, primo comma, Cost., nel testo introdotto nel 2001 con la riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione, ha confermato il precitato orientamento giurisprudenziale di questa Corte. La disposizione costituzionale ora richiamata distingue infatti, in modo significativo, i vincoli derivanti dall'"ordinamento comunitario" da quelli riconducibili agli "obblighi internazionali".

Si tratta di una differenza non soltanto terminologica, ma anche sostanziale.

Con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un "ordinamento" più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione.

La Convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale – pur con le caratteristiche peculiari che saranno esaminate più avanti – da cui derivano "obblighi" per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, *omisso medio*, per tutte le autorità interne degli Stati membri.

Correttamente il giudice *a quo* ha escluso di poter risolvere il dedotto contrasto della norma censurata con una norma CEDU, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, procedendo egli stesso a disapplicare la norma interna asseritamente non compatibile con la seconda. Le Risoluzioni e Raccomandazioni citate dalla parte interveniente si indirizzano agli Stati contraenti e non possono né vincolare questa Corte, né dare fondamen-

to alla tesi della diretta applicabilità delle norme CEDU ai rapporti giuridici interni.

3.4. Si condivide anche l'esclusione – argomentata nelle ordinanze di rimessione – delle norme CEDU, in quanto norme pattizie, dall'ambito di operatività dell'art. 10, primo comma, Cost., in conformità alla costante giurisprudenza di questa Corte sul punto. La citata disposizione costituzionale, con l'espressione "norme del diritto internazionale generalmente riconosciute", si riferisce soltanto alle norme consuetudinarie e dispone l'adattamento automatico, rispetto alle stesse, dell'ordinamento giuridico italiano. Le norme pattizie, ancorché generali, contenute in trattati internazionali bilaterali o multilaterali, esulano pertanto dalla portata normativa del suddetto art. 10. Di questa categoria fa parte la CEDU, con la conseguente "impossibilità di assumere le relative norme quali parametri del giudizio di legittimità costituzionale, di per sé sole (sentenza n. 188 del 1980), ovvero come norme interposte *ex* art. 10 della Costituzione" (ordinanza n. 143 del 1993; conformi, *ex plurimis*, sentenze n. 153 del 1987, n. 168 del 1994, n. 288 del 1997, n. 32 del 1999, ed ordinanza n. 464 del 2005).

4. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 5-*bis* del decreto-legge n. 333 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 del 1992, sollevata in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., è fondata.

4.1. La questione, così come proposta dal giudice rimettente, si incentra sul presunto contrasto tra la norma censurata e l'art. 1 del primo Protocollo della CEDU, quale interpretato dalla Corte europea per i diritti dell'uomo, in quanto i criteri di calcolo per determinare l'indennizzo dovuto ai proprietari di aree edificabili espropriate per motivi di pubblico interesse condurrebbero alla corresponsione di somme non congruamente proporzionate al valore dei beni oggetto di ablazione.

Il parametro evocato negli atti introduttivi del presente giudizio è l'art. 117, primo comma, Cost., nel testo introdotto dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione). Il giudice rimettente ricorda infatti che la stessa norma ora censurata è già stata oggetto di scrutinio di costituzionalità da parte di questa Corte, che ha rigettato la questione di legittimità costituzionale, allo-

ra proposta in relazione agli artt. 3, 24, 42, 53, 71, 72, 113 e 117 Cost. (sentenza n. 283 del 1993). La sentenza citata è stata successivamente confermata da altre pronunce di questa Corte del medesimo tenore. Il rimettente non chiede oggi alla Corte costituzionale di modificare la propria consolidata giurisprudenza nella materia *de qua*, ma mette in rilievo che il testo riformato dell'art. 117, primo comma, Cost., renderebbe necessaria una nuova valutazione della norma censurata in relazione a questo parametro, non esistente nel periodo in cui la pregressa giurisprudenza costituzionale si è formata.

4.2. Impostata in tal modo la questione da parte del rimettente, è in primo luogo necessario riconsiderare la posizione e il ruolo delle norme della CEDU, allo scopo di verificare, alla luce della nuova disposizione costituzionale, la loro incidenza sull'ordinamento giuridico italiano.

L'art. 117, primo comma, Cost. condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo. Prima della sua introduzione, l'inserimento delle norme internazionali pattizie nel sistema delle fonti del diritto italiano era tradizionalmente affidato, dalla dottrina prevalente e dalla stessa Corte costituzionale, alla legge di adattamento, avente normalmente rango di legge ordinaria e quindi potenzialmente modificabile da altre leggi ordinarie successive. Da tale collocazione derivava, come naturale corollario, che le stesse norme non potevano essere assunte quali parametri del giudizio di legittimità costituzionale (*ex plurimis*, sentenze n. 188 del 1980, n. 315 del 1990, n. 388 del 1999).

4.3. Rimanevano notevoli margini di incertezza, dovuti alla difficile individuazione del rango delle norme CEDU, che da una parte si muovevano nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali delle persone, e quindi integravano l'attuazione di valori e principi fondamentali protetti dalla stessa Costituzione italiana, ma dall'altra mantenevano la veste formale di semplici fonti di grado primario. Anche a voler escludere che il legislatore potesse modificarle o abrogarle a piacimento, in quanto fonti atipiche (secondo quanto affermato nella sentenza n. 10 del 1993 di questa Corte, non seguita tuttavia da altre pronunce dello stesso tenore), re-

stava il problema degli effetti giuridici di una possibile disparità di contenuto tra le stesse ed una norma legislativa posteriore.

Tale situazione di incertezza ha spinto alcuni giudici comuni a disapplicare direttamente le norme legislative in contrasto con quelle CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo. S'è fatta strada in talune pronunce dei giudici di merito, ma anche in parte della giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. I, sentenza n. 6672 del 1998; Cass., sezioni unite, sentenza n. 28507 del 2005), l'idea che la specifica antinomia possa essere eliminata con i normali criteri di composizione in sistema delle fonti del diritto. In altre parole, si è creduto di poter trarre da un asserito carattere sovraordinato della fonte CEDU la conseguenza che la norma interna successiva, modificativa o abrogativa di una norma prodotta da tale fonte, fosse inefficace, per la maggior forza passiva della stessa fonte CEDU, e che tale inefficacia potesse essere la base giustificativa della sua non applicazione da parte del giudice comune.

Oggi questa Corte è chiamata a fare chiarezza su tale problematica normativa e istituzionale, avente rilevanti risvolti pratici nella prassi quotidiana degli operatori del diritto. Oltre alle considerazioni che sono state svolte nel paragrafo 3.3 (per più ampi svolgimenti si rinvia alla sentenza n. 349 del 2007), si deve aggiungere che il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost, se da una parte rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall'altra attrae le stesse nella sfera di competenza di questa Corte, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale. Il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi.

Ogni argomentazione atta ad introdurre nella pratica, anche in modo indiretto, una sorta di "adattamento automatico", sul modello dell'art. 10, primo comma, Cost., si pone comunque in contrasto con il sistema deli-

neato dalla Costituzione italiana – di cui s'è detto al paragrafo 3.4 – e più volte ribadito da questa Corte, secondo cui l'effetto previsto nella citata norma costituzionale non riguarda le norme pattizie (*ex plurimis*, sentenze n. 32 del 1960, n. 323 del 1989, n. 15 del 1996).

4.4. Escluso che l'art. 117, primo comma, Cost., nel nuovo testo, possa essere ritenuto una mera riproduzione in altra forma di norme costituzionali preesistenti (in particolare gli artt. 10 e 11), si deve pure escludere che lo stesso sia da considerarsi operante soltanto nell'ambito dei rapporti tra lo Stato e le Regioni. L'utilizzazione del criterio interpretativo sistematico, isolato dagli altri e soprattutto in contrasto con lo stesso enunciato normativo, non è sufficiente a circoscrivere l'effetto condizionante degli obblighi internazionali, rispetto alla legislazione statale, soltanto al sistema dei rapporti con la potestà legislativa regionale. Il dovere di rispettare gli obblighi internazionali incide globalmente e univocamente sul contenuto della legge statale; la validità di quest'ultima non può mutare a seconda che la si consideri ai fini della delimitazione delle sfere di competenza legislativa di Stato e Regioni o che invece la si prenda in esame nella sua potenzialità normativa generale. La legge – e le norme in essa contenute – è sempre la stessa e deve ricevere un'interpretazione uniforme, nei limiti in cui gli strumenti istituzionali predisposti per l'applicazione del diritto consentono di raggiungere tale obiettivo.

Del resto, anche se si restringesse la portata normativa dell'art. 117, primo comma, Cost. esclusivamente all'interno del sistema dei rapporti tra potestà legislativa statale e regionale configurato dal titolo V della parte seconda della Costituzione, non si potrebbe negare che esso vale comunque a vincolare la potestà legislativa dello Stato sia nelle materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo, di competenza esclusiva statale, sia in quelle indicate dal terzo comma, di competenza concorrente. Poiché, dopo la riforma del titolo V, lo Stato possiede competenza legislativa esclusiva o concorrente soltanto nelle materie elencate dal secondo e dal terzo comma, rimanendo ricomprese tutte le altre nella competenza residuale delle Regioni, l'operatività del primo comma dell'art. 117, anche se considerata solo all'interno del titolo V, si estenderebbe ad

ogni tipo di potestà legislativa, statale o regionale che sia, indipendentemente dalla sua collocazione.

4.5. La struttura della norma costituzionale, rispetto alla quale è stata sollevata la presente questione, si presenta simile a quella di altre norme costituzionali, che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere. Le norme necessarie a tale scopo sono di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria. A prescindere dall'utilizzazione, per indicare tale tipo di norme, dell'espressione "fonti interposte", ricorrente in dottrina ed in una nutrita serie di pronunce di questa Corte (*ex plurimis*, sentenze n. 101 del 1989, n. 85 del 1990, n. 4 del 2000, n. 533 del 2002, n. 108 del 2005, n. 12 del 2006, n. 269 del 2007), ma di cui viene talvolta contestata l'idoneità a designare una categoria unitaria, si deve riconoscere che il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost. diventa concretamente operativo solo se vengono determinati quali siano gli "obblighi internazionali" che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni. Nel caso specifico sottoposto alla valutazione di questa Corte, il parametro viene integrato e reso operativo dalle norme della CEDU, la cui funzione è quindi di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato.

4.6. La CEDU presenta, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa. Difatti l'art. 32, paragrafo 1, stabilisce: "La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa alle condizioni previste negli articoli 33, 34 e 47".

Poiché le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo, la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica del-

la CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione. Non si può parlare quindi di una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia.

4.7. Quanto detto sinora non significa che le norme della CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, acquistano la forza delle norme costituzionali e sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale di questa Corte. Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione. La particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali (*ex plurimis*, sentenze n. 183 del 1973, n. 170 del 1984, n. 168 del 1991, n. 73 del 2001, n. 454 del 2006) o dei principi supremi (*ex plurimis*, sentenze n. 30 e n. 31 del 1971, n. 12 e n. 195 del 1972, n. 175 del 1973, n. 1 del 1977, n. 16 del 1978, n. 16 e n. 18 del 1982, n. 203 del 1989), ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le "norme interposte" e quelle costituzionali.

L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta e inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione. In occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta.

Nell'ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, questa Corte ha il dovere di dichiarare l'inidoneità

della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano.

Poiché, come chiarito sopra, le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata. Si deve peraltro escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali. Tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione.

In sintesi, la completa operatività delle norme interposte deve superare il vaglio della loro compatibilità con l'ordinamento costituzionale italiano, che non può essere modificato da fonti esterne, specie se queste non derivano da organizzazioni internazionali rispetto alle quali siano state accettate limitazioni di sovranità come quelle previste dall'art. 11 della Costituzione.

5. Alla luce dei principi metodologici illustrati sino a questo punto, lo scrutinio di legittimità costituzionale chiesto dalla Corte rimettente deve essere condotto in modo da verificare: *a*) se effettivamente vi sia contrasto non risolvibile in via interpretativa tra la norma censurata e le norme della CEDU, come interpretate dalla Corte europea ed assunte come fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, primo comma, Cost.; *b*) se le norme della CEDU invocate come integrazione del parametro, nell'interpretazione ad esse data dalla medesima Corte, siano compatibili con l'ordinamento costituzionale italiano.

5.1. L'art. 5-*bis* del decreto-legge n. 333 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 del 1992, prescrive, al primo comma, i criteri di calcolo dell'indennità di espropriazione per pubblica utilità delle aree edificabili, che consistono nell'applicazione dell'art. 13, terzo comma, della legge 15 gennaio 1885, n. 2892 (Risanamento della città di Napoli), "sostituendo in ogni caso ai fitti coacervati dell'ultimo decennio il reddito dominicale rivalutato di cui agli articoli 24 e seguenti

del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917". L'importo così determinato è ridotto del 40 per cento. Il secondo comma aggiunge che, in caso di cessione volontaria del bene da parte dell'espropriato, non si applica la riduzione di cui sopra.

La norma censurata è stata oggetto di questione di legittimità costituzionale, definita con la sentenza n. 283 del 1993.

Nel dichiarare non fondata la questione, questa Corte ha richiamato la sua pregressa giurisprudenza, consolidatasi negli anni, sul concetto di "serio ristoro", particolarmente illustrato nella sentenza n. 5 del 1980. Quest'ultima pronuncia ha stabilito che "l'indennizzo assicurato all'espropriato dall'art. 42, comma terzo, Cost., se non deve costituire una integrale riparazione della perdita subita – in quanto occorre coordinare il diritto del privato con l'interesse generale che l'espropriazione mira a realizzare – non può essere, tuttavia, fissato in una misura irrisoria o meramente simbolica ma deve rappresentare un serio ristoro. Perché ciò possa realizzarsi, occorre far riferimento, per la determinazione dell'indennizzo, al valore del bene in relazione alle sue caratteristiche essenziali, fatte palesi dalla potenziale utilizzazione economica di esso, secondo legge. Solo in tal modo può assicurarsi la congruità del ristoro spettante all'espropriato ed evitare che esso sia meramente apparente o irrisorio rispetto al valore del bene".

Il principio del serio ristoro è violato, secondo tale pronuncia, quando, "per la determinazione dell'indennità, non si considerino le caratteristiche del bene da espropriare ma si adotti un diverso criterio che prescinda dal valore di esso".

5.2. L'effetto della sentenza da ultimo richiamata (e della successiva n. 223 del 1983) è stato quello di rendere nuovamente applicabile il criterio del valore venale, quale previsto dall'art. 39 della legge 25 giugno 1865, n. 2359 (Espropriazioni per causa di utilità pubblica) sino all'introduzione, nel 1992, della norma censurata.

A proposito di quest'ultima, la Corte, con la già ricordata sentenza n. 283 del 1993, ha confermato il principio del serio ristoro, precisando che, da una parte, l'art. 42 Cost. "non garantisce all'espropriato il diritto ad un'indennità esattamente commisurata al valore venale del bene e,

dall'altra, l'indennità stessa non può essere (in negativo) meramente simbolica od irrisoria, ma deve essere (in positivo) congrua, seria, adeguata".

Posto che, in conformità all'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, deve essere esclusa "una valutazione del tutto astratta in quanto sganciata dalle caratteristiche essenziali del bene ablato", questa Corte ha ritenuto ammissibili criteri "mediati", lasciando alla discrezionalità del legislatore l'individuazione dei parametri concorrenti con quello del valore venale. La Corte stessa ha tenuto a precisare che la "mediazione tra l'interesse generale sotteso all'espropriazione e l'interesse privato, espresso dalla proprietà privata, non può fissarsi in un indefettibile e rigido criterio quantitativo, ma risente sia del contesto complessivo in cui storicamente si colloca, sia dello specifico che connota il procedimento espropriativo, non essendo il legislatore vincolato ad individuare un unico criterio di determinazione dell'indennità, valido in ogni fattispecie espropriativa".

Come emerge chiaramente dalla citata pronuncia, questa Corte, accanto al criterio del serio ristoro – che esclude la pura e semplice identificazione dell'indennità espropriativa con il valore venale del bene – ha pure riconosciuto la relatività sincronica e diacronica dei criteri di determinazione adottabili dal legislatore. In altri termini, l'adeguatezza dei criteri di calcolo deve essere valutata nel contesto storico, istituzionale e giuridico esistente al momento del giudizio. Né il criterio del valore venale (pur rimasto in vigore dal 1983 al 1992), né alcuno dei criteri "mediati" prescelti dal legislatore possono avere i caratteri dell'assolutezza e della definitività. La loro collocazione nel sistema e la loro compatibilità con i parametri costituzionali subiscono variazioni legate al decorso del tempo o al mutamento del contesto istituzionale e normativo, che non possono restare senza conseguenze nello scrutinio di costituzionalità della norma che li contiene.

La Corte ha concluso affermando: "anche un contesto complessivo che risulti caratterizzato da una sfavorevole congiuntura economica – che il legislatore mira a contrastare con un'ampia manovra economico-finanziaria – può conferire un diverso peso ai confliggenti interessi oggetto del bilanciamento legislativo. Questa essenziale relatività dei valori in giuoco impone una verifica settoriale e legata al contesto di

riferimento nel momento in cui si pone il raffronto tra il risultato del bilanciamento operato dal legislatore con la scelta di un determinato criterio "mediato" ed il canone di adeguatezza dell'indennità *ex* art. 42, comma 3, della Costituzione".

5.3. La Corte rimettente ha posto in evidenza proprio la relatività delle valutazioni, che richiede di verificare nel tempo e nello spazio normativo il punto di equilibrio tra i contrastanti interessi costituzionalmente protetti. Si impongono pertanto due distinti approfondimenti: *a*) l'incidenza del mutato quadro normativo sulla compatibilità della norma censurata con la tutela del diritto di proprietà; *b*) il legame tra la contingente situazione storica (economica e finanziaria) esistente al momento della sentenza n. 283 del 1993 e l'esito del giudizio di legittimità costituzionale sulla stessa norma.

5.4. Sul primo punto, si deve rilevare che l'art. 1 del primo Protocollo della CEDU è stato oggetto di una progressiva focalizzazione interpretativa da parte della Corte di Strasburgo, che ha attribuito alla disposizione un contenuto ed una portata ritenuti dalla stessa Corte incompatibili con la disciplina italiana dell'indennità di espropriazione.

In esito ad una lunga evoluzione giurisprudenziale, la *Grande Chambre*, con la decisione del 29 marzo 2006, nella causa Scordino contro Italia, ha fissato alcuni principi generali: *a*) un atto della autorità pubblica, che incide sul diritto di proprietà, deve realizzare un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali degli individui (punto 93); *b*) nel controllare il rispetto di questo equilibrio, la Corte riconosce allo Stato "un ampio margine di apprezzamento", tanto per scegliere le modalità di attuazione, quanto per giudicare se le loro conseguenze trovano legittimazione, nell'interesse generale, dalla necessità di raggiungere l'obiettivo della legge che sta alla base dell'espropriazione (punto 94); *c*) l'indennizzo non è legittimo, se non consiste in una somma che si ponga "in rapporto ragionevole con il valore del bene"; se da una parte la mancanza totale di indennizzo è giustificabile solo in circostanze eccezionali, dall'altra non è sempre garantita dalla CEDU una riparazione integrale (punto 95); *d*) in caso di "espropriazione isolata", pur se a fini di pubblica utilità, solo una

riparazione integrale può essere considerata in rapporto ragionevole con il valore del bene (punto 96); *e*) "obiettivi legittimi di utilità pubblica, come quelli perseguiti da misure di riforma economica o di giustizia sociale possono giustificare un indennizzo inferiore al valore di mercato effettivo" (punto 97).

Poiché i criteri di calcolo dell'indennità di espropriazione previsti dalla legge italiana porterebbero alla corresponsione, in tutti i casi, di una somma largamente inferiore al valore di mercato (o venale), la Corte europea ha dichiarato che l'Italia ha il dovere di porre fine ad una violazione sistematica e strutturale dell'art. 1 del primo Protocollo della CEDU, anche allo scopo di evitare ulteriori condanne dello Stato italiano in un numero rilevante di controversie seriali pendenti davanti alla Corte medesima.

5.5. Per stabilire se e in quale misura la suddetta pronuncia della Corte europea incide nell'ordinamento giuridico italiano, occorre esaminare analiticamente il criterio di calcolo dell'indennità di espropriazione previsto dalla norma censurata.

L'indennità dovuta al proprietario espropriato, secondo la citata norma, è pari alla media del valore venale del bene e del reddito dominicale rivalutato riferito all'ultimo decennio, con un'ulteriore sottrazione del 40 per cento dalla cifra così ottenuta.

Si deve, in primo luogo, osservare che è stato modificato l'originario criterio previsto dalla legge n. 2892 del 1885, che, essendo mirata al risanamento di una grande città, prevedeva coerentemente il ricorso, ai fini della media, alla somma risultante dai "fitti coacervati" dell'ultimo decennio. C'era l'evidente e dichiarata finalità di indennizzare i proprietari di fabbricati ricadenti nell'area urbana, tenendo conto che gli stessi erano per lo più degradati, ma densamente abitati da inquilini che pagavano alti canoni di locazione. Si intendeva, in tal modo, indennizzare i proprietari per il venir meno di un reddito concreto costituito dai fitti che gli stessi percepivano. L'indennizzo così calcolato poteva essere anche più alto del valore venale del bene in sé e per sé considerato.

La sostituzione dei fitti coacervati con il reddito dominicale ha spostato verso il basso l'indennità rispetto a quella prevista dalla legge per il

risanamento di Napoli, con il risultato pratico che, nella generalità dei casi, la somma ottenuta in base alla media prevista dalla legge è di circa il 50 per cento del valore venale del bene. A ciò si aggiunge l'ulteriore decurtazione del 40 per cento, evitabile solo con la cessione volontaria del bene.

5.6. Sia la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana sia quella della Corte europea concordano nel ritenere che il punto di riferimento per determinare l'indennità di espropriazione deve essere il valore di mercato (o venale) del bene ablato. V'è pure concordanza di principio – al di là delle diverse espressioni linguistiche impiegate – sulla non coincidenza necessaria tra valore di mercato e indennità espropriativa, alla luce del sacrificio che può essere imposto ai proprietari di aree edificabili in vista del raggiungimento di fini di pubblica utilità.

Rispetto alla pregressa giurisprudenza di questa Corte, si deve rilevare un apparente contrasto tra le sentenze di rigetto (principalmente la n. 283 del 1993) sulle questioni riguardanti la norma oggi nuovamente censurata e la netta presa di posizione della Corte di Strasburgo circa l'incompatibilità dei criteri di computo previsti in tale norma e l'art. 1 del primo Protocollo della CEDU.

In realtà, come rilevato, questa Corte – nel dichiarare non fondata la questione relativa all'art. 5-*bis* del decreto-legge n. 333 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 del 1992 – ha posto in rilievo il carattere transitorio di tale disciplina, giustificata dalla grave congiuntura economica che il Paese stava attraversando ed ha precisato – come s'è ricordato al paragrafo 5.2 – che la valutazione sull'adeguatezza dell'indennità deve essere condotta in termini relativi, avendo riguardo al quadro storico-economico ed al contesto istituzionale.

Sotto il primo profilo, si deve notare che il criterio dichiaratamente provvisorio previsto dalla norma censurata è divenuto oggi definitivo, ad opera dell'art. 37 del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità) – non censurato *ratione temporis* dal giudice rimettente –, che contiene una norma identica, conformemente, del resto, alla sua natura di atto normativo compilativo. È

venuta meno, in tal modo, una delle condizioni che avevano indotto questa Corte a ritenere la norma censurata non incompatibile con la Costituzione. Né si può ritenere che una "sfavorevole congiuntura economica" possa andare avanti all'infinito, conferendo *sine die* alla legislazione una condizione di eccezionalità che, se troppo prolungata nel tempo, perde tale natura ed entra in contraddizione con la sua stessa premessa. Se problemi rilevanti di equilibrio della finanza pubblica permangono anche al giorno d'oggi – e non si prevede che potranno essere definitivamente risolti nel breve periodo – essi non hanno il carattere straordinario ed acuto della situazione dei conti pubblici verificatasi nel 1992, che indusse Parlamento e Governo ad adottare misure di salvataggio drastiche e successivamente non replicate.

Un'indennità "congrua, seria ed adeguata" (come precisato dalla sentenza n. 283 del 1993) non può adottare il valore di mercato del bene come mero punto di partenza per calcoli successivi che si avvalgono di elementi del tutto sganciati da tale dato, concepiti in modo tale da lasciare alle spalle la valutazione iniziale, per attingere risultati marcatamente lontani da essa. Mentre il reddito dominicale mantiene un sia pur flebile legame con il valore di mercato (con il risultato pratico però di dimezzare, il più delle volte, l'indennità), l'ulteriore detrazione del 40 per cento è priva di qualsiasi riferimento, non puramente aritmetico, al valore del bene. D'altronde tale decurtazione viene esclusa in caso di cessione volontaria e quindi risulta essere non un criterio, per quanto "mediato", di valutazione del bene, ma l'effetto di un comportamento dell'espropriato.

5.7. Da quanto sinora detto si deve trarre la conclusione che la norma censurata – la quale prevede un'indennità oscillante, nella pratica, tra il 50 ed il 30 per cento del valore di mercato del bene – non supera il controllo di costituzionalità in rapporto al "ragionevole legame" con il valore venale, prescritto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e coerente, del resto, con il "serio ristoro" richiesto dalla giurisprudenza consolidata di questa Corte. La suddetta indennità è inferiore alla soglia minima accettabile di riparazione

dovuta ai proprietari espropriati, anche in considerazione del fatto che la pur ridotta somma spettante ai proprietari viene ulteriormente falcidiata dall'imposizione fiscale, la quale – come rileva il rimettente – si attesta su valori di circa il 20 per cento. Il legittimo sacrificio che può essere imposto in nome dell'interesse pubblico non può giungere sino alla pratica vanificazione dell'oggetto del diritto di proprietà.

Non emergono, sulla base delle considerazioni fin qui svolte, profili di incompatibilità tra l'art. 1 del primo Protocollo della CEDU, quale interpretato dalla Corte di Strasburgo, e l'ordinamento costituzionale italiano, con particolare riferimento all'art. 42 Cost.

Si deve tuttavia riaffermare che il legislatore non ha il dovere di commisurare integralmente l'indennità di espropriazione al valore di mercato del bene ablato. L'art. 42 Cost. prescrive alla legge di riconoscere e garantire il diritto di proprietà, ma ne mette in risalto la "funzione sociale". Quest'ultima deve essere posta dal legislatore e dagli interpreti in stretta relazione all'art. 2 Cost., che richiede a tutti i cittadini l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale. Livelli troppo elevati di spesa per l'espropriazione di aree edificabili destinate ad essere utilizzate per fini di pubblico interesse potrebbero pregiudicare la tutela effettiva di diritti fondamentali previsti dalla Costituzione (salute, istruzione, casa, tra gli altri) e potrebbero essere di freno eccessivo alla realizzazione delle infrastrutture necessarie per un più efficiente esercizio dell'iniziativa economica privata.

Valuterà il legislatore se l'equilibrio tra l'interesse individuale dei proprietari e la funzione sociale della proprietà debba essere fisso e uniforme, oppure, in conformità all'orientamento della Corte europea, debba essere realizzato in modo differenziato, in rapporto alla qualità dei fini di utilità pubblica perseguiti. Certamente non sono assimilabili singoli espropri per finalità limitate a piani di esproprio volti a rendere possibili interventi programmati di riforma economica o migliori condizioni di giustizia sociale. Infatti, l'eccessivo livello della spesa per espropriazioni renderebbe impossibili o troppo onerose iniziative di questo tipo; tale effetto non deriverebbe invece da una riparazione, ancorché più consistente, per gli "espropri isolati", di cui parla la Corte di Strasburgo.

Esiste la possibilità di arrivare ad un giusto mezzo, che possa rientrare in quel "margine di apprezzamento", all'interno del quale è legittimo, secondo la costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che il singolo Stato si discosti dagli standard previsti in via generale dalle norme CEDU, così come interpretate dalle decisioni della stessa Corte. Ciò è conforme peraltro a quella "relatività dei valori" affermata, come ricordato sopra, dalla Corte costituzionale italiana. Criteri di calcolo fissi e indifferenziati rischiano di trattare allo stesso modo situazioni diverse, rispetto alle quali il bilanciamento deve essere operato dal legislatore avuto riguardo alla portata sociale delle finalità pubbliche che si vogliono perseguire, pur sempre definite e classificate dalla legge in via generale.

È inoltre evidente che i criteri per la determinazione dell'indennità di espropriazione riguardante aree edificabili devono fondarsi sulla base di calcolo rappresentata dal valore del bene, quale emerge dal suo potenziale sfruttamento non in astratto, ma secondo le norme ed i vincoli degli strumenti urbanistici vigenti nei diversi territori.

6. La dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma censurata in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., rende superflua ogni valutazione sul dedotto contrasto con l'art. 111 Cost., in rapporto all'applicabilità della stessa norma ai giudizi in corso al momento della sua entrata in vigore, poiché, ai sensi dell'art. 30, terzo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, essa non potrà avere più applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione delle presente sentenza.

7. Ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, deve essere dichiarata l'illegittimità costituzionale, in via consequenziale, dei commi 1 e 2 dell'art. 37 del d.P.R. n. 327 del 2001, che contengono norme identiche a quelle dichiarate in contrasto con la Costituzione dalla presente sentenza.

per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi,

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 5-*bis*, commi 1 e 2, del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento

della finanza pubblica), convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359;

dichiara, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, l'illegittimità costituzionale, in via consequenziale, dell'art. 37, commi 1 e 2, del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità).

Corte Costituzionale
24 ottobre 2007 n. 349

Presidente: Bile - Relatore: Flick

- *OMISSIS* -

nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 5-*bis*, comma 7-*bis*, del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359, introdotto dall'art. 3, comma 65, della legge 23 dicembre 1996, n. 662 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica), promossi con ordinanza del 20 maggio 2006 dalla Corte di cassazione nei procedimenti civili riuniti vertenti tra il Comune di Avellino ed altri ed E. P. in proprio e n. q. di procuratore di G. P. e di D. P. ed altri e con ordinanza del 29 giugno 2006 dalla Corte d'appello di Palermo nel procedimento civile vertente tra A. G. ed altre e il Comune di Leonforte ed altro, iscritte ai nn. 401 e 557 del registro ordinanze 2006 e pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica nn. 42 e 49, prima serie speciale, dell'anno 2006.

Visti gli atti di costituzione di G. C. n. q. di erede di E. P. e di G. P. ed altri n. q. di eredi di D. P., di A. G. ed altre, fuori termine, nonché gli atti di intervento di A. C. fu G. s.r.l., della Consulta per la giustizia europea dei diritti dell'uomo CO.G.E.D.U. e del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica del 3 luglio 2007 e nella camera di consiglio del 4 luglio 2007 il Giudice relatore Giuseppe Tesauro;

uditi gli avvocati Maurizio de Stefano e Anton Giulio Lana per la Consulta per la giustizia europea dei diritti dell'uomo CO.G.E.D.U., Antonio Barra per G. C. n. q. di erede di E. P. e per G. P. ed altri n. q. di eredi di D. P. e l'avvocato dello Stato Gabriella Palmieri per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto in fatto

1. La Corte di cassazione e la Corte d'appello di Palermo, con ordinanze del 20 maggio e del 29 giugno 2006, hanno sollevato, in riferimento

all'art. 111, primo e secondo comma, della Costituzione, ed in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 (di seguito, CEDU), ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952), nonché all'art. 117, primo comma, della Costituzione, ed in relazione all'art. 6 della CEDU ed all'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952 (*infra*, Protocollo), questione di legittimità costituzionale dell'art. 5-*bis*, comma 7-*bis*, del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica) – convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359 – comma aggiunto dall'art. 3, comma 65, della legge 23 dicembre 1996, n. 662 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica).

2. La Corte di cassazione premette che il giudizio principale ha ad oggetto una domanda proposta da alcuni privati nei confronti del Comune di Avellino e dell'Istituto autonomo case popolari (IACP) della stessa città, al fine di ottenerne la condanna al risarcimento del danno subito a causa della occupazione acquisitiva di alcuni terreni di loro proprietà, sui quali sono stati realizzati alloggi popolari ed opere di edilizia sociale, nonché al pagamento dell'indennità per l'occupazione temporanea degli stessi immobili.

La stessa Corte, con sentenza del 14 gennaio 1998, n. 457, accogliendo il ricorso proposto dagli enti pubblici, aveva cassato con rinvio la pronuncia d'appello, ritenendo applicabile la norma censurata, la quale ha introdotto un criterio riduttivo per il computo del risarcimento del danno da occupazione acquisitiva.

Riassunto il giudizio, il giudice del rinvio ha, quindi, liquidato l'indennità in base alla disposizione censurata; la pronuncia è stata impugnata dalle parti private, che, tra l'altro, hanno eccepito l'illegittimità costituzionale del citato art. 5-*bis*, comma 7-*bis*.

2.1. La rimettente, dopo avere esposto le argomentazioni che inducono ad escludere l'abrogazione della norma denunciata ad opera dell'art.

111 Cost. – come modificato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 (Inserimento dei princìpi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione) – ovvero dalla legge 24 marzo 2001, n. 89 (Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile), sintetizza le pronunce di questa Corte che hanno già scrutinato la norma censurata, in riferimento agli artt. 3, 28, 42, 53, 97 e 113 Cost.

L'ordinanza esamina, quindi, l'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo in ordine all'interpretazione dell'art. 1 del Protocollo, evolutosi nel senso di garantire una più intensa tutela del diritto di proprietà. In particolare, ricorda che la previsione di un'indennità *equitable* è stata limitata al caso della espropriazione legittima e che il carattere illecito dell'occupazione è stato ritenuto rilevante al fine della quantificazione dell'indennità, sicché, qualora non sia possibile la restituzione in natura del bene, all'espropriato è dovuta una somma corrispondente al valore venale.

Secondo il rimettente, la Corte europea, in alcune sentenze, puntualmente indicate, ha ritenuto che l'occupazione acquisitiva si pone in contrasto con le citate norme convenzionali, tra l'altro, nella parte in cui non garantisce il diritto degli espropriati al risarcimento del danno in misura corrispondente al valore venale del bene, affermando analogo criterio di computo per il calcolo dell'indennità nel caso di espropriazione legittima. Infatti, detta indennità può non essere commisurata al "valore pieno ed intero dei beni" nei soli casi di espropriazioni dirette a conseguire legittimi obiettivi di pubblica utilità e, tuttavia, questi ultimi sono stati individuati in quelli coincidenti con misure di riforme economiche o di giustizia sociale, ovvero strumentali a provocare cambiamenti del sistema costituzionale.

In seguito, la medesima Corte, con le sentenze indicate nell'ordinanza di rimessione, ha applicato questi princípi anche in riferimento al criterio stabilito dal censurato art. 5-*bis* e, ritenuta irrilevante la circostanza che questa norma era parte di una complessa manovra finanziaria, ha condannato lo Stato italiano al risarcimento commisurato alla differenza tra l'indennità percepita ed il valore venale del bene, reputando che l'espro-

priato, a causa del tempo trascorso, aveva visto leso il proprio affidamento ad un indennizzo calcolato in base a quest'ultimo parametro. In virtù delle sentenze di questa Corte n. 5 del 1980 e n. 223 del 1983, il criterio di liquidazione per l'espropriazione delle aree edificabili avrebbe infatti dovuto essere quello del giusto prezzo in una libera contrattazione di compravendita (art. 39 della legge 25 giugno 1865, n. 2359, recante "Espropriazioni per causa di utilità pubblica"); quindi, l'applicabilità del sopravvenuto art. 5-*bis* avrebbe leso il diritto della persona al rispetto dei propri beni, anche perché la disciplina fiscale incide ulteriormente sulla somma concretamente percepita.

Pertanto, secondo la Corte di Strasburgo, l'espropriazione indiretta o occupazione acquisitiva – riconosciuta dalla legislazione (art. 43 del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, recante "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità") e dalla giurisprudenza italiane – sarebbe incompatibile con l'art. 1 del Protocollo e la norma censurata violerebbe la regola della riparazione integrale del pregiudizio, realizzando una lesione aggravata dalla retroattività della disposizione e dalla sua applicabilità ai giudizi in corso.

In definitiva, la norma censurata è stata giudicata in contrasto con l'art. 1 del Protocollo sotto i seguenti profili: in primo luogo, poiché al solo scopo di sopperire ad esigenze di bilancio, al di fuori di un contesto di riforme economiche o sociali, viola la regola della corresponsione di un valore pari al valore venale del bene; in secondo luogo, in quanto stabilisce un criterio riduttivo, fondato su di un parametro irragionevole anche nel caso di espropriazione legittima; in terzo luogo, poiché dispone l'applicabilità del criterio ai giudizi in corso, in violazione dell'art. 6 della CEDU; in quarto luogo, poiché viola il principio di legalità ed il diritto ad un processo equo, dato che la disposizione ha inciso sull'esito di giudizi in corso, nei quali erano parti amministrazioni pubbliche, obbligando il giudice ad adottare una decisione fondata su presupposti diversi rispetto a quelli sui quali la parte aveva legittimamente fatto affidamento all'atto dell'instaurazione della lite.

2.2. Secondo la rimettente, benché la disposizione censurata si ponga in contrasto con le citate norme convenzionali, come interpretate dalla

Corte europea, non sarebbe tuttavia ammissibile la sua "non applicazione", mentre la Corte di cassazione talora ha affermato che il giudice nazionale è tenuto ad interpretare ed applicare il diritto interno, per quanto possibile, in modo conforme alla CEDU ed all'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, talaltra ha attenuato l'efficacia vincolante delle sentenze della Corte europea.

A suo avviso, nella specie non sarebbe configurabile il potere del giudice comune di "non applicare" la norma interna, in quanto sussistente soltanto nel caso di contrasto con norme comunitarie e fondato sull'art. 11 Cost. Il paragrafo 2 dell'art. 6 del Trattato di Maastricht neppure permetterebbe di ritenere la avvenuta "comunitarizzazione" della CEDU, con la conseguenza che l'interpretazione della Convenzione non spetta alla Corte di giustizia delle Comunità europee, dichiaratasi incompetente a fornire elementi interpretativi per la valutazione da parte del giudice nazionale della conformità delle norme di diritto interno ai diritti fondamentali di cui essa garantisce l'osservanza (nel contesto comunitario), quali risultano dalla CEDU, quando "tale normativa riguarda una situazione che non rientra nel campo di applicazione del diritto comunitario" (sentenza 29 maggio 1997, causa C-299/1995).

Peraltro, la teoria dei "controlimiti" potrebbe far ipotizzare un contrasto tra la regola che commisura l'indennità di espropriazione al valore venale del bene ed il principio costituzionale in virtù del quale il diritto di proprietà sarebbe recessivo rispetto all'interesse primario dell'utilità sociale. In ogni caso, siffatta regola non è suscettibile di diretta applicazione ai sensi dell'art. 10 Cost., sia in quanto tale norma costituzionale non concerne il diritto pattizio, sia in quanto essa neppure esprime un valore generalmente riconosciuto dagli Stati e, comunque, in quanto il giudice nazionale, se pure potesse direttamente recepire l'interpretazione della Corte europea, non avrebbe il potere di stabilire una disciplina indennitaria sostitutiva di quella prevista dalla norma denunciata.

In conclusione, secondo la rimettente, il contrasto della norma interna con le norme convenzionali non può essere evitato attraverso un'interpretazione *secundum constitutionem* della prima e, d'altro canto, il giudice nazionale non potrebbe disapplicare la norma interna, provvedendo, in

luogo del legislatore, a coordinare le fonti e ad affermare la prevalenza della fonte convenzionale sulla fonte interna.

2.3. L'ordinanza di rimessione osserva che questa Corte, benché abbia ritenuto non irragionevole la retroattività della norma censurata (sentenza n. 148 del 1999), non ha scrutinato tale norma in riferimento all'art. 111 Cost.

Ad avviso del giudice *a quo*, il contenuto precettivo del parametro costituzionale evocato non sarebbe stato compiutamente approfondito e, sebbene l'intento del legislatore, di costituzionalizzare la disposizione convenzionale, sia stato accantonato nel corso dei lavori preparatori, ciò non esclude che la giurisprudenza della Corte europea possa contribuire alla sua corretta interpretazione, anche tenendo conto della circostanza che la collocazione della CEDU nella gerarchia delle fonti non è stata ancora chiarita. Pertanto, nella specie rileverebbe il fatto che la Corte di Strasburgo ha ritenuto la norma censurata in contrasto con l'art. 6 della CEDU, in quanto il principio della parità delle parti davanti al giudice vieta al legislatore di intervenire nella risoluzione di una singola causa, o di una determinata categoria di controversie. Le fattispecie decise dal giudice europeo sarebbero omologhe a quella oggetto del giudizio principale, nella quale i proprietari, espropriati nell'anno 1985 in forza della occupazione acquisitiva, hanno agito in giudizio per ottenere l'indennizzo di natura risarcitoria loro spettante in virtù dei principi enunciati dalla Corte regolatrice – fondati sull'art. 39 della legge n. 2359 del 1865 e sull'art. 3 della legge 27 ottobre 1988, n. 458 (Concorso dello Stato nella spesa degli enti locali in relazione ai pregressi maggiori oneri delle indennità di esproprio) – corrispondente al valore venale dei beni; il giudice di merito aveva accolto la domanda, applicando detto criterio; nel corso del giudizio innanzi alla Corte di cassazione è sopravvenuta la norma impugnata che ha diversamente commisurato l'indennizzo, disponendo l'applicabilità del nuovo criterio ai giudizi in corso non definiti con sentenza passata in giudicato, con il risultato di ridurre, a giudizio iniziato, l'indennizzo a poco meno del 50 per cento rispetto a quello in vista del quale i proprietari avevano instaurato il giudizio.

2.4. Secondo la Corte di cassazione, la norma denunciata si porreb-

be, inoltre, in contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., che, nel testo novellato a seguito della riforma del titolo V della Costituzione, mira ad eliminare una lacuna del nostro ordinamento, determinata dal contenuto dell'art. 10 Cost., stabilendo una regola vincolante anche per il legislatore statale.

La disposizione censurata violerebbe il principio del giusto processo ed il diritto di proprietà, quali risultano dagli artt. 6 della CEDU ed 1 del Protocollo, come interpretati dalla Corte europea, e, conseguentemente, il citato art. 5-*bis*, comma 7-*bis*, sarebbe costituzionalmente illegittimo, in quanto in contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost.

3. La Corte d'appello di Palermo espone di essere stata adita in sede di giudizio di rinvio avente ad oggetto le domande restitutorie e risarcitorie proposte da alcuni privati, i quali hanno dedotto che un suolo edificabile di loro proprietà ha costituito oggetto di un procedimento di espropriazione per la costruzione di alloggi di edilizia popolare ed è stato irreversibilmente trasformato, in difetto della adozione di regolare provvedimento di espropriazione; gli enti pubblici si sono costituiti nel giudizio contestando la fondatezza della domanda e chiedendo che siano applicate le norme recate dal d.P.R. n. 327 del 2001; è stata inoltre accertata l'irreversibile trasformazione del fondo.

Secondo il giudice *a quo*, il principio di diritto enunciato nella sentenza di rinvio comporta che il decreto di espropriazione dell'immobile, in quanto adottato dopo la scadenza dei termini di cui all'art. 13 della legge n. 2359 del 1865, è illegittimo e deve essere disapplicato. La fattispecie oggetto del giudizio va qualificata come occupazione acquisitiva, poiché la trasformazione del bene è stata realizzata in pendenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità, quindi, alla data di scadenza dei termini di cui all'art. 13 della legge n. 2359 del 1865, il bene è stato acquistato dagli enti pubblici, a titolo originario, e gli attori sono titolari del diritto ad ottenere il risarcimento del danno. Nella specie sarebbe applicabile il citato art. 5-*bis*, comma 7-*bis*, mentre, ad avviso del rimettente, alla data di instaurazione del giudizio di primo grado (12 aprile 1984), le parti private, in virtù dei princípi enunciati dalla sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione n. 1464 del 1983 e di quanto previsto dall'art. 39

della legge n. 2359 del 1865, potevano fare affidamento sulla spettanza di un risarcimento del danno pari al valore venale del fondo, che invece la norma censurata ha dimezzato.

La Corte d'appello di Palermo censura, quindi, la norma in esame in riferimento agli stessi parametri costituzionali indicati dalla Corte di cassazione e con argomentazioni sostanzialmente coincidenti con quelle svolte nella relativa ordinanza di rimessione, sopra sintetizzate.

4. Nel giudizio promosso dalla Corte di cassazione è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato che, anche nella memoria depositata in prossimità dell'udienza pubblica, ha chiesto che la questione sia dichiarata infondata.

Secondo la difesa erariale, l'ordinanza di rimessione richiede di accertare: *a)* se, nel caso di contrasto di una norma interna con la giurisprudenza della Corte europea, prevalga la seconda; *b)* se l'eventuale prevalenza della giurisprudenza di detta Corte concerna anche le norme costituzionali.

A suo avviso, deve anzitutto escludersi che la Corte di Strasburgo, in via interpretativa, possa ridurre o estendere il contenuto delle norme convenzionali; l'art. 32 del Protocollo n. 11 alla Convenzione, fatto a Strasburgo l'11 maggio 1994, ratificato e reso esecutivo con la legge 28 agosto 1997, n. 296 (Ratifica ed esecuzione del protocollo n. 11 alla convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, recante ristrutturazione del meccanismo di controllo stabilito dalla convenzione, fatto a Strasburgo l'11 maggio 1994), stabilisce che la competenza di detta Corte concerne tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli, senza affatto prevedere un potere creativo di norme convenzionali vincolanti, inesistente nel sistema della Convenzione di Vienna ratificata con la legge 12 febbraio 1974, n. 112 (Ratifica ed esecuzione della convenzione sul diritto dei trattati, con annesso, adottata a Vienna il 23 maggio 1969), "che vuole testuale ed oggettiva l'interpretazione di qualunque trattato".

Pertanto, se la Corte europea non ha titolo per dubitare della legittimità, nel diritto nazionale, della norma retroattiva e del sistema italiano di calcolo dell'indennizzo, non potrebbe essere censurata una disposizione

conforme agli artt. 25 e 42 Cost.; inoltre, l'art. 111 Cost., contrariamente a quanto sostiene la rimettente, non concerne la disciplina sostanziale e, comunque, l'art. 6 della CEDU non stabilisce il divieto di retroattività della legge in materia diversa da quella penale.

Secondo la difesa erariale, l'art. 117, primo comma, Cost., fa riferimento ai "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali" che, come chiarisce l'art. 1 della legge 5 giugno 2003, n. 131 (Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3), sono quelli derivanti da "accordi di reciproca limitazione della sovranità di cui all'art. 11 della Costituzione, dall'ordinamento comunitario e dai trattati internazionali" e "nulla di tutto ciò è nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo a proposito delle leggi retroattive di immediata applicazione ai processi in corso, per le quali opera, tutta e sola, la disciplina delle fonti di produzione nazionale". Analogamente, l'art. 1 del Protocollo non disporrebbe, come invece ritiene la Corte EDU, che l'indennizzo per l'espropriazione debba coincidere con il valore venale del bene.

Infine, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sarebbe inesatta anche perchè il valore venale del bene è dato dall'utilizzabilità dell'area per edificare, ma nessuno strumento urbanistico lascia la dimensione del terreno al lordo delle esigenze derivanti dalla pianificazione. Secondo l'interveniente, l'esperienza insegna "che su un terreno di X mq l'area edificabile al netto degli spazi che servono per le opere di urbanizzazione e per l'assetto del territorio, è pari ad X/2" e, quindi, non è irragionevole che la legge disponga in detti casi una drastica riduzione del valore per metro quadro.

4.1. Nel giudizio di costituzionalità si sono costituiti, con separati atti, le parti del giudizio principale, chiedendo l'accoglimento della questione, anche sulla scorta di argomentazioni in larga misura coincidenti con quelle svolte nell'ordinanza di rimessione.

Dopo avere esposto considerazioni storico-filosofiche a conforto del principio secondo il quale il diritto non può porsi in contrasto con il senso comune del giusto, le parti sostengono che non solo la norma censurata, ma anche l'art. 3 della legge n. 458 del 1988 e le sentenze di questa

Corte n. 384 del 1990 e n. 486 del 1991, nonché alcune sentenze della Corte di cassazione, laddove negano il diritto di quanti hanno subito un'occupazione acquisitiva di conservare la proprietà del bene e di ottenere un risarcimento pari al valore venale del bene, si porrebbero in contrasto con l'art. 1 del Protocollo.

La retroattività della norma denunciata è censurata anche attraverso richiami alla Costituzione francese del 1791, alla Costituzione degli Stati Uniti d'America e ad un ampio *excursus* storico, svolti per evidenziare il contrasto di detta norma con l'art. 1 del Protocollo, violato altresì dal riconoscimento dell'istituto dell'accessione invertita e dalla legittimazione di un'attività illecita quale fonte di acquisto del diritto di proprietà da parte della pubblica amministrazione.

Pertanto, secondo le parti, la norma in esame, configurando un fatto illecito come fonte di estinzione del diritto di proprietà del privato, violerebbe l'art. 10, primo comma, Cost., in relazione all'art. 1, secondo comma, del Protocollo, nonché l'art. 53 Cost..

Infine, la disposizione si porrebbe in contrasto con l'art. 10, primo comma, e con l'art. 111, secondo comma, Cost., anche in relazione all'art. 6, n. 1, della legge n. 848 del 1955, fermo restando l'obbligo di risarcire il danno conseguente dalla violazione del termine di durata ragionevole del processo (art. 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89).

4.2. Nel giudizio è intervenuta una società a r.l., chiedendo l'accoglimento della questione e deducendo di essere titolare di un interesse che ne legittimerebbe l'intervento, in quanto parte di un altro processo avente anch'esso ad oggetto il risarcimento del danno da occupazione acquisitiva, sospeso sino all'esito del presente giudizio.

4.3. Infine, ha spiegato intervento nel giudizio la Consulta per la Giustizia Europea dei Diritti dell'Uomo (CO.GE.DU.), in persona del legale rappresentante, la quale, anche nella memoria depositata in prossimità dell'udienza pubblica, espone che non è parte del processo principale "e non sarebbe direttamente toccata dalla legislazione oggetto del giudizio presupposto", poiché non ha alcun interesse particolare che possa riguardare l'espropriazione per pubblica utilità. Tuttavia, la legittimazione all'intervento si fonderebbe sulla circostanza che l'esito del giudizio incidereb-

be sul conseguimento dei suoi scopi statutari e sul suo interesse ad una pronuncia che riconosca alle norme della CEDU rango costituzionale.

5. Nel giudizio promosso dalla Corte d'appello di Palermo è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, svolgendo, nell'atto di intervento e nella memoria depositata in prossimità della camera di consiglio, deduzioni identiche a quelle contenute nell'atto di intervento concernente il giudizio promosso dalla Corte di cassazione e chiedendo che la Corte dichiari infondate le questioni.

5.1. Nel giudizio promosso dalla Corte d'appello di Palermo si sono altresì costituite, con atto depositato fuori termine, le parti private del processo principale.

Considerato in diritto

1. Le questioni sollevate dalla Corte di cassazione e dalla Corte d'appello di Palermo investono l'art. 5-*bis*, comma 7-*bis*, del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica) – convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359 –, comma aggiunto dall'art. 3, comma 65, della legge 23 dicembre 1996, n. 662 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica), il quale stabilisce: "In caso di occupazioni illegittime di suoli per causa di pubblica utilità, intervenute anteriormente al 30 settembre 1996, si applicano, per la liquidazione del danno, i criteri di determinazione dell'indennità di cui al comma 1, con esclusione della riduzione del 40 per cento. In tal caso l'importo del risarcimento è altresì aumentato del 10 per cento. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche ai procedimenti in corso non definiti con sentenza passata in giudicato".

Secondo le ordinanze di rimessione, la norma si porrebbe in contrasto con l'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 (*infra*, CEDU), ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952),

ed all'art. 1 del Protocollo addizionale, in quanto, disponendo l'applicabilità ai giudizi in corso della disciplina dalla stessa stabilita in tema di risarcimento del danno da occupazione illegittima e quantificando in misura incongrua il relativo indennizzo, violerebbe il principio del giusto processo ed il diritto di proprietà di cui rispettivamente ai citati artt. 6 ed 1, come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, quindi violerebbe i corrispondenti obblighi internazionali assunti dallo Stato.

Inoltre, detta disposizione si porrebbe in contrasto anche con l'art. 111, primo e secondo comma, Cost., in relazione all'art. 6 della CEDU, poiché la previsione della sua applicabilità ai giudizi in corso violerebbe il principio del giusto processo, in particolare sotto il profilo della parità delle parti, da ritenersi leso da un intervento del legislatore diretto ad imporre una determinata soluzione ad una circoscritta e specifica categoria di controversie.

2. I giudizi, avendo ad oggetto la stessa norma, censurata in riferimento agli stessi parametri costituzionali, per profili e con argomentazioni sostanzialmente coincidenti, devono essere riuniti e decisi con un'unica sentenza.

3. Preliminarmente, deve essere ribadita l'inammissibilità degli interventi della Consulta per la Giustizia Europea dei Diritti dell'Uomo (CO.GE.DU.) e di A. C. fu G. s.r.l., dichiarata con ordinanza della quale è stata data lettura in udienza, allegata alla presente sentenza.

Inoltre, va dichiarata l'inammissibilità della costituzione delle parti del giudizio pendente dinanzi alla Corte d'appello di Palermo, poiché avvenuta oltre il termine stabilito dall'art. 25 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), computato secondo quanto previsto dagli artt. 3 e 4 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, da ritenersi perentorio (per tutte, sentenza n. 190 del 2006).

4. Le due ordinanze di rimessione hanno motivato non implausibilmente in ordine alle ragioni dell'applicabilità, in entrambi i giudizi, della norma censurata, anche a seguito della emanazione del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in

materia di espropriazione per pubblica utilità), nonché sulla circostanza che gli stessi hanno ad oggetto una fattispecie di occupazione acquisitiva, disciplinata appunto da detta norma.

Inoltre, in virtù di un principio che va confermato, la questione di legittimità costituzionale può avere ad oggetto anche l'interpretazione risultante dal "principio di diritto" enunciato dalla Corte di cassazione (che vincola questa stessa nel giudizio di impugnazione della sentenza pronunciata in sede di rinvio), in quanto il regime delle preclusioni proprio del giudizio di rinvio non impedisce di censurare la norma dalla quale detto principio è stato tratto (sentenze n. 78 del 2007, n. 58 del 1995, n. 257 del 1994, n. 138 del 1993; ordinanza n. 501 del 2000)

Le questioni sono, quindi, ammissibili.

5. Le questioni vanno esaminate entro i limiti del *thema decidendum* individuato dalle ordinanze di rimessione, dato che, secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, non possono essere prese in considerazione le censure svolte dalle parti del giudizio principale, con riferimento a parametri costituzionali ed a profili non evocati dal giudice *a quo* (*ex plurimis*, sentenze n. 310 e n. 234 del 2006).

6. La questione sollevata in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., è fondata.

6.1. In considerazione del parametro costituzionale evocato dai giudici *a quibus* e delle argomentazioni svolte in entrambe le ordinanze di rimessione, il preliminare profilo da affrontare è quello delle conseguenze del prospettato contrasto della norma interna con "i vincoli derivanti [...] dagli obblighi internazionali" e, in particolare, con gli obblighi imposti dalle evocate disposizioni della CEDU e del Protocollo addizionale.

In generale, la giurisprudenza di questa Corte, nell'interpretare le disposizioni della Costituzione che fanno riferimento a norme e ad obblighi internazionali – per quanto qui interessa, gli artt. 7, 10 ed 11 Cost. – ha costantemente affermato che l'art. 10, primo comma, Cost., il quale sancisce l'adeguamento automatico dell'ordinamento interno alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, concerne esclusivamente i princìpi generali e le norme di carattere consuetudinario (per tut-

te, sentenze n. 73 del 2001, n. 15 del 1996, n. 168 del 1994), mentre non comprende le norme contenute in accordi internazionali che non riproducano princìpi o norme consuetudinarie del diritto internazionale. Per converso, l'art. 10, secondo comma, e l'art. 7 Cost. fanno riferimento a ben identificati accordi, concernenti rispettivamente la condizione giuridica dello straniero e i rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica e pertanto non possono essere riferiti a norme convenzionali diverse da quelle espressamente menzionate.

L'art. 11 Cost., il quale stabilisce, tra l'altro, che l'Italia "consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni", è invece la disposizione che ha permesso di riconoscere alle norme comunitarie efficacia obbligatoria nel nostro ordinamento (sentenze n. 284 del 2007; n. 170 del 1984).

Con riguardo alle disposizioni della CEDU, questa Corte ha più volte affermato che, in mancanza di una specifica previsione costituzionale, le medesime, rese esecutive nell'ordinamento interno con legge ordinaria, ne acquistano il rango e quindi non si collocano a livello costituzionale (tra le molte, per la continuità dell'orientamento, sentenze n. 388 del 1999, n. 315 del 1990, n. 188 del 1980; ordinanza n. 464 del 2005). Ed ha altresì ribadito l'esclusione delle norme meramente convenzionali dall'ambito di operatività dell'art. 10, primo comma, Cost. (oltre alle pronunce sopra richiamate, si vedano le sentenze n. 224 del 2005, n. 288 del 1997, n. 168 del 1994).

L'inconferenza, in relazione alle norme della CEDU, e per quanto qui interessa, del parametro dell'art. 10, secondo comma, Cost., è resa chiara dal preciso contenuto di tale disposizione. Né depongono in senso diverso i precedenti di questa Corte in cui si è fatto riferimento anche a quel parametro, dato che ciò è accaduto essenzialmente in considerazione della coincidenza delle disposizioni della CEDU con le fonti convenzionali relative al trattamento dello straniero: ed è appunto questa la circostanza della quale le pronunce in questione si sono limitate a dare atto (sentenze n. 125 del 1977, n. 120 del 1967).

In riferimento alla CEDU, questa Corte ha, inoltre, ritenuto che l'art.

11 Cost. "neppure può venire in considerazione non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme convenzionali in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale" (sentenza n. 188 del 1980), conclusione che si intende in questa sede ribadire. Va inoltre sottolineato che i diritti fondamentali non possono considerarsi una "materia" in relazione alla quale sia allo stato ipotizzabile, oltre che un'attribuzione di competenza limitata all'interpretazione della Convenzione, anche una cessione di sovranità.

Né la rilevanza del parametro dell'art. 11 può farsi valere in maniera indiretta, per effetto della qualificazione, da parte della Corte di giustizia della Comunità europea, dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come princìpi generali del diritto comunitario.

E' vero, infatti, che una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, anche a seguito di prese di posizione delle Corti costituzionali di alcuni Paesi membri, ha fin dagli anni settanta affermato che i diritti fondamentali, in particolare quali risultano dalla CEDU, fanno parte dei princìpi generali di cui essa garantisce l'osservanza. E' anche vero che tale giurisprudenza è stata recepita nell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea e, estensivamente, nella Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza da altre tre istituzioni comunitarie, atto formalmente ancora privo di valore giuridico ma di riconosciuto rilievo interpretativo (sentenza n. 393 del 2006). In primo luogo, tuttavia, il Consiglio d'Europa, cui afferiscono il sistema di tutela dei diritti dell'uomo disciplinato dalla CEDU e l'attività interpretativa di quest'ultima da parte della Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo, è una realtà giuridica, funzionale e istituzionale, distinta dalla Comunità europea creata con i Trattati di Roma del 1957 e dall'Unione europea oggetto del Trattato di Maastricht del 1992.

In secondo luogo, la giurisprudenza è sì nel senso che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei princìpi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario assicura il rispetto, ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri ed in particolare alla Convenzione di Roma (da ultimo, su rinvio pregiudiziale della Corte Costituzionale belga, sentenza 26 giugno 2007, causa C-305/05, Ordini avvocati c. Consiglio, punto 29). Tuttavia, tali princìpi rilevano esclusiva-

mente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile: *in primis* gli atti comunitari, poi gli atti nazionali di attuazione di normative comunitarie, infine le deroghe nazionali a norme comunitarie asseritamente giustificate dal rispetto dei diritti fondamentali (sentenza 18 giugno 1991, C-260/89, ERT). La Corte di giustizia ha infatti precisato che non ha tale competenza nei confronti di normative che non entrano nel campo di applicazione del diritto comunitario (sentenza 4 ottobre 1991, C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children Ireland; sentenza 29 maggio 1998, C-299/95, Kremzow): ipotesi che si verifica precisamente nel caso di specie.

In terzo luogo, anche a prescindere dalla circostanza che al momento l'Unione europea non è parte della CEDU, resta comunque il dato dell'appartenenza da tempo di tutti gli Stati membri dell'Unione al Consiglio d'Europa ed al sistema di tutela dei diritti fondamentali che vi afferisce, con la conseguenza che il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, non essendovi in questa materia una competenza comune attribuita alle (né esercitata dalle) istituzioni comunitarie, è un rapporto variamente ma saldamente disciplinato da ciascun ordinamento nazionale. Né, infine, le conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles del 21 e 22 giugno 2007 e le modifiche dei trattati ivi prefigurate e demandate alla conferenza intergovernativa sono allo stato suscettibili di alterare il quadro giuridico appena richiamato.

Altrettanto inesatto è sostenere che la incompatibilità della norma interna con la norma della CEDU possa trovare rimedio nella semplice non applicazione da parte del giudice comune. Escluso che ciò possa derivare dalla generale "comunitarizzazione" delle norme della CEDU, per le ragioni già precisate, resta da chiedersi se sia possibile attribuire a tali norme, ed in particolare all'art. 1 del Protocollo addizionale, l'effetto diretto, nel senso e con le implicazioni proprie delle norme comunitarie provviste di tale effetto, in particolare la possibilità per il giudice nazionale di applicarle direttamente in luogo delle norme interne con esse confliggenti. E la risposta è che, allo stato, nessun elemento relativo alla struttura e agli obiettivi della CEDU ovvero ai caratteri di determinate norme consente di ritenere che la posizione giuridica dei singoli

possa esserne direttamente e immediatamente tributaria, indipendentemente dal tradizionale diaframma normativo dei rispettivi Stati di appartenenza, fino al punto da consentire al giudice la non applicazione della norma interna confliggente. Le stesse sentenze della Corte di Strasburgo, anche quando è il singolo ad attivare il controllo giurisdizionale nei confronti del proprio Stato di appartenenza, si rivolgono allo Stato membro legislatore e da questo pretendono un determinato comportamento. Ciò è tanto più evidente quando, come nella specie, si tratti di un contrasto "strutturale" tra la conferente normativa nazionale e le norme CEDU così come interpretate dal giudice di Strasburgo e si richieda allo Stato membro di trarne le necessarie conseguenze.

6.1.1. Nella giurisprudenza di questa Corte sono individuabili pronunce le quali hanno ribadito che le norme della CEDU non si collocano come tali a livello costituzionale, non potendosi loro attribuire un rango diverso da quello dell'atto – legge ordinaria – che ne ha autorizzato la ratifica e le ha rese esecutive nel nostro ordinamento. Le stesse pronunce, d'altra parte, hanno anche escluso che, nei casi esaminati, la disposizione interna fosse difforme dalle norme convenzionali (sentenze n. 288 del 1997 e n. 315 del 1990), sottolineando la "sostanziale coincidenza" tra i princìpi dalle stesse stabiliti ed i princìpi costituzionali (sentenze n. 388 del 1999, n. 120 del 1967, n. 7 del 1967), ciò che rendeva "superfluo prendere in esame il problema [...] del rango" delle disposizioni convenzionali (sentenza n. 123 del 1970). In altri casi, detta questione non è stata espressamente affrontata, ma, emblematicamente, è stata rimarcata la "significativa assonanza" della disciplina esaminata con quella stabilita dall'ordinamento internazionale (sentenza n. 342 del 1999; si vedano anche le sentenze n. 445 del 2002 e n. 376 del 2000). E' stato talora osservato che le norme interne assicuravano "garanzie ancora più ampie" di quelle previste dalla CEDU (sentenza n. 1 del 1961), poiché "i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione" (sentenze n. 388 del 1999, n. 399 del 1998). Così il diritto del singolo alla tutela giurisdizionale è stato ricondotto nel novero dei diritti inviolabili dell'uomo, garantiti dall'art. 2 della Costituzione, argomentando "anche

dalla considerazione che se ne è fatta nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo" (sentenza n. 98 del 1965).

In linea generale, è stato anche riconosciuto valore interpretativo alla CEDU, in relazione sia ai parametri costituzionali che alle norme censurate (sentenza n. 505 del 1995; ordinanza n. 305 del 2001), richiamando, per avvalorare una determinata esegesi, le "indicazioni normative, anche di natura sovranazionale" (sentenza n. 231 del 2004). Inoltre, in taluni casi, questa Corte, nel fare riferimento a norme della CEDU, ha svolto argomentazioni espressive di un'interpretazione conforme alla Convenzione (sentenze n. 376 del 2000 e n. 310 del 1996), ovvero ha richiamato dette norme, e la *ratio* ad esse sottesa, a conforto dell'esegesi accolta (sentenze n. 299 del 2005 e n. 29 del 2003), avvalorandola anche in considerazione della sua conformità con i "valori espressi" dalla Convenzione, "secondo l'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo" (sentenze n. 299 del 2005; n. 299 del 1998), nonché sottolineando come un diritto garantito da norme costituzionali sia "protetto anche dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti [...] come applicato dalla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo" (sentenza n. 154 del 2004).

È rimasto senza seguito il precedente secondo il quale le norme in esame deriverebbero da "una fonte riconducibile a una competenza atipica" e, come tali, sarebbero "insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria" (sentenza n. 10 del 1993).

6.1.2. Dagli orientamenti della giurisprudenza di questa Corte è dunque possibile desumere un riconoscimento di principio della peculiare rilevanza delle norme della Convenzione, in considerazione del contenuto della medesima, tradottasi nell'intento di garantire, soprattutto mediante lo strumento interpretativo, la tendenziale coincidenza ed integrazione delle garanzie stabilite dalla CEDU e dalla Costituzione, che il legislatore ordinario è tenuto a rispettare e realizzare.

La peculiare rilevanza degli obblighi internazionali assunti con l'adesione alla Convenzione in esame è stata ben presente al legislatore ordinario. Infatti, dopo il recepimento della nuova disciplina della Corte europea dei diritti dell'uomo, dichiaratamente diretta a "ristrutturare il meccanismo di controllo stabilito dalla Convenzione per mantenere e raffor-

zare l'efficacia della protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali prevista dalla Convenzione" (Preambolo al Protocollo n. 11, ratificato e reso esecutivo con la legge 28 agosto 1997, n. 296), si è provveduto a migliorare i meccanismi finalizzati ad assicurare l'adempimento delle pronunce della Corte europea (art. 1 della legge 9 gennaio 2006, n. 12), anche mediante norme volte a garantire che l'intero apparato pubblico cooperi nell'evitare violazioni che possono essere sanzionate (art. 1, comma 1217, della legge 27 dicembre 2006, n. 296). Infine, anche sotto il profilo organizzativo, da ultimo è stata disciplinata l'attività attribuita alla Presidenza del Consiglio dei ministri, stabilendo che gli adempimenti conseguenti alle pronunce della Corte di Strasburgo sono curati da un Dipartimento di detta Presidenza (d.P.C.m. 1° febbraio 2007 – Misure per l'esecuzione della legge 9 gennaio 2006, n. 12, recante disposizioni in materia di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo).

6.2. E' dunque alla luce della complessiva disciplina stabilita dalla Costituzione, quale risulta anche dagli orientamenti di questa Corte, che deve essere preso in considerazione e sistematicamente interpretato l'art. 117, primo comma, Cost., in quanto parametro rispetto al quale valutare la compatibilità della norma censurata con l'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU, così come interpretato dalla Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo.

Il dato subito emergente è la lacuna esistente prima della sostituzione di detta norma da parte dell'art. 2 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), per il fatto che la conformità delle leggi ordinarie alle norme di diritto internazionale convenzionale era suscettibile di controllo da parte di questa Corte soltanto entro i limiti e nei casi sopra indicati al punto 6.1. La conseguenza era che la violazione di obblighi internazionali derivanti da norme di natura convenzionale non contemplate dall'art. 10 e dall'art. 11 Cost. da parte di leggi interne comportava l'incostituzionalità delle medesime solo con riferimento alla violazione diretta di norme costituzionali (sentenza n. 223 del 1996). E ciò si verificava a dispetto di uno degli elementi caratterizzanti dell'ordinamento giuridico fondato sulla Costituzione, costituito dalla forte apertura al rispetto del diritto interna-

zionale e più in generale delle fonti esterne, ivi comprese quelle richiamate dalle norme di diritto internazionale privato; e nonostante l'espressa rilevanza della violazione delle norme internazionali oggetto di altri e specifici parametri costituzionali. Inoltre, tale violazione di obblighi internazionali non riusciva ad essere scongiurata adeguatamente dal solo strumento interpretativo, mentre, come sopra precisato, per le norme della CEDU neppure è ammissibile il ricorso alla "non applicazione" utilizzabile per il diritto comunitario.

Non v'è dubbio, pertanto, alla luce del quadro complessivo delle norme costituzionali e degli orientamenti di questa Corte, che il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost., ha colmato una lacuna e che, in armonia con le Costituzioni di altri Paesi europei, si collega, a prescindere dalla sua collocazione sistematica nella Carta costituzionale, al quadro dei princìpi che espressamente già garantivano a livello primario l'osservanza di determinati obblighi internazionali assunti dallo Stato.

Ciò non significa, beninteso, che con l'art. 117, primo comma, Cost., si possa attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, com'è il caso delle norme della CEDU. Il parametro costituzionale in esame comporta, infatti, l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e dunque con gli "obblighi internazionali" di cui all'art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale. Con l'art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata "norma interposta"; e che è soggetta a sua volta, come si dirà in seguito, ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione.

Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', egli deve investire questa Corte della re-

lativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma, come correttamente è stato fatto dai rimettenti in questa occasione.

In relazione alla CEDU, inoltre, occorre tenere conto della sua peculiarità rispetto alla generalità degli accordi internazionali, peculiarità che consiste nel superamento del quadro di una semplice somma di diritti ed obblighi reciproci degli Stati contraenti. Questi ultimi hanno istituito un sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali. L'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri, cui compete il ruolo di giudici comuni della Convenzione. La definitiva uniformità di applicazione è invece garantita dall'interpretazione centralizzata della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, cui spetta la parola ultima e la cui competenza "si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa nelle condizioni previste" dalla medesima (art. 32, comma 1, della CEDU). Gli stessi Stati membri, peraltro, hanno significativamente mantenuto la possibilità di esercitare il diritto di riserva relativamente a questa o quella disposizione in occasione della ratifica, così come il diritto di denuncia successiva, sì che, in difetto dell'una e dell'altra, risulta palese la totale e consapevole accettazione del sistema e delle sue implicazioni. In considerazione di questi caratteri della Convenzione, la rilevanza di quest'ultima, così come interpretata dal "suo" giudice, rispetto al diritto interno è certamente diversa rispetto a quella della generalità degli accordi internazionali, la cui interpretazione rimane in capo alle Parti contraenti, salvo, in caso di controversia, la composizione del contrasto mediante negoziato o arbitrato o comunque un meccanismo di conciliazione di tipo negoziale.

Questa Corte e la Corte di Strasburgo hanno in definitiva ruoli diversi, sia pure tesi al medesimo obiettivo di tutelare al meglio possibile i diritti fondamentali dell'uomo. L'interpretazione della Convenzione di Roma e dei Protocolli spetta alla Corte di Strasburgo, ciò che solo garantisce l'applicazione del livello uniforme di tutela all'interno dell'insieme dei Paesi membri. A questa Corte, qualora sia sollevata una questione di

legittimità costituzionale di una norma nazionale rispetto all'art. 117, primo comma, Cost. per contrasto – insanabile in via interpretativa – con una o più norme della CEDU, spetta invece accertare il contrasto e, in caso affermativo, verificare se le stesse norme CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana. Non si tratta, invero, di sindacare l'interpretazione della norma CEDU operata dalla Corte di Strasburgo, come infondatamente preteso dalla difesa erariale nel caso di specie, ma di verificare la compatibilità della norma CEDU, nell'interpretazione del giudice cui tale compito è stato espressamente attribuito dagli Stati membri, con le pertinenti norme della Costituzione. In tal modo, risulta realizzato un corretto bilanciamento tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazionali voluto dalla Costituzione e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un *vulnus* alla Costituzione stessa.

7. Premessa la lettura sistematica dell'art. 117, primo comma, Cost., invocato dai rimettenti, è opportuna una ricognizione dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'occupazione acquisitiva, oggetto della norma denunciata.

In origine (legge 25 giugno 1865, n. 2359, recante "Espropriazioni per causa di utilità pubblica"), fu prevista l'occupazione temporanea (artt. 64 e 70), senza alcun trasferimento di proprietà; e l'occupazione d'urgenza (artt. 71 e 73), inizialmente collegata ai casi contingenti di calamità naturali, fu poi generalizzata ai casi di occupazione per l'espletamento di lavori dichiarati urgenti dal Consiglio superiore dei lavori pubblici. Nella prassi, tuttavia, l'istituto dell'occupazione d'urgenza è divenuto un passaggio normale della procedura espropriativa, fino al punto che sovente l'opera pubblica era realizzata sul fondo occupato in via di urgenza, sulla base di una previa dichiarazione di pubblica utilità, senza che poi seguisse alcun valido provvedimento espropriativo.

A tali casi si riferisce l'istituto, di origine giurisprudenziale, della c.d. "accessione invertita" o "occupazione appropriativa", consacrato dalla sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione n. 1464 del 1983, più volte confermata negli anni successivi. Le sezioni unite, in particolare, sul-

la premessa della illegittimità dell'occupazione al di fuori di un compiuto procedimento espropriativo, della realizzazione di un'opera di interesse pubblico e della impossibilità di far coesistere una proprietà del bene realizzato con una diversa proprietà del fondo, affermarono l'acquisto a titolo originario da parte della pubblica amministrazione a seguito e per effetto della trasformazione irreversibile del bene. A tale conclusione, il giudice di legittimità pervenne utilizzando quell'esigenza di bilanciamento di interessi che pure è presente nella disciplina dell'accessione (art. 934 e seguenti del codice civile) e che nell'ipotesi di specie faceva ritenere prevalenti le ragioni dell'amministrazione in quanto a soddisfazione di interessi pubblici. La ricaduta di tale pronuncia in termini patrimoniali, peraltro, è stata il diritto del proprietario non all'indennità di espropriazione, ma al risarcimento del danno da illecito, equivalente almeno al valore reale del bene, con prescrizione quinquennale dal momento della trasformazione irreversibile del bene.

L'orientamento successivo della Cassazione, pur con qualche oscillazione di minor rilievo (ad esempio sul termine di prescrizione), sostanzialmente ha confermato i punti principali della sentenza del 1983: trasferimento in capo alla pubblica amministrazione della proprietà del bene e risarcimento del danno corrispondente al suo valore di mercato. La logica di tale orientamento era focalizzata soprattutto sull'aspetto civilistico, relativo al mutamento di titolarità del bene per ragioni di certezza delle situazioni giuridiche, mentre rimaneva pacifico il principio della responsabilità aquiliana e per ciò stesso la negazione di un'alternativa al ristoro del danno, corrispondente al valore reale del bene e con le somme accessorie di rito.

7.1 Negli anni successivi, il legislatore ordinario non sempre ha mantenuto ferma la sopra precisata ricaduta patrimoniale dell'occupazione acquisitiva. E sono al riguardo da ricordare, ai fini che qui interessano, gli interventi di questa Corte.

Inizialmente, la legge 27 ottobre 1988, n. 458, all'art. 3, aveva dato espressa base normativa all'istituto giurisprudenziale dell'occupazione acquisitiva, sia pure con riferimento ad una specifica tipologia di opere pubbliche; e confermato il principio del risarcimento integrale del danno subito dal titolare del bene, limitandosi a disciplinare l'ipotesi che il provve-

dimento espropriativo fosse dichiarato illegittimo con sentenza passata in giudicato. Investita della questione di legittimità costituzionale di tale norma in riferimento all'art. 42, secondo e terzo comma, Cost., questa Corte l'ha dichiarata infondata, osservando, significativamente, che con essa il legislatore, "in una completa ed adeguata valutazione degli interessi in gioco, non si è limitato a corrispondere "l'indennizzo", ma ha previsto l'integrale risarcimento del danno subito", con la conseguenza che "al mancato adempimento della pretesa restitutoria, imposto da preminenti ragioni di pubblico interesse, si sostituisce la tutela risarcitoria (art. 2043 cod. civ.), integralmente garantita" (sentenza n. 384 del 1990; le argomentazioni sono state ribadite dall'ordinanza n. 542 del 1990). La Corte ha poi dichiarato illegittima la stessa normativa appena evocata, nella parte in cui non si estendeva anche all'ipotesi in cui mancasse del tutto un provvedimento espropriativo, confermando il principio del risarcimento integrale del danno (sentenza 486 del 1991). La sentenza n. 188 del 1995 ha ribadito come questa disciplina fosse appunto "coerente alla connotazione illecita della vicenda", produttiva del "diritto al risarcimento e non all'indennità".

Successivamente il legislatore, con la legge 28 dicembre 1995, n. 549, art. 5-*bis*, ha stabilito la parificazione tra ristoro del danno per occupazione acquisitiva ed indennizzo espropriativo. Questa Corte, con la sentenza n. 369 del 1996, ha censurato tale parificazione in riferimento all'art. 3 Cost., sottolineando che, "mentre la misura dell'indennizzo – obbligazione *ex lege* per atto legittimo – costituisce il punto di equilibrio tra interesse pubblico alla realizzazione dell'opera e interesse del privato alla conservazione del bene, la misura del risarcimento – obbligazione *ex delicto* – deve realizzare il diverso equilibrio tra l'interesse pubblico al mantenimento dell'opera già realizzata e la reazione dell'ordinamento a tutela della legalità violata per effetto della manipolazione-distruzione illecita del bene privato". Dunque, ha rimarcato la pronuncia, "sotto il profilo della ragionevolezza intrinseca (*ex* art. 3 Costituzione), poiché nella occupazione appropriativa l'interesse pubblico è già essenzialmente soddisfatto dalla non restituibilità del bene e dalla conservazione dell'opera pubblica, la parificazione del *quantum* risarcitorio alla misura dell'indennità si prospetta come un di più che sbilancia eccessivamente il contemperamento tra i con-

trapposti interessi, pubblico e privato, in eccessivo favore del primo. Con le ulteriori negative incidenze, ben poste in luce dalle varie autorità rimettenti, che un tale "privilegio" a favore dell'amministrazione pubblica può comportare, anche sul piano del buon andamento e legalità dell'attività amministrativa e sul principio di responsabilità dei pubblici dipendenti per i danni arrecati al privato". Infine, secondo detta pronuncia, la "perdita di garanzia che al diritto di proprietà deriva da una così affievolita risposta dell'ordinamento all'atto illecito compiuto in sua violazione", vulnerava anche l'art. 42, secondo comma, della Costituzione.

Il principio desumibile dalla giurisprudenza di questa Corte è, pertanto, che l'accessione invertita "realizza un modo di acquisto della proprietà [...] giustificato da un bilanciamento fra interesse pubblico (correlato alla conservazione dell'opera in tesi pubblica) e l'interesse privato (relativo alla riparazione del pregiudizio sofferto dal proprietario) la cui correttezza "costituzionale" è ulteriormente" confortata "dal suo porsi come concreta manifestazione, in definitiva, della funzione sociale della proprietà" (sentenza n. 188 del 1995, che richiama la sentenza n. 384 del 1990). E, tuttavia, essendo l'interesse pubblico già essenzialmente soddisfatto dalla non restituibilità del bene e dalla conservazione dell'opera pubblica, la misura della liquidazione del danno non può prescindere dalla adeguatezza della tutela risarcitoria che, nel quadro della conformazione datane dalla giurisprudenza di legittimità, comportava la liquidazione del danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà, mediante il pagamento di una somma pari al valore venale del bene, con la rivalutazione per l'eventuale diminuzione del potere di acquisto della moneta fino al giorno della liquidazione.

Successivamente, l'art. 3, comma 65, della legge n. 662 del 1996 ha introdotto nell'art. 5-*bis* del decreto-legge n. 333 del 1992, il comma 7-*bis*, secondo cui in caso di occupazione illegittima di suoli per causa di pubblica utilità, intervenute anteriormente al 30 settembre 1996, si applicano, per la liquidazione del danno, i criteri di determinazione dell'indennità di cui al comma 1" (quella, cioè, prevista per l'espropriazione dei suoli edificatori: semisomma tra valore di mercato e reddito catastale rivalutato, decurtata del 40 per cento), con esclusione di tale riduzione e con la precisazione che "in tal caso l'importo del risarcimento è altresì aumentato del 10 per cento".

Il profilo della misura della liquidazione del danno, con specifico riferimento alla norma appena ricordata, è stato esaminato dalla sentenza n. 148 del 1999, che va valutata al giusto. Essa ha dichiarato l'infondatezza delle censure riferite – per quanto qui interessa – agli artt. 3 e 42 Cost., essenzialmente in considerazione della mancanza di copertura costituzionale della regola della integralità della riparazione del danno e della equivalenza della medesima al pregiudizio cagionato, della "eccezionalità del caso", giustificata "soprattutto dal carattere temporaneo della norma denunziata", nonché della esigenza di salvaguardare una ineludibile, e limitata nel tempo, manovra di risanamento della finanza pubblica.

La legittimità rispetto all'art. 42 Cost. di un ristoro inferiore (e di molto) al valore reale del bene, in definitiva, è stata ancorata dalla pronuncia del 1999 anzitutto in riferimento ad un parametro diverso da quello evocato in questa sede. Inoltre, a tale conclusione questa Corte è pervenuta essenzialmente in considerazione della temporaneità della disciplina, nonché di esigenze congiunturali di carattere finanziario. E ancora sulla temporaneità pone l'accento la sentenza n. 24 del 2000.

8. Precisato il quadro normativo e giurisprudenziale in cui si colloca la normativa qui impugnata, va ora esaminata la censura con la quale si prospetta, per la prima volta, che la norma denunciata violerebbe l'art. 117, primo comma, Cost., in quanto si porrebbe in contrasto con le norme internazionali convenzionali e, anzitutto, con l'art. 1 del Protocollo addizionale della CEDU, nell'interpretazione offertane dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Al riguardo, occorre premettere che entrambe le ordinanze di rimessione non sollevano il problema della compatibilità dell'istituto dell'occupazione acquisitiva in quanto tale con il citato art. 1, ma censurano la norma denunciata esclusivamente nella parte in cui ne disciplina la ricaduta patrimoniale. Pertanto, oggetto del *thema decidendum* posto dalla questione di costituzionalità è solo il profilo della compatibilità di tale ricaduta patrimoniale disciplinata dalla norma censurata con la disposizione convenzionale, ciò che impone di fare riferimento alle conferenti sentenze del giudice europeo di Strasburgo.

L'art. 1 del Protocollo addizionale stabilisce: "Ogni persona fisica o

giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale".

La Corte europea ha interpretato tale norma in numerose sentenze, puntualmente e diffusamente richiamate nell'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione, dando vita ad un orientamento ormai consolidato, confermato dalla *Grande Chambre* della Corte (per tutte, *Grande Chambre*, sentenza 29 marzo 2006, Scordino, dove anche una completa ricostruzione dell'indirizzo confermato dalla pronuncia), formatosi anche in processi concernenti la disciplina ordinaria dell'indennità di espropriazione stabilita dal citato art. 5-*bis* (per più ampi svolgimenti v. sentenza n. 348 in pari data).

In sintesi, relativamente alla misura dell'indennizzo, nella giurisprudenza della Corte europea è ormai costante l'affermazione secondo la quale, in virtù della norma convenzionale, "una misura che costituisce interferenza nel diritto al rispetto dei beni deve trovare il "giusto equilibrio" tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e le esigenze imperative di salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo". Pertanto, detta norma non garantisce in tutti i casi il diritto dell'espropriato al risarcimento integrale, in quanto "obiettivi legittimi di pubblica utilità, come quelli perseguiti dalle misure di riforma economica o di giustizia sociale, possono giustificare un rimborso inferiore al valore commerciale effettivo". Per converso, proprio in riferimento alla disciplina stabilita dal richiamato art. 5-*bis* della legge qui in discussione, la Corte europea ha affermato che, quando si tratta di "esproprio isolato che non si situa in un contesto di riforma economica, sociale o politica e non è legato ad alcun altra circostanza particolare", non sussiste "alcun obiettivo legittimo di "pubblica utilità" che possa giustificare un rimborso inferiore al valore commerciale", osservando altresì che, al fine di escludere la violazione della norma convenzionale, occorre dunque "sopprimere qualsiasi ostacolo per l'ottenimento di un indennizzo avente un rapporto ragionevole con il valore del bene espropriato" (sentenza 29 marzo 2006, Scordino).

La Corte europea, inoltre, nel considerare specificamente la disciplina dell'occupazione acquisitiva, ha anzitutto premesso e ribadito che l'ingerenza dello Stato nel caso di espropriazione deve sempre avvenire rispet-

tando il "giusto equilibrio" tra le esigenze dell'interesse generale e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo (Sporrong e Lönnroth c. Svezia del 23 settembre 1982, punto 69). Inoltre, con riferimento allo specifico profilo della congruità della disciplina qui censurata, la Corte europea ha ritenuto che la liquidazione del danno per l'occupazione acquisitiva stabilita in misura superiore a quella stabilita per l'indennità di espropriazione, ma in una percentuale non apprezzabilmente significativa, non permette di escludere la violazione del diritto di proprietà, così come è garantito dalla norma convenzionale (tra le molte, I Sezione, sentenza 23 febbraio 2006, Immobiliare Cerro s.a.s.; IV sezione, sentenza 17 maggio 2005, Scordino; IV Sezione, sentenza 17 maggio 2006, Pasculli); e ciò dopo aver da tempo affermato espressamente che il risarcimento del danno deve essere integrale e comprensivo di rivalutazione monetaria a far tempo dal provvedimento illegittimo (sentenza 7 agosto 1996, Zubani).

Il bilanciamento svolto in passato con riferimento ad altri parametri costituzionali deve essere ora operato, pertanto, tenendo conto della sopra indicata rilevanza degli obblighi internazionali assunti dallo Stato, e cioè della regola stabilita dal citato art. 1 del Protocollo addizionale, così come attualmente interpretato dalla Corte europea. E sul punto va ancora sottolineato che, diversamente da quanto è accaduto per altre disposizioni della CEDU o dei Protocolli (ad esempio, in occasione della ratifica del Protocollo n. 4), non vi è stata alcuna riserva o denuncia da parte dell'Italia relativamente alla disposizione in questione e alla competenza della Corte di Strasburgo.

In definitiva, essendosi consolidata l'affermazione della illegittimità nella fattispecie in esame di un ristoro economico che non corrisponda al valore reale del bene, la disciplina della liquidazione del danno stabilita dalla norma nazionale censurata si pone in contrasto, insanabile in via interpretativa, con l'art. 1 del Protocollo addizionale, nell'interpretazione datane dalla Corte europea; e per ciò stesso viola l'art. 117, primo comma, della Costituzione.

D'altra parte, la norma internazionale convenzionale così come interpretata dalla Corte europea, non è in contrasto con le conferenti norme della nostra Costituzione.

La temporaneità del criterio di computo stabilito dalla norma censurata, le congiunturali esigenze finanziarie che la sorreggono e l'astratta ammissibilità di una regola risarcitoria non ispirata al principio della integralità della riparazione del danno non costituiscono elementi sufficienti a far ritenere che, nel quadro dei princìpi costituzionali, la disposizione censurata realizzi un ragionevole componimento degli interessi a confronto, tale da contrastare utilmente la rilevanza della normativa CEDU. Questa è coerente con l'esigenza di garantire la legalità dell'azione amministrativa ed il principio di responsabilità dei pubblici dipendenti per i danni arrecati al privato. Per converso, alla luce delle conferenti norme costituzionali, principalmente dell'art. 42, non si può fare a meno di concludere che il giusto equilibrio tra interesse pubblico ed interesse privato non può ritenersi soddisfatto da una disciplina che permette alla pubblica amministrazione di acquisire un bene in difformità dallo schema legale e di conservare l'opera pubblica realizzata, senza che almeno il danno cagionato, corrispondente al valore di mercato del bene, sia integralmente risarcito.

In conclusione, l'art. 5-*bis*, comma 7-*bis*, del decreto-legge n. 333 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 del 1992, introdotto dall'art. 3, comma 65, della legge n. 662 del 1996, non prevedendo un ristoro integrale del danno subito per effetto dell'occupazione acquisitiva da parte della pubblica amministrazione, corrispondente al valore di mercato del bene occupato, è in contrasto con gli obblighi internazionali sanciti dall'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU e per ciò stesso viola l'art. 117, primo comma, della Costituzione.

9. Restano assorbite le censure incentrate sugli ulteriori profili e parametri costituzionali invocati dai rimettenti.

PER QUESTI MOTIVI
LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi,

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 5-*bis*, comma 7-*bis*, del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), convertito, con modificazioni, dalla legge 8 ago-

sto 1992, n. 359, introdotto dall'art. 3, comma 65, della legge 23 dicembre 1996, n. 662 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica).

ALLEGATO: Ordinanza letta all'udienza del 3 luglio 2007

Rilevato che nel presente giudizio di legittimità costituzionale sono intervenute la Consulta per la Giustizia Europea dei Diritti dell'Uomo (CO.GE.DU), in persona del legale rappresentante, e la s.r.l. Cappelletto Andreina fu Giuseppe, in persona del legale rappresentante, che non sono parti del giudizio principale.

Considerato che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, possono partecipare al giudizio di legittimità costituzionale (oltre al Presidente del Consiglio dei ministri e, nel caso di legge regionale, al Presidente della Giunta regionale) solo le parti del giudizio principale e che la deroga è consentita solo "a favore di soggetti titolari di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio" (per tutte, ordinanza letta all'udienza del 6 giugno 2006, allegata alla sentenza n. 279 del 2006; ordinanza n. 251 del 2002);

che, pertanto, l'incidenza sulla posizione soggettiva dell'interveniente non deve derivare, come per tutte le altre situazioni sostanziali governate dalla legge censurata, dalla pronuncia della Corte sulla legittimità costituzionale della legge stessa, ma dall'immediato effetto che la pronuncia della Corte produce sul rapporto sostanziale oggetto del giudizio *a quo* (ordinanza letta all'udienza del 6 giugno 2006, allegata alla sentenza n. 279 del 2006; ordinanza letta all'udienza del 21 giugno 2005, allegata alla sentenza n. 345 del 2005);

che, nella specie, la CO.GE.DU., per sua stessa ammissione, non è "direttamente toccata dalla legislazione oggetto del giudizio presupposto", ma, in considerazione dello scopo statutario, intende ottenere che questa Corte "qualifichi in via generale ed astratta la categoria delle norme" della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, sicché non è titolare di un interesse giuridicamente qualificato suscettibile di essere pregiudicato im-

mediatamente ed irrimediabilmente dalla eventuale pronuncia di accoglimento di questa Corte;

che è altresì inammissibile l'intervento della s.r.l. Cappelletto Andreina fu Giuseppe, non rilevando, in contrario, che la stessa abbia in corso un giudizio nel quale debba farsi applicazione della norma censurata, in attesa della pronuncia di questa Corte, in quanto la contraria soluzione si risolverebbe nella sostanziale soppressione del carattere incidentale del giudizio di legittimità costituzionale (tra le molte, sentenza n. 190 del 2006, ordinanza n. 179 del 2003).

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara inammissibili gli interventi della Consulta per la Giustizia Europea dei Diritti dell'Uomo (CO.GE.DU.) e della Cappelletto Andreina fu Giuseppe s.r.l.

Tar Campania – Sezione V
5 luglio - 11 ottobre 2007 n. 9561

Pres. A. Onorato – Est. M. Francavilla

- OMISSIS -

FATTO

Con ricorso spedito per la notifica a mezzo posta il 21/11/02 e depositato il 28/11/02 N. E. ha adito questo Tribunale per la condanna del Comune di S. Giorgio del Sannio al risarcimento dei danni subiti in conseguenza dell'illegittima apprensione delle aree di sua proprietà avvenuta dopo la perdita di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità.

Il Comune di S. Giorgio del Sannio, costituitosi in giudizio con memoria depositata il 15/06/07, ha chiesto il rigetto del ricorso.

All'udienza pubblica del 05 luglio 2007 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato e merita accoglimento.

Prima di esaminare il merito delle domande proposte dal ricorrente il Tribunale ritiene necessario soffermarsi sui fatti oggetto di causa.

Con delibera n. 43 del 31/07/89 il Consiglio Comunale di S. Giorgio del Sannio ha approvato il progetto dei lavori di realizzazione della strada comunale di collegamento tra via Cesine e via Nuova Cardilli che interessa anche terreni acquistati dal ricorrente il 16/06/82 (si veda copia del titolo di proprietà costituente l'allegato n. 13 del ricorso).

Per la realizzazione dei lavori il Comune ha disposto l'occupazione dei terreni, in un primo tempo, con decreto del 21/02/80 e, successivamente, con decreto del 28/01/85.

Il bene di proprietà del ricorrente è stato, poi, irreversibilmente trasformato con la costruzione dell'opera pubblica; la circostanza in esame è

pacifica tra le parti e, comunque, desumibile dalla consulenza tecnica depositata il 15/06/07 dal ricorrente e dal certificato di ultimazione dei lavori e dalla relazione tecnica del 12/06/07 prodotti in giudizio dal Comune di S. Giorgio del Sannio.

La ricostruzione dei fatti consente, innanzi tutto, di rilevare che, al momento in cui è stata disposta l'occupazione del bene di proprietà del ricorrente (l'immissione in possesso è avvenuta il 23/02/85 – come da relativo verbale – a seguito del decreto di occupazione del 28/01/85) e, successivamente, è intervenuta l'irreversibile trasformazione dello stesso la dichiarazione di pubblica utilità, identificabile ex l. n. 1/78 nella delibera di C.C. del 31/07/89 di approvazione del progetto dell'opera pubblica, era divenuta inefficace per non essere stati iniziati i lavori nel termine triennale previsto dall'art. 1 l. n. 1/78.

La circostanza, puntualmente denunciata dal ricorrente, induce il Collegio a qualificare la fattispecie come occupazione usurpativa la quale ricorre allorché l'irreversibile trasformazione del bene del privato si realizza in assenza di una valida ed efficace dichiarazione di pubblica utilità, perché ab origine mancante del tutto, o successivamente annullata con effetto retroattivo in sede giurisdizionale (Cass. SS.UU. n. 9324/07) o divenuta inefficace per mancata indicazione dei termini previsti dall'art. 13 l. n. 2359/1865 (Cass. n. 2207/07) o, ancora, come nella fattispecie oggetto di causa, per decorso del termine triennale previsto per l'inizio dei lavori dall'art. 1 l. n. 1/78 (Cass. SS.UU. n. 15615/06; Cass. SS. UU. n. 600/05; Cass. n. 869/07).

Dalla qualificazione della fattispecie e dallo stesso esame delle domande proposte dal ricorrente (che ha chiesto solo il risarcimento e non anche l'annullamento degli atti amministrativi della procedura espropriativa) si rileva che il fondamento delle domande proposte dal N. è costituito non dall'impugnazione degli atti della procedura ma dal riconoscimento della sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità rilevabile in ogni tempo e, quindi, anche in mancanza di una previa impugnazione nel termine decadenziale (Cass. n. 9173/05): ne consegue l'infondatezza delle eccezioni sollevate dal Comune resistente nella memoria depositata il 22/06/07 e relative ad una pretesa irricevibilità del ricorso.

Parimenti inaccoglibile è l'eccezione pregiudiziale di difetto di giurisdizione sollevata dal Comune nella memoria depositata il 22/06/07.

L'inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità comporta, come già precisato, che l'attività esecutiva della pubblica amministrazione di apprensione del bene e di irreversibile trasformazione dello stesso sia qualificabile come comportamento materiale riconducibile nell'ambito dell'occupazione "usurpativa" (Cass. n. 1814/00) la quale si distingue dall'occupazione appropriativa che presuppone l'esistenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità.

La sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità non vale, però, a ricondurre la fattispecie nell'alveo della giurisdizione del giudice ordinario in quanto la condotta dell'amministrazione è, comunque, connessa all'esercizio di un potere amministrativo inizialmente autoritativo ed efficace e, quindi, non ha una valenza meramente materiale essendosi esplicata secondo moduli e procedimenti di natura pubblicistica come tali riconducibili all'attività istituzionale dell'amministrazione: ne consegue che la tutela del diritto di proprietà in presenza di un comportamento dell'amministrazione connesso con l'esercizio della funzione pubblica spetta alla giurisdizione del giudice amministrativo (Cons. Stato A.P. n. 9/07, n. 2/06, n. 9/05 e 2/05; Cons. Stato sez. IV n. 3752/07).

Deve, parimenti, essere rigettata l'eccezione di prescrizione, sollevata dal Comune di S. Giorgio del Sannio, perchè nel caso di occupazione usurpativa l'illecito è permanente, in quanto derivante da illegittimità originaria della fattispecie, e solo con la richiesta dell'integrale risarcimento del danno da parte del proprietario, qualificabile come abdicazione del diritto alla tutela reintegratoria (nella fattispecie identificabile con il deposito del ricorso introduttivo), cessa il dovere dell'amministrazione di porre fine alla cennata situazione permanente di antigiuridicità ed inizia a decorrere il termine prescrizionale dell'azione risarcitoria (in questo senso TAR Campania – Napoli n. 1582/04; TAR Campania – Napoli n. 7619/03; Cass. n. 15710/01).

Inaccoglibile è, altresì, l'eccezione di difetto di legittimazione attiva del ricorrente, sollevata dall'ente resistente, il quale sarebbe divenuto proprietario dei beni solo nel 1982 ovvero dopo l'adozione della dichiara-

zione di pubblica utilità e l'emissione del decreto di occupazione del 21/02/80.

Come già precisato nell'occupazione usurpativa è solo la richiesta di risarcimento del danno e la conseguente abdicazione del diritto di proprietà, identificabile nella proposizione della relativa domanda giurisdizionale, che legittima l'acquisizione (anche se illecita) del bene in capo all'amministrazione: è, pertanto, in riferimento alla data di proposizione del ricorso (depositato il 28/11/02 ovvero oltre venti anni dopo che il N. ha acquistato i beni oggetto di causa) che deve essere verificata la legittimazione del ricorrente sulla quale, pertanto, non può nutrirsi alcun dubbio.

Nel merito va rilevato che il ricorrente ha formulato, in via principale, la domanda di restituzione del bene subordinandola, però, all'inesistenza dell'irreversibile trasformazione dello stesso.

Pertanto, la definitiva realizzazione dell'opera pubblica e la conseguente irreversibile trasformazione del bene, costituenti circostanze processualmente acclarate come in precedenza evidenziato, comportano il venir meno della domanda restitutoria per cui rimane oggetto del giudizio la pretesa, fatta valere in via subordinata, al risarcimento dei danni per la perdita della proprietà del bene e per l'occupazione illegittima dello stesso.

Così individuato il petitum del presente giudizio il Tribunale ritiene che le domande proposte dal ricorrente possano essere accolte.

In particolare, l'irreversibile trasformazione del bene, determinando la perdita della proprietà del ricorrente senza alcun titolo giustificativo, concretizza il danno ingiusto richiesto dall'art. 2043 c.c. per il riconoscimento della tutela per equivalente.

In ordine all'entità del risarcimento va rilevato che nell'occupazione usurpativa solo alla data della domanda di risarcimento, e alla conseguente dismissione della proprietà da parte del danneggiato, si verifica la cessazione della permanenza dell'illecito, dovendosi ritenere che chi domanda l'equivalente del valore dell'area consente contestualmente la permanenza successiva dell'occupazione già illecita, in tal modo determinando – per chi è nel possesso dell'immobile - una esimente per la condotta successiva alla domanda stessa; a tale data, pertanto, deve intendersi maturato

il danno per la perdita della proprietà che deve essere liquidato in relazione al valore di mercato di questa (Cass. n. 24819/05).

Ne consegue che nella fattispecie il risarcimento va individuato in riferimento al valore venale del bene (Cons. Stato sez. V n. 2095/05; Cass. n. 2625/05) al 28/11/02, data in cui è stato depositato il ricorso; l'importo in esame, poi, costituendo debito di valore, deve essere rivalutato fino alla data della presente sentenza (Cass. n. 1814/00) e su di esso debbono essere calcolati, altresì, gli interessi legali secondo i criteri desumibili dalla giurisprudenza civile (ovvero sulle somme annualmente rivalutate: Cass. SS.UU. n. 1712/95).

Per quanto concerne il danno da occupazione illegittima esso deve essere commisurato agli interessi legali sul danno, conseguente alla perdita della proprietà ed identificato nel valore venale del bene alla data della domanda (e, quindi, senza rivalutazione: Cass. n. 9361/05), con decorrenza dalla data d'inizio dell'occupazione.

In ordine alla concreta quantificazione della somma dovuta a titolo risarcitorio, l'art. 35 del d. lgs. n. 80 del 1998 consente al giudice amministrativo di stabilire i criteri in base ai quali l'amministrazione debitrice è tenuta a proporre agli aventi titolo il pagamento entro un congruo termine, fermo restando l'intervento del giudice stesso, in sede di ottemperanza, nel caso di mancato raggiungimento dell'accordo tra le parti.

Nella fattispecie il Tribunale ritiene di dovere utilizzare tale tecnica di liquidazione del danno per cui la stima del valore di mercato del suolo andrà stabilita, entro sessanta giorni dalla comunicazione, in forma amministrativa, o dalla notifica, ad istanza di parte, della presente sentenza, dal Comune di S. Giorgio del Sannio obbligato al risarcimento, in contraddittorio con il ricorrente, sulla base degli elementi in possesso della stessa amministrazione e di quelli che verranno forniti dalle controparti, nonché delle informazioni che potranno essere acquisite presso uffici fiscali o da altri pubblici ufficiali, in ordine ai prezzi ed alle valutazioni del bene (avuto riguardo, in particolare, ad atti di cessione, a procedimenti relativi alla applicazione di imposte e tributi ovvero a procedimenti in sede giudiziaria, per beni ubicati nella zona ed aventi analoghe caratteristiche di destinazione urbanistica, di utilizzazione, di stato e conformazione dei luoghi).

Sulla somma così individuata l'amministrazione, poi, dovrà calcolare gli accessori (interessi, rivalutazione e danno da occupazione illegittima) secondo i criteri in precedenza specificati.

Le spese del presente giudizio, il cui importo viene liquidato come da dispositivo, debbono essere poste a carico del Comune di S. Giorgio del Sannio in quanto soccombente;

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania – Sede di Napoli, Sezione Interna Quinta:

1) accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, condanna il Comune di S. Giorgio del Sannio al risarcimento del danno che dovrà essere liquidato con le modalità specificate in motivazione;
2) condanna il Comune di S. Giorgio del Sannio a pagare, in favore del ricorrente, le spese del presente giudizio il cui importo complessivo si liquida in euro duemila/00, per diritti ed onorari, oltre IVA, CPA e spese necessarie per l'iscrizione della causa a ruolo;
3) ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Rilevanza del termine di opposizione alla cartella esattoriale per la riscossione dei contributi previdenziali (art. 24 dlgs 46/1999)

Commento breve alla sentenza Cass. Sez. Lav 27-2-2007 n. 4506 la cui massima è la seguente:

In tema di iscrizione a ruolo dei crediti previdenziali, il termine prescritto dal comma 5 dell'art. 24 del d.lg. n. 46 del 1999, per proporre opposizione nel merito onde accertare la fondatezza della pretesa dell'ente, deve ritenersi perentorio perché diretto a rendere incontrovertibile il credito contributivo dell'ente previdenziale in caso di omessa tempestiva impugnazione e a consentire una rapida riscossione del credito iscritto a ruolo. Alla perentorietà del termine non ostano né l'inespressa indicazione in tal senso, dovendo pur sempre il giudice indagare se, a prescindere dal dettato normativo, un termine, per lo scopo che persegue e la funzione che adempie, debba essere rigorosamente osservato a pena di decadenza, né che l'iscrizione a ruolo avvenga senza un preventivo accertamento giudiziale, non ignorando l'ordinamento titoli esecutivi formati sulla base di un mero procedimento amministrativo dell'ente impositore. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione della corte territoriale, che aveva erroneamente affermato che il termine avesse soltanto una funzione regolatrice dell'azione esecutiva, senza alcuna limitazione della possibilità del debitore di contestare la sussistenza del credito, e decidendo nel merito ha dichiarato inammissibile l'opposizione alla cartella di pagamento proposta oltre il termine perentorio di quaranta giorni).

La sentenza esordisce con l'affermazione dell'assunto da dimostrare:

"*detto termine deve ritenersi perentorio perché diretto a non rendere più contestabile dal debitore il debito contributivo in caso di omessa tempestiva impugnazione ed a consentire così una rapida riscossione del credito medesimo*".

La motivazione che segue non affronta il tema del livello di tutela dei rapporti previdenziali, ma si inscrive nella trattazione delle norme speciali sulla riscossione ed evidenzia:

- la corrispondenza della perentorietà alla "ratio legis" della celerità della riscossione;
- la configurabilità di titoli esecutivi stragiudiziali in materia tributaria;
- l'utilizzabilità dell'opposizione ex. Art. 24 D.Lgs n. 46/1999 anche per motivi di merito (art. 24, comma 6; Cass. 21863/04);
- la salvaguardia della prerogativa della opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi (art. 29, comma 2).

Orbene, siffatta motivazione appare inidonea a dimostrare solo la perentorietà del termine di accesso al particolare rimedio giurisdizionale ma non ad escludere, a termine scaduto, l'ammissibilità di un'autonoma azione di accertamento sulla sussistenza o meno dell'obbligo assicurativo e contributivo, con onere probatorio a carico di parte attrice.

Rilevato che il ricorso introduttivo della parte attrice azionava anche una domanda autonoma di accertamento negativo del debito contributivo, deve osservarsi che, rispetto all'opposizione, la "*domanda di accertamento*" configura un istituto processuale generale e diverso; in materia previdenziale assume il carattere peculiare di una tutela giurisdizionale insopprimibile ed irrinunciabile, in correlazione ai profili sostanziali della natura pubblica e del carattere indisponibile e trilaterale dei rapporti.

Rispetto a tale forma di tutela"propria" della materia previdenziale, la disciplina del contenzioso occasionato dagli atti di riscossione, contenuta in alcune ermetiche "disposizioni di raccordo" (artt. 24 ss. D.Lgs n. 46/1999), non può avere l'effetto di negare la tutela stessa, ma di adattarne ed armonizzarne le forme in funzione integrativa.

Stante il carattere speciale del sistema della riscossione dei tributi a mezzo "ruolo" (DPR 602/73 e succ. modd.) e considerata la tipicità delle connesse forme del contenzioso tributario (D.Lgs. 546/92) era necessario che il legislatore, nell'estendere ai crediti contributivi il predetto metodo di recupero (art. 24 D.Lgs. 46/1999), emanasse "disposizioni di raccordo" che statuissero appositi termini procedimentali (art. 25), che assicurassero agli enti la prerogativa di concede-

re la dilazione di pagamento (art. 26), che definissero i rapporti del contenzioso amministrativo con quello giudiziario mantenendo la giurisdizione del giudice del lavoro e la prerogativa ordinaria di opposizione all'esecuzione ed agli atti esecutivi (art. 24, commi 3 e 4; art. 25, comma 2; art. 29, comma 2).

L'armonizzazione denota uno sforzo di adattamento inteso a salvaguardare le caratteristiche di celerità e di relativa autonomia del sistema di riscossione, ma non al prezzo della stravolgimento del sistema di tutele giurisdizionali proprio del contenzioso previdenziale:

a) Mentre si amplia la giurisdizione del Giudice del Lavoro alle controversie sulla formazione del ruolo e si prevede un apposito ricorso in opposizione (art. 24, comma 5), si conferma la giurisdizione ed il rito speciale del contenzioso previdenziale per il caso che l'opposizione attenga a "motivi inerenti il merito della pretesa contributiva" (art. 24, comma 6);
b) Si stabilisce, in deroga alle norme proprie della riscossione, la persistenza della tutela giurisdizionale "nelle forme ordinarie" con i mezzi dell'opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi (art. 29, comma 3, D.Lgs. n46/1999): si ricorda, a tal proposito, che, mentre persiste la competenza del Giudice dell'esecuzione in relazione agli atti esecutivi, per l'opposizione all'esecuzione in materia previdenziale l'art. 618 bis cpc prevede la devoluzione della controversia al Giudice del Lavoro;
c) Per l'opposizione al ruolo si assegna un termine diverso e più breve rispetto a quello di 60 giorni applicabile nel contenzioso tributario come termine generale per l'impugnazione degli atti (art. 21 D.Lgs.n. 546/1992).

Il termine, diverso nella durata, ha in comune con il secondo solo lo scopo di accelerare i tempi della riscossione, ma (per ragioni sistematiche disattese dalla Corte) non può con esso condividere la funzione di non rendere più contestabile il credito.

Tale effetto trova giustificazione nell'ambito del contenzioso tributario in base a:

- una esplicita comminatoria di inammissibilità del ricorso tardivo (art. 21 D.Lgs. 546/1992);
- alla caratterizzazione strettamente "impugnatoria" del processo (art. 19 D.Lgs.cit.);
- alla disciplina sostanziale dei rapporti che, a differenza dei rapporti previdenziali, sono suscettibili di definizione conciliativa, in fase amministrativa o giudiziaria (D.Lgs. n. 218/97), non esprimendo effetti differiti o corrispettivi.

E' facile osservare che il contenzioso previdenziale non presenta affatto dette caratteristiche, in quanto:

- l'art. 24 D.Lgs. n. 46/1999, a differenza della corrispondente disposizione in materia tributaria, non commina la decadenza;
- l'ordinamento previdenziale non prevede alcun termine di decadenza per la contestazione dell'obbligo contributivo;
- il processo previdenziale è un giudizio di cognizione di diritti e obblighi, nella sostanziale irrilevanza procedimentale dell'atto o della condotta che hanno occasionato l'eventuale lesione;
- i diritti e gli obblighi previdenziali sono indisponibili e non sono suscettibili di rinunce o transazioni (sono previste solo riduzioni delle sanzioni economiche in presenza di presupposti predeterminati per legge), in quanto i rapporti giuridici sono destinati ad esprimere effetti differiti, anche nei confronti di altri soggetti del rapporto assicurativo.

Se, dunque, si vuole riconoscere un effetto decadenziale all'inosservanza del termine per l'opposizione alla iscrizione a ruolo di crediti contributivi, tale effetto deve essere limitato all'ambito del procedimento di riscossione regolato dalle norme di riferimento, precludendone la contestazione o la sospensione.

Il termine invece non potrà precludere l'azione di accertamento (svolta in forma autonoma e scindibile nell'atto di opposizione o proposta all'esaurimento della riscossione) con cui, a prescindere dalla forza esecutiva del ruolo e dalla eventuale inarrestabilità del procedimento coattivo, si chieda al Giudice una pronuncia sull'obbligo contributivo e sul carattere indebito dell'eventuale intervenuto recupero, assumendo i relativi e diversi oneri processuali.

Quel che viene comunemente ritenuto ammissibile con riguardo all'ipotesi di pregresso pagamento ordinario o con condono (accertamento negativo dell'obbligo ed eventuale condanna alla restituzione), non può essere precluso in caso di riscossione coattiva.

Non lo impedisce certamente la formazione del ruolo (atto unilaterale dell'ente con finalità strettamente esecutive, privo di ogni carattere di domanda giudiziara o di provvedimento giurisdizionale).

Non lo impedisce l'esecutività del ruolo come "titolo" di formazione stragiudiziale (nel nostro ordinamento l'esecutività dell'assegno o della cambiale assicura la realizzazione forzosa del credito, ma non preclude all'esecutato di far valere in sede di cognizione l'insussistenza o il soddisfacimento della obbligazione sottostante).

Si aggiunga che la definitività (o non impugnabilità) della iscrizione al ruolo non equivale ad una declaratoria giudiziale di accertamento del debito: la mancata opposizione nei termini "consolida" il titolo esecutivo e lo rende –come tale- incontestabile, ma non perciò ne modifica la natura da atto unilaterale in provvedimento di cognizione giudiziale.

Applicando i principi teorici alla concreta realtà, la distinzione esecutività-cognizione assume maggiori contorni: è frequente il caso di iscrizione successiva a ruolo di contributi relativi a periodi sequenziali di un rapporto previdenziale controverso; "*quid iuris*" se una sola delle cartelle è tardivamente opposta? La definitività del "ruolo" non tempestivamente impugnato consentirà la prosecuzione della riscossione, ma non costituirà giudicato di merito sulla qualificazione dei fatti e sulla esistenza dell'obbligo assicurativo, che potrà formare oggetto dell'opposizione alle cartelle successive o di una domanda autonoma di accertamento; in tal ultimo caso, in assenza di un giudicato, la statuizione della sentenza potrà estendersi al periodo di riferimento della intervenuta riscossione, in quanto non coperto da alcun controllo o cognizione giudiziale; diversamente opinando, si dovrebbe ammettere che l'ente previdenziale possa acquisire un definitivo "arricchimento senza causa" per il caso di pronuncia che escluda la sussistenza dell'obbligo contributivo contestato.

In conclusione:

a) la sentenza della Suprema Corte prende in considerazione un ca-

so in cui le contestazioni sull'obbligo contributivo erano mosse solo attraverso la forma di opposizione a cartella e non anche attraverso un'autonoma domanda in accertamento negativo; la portata della decisione non può essere estesa oltre i presupposti processuali del caso deciso e non può valere nella ipotesi sopraindicata;

b) la stessa sentenza presenta argomenti che potrebbero essere validi a sorreggere la tesi dell'inopponibilità tardiva del ruolo ma non ad escludere la proponibilità di un'autonoma domanda in accertamento negativo dell'obbligo, la cui ammissibilità è dettata dalla persistenza dell'intero sistema di tutele giurisdizionali in materia previdenziale.

Avv. Oreste De Angelis

Parte Quinta

Le radici del nostro futuro

Una particolare *renovatio* del periodo francese

Poco più di due secoli fa, nel febbraio del 1806, le truppe francesi del generale Massena occupano la città di Napoli, mentre la corte borbonica è costretta a lasciare la città. Napoleone nomina il fratello Giuseppe re delle due Sicilie ed istituisce in aperta sfida al papa Pio VII i due principati di Benevento e Pontecorvo. Inizia così per il capoluogo sannita la parentesi che vede protagonista assoluto Carlo Maurizio Talleyrand. Un periodo caratterizzato da cambiamenti, che investono diversi campi, da quello del diritto ad altri decisamente più curiosi ma di grande importanza considerato il sistema dei traffici economici fondato sulla vocazione agricola del territorio.

Molti di questi cambiamenti avrebbero comportato conseguenze non da poco per l'avvenire contribuendo a creare una confusione in qualche caso presente a tutt'oggi, con inevitabili riflessi nel campo del diritto.

Un esempio è quello riguardante le misure di capacità. Prima del governo francese esistevano la soma (tetramente chiamata anche salma), della capacità di 168 litri, il tomolo (42 litri), il mezzetto (21 litri), il quarto (10 litri) e la misura (1 litro e 75). Probabilmente la mania di grandeur dei nuovi occupanti si trasferì anche in questo settore, visto che ad eccezione della soma che scese a 165,70 litri tutte le altre misure videro un incremento: così il tomolo passò a 55 litri, il mezzetto a 27 litri, il quarto a 14 litri e la misura a 2 litri e 30. Queste modifiche peraltro riguardarono la sola città, più San Leucio del Sannio e Sant'Angelo a Cupolo, in pratica l'enclave pontificia. In tutti gli altri Comuni restarono parametri diversi, con un tomolo fissato a 55 litri ed una misura a 2 litri e 31.

Peraltro non è questo l'unico caso di differenza fra gli antichi sistemi di misura. Ancora oggi, parlando delle misure di superficie legate alla civiltà contadina e facendo riferimento ancora una volta al tomolo, scopriamo che a Benevento, Foiano, San Bartolomeo in Galdo, Circello, Colle Sannita, Baselice, San Leucio del Sannio e Sant'Angelo a Cupolo si intende un'estensione di 3086 metri quadri, a Santa Croce del Sannio 2129 metri quadri, a Castelpagano 2143, a Montefalcone in Valfortore,

Castelfranco in Miscano e Ginestra degli Schiavoni 3333, a Campolattaro, Casalduni, Fragneto l'Abate, Fragneto Monforte, Morcone, Ponte, Pontelandolfo, Reino, San Lorenzo, San Lupo, San Marco dei Cavoti e Sassinoro 2565. Per tutti gli altri Comuni il riferimento sono 3365 metri quadri. Una differenza che trova spiegazione anche nelle antiche necessità di omologazione ai traffici commerciali verso la capitale del Regno o la Puglia. Basti pensare che il dato della maggior parte dei Comuni sanniti si avvicina al moggio napoletano, mentre nel caso di Benevento e degli altri sette Comuni citati vi è coincidenza con la misura della città di Foggia, a sua volta unicum nell'ambito della Puglia.

Ed è in corso una ricerca sui modelli degli atti di citazione, dove appunto vi era la confluenza di unità di misura nominalmente uguali, ma con sottesa una portata radicalmente diversa. Non dovette essere un buon momento per gli operatori del diritto, costretti ad un'operazione di nomofilachia… agricola!

Avv. Domenico Zampelli

Ricordo del Presidente Dr. Luigi Tazza

Conobbi il Dr. Luigi Tazza nel novembre del 1993 quando, Sostituto Procuratore a Foggia e in attesa di essere trasferito al Tribunale di Benevento, fui contattato telefonicamente per essere informato sui miei nuovi incarichi tabellari.

Ebbi subito contezza di trovarmi davanti ad una persona di grande signorilità nei modi, equilibrata, preparata, disponibile al dialogo, mai prevenuta, sempre nel rispetto dei ruoli.

Le mie convinzioni divennero certezze quando il 25 novembre dello stesso anno, dopo aver preso possesso delle funzioni, ebbi modo di conoscerlo personalmente.

Un mese dopo lo vidi soffrire, con dignità encomiabile, nel dolore più grande che la vita può riservare ad un genitore.

I rapporti professionali e personali si intensificarono nell'estate del 1996; passai alla Sezione Civile e, in occasione della nascita di mia figlia, insieme ad altri Colleghi il dott. Tazza venne a trovarmi a casa per gli auguri.

Mi disse che era stata la "sua prima uscita", nuovamente con i Colleghi, da quel terribile dicembre 1993: di ciò fui onorato e gratificato.

Da allora, fino a quando il dott. Tazza (divenuto poi Presidente di Sezione) ci ha lasciato, si è cementato un vincolo affettivo profondo – con frequentazioni quotidiane nel lavoro e lunghe conversazioni telefoniche nel privato – che qualsiasi aggettivo limiterebbe.

Con il Presidente Tazza noi giudici della Sezione abbiamo condiviso tutto: dubbi professionali, apprensioni familiari, scelte di vita.

Il tempo che si trascorreva insieme intensificava sempre più la stima verso di Lui e consolidava continuamente il legame che si era creato.

Professionalmente, quando si parlava con il Presidente Tazza, vi era la certezza di trovarsi di fronte ad un giudice di esperienza; erano evidenti il talento naturale, l'educazione al ruolo, il rispetto per la istituzione e la funzione, l'organizzazione mentale, la serenità nel prendere le decisioni: qualità queste che erano state acquisite in famiglia e che avevano avuto una naturale consequenzialità nell'ambiente del lavoro.

Il Presidente Tazza può essere definito un "profeta di ieri"; è stato in grado di coniugare, come solo Egli sapeva fare, le tradizioni del passato (significative sono state le sue citazioni sulle "costumanze" nel discorso di saluto ai Magistrati e al personale del Tribunale quando lasciò l'Ufficio) con la modernità e le tecnologie (era un esperto in informatica ed amava i viaggi); ha voluto, però, realizzare la sua professionalità, con grande successo, sempre nella sua terra, per stare vicino alla sua amatissima famiglia e per non disperdere quel patrimonio di valori umani in cui credeva.

Nei primi giorni di ottobre di quest'anno, tornando al Tribunale nel pomeriggio, mi sono fermato al cimitero di Solopaca, presso la cappella della famiglia Tazza, per un saluto: l'ho visto giacere insieme ai suoi affetti, quelli che gli erano stati strappati violentemente, e mi è venuta in mente una citazione sapienzale: «Dio li ha saggiati come oro nel crogiolo e li ha graditi come olocausto».

Questo pensiero mi ha accompagnato nel ritorno a casa.

Riposa in pace caro Luigi e grazie per l'esempio che ci hai dato.

Guglielmo Cinque

Ricordo dell'avv. Sergio Belperio

Ricordare Sergio Belperio significa, per me, ripercorrere molti anni della mia vita, tanto intenso è stato il nostro rapporto umano e professionale.

Ero studente liceale quando Sergio venne allo studio di mio padre, spinto dal vento di un'ingiustizia che, come sovente accade, si risolse in una straordinaria occasione di successo.

Egli era, infatti, dipendente del Comune di S. Giorgio La Molara con contratto a termine (quelli che oggi chiamiamo co.co.co.) rinnovato alla scadenza più volte.

Con il cambio di amministrazione, la nuova giuda politica decise di non rinnovare il rapporto di lavoro mettendolo, quindi, nella dolorosa necessità di cambiare lavoro e vita.

Per questa ragione Sergio, brillante laureato in giurisprudenza, divenne collaboratore dello studio De Caro e, di lì a poco, insostituibile punto di riferimento nel vasto settore del contenzioso civile.

Sergio possedeva una vasta cultura umanistica, acquisita in otto anni di studi rigorosi nel seminario di Sciacca ed aveva conservato, anche in età matura, la passione per le buone letture, dai classici al suo prediletto Leonardo Sciascia.

Questo bagaglio culturale, accompagnato da un'acuta sensibilità, faceva di lui un avvocato completo, non un arido esegeta della norma.

Univa, infatti, a queste doti una profonda preparazione giuridica, un'intensa pratica forense maturata nelle difficili Preture del Fortore e dell'alto Sannio, una passione autentica per i giudizi che meglio esprimevano la cultura delle nostre comunità: le azioni a difesa della proprietà e del possesso, le divisioni ereditarie, le controversie agrarie.

È sufficiente consultare uno dei suoi fascicoli per avere il segno della sua personalità: gli atti interamente manoscritti con grafia da amanuense del tardo ottocento; le comparse depositate molti mesi prima della scadenza; i documenti rigorosamente in ordine cronologico.

Un avvocato «di tradizione» eppure straordinariamente moderno ed

aperto verso i giovani con i quali fu prodigo di consigli, paziente, disponibile, paterno.

Trent'anni or sono, io fui tra quei giovani: ogni pomeriggio mi sono recato, per quattro anni consecutivi, a casa sua rimanendovi fino a tarda sera.

Sergio dettava ed io scrivevo atti di citazione, memorie illustrative, comparse collegiali ma, per ciascun atto giudiziario, spiegava le questioni di diritto, le eccezioni, le eventuali preclusioni processuali, le richieste istruttorie, le subordinate, in una parola, l'intera strategia difensiva.

È stata un'esperienza irripetibile sul piano professionale e sul piano umano e credo che lo stesso giudizio possano dare, dopo di me, i colleghi Regardi, Settembrini, Mastronardi e Grillo che, in tempi successivi, hanno avuto la fortuna di collaborare con Sergio, apprendendo, fra l'altro, la poca diffusa arte della coerenza e della lealtà nei confronti del cliente, dei colleghi, dei Magistrati.

A Sergio devo moltissimo e non solo per ciò che mi ha insegnato nei primi anni del mio impegno professionale.

Ha continuato a seguirmi, con affetto fraterno, anche negli anni successivi in ogni occasione: dai numerosi cimenti elettorali all'impegno per il Consiglio dell'Ordine.

Mai è venuto meno il suo sostegno, il suo incoraggiamento, la sua dedizione a cause che avvertiva come proprie.

Ho corrisposto a Sergio un affetto autentico, che non ha mai conosciuto tramonto ed un sentimento di gratitudine che il tempo rende sempre più vivo.

Umberto Del Basso De Caro

Curriculum vitae di Nuzzolo Alberto

Se a ciascuno la sua, quella del nostro, come per tutti, è frutto del caso e della necessità, governata però, per quanto possibile, dal metodo eidetico del gioco bambino,. "Gaia scienza", che perciò, privata del privato, il cervello ed il cuore su di una via calpestabile, si è andata facendo snodando la spirale dell' archè. nello improbabile tentativo della comunicazione, vera esigenza della creatività, intorno alla forma reale,dunque, anche onirica delle cose.

Pseudo cronaca	Pseudo senso
1) nato a Bn il 23/3/44, dal 72 architetto, dal 77 una moglie e due figli,	
2) nel territorio-spazio del Sannio	materia del tempo
3) nella corsa e nel calcio	ansia di spazio, truco di vita
4) nel volentariato	debito d,amore e di colpa.
5) nella scuola. 28 anni doc di arch, st. arte, decorazione nel liceo art di Bn. Hauser e Accademia S. Giulia Bs	luogo della comunicazione
6) nel dolore	morte fratello
7) negli scritti	per acqua e salvezza
8) nella poesia	luogo della compensazione
9) nella pittura	silenzi di mille suoni
4	luogo del colore, lce,rigore compositivo come ipotesi improbabile del tempo spira loideo, labirintico,. in varie fasi, proto-cubista,surrealista della zoologia fantastica, dell' uomo vuoto, "Metusia" o energetica o del "sublime"
5	la forma muta dell'essere
11) nell'architettura	
5	la non arte, il quadrato, che ha in sè l'arte, la spirale
12) nell'arredo	la gioia del colore
13) nell'urbanistica	la complessità della polis
14) nelle istituzioni	la coscienza dello stato
15) nella parola	suono del vento
16) nell' immagine mobile	integrale dell' immaginario
17) nella politica	conflitto tra ragion pura e ragion pratica, flutti di passione. sicché sempre il gioco tra il fuori di te e lo in te, "amore", lotta, peso e leggerezza, in un
	Clown tanto felice da essere la tristezza e tanto triste da essre la felicità
	Tra principe e Paria, paura e coraggio.

1

2

3

8

Ha conosciuto e avuto buoni e cattivi maestri Tra i primi, con cui ha colloquiato, B. Zevi, che gli ha scritto una lettera , mai pubblicat, R. Grasso, Persico, Capaldo. ed altri colleghi ed allievi del liceo artistico di Bn, tra cui Colajanni, Paladino. Mainolfi Esposito, Mascia, Cella, Bibbò Oste, Pedicini. Ha tenuto conferenze sui C.S. di cui una con Cervellati. Ha collaborato ad una ricerca sul C.S. di Bn col gruppo dell' Ance, diretto da Nervi figlio. Ha lavorato sul C.S. di Bn e Paduli con Pagliara. e collaborato alla rivista proposata. Ha scritto articoli, organizzato allestimenti, i, presentato pittori, partecipato a concors e pure a due collettive di architettura e pittura. Publicato su Electa Lombardia: i sagrati di Milan 90. Bn 95. Corrire della sera 02 Il Mattino 07 .Il quaderno, Sannio Quotidiani, Rivista Sovrintenza Camp 96

1) Piazza ginestra S.Giogio del Sannio Bn 86-90 2) Casa fabbrica Zollo S. Leucio del Sannio bn 77-79 3) Sottetta Paduli Bn 84 - 98 4) Pover uomo 25x50 -61 5) Metusia 100x70 92 6) Cristo arabo 120x 80 x60 Sottetta Paduli Bn 5)7) Piazza ginestra S.Giorgio Bn 8) Casa Verusio Benevento 81-83

Notizie sugli Autori

Prof. Avv. Manlio LUBRANO di SCORPANIELLO
Docente di Diritto Commerciale
presso l'Università degli Studi del Sannio

Prof. Enrico MINERVINI
Docente di Diritto Privato
presso l'Università degli Studi di Roma Tre

Prof. Dott. Nicola DI MAURO
Notaio in Galliate
Docente di Diritto delle successioni
presso l'Università "Federico II" di Napoli

Prof. Avv. Vincenzo VERDICCHIO
Docente di Diritto Privato
presso l'Università degli Studi del Sannio

Prof. Avv. Stefano FIORENTINO
Docente di Diritto Tributario
presso l'Università di Salerno

Avv. Gianluca ZARRO
Avvocato del Foro di Benevento

Avv. Paolo PICCIALLI
Avvocato del Foro di Benevento

Avv. Lucia ALBANO
Avvocato del Foro di Benevento

Dott.ssa Maria SILVINO
Praticante Avvocato
del Foro di Benevento

Dott. Rosario BOFFA
Praticante Avvocato
del Foro di Benevento

Avv. Giovanni PORTOGHESE
Avvocato del Foro di Benevento

Avv. Ugo CAMPESE
Avvocato del Foro di Benevento

Avv. Nazzareno FIORENZA
Avvocato del Foro di Benevento

Avv. Oreste DE ANGELIS
Avvocato del Foro di Benevento

Avv. Domenico ZAMPELLI
Avvocato del Foro di Benevento

Dott. Guglielmo CINQUE
Magistrato Sezione Civile
Tribunale di Benevento

Avv. Umberto DEL BASSO DE CARO
Avvocato del Foro di Benevento
Presidente dell'Ordine degli Avvocati

Per stampare questa Rivista
è stata utilizzata carta riciclata
per una precisa scelta ecologica
del Comitato di Redazione

Progetto grafico:
Enzo Conte

Auxiliatrix
ARTI GRAFICHE BENEVENTO

Chiuso in Redazione il 19 dicembre 2007

Autorizzazione del Tribunale di Benevento n. 133/86 del 5 novembre 1986
La proprietà letteraria compete alla Direzione della Voce del Foro