RASSEGNA GIURIDICA UMBRA

2010

Fondazione Forense di Perugia
Giovanni Dean

INDICE-SOMMARIO

Pag.

DIRITTO CIVILE

Tribunale di Terni, 22 ottobre 2009, con nota di PAOLO CERQUETTI, *Le "prassi contrattuali individuali" (o usi individuali) ed i connessi doveri di buona fede: la loro incidenza dalla fase di formazione del del contratto a quella della sua esecuzione* 1

DIRITTO PENALE

Corte d'Appello di Perugia, 24 marzo 2009, S. C., con nota di ANTONIETTA CICALA, *Economia processuale e* favor innocentiae. *Brevi note sul rapporto tra cause estintive del reato e sentenze d'assoluzione* 25

Tribunale Monocratico di Perugia, Sezione di Città di Castello, 20 gennaio 2009, M. ed altri, con osservazioni di MARIA CHIARA BISACCI. 38

Tribunale Monocratico di Perugia, Sezione di Città di Castello, 26 aprile 2010, G. A., con nota di STEFANIA SARTARELLI, *Quando vittima della diffamazione a mezzo stampa è un'intera cittadina* 55

G.U.P. Tribunale di Perugia, 17 maggio 2007 *(ord.)*, N. R., e G.U.P. Tribunale di Perugia, 10 ottobre 2007, N.R., con nota di ALESSANDRO RICCI, *Procedibilità dell'azione penale per i delitti commessi all'estero: a proposito della presenza del reo nel territorio dello Stato e del termine decadenziale per la richiesta del Ministro della Giustizia* 73

G.U.P. Tribunale di Perugia, 18 dicembre 2008, con nota di DANIELA FALCINELLI, *In viaggio tra* error facti *ed* error iuris*, l'impervio cammino dalla tipicità alla colpevolezza (attraversando l'offensività)* 95

G.U.P. Tribunale di Perugia, 28 aprile 2009 *(ord.)*, M. S. R., con nota di MARIA CHIARA BISACCI, *I vincoli al riconoscimento delle attenuanti generiche al vaglio della Corte Costituzionale* 109

G.U.P. Tribunale di Perugia, 7 ottobre 2009, M.L., con nota di SIMONE SERIO, *Riflessioni su alcuni profili problematici del regime discrezionale di applicazione della recidiva* 124

G.U.P. Tribunale di Perugia, 2 novembre 2009, T. s.r.l. e A.L. s.r.l., con nota di GIUSEPPE MAGLIOCCA, *La costituzione di parte civile nel processo a carico degli enti* 160

G.U.P. Tribunale di Perugia, 5 febbraio 2010, M. ed altri, *(ord.),* con nota di ILARIA CARDARELLI, *Fallimento e responsabilità dell'ente ex art. 5 d.lgs. 231 del 2001*.. 172

Tribunale di Sorveglianza di Perugia, 17 dicembre 2009 (*ord.*), P., con nota di CHIARA SANTILLI, *Il rapporto tra "collaborazione" e "premialità"* 184

Pag.

DIRITTO PUBBLICO

Consiglio di Stato, Sezione Quarta, 3 febbraio 2009, n. 648, TAR Umbria, 9 luglio 2008, n. 586, con nota di SANDRO SABA, *L'annullamento del provvedimento amministrativo e la rilevanza dei vizi di procedura. La perimetrazione del concetto in due pronunce del Tar Umbria e del Consiglio di Stato*..... 193

TAR Umbria, 10 settembre 2008, n. 558, con osservazioni di SIMONA BARBETTI..... 212

TAR Umbria, 25 novembre 2008, n. 788, TAR Umbria, 10 dicembre 2008, n. 808, con nota di ALESSANDRO FORMICA, *L'accesso ai documenti amministrativi fra modalità di esercizio del diritto e tutela della riservatezza dei terzi controinteressati* 218

TAR Umbria, 25 novembre 2009, n. 736, con nota di MARTA POLENZANI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica dopo la riforma del 2009: l'affermata natura giurisdizionale e le sue ricadute sull'istituto della sospensione necessaria del procedimento* 229

TAR Umbria, 15 gennaio 2010, n. 4, con nota di DANIELE PORENA, *Principio di prova ed onere attenuato nella specificazione dei motivi di ricorso: brevi note a margine della Sentenza TAR Umbria, 15 gennaio 2010, n. 4, in materia di contenzioso elettorale*..... 250

TAR Umbria, 18 gennaio 2010, n. 8, con nota di MICHELE RIZZO, *Alcune brevi considerazioni sul ruolo della Soprintendenza in materia di autorizzazione paesaggistica* 266

DOTTRINA

EMANUELE FLORINDI, *Prove digitali e processo: la* computer forensics..... 291

GIOVANNI MORANI, *Il patrocinio del minorenne nei procedimenti (penale e civile) davanti all'organo giurisdizionale specializzato*..... 313

ALESSANDRO PAZZAGLIA, *Orientamenti di giurisprudenza umbra in materia di amministrazione di sostegno* 325

OSSERVATORIO DI DIRITTO COMUNITARIO

ALESSANDRA LANCIOTTI, *La comunitarizzazione del diritto processuale civile internazionale e i suoi riflessi sulla nozione di ordine pubblico*..... 337

OSSERVATORIO CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sentenza del 9 dicembre 1994,

Pag.

López Ostra c. Spagna, *(Requête n°16798/90),* con osservazioni di VALENTINA COLCELLI, *Diritto alla protezione dell'ambiente, benessere della persona e godimento del suo domicilio*..... 347

Corte Europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, Sentenza dell'11 luglio 2002, C. Goodwin c. Regno Unito, *(Requêtes n°28957/95)*, con osservazioni **di** VALENTINA COLCELLI, *Il riconoscimento giuridico dell'avvenuto cambiamento di sesso e l'autoderminazione come diritto fondamentale*..... 353

Corte Europea dei diritti dell'uomo, Prima Sezione, Sentenza del 7 febbraio 2002, Mikulic c. Croatie, CEDH 2002-1, (Requête n° 53176/99)., con osservazioni di VALENTINA COLCELLI, *La tutela della vita privata e familiare attraverso il diritto di conoscere le proprie origini* 359

INDICE ANALITICO-ALFABETICO DELLA GIURISPRUDENZA

ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI
– Diritto di ottenere il rilascio di copia conforme – Sussistenza – Possibilità esclusione – Solo in presenza di disposizioni in senso contrario o per motivate ragioni, 218.
– Rapporto fra diritto di accesso e diritto alla riservatezza dei terzi – Giudizio di bilanciamento – In caso di richiesta di accesso alla documentazione anche in forma cifrata o codificata – Non è necessario, 219.

APPALTI PUBBLICI
– Appalto concorso – Fornitura servizio energia – Sospensione operazioni di gara – Fattispecie – Legittimità – Sussistenza, 212.
– Appalto concorso – Fornitura servizio energia – Scadenza termine validità offerte – Richiesta conferma dell'offerta – Insussistenza – Revocabilità del bando di gara – Esclusione, 212.

ATTO AMMINISTRATIVO
– Titolarità congiunta del potere amministrativo – Pretermissione di una delle autorità competenti – Annullabilità del provvedimento – Sussistenza, 193.
– Titolarità congiunta del potere amministrativo – pretermissione di una delle autorità competenti – art. 21 *octies*, cpv., legge n. 7 agosto 1990 – Non applicazione, 193.
– Circolare interna non vincolante – Violazione regola procedurale – Annullabilità – Insussistenza, 193.

CARCERI E SISTEMA PENITENZIARIO
– Misure alternative alla detenzione – Istanza di semilibertà previo accertamento della inesigibilità o impossibilità di collaborazione con la giustizia, 184.

CIRCOSTANZE
– Circostanze inerenti alla persona del colpevole – Recidiva reiterata – Facoltatività – Nesso personologico – Insussistenza – Disapplicazione, 124.

CIRCOSTANZE DEL REATO
– Circostanze attenuanti generiche – Limiti – Recidivo reiterato – Legittimità costituzionale, 109.

CONTENZIOSO ELETTORALE
– Requisiti di ammissibilità del ricorso, 250.

DELITTO COMUNE DELLO STRANIERO ALL'ESTERO
– Delitto commesso a danno di uno straniero – Richiesta del Ministro della Giustizia – Eccezione di improcedibilità – Rigetto, 73.

DELITTI CONTRO L'AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA
– Calunnia – Elemento oggettivo e coefficiente psicologico – Sussistenza, 124.

DELITTI CONTRO LA FEDE PUBBLICA
– Falsa attestazione a pubblico ufficiale su qualità proprie – Decreto penale di condanna ritualmente pagato – Falso inutile, 95.

LEGGE PENALE
– Applicabilità – Delitto comune commesso all'estero dallo straniero – Condizioni di procedibilità dell'azione penale – Presenza del reo nel territorio dello Stato – Criteri di integrazione, 74.
– Applicabilità – Delitto comune commesso all'estero dallo straniero – Condizioni di procedibilità dell'azione penale – Richiesta del Ministro della Giustizia – Termine di decadenza – Condizioni, 74.

PAESAGGIO
– Autorizzazione paesaggistica – So-

printendenza – Potere di annullamento per vizi di merito – Insussistenza, 266.

PRASSI CONTRATTUALI INDIVIDUALI
– Buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto – Affidamento dei contraenti sulla prassi consolidata e doveri di agire per preservare gli interessi dell'altra parte – Modifica unilaterale delle condizioni del contratto – Risarcibilità dei danni per effetto del comportamento contrattuale scorretto – Sussistenza – Silenzio circostanziato e formazione del contratto – Responsabilità precontrattuale, 1.

REATI CONTRO LA PERSONA
– Delitti contro l'onore – Diffamazione – Col mezzo della stampa – Scriminante del diritto di cronaca – Esclusione, 55.

REATO
– Cause di estinzione del reato – Prescrizione – Interruzione – Prolungamento del termine – Estinzione del reato, 38.

REATO
– Colpa – Nesso tra colpa ed evento, 38.

REATO
– Elemento soggettivo – Falsa attestazione a pubblico ufficiale di non aver riportato condanne penali – Decreto penale di condanna ritualmente pagato – Errore di diritto incidente sull'atto che costituisce reato - Difetto di dolo, 95.

RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI
– Costituzione di parte civile nei confronti degli enti responsabili *ex* d. lgs. n. 231 del 2001 – Inammissibilità, 160.

RICORSO STRAORDINARIO AL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA
– Provvedimento di esclusione da gara di appalto – Ricorso giurisdizionale – provvedimento di aggiudicazione di gara d'appalto – Rapporto di pregiudizialità-dipendenza – Esclusione, 229.

SENTENZA
– Ordinanza e decreto in materia penale – Obbligo di immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità – Disciplina, 25.

SOCIETÀ
– Responsabilità penale dell'ente – Fallimento – Causa di estinzione della responsabilità penale – Esclusione, 172.

SPECIFICITÀ DEI MOTIVI DI RICORSO
– Inaccessibilità della documentazione relativa al procedimento di scrutinio – Serietà del ricorso – Attenuazione dell'onere di specificazione dei motivi. Onere di fornire un principio di prova – Dichiarazioni sostitutive di terzi – Ammissibilità – Ulteriore attenuazione dell'onere di specificazione dei motivi di ricorso, 250.

* * *

Dopo undici lustri di «onorato servizio» nella forma tradizionale, anche per la nostra Rivista è giunto il tempo di affrontare l'«*alto mare aperto*» dell'edizione *on line,* che prende avvio con il numero unico dell'anno 2010 e con la costituzione di relativa banca dati, accessibile attraverso il sito della Fondazione Forense.

È un passo, questo, necessario per continuare ad assicurare non solo la diffusione ma, prima ancora, la sopravvivenza stessa, culturale e scientifica, della *"Rassegna"* nell'epoca di internet e delle nuove vie della conoscenza.

Certamente per merito di quelli che ci hanno preceduto nel dedicarle il loro tempo e la loro intelligenza, la Rivista ha acquisito sin dall'inizio indubbia credibilità e robustezza rivelandosi, nel contempo, in linea con i propositi dei fondatori, uno strumento di notevole utilità per la diffusione degli orientamenti della giurisprudenza dei nostri Fori e dei dibattiti da essa suscitati nonché palestra di apporti dottrinali e di riflessione, in una virtuosa osmosi che ha favorito la costante crescita professionale, con riferimento sia ai «casi» e alle questioni trattati sia ai tempi.

È, quindi, per rispondere a (e non tradire) queste esigenze di lungo corso, che si è resa necessaria e non più rinviabile l'edizione "tecnologica" (e l'annessa banca dati), senza peraltro trascurare le specifiche richieste di chi intendesse avvalersi ancora dello strumento cartaceo, che saranno regolarmente soddisfatte. Il nostro impegno dunque dovrà essere, e sarà, quello di garantire anche nella nuova veste, senza alcuna cesura, il più alto livello qualitativo, rendendo, nel contempo, il più agevole possibile la lettura e l'utilizzazione dei testi giurisprudenziali e dottrinali pubblicati (la banca dati ricomprende infatti anche le ultime annualità).

Essenziali saranno, sempre, il qualificato contributo dei magistrati, degli avvocati, dell'Università e quello, auspicabile, di altri professionisti che si trovino ad affrontare questioni rilevanti anche per il giurista, insieme alla preziosa collaborazione dei giovani studiosi, ai quali compete, nel rispetto della consolidata identità di questo nostro peculiare patrimonio culturale, di supportare e vivificare le innovazioni indispensabili per mantenere inalterati il prestigio e la consueta crescita della *"Rassegna"*, pure nella fase che ci apprestiamo ad affrontare.

Nella consapevolezza dello sforzo di adeguamento, anche mentale, che siamo chiamati (e sono chiamato, come nuovo Direttore) a compiere, ma anche nella certezza di fare affidamento sul concorso di forti energie intellettuali e morali, rivolgo a tutti i collaboratori (e a me stesso) l'augurio di un proficuo lavoro e invoco fin da ora la benevolenza dei lettori per le eventuali imperfezioni (non solo tecnologiche) che, nonostante tutto, si verificassero.

Luciano Brozzetti

DIRITTO CIVILE

TRIBUNALE DI TERNI – 22 ottobre 2009, n. 1137 - *Est.* Di Giovannantonio – Creazioni Gabelmoda s.r.l. (avv. F. Barogi) c. Saila s.p.a. (avv. ti A. Marcoli, N. Menegardo, I. Benedetti).

Prassi contrattuali individuali – Buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto – Affidamento dei contraenti sulla prassi consolidata e doveri di agire per preservare gli interessi dell'altra parte – Modifica unilaterale delle condizioni del contratto – Risarcibilità dei danni per effetto del comportamento contrattuale scorretto – Sussistenza – Silenzio circostanziato e formazione del contratto – Responsabilità precontrattuale (Cost., art. 2; c.c., artt. 1375, 1218, 1326, 1337).

Quando tra due parti si è consolidata una prassi contrattuale, per cui da diversi anni esse hanno intrattenuto costanti e sistematici rapporti contrattuali dello stesso tipo che hanno ingenerato reciproci affidamenti in particolare riguardo ai tempi di adempimento delle rispettive prestazioni, il principio di buona fede e di correttezza nell'esecuzione del contratto ai sensi dell'art. 1375 c.c. – espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 della Costituzione – impone a ciascuna parte di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra anche comunicando a quest'ultima tempestivamente la propria volontà di modificare le condizioni contrattuali rispetto a quelle da anni convenute e praticate; con il conseguente insorgere di responsabilità, a carico della parte che abbia omesso di agire in siffatto modo, per il risarcimento dei danni cagionati all'altra parte per effetto del comportamento contrattuale scorretto posto in essere (1).

Affinché il silenzio possa assumere valore negoziale occorre che il comune modo di agire o la buona fede, nei rapporti instauratisi tra le parti, impongano l'onere o il dovere di parlare o che, secondo un dato momento storico e sociale, avuto riguardo alla qualità delle parti e alla loro relazione di affari, il tacere di una possa intendersi come adesione alla volontà dell'altra (2).

(*Omissis*). L'eccezione di incompetenza del Giudice adito risulta infondata.

Osserva il Tribunale, infatti, che la responsabilità precontrattuale, configurabile per violazione del precetto posto all'art. 1337 cod. civ. – a norma della quale le parti, nello svolgimento delle trattative contrattuali, debbono comportarsi secondo buona fede – , costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, che si collega alla violazione della regola di condotta stabilita a tutela del corretto svolgimento dell' "iter" di formazione del contratto, sicché la sua sussistenza, la risarcibilità del danno e la valutazione di quest'ultimo debbono essere vagliati alla stregua degli artt. 2043 e 2056 cod. civ., tenendo peraltro conto delle caratteristiche tipiche dell'illecito in questione (Cass. SS.UU. Sentenza n. 9645 del 16.07.2001). Territorialmente competente a conoscere la causa è quindi il giudice del luogo ove si è verificato l'evento dannoso ex art. 20 c.p.c., e quindi il luogo ove ha sede la società attrice danneggiata.

Nel merito, dalla istruttoria svolta nel corso del giudizio risulta che per diversi anni (oltre 10 anni) la Saila spa e la Gabelmoda srl hanno intrattenuto costanti e sistematici rapporti di natura commerciale sviluppati nel modo seguente: la società attrice selezionava ed ordinava la maglieria prodotta dalla Saila spa costituendo così il campionario da dare ai propri rappresentanti. Quindi i rappresentanti mostravano ai negozianti i campionari e raccoglievano gli ordini della merce. Riuniti tutti gli ordinativi, la Gabelmoda inoltrava alla Saila l'ordine complessivo della maglieria, come richiesta dai dettaglianti.

La prassi che da anni si era instaurata tra le parti contraenti era la medesima, come chiaramente è risultata dalle dichiarazioni rese dai testimoni escussi nel corso del giudizio Rondelli, Torricelli, Picchiante: al 10/07 veniva consegnato dalla Saila alla Gabelmoda il campionario primavera-estate dell'anno successivo; al 10/02 venivano consegnati i capi di maglieria da distribuire ai negozianti in base agli ordini già raccolti; al 10/01 venivano consegnati i capi del campionario autunno-inverno dell'anno successivo; quindi al 10/09 venivano consegnati i capi di maglieria da distribuire ai negozianti. La modalità di pagamento da anni consolidata tra le parti era convenuta a 90 giorni dalla fine del mese di consegna della maglieria. La circostanza è stata confermata dai testi escussi e comunque risulta anche dalla documentazione versata in atti (docc. da 1 a 10 fascicolo di parte attrice).

In data 31.3.2003 la Gabelmoda srl formulava un ordine di capi di maglieria da distribuire ai negozianti (doc. 16 fascicolo di parte attrice); ciò in seguito al precedente ordine del 3.12.2002 con il quale la Gabelmoda ordinava i capi di campionario da consegnare ai rappresentanti per raccogliere gli ordini dei dettaglianti (doc. 11 fascicolo di parte attrice).

Ebbene, in data 9.6.2003 la Saila comunicava la modifica delle condizioni contrattuali della fornitura in corso chiedendo il pagamento della merce non più a 90 gg. fine mese dalla fornitura, ma pretendendo il pagamento anticipato rispetto alla consegna della maglieria di cui all'ordine.

La Saila, quindi, nonostante la diffida ad adempiere inviata dalla società attrice, non eseguiva la fornitura di cui all'ordine del 31.3.2003.

Parte convenuta pone a giustificazione del proprio inadempimento il mancato rispetto delle condizioni di fornitura come modificate unilateralmente e quindi il mancato pagamento anticipato della fornitura stessa.

Ritiene il Tribunale che, proprio in considerazione della consolidata ed accertata prassi commerciale intercorrente da diversi anni tra le parti, la Gabelmoda srl ha fondatamente fatto affidamento sulle ormai consolidate cadenze sia con riferimento alla consegna della maglieria sia relativamente al pagamento della stessa. La Saila spa, invece, non ha tenuto un comportamento adeguato in ossequio ai principi di buona fede e di correttezza contrattuale, modificando unilateralmente le condizioni di pagamento (subordinando la consegna della maglieria al pagamento della stessa) successivamente alla consegna del campionario, alla raccolta degli ordinativi dei dettaglianti ed oltre due mesi dopo dall'ordine complessivo del 31.3.2003 (comprendente tutte le richieste dei negozianti).

Si noti infatti che nell'ordine predetto è indicata la condizione di pagamento "al solito".

Una diversa regolamentazione dei rapporti contrattuali andava infatti opportunamente disposta (o concordata) al momento del primo ordine, certamente propedeutico del secondo, così che la Gabelmoda avrebbe potuto meglio organizzare la raccolta degli ordini e valutare anche la convenienza della fornitura ancor prima della raccolta degli ordini dei negozianti.

In questo modo, infatti, la Gabelmoda srl si è trovata a dover adempiere all'impegno contrattuale assunto con i dettaglianti subendo le condizioni di pagamento unilateralmente e inaspettatamente modificate dalla Saila spa.

Deve infatti rilevarsi che il silenzio della Saila spa è stato in buona fede interpretato dalla Gabelmoda srl come accettazione delle condizioni da anni convenute tra le parti.

Nello stesso senso si è espressa anche la Corte di Cassazione, per la quale "affinché il silenzio possa assumere valore negoziale occorre che il comune modo di agire o la buona fede, nei rapporti instauratisi tra le parti, impongano l'onere o il dovere di parlare o che, secondo un dato storico e sociale, avuto riguardo alla qualità delle parti e alla loro relazione di affari, il tacere di una possa intendersi come adesione alla volontà dell'altra" (Cass. 26.2.2004, n. 3861).

In definitiva, dunque, deve riconoscersi che la Saila spa nella modifica unilaterale delle condizioni contrattuali e nell'inadempimento dell'ordine del 31.3.2003 non si sia comportata secondo i canoni di buona fede e correttezza contrattuale ex art. 1375 c.c.

Il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 della Costituzione, impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra e costituisce un dovere giuridico autonomo a carico di entrambe, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge; ne consegue che la sua violazione costituisce di per sé inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato.

La responsabilità precontrattuale è configurabile in tutti i casi in cui un soggetto abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede.

Ne deriva che la Saila spa deve essere condannata al risarcimento dei danni subiti dalla Gabelmoda srl per effetto del comportamento contrattuale scorretto posto in essere. Il danno viene quantificato, come lucro cessante, nella misura di € 13.085,40 per la mancata vendita dei capi ordinati dai clienti della Gabelmoda, pari alla differenza fra il prezzo di acquisto dei capi della Saila spa di € 21.498,00, (come risulta dai docc. 16 e 22) e prezzo di vendita dei medesimi capi ai negozianti, pari a € 33.583,40, come risulta dai docc. 16 e 21. Deve risarcirsi altresì il danno all'immagine subito dalla Gabelmoda srl per effetto della mancata consegna della maglieria ai dettaglianti: danno da ritenersi sussistente alla luce delle dichiarazioni testimoniali acquisite (Picchiante, Rondelli), che hanno confermato la circostanza che in conseguenza dei fatti di cui sopra molti clienti hanno preferito rifornirsi presso altre ditte di maglieria.

Tale danno va quantificato equitativamente nella misura di € 8.000,00.

In conclusione, quindi, la SAILA spa deve essere condannata al pagamento in favore della Gabelmoda srl della somma complessiva di € 21.085,40, oltre interessi dalla data della pronuncia sino all'effettivo soddisfo.

Segue il rigetto della domanda riconvenzionale spiegata da parte convenuta con la quale la Saila spa ha chiesto il risarcimento dei danni ex art. 96 c.p.c.

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

P.Q.M.

Il Tribunale di Terni, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza, deduzione ed eccezione disattesa, così provvede:

- Condanna la SAILA spa al pagamento in favore di Gabelmoda srl della somma di € 21.085,40, oltre interessi dalla pronuncia sino all'effettivo soddisfo;
- Rigetta la domanda riconvenzionale proposta da Saila spa;
- Condanna Saila spa al pagamento in favore di parte attrice delle spese di lite sostenute che si liquidano in € 165,57 per spese, € 2.340,00 per diritti ed € 4.200,00 per onorari, oltre accessori di legge.

(1-2) Le "prassi contrattuali individuali" (o usi individuali) ed i connessi doveri di buona fede: la loro incidenza dalla fase di formazione del contratto a quella della sua esecuzione.

Elementi costitutivi delle c.d. "prassi contrattuali individuali" (correntemente denominate anche "usi individuali") sono il fatto che *tra due (o più) soggetti "determinati"* siano intercorsi, in modo costante e continuativo nel tempo, rapporti contrattuali dello stesso tipo; e l'assenza in tale arco di tempo, da parte di ciascuna delle parti, di comportamenti contrattuali sostanzialmente difformi rispetto a quelli abitualmente praticati.

La mancanza del carattere della "generalità" consente di distinguere piuttosto agevolmente gli "usi individuali" non solo dagli "*usi normativi*", cioè dalle consuetudini sociali (accompagnate dalla c.d. *opinio juris*, cioè dal convincimento che si tratti di comportamenti imposti dal diritto) che l'art. 8 disp. prel. c.c. annovera tra le fonti del diritto e l'art. 1374 c.c. richiama per individuare gli effetti del contratto; ma anche dai c.d. *usi interpretativi* di cui all'art. 1368 c.c., che sono rappresentati dalle "pratiche generali" del luogo in cui il contratto è stato concluso (o, nei contratti in cui una delle parti è un imprenditore, del luogo in cui è la sede dell'impresa [1]) e svolgono una funzione specificamente interpretativa, cioè costituiscono, secondo la suddetta disposizione, un mezzo di intendimento delle "clausole ambigue" (più in generale, può dirsi che sono uno strumento per attribuire un "significato" al contratto) [2].

---

[1] Secondo CATAUDELLA, *I contratti – Parte generale*, Torino, 2009, 161, la *ratio* della norma di cui all'art. 1368, comma 2, c.c. impone di ritenerla applicabile solo quando l'imprenditore operi nell'esercizio della sua attività imprenditoriale (sul punto cfr. anche CARRESI, *L'interpretazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 125 s.).

[2] CARRESI, *op. cit.*, 123 s., e CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, 94 ss., restringono l'ambito di applicazione dell'art. 1368 c.c. ai casi in cui le parti del contratto operano nel luogo dove si è formata la prassi interpretativa. Ma la dottrina dominante è orientata in senso opposto, suffragata anche dal tenore letterale della norma. Occorre altresì evidenziare che secondo alcuni studiosi anche autorevoli (ad es. CATAUDELLA, *op. cit.*, 162) una siffatta valenza interpretativa può riconoscersi solo a pratiche generali che si concretino nell'interpretare costan-

Secondo l'opinione prevalente, le "prassi contrattuali individuali" (o usi individuali) verrebbero prese in considerazione soltanto dall'art. 1362, comma 2, c.c. (il quale prevede che "per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo *anche* posteriore alla conclusione del contratto"), e quindi esse avrebbero una valenza esclusivamente ermeneutica, rilevando ai fini dell'interpretazione del contratto come "comportamento complessivo delle parti" *antecedente* alla sua conclusione [3].

Una parte minoritaria della dottrina sostiene peraltro che gli "usi individuali" siano ricompresi tra quelli a cui fa espresso richiamo l'art. 1340 c.c. secondo il quale "le *clausole d'uso* s'intendono inserite nel contratto, se non risulta che non sono state volute dalle parti". In particolare, l'uso di inserire determinate clausole in certi contratti riguarderebbe le stesse parti, con riferimento appunto ad una "sequenza di contratti dello stesso tipo", ed il richiamo ad esso contenuto nell'art. 1340 c.c. servirebbe "per considerarle inserite nel contenuto del contratto pur in mancanza di espresse previsioni dei contraenti": non si tratterebbe, quindi, "di interpretare una determinata clausola contrattuale ma di affermarne l'esistenza" [4]. Affermando ciò gli studiosi in questione si contrappongono nettamente sia all'orientamento della pressocchè unanime giurisprudenza – ed al quale aderisce la dottrina prevalente – secondo cui le c.d. clausole d'uso, o "*usi contrattuali*" (o "*negoziali*"), di cui all'art. 1340 c.c., avrebbero natura negoziale e si identificherebbero esclusivamente con le pratiche generalmente e costantemente seguite (c.d.

---

temente certe espressioni in una data maniera, cioè che siano caratterizzate da un atteggiamento interpretativo che si manifesti "col far seguire costantemente a clausole formulate in un certo modo comportamenti che suppongono un certo modo di intenderle", accompagnato dalla c.d. *opinio necessitatis*, cioè "la convinzione che a certe espressioni non possa attribuirsi che un certo significato".

[3] In questo senso v., ad esempio, Bianca, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 340; Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, 914; Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, 70; Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di Scialoja e Branca, *Artt. 1321-1352 c.c.*, Bologna-Roma, 1970, 236; Oppo, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, 85.

[4] Così Cataudella, *op. cit.*, 161 ss. (il quale rileva che a questa prospettazione non può opporsi che gli usi individuali debbano ritenersi ricompresi nella previsione dell'art. 1362, comma 2, c.c., in quanto tale obiezione "non coglie una fondamentale differenza tra le due fattispecie: l'art. 1362, comma 2, è volto a dare un senso ad una clausola che le parti hanno espressamente concordato mentre l'art. 1340 porta ad introdurre nel contratto una clausola che non rientra tra quelle pattuite dai contraenti"). Nello stesso senso v. anche Id., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 150 ss.; Formiggini, *Gli usi commerciali e il codice civile*, Bologna, 1949, 23 ss.; Dalmartello, *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1962, 169 ss.; Genovese, *Gli usi nella disciplina dei contratti commerciali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 377 ss.

"prassi corrente"), almeno in una certa zona, "da una determinata cerchia o categoria di contraenti o in un limitato e specifico settore negoziale" [5]; sia all'opinione di altra parte degli studiosi che invece ritengono che anche gli usi previsti dall'art. 1340 c.c. abbiano natura normativa, cioè siano fonti del diritto (o comunque operino alla stessa stregua perché volti alla precostruzione del regolamento contrattuale) e, di conseguenza, debbano sempre manifestarsi con una "generalizzata osservanza" ed essere assistiti dalla c.d. *opinio juiris* [6].

Da quanto si è, pur sinteticamente, esposto emerge che il dibattito che si è sviluppato finora intorno alla figura della "prassi contrattuale individuale" (o uso individuale) si è incentrato prevalentemente sul problema dell'*incidenza di tale prassi, alternativamente o cumulativamente, nel momento della determinazione delle regole contrattuali o/e in quello della loro interpretazione*.

Peraltro, dall'esame del caso concreto cha ha dato luogo al procedimento civile conclusosi, in primo grado, con la sentenza in esame, sembrano emergere profili ulteriori e particolari - ma parimenti interessanti e rilevanti - rispetto a quelli che hanno animato, ed animano tuttora, il dibattito, i quali meritano a nostro avviso di essere analizzati.

Come si legge nella motivazione della sentenza, dall'istruttoria svolta nel corso del giudizio è risultato provato che per diversi anni (oltre dieci anni) tra due società (che chiameremo società G. e società S.) operanti nel settore dell'abbigliamento erano intercorsi *costanti e sistematici rapporti contrattuali dello stesso tipo*, sviluppatisi nel modo seguente. Ogni anno la società attrice G. inoltrava alla società convenuta S. un ordine relativo alla fornitura dei "campioni" (o "modelli") di maglieria prodotta dalla società S. Quindi la società G., ricevuti tali campioni, selezionava tra di essi i capi di maglieria che le interessavano costituendo così un proprio "campionario" da dare ai propri rappresentanti. Questi ultimi mostravano ai vari negozianti (c.d. dettaglianti), con i quali la società G. intratteneva a sua volta rapporti commerciali, i capi del campionario così costituito raccogliendo dagli stessi negozianti i singoli ordinativi della merce. Riuniti tutti gli ordinativi - quindi, a distanza di qualche mese dall'invio del primo ordine di fornitura, cioè quello relativo ai meri campioni di merce - la società G. inoltrava alla società S. un secondo ordine di fornitura, cioè l'ordine complessivo della maglieria richiesta dai vari negozianti e destinata alla distribuzione. Conseguentemente,

---

[5] V., tra le tante, Cass., 30 marzo 1999, n. 3096, in *Foro it.*, 1999, I, 1153; Cass., 23 maggio 1994, n. 5024, in *Foro it.*, 1995, I, 2528; cfr. Cass., 17 ottobre 1968, n. 3342, in *Rep. foro it.*, 1968, voce "Obbligazioni e contratti", n. 119; Cass., 9 novembre 1973, n. 2953, in *Rep. foro it.*, 1973, voce "Contratto in genere", n. 229.

[6] Si rinvia, in relazione agli ultimi due orientamenti dottrinali citati nel testo (in merito all'interpretazione dell'art. 1340 c.c.), ai relativi richiami effettuati in particolare da Gazzoni, *op. cit.*, 914 ss. e da Bianca, *op. cit.*, 338 ss.

la società S. consegnava all'altra tutti i capi di maglieria che quest'ultima avrebbe poi rivenduto e distribuito ai negozianti. Il termine di pagamento (da parte della società G. ed in favore della società S.) da anni convenuto e praticato dalle parti era di novanta giorni a decorrere dalla fine del mese in cui veniva consegnata alla società G. la maglieria richiesta con il secondo ordine di fornitura.

La prassi che, come detto, si era da lungo tempo instaurata tra le parti contraenti era altresì caratterizzata da *ben precisi tempi e cadenze nell'adempimento delle rispettive prestazioni*. Infatti, nella sentenza si evidenzia che è risultato dimostrato che ogni anno - e precisamente due volte all'anno, in corrispondenza, rispettivamente, con la stagione primavera-estate e con la stagione autunno-inverno - intercorrevano tra la società G. e la società S. i rapporti contrattuali suindicati con una "tempistica" sempre uguale sia con riguardo all'inoltro degli ordini scritti di fornitura, da parte della prima società, tanto dei campioni quanto della merce, ed alla conseguente consegna di essi da parte della seconda società; sia con riguardo al successivo pagamento del prezzo totale della merce da parte della prima in favore della seconda.

Tra il 2002 ed il 2003, tuttavia, questa *prassi contrattuale* veniva unilateralmente interrotta dalla società S. Infatti, nella motivazione della sentenza si legge che in data 3.12.2002 la società G. inoltrava alla società S. l'ordine relativo alla fornitura dei campioni di maglieria per la stagione successiva. Quindi, ricevuti tali campioni, come al solito la società G. formava il proprio campionario di capi di maglieria e lo consegnava ai propri rappresentanti i quali, conseguentemente, raccoglievano dai negozianti i vari ordinativi della merce per la stagione in questione. In data 31.3.2003 la società G. inviava pertanto alla società S. l'ordine complessivo della maglieria comprendente le richieste di tutti i negozianti. Come emerge dalla sentenza, quest'ultimo ordine prevedeva altresì una clausola contrattuale che riportava, con riferimento alla voce "condizioni di pagamento", la dicitura "al solito". Questa volta, però, la società S. non consegnava alla società G. la merce ordinata ma, dopo essere rimasta in silenzio per oltre due mesi dalla ricezione dell'ordine complessivo, comunicava per iscritto in data 9.6.2003 alla società G. la propria volontà di modificare le condizioni contrattuali chiedendo il pagamento della merce non più – come fino a quel momento era sempre avvenuto - con termine di novanta giorni dalla fine del mese di fornitura, bensì anticipatamente rispetto alla consegna della maglieria di cui al medesimo ordine. La società S., quindi, non eseguiva la fornitura in questione nonostante la diffida ad adempiere ad essa inviata dalla società G., costringendo così quest'ultima ad agire in giudizio al fine di richiedere ed ottenere il risarcimento dei danni subiti anche per non aver potuto ottemperare agli impegni contrattuali assunti con i negozianti a causa del comportamento inaspettatamente posto in essere dall'altra parte contraente.

Nella decisione in esame il giudice appare individuare – seppure ciò non viene mai indicato in modo esplicito, né chiarito, nella sentenza – due distinti contratti in relazione, rispettivamente, all'ordine scritto del 3.12.2002 ed all'ordine scritto del 31.3.2003. Ciò si evince leggendo alcuni passi della motivazione (ove, in particolare, si parla di due ordini separati, seppure precisandosi che il primo sarebbe "precedente" e "propedeutico" rispetto al secondo) ma, soprattutto, considerandosi che, se si fosse individuato un "unico contratto" nella fattispecie concreta in questione, il giudice non sarebbe potuto fondatamente pervenire, a nostro avviso, alle conclusioni che in effetti ha esplicitato, come vedremo, nella sentenza. Questo aspetto si comprenderà meglio quando tratteremo, in riferimento al caso specifico di cui stiamo discutendo, delle applicazioni del "silenzio circostanziato" con valore di accettazione, nonché delle problematiche della formazione progressiva del contratto e del tempo della sua conclusione.

Considerandosi quanto appena detto, il caso viene allora risolto nella sentenza applicando i principi della buona fede e della correttezza contrattuale, di cui all'art. 1375 c.c., *in relazione all'esecuzione del primo contratto* (cioè quello correlato all'ordine del 3.12.2002), e collegando tali principi alla "prassi contrattuale" preesistente tra le due parti contraenti. Così, si argomenta affermandosi testualmente che la società S., "proprio in considerazione della consolidata ed accertata prassi" (di cui abbiamo parlato poc'anzi), non avrebbe "tenuto un comportamento adeguato in ossequio ai principi di buona fede e correttezza contrattuale", "modificando unilateralmente" le condizioni di pagamento (cioè, come già detto, "subordinando la consegna della maglieria al pagamento della stessa") dopo la consegna dei "campioni" di maglieria da parte della stessa società S., dopo la raccolta degli ordinativi dei negozianti (c.d. dettaglianti) da parte della società G. ed addirittura oltre due mesi dopo (esattamente in data 9.6.2003) la ricezione dell'ordine complessivo del 31.3.2003 (comprensivo di tutte le richieste dei negozianti). Comportandosi in tal modo, la società S. avrebbe causato gravi danni alla società G. la quale, sempre in base alla "prassi contrattuale" intercorrente, aveva invece fatto *affidamento*, anche nei confronti dei negozianti (con cui essa intratteneva i rapporti commerciali suddetti proprio in relazione alla fornitura in questione), sulle ormai abituali cadenze, sia con riguardo alla consegna (e dai tempi di consegna) della maglieria, sia con riguardo al pagamento (ed al tempo di pagamento) della stessa. In altri termini le parti, già dall'invio del primo ordine dei "modelli" di abbigliamento per costituire il campionario, *avrebbero sempre ritenuto conseguente* la successiva fornitura della complessiva maglieria destinata alla distribuzione, *secondo le medesime scadenze e modalità di pagamento già stabilite e praticate per anni nei precedenti ordini*.

Pertanto, la sentenza evidenzia che la volontà di modificare nel senso suddetto le condizioni contrattuali *avrebbe dovuto essere comunicata dalla società S. alla società G. immediatamente, cioè, al più tardi, subito dopo la ricezione del primo ordine del 3.12.2002*; cosicché la società G. avrebbe potuto

valutare *tempestivamente* la convenienza economica della fornitura prima ancora di effettuare la raccolta degli ordini dei negozianti, e - ovviamente, nell'ipotesi di accettazione delle nuove condizioni di pagamento – avrebbe potuto organizzare e gestire opportunamente (in base a tali nuove condizioni) la stessa raccolta degli ordini e, in generale, l'adempimento delle proprie obbligazioni (in particolare, il pagamento del prezzo complessivo). *Omettendo tale preventiva comunicazione* e, al contrario, "modificando unilateralmente" le condizioni contrattuali soltanto in data 9.6.2003, la società S. non si sarebbe comportata secondo i canoni di buona fede e correttezza contrattuale nell'esecuzione del contratto ex art. 1375 c.c. [7] Così, nel dispositivo della sentenza essa viene condannata al risarcimento dei danni subiti dalla società della G. "per effetto del comportamento scorretto posto in essere".

La decisione in oggetto, scindendo - come sembra e come si evince da quanto detto *supra* e da quanto si dirà – la fattispecie concreta in due contratti, l'uno in relazione all'ordine scritto del 3.12.2002 e l'altro in relazione all'ordine scritto del 31.3.2003, appare quindi sostenere che il secondo contratto (quello, appunto, connesso all'ordine complessivo del 31.3.2003) *non si sia mai concluso tra le parti*. In effetti, in molti passi della motivazione si legge che la società G., con atto scritto del 9.6.2003, avrebbe "*modificato unilateralmente le condizioni contrattuali*" relative al pagamento della merce. Ma, evidentemente, non può trattarsi di una vera e propria "modifica unilaterale" del contenuto di tale contratto – modifica che, come è noto, non è in linea di principio ammessa nel nostro ordinamento, poiché il contratto ha "forza di legge" tra le parti ai sensi dell'art. 1372, comma 1, c.c. [8] - bensì di una mera "proposta" di modifica delle condizioni contrattuali. La comunicazione scritta del 9.6.2003 inviata dalla società S. alla società G. non

---

[7] Si legge, infatti, nella motivazione che in questo modo la società G. "si è trovata a dover adempiere all'impegno contrattuale assunto con i dettaglianti subendo le condizioni di pagamento unilateralmente e inaspettatamente modificate" dalla società S.

[8] A differenza di quanto previsto dall'art. 1373 c.c. a proposito del recesso, la disciplina generale del contratto dettata dal codice civile non prevede neanche che le parti possano convenzionalmente riservarsi il diritto di modificare unilateralmente il contenuto del loro accordo (c.d. *ius variandi*). Peraltro lo *ius variandi* è espressamente previsto nella disciplina di singoli contratti o di singole categorie contrattuali. Alcune norme che disciplinano tale diritto di modifica unilaterale del contratto lo attribuiscono senz'altro ad uno o ad entrambi i contraenti (così, ad es., nel contratto di appalto, il diritto dell'appaltatore o del committente di chiedere una revisione del prezzo ai sensi dell'art. 1664 c.c., o il diritto del committente di ordinare variazioni del progetto ai sensi dell'art. 1661 c.c.). Altre norme presuppongono invece che lo *ius variandi* sia attribuito ad uno o a più contraenti mediante l'apposizione di una specifica clausola contrattuale (ad es. il professionista – generalmente la banca o l'intermediario finanziario – può riservarsi, ai sensi dell'art. 33, comma 5, d.lg. 6 settembre 2005, n. 206, in riferimento al comma 2 lett. n) ed o) del medesimo

può infatti qualificarsi, ragionando nell'ottica della sentenza in esame, se non come una "controproposta", cioè come una "nuova proposta" scaturente da un'accettazione non conforme alla proposta originaria ai sensi dell'art. 1326, comma 5, c.c.

Sembrerebbe, quindi, secondo le motivazioni della decisione, che il secondo contratto non si sia mai concluso in quanto, da una parte, l'ordine complessivo inviato dalla società G. il 31.3.2003 non sarebbe mai stato accettato dalla società S. e, dall'altra, la società G. non avrebbe a sua volta accettato la "controproposta" avanzata dalla società S. Infatti, la sentenza argomenta, nel senso sopra esplicato, in termini di "adempimento scorretto", di "comportamento scorretto", di "buona fede esecutiva" e così via, ma *mai in termini di "inadempimento totale (o assoluto)" della fornitura di cui al suddetto ordine 31.3.2003*: proprio perché si presuppone, almeno implicitamente, che il relativo contratto non si sia concluso per mancanza dell'elemento essenziale dell' "accordo" tra le parti.

Questa, d'altra parte, è stata nel corso di tutto il processo la linea principale seguita dalla difesa della società S. convenuta in giudizio la quale, scindendo anch'essa i rapporti di cui agli ordini del 3.12.2002 e del

---

articolo, il diritto di modificare, in un c.d. contratto di finanziamento, le clausole di tale contratto o le caratteristiche del servizio o del prodotto, nonché di aumentare il prezzo del bene o del servizio; analogamente, il contratto di costituzione di una società di persone, in deroga all'art. 2252 c.c., può consentirne la modifica secondo la regola della maggioranza, anziché con il consenso di tutti i soci). Si distingue pertanto, in questo senso, tra *ius variandi* "legale" e *ius variandi* "volontario". In argomento v., tra i molti contributi, SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione ("*jus variandi*") del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, 18 ss.; GAMBINI, *Fondamento e limiti dello* ius variandi, Napoli, 2000; TOMASSINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 108 ss.; con specifico riferimento ai c.d. contratti di finanziamento, NIVARRA, Ius variandi *del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 479 ss. Occorre evidenziare che si è tradizionalmente negata l'ammissibilità dello *ius variandi* legale al di fuori delle ipotesi e dei limiti stabiliti espressamente dalla legge, in considerazione anche del pericolo che una modificazione unilaterale del contratto creerebbe per la parte che lo subisce. Pertanto si è generalmente esclusa l'applicazione in via analogica delle disposizioni in questione al di fuori dei casi tassativamente previsti. Va in ogni caso sottolineato, con specifico riferimento al caso di cui stiamo discutendo in riferimento alla sentenza in esame, che non sarebbe comunque configurabile – per mancanza dei necessari presupposti del meccanismo dell'analogia - un'applicazione, appunto in via analogica, di una qualsiasi delle disposizioni che oggi prevedono lo *ius variandi* legale alla fattispecie concreta in questione. Anche per quanto riguarda le fattispecie legalmente previste di *ius variandi* volontario si tende prevalentemente a ritenere che, al di fuori delle ipotesi espressamente sancite, la clausola con cui le parti si riservassero tale diritto di modifica sarebbe radicalmente nulla per contrarietà all'ordine pubblico. In senso contrario v. peraltro, tra gli altri, SCHLESINGER, *op. cit.*, 18 ss. e, di recente, SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, III, Milano, 2006, 146 ss.

31.3.2003 come se si trattasse appunto di due distinti contratti, ha sempre cercato di dimostrare l'inesistenza della prestazione contrattuale relativa alla fornitura complessiva della maglieria (di cui all'ordine del 31.3.2003) per mancanza, appunto, dell' "accordo" tra le parti, sostenendo cioè che il contratto in questione non si sarebbe mai "formato".

Peraltro, a nostro avviso, con riferimento al caso concreto si sarebbe potuto argomentare, più semplicemente, sostenendosi che il suddetto contratto di fornitura della merce, di cui all'ordine complessivo ricevuto dalla società S. il 31.3.2003, *si sia in realtà concluso tra le parti* in quanto tale ordine è stato "accettato" da quest'ultima società attraverso il suo "*silenzio*" – silenzio "*circostanziato*", in particolare, *in relazione ai doveri di buona fede ed alla preesistente "prassi contrattuale individuale"* – perdurato per oltre due mesi, cioè come detto fino al 9.6.2003, data di invio della "controproposta" da parte della società S. alla società G. Il "silenzio" protrattosi per il periodo di tempo suddetto ci sembra, in effetti, sufficiente per poter attribuire ad esso valore di "accettazione" dell'ordine di fornitura in questione, considerandosi tutte le circostanze del caso concreto [9] ed i rapporti preesistenti tra le parti così come sopra dettagliatamente descritti.

Come è noto, il c.d. silenzio dell'oblato, secondo la prevalente dottrina [10] e

---

[9] Si consideri al riguardo, tra l'altro, che l'ordine di fornitura in questione prevedeva anche una clausola contrattuale che riportava, con riferimento alla voce "condizioni di pagamento", la dicitura "al solito". Quindi, nel caso concreto in esame, le parti sembrano aver fatto espresso richiamo, nel testo del contratto, alla "prassi contrattuale individuale" (o uso individuale) intercorsa tra loro. In ogni caso, anche con riferimento a questa specifica circostanza, si rinvia a quanto si è già esposto all'inizio del presente lavoro circa il dibattito che si è sviluppato, sia in dottrina sia in giurisprudenza, in ordine all'incidenza di una siffatta prassi - anche se non sia fatta oggetto di espressa pattuizione da parte dei contraenti - nel momento della determinazione delle regole contrattuali (qualora la si consideri inclusa tra le c.d. clausole d'uso di cui all'art. 1340 c.c.) o/e in quello della loro interpretazione (qualora si ritenga che la "prassi contrattuale individuale" venga presa in considerazione dall'art. 1362, comma 2, c.c.).

[10] V., ad esempio, La Torre, *Silenzio, a) Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 543; Bianca, *Diritto civile*, cit., particolarmente 211 ss., il quale sottolinea come, in questi casi, l'intento negoziale si desuma in realtà non dall'inerzia del soggetto, bensì da un suo comportamento complessivo che, in relazione alle circostanze, assume il significato di comportamento concludente. *Contra*, Sacco, *La conclusione dell'accordo*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, X, Torino, 2002, 45 s., secondo il quale il c.d. silenzio circostanziato non potrebbe mai ritenersi integrare una dichiarazione, della quale potrebbe produrre gli effetti solo in virtù di una precisa previsione normativa che statuisca in tal senso. In questa linea, con riguardo in generale alle varie fattispecie tradizionalmente ricondotte alle ipotesi di conclusione del contratto "nel silenzio di una delle parti", potrebbe sostenersi che in realtà il contratto si perfeziona in assenza della dichiarazione della parte che rimane inerte. Ciò in quanto in tali casi vi è una preesistente norma di legge, o un uso, o un accordo, o un'altra fattispecie che dispone che il silenzio pro-

la giurisprudenza [11] ormai consolidatesi, se in via generale viene considerato un "fatto ambiguo" che quindi non può valere di per sé come consenso (in quanto privo della "univocità" necessaria per rappresentare indice sicuro della volontà contrattuale), tuttavia può qualificarsi quale manifestazione tacita della volontà di "accettare", idonea a determinare la conclusione del contratto [12], quando - per legge, per patto preesistente delle parti (e quindi non per mera decisione unilaterale del proponente) ovvero per *i particolari rapporti esistenti (o prassi contrattuali vigenti)* tra loro o ancora per le particolari circostanze obiettive in cui il silenzio viene tenuto (secondo il comune modo d'agire), e *comunque alla stregua delle regole di buona fede e di correttezza* - l'oblato ha (oltre al potere) il "dovere di parlare" e se ne astiene (si parla in tal senso di "silenzio circostanziato"). Il c.d. silenzio circostanziato, in questa linea, rileverebbe quindi come "comportamento concludente" puramente omissivo, anziché commissivo (come è la regola per i comportamenti concludenti), ma sarebbe ugualmente idoneo a costituire mezzo di manifestazione, di natura evidentemente non dichiarativa, della volontà contrattuale [13].

---

duca gli effetti della manifestazione del consenso, la quale manifestazione quindi non è necessaria per produrre quegli effetti (così Sacco e De Nova, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, I, Torino, 2004, 292 ss., i quali mettono altresì in evidenza le importanti conseguenze applicative di tale impostazione: su tali conseguenze v. *op. ult. cit.*, spec. 305 ss.). Sul punto v. altresì Castiglia, *Silenzio (dir. priv.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992, *ad vocem*. Per un'analisi critica del problema v. Addis, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1999, 255 ss. In alcuni casi, è la legge stessa ad escludere la concludenza del silenzio, per ragioni di tutela della parte debole del rapporto: è il caso, ad esempio, dell'art. 57, comma 1, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 ("Codice del consumo"), relativo alla protezione dei consumatori nei contratti a distanza ove, per il caso di fornitura di beni e servizi al consumatore in assenza di una sua previa ordinazione, si prevede che "in ogni caso, la mancata risposta non significa consenso". In generale, per una approfondita disamina delle varie questioni e problematiche inerenti al "silenzio" e delle diverse impostazioni affermatisi al riguardo nella dottrina e nella giurisprudenza v. il recente contributo di D'Angelo, *Proposta e accettazione*, in *Trattato del contratto* a cura di Roppo, I, Milano, 2006, 83 ss., ed *ivi* i relativi richiami.

[11] V., ad esempio, Cass., 20 febbraio 2004, n. 3403, in *Rep. giust. civ.*, 2004, voce "Obbligazioni e contratti, n. 113; Cass., 14 giugno 1997, n. 5363, in *Giur. it.*, 1998, 1117; Cass., 9 giugno 1983, n. 3957, in *Rep. giust. civ.*, 1983, voce "Obbligazioni e contratti", n. 39; Cass., 12 aprile 1977, n. 1367, *ibidem*, 1977, voce "Obbligazioni e contratti", n. 67; Cass., 10 aprile 1975, n. 1326, *ibidem*, 1975, voce "Obbligazioni e contratti", n. 52; Cass., 15 gennaio 1973, n. 126, in *Giur. it.*, I, 1574.

[12] Così, D'Angelo, *op. cit.*, 83.

[13] In tema di c.d. silenzio circostanziato e, più in generale, sulle tematiche concernenti le varie tipologie di contratti conclusi "*per facta concludentia*" e sui connessi problemi legati al loro procedimento interpretativo, ci sia consentito il rinvio a Cerquetti, *Le regole dell'interpretazione tra forma e contenuto del contratto*, Perugia, 2008.

Emergono, quindi, le strette connessioni tra "prassi contrattuale individuale" e "buona fede" già nella fase di formazione del contratto: il "silenzio" può valere quale manifestazione tacita di accettare - purché non sia necessaria una forma scritta (come nel caso in oggetto) ed a prescindere da quanto abbia potuto pretendere il proponente – quando l'oblato, anche per le consuetudini vigenti tra le parti, o per il sistema invalso tra le parti (c.d. prassi contrattale individuale, appunto), e, in ogni caso, secondo le regole di correttezza e buona fede, era tenuto ed avrebbe potuto "parlare" ma se ne astiene.

In questa linea, ritenendosi cioè che il contratto di fornitura complessiva della maglieria (di cui all'ordine del 31.3.2003) si sia effettivamente formato e concluso tra le parti attraverso il "silenzio circostanziato", nella sentenza si sarebbe potuto argomentare - giungendo peraltro a conclusioni sostanzialmente analoghe a quelle a cui è giunto il giudice, cioè condannando sempre la società S. a risarcire in favore della società G. tutti i danni ad essa cagionati, secondo le norme sulla responsabilità contrattuale per inadempimento ai sensi degli artt. 1218 e segg. c.c. - *in termini di "inadempimento totale (o assoluto)"*, da parte della società S., della prestazione contrattuale di fornitura di cui al suddetto ordine; senza necessità di motivare, come invece si fa nella decisione nel senso sopra illustrato, ragionando intorno ai diversi profili dell' "adempimento contrattuale scorretto" e del "comportamento contrattuale scorretto", e così via. In altre parole, senza necessità di risolvere il caso ricorrendo alla presunta violazione della "buona fede esecutiva", da parte della società S., ai sensi in particolare dell'art. 1375 c.c.

A questo proposito, è opportuno sottolineare che è vero che in alcuni passi della sentenza si fa espresso riferimento anche all'istituto del "silenzio" come "accettazione" da parte della società S., in buona fede, "delle condizioni da anni convenute tra le parti", e come "adesione alla volontà negoziale" dell'altra parte. Ma in tali passi la motivazione non fa evidentemente riferimento al contratto riguardante l'ordine complessivo della maglieria del 31.3.2003 poiché, per quanto già detto, la stessa sentenza sembra presupporre, al contrario, che tale contratto non si sia mai concluso tra le parti. Infatti, delle due l'una: o si sostiene che tale ordine del 31.3.2003 sia stato "accettato" dalla società S. attraverso il suo "silenzio circostanziato", e allora si sarebbe dovuto argomentare in termini di "inadempimento" di tale contratto così formatosi, ciò che invece non risulta affatto nella sentenza; oppure si sostiene che il contratto in questione non si sia mai concluso tra le parti per mancanza di "accordo", definendo il giudizio con la condanna della società S., ai sensi dell' art. 1375 c.c. e per i motivi già esposti, al risarcimento dei danni cagionati "per effetto del comportamento contrattuale scorretto posto in essere"- come si legge appunto nel dispositivo della sentenza in commento - ma allora non appaiono più facilmente comprensibili i suddetti riferimenti al "silenzio circostanziato" contenuti nella stessa motivazione.

La decisione in commento individua, come si è visto, nella fattispecie concreta una violazione, da parte della società convenuta, dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto sancito in particolare nell'art. 1375

c.c., evidenziando la connessione tra tale obbligo e la "prassi contrattuale" preesistente tra le parti. Nella motivazione si evidenzia, infatti, che la volontà di modificare nel senso suddetto le condizioni contrattuali di pagamento della merce avrebbe dovuto - in ragione appunto degli "usi" vigenti tra i contraenti - essere comunicata dalla società S. alla società G. immediatamente, cioè, al più tardi, subito dopo la ricezione del primo ordine del 3.12.2002: l'omissione di tale preventiva comunicazione avrebbe costituito un comportamento contrario ai canoni di correttezza e buona fede.

Occorre sottolineare che la soluzione del caso prospettata nella sentenza va incontro ad un problema di tipo "pratico" piuttosto rilevante: se infatti si applicano i principi della buona fede e della correttezza contrattuale, di cui all'art. 1375 c.c., *in relazione all'esecuzione del primo contratto*, ciò implica che l'obbligo derivante dai suddetti principi, che si assume sia stato violato da parte della società S., sussista appunto durante la fase esecutiva di tale contratto, e quindi questa conclusione presuppone che la volontà di mutare le condizioni contrattuali di pagamento da parte della stessa società S. debba essere sorta proprio in quel periodo (cioè non oltre la ricezione della fornitura dei "modelli" di maglieria), e non successivamente, nascendo conseguentemente in capo ad essa il correlato "obbligo di informazione" nei confronti della società G.

Si considera, quindi, in tale pronuncia, il principio di buona fede come attinente al profilo attuativo e comportamentale, come canone esprimente la necessità che vi sia un costante adeguamento in sede esecutiva alle mutevoli esigenze prospettate dal momento dinamico. Dalla buona fede nascono, in particolare, specie alla luce del principio costituzionale di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost., *doveri ed obblighi di protezione* che hanno la funzione di attuare correttamente le regole contrattuali e di preservare la sfera giuridica dei contraenti da fatti lesivi. Come sottolinea la stessa sentenza, anche se tali doveri non sono previsti specificamente dalla legge o dal singolo contratto in questione, in forza proprio della clausola generale di buona fede essi possono considerarsi inseriti in ogni contrattazione, a seconda delle circostanze del caso concreto [(14)].

Nel caso specifico viene ravvisato, in particolare, un *dovere di informazione (o di avviso)*, consistente, come detto, nell'obbligo di comunicare tempestivamente all'altra parte la propria volontà di modificare le condizioni contrattuali di pagamento. Dall'esame della giurisprudenza risulta un'ampia e variegata casistica di "obblighi di informazione" che sono stati ricollegati direttamente alla buona fede esecutiva ai sensi dell'art. 1375

[(14)] In riferimento ai rapporti tra buona fede ed equità e, in particolare, al concetto di buona fede integrativa ed all'utilizzo di tale istituto nella giurisprudenza si rinvia alle interessanti pagine di Alpa, *Corso di diritto contrattuale*, Padova, 2006, 93 ss. e 352 ss., anche per un quadro dell'apparato normativo di riferimento previgente e per alcune considerazioni in chiave comparatistica.

c.c. [15] La particolarità di questo caso consiste nel fatto che nella sentenza – presupponendosi, come sembra anche per quanto si dirà *infra*, che la fattispecie concreta sia scindibile in due contratti - vengono applicati, come si è visto, i principi della buona fede e della correttezza contrattuale, di cui all'art. 1375 c.c., *in relazione all'esecuzione del primo contratto* (cioè quello correlato all'ordine dei "campioni" di maglieria del 3.12.2002), e quindi si ritiene che nella fase di esecuzione di tale contratto nasca, appunto, un dovere di informazione che però *non riguarda dati o elementi attinenti allo stesso contratto, ma elementi (ovvero le condizioni contrattuali di pagamento) concernenti un successivo, eventuale e distinto contratto* di fornitura (cioè quello correlato all'ordine complessivo della merce del 31.3.2003). E' ammissibile ciò? La risposta appare certamente positiva se si considerano tutte le circostanze del caso concreto (soprattutto, la preesistente "prassi contrattuale individuale" intercorrente tra le stesse parti) ed i caratteri della fattispecie in esame nella quale, in particolare, i due contratti in questione appaiono "collegati funzionalmente" tra di loro (anche se nella sentenza tale carattere non emerge affatto, non facendosi alcun riferimento all'istituto del collegamento contrattuale) [16].

D'altra parte, la migliore dottrina ha evidenziato che alla clausola di buona fede deve essere riconosciuta la fondamentale funzione di valorizzazione del "momento dell'individualità del diritto"; ma tale valorizzazione si realizza soltanto se si ha conoscenza e si tiene conto di tutte le "circostanze di fatto in cui si è svolto il procedimento contrattuale", della qualità degli autori e della loro storia "che è quella che i romani chiamavano *fides* dei contraenti", delle caratteristiche della singola fattispecie [17] che consentano

---

[15] V., a titolo meramente esemplificativo, Cass., 12 maggio 2006, n. 11004, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 436; Cass., 28 settembre 2005, n. 18947, in *Contratti*, 2006, 251; Cass., 18 ottobre 2004, n. 20399, in *Mass. giur. it.*, 2004, 1524; Cass., 16 novembre 2000, n. 14865, in *Corr. giur.*, 2001, 762; Cass., 19 maggio 2000, n. 6514, in *Riv. not.*, 2001, 213; Cass., 15 gennaio 2000, n. 426, in *Foro it.*, 2000, I, 1160; Cass., 6 aprile 1978, n. 1579, in *Giur. it.*, 1979, I, 100; Cass., 15 settembre 1970, n. 1441, in *Giur. it.*, 1971, I, 1480. Si rinvia, al riguardo, all'ampia casistica elencata ora in Gallo, *Contratto e buona fede – Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, Torino, 2009, 407 ss.

[16] È evidente che, anche nel caso di specie, tale dovere ricollegato alla buona fede esecutiva ex art. 1375 c.c. non rappresenta, ad ogni modo, una limitazione dell'autonomia contrattuale ed in particolare una limitazione della libertà di concludere o meno il secondo contratto (attraverso l' "accordo" tra le parti) né della libertà di fissarne il contenuto (ai sensi dell'art. 1322, comma 1, c.c.), non risultando tali libertà affatto intaccate dalla nascita di tale dovere in relazione al primo contratto.

[17] In tal senso v. Palazzo, *Interessi permanenti nel diritto privato ed etica antica e moderna*, in Palazzo-Ferranti, *Etica del diritto privato*, I, Padova, 2002, 37 ss., 87 ss. e 115 ss., il quale sottolinea che solo con la chiara cognizione e l'analisi di questi elementi può valutarsi il comportamento degli autori del regolamento negoziale dalla preparazione (trattative, puntazione) sino alla sua definizione, e poi alla esecuzione.

"di cogliere la vera 'sostanza' dell'operazione negoziale, contemperando tutti gli interessi in giuoco, attraverso l'individuazione della effettiva causa di attribuzione *praeterita*, *praesens* o futura, realizzata anche attraverso l'utilizzo di più negozi funzionalmente collegati. (…) Così, la buona fede assume un ruolo di fondamentale importanza, realizzando una funzione che potremmo qualificare *protettiva* di tutti gli interessi in giuoco e quindi dell'*affidamento* che le parti ripongono nella realizzazione degli effetti dell'atto di autonomia e nel corretto comportamento di ogni partecipante all'accordo" [18].

Fondamentale quindi, anche con riferimento al caso concreto qui in esame, è il ruolo che riveste, nell'individuazione degli obblighi ricollegabili alla buona fede esecutiva ai sensi dell'art. 1375 c.c., non solo la "prassi contrattuale" preesistente, ma anche il "*collegamento negoziale*" e quindi l'"*operazione economica*" sottesi ai due contratti in questione. In questa linea si è esattamente sottolineato che la buona fede identifica i contegni dovuti da ciascuno dei contraenti "affinché conseguano, con l'esecuzione del contratto, le utilità che l'*operazione* è diretta a realizzare, nel rispetto dello 'spirito' del regolamento contrattuale e in conformità con il sistema" [19]. E non mancano, in effetti, anche nella casistica giurisprudenziale, alcune fattispecie nelle quali sono stati ravvisati obblighi

---

[18] Palazzo-Sassi-Scaglione, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Perugia, 2008, 48 s. (a cui si rinvia anche per i relativi richiami dottrinali), i quali rilevano altresì (*ivi*, 49 s.) che in questo senso la buona fede "rappresenta anche il *canone* a cui il giudice deve necessariamente attenersi nell'esercizio del potere di controllo sul regolamento pattizio e sul rapporto conseguente. Viene così ribadito il ruolo centrale della buona fede come clausola generale, immediatamente applicabile al sistema, che concorre direttamente al funzionamento degli strumenti di controllo dell'ordinamento (sia esso nazionale o sovranazionale) sugli effetti dell'atto di autonomia privata e sul corretto svolgimento del rapporto giuridico che da questo sorge; e ciò unitamente ai principi generali contenuti nella Carta costituzionale, con particolare riferimento a quelli di solidarietà (art. 2 Cost. – certamente attenuato nei contratti di scambio, ove i contraenti perseguono un interesse per definizione contrapposto, ma pur sempre presente) e di eguaglianza sostanziale delle parti (art. 3 Cost.), principi fondanti dei recenti interventi del compilatore comunitario e nazionale a tutela del consumatore".

[19] Così, Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2002, 447. Similmente v. altresì Barchiesi, *Il contenuto del contratto tra atto e rapporto*, Torino, 2005, 20 ss. il quale dopo aver sottolineato che al dovere di eseguire il contratto secondo buona fede, imposto dall'art. 1375 c.c., si accomuna, nel dettare la disciplina generale dell'adempimento dell'obbligazione, l'art. 1175 c.c., che impone alle parti del rapporto obbligatorio di comportarsi secondo correttezza (tant'è che alle due norme viene riconosciuto, sul piano applicativo, un analogo contenuto precettivo, essendo esse considerate quali indici di rilevanza di un medesimo criterio di valutazione della condotta), rileva che gli artt. 1175 e 1375 c.c. costituiscono "fonti eteronome da cui discendono per le parti obblighi integrativi del contenuto del contratto, giustificati dalla sistematica necessità di salvaguardare il *risultato economico programmato*"; ed evidenzia che "se si ha riguardo in particolare al contenuto normativo da riconoscere alla clausola generale della buona fede, esso può essere individuato, come è noto, nel

e doveri, connessi al principio di buona fede ex art. 1375 c.c. e quindi nascenti nella fase di esecuzione di un contratto, ma relativi ad elementi o dati attinenti ad altro o ad altri contratti ad esso in qualche modo "collegati" [20].

Nella fattispecie concreta di cui si sta discutendo, tra il contratto concernente l'ordine dei "campioni" (o "modelli") di maglieria del 3.12.2002 ed il contratto concernente l'ordine complessivo della merce del 31.3.2003 appare sussistere, come si è accennato, un collegamento

---

riconoscimento di un generale dovere reciproco di cooperare, per fare in modo che i *risultati pratici* che discendono dall'attuazione effettiva del contratto non si discostino dall'insieme delle finalità comuni che, in concreto, le parti intendono realizzare mediante il regolamento negoziale concordato". Sulla necessità di ridimensionare la portata degli studi sul contratto condotti esclusivamente o prevalentemente dal punto di vista strutturale e, viceversa, sull'utilità di approfondire non tanto l'atto (singolo) quanto la complessiva *operazione economica* v. altresì le acute riflessioni di Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, I, Napoli, 2006, 370 ss.

[20] In tal senso v., ad es., Cass., 9 marzo 1991, n. 2503, in *Foro it.*, 1991, I, 2077, la quale ha confermato la decisione dei giudici di merito, i quali avevano ritenuto non conforme a buona fede la mancata cooperazione del promittente venditore in favore del promissario acquirente al fine di far conseguire a quest'ultimo un mutuo per il pagamento del prezzo (in applicazione del principio per cui in tema di esecuzione del contratto, o del rapporto obbligatorio, la buona fede si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali o del dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte"; Cass., 13 gennaio 1993, n. 343, in *Giur. it.*, 1993, I, 2129, secondo cui "la banca trattaria cui un assegno sia girato per l'incasso risponde, a titolo contrattuale, per violazione dei doveri discendenti dal rapporto di mandato nei confronti del girante per cui, se gli assegni girati per l'incasso risultano privi di copertura, costituisce inadempimento delle obbligazioni derivanti da tale mandato il comportamento della banca trattaria che trattenga sistematicamente gli assegni in attesa di tardive affluenze di provvista, senza informare della circostanza la banca girante ed omettendo, altresì, di provvedere alla levata del protesto e alla chiusura del conto corrente del traente"; Cass., 19 maggio 2000, n. 6514, *cit.*, secondo cui "il notaio, in occasione della stipula del contratto 'definitivo', ha l'obbligo, ai sensi degli art. 1176 e 1375 c.c., di informare gli acquirenti – ove questi ultimi non ne siano già a conoscenza *aliunde* – della eventuale circostanza per cui, trattandosi di compravendita di appartamento condominiale, lo stato giuridico di una cosa comune (nella specie, il cortile dell'edificio di cui faccia parte l'appartamento oggetto della compravendita), sia mutato e la cosa – in difformità rispetto a quanto originariamente previsto nel contratto 'preliminare', ed in deroga rispetto all'art. 1117 c.c. – sia divenuta, in forza di un altro suo rogito, di proprietà esclusiva di un singolo soggetto (nella specie, la società venditrice); sotto un tal profilo, i riflessi di responsabilità conseguenti all'inadempimento di un tale obbligo non vengono superati dalla semplice circostanza per cui, in sede di contratto 'definitivo', gli acquirenti dichiarino di accettare le tabelle millesimali allegate al predetto altro rogito in questione".

negoziale [21] che può essere qualificato di tipo "*volontario*" - nel senso che tale collegamento non è legislativamente previsto ma i due contratti, che in astratto si potrebbero porre in rapporto di indipendenza l'uno dall'altro, sono *dalle parti medesime concepiti e voluti* come elementi di una medesima "operazione" - e "*funzionale*" (in quanto i diversi e distinti negozi, pur conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale, vengono tuttavia concepiti come legati *teleologicamente* da un nesso di reciproca interdipendenza). Nel collegamento volontario in questione ricorre senz'altro anche il "requisito soggettivo", richiesto dall'ormai consolidato orientamento della giurisprudenza, costituito dalla volontà (obiettivata nel regolamento) di tutti i contraenti, quale risulta dall'operazione economica complessivamente posta in essere [22].

Peraltro, se anche si accertasse tale collegamento contrattuale, da esso nel caso *de quo* non deriverebbe alcuna delle conseguenze tipiche che generalmente vengono fatte scaturire dal suddetto istituto. Infatti se si ritiene, come sembra sostenere la sentenza, che il secondo contratto (quello, appunto, connesso all'ordine complessivo del 31.3.2003) *non si sia mai concluso tra le parti*, allora dovrà ovviamente concludersi che non si sia realizzato neanche un collegamento contrattuale. Se si ritiene invece che il contratto di fornitura complessiva (di cui all'ordine del 31.3.2003) si sia effettivamente formato e concluso tra le parti (magari attraverso il "silenzio circostanziato" della società S.), allora - come già si è visto *supra* - si dovrebbe argomentare semplicemente in termini di "inadempimento assoluto (o totale)" (concretato da parte della società S. per la mancata consegna della fornitura complessiva di maglieria) di tale contratto così formatosi, senza che dal collegamento contrattuale così realizzatosi emerga alcuna delle problematiche che correntemente sono riconnesse a detto istituto [23].

---

[21] In effetti, nel corso del processo la difesa della società attrice G. aveva prospettato che i due contratti potessero essere considerati come "collegati" geneticamente e funzionalmente tra loro, secondo un'impostazione che invece aveva trovato ferma opposizione da parte della difesa della società convenuta S.

[22] Su tale "requisito soggettivo" v., tra le tante, Cass., 17 dicembre 2004, n. 23460, in *Rep. foro it.*, 2004, voce "Contratto in genere", n. 287; Cass., 21 luglio 2004, n. 13580, in *D&G*, 2004, 41; Cass., 23 giugno 2003, n. 9970, in *Rep. foro it.*, 2003, voce "Contratto in genere", n. 245.

[23] In particolare, dalla casistica giurisprudenziale emerge che occorre valutare l'interesse sotteso alla più ampia "operazione economica", e non già ai singoli contratti in sé considerati, per stabilire se il recesso ex art. 1373 c.c. sia esercitato secondo buona fede; se vi sia *periculum damni* in sede di revocatoria ex art. 2901 c.c.; se l'inadempimento di uno dei contratti collegati ha scarsa importanza (ex art. 1455 c.c.) anche ai fini dell'eccezione di inadempimento; se vi sia pregiudizio ai fini dell'annullamento ex art. 428 c.c.; se sussista lesione enorme ex art. 1448, comma 1, c.c.; se permanga l'interesse in caso di impossibilità parziale (art. 1464 c.c.); se la condizione sia riferibile ad altro negozio; se, in caso di nullità o annullabilità,

Aderendosi ad un orientamento giurisprudenziale e dottrinale piuttosto diffuso, potrebbe forse anche sostenersi che nel caso di specie si configuri un "*contratto unico a struttura complessa*" (o, più semplicemente, "*contratto complesso*"), risultante dalla combinazione di due distinti schemi negoziali "unitariamente considerati dalle parti in base ad una *causa unica*, derivante dalla *fusione degli elementi causali dei contratti* che concorrono alla formazione del rapporto, ed in dipendenza di un unico nesso obbiettivo e funzionale, in modo che viene posta in essere una *convenzione unitaria* con autonoma individualità" [(24)]. Come è stato esattamente evidenziato, il "contratto unico a struttura complessa" così individuato ben si distingue

---

valgono le regole della invalidità parziale. Al riguardo v. ad es. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 822 e AA.VV., *Manuale del nuovo contratto*, Bologna, 2007, 235 ss. ed *ivi* i relativi richiami giurisprudenziali.

[(24)] Così Cass., 5 aprile 1984, n. 2217, in *Foro pad.*, 1984, I, 1. Il "contratto a struttura complessa", quindi, si differenzierebbe dal "collegamento contrattuale" in quanto in quest'ultima ipotesi permarrebbero contratti distinti, quantunque coordinati, ciascuno con la propria causa senza combinarsi in un nuovo ed unitario contratto. Infatti in giurisprudenza si afferma: "il collegamento negoziale non dà luogo ad un nuovo contratto, ma è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, che viene realizzato non per mezzo di un singolo contratto ma attraverso una pluralità di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è finalizzato ad un unico regolamento dei reciproci interessi". Quindi, "il contratto collegato non un tipo particolare di contratto, ma uno strumento di regolamento degli interessi economici delle parti, caratterizzato dal fatto che le vicende che investono un contratto (invalidità, inefficacia, risoluzione ecc.) possono ripercuotersi sull'altro (…)": così, Cass., 18 luglio 2003, n. 11240, in *Rep. foro it.*, 2003, voce "Contratto in genere", n. 244; Cass., 28 giugno 2001, n. 8844, in *Giust. civ.*, 2002, I, 113. In senso analogo v., ad es., anche Cass., 20 aprile 2007, n. 9447, in *Mass. giur. it.*, 2007, 684. Resta il fatto che è piuttosto difficile distinguere, anche nella pratica, il "contratto complesso" dal "collegamento contrattuale". Al riguardo, parte della giurisprudenza ha, anche di recente, evidenziato che i "contratti complessi" si differenziano dai "contratti collegati" perché essi sono "contrassegnati dall'esistenza di una causa unica, che si riflette sul nesso intercorrente tra le varie prestazioni con un'intensità tale da *precludere che ciascuna delle predette prestazioni possa essere rapportata ad una distinta causa tipica e faccia sì che le predette prestazioni si presentino tra loro organicamente interdipendenti e tendenti al raggiungimento di un intento negoziale oggettivamente unico*" (così, tra le altre, Cass., 28 marzo 2006, n. 7074, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*; Cass., 21 dicembre 1999, n. 14372, in *Rep. foro it.*, 2001, voce "Contratto in genere", n. 242; Cass., 26 aprile 1984, n. 2626, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 500). In dottrina, CATAUDELLA, *I contratti – Parte generale*, cit., 197 ss. (a cui si rinvia anche per i relativi richiami dottrinali) sostiene invece che nel "contratto unico a struttura complessa" si combinano, in un assetto di interessi complesso ma *inscindibilmente unitario*, gli assetti di interessi propri di più tipi legali, e che "a prescindere dalla unicità o pluralità degli strumenti utilizzati, se le parti hanno inteso realizzare un assetto di interessi unitario e non scindibile, la funzione è unica ed unico dovrebbe essere il contratto"; con la conseguenza che, secondo l'autorevole

dal "contratto misto" alla stregua del raffronto della fattispecie concreta con schemi tipici in quanto, nel primo, si combinano integralmente le componenti di più schemi tipici (per cui in tale ipotesi le caratteristiche della fattispecie fanno sì che la stessa non possa trovare inquadramento in un solo schema tipico ma trovi compiuta rispondenza nel combinarsi di una pluralità di schemi) mentre, nel secondo, la combinazione ha luogo solo tra alcune delle componenti di schemi tipici (propriamente tra le componenti che li caratterizzano) [25]. Ma anche individuandosi nella fattispecie concreta *de quo* un contratto complesso, si dovrebbe pervenire a conseguenze analoghe a quelle di cui si è detto poc'anzi [26]. In questa prospettiva, peraltro, si porrebbero delicati problemi, tuttora assai controversi sia in dottrina sia in giurisprudenza – ma sui quali non possiamo soffermarci in questa sede – in ordine alla qualificazione giuridica dello stesso contratto complesso e all'individuazione della disciplina normativa ad esso applicabile [27].

---

studioso, l'ambito dei contratti collegati va ristretto, per quanto concerne il collegamento "volontario", ai casi nei quali "la combinazione tra i tipi contrattuali *non abbia carattere di essenzialità ma svolga una funzione accessoria*, di guisa che non sia possibile configurare un assetto di interessi inscindibilmente unitario". Sulla necessità di individuare un criterio capace di distinguere l'ipotesi di più contratti avvinti da un collegamento negoziale da quelle affini – ma diverse – di contratto unico (complesso o misto) v. anche le interessanti pagine di CARINGELLA, *Manuale di diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2008, 191 ss., ove l'autore suggerisce al riguardo un possibile criterio adottando come angolo visuale quello della "causa concreta" intesa come "funzione economico-individuale" del contratto (o ragione pratica dell'affare), e distinguendo tra "*cause parziali*" e "*causa complessiva*" del contratto.

[25] Così CATAUDELLA, *op. ult. cit.*, Torino, 2009, 200.

[26] Infatti, se si ritiene, come sembra sostenere la sentenza, che il secondo contratto (quello, appunto, connesso all'ordine complessivo del 31.3.2003) *non si sia mai concluso tra le parti*, allora dovrà conseguentemente concludersi che non si sia concluso neanche il "contratto unico a struttura complessa". Se si ritiene invece che il contratto di fornitura complessiva (di cui all'ordine del 31.3.2003) si sia effettivamente formato e concluso tra le parti (magari attraverso il "silenzio circostanziato" della società S.), allora occorrerebbe argomentare semplicemente in termini di "inadempimento assoluto (o totale)" del contratto complesso così formatosi.

[27] A titolo meramente esemplificativo, ed al solo scopo di accennare alle variegate soluzioni che sono state prospettate sia tra gli studiosi sia in giurisprudenza, secondo CATAUDELLA, *op. ult. cit.*, 199 s., nel contratto a struttura complessa si combinano integralmente le componenti di più schemi tipici, "*con conseguente applicazione delle norme per gli stessi dettate*"; secondo parte della giurisprudenza il contratto complesso rappresenta un "contratto atipico" costituito dalla fusione delle cause di più contratti tipici, al quale si applicherebbe la disciplina del contratto con "causa principale" e, viceversa, non si applicherebbe quella dell'altro contratto (in questo senso v., ad es., Cass., 23 marzo 1992, n. 3587, in *Mass. giur. it.*, 1992, 306; secondo CARINGELLA, *op. cit.*, 195 s., nel contratto complesso l'operazione negoziale deve essere qualificata "non più come una mera sommatoria di singole cause (quelle, cioè, relative a ciascun contratto che compone la sequela), ma '*quale autonoma fattispecie*

Non sembra invece individuabile nel caso in esame un contratto unico *tout court* (quindi non "complesso", cioè non risultante dalla combinazione di due contratti). Ciò non tanto perché nella fattispecie concreta sono intercorsi tra le parti due distinti ordini scritti di fornitura di merce - occorre, infatti, distinguere nettamente il "contratto" (o il "testo contrattuale") dal "documento contrattuale") sebbene gli operatori del diritto considerino spesso le due espressioni come equipollenti, così confondendo due istituti alquanto diversi [28] - quanto perché, a nostro avviso, l'ordine di fornitura dei "campioni" di maglieria del 3.12.2002 configura un autonomo contratto avente comunque una propria "causa concreta" (intesa cioè come funzione economico-individuale o ragione pratica dell'affare) e caratterizzato da un autonomo "procedimento di formazione" (procedimento che nella fattispecie concreta è infatti sfociato nella "conclusione" di tale autonomo contratto, contratto poi eseguito completamente dalle parti mediante l'invio e la ricezione della fornitura dei "campioni" di maglieria).

---

negoziale con una curvatura atipica ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c.'. In altri termini, se ognuna delle cc.dd. *cause parziali* ha il suo referente nel singolo contratto – tipico o atipico che sia – anche la *causa complessiva* avrà il proprio referente in una fattispecie complessiva che, in quanto risultante dalla combinazione dei singoli contratti e non essendo tipizzata dal legislatore, andrà necessariamente qualificata in termini di *atipicità*". Secondo il medesimo autore (*ivi*, 196 nt. 141) questa tesi unitaria faciliterebbe, tra l'altro, "l'individuazione della disciplina applicabile a tutte le patologie e a tutte le interconnessioni tra contratti. Si applicherà, infatti, la disciplina del codice civile che valuta le connessioni tra singole clausole del contratto senza necessità di applicare analogicamente la regola in tema di nullità parziale".

[28] Va sottolineato, infatti, che il "testo contrattuale", inteso quale complesso di segni (verbali o scritti o informatici) con cui le parti manifestano le loro concordi volontà (dando così luogo ad un "accordo") su un certo assetto disciplinare che realizza i loro interessi, può essere "*incorporato*" attraverso la formazione di uno "*strumento materiale*", e cioè appunto di un "documento contrattuale" (normalmente una "scrittura", ma può trattarsi anche di una "registrazione", di un "disegno", di una "fotografia", di un "supporto o strumento informatico" e così via) - costituente a sua volta un "mezzo di prova" (c.d. prova documentale o precostituita) – che consenta la "lettura" o l' "ascolto" o la "visione" del "testo contrattuale" anche dopo che l'attività espressiva sia esaurita. Ma potrebbe anche non essere così, e quindi potrebbe esistere un "testo contrattuale" ma non un "documento contrattuale", oppure potrebbe avvenire che un "documento contrattuale" originariamente formato per incorporare un certo "testo contrattuale" non esista più (ad es. perché distrutto o smarrito). Così come è possibile che un determinato "testo contrattuale" risulti *solo in parte* incorporato in un "documento contrattuale" o, al contrario, che un certo "testo contrattuale" consti di *più* "documenti contrattuali" . In definitiva, il documento contrattuale non si identifica con il testo contrattuale in cui è suggellato l'accordo delle parti, ma – come è stato icasticamente osservato – con "qualsiasi documento contenente un messaggio afferente al contratto e che esplica in questo ambito la sua funzione semantica". Su tale distinzione v. altresì le interessanti osservazioni di Belvedere *Testi e discorso nel diritto privato*, in *Ars interpretandi*,

D'altra parte va rilevato che, come si è visto, nella decisione in esame anche il giudice appare individuare - seppure ciò non viene mai indicato in modo esplicito, né chiarito, nella sentenza - due distinti contratti in relazione, rispettivamente, all'ordine scritto del 3.12.2002 ed all'ordine scritto del 31.3.2003: ciò si evince anche considerando che se il giudice avesse ritenuto che si fosse trattato di un contratto unico (a struttura complessa o unico *tout court*), sarebbe dovuto in questo caso probabilmente giungere alla conclusione (in linea con la soluzione del caso prospettata nella sentenza ed in base ai principi sul "tempo" di conclusione del contratto e sulla formazione progressiva del contratto) secondo cui tale contratto unico non si sia mai compiutamente formato nell'ipotesi *de qua* per mancanza di "accordo" tra le parti in ordine ad "elementi essenziali" di tale contratto quali l'oggetto del contratto (fornitura complessiva della maglieria e relativo prezzo), le condizioni contrattuali di pagamento ecc.; ma allora lo stesso giudice non avrebbe neanche potuto argomentare (come invece si legge nella sentenza) in termini di violazione della buona fede nell'esecuzione del contratto ai sensi dell'art. 1375 c.c. [29]

PAOLO CERQUETTI

1997, 2, 140 ss. Sul "documento contrattuale" v., in particolare, DI SABATO, *Il documento contrattuale*, Milano, 1998; PATTI, *Documento*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 1 ss.; CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, II, Milano, 2006, 216 s., il quale mette in evidenza che la distinzione tra "testo contrattuale" e "documento contrattuale" ha ragione di porsi anche perché essi pongono differenti problemi di disciplina. In argomento v. altresì le acute riflessioni di IRTI, *Sul concetto giuridico di documento*, in ID., *Studi sul formalismo negoziale*, Milano, 1997, 159 ss.

[29] Per il resto, si rileva che nel caso concreto in esame non sembrano emergere a nostro avviso – anche per tutto quanto esposto nel corso del presente lavoro - profili di responsabilità precontrattuale, sebbene nella motivazione della sentenza si facciano alcuni espressi riferimenti a tale istituto, in particolare per giustificare il rigetto dell'eccezione di incompetenza territoriale avanzata dalla società convenuta. D'altra parte, tale prospettazione sarebbe in contraddizione con le stesse conclusioni a cui giunge la sentenza, la quale dispone la condanna al risarcimento dei danni quantificandoli in base al c.d. interesse positivo, il quale presuppone la conclusione del contratto ed un successivo inadempimento (si noti che nella decisione viene liquidato anche il "danno all'immagine" subito dalla società attrice); mentre, come è noto, tradizionalmente si ritiene che il risarcimento dei danni derivanti da responsabilità precontrattuale debba essere limitato al c.d. interesse negativo (a non iniziare, cioè, le trattative ed il procedimento di formazione del contratto, ecc.).

DIRITTO PENALE

CORTE D'APPELLO DI PERUGIA – 24 marzo 2009 – *Pres. Est.* MEDORO – S. C.

Sentenza, ordinanza e decreto in materia penale – Obbligo di immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità – Disciplina (c.p.p., art. 129).

La declaratoria imposta dall'art. 129 c.p.p., quale decisione allo stato degli atti, modula la sua portata in funzione della fase processuale in cui opera: nelle fasi anteriori al dibattimento prevarrà la formula di merito su quella di rito solo ove l'innocenza dell'imputato risulti evidente, qualora invece la causa d'estinzione intervenga dopo l'istruttoria dibattimentale opererà pienamente la regola dell'equivalenza di cui all'art. 530, comma 2, c.p.p. (1).

(*Omissis*). Effettivamente, come sostenuto dall'appellante, alla data in cui venne pronunciata la sentenza appellata (6.2.2003) i delitti non erano prescritti.

Essendo infatti stati commessi 1'11.9.1995 ed essendo la prescrizione massima, considerate le concesse circostanze attenuanti generiche ed esclusa la circostanza aggravante di cui all'art. 61 n. 7 c. p. (come ritenuto dal Tribunale), pari a sette anni e mezzo, il termine veniva a scadere l'11.3.2003.

Il Tribunale doveva quindi procedere all'istruttoria dibattimentale ed accertare la colpevolezza o l'innocenza dello S.

Sennonché i delitti si sono prescritti nelle more del deposito della motivazione nella sentenza (2.5.2003) e pertanto questa Corte non può più procedere all'istruttoria dibattimentale, dovendo rilevare la prescrizione maturata.

Sostiene l'appellante che ai sensi dell'art. 129 c.p.p. il Giudice in presenza di una causa di estinzione del reato deve assolvere l'imputato, quando risulta evidente che il fatto non sussiste o che non lo ha commesso oppure che non costituisce reato.

La questione posta dallo S.L. afferente la lettura del combinato disposto degli artt. 129/2 e 530/2 c.p.p. è stata, com'è noto, portata all'attenzione della Corte Costituzionale, che, esaminandola sotto il profilo di una ipotizzata ingiustificata disparità di trattamento di situazioni omogenee (artt. 3 e 27 Cost.), ha adottato una soluzione modellata sulla dinamica strutturale del nuovo processo, articolato in fasi separate, che adempiono, almeno tendenzialmente, funzioni diverse.

Premesso che la declaratoria *ex* art. 129 si atteggia quale decisione "rebus sic stantibus" e che in funzione di ciascuna fase muta il *quantum* di conoscenza, di cui il giudice dispone, la Corte Costituzionale con ordinanze nn. 362/1991, 300/1991 e 581/1990, accolse una nozione di evidenza variabile: allorché la causa estintiva fosse intervenuta dopo che il dibattimento fosse giunto al suo epilogo, il giudice applicherà la regola del giudizio *ex* art. 530/2 c.p.p. Diversamente allorché la causa di estinzione fosse intervenuta in una fase anteriore al dibattimento, non vi sarebbe spazio operativo ai fini della valutazione dell'evidenza per l'art. 530/2, stante l'ontologica incompletezza nel materiale offerto al giudice.

Questa Corte condivide pienamente tale assunto. Anche se nella fattispecie il Tribunale doveva procedere all'istruttoria dibattimentale (il non aver provveduto ha tuttavia comportato un "effetto" che non è rimediabile in fase d'appello poiché nel frattempo il termine prescrizionale, al quale l'imputato non ha rinunciato, si è maturato), non resta a questo Giudice che confermare l'impugnata sentenza. Poiché tuttavia essa muove da un assunto all'epoca erroneo (il maturarsi della prescrizione), puntualmente evidenziato nell' appello, questa Corte ritiene di non dover condannare l'imputato al pagamento delle spese processuali del grado, giacché la doglianza dell'appellante era fondata, anche se il decorso del tempo e il maturarsi della prescrizione ha finito per renderla in qualche modo "inefficace" (oggi, maturatasi la prescrizione, non è più possibile procedere all'istruttoria dibattimentale ovvero, per i motivi su espressi, pronunciare una sentenza di assoluzione nel merito *ex* art. 530 c.p.p.).

A ciò aggiungasi che agli atti vi è la denuncia-querela della parte offesa P. A., dalla cui lettura emerge la non evidente estraneità dell'imputato ai fatti di cui è processo, posto il ruolo ricoperto dallo S., quale direttore della Filiale di Città della Pieve della cassa di Risparmio di Perugia, nelle operazioni bancarie descritte nell'imputazione (*Omissis*).

(1) Economia processuale e *favor innocentiae*. Brevi note sul rapporto tra cause estintive del reato e sentenze d'assoluzione.

1. La sentenza annotata appare indubbiamente degna di particolare attenzione poiché pone l'accento sulla annosa questione relativa all'applica-

zione del combinato disposto degli artt. 129 c.p.p. e 530, comma 2, c.p.p.

È proprio la complessa armonizzazione delle due norme, oggetto di ampia discussione da parte degli operatori giuridici, a riflettere sul piano applicativo - come evidenzia anche la decisione in chiosa - la difficoltà di addivenire ad una soluzione rispettosa sia delle esigenze di economia processuale che del *favor innocentiae.*

La problematicità della materia ha invero origini ancestrali, tali da generare già ai tempi del codice previgente accesi dibattiti. Il vecchio art. 152, considerato rispetto all'impianto codicistico del '30 tra le più rilevanti affermazioni del *favor libertatis*, consacrava questo fondamentale principio conciliandolo con le necessarie esigenze di speditezza e ragionevole durata del processo; imponendo all'organo giudicante l'obbligo di emettere immediatamente una declaratoria di non punibilità la norma arrestava infatti il procedimento allo stato degli atti, impedendo però, al tempo stesso, al giudice di proseguire la ricerca della verità ed all'imputato di ottenere una pronuncia più favorevole [(1)].

Di gran lunga più oscura appariva l'interpretazione del secondo comma di tale disposizione. Dottrina e giurisprudenza cercarono di apprezzarne la portata, esaminando le diverse sfaccettature dell'applicazione della regola di giudizio fondata sul principio dell'evidenza. Ciò nondimeno, l'ipotesi di prevalenza del proscioglimento nel merito rispetto alla declaratoria di estinzione del reato seguitò ad essere vista con una certa apprensione da parte dei giudici di merito, scettici e diffidenti nell'azzardare impegnative valutazioni di fatto, senza aver prima verificato le possibili aperture sotto il profilo dell'elaborazione probatoria [(2)].

D'altro canto anche la Corte Costituzionale, con la sua giurisprudenza, aveva contribuito ad alimentare non poche incertezze sulla portata interpretativa della norma; chiamata a valutare la legittimità della prevalenza delle cause estintive sul diritto dell'imputato ad ottenere una declaratoria di merito che statuisse l'innocenza, era arrivata a conclusioni differenti basandosi sulla diversa tipologia della causa estintiva presa in esame [(3)].

---

(1) V. Cacopardi-Volta, *Cause estintive del reato e formule assolutorie: prime applicazioni dell'art. 129 del codice di procedura penale,* in *Arch. n. proc. pen.,* 1990, 262.

(2) In tal senso, Siracusano, *Evidenza e decisione allo stato degli atti,* in *Cass. pen.,* 1992, 1942.

(3) L'amnistia, infatti, non elimina l'astratta previsione del fatto come reato, per cui è data possibilità all'imputato di provare la propria innocenza ed ottenere una pronuncia che reintegri pienamente la sua reputazione. Tale principio non può, però, essere applicato ai casi di prescrizione posto che, secondo la Consulta, il *favor innocentiae* «non può non cedere di fronte all'interesse generale di non più perseguire i reati rispetto ai quali il lungo decorso del tempo abbia fatto venir meno o notevolmente attenuato, insieme al loro ricordo, anche l'allarme della coscienza comune ed altresì resa difficile a volte, l'acquisizione del materiale probatorio»; Cort.

Le questioni sorte sotto la vigenza del codice del 1930 non hanno perso attualità anche dopo l'entrata in vigore del codice Vassalli [(4)], stante la persistente antinomia tra prova insufficiente o incompleta e proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p.

2. La nuova norma riproduce sostanzialmente le prescrizioni del vecchio art. 152 c.p.p. 1930 [(5)], con ciò confermando la volontà del legislatore del 1988 di tener presente, anche in questa occasione, l'esigenza di economia processuale che ha esplicitamente influenzato tutta la riforma [(6)]. Diverso però appare il contesto in cui la novella disposizione si inserisce, contesto basato sul principio dispositivo, atto a far sì che tale norma assuma la valenza di ipotesi residuale di un'attività giudiziale d'ufficio [(7)].

---

cost., 9 gennaio 1975, n. 5, in *Giust. pen.,* 1975, I, 306. Cfr. anche Cacopardi-Volta, *Cause estintive del reato e formule assolutorie: prime applicazioni dell'art. 129 del codice di procedura penale*, cit., 263.

(4) Infatti, già dal testo del progetto preliminare del 1987 si può notare come la "nuova" disposizione ricalchi l'impostazione del vecchio codice; anche in sede di osservazioni su tale testo non emerge una particolare consapevolezza quanto alla scelta di una totale riedizione delle impostazioni del codice del '30. Non sorprende dunque che «il testo definitivo dell'art. 129 c.p.p. ripercorra con irrilevanti modifiche lessicali il contenuto del progetto preliminare, apportando soltanto – per ciò che concerne gli aspetti sostanziali – le variazioni suggerite relativamente alla formula proscioglitiva originariamente tralasciata [il fatto non è previsto dalla legge come reato]». Così Scomparin, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Torino, 2008, 43.

(5) Secondo Vessichelli, *Prova insufficiente o incompleta e proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p.,* in *Cass. pen.,* 1996, 481, il legislatore del 1988, pur avendo formulato l'art. 129 c.p.p. secondo lo schema del vecchio 152 c.p.p. 1930, non può non aver considerato le indicazioni dettate dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 5 del 1975; da ciò desumendo che l'omesso richiamo al proscioglimento per mancanza di prova non può considerarsi indicativo della volontà di escludere dall'art. 129 c.p.p. ogni equiparazione fra la prova positiva dell'innocenza e prova negativa della colpevolezza.

(6) Si tratta, infatti, di una tra le tante applicazioni della prima direttiva programmatica di cui all'art. 2 della legge delega «*Massima semplificazione nello svolgimento del processo con eliminazione di ogni atto o attività non essenziale*», che impronta sul principio di economia processuale l'intero sistema del codice di rito, principio strettamente collegato alla necessità di ottimizzare i tempi e raggiungere un buon risultato in materia di ragionevole durata del procedimento penale. Cfr. Procaccino, *Art. 129*, in *Codice di procedura penale ipertestuale,* a cura di Gaito, Torino, 2006, I, 520.

(7) Sul punto, con varietà d'accenti, Procaccino, sub *art. 129*, cit., 520; Mercuri, sub *art. 129*, in *Codice di procedura penale commentato,* a cura di Giarda-Spangher, Milano, 2007, 914; Siracusano, *Evidenza e decisione allo stato degli atti*, cit., 1942; Cacopardi-Volta, *Cause estintive del reato e formule assolutorie: prime applicazioni, dell'art. 129 del codice di procedura penale*, cit., 263; Voena, *Atti,* in *Profili del nuovo codice di procedura penale,* a cura di Conso-Grevi, Padova, 2006, 131.

Economia processuale ed, in subordine, principio del *favor rei,* impongono dunque all'organo giudicante di bloccare il processo nel momento in cui sia possibile emettere una sentenza di proscioglimento, obbligando all'immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità.

Prevede, poi, il secondo comma dell'art. 129 c.p.p., che in presenza di una causa estintiva del reato venga pronunciata sentenza d'assoluzione - in ogni stato e grado del processo - o di non luogo a procedere - in udienza preliminare - con la formula prescritta, solo se dagli atti risulti *evidente* che il fatto non sussiste, che l'imputato non lo ha commesso, che il fatto non costituisce reato o non è previsto come reato [(8)]. La norma in esame ha dunque il pregio di ridefinire i confini dell'obbligo di immediata declaratoria delle cause di non punibilità proprio enucleando le varie formule di proscioglimento [(9)]. A riguardo è opportuno notare come il risalto dato alla tassatività delle formule terminative sia legato non soltanto all'accezione che ciascuna di esse assume sia dal punto di vista processuale che epistemologico, ma altresì alla stessa scelta normativa di preferire un modello processuale che si basi su una pluralità di formule anziché su dispositivi di proscioglimento a contenuto indifferenziato [(10)]. Tra tutte le possibili ipotesi astrattamente idonee a definire il procedimento, siffatta disposizione distingue infatti quelle attinenti al merito da quelle meramente processuali. Le cause attinenti al merito concernono specificamente il fatto, il rapporto tra fatto ed imputato e tra fatto e norma [(11)]. Le cause processuali, di natura formale, vengono distinte in cause di estinzione del reato e cause relative alle condizioni di procedibilità del rito ed, a differenza delle cause di merito, non negano la possibile esistenza di un fatto antigiuridico commesso dall'imputato. Orbe-

---

[(8)] Si tratta di formule che, anche in relazione all'art. 129 c.p.p., costituiscono un *numerus clausus* insuscettibile di eccezioni; così, l'organo giudicante non può indicare nel dispositivo ragioni proscioglitive differenti da quelle espressamente previste dal nomometa, anche se a ciò indotto nell'intenzione di "adattare" le formule prescritte alle particolarità del caso concreto. In questi termini Scomparin, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, cit., 56.

[(9)] Così, Marzaduri, *Art. 129*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale,* coordinato da Chiavario, Torino, II, 1990.

[(10)] In tal senso, più ampiamente, Scomparin, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, cit., 57.

[(11)] In realtà, anche all'interno di tale categoria si possono distinguere due casi («il fatto non costituisce reato» e «il fatto non è previsto dalla legge come reato») che non hanno efficacia ampiamente liberatoria rispetto alle altre formule di merito, non essendo, in simili ipotesi, revocata la certezza sul fatto o sull'attribuibilità dello stesso. Nel primo caso – il fatto non costituisce reato – è la constatazione dell'esistenza di un elemento normativo e non naturalistico che, imponendo un comando di segno opposto rispetto alla norma incriminatrice, elimina la sua originaria punibilità. Nel secondo caso – il fatto non è previsto dalla legge come reato – invece si prende atto dell'impossibilità di inserire il fatto in un determinato schema normativo. V. Procaccino, *Art. 129*, cit., 522.

ne, è percepibile *ictu oculi* come l'art. 129 c.p.p. statuisca la prevalenza delle formule assolutorie *in facto*, su quelle *in iure*, ergo prevalenza delle cause di proscioglimento con formula ampiamente liberatoria sulle cause estintive [12]. Dando espresso riconoscimento al *favor innocentiae* tale formulazione crea infatti, nel caso di concorso di cause di non punibilità, una scala di priorità che il giudice dovrà rispettare ed alla quale dovrà attenersi anche il percorso logico-argomentativo alla base di ogni determinante decisione del processo; di fatto il vincolo imposto all'organo giudicante con riguardo alla specificazione della causa di proscioglimento all'interno del dispositivo appare duplice: da una parte la sentenza deve contenere una pronuncia di «non doversi procedere» o di «assoluzione», dall'altra deve anche enunciare in modo specifico la ragione proscioglitiva riproducendo una fra le formule espressamente dettate dal legislatore [13].

Lampanti le ripercussioni pratiche di tale assunto. Nel caso in cui l'imputato sia stato assolto con formula piena ed il P.M. impugni la sentenza, il giudice d'appello potrà applicare ad esempio l'amnistia, nel frattempo intervenuta, solo nel caso in cui ritenga fondata l'impugnazione, così da escludere che possa restar ferma la pronuncia di merito più favorevole all'imputato, dovendo altresì esprimere con una congrua motivazione il suo convincimento risultante difforme da quello precedente [14].

Discorso a parte meritano invece le cause di improcedibilità dell'azione penale, è infatti indiscutibile che queste ipotesi di proscioglimento rappresentino una formula in "rito" che inibisce al giudice una pronuncia sul "merito" [15], e d'altronde il legislatore ha voluto regolare la prevalenza delle decisioni di merito su quelle estintive, ma se «avesse voluto far prevalere le c.d. formule di merito su quella di improcedibilità così come su quella per estinzione del reato lo avrebbe detto esplicitamente», al contrario il secondo comma dell'art. 129 c.p.p., disponendo la prevalenza delle formule di merito su quella estintiva, «contempla tutte le formule enunciate nel 1° comma ad eccezione di quella di improcedibilità, il che non può non sottolineare come quest'ultima formula prevalga su qualunque altra» [16].

Un espresso richiamo al secondo comma della disposizione in commento si rinviene infine anche nell'art. 531 c.p.p. (sentenza di non doversi procedere

---

[12] Prevale il *favor innocentiae* sul *favor rei* anche nell'ipotesi di concorso di più cause estintive, qualora alcune, rispetto ad altre, possano avere effetti più vantaggiosi per l'imputato; qualora invece più cause estintive producano lo stesso effetto, è applicabile la causa sorta per prima.

[13] A tal riguardo, V. Scomparin, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, cit., 57.

[14] Cass., sez. II, 17 giugno 1992, Lotta, in *Arch. n. proc. pen.,* 1993, 115.

[15] Con le parole di Scomparin, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, cit., 77.

[16] Così, seppure in riferimento all'art. 152 c.p.p. 1930, Lozzi, *Favor rei e processo penale*, Milano, 1968, 99.

per estinzione del reato); in tale occasione il nomometa ha introdotto nelle maglie del tessuto codicistico il dettato dell'art. 2, direttiva n. 11 l. delega, che prevede l'«obbligo di proscioglimento nel merito, quando ne ricorrano gli estremi, anche in presenza di una causa estintiva del reato» [17]. Pur seguendo le direttive impartite dalla l. delega non è stata comunque fissata una gerarchia tra le cause di proscioglimento negli artt. 530 e 531 c.p.p., ciò nonostante il rinvio al capoverso dell'art. 129 c.p.p., valido *inter alia* in ogni stato e grado del processo, fa sì che il *favor innocentiae* prevalga sul *favor rei* anche al momento della determinazione della sentenza [18]. Occorre rammentare, però, che se anche l'art. 531 c.p.p. richiama il 129 c.p.p. sia per ciò che concerne la gerarchia delle cause di proscioglimento sia per quanto attiene alla regola di giudizio, la nozione di evidenza nell'art. 531 c.p.p. deve esser comunque interpretata tenendo conto del particolare contesto processuale in cui si verifica la valutazione giudiziale, e cioè in fase di deliberazione della sentenza [19].

3. A ben vedere, l'art. 129 c.p.p. non impone l'applicazione del criterio della priorità del proscioglimento nel merito sulla dichiarazione di estinzione del reato *sic et simpliciter*, detta anzi il parametro istruttorio che guida l'operatività di tale canone ed incide sull'*an* della pronuncia, parametro che si fonda sulla regola della *evidenza*: qualora ricorra una causa di estinzione, la pronuncia di una sentenza con formula assolutoria nel merito resta subordinata ad una situazione di evidenza risultante dagli atti [20].

---

[17] La mancanza di dibattito in sede di elaborazione della delega portò a ritenere che proprio tale direttiva (n. 11) in fondo autorizzasse due diverse interpretazioni; la prima fondata su una semplice riproduzione della norma contenuta nell'art. 152 cod. proc. pen. 1930, la seconda fondata invece sull'assunto che si sia voluti andare oltre nella tutela dell'innocenza, consentendo che, in presenza della causa estintiva, l'imputato possa pretendere che siano compiuti gli accertamenti necessari per una pronuncia pienamente assolutoria. Sul punto Chiavario, *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice*, Torino, 1990, 37 s.

[18] Cfr. Cass., sez. I, 8 novembre 1991, Brendolan, in *Cass. pen.,* 1993, 330; Cass., sez. II, 15 ottobre 1992, Tuliani, in *Foro it.*, 1993, 427; Cass., sez. II, 22 aprile 2004, Sabatini, in *Arch. n. proc. pen.,* 2004, 405.

[19] Secondo un diverso orientamento dottrinale, invece, il richiamo dell'art. 531 c.p.p. all'art. 129 c.p.p. deve considerarsi limitato soltanto al principio di prevalenza delle formule assolutorie nel merito sulla declaratoria di estinzione, escludendo la regola di giudizio; il criterio dell'evidenza, incompatibile con la regola prevista dall'art. 530, comma 2, c.p.p. non può considerarsi richiamato dall'art. 531 c.p.p. posto che la sua previsione nasce «dalla circostanza che ci si trovi ad emettere la sentenza senza che l'attività di formazione della prova abbia percorso tutte le sue tappe ordinarie». Marzaduri, *Artt. 529-531*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale,* coordinato da Chiavario, Torino, V, 1991, 536.

[20] Sul principio dell'evidenza, più ampiamente, Siracusano, *Evidenza e*

Invero nella direttiva dedicata alle «formule di assoluzione o proscioglimento» tale criterio non viene affatto menzionato; a fronte dei problemi insorti nell'applicare il vecchio art. 152 cod. proc. pen. 1930, la l. delega si è limitata a dettare solo alcune precise prescrizioni in merito alla «gerarchia delle formule» [21]. *Ex converso*, un esplicito cenno alla regola in esame si rinviene nella parte della delega dedicata all'udienza preliminare [22]. Occorre peraltro precisare che il concetto di evidenza si "modella" alle regole che l'organo giudicante è tenuto caso per caso ad applicare, con riferimento ai diversi contesti processuali [23], questa affermazione trova piena conferma proprio nella disciplina del proscioglimento predibattimentale, in cui l'oggetto dell'evidenza non può essere la prova dell'innocenza dell'imputato, bensì solo la provabilità che tale prova venga raggiunta in dibattimento.

Ciò detto, è bene analizzare alcuni punti controversi in ordine alla concreta applicazione dell'evidenza.

Siffatta regola di giudizio deve essere rispettata nei soli casi in cui la declaratoria di una causa di non punibilità debba essere immediatamente pronunciata o è degna di uno autonomo spazio anche alla fine del dibatti-

---

decisione allo stato degli atti, cit., 1942. Per una visione generale, Procaccino, *Art. 129*, cit., 520-521; Mercuri, *Art. 129*, cit., 934 ss.; Cacopardi-volta, *Cause estintive del reato e formule assolutorie: prime applicazioni dell'art. 129 del codice di procedura penale*, cit., 263; Voena, *Atti,* cit., 131; Marzaduri, *Art. 529-531*, cit., 537; Ruaro, *La prevalenza della sentenza di assoluzione ex art. 530 comma 2 c.p.p. sulla declaratoria di intervenuta prescrizione del reato,* in *Cass. pen.,* 2005, 943.

[21] Dovrà essere pronunciato il proscioglimento nel merito, quando ne ricorrano gli estremi, anche in presenza di una causa estintiva del reato. V. Siracusano, *Evidenza e decisione allo stato degli atti*, cit., 1492.

[22] La decisione allo stato degli atti delimita l'oggetto del giudizio ai soli atti approdati all'udienza preliminare. L'evidenza è il punto di congiunzione fra gli atti delle indagini preliminari e la prova e tende ad evitare inutili verifiche dibattimentali del tema di prova, sui fatti e le circostanze dell'imputazione. Tale assunto non viene inficiato neppure dalle ipotesi di udienze preliminari precedute da incidenti probatori; in questi casi decisione allo stato degli atti ed evidenza vanno coordinate, oltre che agli atti di indagine, anche ai mezzi di prova elaborati nel corso delle indagini medesime. Più ampiamente Siracusano, *Evidenza e decisione allo stato degli atti*, cit., 1493.

[23] A tal proposito pare opportuno evidenziare come recentemente la Corte di Cassazione abbia specificato che all'esito del giudizio dibattimentale il proscioglimento nel merito, in caso di contraddittorietà o insufficienza della prova, non prevale rispetto alla dichiarazione immediata di una causa di non punibilità. Tuttavia tale principio di diritto soggiace a due temperamenti: il proscioglimento nel merito prevale sulla causa estintiva, pur nel caso di accertata contraddittorietà o insufficienza della prova, sia nel caso in cui, ai sensi dell'art. 578 c.p.p., il giudice di appello - intervenuta una causa estintiva del reato - è chiamato a valutare il compendio probatorio ai fini delle statuizioni civili; sia nel caso in cui ad una sentenza di assoluzione *ex* art. 530, comma 2, c.p.p., appellata dal P.M., sopravvenga una causa estintiva del reato e il giudice ritenga infondato nel merito l'appello. Cass., sez. un., 28 maggio 2009, Tettamanti, in *www.cortedicassazione.it*.

mento, in sede decisionale? L'art. 129 c.p.p. può essere adattato alla situazione probatoria prevista dall'art. 530, comma 2, c.p.p.? I quesiti su cui ci si interroga traggono origine dall'apparente incompatibilità logica dei dati testuali relativi alle due norme. Il dettato di cui al comma 2 dell'art. 530 c.p.p. impone infatti al giudice di pronunciare sentenza d'assoluzione anche quando manca, è insufficiente o contraddittoria la prova della responsabilità penale. In base all'art. 129 c.p.p., invece, per poter addivenire ad una sentenza di proscioglimento nel merito, deve emergere "positivamente" [24] dagli atti processuali - senza la necessità di ulteriori accertamenti - l'estraneità dell'imputato al fatto contestatogli. La discrasia fra le due formule balza immediatamente agli occhi, generando una discussione ancora aperta sia in ambito dottrinale che giurisprudenziale.

Secondo una prima impostazione ermeneutica, il criterio dell'evidenza di cui all'art. 129 c.p.p. assumerebbe un ruolo diverso rispetto al vecchio art. 152 [25], proprio grazie all'equiparazione operata dall'art. 530, comma 2, c.p.p.; quindi, a meno di non far riaffiorare la rilevanza del dubbio, sembrerebbe che pure una situazione di incertezza probatoria possa far prevalere la formula di merito su quella meramente processuale, imponendosi così il proscioglimento dubitativo nel merito sulla declaratoria di non doversi procedere per estinzione [26]. In altri termini, il giudice che rilevi una causa di estinzione del reato, ma al contempo ravvisi che l'impianto probatorio prodotto dal P.M. sia carente o contraddittorio, dovrà dare preferenza al proscioglimento nel merito *ex* art. 530, comma 2, c.p.p., risultando altrimenti affetta da illogicità della motivazione la sentenza che ammetta l'esistenza di un dubbio ma dichiari il non doversi procedere per prescrizione del reato [27]. Il risultato cui aspira tale ricostruzione consiste,

---

[24] Così Procaccino, *Art. 129*, cit., 521.

[25] Il vecchio sistema processuale prevedeva infatti la possibilità di pronunciare una sentenza assolutoria per insufficienza di prove nel caso in cui l'organo giudicante non fosse stato in condizione di esprimere con certezza un giudizio sulla colpevolezza o sull'innocenza dell'imputato; cfr. Cacopardi-Volta, *Cause estintive del reato e formule assolutorie: prime applicazioni dell'art. 129 del codice di procedura penale*, cit., 263. In tali occasioni la giurisprudenza preferiva il proscioglimento per estinzione del reato, in quanto tale formula appariva più favorevole all'imputato rispetto ad un proscioglimento per insufficienza di prove. Così, tra le altre, Cass., sez. IV, 7 luglio 1981, Di Cristina, in *Riv. pen.*, 1982, 204; Cass., sez. II, 11 gennaio 1982, Schmidt, in *Giust. pen.*, 1983, III, 210; Cass., sez. II, 9 ottobre 1987, Bono, in *Riv. pen.*, 1988, 778.

[26] In dottrina Cacopardi-Volta, *Cause estintive del reato e formule assolutorie: prime applicazioni dell'art. 129 del codice di procedura penale*, cit., 263, nonché Mercuri, *Art. 129*, cit., 935. In giurisprudenza Cass., sez. V, 16 febbraio 2006, G.M.A., in *Dir. pen. proc.* 2006, 703; Cass., sez. II, 5 marzo 2004, S., in *Cass. pen.,* 2005, 2617; Cass., sez. I, 8 novembre 1991, Brendolan, cit., 330; Cass., sez. VI, 3 maggio 1991, Giambartolomei, in *Cass. pen.,* 1992, 2773.

[27] Cfr. Cass., sez. I, 8 novembre 1991, Brendolan, cit., 330; Cass., sez. I, 9 maggio 1994, Forneris, in *Riv. pen.*, 2005, 503; Cass., sez. V, 20 febbraio 2002, Scibelli,

ovviamente, nell'eliminazione dell'incompatibilità fra mancanza o dubbio ed evidenza della prova di innocenza [28].

Secondo un contrario orientamento, invece, è proprio l'espressa clausola contenuta nell'art. 531 c.p.p. che conferma l'assunto in base al quale, in caso di concorso tra una causa di estinzione ed un'altra causa di non punibilità più favorevole, quest'ultima debba risultare in maniera assolutamente incontestabile e non soltanto in modo insufficiente o contraddittorio, dal momento che la valutazione da effettuare attiene più al concetto di constatazione che a quello di apprezzamento [29]; di fatto, in presenza di una causa estintiva verrebbe bloccato l'utilizzo del criterio *in dubio pro reo*, posto che solo la prova positiva dell'innocenza obbliga l'organo giudicante al proscioglimento nel merito [30]. Vi sarà quindi spazio per l'equiparazione dell'innocenza dell'imputato alla completa mancanza della prova in ordine alla responsabilità, ma non per la successiva assimilazione tra mancanza totale di prova e sua insufficienza o contraddittorietà, perché in tal modo verrebbe frustrato il canone dell'evidenza introdotto dal legislatore, all'art. 129 c.p.p., proprio per risolvere il concorso tra causa d'estinzione del reato e proscioglimento nel merito [31]. È chiaro che, qualora si aderisca a questo orientamento, si riducono visibilmente le possibilità di adattare la disposizione in oggetto alla situazione probatoria di cui all'art. 530, comma 2, c.p.p.

In questo contesto si colloca la sentenza annotata. Prima di esaminare le argomentazioni espresse nella presente pronuncia appare opportuno evidenziare come nella motivazione in disamina vi sia un espresso richiamo ai principi enunciati in argomento dalla Corte Costituzionale. Nelle ordinanze citate [32] si ammette che il principio della prevalenza delle formule assolutorie

---

in *Cass. pen.*, 2003, 539; Cass., sez. II, 22 aprile 2004, Sabatini, cit., 405. Di fatto, l'art. 129, comma 2, c.p.p. «postula che le circostanze idonee a escludere l'esistenza del fatto, la rilevanza penale di esso e la non commissione del medesimo da parte dell'imputato emergano dagli atti in modo assolutamente non contestabile, sicché la valutazione che in proposito deve essere compiuta appartiene più al concetto di constatazione che a quello di apprezzamento»; così Cass., sez. VI, 9 luglio 1998, Maccan, in *Cass. pen.*, 1999, 3482; Cass., sez. III, 9 febbraio 1998, Pasqualetti, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, 4411.

[28] Sul punto Ruaro, *La prevalenza della sentenza di assoluzione ex art. 530 comma 2 c.p.p. sulla declaratoria di intervenuta prescrizione del reato,* cit., 2276.

[29] Conforme Cass., sez. II, 15 ottobre 1992, Tuliani, cit., 427; Cass., sez. III, 8 aprile 1993, Gablai, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, 712; Cass., sez. VI, 8 giugno 2004, D., in *Cass. pen.,* 2005, 2616.

[30] Cass., sez. V, 2 dicembre 1997, Fratucello, in *Giust. pen.,* 1999, 49; Cass., sez. III, 24 aprile 2002, Artico, in *Cass. pen.*, 2003, 539; Cass., sez. VI, 10 ottobre 2005, B., in *Dir. pen. proc.*, 2006, 456.

[31] Sul punto, Ruaro, *La prevalenza della sentenza di assoluzione ex art. 530 comma 2 c.p.p. sulla declaratoria di intervenuta prescrizione del reato,* cit., 2272; nonché Mercuri, *Art. 129*, cit., 935.

[32] Corte cost., 11 luglio 1991, n. 362 (ord.), in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost., 17 giugno 1991, n. 300 (ord.), *ivi*; Corte cost., 12 dicembre 1990, n. 581 (ord.), *ivi*.

di merito su quelle dichiarative dell'estinzione del reato possa essere mitigato con le esigenze di ragionevole durata del processo; in simili ipotesi occorre che i presupposti della pronuncia siano del tutto evidenti dalle risultanze probatorie. Tuttavia, la Consulta si premura di operare una distinzione fra il caso in cui la causa estintiva si manifesti nel corso dell'istruzione dibattimentale e l'ipotesi in cui, esaurita l'istruttoria, l'organo giudicante debba scegliere quale pronuncia emettere, nel concorso fra varie cause di proscioglimento. Posto che la declaratoria *ex* art. 129 c.p.p., quale decisione *rebus sic stantibus*, muta in funzione del *quantum* di conoscenza di cui dispone il giudice, la Corte adotta una nozione di evidenza "variabile": allorché la causa estintiva intervenga dopo che il dibattimento sia giunto al suo epilogo il giudice applicherà la regola dell'art. 530, comma 2, c.p.p., viceversa, qualora la causa d'estinzione intervenga in una fase anteriore al dibattimento, non vi sarà spazio per l'applicazione di suddetto articolo, stante l'obiettiva incompletezza dell'impianto probatorio sottoposto al vaglio dell'organo giudicante [33].

Orbene, nel caso in cui la causa d'estinzione del reato si manifesti nel corso del dibattimento, in un contesto dove la prova emergente *prima facie* sia ancora incompleta, il giudice è tenuto a verificare, in base agli atti in suo possesso, la possibilità di addivenire alla prova positiva dell'innocenza. Eliminata tale ipotesi, dovrà "proporre" all'imputato l'eventualità dell'immediata declaratoria di estinzione del reato; quest'ultimo può rinunciare alla causa estintiva dando così dimostrazione di voler esercitare il diritto all'acquisizione di ogni mezzo di prova a suo favore, in ossequio al principio di cui art. 111, comma 3, Cost.; dovendosi infatti tutelare l'interesse dell'imputato al compimento dell'istruzione probatoria richiesta a proprio discarico, ove questi intenda esercitare tale diritto risulterà paralizzata l'operatività della regola di giudizio che imporrebbe al giudice di dichiarare l'estinzione del reato tutte le volte in cui, allo stato degli atti, non sia raggiunta la prova evidente per un proscioglimento più favorevole.

L'imputato può dunque scegliere di rimuovere dai possibili esiti del giudizio la declaratoria di estinzione e riacquistare, in tal modo, la possibilità di essere prosciolto, a fine dibattimento, secondo la regola prescritta dall'art. 530, comma 2, c.p.p.

Allo stesso modo la Corte Costituzionale risolve anche la questione relativa all'asserita disparità di trattamento tra l'imputato, di reato meno grave, al quale sarebbe "preclusa" una sentenza con formula pienamente liberatoria - per effetto dell'intervento della causa estintiva nella fase anteriore al dibattimento - e l'imputato per il quale non operi l'estinzione medesima che, nella stessa situazione, godrebbe della formula di merito più favorevole nel successivo giudizio [34]. Non vi sarebbe infatti, in situazioni del

---

[33] Ancora Corte cost., 11 luglio 1991, n. 362 (ord.), Corte cost., 17 giugno 1991, n. 300 (ord.), Corte cost., 12 dicembre 1990, n. 581 (ord.), cit.

[34] Ancora Mercuri, *Art. 129*, cit., 936.

genere, nessun pregiudizio del diritto alla prova e ad un completo giudizio di merito, dal momento che la rinunciabilità costituisce, ad avviso della Consulta, espressione del diritto di difesa [35].

Ne deriva che, nel caso sottoposto alla nostra attenzione, se l'imputato avesse avuto reale interesse ad una pronuncia ampiamente liberatoria, avrebbe dovuto rinunciare espressamente all'applicazione della causa estintiva. In realtà la vicenda in esame si manifesta più complessa rispetto alle astratte ipotesi prospettate poiché, nella fattispecie, il Tribunale avrebbe dovuto procedere all'istruttoria dibattimentale; tuttavia, il non aver provveduto all'istruzione pronunciando l'immediata declaratoria di non punibilità per prescrizione del reato (all'epoca non ancora maturata) ha precluso al giudice di seconde cure la possibilità di una nuova istruttoria, stante il decorso del tempo che ha, nel mentre, maturato la prescrizione [36] e reso la doglianza dell'imputato "inefficace", pur se fondata [37].

Del tutto condivisibile dunque la soluzione proposta dal Giudice d'appello che, ad ulteriore conferma dell'adesione ai dettami espressi in argomento dalla Consulta, sottolinea come comunque «dagli atti emerge la non evidente estraneità dell'imputato ai fatti di causa».

4. Un ultimo cenno merita infine l'inquadramento della tematica nell'alveo delle disposizioni di rango primario, o meglio, l'analisi della conciliabilità della disposizione, e della sua relativa interpretazione, con i numerosi principi costituzionali che ne vengono interessati.

L'intervenuta costituzionalizzazione del principio del giusto processo [38] ha infatti introdotto, quale valore correlativo, la ragionevole durata dei procedimenti; sotto tale profilo l'obiettivo di "un rapido *exitus pro-*

---

[35] Può accadere che la prescrizione intervenga in un momento successivo alla chiusura del dibattimento ma anteriore a quello dell'emanazione della sentenza; secondo le argomentazioni della Corte Costituzionale, in questa situazione l'art. 531 c.p.p. richiamando l'art. 129, comma 2, c.p.p., consente l'emanazione di una sentenza di proscioglimento *ex* art. 530, comma 2, c.p.p. solo nel caso in cui l'imputato rifiuti la prescrizione restando, nella contraria ipotesi, l'assoluzione nel merito delimitata al solo caso di evidenza, cioè alla prova positiva dell'innocenza.

[36] Per ciò che concerne specificamente il concetto di prescrizione, secondo unanime dottrina essa produce effetti di carattere sostanziale; non estingue l'azione penale, ma il reato. Il reato prescritto diviene dunque un "non-reato" e l'impedimento dell'inizio o della prosecuzione dell'azione penale non è altro che la conseguenza dell'estinzione sotto il profilo sostanziale. Da un punto di vista strettamente classificatorio si può affermare che il reato prescritto degrada a fatto giuridico volontario (atto) illecito. V. Eramo, *L'irrinunciabilità della prescrizione dopo la sentenza della Corte Costituzionale del 31 maggio 1990, n. 275,* in *Giust. pen.,* 1995, 565.

[37] App. Perugia, 24 marzo 2009, n. 219.

[38] Ci si riferisce alla riforma realizzata con la L. cost. n. 2 del 1999, che ha da una parte attribuito un nuovo significato e valore al diritto dell'imputato di difendersi provando, ma dall'altra ha imposto al legislatore l'obiettivo di garantire giudizi celeri.

cessus" [39] acquisterebbe rilevanza tale da imporsi senza dubbio sul *favor innocentiae*. Invero già il legislatore del '30, con riferimento all'art. 152 c.p.p. abrogato, si era reso conto che non tutte le formule di proscioglimento si risolvono in una conclusione ampiamente favorevole per l'imputato, ma aveva altresì constatato che l'indugiare alla ricerca di quelle più vantaggiose, quando se ne è già presentata una, significherebbe mortificare il principio di economia processuale che dovrebbe governare tutto il processo [40]. D'altro canto il diritto dell'imputato a dimostrare l'esistenza dei presupposti per una formula sicuramente più favorevole di quella che il giudice possa avere incidentalmente riconosciuto paiono collegati sia alla consacrazione del diritto di difesa operata dall'art. 24, comma 2, Cost., sia alla presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, comma 2, Cost., sia infine dal diritto dell'imputato ad una piena valutazione giudiziale delle prove che ne dimostrino l'innocenza emergente dall'art. 111, commi 3 e 6 Cost. [41]. L'art. 3 Cost. esclude infine che un processo possa concludersi in modo differente solo in base al fatto che la causa d'estinzione del reato intervenga in un momento processuale in cui l'imputato abbia ancora la facoltà di rinunciarvi, anziché in una fase ove tale possibilità sia preclusa [42].

Nondimeno, anche l'adesione alle disposizioni di livello sovrannazionale, tra le quali l'art. 6, n. 2, CEDU [43] - ritenuto dalla dottrina [44] agli antipodi rispetto ad un sistema che ammetta l'emissione di una sentenza pronunciata senza un preventivo accertamento della responsabilità

---

[39] Con la terminologia di Scomparin, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, cit., 424.

[40] Sul punto ampiamente Fassone, *La declaratoria immediata delle cause di non punibilità*, Milano, 1972, 6.

[41] Un sistema che costringa l'imputato a rinunciare all'applicazione della causa d'estinzione del reato, al fine di non essere privato del diritto a vedere esperito ogni mezzo di prova utile a dimostrare la propria innocenza, non soddisfa neppure la dottrina. Per tutti, Jazzetti-Pacini, *La disciplina degli atti nel nuovo codice di procedura penale,* Milano, 1993, 51.

[42] Per una più ampia visione sul proscioglimento immediato nell'ambito dei valori costituzionali, v. specialmente Scomparin, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, cit., 401 s.

[43] L'articolo 6 CEDU, tutela il diritto ad un processo equo. Secondo la Corte europea dei diritti dell'Uomo la *fairness* processuale rappresenta un'idea-base a cui è possibile richiamarsi per valutare la correttezza di un determinato processo, uno standard minimo di garanzie della persona in rapporto all'esercizio della giurisdizione. Tutto ciò riporta alla mente l'idea della "buona amministrazione della giustizia" e sottolinea la priorità di una serie di "diritti *nel/al* processo" È infatti il caso di ricordare come il risultato del processo, considerato quale applicazione corretta delle norme sul fatto, possa apparire formalmente irreprensibile, ma nel contempo non equo; Giunchedi, *Linee evolutive del giusto processo europeo,* in Gaito, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 17 s.

[44] V. Chiavario, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale,* Milano, 1969, 401 s.

dell'imputato - e l'art. 14 n. 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici [45], suggerisce se non già la rivisitazione della regola dell'evidenza quantomeno un'interpretazione convenzionalmente orientata.

In conclusione, se il canone dell'evidenza stenta a trovare corretta e concreta applicazione è probabilmente a causa di una ancora oggi persistente diffidenza dei giudici, irresoluti nel dare una decisiva valutazione al materiale in loro possesso, e pronunciare dunque una sentenza sulla base delle sole acquisizioni ottenute in una pregressa fase del procedimento, anche a fronte di un complesso quadro o di una carente piattaforma probatoria; appare indubbiamente più semplice "rifugiarsi" dietro una mera declaratoria di estinzione del reato.

ANTONIETTA CÌCALA

---

[45] In base al quale «ogni individuo accusato di un reato ha diritto di essere presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente».

TRIBUNALE MONOCRATICO DI PERUGIA – SEZ. CITTÀ DI CASTELLO – 20 gennaio 2009 – *Est.* CENCI – M. ed altri.

Reato – Colpa – Nesso tra colpa ed evento (artt. 43, 590, comma 3, 583, c.p.).

Il datore di lavoro non risponde delle lesioni personali colpose occorse ad un lavoratore per aver consentito che una macchina funzionasse priva di strumenti di protezione atti ad evitare che le mani o altre parti del corpo dei lavoratori rimanessero offese dal macchinario, quando per la modalità di lavoro scelta dal lavoratore tali meccanismi non erano necessari a scongiurare eventi lesivi a danno dell'operatore (1).

(*Omissis*). 1. - Svolgimento del processo. - All'esito delle indagini preliminari nel proc. n. 1736/2002-21 il P.M. ha citato a giudizio per l'udienza del 29 ottobre 2003 con proprio decreto dell'8 luglio 2003 il sig. G. M., accusato:

«del reato di cui all'art. 590, terzo comma, e 583 c.p., per avere, quale legale rappresentante della ditta B. s. n. c., utilizzatrice della macchina

pressa eccentrica marca C., matricola n. 063032196 (anno di costruzione 1996, marcata CE), per colpa, consistita in imprudenza, negligenza ed imperizia, non avendo evitato che la macchina funzionasse anche con uno solo dei doppi comandi manuali, come, invece, avrebbe dovuto funzionare dalle impostazioni previste per quella lavorazione, nel quadro comando, nonché con violazione dell'art. 115 del D.P.R. n. 547155, per non avere dotato la macchina di cui al capo che precede di ripari o dispositivi atti ad evitare che le mani o altre parti del corpo dei lavoratori siano offese dal punzone o da altri organi mobili lavoratori; cagionato al dipendente sig. O. D., in atti generalizzato, lesioni personali con malattia durata oltre 40 gg. e con postumi permanenti. In Città di Castello (PG), il 06.03.2002».

(*Omissis*). In effetti, all'esito delle indagini preliminari nel distinto procedimento n. 6131/2003-21 il P.M. aveva nel frattempo citato a giudizio per l'udienza del 16 giugno 2004 con proprio decreto del 10-16 marzo 2004 la signora F. C., accusata dei seguenti reati:

a) «contravvenzione di cui agli artt. 6 c. 2 ° d.l.vo 626/94 in relazione all'art. 2 del D.P.R. 459/94 con riferimento all'allegato b1 punto 1.2 e seguenti per avere fabbricato la pressa marca C. modello P 63 E R matricola 063032/96 non rispondente ai requisiti di cui all'art. 2 del D.P.R. 459/96 in quanto: - priva di guaina a protezione della scatola contenente i comandi manuali di avviamento e, pertanto, non protetta nei riguardi delle sollecitazioni normali di servizio e degli agenti esterni (così da determinare l'avviamento della pressa anche in presenza di pressione su di un solo pulsante in conseguenza dell'infiltrazione di pulviscolo metallico - punto 1.2.1 allegato I d.p.r. 459/96; - non protetta nei confronti di un'avaria di funzionamento dei circuiti di comando talché, in presenza di infiltrazioni di pulviscolo metallico, determinanti un'anomalia del circuito stesso poiché costitutiva di un contatto permanente ha consentito il funzionamento della macchina come avrebbe dovuto fare solo in presenza di azionamento simultaneo del doppio pulsante - punto 1.2.7 allegato I dpr 459/96); in Rezzato (BS) sino al 6 marzo 2002».

b) «delitto di cui agli artt. 590 e 583 c. 1° nn. 1 e 2 c.p. per avere cagionato, mediante la progettazione, fabbricazione e la vendita della pressa marca C. modello P 63 F R matricola 0603032/96 non rispondente ai requisiti di cui all'art. 2 del dpr 459/96, come descritto al capo a) che precede, lesioni personali superiori a giorni quaranta, e consistite nell'amputazione del secondo dito della mano sinistra ed alcune fratture del III e IV dito con lesioni tendinee e nervose. In Città di Castello sino al 6 marzo 2002».

Tale processo aveva intanto preso il n. 897/04 R.G. Dib.

Entrambe le cause (fascicolo n. 1312/03 R.G. dib. nei confronti di G. M. e fascicolo n. 897/04 R.G. dib. nei confronti di F. C.) sono state

differite fuori udienza per impedimenti dell'Ufficio per motivi elettorali e rinviate alla stessa data, il 14 gennaio 2005, quando nella prima (n. 1312/03 R.G. dib. nei confronti di M.) il P.M. ha integrato il capo di imputazione nei seguenti termini, aggiungendo, subito dopo la dicitura "organi mobili lavoratori":

«violazione dell'art. 35 comma i del d.lgs. 626/'94, perché non metteva a disposizione del lavoratore O. D. attrezzature da lavoro adatte al lavoro da svolgere ed idonee ai fini della sicurezza e della salute, in quanto la pressa a cui esso lavoratore era addetto funzionava anche con un solo pulsante; violazione dell'art. 35 comma 4 lettera b) d.lgs. 626/'94, in relazione all'art. 2 d.p.r. n. 459/'96, perché utilizzava la pressa suddetta non correttamente, in quanto la medesima veniva fatta funzionare priva di cancelli protettivi, forniti da venditore e previsti nel manuale d'uso, nonché richiesti dal d.p.r. n. 459/96, allegato I pgf da 1.4 a 1.4.3».

(*Omissis*). L'8 aprile 2005 sono stati riuniti i due processi e, su richiesta dei Difensori dei responsabili civili B. s.n.c. e C. s.r.l., delibata positivamente dal giudice con l'opposizione di P.M. e parte civile, la causa è stata rinviata al 6 maggio 2005, quando è avvenuta l'ammissione delle prove, con rinvio al 9 dicembre 2005 per esame dei testi per giuramento del perito del giudice, contestualmente nominato (*Omissis*).

2. - Ricostruzione degli accadimenti storici ed esame dei possibili profili di responsabilità penale.

È assolutamente pacifico ed incontestato, risultando dalla documentazione sanitaria, a partire dal referto in originale del 6 marzo 2002 del Pronto soccorso dell'Ospedale pubblico di Città di Castello, dalla deposizione della vittima e dei colleghi di lavoro, dagli accertamenti dei tecnici della A.S.L. e da quelli dei tecnici nominati dal giudice e dalle Parti, che il giorno 6 marzo 2002 il sig. D. O., dipendente della ditta B. s.n.c. di M. G., ha avuto un serio infortunio sul lavoro poiché, mentre stava lavorando alla pressa C. descritta nel capo di accusa, ha subito uno schiacciamento della mano sinistra, con successiva necessità di amputazione di parte del secondo, del terzo e del quarto dito della stessa. Escluso preliminarmente il fatto doloso altrui o la volontà auto-lesionistica, di cui non vi è la benché minima traccia in atti, l'istruttoria preliminare e, soprattutto, quella dibattimentale si sono dunque concentrate sulla ricostruzione della causa dell'infortunio, onde accertare se esso sia dovuto ad una forza maggiore o ad un caso comunque imprevedibile ed inevitabile ovvero se sia riconducibile alla volontà colpevole, sotto il profilo di una colpa giuridicamente rilevante ed apprezzabile, di alcuno. Con i risultati che si esporranno.

Si proceda con ordine.

2.1. - La macchina pressa C., fabbricata e commercializzata dalla ditta C. s.r.1. (già C. s.p.a.), con legale rappresentante la signora F. C., è

programmata per funzionare in diverse modalità: "a colpo automatico", colpo cioè che scende con un determinato intervallo di secondi (il tipico meccanismo delle catene di montaggio); ovvero in posizione manuale con doppio comando di funzionamento, più brevemente detta "a colpo singolo", potendo in tal caso l'operatore decidere di far partire il colpo soltanto quando ha già posizionato l'oggetto da colpire e, in tal caso, la selezione può effettuarsi sia mediante un comando a pedale sia mediante un meccanismo che prevede che vengano contemporaneamente schiacciati con un dito due pulsanti protetti all'interno di cavità introflesse (per evitare azionamenti casuali, derivanti da contatti non voluti con altre parti del corpo, oggetti etc.) nella macchina, una a destra ed una a sinistra della stessa, vista frontalmente, in modo tale che entrambe le mani dell'operatore siano impegnate, al momento della partenza del colpo (un po' come un "flipper", come precisato dall'ing. M., consulente tecnico della parte civile), e, dunque, non possano trovarsi nella zona di azione della pressa. Tale modalità di funzionamento, appunto "a colpo singolo", era quella che era stata selezionata nell'occasione e che era effettivamente operativa al momento dell'infortunio, avendo già gli accertamenti svolti nell'immediatezza e, poi, anche quelli successivi, escluso che la pressa funzionasse a pedale, tra l'altro nemmeno installato sul macchinario nel caso di specie ovvero a programmazione del colpo automatica a tempo.

Si tratta, all'evidenza, di una modalità di funzionamento piuttosto sicura, nel senso che la pressa può (e deve) scendere solo per effetto del contemporaneo azionamento di due bottoni posti sui lati destro e sinistro del macchinario, non azionabili con una sola mano a causa della distanza tra *i due, in modo tale, insomma, che le mani dell'addetto non possano mai trovarsi sotto il maglio al momento della lavorazione del pezzo da porsi sotto la pressa. L'operatore, in* ultima analisi, deve prima collocare l'oggetto da lavorare sotto la pressa e poi azionare con entrambe le mani due comandi protetti distanti tra loro, altrimenti la macchina rimane inerte. Tale meccanismo è in grado di prevenire eventuali schiacciamenti dell'operante derivanti da distrazione causata dalla ripetitività dei gesti o da superficialità; non però di garantire in assoluto la sicurezza di terzi che si trovino a transitare vicino alla pressa e che eventualmente compiano movimenti incauti: a tale specifico fine è prevista la presenza di barriere di protezione, di cui si dirà in prosieguo.

Le considerazioni esposte derivano dall'esame analitico e critico della dichiarazioni della parte lesa e dei tecnici della A.S.L., dalla lettura delle istruzioni del macchinario, dalla visione delle fotografie dello stesso, dalla valutazione complessiva di tutte le relazioni tecniche degli ingegneri, consulenti di Parte e dell'Ufficio.

2.2. - Sta di fatto, però, che dall'istruttoria, documentale e testimoniale, come meglio si vedrà in prosieguo, è inequivocabilmente emerso che

la macchina C. ha fatto partire un colpo mentre una mano dell'operaio, la sinistra, era nel raggio di azione della pressa ed un dito dell'altra era appoggiato oppure era stato da poco inserito nell'apposita fessura di comando.

Ci si è, pertanto, concentrati per capirne il perché.

Il motivo è stato individuato dai tecnici, a seguito degli appositi accertamenti, nell'accumulo all'interno della scatola dei comandi elettrici della pressa di scarti di lavorazione del ferro (trucioli e polvere metallica) che, per quantità e per natura degli stessi, con ogni probabilità hanno causato un contatto elettrico tale da far ritenere al meccanismo "chiuso" il sistema, come se entrambi i pulsanti collocati agli opposti lati della pressa fossero tenuti schiacciati (il che in quel momento non era), e con conseguente azionamento della pressa in un momento in cui il lavoratore teneva la mano nel relativo raggio di azione. Donde lo schiacciamento delle dita.

La domanda che si pone, a questo punto, è se tale accadimento, certamente non solo non voluto dal lavoratore ma nemmeno allo stesso imputabile sotto alcun profilo, seppure minimo, di imprudenza, fosse prevedibile e, ove prevedibile, se esso fosse evitabile da parte del datore di lavoro o da parte di altri, tra cui il produttore della pressa. E' infatti contro il datore di lavoro, G. M., e contro il produttore e commercializzatore della pressa, F. C., che l'Ufficio di Procura ha elevato, in due distinti procedimenti, poi riuniti in uno solo a dibattimento, le accuse in precedenza descritte.

2.2.1. - Appare a questo punto opportuno evidenziare che l'accusa complessivamente elevata al datore di lavoro, anche dopo l'integrazione dibattimentale di cui è detto, si fonda su un primo profilo di colpa generica e su profili di colpa specifica.

Quanto all'aspetto di ipotizzata colpa generica, infatti, si legge:

«del reato di cui all'art. 590, terzo comma, e 583 c.p., per avere, quale legale rappresentante della ditta B. s.n.c., utilizzatrice della macchina pressa eccentrica marca C., matricola n. 063032/96 (anno di costruzione 1996, marcata CE), per colpa, consistita in imprudenza, negligenza ed imperizia, non avendo evitato che la macchina funzionasse anche con uno solo dei doppi comandi manuali, come, invece, avrebbe dovuto funzionare dalle impostazioni previste per quella lavorazione, nel quadro comando [...] cagionato al dipendente sig. O. D., in atti generalizzato, lesioni personali con malattia durata oltre 40 gg. e con postumi permanenti. In Città di Castello (PG), il 06.03.2002».

Quanto agli ulteriori profili, si legge:

«del reato di cui all'art. 590, terzo comma, e 583 c.p., per avere, quale legale rappresentante della ditta B. s. n. c., utilizzatrice della macchina pressa eccentrica marca C., matricola n. 063032/96 (anno di costruzione

1996, marcata CE), per colpa, [...] con violazione dell'art. 115 del D.P.R. n. 547/55, per non avere dotato la macchina di cui al capo che precede di ripari o dispositivi atti ad evitare che le mani o altre parti del corpo dei lavoratori siano offese dal punzone o da altri organi mobili lavoratori; [con] *violazione dell'art. 35 comma 1 del d.lgs. 626/'94, perché non metteva a disposizione del lavoratore O. D. attrezzature da lavoro adatte al lavoro da svolgere ed idonee ai fini della sicurezza e della salute, in quando la pressa a cui esso lavoratore era addetto funzionava anche con un solo pulsante;* [con] *violazione dell'art. 35 comma 4 lettera b) d.lgs. 626/'94, in relazione all'art. 2 d.p.r. n. 459/'96, perché utilizzava la pressa suddetta non correttamente, in quanto la medesima veniva fatta funzionare priva di cancelli protettivi, forniti da venditore e previsti nel manuale d'uso, nonché richiesti dal d.p.r. n. 459/96, allegato I, pgf da 1.4 a 1.4.3. [;] cagionato al dipendente sig. O. D., in atti generalizzato, lesioni personali con malattia durata oltre 40 gg. e con postumi permanenti. In Città di Castello (PG), il 06.03.2002».*

2.2.2. - L'ipotesi di accusa elevata nei confronti della signora C. è, come si è visto, duplice, e consiste in una contravvenzione, contestata come commessa in territorio di altro Tribunale, ma senza alcuna eccezione sul punto, ed in un delitto colposo, ipotizzato come posto in essere in Città di Castello, e la cui configurazione rinvia, quanto ai profili di colpa alla contestazione precedente.

Più precisamente:

a) *«contravvenzione di cui agli artt. 6 c. 2° d.l.vo 626/94 in relazione all'art. 2 del D.P.R. 459/96 con riferimento all'allegato bi punto 1.2 e seguenti per avere fabbricato la pressa marca C. modello P 63 F R matricola 063032/96 non rispondente ai requisiti di cui all'art. 2 del D.P.R. 459/96 in quanto. - priva di guaina a protezione della scatola contenente i comandi manuali di avviamento e, pertanto, non protetta nei riguardi delle sollecitazioni normali di servizio e degli agenti esterni (così da determinare l'avviamento della pressa anche in presenza di pressione su di un solo pulsante in conseguenza dell'infiltrazione di pulviscolo metallico – punto 1.2.1 allegato I d.p.r. 459/96; – non protetta nei confronti di un'avaria di funzionamento dei circuiti di comando talché, in presenza di infiltrazioni di pulviscolo metallico, determinanti un'anomalia del circuito stesso poiché costitutiva di un contatto permanente ha consentito il funzionamento della macchina come avrebbe dovuto fare solo in presenza di azionamento simultaneo del doppio pulsante - punto 1.2.7 allegato I d.p.r. 459/96); in Rezzato (BS) sino al 6 marzo 2002»;*

b) *«delitto di cui agli artt. 590 e 583 c. 1° nn. I e 2 c.p. per avere cagionato, mediante la progettazione, fabbricazione e la vendita della pressa marca C. modello P 63 F R matricola 0603032/96 non rispondente ai requisiti di cui all'art. 2 del d.p.r. 459/96, come descritto al capo a)*

che precede, lesioni personali superiori a giorni quaranta, e consistite nell'amputazione del secondo dito della mano sinistra ed alcune fratture del III e IV dito con lesioni tendinee e nervose. In Città di Castello sino al 6 marzo 2002».

Appare allora evidente che la colpa contestata alla Signora F. C. è di tipo specifico (violazione dell'art. 2 del D.P.R. *459/96),* in quanto la pressa sarebbe stata progettata, fabbricata e, conseguentemente, venduta, in modo che sarebbe non sicuro, poiché, come si è visto:

pressa *«priva di guaina a protezione della scatola contenente i comandi manuali di avviamento e, pertanto, non protetta nei riguardi delle sollecitazioni normali di servizio e degli agenti esterni (così da determinare l'avviamento della pressa anche in presenza di pressione su di un solo pulsante in conseguenza dell'infiltrazione di pulviscolo metallico (punto 1.2.1 allegato I d.p.r. 459/96)»;*

e, inoltre, *«non protetta nei confronti di un'avaria di funzionamento dei circuiti di comando talché, in presenza di infiltrazioni di pulviscolo metallico, determinanti un'anomalia del circuito stesso poiché costitutiva di un contatto permanente ha consentito il funzionamento della macchina come avrebbe dovuto fare solo in presenza di azionamento simultaneo del doppio pulsante (punto 1.2.7 allegato I d.p.r. 459/96».*

Fatti questi causativi, in tesi di accusa, del malfunzionamento da cui sono derivate al Sig. D. O. *«lesioni personali superiori a giorni quaranta, e consistite nell'amputazione del secondo dito della mano sinistra ed alcune fratture del III e IV dito con lesioni tendinee e nervose».*

Ciò posto occorre procedere tenendo presente la contestazione dell'Accusa, che è e che deve essere la guida ed il confine per il giudice *(ne eat iudex ex officio).*

2.3. - All'esito del dibattimento il P.M. ha ritenuto raggiunta la prova sotto tutti i profili contestati e nei confronti di entrambi gli imputati ed ha conseguentemente rassegnato le proprie conclusioni, in atti trascritte.

Altrettanto ha fatto la Difesa di Parte civile, sostenendo, in un'analitica ed attenta discussione, la responsabilità sia del Sig. M. sia della Signora C. ed all'esito rassegnando, in maniera consequenziale, le proprie conclusioni. Le Difese degli imputati, in un contesto argomentativo articolato e contenente vari spunti di riflessione in più direzioni, hanno, in buona sostanza, sostenuto, pur con tutti i limiti della sintesi che qui si opera: la Difesa di M. la esclusiva riconducibilità del fatto ad una cattiva progettazione della pressa; quella di C., invece, la esclusiva riconducibilità ad una negligenza nella manutenzione di una macchina uscita dalla fabbrica come perfettamente sicura e funzionante, tanto da avere, tra l'altro, tranquillamente superato le prescritte verifiche amministrative. Schematizzando, potrebbe dirsi che la Difesa del datore di lavoro ha

essenzialmente percorso la strada del "vizio di costruzione", quella del produttore principalmente la via del "difetto di manutenzione".

Sotto un profilo squisitamente fattuale, entrambe hanno posto in luce e valorizzato, traendone ciascuna le conseguenze maggiormente utili rispetto alla tesi sostenuta, che quella macchina non aveva mai dato prima quel tipo di problemi. Hanno infine chiesto il proscioglimento dei rispettivi assistiti.

Tali, in estrema sintesi, le opposte prospettazioni.

2.4. - Ciò posto, non essendo compito del giudice del dibattimento quello di muoversi di ufficio alla ricerca della prova di un determinato fatto storico ipotizzato dal P.M. all'esito di indagini condotte in segreto, ma quello di verificare, in contraddittorio, la tenuta o meno di una determinata ricostruzione dell'Accusa (art. 111 Cost.), all'esito delle investigazioni preliminari, che debbono essere improntate alla tendenziale completezza e che devono essere volte in ogni direzione, anche a favore dell'incolpato (art. 358 c.p.p.), principi questi di diretta derivazione costituzionale, perché, come ha avuto occasione di precisare la Consulta, attuativi dell'art. 112 della Carta fondamentale, si esaminino i profili di eventuali rimproverabilità, sotto il profilo giuridico, delle condotte degli imputati che sono stati contestati dal P.M. sin dall'origine ovvero a seguito di integrazione dibattimentale.

Appare opportuno procedere in ordine cronologico, prendendo le mosse dalla posizione del produttore della pressa.

2.4.1. - La Signora C. è il rappresentante della ditta, la C. s.r.l. (già C. s.p.a.), che ha prodotto e commercializzato la pressa puntualmente identificata nell'editto di accusa. Le si rimprovera, come si è visto, di avere progettato, fabbricato e messo in commercio macchinario non rispondente ai requisiti di cui all'art. 2 del D.P.R. 459/96 sia in quanto privo di guaina a protezione della scatola contenente i comandi manuali di avviamento e, pertanto, non protetto nei riguardi delle normali sollecitazioni di servizio e dagli agenti esterni, così da consentire l'avviamento della pressa anche in presenza di pressione su di un solo pulsante in conseguenza dell'infiltrazione di pulviscolo metallico, sia perché non protetto nei confronti di un'avaria di funzionamento dei circuiti di comando talché, in presenza di infiltrazioni di pulviscolo metallico, si determinava un'anomalia del circuito stesso poiché si veniva a creare un contatto permanente che in pratica ha consentito il 6 marzo 2002 il funzionamento della macchina come avrebbe, invece, dovuto fare solo ed esclusivamente in presenza di azionamento simultaneo del doppio pulsante da parte dell'operatore. Sotto entrambi i profili, riconducibili sotto il profilo degli effetti pratici ad un'unica problematica, è emersa, "oltre ogni ragionevole dubbio", la negligenza dell'imputata.

Infatti, hanno sostenuto sia il consulente del P.M. che il perito del

giudice, con argomentazioni che appaiono condivisibili, che la macchina evidenziava il malfunzionamento di poter battere il colpo anche senza utilizzare il doppio comando che era previsto in linea generale e senza il quale essa non si sarebbe nemmeno potuta commercializzare.

Alla domanda quale sarebbe stato il comportamento positivo che si poteva attendere e, anzi, che si doveva esigere dall'imputata, la risposta che l'intera istruttoria ha offerto è quella di prevedere già in fase progettuale e di realizzazione, tenuto conto dell'agevolmente ipotizzabile impiego in ambienti con la presenza di residui ferrosi, una normalissima guaina che proteggesse in maniera stagna la scatola dei comandi elettrici dalla infiltrazione dall'esterno di particelle di residui metallici che, accumulandosi, hanno consentito il falso contatto che, facendo credere alla macchina che erano stati simultaneamente premuti entrambi i pulsanti, ha determinato la partenza della pressa ed il conseguente schiacciamento delle dita della vittima; altra agevole soluzione tecnica per il progettista-costruttore poteva essere quella di montare la scatola dei comandi elettrici al contrario, in maniera tale che, per affetto della forza di gravità, mai i trucioli di ferro potessero cadere sui cablaggi e sui contatti.

Donde la penale responsabilità della Signora C.

2.4.2. - Ci si può e, soprattutto, ci si deve, a questo punto, domandare se l'accertato mancato uso delle pareti protettive della pressa (griglie metalliche laterali e frontale) da parte dell'operatore, fatto su cui si è soffermata l'istruttoria, possa costituire evento interruttivo del nesso causale tra la condotta del produttore-venditore, negligente per le ragioni che si sono esposte, e l'evento dannoso ovvero se tale mancato uso sia fatto giuridicamente rimproverabile, sotto qualche profilo significativo, al produttore della pressa e/o al datore di lavoro; infine, se tale mancato uso sia elemento che in qualche misura possa consentire di ipotizzare una cooperazione colposa della vittima nella causazione dell'incidente. La risposta da darsi è sicuramente negativa, in ogni senso.

Ritiene il giudicante, valutati gli atti ed i documenti, che quello della mancata presenza della griglie di protezione laterali sulla pressa al momento dell'infortunio costituisca a ben vedere, nel caso concreto, pur nell'apparente oggettiva difformità della situazione fattuale rispetto al manuale d'uso, un falso problema.

Infatti è emerso pacificamente che al momento dell'incidente l'operatore stava lavorando con una modalità secondo la quale era lo stesso operaio a determinare il momento del colpo, pigiando contemporaneamente i due bottoni ed adoperando a tal fine entrambe le mani, dopo avere con quella destra collocato il pezzo sotto la pressa e prima di togliere con l'altra il pezzo schiacciato dalla macchina e di metterlo in un cassone posto a sinistra. Selezionata tale modalità, diviene inutile,

per la tutela della integrità fisica dell'operatore (a meno che questo si lanci in assurde acrobazie con le gambe), l'inserimento delle barriere di protezione, poiché la stessa configurazione preventiva della pressa impedisce all'operaio di avere le mani, o anche solo una di esse, nello spazio di azione, eliminando in radice il pericolo.

Tanto è stato chiarito espressamente dal perito del giudice ing. A., secondo *cui «la legislazione italiana consente che alcune macchine.., queste macchine operatrici, modalità su colpo singolo possano funzionare senza che i cancelli di protezione frontali siano chiusi»* e *«quello frontale [...] poteva stare aperto e la macchina non si sarebbe mai bloccata in modalità colpo singolo»* e, ancora, *«il fatto che il cancello risultasse smontato non impediva alla stessa* [macchina] *di lavorare, cioè non si bloccava, poteva tranquillamente lavorare con il cancello frontale smontato, nel momento in cui lavora a colpo singolo e a funzionamento manuale»,* oltre che, in maniera più efficace, dal consulente tecnico della parte civile ing. M., a domanda della Difesa di M.: *«domanda - [...] perché se tengo le mani sui pulsanti non le tengo sotto la pressa? Risposta - Sì. Dopo è chiaro che la pressa doveva comunque essere chiusa anche lateralmente, perché comunque le parti laterali dovevano essere chiuse per impedire l'accesso di estranei e comunque di altri che non partecipavano all'attività, ma nella fattispecie l'infortunio non è successo per questo, quindi non c'è nesso»,* e *da quello della Difesa M.: «Dunque, lo stato della macchina quando sono stati tolti i sigilli è quello che si vede in fotografia, quindi con i cancelli abbassati a terra. Posso tranquillamente, serenamente affermare che la presenza o meno dei cancelli è totalmente ininfluente per quanto riguarda l'accertamento dell'infortunio e adesso mi spiego perché faccio questa serena affermazione. Perché pur scrivendo, nel manuale di uso e manutenzione, il costruttore, che era obbligatorio utilizzare i cancelli di protezione anche nel funzionamento a colpo singolo, incoerentemente costruiva la macchina in maniera tale che il micro che sente la presenza dei cancello si autoescludesse, quando veniva posizionato il selettore in funzionamento manuale. Questa autoesclusione, che è stata progettata dai costruttore del macchinario, a livello tecnico e legale ha una funzione fondamentale, nel senso che quel cancello lì non diventa più dispositivo di sicurezza per quella modalità di funzionamento. Perché si fosse ritenuto un dispositivo di sicurezza quel sensore, tra l'altro facilmente eludibile, avrebbe dovuto continuare a funzionare [...] Quindi escludendo lui stesso, implicitamente, consentiva l'apertura di quel cancello anche durante la produzione a colpo singolo. Ma questo fatto è anche logico, perché le norme di sicurezza [...] prevedono espressamente che quando si lavora a colpo singolo la sicurezza, l'ing. M. ha detto minima, ma io dico sufficiente, è data dal comando a due mani. Quindi abbiamo fatto i discorsi sui cancelli, ma che ci fossero o meno sulla dinamica [...] non ha alcuna influenza».*

Stesso - ovviamente - il ragionamento da seguirsi per l'ipotesi di uso di pinza per mettere o per togliere l'oggetto da schiacciare, pinza che non era stata fornita, e della mancata organizzazione di specifici corsi di perfezionamento professionale per O., poiché, eliminata concettualmente la apparente suggestività degli argomenti, deve prendersi atto che la macchina non avrebbe mai dovuto mettersi in movimento sollecitata da un solo pulsante, perché era stata costruita e commercializzata per muoversi, in posizione manuale, soltanto previo doppio e contemporaneo comando. Ha detto l'ing. A. che l'operaio, *insomma, «poteva anche per assurdo giocherellare con il bottone e non aspettarsi che il maglio scendesse, perché non doveva»*.

A diverse conclusioni dovrebbe giungersi nel caso di azionamento della macchina in maniera automatica, quando cioè è selezionata la funzione per cui ogni *tot* secondi scende il maglio e nel tempo tra un colpo e l'altro l'operatore ha il compito di inserire il pezzo da lavorare e di toglierlo: in tal caso, infatti, è doveroso per il lavoratore inserire le grate e, prima ancora, per il datore di lavoro assicurare l'inserimento delle stesse e, prima ancora, per il produttore, prevedere la necessità di previo inserimento delle barriere di sicurezza rispetto alla discesa del maglio. Ma questa non è la situazione che si è concretamente verificata.

Anzi, a bene vedere, l'esame del funzionamento delle grate di protezione laterale ha fatto emergere un altro punto di negligenza del costruttore della pressa: infatti, si è scoperto che, qualora, come nel caso di specie, le grate fossero smontate ed appoggiate al macchinario, il contatto della calamite magnetiche delle grate con corpo della pressa creava un effetto per cui la macchina veniva "ingannata" e, ritenendo presenti e montate le paratie laterali, che invece erano smontate, consentiva il funzionamento, teoricamente anche con la posizione a colpo automatico selezionata, con evidente innalzamento del livello di pericolo per l'operatore. Ciò, comunque, non si è verificato.

Tornando ai fatti contestati, tenuto conto anche che circa un mese e mezzo dopo il 6 marzo 2002, circa nel maggio 2002, una pressa identica, ed infatti definita dagli operai "gemella", della medesima ditta presentò lo stesso tipo di problema e che, aperta la pulsantiera, vi si trovò della polvere di ferro, tolta la quale la macchina riprese a funzionare regolarmente, esce confermata la responsabilità del produttore-venditore Signora C. sotto il duplice profilo, evidenziato dal P.M., della rimproverabile prevedibilità-evitabilità dell'evento dannoso per violazione dei precetti di cui agli artt. 6, 2° comma, d.l.vo n. 626 del 1994, in relazione all'art. 2 d.p.r. n. 459 del 1996, con specifico riferimento all'allegato b1, punti nn. 1.2, 1.2.1 allegato I, 1.2.7 allegato I, e degli artt. 590 e 583, 1° comma, nn. i e 2 c.p. Con la sola precisazione che le violazioni contravvenzionali della disciplina speciale anti-infortunistica sono prescritte, a differenza delle altre.

2.4.3. - All'imputato datore di lavoro di D. O. sono state contestate, come si è visto, sia violazioni di puntuali specifici precetti sia violazioni del generale dovere di proteggere la salute e l'integrità fisica e morale del lavoratore, secondo le note clausole generali.

Le si esaminino.

2.4.3.1. - Sotto il profilo della colpa specifica, il sig. M. è stato accusato di *non avere «dotato la macchina [...] di ripari o dispositivi atti ad evitare che le mani o altre parti del corpo dei lavoratori siano offese dal punzone o da altri organi mobili lavoratori»* e di averla *«fatta funzionare priva di cancelli protettivi, forniti da venditore e previsti nel manuale d'uso, nonché richiesti dal d.p.r. n. 459/96, allegato I, pgf da 1.4 a 1.4.3.»,* il che, a ben vedere, è il medesimo aspetto, sia pure sotto un angolo prospettico parzialmente differente, e cioè: non avere dotato la macchina di strumenti di protezione o aver consentito che funzionasse senza tali strumenti.

Ebbene, come si è già visto in precedenza, la pur constatata assenza al momento dell'infortunio dei cancelli di protezione non è fatto in alcun modo causalmente connesso all'evento accaduto, poiché si è già visto che, essendo selezionata non già la funzione automatico-temporizzata ma quella del colpo a doppio comando congiunto, la pressa non avrebbe dovuto scendere perché la mano sinistra dell'agente non era sul bottone, tanto che è rimasta schiacciata sotto il colpo partito improvvisamente a causa del finto comando originato dal contatto elettrico derivante dalla presenza di trucioli e pulviscolo ferroso dentro la scatola dei comandi elettrici. È allora il caso di ribadire che, come efficacemente sintetizzato dal perito del giudice, l'operaio *«poteva anche per assurdo giocherellare con il bottone e non aspettarsi che il maglio scendesse, perché non doveva».*

Sotto tale profilo, alcun profilo di colpa giuridicamente significativo è addebitabile al datore di lavoro. Opinare diversamente significherebbe addebitare una condotta colposa non di danno ma di mero pericolo in un caso non previsto dalla legge.

2.4.3.2. - Leggendo la parte residua del capo di accusa si constata che l'imprenditore è anche accusato di condotta genericamente contraddistinta da *«colpa, consistita in imprudenza, negligenza ed imperizia, non avendo evitato che la macchina funzionasse anche con uno solo dei doppi comandi manuali, come, invece, avrebbe dovuto funzionare dalle impostazioni previste per quella lavorazione, nel quadro comando [...così] cagiona* [...nd]o *al dipendente sig. O. D., in atti generalizzato, lesioni»,* concetto sostanzialmente ribadito più avanti mediante richiamo di un'altra clausola generale dell'ordinamento anti-infortunistico e cioè *«dell'art. 35 comma 1 del d.lgs. 626/'94, perché non metteva a disposizione del lavoratore O. D. attrezzature da lavoro adatte al lavoro da svolgere ed*

idonee ai fini della sicurezza e della salute, in quando la pressa a cui esso lavoratore era addetto funzionava anche con un solo pulsante».

Ebbene, tali essendo le accuse mosse al M., occorre preventivamente comprendere se in esse possa e/o debba ricomprendersi l'accusa, sostanzialmente emersa dagli argomenti svolti dalle Parti nell'istruttoria, negli interventi e nelle discussioni, di "difetto di manutenzione" della macchina: si è detto, cioè, che se il sig. M. fosse stato più diligente nella manutenzione della pressa, in particolare nella vigilanza affinché nel quadro elettrico non si infiltrassero pezzetti o pulviscolo metallici, si sarebbe probabilmente potuto evitare che il 6 marzo 2002 partisse il colpo che ha offeso in maniera seria e non riparabile la integrità fisica del dipendente O.

Sotto questo profilo, un primo - e decisivo - rilevo si impone: tali essendo gli argomenti svolti negli interventi delle Parti, mentre la contestazione è solo quella formalmente mossa dal P.M. ed alla quale occorre attenersi, pena la violazione dei principi di corrispondenza tra chiesto e pronunziato, di rispetto dei ruoli processuali, di diritto di difesa nell'accezione (dinamica) di difendersi provando, questo fatto è giuridicamente insussistente.

2.5. - Ma anche ragionando diversamente, secondo uno schema logico in effetti seguito nella vigenza dell'abrogato codice di rito penale ma non più rispondente al novellato assetto processuale, in cui la prova si forma a dibattimento, e non prima, sicché non può ritenersi che la Difesa abbia implicitamente "accettato il contraddittorio" rispetto a condotte non espressamente contestate, seppure in qualche misura "affacciatesi" nell'istruttoria, il risultato pratico non muterebbe.

Infatti, alla domanda quale fosse la condotta alternativa esigibile nella concreta situazione dal Sig. M. in veste di datore di lavoro, il processo offre una risposta piuttosto lineare, emergente dai seguenti elementi di fatto: il macchinario era in regola, aveva il marchio "CE", era avvenuta la notifica all'organismo di controllo ed aveva la dichiarazione di conformità; il libretto di uso e manutenzione della pressa fornito dalla ditta C. non prevedeva di aprire la scatola dei contatti elettrici ma soltanto di controllare ogni sei mesi l'impianto elettrico con tester controllando i teleruttori e i contatti, pulendo con aria il quadro, se sporco (e non già la pulsantiera, che è quella al cui interno erano penetrati i trucioli e la polvere di ferro), e di sostituire i pulsanti nell'evenienza di rottura degli stessi svitando la ghiera e cambiando il pulsante, e che la manutenzione da parte dell'elettricista su incarico della ditta di M. veniva in effetti svolta; tale manutenzione elettrica è stata definita dal perito del giudice, senza eccezioni sul punto, *«fatta correttamente»;* il fascicolo tecnico della macchina, pur dopo la segnalazione della A.S.L. al Ministero, è stato giudicato regolare; la pressa non aveva mai presentato sino a quel giorno

alcun difetto di funzionamento; O. stava compiendo operazioni consentite e che, se correttamente eseguite e con macchina in regola, non erano da ritenersi concretamente pericolose per la salute e per la integrità fisica del lavoratore; il danno alla mano del Sig. O. è stato inequivocabilmente causato dal contatto elettrico di cui si è detto.

Ne discende che non si vede quale negligenza giuridicamente significativa possa/debba addebitarsi al Sig. M. Si noti, infine, che non è stata nemmeno ipotizzata una condotta alternativa concretamente esigibile da parte del datore di lavoro, tale da prevenire/evitare il danno: riprova ulteriore ne è il fatto che la Procura ha, in buona sostanza, contestato al datore di lavoro, sotto il profilo che qui si esamina, una colpa di tipo generico e non ha provveduto nel corso del dibattimento ad alcuna contestazione integrativa sul punto.

In senso contrario si sono in qualche modo "affacciati" nello sviluppo del dibattimento soltanto due elementi, entrambi non contestati dall'Accusa, il primo dei quali quasi impalpabile, il secondo escluso dalla logica e dai fatti. Nessuno dei due è idoneo a condurre a conclusioni diverse da quelle raggiunte. Quanto al primo, infatti, consistente nella segnalazione del perito del giudice e del c.t. del P.M., secondo cui la fessurazione della scatola dei comandi da cui era penetrata dall'alto verso il basso la polvere di ferro *«era rilevabile»* ovvero *«poteva essere riscontrata»,* può ragionevolmente obiettarsi che si tratta di un po' poco per affermare la responsabilità penale, attesa le limitatissime dimensioni della fessura, misurata in soli circa *«2-3 millimetri»* o in *«tre millimetri»* circa, e la impossibilità di individuare da quanto tempo si era verificato tale modestissimo scollamento delle superfici.

Quanto all'ulteriore, consistente nella osservazione della Difesa di C. circa la mancata installazione nei locali in cui era stata collocata la pressa di efficaci aspiratori, va rilevato che ad esso ha persuasivamente replicato l'ing. R., facendo presente che mai nessun aspiratore potrebbe risucchiare, a causa del peso, trucioli di ferro del tipo e delle dimensioni di quelli reperiti, descritti, fotografati, addirittura allegati in busta bianca inserita nella cartella blu allegata al fascicolo e, dunque, direttamente apprezzabili alla vista ed al tatto.

In tale contesto probatorio, allora, non si vede quale sia la condotta alternativa esigibile dal datore di lavoro, nel cui complessivo agire pare difficile, nel caso di specie, ravvisare gli estremi di una colpa rilevante in sede penale, a meno di voler costruire, come talora in materia civile, una posizione di garanzia assoluta del datore di lavoro, da ritenere sempre ed oggettivamente responsabile in ogni caso di infortunio del lavoratore. Il che, però, contrasta con i principi costituzionali e codicistici che governano il diritto penale. Altri sono i meccanismi riparatori civili ed amministrativi; altra la disciplina amministrativa, anti-infortunistica

e giuslavoristica per prevenire gli infortuni; altra, infine, la responsabilità penale, che postula una apprezzabile prevedibilità dell'evento dannoso.

Donde la soluzione espressa in dispositivo, quanto al datore di lavoro di D. O., G. M., con le formule ivi indicate (*Omissis*).

(1) La vicenda relativa ad un infortunio sul lavoro vede il convergere delle condotte di tre soggetti, evocando i quesiti che l'accertamento della responsabilità per colpa solleva qualora il fatto sia ascrivibile all'interazione di più persone. In breve l'infortunio si è verificato allorché un lavoratore è stato investito ad un arto superiore dalla pressa alla quale era addetto, riportando lesioni personali con malattia superiore a quaranta giorni e postumi permanenti.

Occorre premettere che la pressa risultava dotata di doppia pulsantiera di comando. Si tratta di un dispositivo che consente l'attivazione del macchinario soltanto se due pulsanti, collocati ai lati opposti dello stesso, vengano premuti contestualmente; in tal modo si scongiura che, durante il funzionamento della macchina, le mani dell'operatore, entrambe impegnate nell'attivazione, vengano a trovarsi nella zona di azione della pressa. Il macchinario risultava altresì fornito di una grata di protezione, particolarmente utile qualora la pressa veniva utilizzata, non con modalità di attivazione manuale, ma in automatico, ovvero colpo dopo colpo, senza che ogni colpo fosse preceduto dalla pressione dei due pulsanti.

I periti hanno accertato che al momento dell'infortunio la macchina, impostata per il funzionamento manuale, si era messa in moto a causa dell'infiltrazione di residui di lavorazione nella scatola dei comandi, i quali avevano attivato la pressa pur in assenza di un impulso impartito in tal senso dal lavorare. La pressa aveva, pertanto, investito una mano dell'operaio che si trovava nel raggio di azione del macchinario, mentre l'altra era stata inserita nell'apposito comando. Si è inoltre appurato che in quel momento il lavoratore non aveva abbassato le griglie di protezione che limitavano l'accesso all'area di azione.

Per quanto accaduto venivano rinviati a giudizio il datore di lavoro e il legale rappresentate della ditta che aveva prodotto e commercializzato il macchinario in questione, contestando agli stessi sia profili di colpa generica, che la violazione di regole cautelari positivizzate. Il giudice, nella sentenza in epigrafe, procede, seguendo un ordine cronologico, a verificare il ruolo avuto dai tre protagonisti della vicenda, da un lato il lavoratore e dall'altro i due imputati, onde comprendere quale comportamento questi ultimi avrebbero dovuto tenere. Il profilo più interessante della pronuncia attiene alla valutazione della rilevanza, agli effetti della responsabilità dei due imputati, della condotta realizzata dal lavoratore. Ciò in quanto, come premesso, era stato accertato che l'addetto al macchinario al momento del fatto non aveva azionato le griglie di protezione delle quali la pressa era dotata.

L'attenzione del giudicante si focalizza subito sulla natura colposa delle condotte contestate, mentre il profilo causale viene assunto quale premessa implicita, emergendo dai fatti così come ricostruiti l'apporto causale dei tre: il produttore ha immesso il macchinario nel mercato, il datore di lavoro lo ha impiegato nella sua azienda, il lavoratore lo ha materialmente azionato al momento del verificarsi dell'infortunio. A riguardo occorre evidenziare come, correttamente, le condotte del costruttore e quella del datore di lavoro, malgrado la evidente posizione di garanzia dagli stessi rivestita, non vengano ricostruite in chiave omissiva, secondo un approccio largamente ricorrente in giurisprudenza (su questa tendenza da ultimo: Amara, *Fra condotta attiva ed omissiva, nuovi criteri e reali conseguenze sul piano dell'imputazione dell'evento*, in *Cass. pen.*, 2007, 2793; Micheletti, *Tumori da amianto e responsabilità penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 217). Pertanto ci si limita a verificare se e quali regole cautelari avrebbero dovuto osservare i tre, assumendo come acclarata l'identità della condotta attiva realizzata.

Quanto al primo soggetto si contesta il non aver previsto in sede progettuale e di realizzazione una guaina a protezione della scatola dei comandi della macchina; guaina che avrebbe impedito l'infiltrazione di residui metallici della lavorazione e il conseguente contatto con l'attivazione della macchina malgrado soltanto un pulsante fosse stato premuto.

Il giudice passa quindi a considerare la condotta del lavoratore ponendosi una serie di quesiti a riguardo: se il mancato uso delle pareti protettive della pressa da parte dell'operatore potesse costituire evento interruttivo del nesso causale tra la condotta del produttore - venditore, se questo mancato uso sia rimproverabile al produttore o al datore di lavoro e se infine si potesse ipotizzare una cooperazione colposa della vittima nella causazione dell'evento.

L'analisi del primo punto avrebbe dovuto condurre a richiamare l'art. 41, comma secondo, c.p.; occorreva allora verificare se la condotta posta in essere dal lavoratore avesse dato vita ad un decorso causale autonomo. Il passaggio, tuttavia, viene saltato nella sentenza poiché l'esito del relativo accertamento offriva risultati di tutta evidenza. Si ricorda a riguardo che, sebbene sovente con sovrapposizione in sede di motivazione tra il piano dell'accertamento della colpa e quello della causalità, la giurisprudenza riconosce l'interruzione del nesso causale soltanto qualora la condotta del lavoratore sia del tutto anomala ed esorbitante rispetto al processo produttivo (tra le tante: Cass., sez. fer., 12 agosto 2010, G.A. e altro, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1159; Cass., sez. IV, 7 giugno 2005, A. P., in *Guida dir.*, 2005, n. 43, 90; Cass., sez., IV, 9 febbraio 1993, Giordano, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, 101, con nota di Volpe, *Infortuni sul lavoro e principio di affidamento;* Cass., sez. V, 24 novembre 1988, Fontanini, in *Giust. pen.*, 1989, II, 670). Si tratta pertanto di circostanze fattuali non ricorrenti nel caso di specie in cui non vi era stato da parte del lavoratore un uso improprio del macchinario.

Quindi, una volta accertato il nesso di causalità materiale, ovvero che la

condotta del lavoratore si poneva quale concausa antecedente dell'evento, il quesito in ordine alla prevedibilità della condotta inosservante del lavoratore atteneva piuttosto alla verifica di un rimprovero a carico del produttore o del datore del lavoro. In altri termini il giudice si sofferma sulla regola cautelare violata dal lavoratore proprio in funzione dell'accertamento del carattere colposo della condotta realizzata dal datore di lavoro.

Emerge allora dalla sentenza come nel caso in esame non fosse ravvisabile un nesso tra la violazione della regola cautelare del mancato azionamento delle griglie di protezione e l'evento realizzatosi. Il nesso al quale allude il giudicante non ha natura materiale, si tratta piuttosto del nesso "normativo" che viene generalmente espresso in maniera sintetica con la formula: l'evento realizzatosi deve concretizzare il rischio che la regola cautelare mirava a prevenire (Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 430 ss.; Marinucci-Dolcini, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009, 308 s.; Fornasari, *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso causale: "passi avanti" della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 719 ss.; Piergallini, *Attività produttive e imputazione per colpa prove tecniche di diritto penale del rischio*, *ivi*, 1997, 1473 ss.; in giurisprudenza: Cass., sez. IV, 23 aprile 2009, C.E., in *CED on line*, n. 244979; Cass., sez. IV, 6 luglio 2007, R.G., n. 37606; Cass., sez. IV, 17 maggio 2006, P.M. e altri, in *CED on line*, n. 235661; Cass., sez., IV, 24 maggio 1994, Carpani, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, 1446). Nella specie la regola cautelare violata dal lavoratore risultava diretta a scongiurare che, nell'impiego del macchinario con modalità automatica, gli arti dell'operatore venissero investiti dalla pressa. Pertanto, poiché al momento del verificarsi dell'infortunio la modalità prescelta, ovvero la modalità manuale con azionamento ad opera di doppio comando, rendeva impossibile che gli arti dell'operatore venissero attinti dalla pressa, in quanto impegnati nell'azionamento della stessa, il presidio rimasto inattivo si rivelava non necessario.

Dunque l'irrilevanza della violazione della regola cautelare da parte del lavoratore si riverbera sulla valutazione in ordine al carattere colposo della condotta del datore di lavoro. Ciò in quanto la regola cautelare gravante sul datore di lavoro viene ricostruita in funzione del comportamento del lavoratore. Segnatamente al datore di lavoro veniva *in primis* contestata la condotta contraddistinta da colpa per aver consentito che la macchina funzionasse anche con uno solo dei doppi comandi; contestazione che il giudicante non ritiene fondata non essendo state individuate condotte alternative esigibili dal datore di lavoro. Quindi nel capo di imputazione si rimproverava al datore di lavoro di non aver dotato la macchina di strumenti di protezione atti ad evitare che le mani o altri parti del corpo venissero offese, e nel aver fatto funzionare la pressa senza tali strumenti. Tenuto conto che in realtà la macchina era fornita di griglie protettive, ci sembra che l'addebito debba essere letto nel senso che il datore di lavoro non avrebbe vigilato sulla corretta attivazione dei dispositivi.

Ecco allora che il venir meno del carattere colposo della condotta del

lavoratore, in quanto non ravvisabile quel nesso di imputazione che deve sussistere tra la regola cautelare violata e l'evento verificatosi, si riflette sulla valutazione della responsabilità per colpa del datore di lavoro. In altri termini, il non avere impedito o l'aver consentito che la macchina funzionasse senza le griglie di protezione non rileva in quanto tale precauzione non era volta a scongiurare l'evento realizzatosi. Con la precisazione ovviamente che l'evento al quale si allude non è genericamente la lesione personale consistente nello schiacciamento dell'arto ad opera della pressa, quanto piuttosto l'evento che si realizzi con le specifiche modalità considerate dalla regola cautelare, ovvero lo schiacciamento nell'impiego della pressa con attivazione manuale per ogni singolo colpo.

MARIA CHIARA BISACCI

TRIBUNALE MONOCRATICO DI PERUGIA – SEZ. CITTÀ DI CASTELLO – 26 aprile 2010 – *Est*. CENCI – G. A.

Reati contro la persona – Delitti contro l'onore – Diffamazione – Col mezzo della stampa – Scriminante del diritto di cronaca – Esclusione (c.p., artt. 51, 595).

Integra gli estremi del delitto di diffamazione col mezzo della stampa, non ricorrendo la scriminante del diritto di cronaca, la pubblicazione su un settimanale di un articolo incentrato su temi morbosi suggestivamente accostati ad un vero fatto di cronaca, in modo da produrre un effetto distorto sulla rappresentazione della realtà tale da offendere e denigrare l'immagine di una intera comunità (1).

(*Omissis*). 1. – Questioni procedurali. – Vanno preliminarmente affrontate le dedotte questioni procedurali di dedotta carenza di legittimazione attiva in capo al ricorrente – Sindaco di C. di C., di incompetenza del giudice adito *ex* artt. 30-*bis* c.p.c. ed 11 c.p.p. (entrambe eccezioni sollevata dagli Avvocati B. e L.) e di difetto di legittimazione passiva della convenuta M. O. (sollevata dagli Avvocati M. e B. M.).

1.1. – Sulla dedotta carenza di legittimazione di Parte attrice. – Circa la prima, condivisibili le argomentazioni dell'Avvocato M., peraltro con richiamo di ampia giurisprudenza pertinente, secondo cui l'ente

– amministrazione comunale, in quanto rappresentativo della comunità politica, in senso più lato, e cittadina, cioè ente esponenziale dell'insieme degli abitanti di un determinato territorio, pacificamente può essere vittima del delitto di diffamazione e, dunque, ben può avanzare pretese risarcitorie per danni asseritamente cagionati per effetto di condotte del tipo di quelle dedotte (*Omissis*).

2. – Il fatto. – Nel merito, è incontestato ed incontestabile che nel n. 17 del 22 aprile 2004 del settimanale "p.", alle pp. 56-58, è stato pubblicato (preceduto dal richiamo nell'indice generale intitolato "*Tragedia di M.C. di C. Il paese dei mostri*"), l'articolo di G. A., che di seguito si trascrive integralmente, sotto il complessivo titolo "*Attualità. Provincia malata. C. di C. Prostituzione, droga, rapine: il paese dove è stata massacrata la piccola M. nasconde un'anima trasgressiva e violenta. Che potrebbe aver generato il delitto e, adesso, coprire la soluzione del giallo. Certi inconfessabili segreti*":

«Eros e Thanatos, amore e morte, pulsano insieme nell'inconscio della provincia italiana. In questo caso tra C. di C. e S., a cavallo tra U. e T. Borghi medioevali in cui, all'ombra dei campanili, si intrecciano storie di pedofili e assassini, di amori a pagamento e tradimenti. Magari da esibire davanti a telecamere amatoriali.

Nella videoteca a pochi metri dalla stazione di S. il filmino fai-da-te non è mai arrivato. "Lo vendevano nelle edicole, ne parlavano tutti" confida la titolare. Il distributore aveva scelto un circuito poco ufficiale per le avventure hard di un giovane imprenditore della Val T. Che nessuno dei cittadini è riuscito a smascherare. Oggi del nastro non c'è traccia. Vive solo nel passaparola dei sansepolcrini, che si interrompe di fronte al forestiero. Tra le mura della confinante C. di C. le giornate sono riscaldate da ricordi persino più piccanti. Il giorno della Festa della donna di un anno fa, quattro signore di ritorno dalla loro serata di libertà trovarono i mariti impegnati in un "trenino" che fece deragliare la tranquilla quotidianità delle loro famiglie. La voce si sparse in fretta e qualche giorno dopo uno dei "vagoni", noto commerciante, trovò davanti al proprio negozio un dono imbarazzante: un cesto di banane.

Racconti licenziosi che in quest'angolo di provincia si incrociano con la cronaca nera, come la vicenda che ha inorridito C. di C. a inizio aprile: la violenza e l'omicidio della piccola M. G., 3 anni da compiere. È stata uccisa da un gruppo di pedofili ? E' stata venduta dalla famiglia indigente? Durante le indagini, nella caserma dei carabinieri, come in un nuovo Decamerone, finiscono a verbale solo storie scollacciate. Un esempio: nella garconierre dell'imprenditore trentaduenne G. G., accusato di essere l'assassino, i militari hanno trovato un vibratore, acquistato in un sexy shop di Arezzo. La pista è interessante: è quello l'oggetto con cui la bambina è stata stuprata? Gli investigatori cercano una risposta

e aggiungono solo un altro capitolo al B-movie della Val T. Una signora dalla doppia vita, moglie insospettabile e amante focosa, spiega: "Il fallo? Io e il mio amante G. G. l'abbiamo comprato insieme, lo usava con me". Sesso spensierato, ma anche morboso.

A U., pochi chilometri da C. di C., nelle scorse settimane un ragazzo ha ricevuto la visita dei carabinieri su mandato della procura di Roma. L'accusa? Aver scaricato materiale pedofilo da internet. Forse sa qualcosa degli orchi che mangiano (non solo metaforicamente, visti i morsi e i graffi rinvenuti sul corpo della piccola M.) i bambini in questo fazzoletto di U. Per ora l'unica certezza è che l'inchiesta procede a rilento. I più informati assicurano che quando gli uomini dell'Arma hanno sequestrato i tre cellulari dei genitori della bambina, più di un uomo ha tremato. La rubrica di mamma T. potrebbe essere un elenco di presunte scappatelle extraconiugali. Massimo, il marito, non si è scomposto. Ai suoi avvocati ha confidato di essere a conoscenza dei tradimenti della moglie e di averli già perdonati.

Per gli amici di G. la donna era l'amante dell'imprenditore, ma i contabili delle liaison della signora le attribuiscono almeno altri due flirt, uno con un giovane locale e un altro con un trentenne genovese di nome L., ufficialmente portuale. "I due si erano conosciuti quando T. viveva in Puglia" assicura l'ex amica e vicina di casa, E. M., trentasettenne operaia cubana. "L'estate scorsa L. si è trasferito per alcuni giorni in casa di G. per un chiarimento a tre: voleva portare via con sé T. e la bimba". Alla fine L. se n'è andato da solo, "in cambio di un prestito in denaro". Un prestito ? "Guardi che i G. non sono poveri come provano a far credere. T. preferisce non lavorare e ha tre cellulari, compreso uno di quelli che scattano foto". Per la verità la famiglia non possiede altro, a parte una Fiat Panda. Lui nel 1998, 2000 e 2001 ha lavorato per la c. costruzioni di Erchie (Brindisi), suo paese natale. Lei faceva la domestica presso la famiglia di un architetto. Ora M. e i coniugi G. si chiariranno in Tribunale.

A rappresentare gli opposti interessi saranno i fratelli G. e M. Z., avvocati i cui studi sono separati da una piazza e da anni di dissapori familiari. Pure loro sembrano personaggi usciti dalla penna di Piero Chiara, il Balzac della provincia italiana.

Nella chiesa di S. il parroco chiude la porta in faccia all'ennesimo cronista, al C. bar non ne possono più di domande e in via S., casa e bottega di G., il mostro dai capelli "rosci", la giovane vicina affila sguardo e mascella: "Non vi conviene disturbare la famiglia". Le finestre sono tappate. Tra queste villette candide, in mezzo a campi e officine, G. ha una piccola impresa di piastrellatori, un cascinale bianco con dieci vani e un'altra casa di 110 metri quadrati. Nel cortile un'Alfa 147 nuova di fabbrica e due furgoni. È tutto qui il suo impero, riassunto in una dichiarazione dei

redditi da 5 mila euro. Di certo in questo paesone laborioso, gran produttore di camice e biscotti i soldi non mancano. Come abbondano nella vicina C. di C., quasi 40 mila anime, una banca ogni 2 mila abitanti e un'area industriale con oltre mille ditte artigianali, dalle stamperie agli scatolifici, probabilmente la più alta concentrazione in Italia.

Una facciata da provincia formicolante di lavoro che nasconde un'anima trasgressiva e violenta. Per capirlo basta una visita ai carabinieri di C. di C., che vigilano su 77 mila persone e circa 1.000 chilometri quadrati di fiumi, boschi e colline. Il tenente G. I., un passato nel Ros, il sosia del comico genovese Maurizio Crozza, sciorina dati: nel 2003 i suoi uomini hanno arrestato 92 persone, la maggior parte straniere, e ne hanno denunciato a piede libero circa 500. L'ultimo delitto, prima della morte di M., risale al novembre 2002, quando tre uomini trucidarono una giovane colf dominicana all'interno di una villa.

Prostituzione e droga, oltre a rapine e furti, infettano l'aria: in un anno i carabinieri hanno chiuso due bordelli, arrestando sei persone, e hanno sequestrato 1,2 chilogrammi di cocaina e 1.300 pastiglie di ecstasy. L'anno precedente avevano sbarrato due night club. Interventi che non hanno fermato il mercato dell'eros a pagamento.

"Qui di sesso ce n'è in abbondanza" giura I. Quattro o cinque locali notturni continuano a lavorare a pieno regime, mentre nel centro storico le professioniste dell'amore, soprattutto sudamericane, fanno buoni affari, anche a Pasqua. Camere con vista su una provincia porcellona che sembra non avere dimenticato l'antico nome di C. di C.: Castrum felicitatis.

Ma il sesso non basta a chi visita la città. Nel centralissimo Caffè L. il proprietario stampa da internet le ultime notizie per i turisti impegnati in macabri tour nella città del mostro. Ripercorrono la via crucis di M. G., dai giardinetti di piazza F. all'appartamento di via A. In pochi entrano nella chiesa di San Francesco, dove Raffello Sanzio dipinse uno dei suoi capolavori: lo sposalizio della Madonna.

I negozianti della via sussurrano storie che si gonfiano al passaggio dei curiosi. Nell'appartamento degli orrori qualche anno fa sarebbe morto di overdose il figlio del proprietario. Un luogo maledetto dove G. avrebbe organizzato feste con amici, che nei pettegolezzi si trasformano in party alla cocaina. Ma in queste lande le cronache dei giornali non bastano a sfamare la morbosità degli abitanti. Che infiorano la storia a modo loro. Come per il mostro di Firenze e quello di Foligno spuntano piste massoniche ("In città ci sono tre logge" giurano in centro) e sette sataniche. M. G., vittima del suo nome evangelico, sarebbe stata sacrificata a Satana durante la settimana santa, non a caso in via A. davanti al cinema E. C'è chi giura che alla bambina sarebbe stato prelevato un organo da immolare il venerdì santo. La verità dei medici non è meno

crudele: le percosse del suo assassino, e chissà cos'altro, hanno devastato l'intestino della piccola, le hanno fermato il cuore prima del suo arrivo al pronto soccorso.

Nessuna offerta al demonio, più probabilmente alla noia della vita di provincia.

(ha collaborato M. O.)».

3. – Le valutazioni. – L'attenta e serena valutazione del testo nella sua interezza mostra, con tutta evidenza, come sostenuto dagli attori con validità di argomenti, non adeguatamente confutati dai ricorrenti, la grave diffamatorietà dell'articolo, sotto plurimi profili.

Infatti, il testo che si è integralmente riportato contiene affermazioni palesemente offensive e denigratorie dell'immagine della intera popolazione del Comune di C. di C., con una rappresentazione tendenziosa e parziale di fatti che, in alcuni casi, non hanno nulla a che vedere con la realtà locale e che, in altri casi, appaiono mero pretesto, sullo sfondo della tragica uccisione della piccola M. G., per fare, in realtà, uno "scoop" incentrato su temi morbosi, e dunque tali, secondo l'*id quod plerumque accidit*, da attirare l'attenzione dei lettori, temi che appaiono inconferenti rispetto alla corretta ricostruzione della vicenda e, comunque, rappresentati in modo sproporzionato: prostituzione, droga, pedofilia, rituali diabolici allucinanti e misteriosi.

Si consideri già l'*incipit* dell'articolo: "*Attualità. Provincia malata. C. di C. Prostituzione, droga, rapine: il paese dove è stata massacrata la piccola M. nasconde un'anima trasgressiva e violenta. Che potrebbe aver generato il delitto e, adesso, coprire la soluzione del giallo*", seguito dalla riferita leggenda di un filmino pornografico, di cui già per ammissione dell'articolista non vi è concreta traccia, di una diceria di paese circa relazioni sessuali omosessuali asseritamente scoperte il giorno della festa della donna dell'anno prima, insomma di "*racconti licenziosi che si incrociano* […] *con la cronaca nera*", come nel caso della piccola M. G., rispetto alla cui morte, però, le rivelazioni del settimanale, incentrate, appunto, su voci di paese circa eventi licenziosi, non offrono alcun elemento di pertinenza o di utilità conoscitiva o ricostruttiva ovvero anche lontanamente riconducibile alla nobile nozione di giornalismo d'inchiesta. Si tenga conto, al proposito, oltre a quanto già riferito, del successivo accostamento tra U., S. e C. di C., i tre principali centri abitati dell'alta valle del T., mostrati come un trittico epicentro di perversioni di vario genere: l'autore inizia con U., ove sarebbe stato rinvenuto materiale pornografico pedofilo scaricato da internet nella disponibilità di una persona che *"Forse sa qualcosa degli orchi che mangiano (non solo metaforicamente, visti i morsi e i graffi rinvenuti sul corpo della piccola M.) i bambini in questo fazzoletto di U.*"; prosegue con S., dove viveva e lavorava G. G., accusato di essere l'assassino della piccola M.;

passa, infine, a C. di C., località vicina e simile per tessuto economico-socio-culturale alla residenza di G., con la descrizione di un ambiente che sarebbe caratterizzato da un numero di reati che viene indicato con particolare enfasi: i Carabinieri "*nel 2003* […] *hanno arrestato 92 persone, la maggior parte straniere, e ne hanno denunciato a piede libero circa 500. L'ultimo delitto, prima della morte di M., risale al novembre 2002, quando tre uomini trucidarono una giovane colf dominicana all'interno di una villa*". Sottolineatura successiva: "*Prostituzione e droga, oltre a rapine e furti, infettano l'aria: in un anno i carabinieri hanno chiuso due bordelli, arrestando sei persone, e hanno sequestrato 1,2 chilogrammi di cocaina e 1.300 pastiglie di ecstasy. L'anno precedente avevano sbarrato due night club. Interventi che non hanno fermato il mercato dell'eros a pagamento. "Qui di sesso ce n'è in abbondanza" giura I.* [il Comandante dei Carabinieri]. *Quattro o cinque locali notturni continuano a lavorare a pieno regime, mentre nel centro storico le professioniste dell'amore, soprattutto sudamericane, fanno buoni affari, anche a Pasqua*", affermazione quest'ultima che suggerisce al lettore che persino il giorno della Risurrezione di Cristo, in pratica senza alcun ritegno o scrupolo, a C. di C. ci si concentrerebbe sul sesso a pagamento. In ogni caso in un contesto insano, già riferito, in cui "*Prostituzione e droga, oltre a rapine e furti, infettano l'aria*".

Il "trittico" così delineato U. – S. – C. di C., sintetizzato come "*Camere con vista su una provincia porcellona che sembra non avere dimenticato l'antico nome di C. di C.: Castrum felicitatis*", prelude al passaggio successivo dell'articolo, al binomio sesso – morte, peraltro già anticipato nella prime righe dell'articolo: "*Eros e Thanatos, amore e morte, pulsano insieme nell'inconscio della provincia italiana. In questo caso tra C. di C. e S., a cavallo tra U. e T. Borghi medioevali in cui, all'ombra dei campanili, si intrecciano storie di pedofili e assassini, di amori a pagamento e tradimenti. Magari da esibire davanti a telecamere amatoriali*". Prosegue infatti il testo: "*Ma il sesso non basta a chi visita la città. Nel centralissimo Caffè L. il proprietario stampa da internet le ultime notizie per i turisti impegnati in macabri tour nella città del mostro. Ripercorrono la via crucis di M. G., dai giardinetti di piazza F. all'appartamento di via A. In pochi entrano nella chiesa di San Francesco, dove Raffello Sanzio dipinse uno dei suoi capolavori: lo sposalizio della Madonna. I negozianti della via sussurrano storie che si gonfiano al passaggio dei curiosi. Nell'appartamento degli orrori qualche anno fa sarebbe morto di overdose il figlio del proprietario. Un luogo maledetto dove G. avrebbe organizzato feste con amici, che nei pettegolezzi si trasformano in party alla cocaina. Ma in queste lande le cronache dei giornali non bastano a sfamare la morbosità degli abitanti. Che infiorano la storia a modo loro. Come per il mostro di Firenze e quello di Foligno spuntano piste masso-*

niche ("In città ci sono tre logge" giurano in centro) e sette sataniche. M. G., vittima del suo nome evangelico, sarebbe stata sacrificata a Satana durante la settimana santa, non a caso in via A. davanti al cinema E. C'è chi giura che alla bambina sarebbe stato prelevato un organo da immolare il venerdì santo. La verità dei medici non è meno crudele: le percosse del suo assassino, e chissà cos'altro, hanno devastato l'intestino della piccola, le hanno fermato il cuore prima del suo arrivo al pronto soccorso. Nessuna offerta al demonio, più probabilmente alla noia della vita di provincia".

Non vi è dubbio che il senso complessivo dell'articolo appare devastante per l'immagine della zona nord dell'U. (oltre che per la parte di T. confinante – S.), descritta, a partire dal suo centro più importante, C. di C., come terre ove si respira un'aria infettata da prostituzione, da droga, da rapine e da furti, come terre di pedofili, di orchi che mangiano (e "*non solo metaforicamente*") i bambini, di consumatori di droga, di veri e propri ammalati di sesso, di satanisti o, in alternativa, di perversi assassini che dedicandosi a feroci rituali colmerebbero la noia della vita di provincia. Ed in tale contesto insano, quasi un girone infernale, sarebbe da rinvenire, come espressamente dichiarato, più che suggerito, da A. in premessa, l'*humus* dell'efferato delitto: "*Provincia malata. C. di C. Prostituzione, droga, rapine: il paese dove è stata massacrata la piccola M. nasconde un'anima trasgressiva e violenta. Che potrebbe aver generato il delitto e, adesso, coprire la soluzione del giallo*". Con una ricostruzione, in ultima analisi, circolare, secondo uno schema classico della conferma delle conclusioni già anticipate in premessa: ma i contenuti della riferita ricostruzione appaiono non veri e gratuitamente, cioè senza alcuna necessità, offensivi della immagine di una intera comunità e dei singoli che vi appartengono, sia per quanto espressamente è scritto ("*C. di C. Il paese dei mostri*", *"Provincia malata. C. di C."*, *"Provincia porcellona"*) sia per quanto si suggerisce in uno scorretto accostamento con l'assassinio della piccola M. (chiusura di case di appuntamento, sequestri di droga, delitti vari), sino ad insinuare, in definitiva, ed in modo assai poco velato, che si tratta di terra criminale ed a conseguente rischio criminogeno.

Va anche precisato che la istruttoria testimoniale ha ulteriormente confutato le gravi asserzioni contenute nell'articolo: il gestore del bar Café l. ha escluso, per quanto a sua conoscenza, che fosse vero che si fornissero nel locale notizie relative al delitto traendole da internet (verbale del 6 giugno 2006; conforme l'interrogatorio in pari data della Signora M. O., del cui disinteresse all'esito del processo, però, è lecito dubitare); l'Ufficiale dei Carabinieri già comandante la Compagnia ha riferito circa la veridicità di dati istat relativi ad operazioni di polizia svolte sul territorio, peraltro notoriamente non caratterizzato da parti-

colari problemi di ordine pubblico, senza che però ciò implichi in alcun modo che C. di C. divenga o possa o debba essere considerata un "paese *dei* mostri", cioè un paese abitato da mostri o, in alternativa ermeneutica comunque parimenti illecita, un paese generatore di mostri, come indicato nel sommario di "p." di cui si è detto.

L'uso del plurale, dunque, non è elemento di valutazione secondario, difformemente da quanto argomentato dai convenuti alla pp. 8-9 della comparsa di costituzione.

3.1. – Sulla non ricorrenza di scriminanti. – Non applicabile alcuna scriminante nel caso di specie.

3.1.1. – Non evocabile la verità oggettiva del contenuto, poiché l'articolo contiene una serie di affermazioni non vere o che, se pure in sé vere, sono eterogenee ed inconferenti rispetto all'assassinio della piccola M. G., oltre che presentate in maniera parcellizzata, reiterata ed accostate tra di loro in modo suggestivo e, in definitiva, tale da produrre un effetto distorto sulla rappresentazione della realtà: il lettore del testo, ove vi presti fede, è portato a credere che la cittadina altotiberina sia una specie di nuova Sodoma e Gomorra, dove l'unico interesse degli abitanti sarebbe dedicarsi a pratiche sessuali trasgressive, dove il male sarebbe concretamente tangibile quasi ovunque, dove addirittura i bambini sarebbero a rischio di essere mangiati, e non solo per modo di dire (secondo il testuale pensiero di G. A.), dove potrebbe essere concreto il rischio di incappare in riunioni sataniche a base di sangue e di sesso, tenuto anche conto che il centro storico della cittadina viene presentato come una casa di appuntamenti ed il generale contesto urbano come investito da fiumi di droga.

In una simile situazione, nemmeno immaginabile il ricorso alla categoria della verità putativa, frutto di serio e diligente lavoro di ricerca. Sostanzialmente ammesso – ulteriore particolare rilevante – da Parte convenuta nei propri scritti che non vi è traccia dell'ulteriore delitto del 2002 all'interno di una villa, delitto evocato nell'articolo ad ulteriore esempio della pericolosità del contesto.

3.1.2. – L'interesse pubblico alla conoscenza difetta nel caso di specie poiché esso esiste soltanto nella misura in cui i fatti siano veri e, comunque, frutto di accurate indagini ricostruttive del giornalista, tali da rendere – almeno – gli accadimenti altamente verosimili, secondo criteri logici e razionali, non già derivanti da pure voci correnti nel pubblico ed espressi in termini di illazioni e di accostamenti malevoli ed insinuanti. Altro è fornire i dati relativi ad un orribile delitto che ha certamente scosso una intera comunità e svolgere una seria inchiesta giornalistica di cronaca nera, altro invece è, come accaduto, prendere quasi a pretesto il gravissimo fatto occorso, la uccisione della piccola M. G., per descrive un intero territorio come pervaso da pratiche sostanzialmente perverse e persino demoniache, tanto da costituire fertile vivaio per crimini del

tipo di quelli accaduti, come si è visto respirandosi aria infettata da gravi delitti e da comportamenti riprovevoli.

3.1.3. – Non esiste nemmeno il requisito della continenza formale poiché, pur mancando singole espressioni in sé non consentite, è l'insieme dell'articolo che risulta complessivamente incontinente ed illecito, in quanto è il risultato di accostamenti suggestivi, di plurimi passaggi maliziosi ed insinuanti, di sottintesi, di vere e proprie illazioni, con risultato finale gravemente difforme dal vero. Tanto che nella comparsa di costituzione e risposta (alla p. 5) non si esclude, sia pure in un discorso ipotetico ed in un contesto argomentativo *ad opponendum*, che i toni usati possano essere considerati "accesi".

3.2. – Le responsabilità. – Tenuti a rispondere del fatto, costituente illecito sia penale (595 c.p.) che civile (2043 c.c.), di cui ricorrono tutti i presupposti, sono sia l'autore dell'articolo, il cui dolo appare evidente alla sola lettura del testo, essendo pacificamente sufficiente l'elemento soggettivo intenzionale generico, e, in pari misura, il direttore responsabile del periodico, per avere vistosamente omesso, atteso il risultato, di esercitare il doveroso controllo.

Deve ritenersi in conseguenza responsabile, per fatto oggettivo, la società proprietaria della testata, in persona del legale rappresentante: pertanto va condannata in solido ai sensi della legge sulla stampa n. 47 del 1948 (*Omissis*).

(1) Quando vittima della diffamazione a mezzo stampa è un'intera cittadina

1. "*Il paese dei mostri*" è questa la definizione che si è vista appioppare da un articolo comparso su noto settimanale una tranquilla città di provincia. Per la verità, tale definizione risulta solo dall'indice generale della rivista, a cui fa seguito però un corposo titolo tutto inneggiante alla *"Provincia malata"*… a *"Prostituzione, droga, rapine"*… e a *"Certi inconfessabili segreti"* di cui la menzionata cittadina sarebbe depositaria. Il testo dell'articolo, dal canto suo, fin dalle prime righe, si snoda attorno al "binomio sesso-morte", incentrandosi, per un verso, sulla rivelazione di alcuni episodi legati a prostituzione, tradimenti omosessuali, droga, pedofilia, filmini pornografici, satanismo e massoneria ipoteticamente realizzati per ovviare alla noia della vita di provincia; per altro verso, sul "forzoso" accostamento di tale contesto criminale (e criminogeno) con l'efferato omicidio di una bambina di tre anni realmente avvenuto in quella zona. Proprio per il fatto che l'articolo risulta offrire "una rappresentazione tendenziosa e parziale di fatti" che sembrano prevalentemente fondarsi su voci di paese assunte in relazione ad eventi licenziosi, il giudice di Città di Castello non può che riconoscere la "grave diffamatorietà" dell'articolo stesso.

2. La decisione che si annota, in considerazione delle premesse di fatto

sopra brevemente evidenziate, appare totalmente condivisibile sia in punto di configurabilità del delitto di diffamazione a mezzo stampa, sia in punto di insussistenza di scriminanti, profili, entrambi, forieri di alcune considerazioni, anche con riguardo alla natura "collettiva" del soggetto passivo del reato.

La fattispecie di cui all'art. 595 c.p. condivide con quella immediatamente precedente il bene giuridico tutelato, trattandosi di ipotesi criminose poste a presidio dell'onore: si offende l'onore o il decoro di una persona presente nell'ingiuria; si aggredisce l'altrui reputazione, intesa come riflesso, in termini di considerazione sociale, dell'onorabilità, comunicando con più persone, ma in assenza della persona offesa, nella diffamazione [(1)]. Proprio il bene giuridico tutelato potrebbe porre qualche problema di sua adattabilità alla struttura "pluralistica" del soggetto passivo, specie nell'ottica di una concezione «fattuale» dell'onore che condurrebbe a considerare l'oggetto giuridico delle suddette disposizioni come un dato della realtà psichica o come un elemento della realtà psico-sociale [(2)].

Alla luce, invece, del principio personalistico che impronta la nostra Costituzione e l'intero nostro ordinamento l'onore viene percepito come «bene personalistico costituzionalmente orientato» [(3)] che trova il suo fondamento direttamente nelle scelte di valore contenute nella Carta costituzionale, laddove, pur in assenza di una specifica previsione, si fa riferimento "ai diritti inviolabili dell'uomo", sia come singolo, sia – ed è il profilo che qui più interessa – nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e alla pari dignità sociale dei singoli, per cui un membro della società non può elevarsi a giudice delle altrui indegnità ed esprimere in vario modo giudizi negativi sulle persone. È quest'ultima, la c.d. concezione «normativa» ad essere oggi largamente dominante, in virtù della quale l'onore è un valore interiore della persona, di natura originaria, sempre meritevole di protezione penale, aspetto proprio della dignità umana e della personalità del singolo in quanto tale [(4)]. Dunque, dalla combinazione dell'essenza per-

---

(1) Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, *I delitti contro la persona*, II, t. I, Bologna, 2007, 77; Siracusano, *Ingiuria e diffamazione*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 32; Reinotti (agg. da Ranzatto), Sub *art. 595*, in *Codice penale*, a cura di Padovani, t. II, Milano, 2007, 3552.

(2) Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte Speciale*, cit., 77.

(3) Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 199.

(4) Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte Speciale,* cit., 77-78, questa concezione di onore, secondo gli AA., avrebbe il merito di dare una spiegazione razionale convincente alla sempre auspicata ricostruzione unitaria delle fattispecie di ingiuria e diffamazione che per anni ha connotato l'opera interpretativa di dottrina e di giurisprudenza. In casi molto controversi come quello classico di chi apostrofa una meretrice con l'epiteto di prostituta o di chi offende un soggetto che non ha ancora una

sonalistica di questa nozione con le disposizioni di matrice costituzionale che impongono di tutelare l'individuo anche nelle formazioni sociali in cui si esplica la sua personalità, può ricavarsi la legittimazione di un Comune ad essere vittima di diffamazione, e di conseguenza, portavoce di pretese risarcitorie in quanto, come si legge nella decisione in commento, l'ente-amministrazione comunale è rappresentativo della comunità politica e cittadina, o meglio è un "ente esponenziale dell'insieme degli abitanti di un determinato territorio" (5): l'offesa all'onore-reputazione del gruppo si traduce inevitabilmente nell'offesa al singolo membro di esso. Le considerazioni del giudicante trovano riscontro anche nella giurisprudenza di legittimità, laddove, già da tempo, si è sostenuto come "in tema di diffamazione, la capacità di essere titolari dell'onore sociale e di essere soggetti passivi del reato non può essere esclusa nei confronti di entità giuridiche o di fatto - associazioni, partiti, fondazioni, comunità religiose, corpi amministrativi e giudiziari - in quanto rappresentativi sia di un interesse collettivo unitario ed indivisibile in relazione alla finalità perseguita, sia degli interessi dei singoli componenti" (6), pertanto "le espressioni denigratorie dirette nei confronti di singoli appartenenti ad un'associazione od istituzione possono, al contempo, aggredire anche l'onorabilità dell'entità collettiva cui essi appartengono, entità alla quale, conseguentemente, anche compete la legittimazione ad assumere la qualità di soggetto passivo di delitti contro l'onore. Ne consegue che, quando l'offesa assume carattere diffusivo (nel senso che essa viene ad incidere sulla considerazione di cui l'ente gode nella

considerazione fattuale nel luogo in cui si è da poco tempo trasferito per lavorare sarebbe possibile concedere a questi soggetti la giusta protezione penale semplicemente interpretando il dato normativo nella indicata ottica costituzionale, così considerando il bene giuridico dell'onore come un irrinunciabile connotato della dignità sociale della persona umana e di ogni uomo in quanto tale. V. anche, Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, 138 ss.; Siracusano, *Ingiuria e diffamazione*, cit., 33.

(5) Si veda al riguardo quanto riportato da Sommaruga, Sub *art. 595*, in *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini-Marinucci, II, Milano, 2006, 4044, secondo cui è maggioritaria la tesi dottrinale volta ad ammettere come soggetti passivi del reato di diffamazione anche le persone giuridiche e gli enti collettivi di fatto. La giurisprudenza, dal canto suo, sembra riconoscere alle persone giuridiche, alle associazioni, agli enti di fatto privi di personalità giuridica, alle fondazioni, alle comunità religiose, ai corpi amministrativi e giudiziari la capacità di essere soggetti passivi del delitto di diffamazione e la corrispondente titolarità del diritto di querela, affermando l'esistenza di un onore sociale, collettivo, quale bene morale di tutti i soci, associati, componenti, membri come un tutto unico, capace di percepire l'offesa. Si richiamano al riguardo, in dottrina tra gli altri Chiarolla, *La diffamazione a mezzo stampa*, Forlì, 2004; Verri-Cardone, *Diffamazione a mezzo stampa e risarcimento del danno*, Milano, 2003; Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, 2008, 206-207; in giurisprudenza, Cass., sez. V, 7 ottobre 1998, Faraon, in *Riv. pen.*, 1999, 178; G.u.p. Trib. Roma, 29 luglio 2002, Minoli, in *Guida dir.*, 2002, n. 43, 77, con nota di Lembo.

(6) Cass., sez. V, 30 gennaio 1998, Sandri, in *Cass. pen.*, 1999, 507, con nota di Lazzari; Trib. Roma, 19 gennaio 1984, Cavallai, *ivi*, 1984, 1265.

collettività), detto ente, al pari dei singoli soggetti offesi, è legittimato alla presentazione della querela ed alla successiva costituzione di parte civile e ad esso compete eventualmente la facoltà di proporre impugnazione nelle ipotesi particolari previste dall'art. 577 c.p.p." [7].

Vi è di più. Anche il dato letterale depone nel senso della configurabilità dell'ente collettivo come "vittima" del delitto di diffamazione (a mezzo stampa) posto che l'offesa all'«altrui reputazione» richiesta dall'art. 595 c.p. è espressione linguistica di più generica portata e di più ampio significato che non l'offesa all'onore o al decoro di una «persona presente» richiesta invece dall'art. 594 c.p., profilo, infatti, su cui si sono appuntate alcune critiche volte proprio ad escludere la configurabilità di una offesa "ingiuriosa" collettiva [8]. Inoltre, sempre dal dato letterale ed in particolare dall'ultimo comma dell'art. 595 c.p. che prevede un aumento di pena qualora l'offesa sia rivolta ad un «corpo politico, amministrativo o giudiziario, o ad una sua rappresentanza, o ad una autorità costituita in collegio», si ricaverebbe la sicura inclusione delle persone giuridiche nella categoria dei soggetti passivi del reato [9]. Si noti ancora che nel caso deciso dalla sentenza in commento non sorgono dubbi di sorta nemmeno in merito alla identificazione del soggetto passivo, pur trattandosi di un'offesa rivolta ad un numero indeterminato di persone: infatti, anche in assenza di una "aggressione nominativa", è comunque possibile ravvisare gli estremi del delitto di diffamazione quando ad essere offesa sia una pluralità di persone, una collettività, purché agevolmente ed univocamente identificabile (delimitabile), in modo diretto od indiretto [10].

3. Ai fini della configurabilità del delitto di diffamazione occorrono, oltre alla sussistenza di un'offesa alla reputazione realizzata comunicando con più persone e di sicuro maggiormente dannosa quando arrecata col mezzo della stampa, proprio per il suo potenziale di diffusività, anche l'assenza di cause di giustificazione. Si noti che la causa di giustificazione più spesso invocata rispetto ai reati contro l'onore è l'esercizio del diritto, poiché ad essa vengono ricondotti, come espressione del diritto sancito dall'art. 21

---

[7] Cass., sez. V, 26 ottobre 2001, S., in *Giur. it.*, 2003, 1444.

[8] Cfr., in particolare Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., 189 ss.

[9] Forchino, *Ingiuria e Diffamazione*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, 1957, 686 ss.

[10] Cass., sez. V, 11 marzo 2005, Scalfari, in *Giust. pen.*, 2006, II, Torino, 404; Cass., sez. V, 8 luglio 2008, n. 33442, in *CED on line*, n. 241548; Cass., sez. V, 8 ottobre 2009, n. 46077, in *D&G*, 2009, secondo cui "Ai fini del delitto di cui all'art. 595 c.p. (Diffamazione) occorre che la condotta contenga elementi tali da consentire in maniera diretta o indiretta l'individuazione inequivoca del diffamato anche in via di esclusione o di deduzione nell'ambito di una ristretta categoria di persone (nella specie, la Corte ha confermato la decisione del giudice delle indagini preliminari, che aveva escluso tale possibilità; infatti, i riferimenti di contesto contenuti negli articoli di stampa erano riferibili ad una generica pluralità di soggetti non individuabili specificatamente in una città che contava quasi quarantamila abitanti)".

Cost., ovvero quello alla libera manifestazione del pensiero, sia il diritto di cronaca che il diritto di critica, inteso in tutte le sue esplicazioni [11].

Onore e libera manifestazione del pensiero, in qualità di beni di pari rango, abbisognano di un reciproco bilanciamento, necessario per fissare i limiti dell'intangibilità di tutela dell'uno e di operatività dell'altro, specie quando si abbia a che fare col delicatissimo settore dei mezzi di comunicazione di massa e della stampa [12].

Ebbene, la sentenza in esame si incentra essenzialmente sulla inesistenza di un diritto di cronaca giornalistica tale, semmai, da giustificare il controverso articolo avente ad oggetto la implacabile descrizione della vita di provincia (u.-t.); va da se, come la suddetta conclusione passi necessariamente per l'accertamento della sussistenza dei tre presupposti concernenti la *verità*, la *pertinenza* e la *continenza* della notizia che, a seguito di una travagliata elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, rappresentano i limiti del ricorrere della esimente [13]. In considerazione del fatto che "nella dialettica di un ordinamento democratico l'opinione pubblica ha diritto ad essere informata per potersi liberamente orientare nelle valutazioni politiche individuali [14]" deriva l'esistenza di un diritto ad esporre i fatti che si ritengono di pubblico interesse (il diritto di cronaca, appunto); pertanto, la prima esigenza che ne emerge è che i fatti di cui si tratta siano veri. L'interpretazione da conferire al requisito della *verità* o quanto meno della veridicità (ma mai della mera verosimiglianza) della notizia costituisce da sempre un punto controverso, poiché l'esperienza concreta non fa che esaltare il contrasto fra le esigenze dell'informazione, che è presidiata da velocissimi "tempi di reazione", tali da non consentire molto spesso una puntigliosa verifica della verità della notizia, e le esigenze di tutela dell'onore, che risulterebbero oltremodo esposte a violazioni qualora si ammettesse come rispettosa del canone della verità una verifica in capo al cronista soltanto sommaria [15]. Vero è che proprio per il fatto che il concetto di cronaca

---

[11] Reinotti (agg. da Ranzatto), Sub *art. 595*, cit., 3563.

[12] Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte Speciale,* cit., 100. V. anche Polvani, *La diffamazione a mezzo stampa*, Padova, 1998, *passim*; Musco, *Stampa*, in *Enc. dir*., XLII, Milano, 1990, 645.

[13] Reinotti (agg. da Ranzatto), Sub *art. 595*, cit., 3564; Cass., sez. V, 13 dicembre 2005, in *CED on line*, n. 233054. Sui limiti del diritto di cronaca, v. anche Vitarelli, *Diritto di cronaca e limiti*, in Collica-Gullo-Vitarelli, *I delitti contro l'onore. Casi e materiali*, a cura di Siracusano Torino, 2001, 124 ss.; Chindemi, *Diffamazione a mezzo stampa (radio-televizione-internet)*, Milano, 2006, 41 ss.; Burzi, *Sui limiti del diritto di cronaca*, in *Giur. it*., 2007, 980-982, nota a Cass., sez. V, 7 marzo 2006, n. 8042; Leineri, *(In tema di) diritto di cronaca e di critica*, in *Foro it*., 2007, 166-168. Per un esame dogmatico del delitto di diffamazione, Tesauro, *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino, 2005, 25 ss.

[14] Fiandaca-Musco, *Diritto penale*. *Parte Speciale,* cit., 100.

[15] Reinotti (agg. da Ranzatto), Sub *art. 595*, cit., 3565; Cass., sez. un., 26 marzo 1983, Dotti, in *Cass. pen*., 1983, 1942; Cass., sez. I, 14 dicembre 1993, Festa, *ivi*,

presuppone l'immediatezza della notizia e la tempestività dell'informazione, a volte anche a scapito di una accurata verifica circa la verità e la bontà della fonte, un indirizzo giurisprudenziale più recente si va attestando su posizioni meno rigoriste che in passato, non pretendendo la verità a tutti i costi della notizia, bensì un serio accertamento, inteso come obbligo di controllarne la verità [16].

Il requisito della verità di cui si sta trattando va riferito al nucleo centrale ed essenziale della notizia diffusa, ovvero a tutti gli elementi che costituiscono l'essenza e la sostanza dell'intero contenuto informativo della notizia stessa; mentre i dati superflui, insignificanti ovvero irrilevanti, seppure imprecisi poiché non decisivi né capaci di immutare, alterare, modificare la verità oggettiva della notizia non escludono di per sé l'operatività della causa di giustificazione [17].

Orbene, nel caso in esame, il giudice non ha rinvenuto alcuna verità oggettiva nel contenuto dell'articolo, precisando che anche le (poche) affermazioni vere sono talmente parcellizzate, eterogenee e inconferenti rispetto al fatto di cronaca (l'omicidio della bambina) con cui vengono suggestivamente accostate, da produrre un effetto distorto della realtà, senza oltretutto contribuire in alcun modo ad una utile ricostruzione di quella vicenda. Non solo.

Il giudice ha altresì ritenuto "inimmaginabile" il ricorso all'istituto della verità putativa. Questo passaggio della motivazione, seppur condivisibile

---

1995, 558; Cass., sez. V, 21 giugno 1997, Montanelli, *ivi*, 1999, 853; Cass., sez. V, 15 luglio 1997, Garbesi Scheda, *ivi*, 1998, 2928.

[16] Reinotti (agg. da Ranzatto), Sub *art. 595*, cit., 3565-3566; Cass., sez. V, 27 febbraio 1985, Gamba, in *Cass. pen.*, 1986, 887; Cass., sez. V, 2 aprile 1987, Letta, in *Giur. it.*, 1988, II, 434; Cass., sez. V, 7 luglio 1987, D'Asaro, in *Cass. pen.*, 1989, 51; Cass., sez. V, 21 ottobre 1999, Liberatore, *ivi*, 2001, 137. Si noti come la Cassazione, pur riconoscendo come il concetto di cronaca presupponga l'immediatezza della notizia e la tempestività dell'informazione, a scapito dell'accuratezza nella verifica della verità e della bontà della sua fonte, abbia ritenuto questa caratteristica non sussistente in relazione a fatti distanti nel tempo, per i quali è legittimo pretendere una attenta verifica della fonte proprio perché l'accuratezza della ricostruzione corrisponde, in tal caso, all'interesse del pubblico, Cass., sez. V, 15 dicembre 2005, in *CED on line*, n. 233403. Si è anche sostenuto che nel caso in cui una serie di fatti venga attribuita ad un gruppo di persone, perché possa dirsi soddisfatto il rispetto del principio della verità obiettiva occorre che sia specificato a quali di tali persone i singoli episodi vengano attribuiti per intero ed a quali in modo parziale, determinandosi altrimenti nel destinatario della notizia la falsa impressione che ad ognuno dei soggetti indicati i fatti siano attribuiti nel loro insieme, così Zuccalà (Scutellari), Sub *art. 595*, in Crespi-Forti-Zuccalà, *Commentario breve al Codice penale*, Padova, 2008, 1958. Recentemente, si è ribadita la necessità che la notizia pubblicata sia vera indipendentemente dalla verità del fatto, Cass., sez. V, 14 gennaio 2010, n. 11897, in *CED on line*, n. 246355. Sulla corretta esplicazione del diritto di critica storica e politica, Cass., sez. V, 8 gennaio 2010, n. 19449, in *CED on line*, n. 247132.

[17] Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte Speciale,* cit., 101.

nel merito, avrebbe forse meritato qualche altro approfondimento logico-giuridico [18], stante anche la complessità dell'istituto: una volta ricondotto il diritto di cronaca all'esercizio di un diritto, *ex* art. 51 c.p., non vi è motivo per escludere con riferimento anche ad esso l'applicazione dell'art. 59, comma 4, c.p., ai sensi del quale, se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Il significato della disciplina normativa traslata nel contesto della verità della notizia è quello di richiedere comunque un rigoroso e scrupoloso accertamento da parte del giornalista della verifica delle fonti informative e soltanto dopo tali controlli, qualora permanga la discordanza tra fatto accaduto e sua rappresentazione, egli potrà invocare il diritto di cronaca putativo [19]. In tale ipotesi, l'esimente opera come causa di esclusione del

---

[18] Altro profilo della sentenza in esame che avrebbe meritato qualche ulteriore approfondimento attiene al passaggio logico-giuridico concernente la responsabilità penale del direttore responsabile del periodico "per avere vistosamente omesso, atteso il risultato, di esercitare il doveroso controllo". L'istituto cui sembra accennarsi, ovvero quello della responsabilità del direttore del giornale in cui l'articolo diffamatorio è pubblicato per omessa vigilanza, *ex* art. 57 c.p., è noto infatti per le problematiche giuridico-dommatiche che pone, a cominciare dalla questione relativa al fondamento di tale responsabilità. La complessità della tematica non ne consente la trattazione in questa sede, per l'esame di alcuni problematici profili al riguardo, v. di recente Mino, *Responsabilità penale del direttore del giornale ed "esigibilità" del controllo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 886-892, nota a Cass., sez. V, 14 agosto 2008, n. 33472.

[19] Sommaruga, Sub *art. 595*, cit., 4052-4053, secondo cui l'orientamento oggi prevalente in tema di rilevanza della verità putativa è stato inaugurato da Cass., sez. un., 30 giugno 1984, Ansaloni, in *Foro it.*, 1984, 531, con nota di Fiandaca, *Nuove tendenze repressive in tema di diffamazione a mezzo stampa?*. Detta pronuncia, secondo l'A., avrebbe posto il proprio punto di partenza nell'inderogabile necessità, ai fini del legittimo esercizio del diritto di cronaca, del rispetto della verità oggettiva della notizia, reputando così inaccettabili valori ad essa sostitutivi come la "veridicità" o la "verosimiglianza"; il cronista, poi, oltre a riferire fatti oggettivamente veri, dovrà porre la più oculata diligenza e accortezza nella scelta delle fonti informative, sottoponendole ad un attento vaglio di attendibilità, con il controllo scrupoloso delle notizie che dalle fonti stesse vengono propalate. Dunque, non esistono fonti privilegiate, e quindi il cronista potrà invocare la scriminante della verità putativa solo dopo aver espletato i menzionati controlli. Questa argomentazione, a detta della dottrina, finisce per trasformare la diffamazione, contro il dettato normativo e in aperto contrasto con l'art. 25 Cost., in una fattispecie colposa (la c.d. diffamazione colposa): poiché, se il giornalista dà prova di correttezza professionale, non è punibile; al contrario, se non dimostra la propria diligenza nel controllo delle fonti e delle relative notizie, verrà punito per la diffamazione commessa mediante la pubblicazione di una notizia non vera. Inoltre, applicando anche al diritto di cronaca putativo l'art. 59, ult. comma, c.p., dovrebbe ammettersi la non punibilità del giornalista nel caso in cui l'errore sulla verità della notizia sia stato determinato da colpa, visto che della diffamazione non è prevista una ipotesi colposa, v. tra i tanti, Serani, *Diritto di cronaca e verità putativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1464. La giurisprudenza, però, a detta dell'A., rimane su posizioni che escludono la rilevanza dell'errore

dolo del reato di diffamazione, che è comunque soggetto alla condizione della prova dei fatti e delle circostanze che rendono attendibile e giustificato l'errore in cui è incorso il giornalista, nonché dei fatti e delle circostanze da cui si possa desumere la cura da lui posta nel verificare la verità delle narrazioni [(20)].

In definitiva, quindi, ciò che si richiede affinché possa operare la causa di giustificazione putativa, è non soltanto la non consapevolezza della falsità della notizia riferita, ma anche, come detto, un'accurata e rigorosa verifica della stessa, tale da consentire di qualificare l'errore sulla verità dei fatti come inevitabile e dunque scusabile; con la speculare conclusione che, quando l'errore risulti invece addebitabile a colpa, per una inadeguata verifica delle fonti o per un malaccorto impiego delle stesse, cioè in una parola, per negligenza [(21)], l'agente, in modo piuttosto "bizzarro", risponderà del reato doloso di diffamazione, pur essendo in realtà il suo coefficiente psichico parificabile a quello colposo.

4. Il secondo presupposto atto a legittimare l'esercizio del diritto di cronaca è la *pertinenza* ovvero l'interesse pubblico della notizia, inteso come interesse della comunità a conoscere i fatti oggetto della pubblicazione, come esigenza che la notizia esprima una valenza e una dimensione di interesse generale, attenendo al modo di essere e allo sviluppo della vita del paese sul piano culturale, politico e sociale [(22)]. Posto che nel valutare questo elemento costitutivo del diritto di cronaca si tende ad assumere un atteggiamento rigoroso a tutto vantaggio della tutela dei valori della persona e della sua vita privata, detto requisito non sarà riscontrabile in relazione a quelle notizie che mirano a suscitare pettegolezzi, curiosità e similari sensazioni morbose [(23)].

Infatti, l'oggettiva esigenza di informazione pubblica non va confusa con il mero interesse che il pubblico, per pura curiosità «voyeristica» può avere alla conoscenza di particolari attinenti alla sfera della vita privata di

---

determinato da colpa, in quanto se il giornalista non dà prova di diligenza viene punito postulando la sussistenza del dolo. V. anche sul rigoroso dovere di controllo delle fonti, Cass., sez. V, 19 maggio 2004, in *CED on line*, n. 231002.

(20) Bisori, *I delitti contro l'onore (artt. 594-599)*, in *I reati contro la persona*, II, *Reati contro l'onore e la libertà individuale*, Trattato diretto da Cadoppi-Canestrari -Papa, Torino, 2006, 100.

(21) Bisori, *I delitti contro l'onore*, cit., 101.

(22) Sommaruga, Sub *art. 595*, cit., 4055-4056, dove si precisa che, in linea di massima, non sussiste l'interesse pubblico per i fatti attinenti alla vita privata delle persone, ma a volte il ruolo pubblico o la funzione sociale svolta da determinati soggetti fanno sì che le notizie relative alla loro vita privata possano diventare di rilevanza sociale e cioè tali da rientrare legittimamente nella cronaca. Cfr. anche Fiandaca-Musco, *Diritto penale*. *Parte Speciale,* cit., 102; Siracusano, *Ingiuria e diffamazione*, cit., 45; Polvani, *La diffamazione*, cit., 104.

(23) Fiandaca-Musco, *Diritto penale*, *Parte Speciale,* cit., 102.

un determinato soggetto, specialmente quando questo non rivesta cariche pubbliche o non sia comunque dotato di rilievo pubblico [24]. Nel caso di specie, il giudicante non trova particolari difficoltà nell'affermare l'assenza di un qualsivoglia interesse pubblico alla conoscenza dei fatti, in quanto le notizie rese nell'articolo pubblicato, lungi dall'essere frutto di accurate ricostruzioni di un orribile delitto che ha sconvolto l'intera comunità di appartenenza della piccola vittima, assumono piuttosto a pretesto il fatto di cronaca per dare adito a mere voci di paese rispetto a pratiche e abitudini perverse (perché addirittura demoniache) che interesserebbero un intero territorio, a sua volta indicato, sempre nell'articolo incriminato, come scenario di ulteriori crimini del tipo di quelli accaduti, dei quali, però, non si fornisce una seria dimostrazione.

5. Terzo ed ultimo presupposto che legittima l'esercizio del diritto di cronaca è la correttezza del linguaggio usato, ovvero *la continenza* che riguarda i canoni di correttezza formale nell'esposizione delle notizie, intesa come moderazione, proporzione, misura, in relazione alle modalità espositive della notizia, serenità e obiettività dell'esposizione, requisito funzionale rispetto all'interesse pubblico [25]. Infatti, la forma non civile, aggressiva, sleale, inutilmente ambigua risulta superflua rispetto all'obiettivo dell'informazione dell'opinione pubblica. Questo requisito esprime, in definitiva, una ragionevole esigenza di correttezza nell'esercizio della funzione di informazione dell'opinione pubblica, che potrà essere rispettata soltanto dall'uso di un linguaggio corretto, privo di inutile asprezza o di subdole insinuazioni [26]. Anche per questo requisito è ravvisabile una genesi di matrice giurisprudenziale che a fronte di un esordio di tipo rigorista sembra ora assestarsi sul criterio secondo cui la valutazione della portata diffamatoria di un articolo deve essere effettuata con riferimento, non solo al contenuto letterale dello stesso, ma anche alle modalità complessive con le quali la notizia viene data, diventando decisivo in questo senso anche l'esame dei titoli e dei sottotitoli, lo spazio utilizzato per sottolineare maliziosamente alcuni particolari, l'eventuale utilizzazione di fotografie [27].

---

[24] Zuccalà (Scutellari), Sub *art. 595*, cit., 1955; Cass., sez. V, 4 ottobre 2007, n. 46295, in *CED on line,* n. 238290.

[25] Sommaruga, Sub *art. 595*, cit., 4056-4057, dove si ricorda come anche rispetto al requisito della continenza sia stata determinante l'elaborazione giurisprudenziale, il cui approdo fondamentale è stato raggiunto con la sentenza Cass., civ., 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Foro it*., 1984, 2711, la quale, nel ribadire che il corretto esercizio del diritto di cronaca deve sottostare ai limiti di verità, pertinenza e continenza, aveva messo al bando alcuni "espedienti" che compromettevano la "leale chiarezza" cui l'informazione deve essere improntata; detta pronuncia, in virtù dell'elencazione in essa recepita di una serie di comportamenti giornalistici reputati come censurabili, si era guadagnata il nome di "decalogo dei giornalisti".

[26] Fiandaca – Musco, *Diritto penale*, *Parte Speciale,* cit., 102.

[27] Sommaruga, Sub *art. 595*, cit., 4057; Cass., sez. V, 18 settembre 2000, Buffa,

Proprio a quest'ultimo approdo esegetico sembra aderire la sentenza in commento, laddove, nel negare la sussistenza della continenza formale, specifica come in realtà non sia la presenza di espressioni di per sé non consentite a condurre verso tale conclusione, quanto piuttosto l'articolo nella sua interezza che per le modalità con cui è redatto ("accostamenti suggestivi, plurimi passaggi maliziosi ed insinuanti, sottintesi, vere e proprie illazioni") si rivela decisamente incontinente.

Infatti, è appena il caso di aggiungere conclusivamente, come si vada affermando sul piano giurisprudenziale la necessità di un attento esame del linguaggio usato dal giornalista. Più precisamente, quando il giudizio penale richiede l'interpretazione di fatti comunicativi, le regole del linguaggio e della comunicazione costituiscono il criterio di inferenza (premessa maggiore) che, muovendo dal testo della comunicazione (premessa minore), consente di pervenire alla conclusione interpretativa e ancora il potenziale offensivo della parola non deve essere apprezzato col criterio rigido del significato letterale ed unilaterale, ma deve essere rapportato alla funzione semantica dei lessemi, che vuol dire atteggiarsi e determinarsi nel rapporto e nel *contesto* in cui si inseriscono, poiché il contesto della pubblicazione potrebbe determinare il mutamento del significato apparente di una o più frasi, o di una fotografia, dando loro un contenuto allusivo o ambiguo percepibile dal lettore medio [28].

STEFANIA SARTARELLI

---

in *Riv. pen.*, 2001, 463; Cass., sez. V, 6 marzo 2001, Ragone, in *Foro it.*, 2001, II, 386; Cass., sez. V, 14 dicembre 2000, Pasini, *ivi*, 2002, 3765 secondo cui non sarebbe comunque giustificato il comportamento del giornalista che, pur riportando una serie di fatti obiettivamente veri, li correli e li combini tra loro in modo tale da evocare in maniera suggestiva un quadro generale fondato su dati non ancora accertati; rileva la possibilità che la diffamazione a mezzo stampa possa essere realizzata anche per il tramite del solo titolo ZUCCALÀ (SCUTELLARI), Sub *art. 595*, cit., 1961; CHIAROLLA, *Diffamazione e via Rasella: il peso delle parole*, in *Foro it.*, 2009, II, 2977-2980, nota a Cass. civ., sez. III, 21 luglio 2009, n. 16916.

[28] SOMMARUGA, Sub *art. 595*, cit., 4057-4058, laddove si riportano nel senso esposto nel testo Cass., sez. V, 1 luglio 2002, Fantauzzi, in *D&G*, 2002, 30; Cass., sez. V, 18 maggio 1999, Grimaldi, in *CED on line*, n. 214234; Cass., sez. V, 26 marzo 1998, Scalari, *ivi*, n. 211527. L'A. (4060-4061) sottolinea anche come tra tutte le esplicazioni del diritto di cronaca assuma particolare rilevanza la cronaca giudiziaria, poiché la narrazione delle vicende processuali in materia penale pone un evidente problema di bilanciamento tra l'interesse della collettività ad essere informata in merito all'accertamento di fatti costituenti reato e i diritti all'onore, alla riservatezza, alla presunzione di non colpevolezza dei soggetti protagonisti dei processi. Nell'ambito della cronaca giudiziaria, inoltre, le ricostruzioni giornalistiche devono essere basate su fatti certi e dati obiettivi, risultando punibili, in difetto di tali requisiti, in quanto frutto di mere illazioni del giornalista, Cass., sez. V, 6 marzo 2001, Ragone, cit.; Cass., sez. V, 20 settembre 2000, Rinaldi Tufi, in *Cass. pen.*, 2001, 3405.

I

G.U.P. TRIBUNALE DI PERUGIA – 17 maggio 2007 (ord.) – *Est.* Restivo - N.

Delitto comune dello straniero all'estero – Delitto commesso a danno di uno straniero – Richiesta del Ministro della Giustizia – Eccezione di improcedibilità – Rigetto (c.p., artt. 10, comma 2, 128).

L'assenza di prova certa della permanenza in via continuativa ed ininterrotta dell'imputato straniero in Italia nel triennio antecedente la tempestiva richiesta del Ministero della Giustizia, nonché di un'effettiva data di ingresso del medesimo nel territorio nazionale, non consentono di ritenere decorso il termine di decadenza della condizione di procedibilità di cui all'art. 128, comma 2, c.p. (1).

(Omissis). – Il Giudice sull'eccezione di improcedibilità presentata dalla difesa dell'imputato sentite le parti; ritenuto che dagli atti acquisiti nel presente procedimento non emerge prova certa della permanenza in via continuativa ed ininterrotta dell'imputato [nel] territorio dello Stato italiano, nel triennio antecedente alla richiesta del Ministero della Giustizia (avvenuta in data 15.7.2005); che la presenza dello straniero in Italia costituisce una circostanza di fatto da cui viene fatto decorrere il termine di decadenza della condizione di procedibilità; che i dati obiettivi acquisiti e costituiti da un ingresso dell'imputato avvenuto in Italia il 15.12.2001 presso l'aeroporto Malpensa di Milano e dalla successiva dichiarazione resa proprio dal N. alla Questura di Perugia, secondo cui egli era invece entrato nel territorio italiano il successivo 10.6.2002, depongono non solo per una dichiarazione del prevenuto non corrispondente al vero ma non offrono certamente elementi per ritenere provata la legittima e continuativa presenza dello stesso in Italia; che, pertanto, la data del 10.6.2002 non può ritenersi prova dell'effettiva data di ingresso nel territorio dello Stato italiano del N.; rilevato, altresì, che la richiesta del Ministro è intervenuta nei tre mesi dalla data di conoscenza della notizia *criminis*. P.Q.M.

Rigetta l'eccezione di improcedibilità proposta dalla difesa dell'imputato. (*Omissis)*.

II

G.U.P. TRIBUNALE DI PERUGIA – 10 ottobre 2007 – Est. Restivo – N.R.

Legge penale – Applicabilità – Delitto comune commesso all'estero dallo straniero – Condizioni di procedibilità dell'azione penale – Presenza del reo nel territorio dello Stato – Criteri di integrazione (c.p., art. 10).

Legge penale – Applicabilità – Delitto comune commesso all'estero dallo straniero – Condizioni di procedibilità dell'azione penale – Richiesta del Ministro della Giustizia – Termine di decadenza – Condizioni (c.p., artt. 10, 128).

Ai fini del valido esercizio dell'azione penale nei confronti di uno straniero che ha commesso un delitto in territorio estero, è necessaria una presenza del reo nel territorio dello Stato di cui all'art. 10, comma 2, n. 1, c.p. continuativa ed ininterrotta antecedentemente alla richiesta del Ministro della Giustizia (1).

Ai fini del valido esercizio dell'azione penale nei confronti di uno straniero che ha commesso un delitto in territorio estero, la richiesta del Ministro della Giustizia di cui all'art. 10, comma 2, c.p. deve essere proposta nel termine di tre mesi decorrente dalla conoscenza della notitia criminis *ai sensi dell'art. 128, comma 1, c.p.* (2).

(Omissis). – Con richiesta del Ministro della Giustizia in data 15.7.2005, si chiedeva di procedere nello Stato italiano, *ex* art. 10, comma 2, c.p., a carico di N. per i reati di cui agli artt. 609-*bis* e 609-*ter* c.p. per fatti avvenuti in Ecuador da giugno a settembre 2001, ai danni della minore *(Omissis)*, nipote del prevenuto.

In particolare, la richiesta muoveva le mosse da istanza di richiesta di procedimento *ex* art. 342 c.p.p. avanzata in data 30.5.2005 dalla madre della minore *(Omissis)*, con cui si esponeva che la minore nel periodo suddetto, quando si trovava in Ecuador affidata alla zia A., sarebbe stata più volte violentata da tale N., marito di un'altra delle sue sorelle.

Che all'epoca dei fatti la bambina aveva solo otto anni e, per timore delle minacce dello zio per un determinato periodo di tempo aveva taciuto le violenze subite, salvo successivamente confessare tutto alla zia A.

Che quest'ultima aveva portato la bambina presso lo studio di una ginecologa, la dott.ssa *(Omissis)*, in Ecuador per una visita, all'esito della quale si poteva constatare la presenza di segni inequivoci di una violenza sessuale.

Che in seguito a denuncia presentata presso la A.G. dell'Ecuador contro il N. veniva disposto, in data 20.1.2005, un ordine di carcerazione preventiva nei confronti del predetto che rimaneva inevaso perché l'autore della violenza sessuale nel frattempo si era già prontamente rifugiato in Italia.

Si trasmettevano con la detta istanza, tradotti in lingua italiana, i documenti costituiti dall'ordine di carcerazione preventivo emesso a carico del prevenuto nonché dalla perizia medico-legale disposta in Ecuador sulla minore per accertare la violenza subita.

In particolare risultava dagli atti acquisiti che la madre della minore aveva ricevuto una telefonata, il 17.11.2001, dalla propria sorella *(Omissis)* con la quale le si diceva che sua figlia *(Omissis)* le aveva raccontato che, nei fine settimana, quando la zia la accompagnava presso lo zio acquisito *(Omissis)* questi abbia cominciato a molestarla sino a violentarla. La bambina si era infine confidata con la zia che l'aveva fatta sottoporre a visita ginecologica che confermava l'avvenuta violenza subita.

La madre della piccola decideva di fare rientro in Ecuador l'8.12.2005, tuttavia, nel frattempo, il cognato *(Omissis)* riusciva ad ottenere, grazie all'aiuto della moglie *(Omissis)* rientrata anch'essa di tutta fretta dall'Italia dove lavorava in Ecuador, un biglietto aereo per l'Italia per il 14.12.2001.

Stante la fuga in Italia del N. la esponente nulla poteva fare nei suoi confronti dinanzi alla A.G. ecuadoregna se non richiedere alle autorità locali dell'Ecuador un ordine di carcerazione preventiva a carico del prevenuto che veniva prontamente concesso.

Si acquisiva la perizia medico legale disposta sulla minore con la quale si certificava una avvenuta deflorazione compatibile con un rapporto sessuale.

Veniva pertanto iscritto il procedimento penale a carico di N., dinanzi alla A.G. di Perugia, città presso cui risultava che lo stesso si fosse stabilito in Italia.

In sede di s.i.t. dinanzi alla A.G. perugina la persona offesa, *(Omissis)*, riferiva di esser venuta a conoscenza del fatto che sua figlia avesse subito ripetute violenze sessuali da parte dello zio, per cui decideva di fare ritorno in Ecuador e riprendersi la figlia, ritornando quindi in Italia anche con l'altro figlio il 25.2.2002.

Poco dopo il rientro in Italia però notava che la bambina era entrata in uno stato di profonda depressione e decideva di parlarne con un assistente sociale del territorio la quale le consigliava, al momento, di non presentare alcuna denuncia.

La situazione era peggiorata anche dal fatto che a Perugia era arrivato anche il N. il quale era andato ad abitare con la moglie ed era capitato più volte che costui avesse incontrato per strada la bambina, causandole con la sua presenza un grave disagio dal quale derivava alla minore uno stato di forte agitazione.

Riferiva che la bambina per tali motivi era stata in cura dal 2004 presso la psicologa dott.ssa *(Omissis)*, che dei fatti era stato interessato anche il Tribunale per i minori di Perugia che aveva archiviato il pro-

cedimento civile ed attivato i servizi sociali. Che di tutta la vicenda era a conoscenza l'assistente sociale *(Omissis)* la quale aveva anche provveduto a far sottoporre a visita ginecologica la bambina riscontrando la violenza subita.

Da accertamenti disposti dall'Aliquota Carabinieri presso il Tribunale per i minori del 1.9.2005 si appurava che il N. risultava risiedere dal 19.5.2003 in *(Omissis)* mentre il suo nucleo familiare risiedeva invece a Perugia.

Venivano sentite a s.i.t. la assistente sociale *(Omissis)* che riferiva del programma di collaborazione instaurato con la psicologa *(Omissis)* per stabilire un rapporto terapeutico continuativo con la minore che appariva molto impaurita della presenza nella stessa sua città a Perugia dell'uomo che l'aveva abusata, la ginecologa *(Omissis)* sulla visita ginecologica effettuata il 5.10.2004 sulla minore, da cui aveva accertato la presenza di alcune incisioni dell'imene e che aveva subito attivato con urgenza un colloquio con la psicologa del gruppo di abuso dott.ssa *(Omissis)*, l'assistente sociale *(Omissis)* e la madre della bambina.

Il P.m. formulava richiesta di incidente probatorio in data 16.12.2005, per escutere con audizione protetta, la minore *(Omissis)*, richiesta che veniva ammessa dal G.i.p. con ordinanza del 29.12.2005.

Nel corso dell'udienza tenutasi la minore riferiva che, quando era in Ecuador, la zia A. la mandava col fratellino a casa della *(Omissis)* e del marito N. per trascorrere i *weekend*, in quanto lì c'era anche una *baby sitter* che poteva accudirla mentre a casa della zia A. c'erano già altri bambini.

Che in quella casa lo zio, approfittando della momentanea assenza sia della *baby sitter* che era impegnata anche con altri bambini di una parente che abitava nei pressi, che del fratellino, cominciava a darle fastidio, nel senso che cominciava a toccarle le gambe, le mani, il viso, minacciandola facendole credere che la sua mamma l'aveva abbandonata. In particolare ciò avveniva durante la stagione calda, le aveva abbassato in più occasioni i pantaloncini corti che indossava e l'aveva toccata nelle parti intime, che in altre occasioni approfittando del fatto che si stendeva a letto per guardare la TV, l'aveva spogliata per intero e l'aveva toccata tutta invitandola a fare lo stesso con lui e chiedendole di toccarlo nelle sue parti intime.

Che aveva avuto rapporti sessuali completi con lo zio in diverse occasioni, ovvero quasi tutte le volte che si recava nei *weekend* a casa sua, in quanto costui approfittava del fatto che rimaneva solo con lei perché mandava via la *baby sitter*, che aveva provato dolore dopo il primo rapporto, ma che lui non si interessava di ciò e le diceva di stare zitta, minacciandola che, se diceva qualcosa, non l'avrebbe creduta nessuno e facendole credere che tanto nessuno dei genitori si interessava più a lei avendola di fatto abbandonata.

Che ciò era accaduto nel periodo di alcuni mesi della stagione calda e che ne aveva parlato alla zia A. agli inizi della stagione più fredda, quindi solo dopo qualche mese perché si vergognava di quanto era accaduto.

Che la zia A., dopo aver saputo ciò, non l'aveva più mandata a casa dello zio N. e l'aveva tenuta sempre con sé nei fine settimana evitando contatti con lo zio sino all'arrivo della mamma.

Che il N. non l'aveva più visto né contattato da quel tempo, sino a quando era venuta in Italia dove, purtroppo, lo aveva incontrato a Perugia proprio nei pressi della propria abitazione sita in via della Pescara, in quanto nello stesso stabile al piano terzo abitava altra sorella della mamma, tale *(Omissis)*.

Che di recente aveva ancora incontrato lo zio ad una fermata di un autobus a Perugia mentre si trovava in compagnia della mamma ed, in quell'occasione, egli aveva espresso la propria rabbia per il fatto che aveva dovuto partecipare ad un'udienza penale a suo carico a causa della denuncia sporta nei suoi confronti.

La minore precisava che aveva avuto solo rapporti completi, precisando che la faceva mettere a cavalcioni sopra di lui dopo averla spogliata e che il N. non le aveva chiesto anche di masturbarla.

In sede di avviso 415-*bis* la difesa dell'imputato sollevava eccezione di improcedibilità *ex* artt. 10, comma 2, 128, comma 2, c.p. sostenendo che la richiesta di procedimento sarebbe stata proposta dopo il termine di tre anni, dal giorno in cui l'indagato si trovava nel territorio dello Stato italiano, ovvero dal 10.6.2002 data di entrata dell'imputato nel territorio italiano.

Nel corso della prima udienza preliminare veniva richiesta la produzione di documentazione da parte della difesa, sollevata la questione di procedibilità che veniva rigettata sul presupposto che, dagli atti acquisiti, non emergeva prova certa della permanenza in via continuativa ed ininterrotta dell'imputato nel territorio dello Stato italiano nel triennio antecedente la richiesta del Ministro della Giustizia (ovvero dal 15.7.2005). Ciò sul presupposto dell'assenza di elementi certi in tal senso, posto che, solo da quanto acquisito in atti, consentiva di appurare che il N. aveva reso dichiarazioni alla Questura di Perugia non veritiere, secondo cui egli era entrato in Italia il 10.6.2002, il cui contenuto già di per sé contrastava con un dato obiettivo in quanto dal suo passaporto già risultava un ingresso in Italia attraverso la frontiera di Malpensa il 15.12.2001.

Veniva, altresì, rilevata la tempestività della richiesta del Ministro in quanto intervenuta entro i tre mesi dalla data di conoscenza della notizia *criminis*.

La difesa formulava richiesta di rito abbreviato condizionato allo svolgimento di una perizia medico-legale sulla parte offesa minore,

che veniva rigettata in quanto ritenuta integrazione probatoria non necessaria ai fini della decisione stante i risultati degli atti acquisiti ed utilizzabili ed incompatibile con le finalità di economia processuale.

La difesa a questo punto avanzava richiesta di definizione del processo mediante rito abbreviato allo stato degli atti.

L'imputato rendeva spontanee dichiarazioni sostenendo la sua totale estraneità ai fatti addebitatigli, ritenendo che fosse stata tutta una montatura o una vendetta ai suoi danni.

All'udienza di discussione P.m. parte civile e difesa concludevano come da verbale in atti.

Tutto ciò premesso si osserva che il materiale acquisito all'esito delle indagini porta ad affermare la penale responsabilità del prevenuto in ordine al reato a lui ascritto in rubrica.

Militano a carico del prevenuto i seguenti elementi.

L'oggettiva avvenuta deflorazione della bambina, quale accertata attraverso la perizia medico-legale disposta dinanzi alla Autorità Giudiziaria dell'Ecuador ed acquisita agli atti, che, per le modalità di acquisizione e di successiva trasmissione attraverso i canali consolari e le procedure rogatoriali deve essere ritenuta munita di equipollente valore probatorio ed analoga attività di accertamento svolta dal P.m. in Italia. Tenuto conto del fatto che la bambina aveva, all'epoca dei fatti, solo otto anni la deflorazione descritta come non recente è compatibile con la risalenza nel tempo dei fatti quando la bambina aveva per l'appunto 8 anni.

La bambina dopo aver raccontato i fatti subiti alla zia A., durante il periodo in cui era ritornata a vivere con la madre, che l'aveva portata con sé in Italia per allontanarla dai luoghi del triste ricordo, ha manifestato un profondo disturbo qualificabile da *stress* per abuso sessuale come diagnosticato dai servizi sanitari del territorio. Per tale ragione la bambina è stata seguita dai servizi sociali del territorio, su incarico del Tribunale per i minori di Perugia ed avviata anche ad un sostegno psicologico attraverso colloqui con la dott.ssa *(Omissis)* e con la dott.ssa *(Omissis)*, specialiste proprio nel settore di abuso su minori.

Le dichiarazioni rese dalla minore trovano riscontro anche in quelle della di lei madre e della zia A., oltre che dalla ricostruzione fatta da altri familiari già escussi dinanzi alla A.G. dell'Ecuador.

La descrizione precisa della dislocazione della casa ove tali fatti sarebbero avvenuti, la collocazione temporale degli stessi, compatibile con la lontananza della madre e la assenza della zia moglie dell'autore dei reati, il susseguirsi temporale degli accadimenti e delle ragioni per cui dopo un iniziale timore di parlare era subentrata l'esigenza di liberarsi di tale peso, le spiegazioni coerenti e logiche dei fatti date dalla minore alle domande rivoltele dal G.i.p. in sede di incidente probatorio,

la descrizione delle modalità degli abusi in cui la bambina ha saputo ben distinguere tra rapporto sessuale completo che avrebbe subito e masturbazione che non avrebbe subito, comportano di dare ampia credibilità alle dichiarazioni della minore in quanto hanno trovato riscontro in elementi obiettivi esterni.

Ciò tanto più che, all'epoca dei fatti, la bambina aveva 8 anni, si trovava sola in Ecuador affidata alla zia, in quanto la sua mamma si trovava in Italia per lavoro ed il padre era di fatto separato dalla madre. Né sono emersi elementi obiettivi quali motivi di odio o di attrito tra i membri della famiglia di origine né l'esistenza di una faida interna familiare da cui desumere che la bambina avrebbe potuto architettare a tavolino, prima ancora di contattare la madre un'accusa così grave.

A fronte del dato obiettivo incontestabile della deflorazione vaginale, descritto non solo dai medici ecuadoregni ma anche dalla ginecologa dott. ssa *(Omissis*), assolutamente incompatibile con le condizioni di una bambina di così tenera età, non si comprenderebbe per quale ragione, anche laddove si fosse trattato di un rapporto sessuale avuto con un estraneo alla famiglia, la bambina avrebbe dovuto rivolgere tali gravissime accuse proprio nei confronti di un familiare così vicino, con una pesante ricaduta delle sue accuse sui rapporti familiari già alquanto delicati (la bambina era affidata provvisoriamente alla altra zia materna e stava lontano sia dalla madre che dal padre), in quanto trattavasi del marito della altra sorella della madre, che si trovava anch'ella per lavoro in Italia.

Tenuto conto della tenera età della bambina, degli ambiti che la stessa poteva frequentare (famiglia-scuola-amicizie), dell'assenza di segnali di altri elementi che potessero dare conto di altre "conoscenze sessuali" della bimba, che non sono mai stati indicati dalla zia A. né da altri, vi sono dei dati logici positivi che avvalorano la ipotesi accusatoria sostenuta dal P.m. nella sua richiesta.

La vicenda, lungi dall'esser lontana nel tempo, appare ancora vissuta dalla minore con profondo timore per le minacce subite e per quelle attuali ricevute dal momento che, avendo la stessa incontrato il N. proprio in Italia sia nei pressi della propria abitazione che per la strada anche quando era in compagnia della madre, costui non ha esitato a mantenere quell'atteggiamento di prevaricazione ed arroganza facendo leva sulla sua maggiore età e quindi sulla sua credibilità, manifestando le sue pesanti rimostranze alla madre della minore.

D'altra parte non può essere sottovalutato l'atteggiamento tenuto dall'imputato il quale, dopo essere stato avvisato dalla di lui moglie che si trovava all'epoca in Italia dell'imminente arrivo in Ecuador della cognata, madre della bambina abusata ha visto bene di prendere a sua volta il primo volo per l'Italia, contando proprio sull'ausilio di appoggi in Italia in ciò agevolato dalla propria moglie, sia dell'abusata.

Tuttavia non ci sono elementi certi per sostenere che la presenza in Italia del N. sia stata continuativa, sia perché non vi è traccia alcuna della permanenza dello stesso sul territorio per un'apprezzabile durata di tempo, desumibile attraverso un'attività lavorativa svolta o un contratto di locazione di immobile a suo nome, mentre invece dalla informativa dei Carabinieri della Sezione di P.G. del Tribunale per i minori del 1.9.2005 si appurava che il N. risultava risiedere in forma stabile dal 19.5.2003 in *(Omissis)* mentre il suo nucleo familiare risiedeva a Perugia.

Quanto alla presenza dell'imputato in Italia si osserva che si è trattato, in primo luogo, di un comodo espediente per sottrarsi all'inizio di un procedimento penale in Ecuador in cui, si badi bene, era già stato concesso dalla locale A.G. un ordine di carcerazione preventivo nei suoi confronti.

L'aver, pertanto, cercato di aggirare le norme sulla presenza dello straniero in Italia gli consentiva di fatto di far perdere un po' le sue tracce soprattutto per quanto concerneva la pendenza del relativo procedimento penale in Ecuador *(Omissis)*.

(1-2) Procedibilità dell'azione penale per i delitti commessi all'estero: a proposito della presenza del reo nel territorio dello Stato e del termine decadenziale per la richiesta del Ministro della Giustizia.

1. Il provvedimento in esame offre l'occasione – invero non frequente nella casistica giudiziaria – per la ricognizione di alcune questioni rilevanti per il c.d. diritto penale internazionale, espressione con la quale una consolidata tradizione dottrinale [(1)] indica il complesso di norme di diritto penale interno che presentano la specifica caratteristica di disciplinare fatti contenenti "elementi di estraneità" [(2)], cioè a dire una qualche dimensione extraterritoriale o internazionale [(3)].

[(1)] Il riferimento è anzitutto agli scritti di F. Dean, *Norma penale e territorio. Gli elementi di territorialità in relazione alla struttura del reato*, Milano, 1963, e Levi, *Diritto penale internazionale*, Milano, 1949; v. altresì, Bassiouni, *Il diritto penale internazionale: contenuto e scopo del suo sviluppo storico*, in *Diritto penale internazionale (Atti dell'incontro di studio e documentazione per i magistrati svoltosi a Siracusa dal 10 al 14 dicembre 1978)*, Roma, 1979; De Marsico, *Princìpi informatori del diritto penale internazionale*, Napoli, 1929; Jescheck, *L'oggetto del diritto penale internazionale e la sua più recente evoluzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 233; Quadri, *Diritto penale internazionale*, Padova, 1943; Treves, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Padova, 1973.

[(2)] È l'espressione con la quale F. Dean, *Norma penale e territorio*, cit., 78, identifica quegli elementi delle figure criminose ai quali è oggettivamente e soggettivamente estraneo il carattere nazionale od interno.

[(3)] Per una moderna proiezione del diritto penale internazionale oltre i temi tradizionali prefissati dalle disposizioni introduttive del codice penale, v. F. Dean

In proposito è stato efficacemente sottolineato che «un fatto, previsto dalla legge come reato, può verificarsi nel territorio dello Stato oppure all'estero, può essere commesso dal cittadino, dallo straniero, dall'apolide, nei confronti di un soggetto di nazionalità italiana o di altra nazionalità, può ledere interessi nazionali, ovvero interessi di uno Stato straniero… a ciascuna di queste situazioni la norma penale collega conseguenze giuridiche diverse e, sia che si tratti del luogo, come dei soggetti e degli interessi offesi, il loro carattere "interno" od "esterno" ha sempre un preciso rilievo nel nostro diritto positivo» [(4)].

Nel quadro di siffatte variabili, la vicenda oggetto di valutazione della sentenza in commento si caratterizza per la contemporanea presenza di tre elementi d'estraneità tra quelli segnalati: anzitutto la localizzazione in territorio estero del *locus commissi delicti*, principale fattore di rilievo e conseguenze giuridiche per il nostro ordinamento, e poi, in aggiunta a questo, la cittadinanza straniera del reo, della persona offesa e la natura privata degli interessi lesi, tutti fattori ai quali l'ordinamento positivo – come si vedrà tra breve – ricollega un'efficacia condizionante ai fini del valido esercizio dell'azione penale da parte dell'autorità giudiziaria italiana alla quale venga veicolata la *notitia criminis* per fatti connotati da simili variabili. In particolare, appunto, quella della localizzazione in territorio estero della condotta.

In questo scenario di riferimento, gli aspetti critici del provvedimento in esame si identificano sia nel giudizio relativo alla individuazione dei criteri integrativi della presenza del reo nel territorio dello Stato – che è la primaria, appunto, condizione di procedibilità dell'azione penale in relazione ai delitti comuni commessi all'estero – sia nel rapporto funzionale e temporale tra tale condizione, la conoscenza della *notitia criminis* e la richiesta del Ministro della Giustizia [(5)].

2. Come noto, l'ispirazione universalistica dell'ordinamento penale sostanziale [(6)] si è concretamente tradotta nelle previsioni degli artt. 7-10 c.p.

(a cura di), *Diritto penale internazionale. Lezioni agli studenti*, Perugia, 392.

[(4)] Così F. Dean, *Norma penale e territorio*, cit., 78.

[(5)] Una puntualizzazione: ai fini dell'esatta rappresentazione della soluzione adottata nella sentenza oggetto di commento, si è ritenuto opportuno pubblicare non soltanto la parte di motivazione della decisione emessa in esito a giudizio abbreviato che tratta la questione della procedibilità, ma altresì della pregressa ordinanza con la quale, invero con maggiore sintesi, era già stata preliminarmente affrontata la medesima questione. I profili critici avverso la soluzione adottata rispetto al caso in esame sono sintetizzati a § 5.

[(6)] Sul tradizionale dibattito concernente i criteri che possono caratterizzare l'ordinamento interno in merito all'ambito spaziale di validità della legge penale v., principalmente, F. Dean, *Norma penale e territorio*, cit., 50; Levi, *Diritto penale internazionale*, cit., 73; più recentemente, Picotti, *La legge penale*, in Bricola-Zagre-

che legittimano la punibilità dei reati "esterni", cioè a dire quelle condotte penalmente rilevanti ai sensi della legge penale italiana interamente realizzatesi in territorio estero, e dunque in assenza di qualsiasi collegamento con il territorio dello Stato, legame che, al contrario, se esistente, determinerebbe la preliminare qualificazione del fatto come reato "interno" in applicazione del criterio di ubiquità ai sensi dell'art. 6 c.p. [7].

La distinzione tra reati "esterni" ed "interni" rileva specificamente proprio in rapporto al tema della procedibilità dell'azione penale.

Per la verità, gli artt. 7 e 8 c.p. non pongono particolari problemi a riguardo.

In effetti l'art. 7 c.p., nello stabilire l'applicazione della legge penale italiana in relazione alle particolari categorie di reati tassativamente indicate ovunque commessi, prevede di fatto una procedibilità incondizionata da parte dell'autorità giudiziaria italiana [8].

Dal canto suo, invece, l'art. 8 c.p., relativo al «delitto politico commesso all'estero», richiede quale condizione per il valido esercizio dell'azione penale per questa tipologia criminosa soltanto la richiesta del Ministro della Giustizia, oltre alla querela della persona offesa se per il delitto commesso sia ordinariamente prevista, in ragione della norma di legge interna che si assume violata, la procedibilità a querela [9].

Più articolato, invece, lo scenario complessivo delineato dagli artt. 9 e 10 c.p. – la cui sfera di applicabilità è residuale rispetto ai due precedenti

---

belsky, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, 1996, I, 180; Trapani, *Legge penale. Limiti Spaziali*, in *Enc. giur.,* Treccani, XVIII, Roma, 1990, 1.

[7] Per una completa analisi della portata dell'art. 6 c.p., v., per tutti, anche per i richiami dottrinali e giurisprudenziali e l'ampia casistica riportata, Calvanese, *Art. 6 c.p.*, in Lattanzi-Lupo, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina* (Agg. 2000-2004), I, Milano, 2005, 103; nonché, Id., *Art. 6 c.p.,*in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, I, Milano, 2000, 179. Nel quadro della necessità di rapportarsi alla dimensione transfrontaliera di forme aggressive di criminalità, la tendenza espansiva della giurisprudenza applicativa dell'art. 6 c.p., incline a recuperare alla giurisdizione interna spazi operativi sempre più ampi, è stata segnalata da G. Dean, *Profili di un'indagine sul* ne bis in idem *estradizionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 1, 54, nt. n. 3.

[8] Non tanto per la questione della procedibilità – che, appunto, non ha condizionamenti – ma al fine di verificare i criteri identificativi delle fattispecie di reato considerate dall'art. 7 c.p., v., per tutti, Calvanese, *Art. 7 c.p.,* in Lattanzi-Lupo, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina* (Agg. 2000-2004), I, Milano, 2005, 118; nonché, Id., *Art. 7 c.p.*, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, I, Milano, 2000, 210.

[9] Sui criteri identificativi del delitto politico v., anche per i completi richiami giurisprudenziali e dottrinali, Calvanese, *Art. 8 c.p.*, in Lattanzi-Lupo, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina* (Agg. 2000-2004), I, Milano, 2005, 126; nonché, Id., *Art. 8 c.p.*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, I, Milano, 2000, 227.

in virtù di apposite clausole di riserva – disposizioni dedicate alla punibilità dei delitti "comuni" commessi all'estero dal cittadino italiano ovvero dallo straniero.

Le due disposizioni presentano una struttura simile, delineando diversi modelli giuridici di procedibilità a seconda della combinazione dei fattori della cittadinanza del reo, della gravità del fatto e della natura dell'interesse leso.

Per un'efficace sintesi, il ricorso ad una schematizzazione articolata proprio sulle scansioni precettive di tali disposizioni è certamente utile.

Quanto al delitto comune commesso dal cittadino in territorio estero, l'art. 9, comma 1, c.p., disciplina l'ipotesi del «delitto per il quale la legge italiana stabilisce la pena dell'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni», fattispecie per cui il colpevole è punito alla sola condizione «che si trovi nel territorio dello Stato». Si tratta, dunque, dell'unica condizione di procedibilità per il valido esercizio dell'azione penale.

Di seguito, l'art. 9, comma 2, disciplina l'ipotesi del «delitto per il quale è stabilita una pena restrittiva della libertà personale di minore durata», rispetto a quella prevista dal primo comma, ed in questo caso il colpevole «è punito a richiesta del Ministro della Giustizia ovvero a istanza o a querela della persona offesa».

Occorre subito precisare che sebbene non vi sia espressa menzione nel comma 2 della "presenza del reo nel territorio dello Stato", è comunque da sempre sostenuta e condivisa l'opinione secondo cui questa condizione rilevi necessariamente anche per tale fattispecie, posto che se è prevista per i casi più gravi a maggior ragione deve ritenersi operante anche per quelli meno gravi [10].

Quanto poi ai rapporti tra richiesta ministeriale ovvero l'istanza o la querela della persona offesa, si registra, da un lato, l'opinione di chi ritiene

---

[10] In tal senso v., in giurisprudenza, Cass., sez. IV, 25 ottobre 1991, Boccardo, in *Cass. pen.*, 1993, 311; Cass., sez. II, 22 giugno 1990, n. 9093, in *CED on line*, n. 184696; Cass., sez. I, 23 giugno 1981, n. 6192, ivi, n. 149495; Cass., sez. I, 2 ottobre 1964, P.m. in c. Solimine, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 1003. In dottrina, sulle ragioni che impongono di dover considerare la presenza del reo quale condizione rilevante anche per la fattispecie dell'art. 9, comma 2, c.p. v., principalmente, gli approfondimenti di Macchia, *La presenza del colpevole nel territorio dello Stato come requisito generale condizionante la perseguibilità del delitto comune del cittadino all'estero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 1004, il quale, tra l'altro, richiama l'espressa puntualizzazione in tal senso contenuta nei lavori preparatori al codice penale del 1930; analogamente, Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, ed., Torino, 1981, 487 (che si riporta, per tale conclusione, alla Relazione ministeriale sul progetto del codice penale); Gallo, *La legge penale. Appunti di diritto penale*, Torino, 1965, 90; Pagliaro, *Principi di diritto penale*, *Parte generale*, Milano, 1987, 157; Rivello, *Richiesta di procedimento*, in *Dig. disc. pen.*, XII, Torino, 1997, 196; Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, I, 140; Trapani, *Legge penale. Limiti Spaziali*, in *Enc. giur.* Treccani, XVIII, Roma, 1990, 4.

trattarsi di condizioni alternative, nel senso che la prima sarebbe necessaria nei casi di lesione di un interesse dello Stato o della collettività, mentre la seconda – istanza o querela a seconda che il delitto sia ordinariamente procedibile d'ufficio o meno – sarebbe invece necessaria se il soggetto passivo, ed il relativo interesse/bene, è privato [11]; dall'altro lato, vi è invece l'opinione di chi ritiene potersi configurare un rapporto di fungibilità unilaterale, nel senso che la richiesta ministeriale potrebbe sopperire alla mancanza dell'istanza nei casi di delitto che lede un interesse privato, ma detta sostituibilità non varrebbe però in ipotesi contraria, nel senso che nei casi di delitto a danno dello Stato o comunque di un bene della collettività, l'assenza della richiesta ministeriale non sarebbe colmabile con l'istanza da parte di un cittadino [12]. I rilievi che prospettano la fungibilità tra richiesta ministeriale ed istanza non attengono, ovviamente, ai rapporti con la querela, sempre necessaria se la disposizione di parte speciale che si assume violata prevede questa specifica condizione di procedibilità e la cui assenza non sarebbe colmabile con la richiesta ministeriale [13]; richiesta che, peraltro, parte della dottrina ritiene essere condizione disgiuntiva – e dunque non necessaria – rispetto alla querela, a differenza della fattispecie disciplinata dall'art. 8, comma 2, c.p. per la punibilità del delitto politico [14].

Infine, l'art. 9, comma 3, c.p. disciplina la variabile del carattere non interno e/o nazionale dell'interesse leso, cioè a dire l'ipotesi del delitto, di qualsiasi gravità sanzionatoria, «commesso a danno delle Comunità europee, di uno Stato estero o di uno straniero» [15], ipotesi per la quale il colpevole

---

[11] Sul rapporto di alternatività tra richiesta ministeriale e istanza v. Gallo, *La legge penale*, cit., 89; Gianzi, *Istanza*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 965; Macchia, *La presenza del colpevole nel territorio dello Stato*, cit., 1005; Trapani, *Legge penale*, cit., 4.

[12] Inclini al rapporto di sostituibilità tra richiesta ed istanza ma non viceversa, da ultimo, Palumbo, *Istanza e richiesta*, in *Dig. disc. pen.*, *Agg. 2005*, III, Milano, 2005, 806; Romano, *Commentario sistematico*, cit., 141; già in precedenza Manzini, *Trattato di diritto penale*, cit., 490; Pagliaro, *Principi di diritto penale*, cit., 155; Zagrebelsky, *Istanza e richiesta negli artt. 9 e 10. Bigamia aggravata commessa all'estero: procedibilità in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 1033.

[13] Sulla non interscambiabilità tra richiesta ministeriale e querela, v. Macchia, *La presenza del colpevole nel territorio dello Stato*, cit., 1005, nt. n. 9; Palumbo, *Istanza e richiesta*, cit., 807; Pagliaro, *Principi di diritto penale*, cit., 155.

[14] In tal senso Palumbo, *Istanza e richiesta*, cit., 806; Rivello, *Richiesta di procedimento*, cit., 197.

[15] L'attuale riferimento anche alle Comunità europee, in aggiunta alla originaria sola previsione dello Stato estero, è la conseguenza della modifica introdotta dall'art. 5, comma 1, della legge del 29 settembre 2000, n. 300 di *Ratifica di atti internazionali in materia di: tutela degli interessi finanziari della CE, di corruzione di funzionari della CE o degli Stati membri dell'Unione Europea, di corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali*, pubblicata in G.U. del 25 ottobre 2000, n. 250.

«è punito a richiesta del Ministro della Giustizia, sempre che l'estradizione di lui non sia stata conceduta, ovvero non sia stata accettata dal Governo dello Stato in cui egli ha commesso il delitto».

La condizione "negativa" della mancata concessione dell'estradizione passiva del soggetto rifugiatosi nel territorio italiano – quella della non accettazione non è più realistica, non essendo nell'attuale codice di procedura penale più prevista la c.d. "offerta di estradizione" ma solo la concessione in esito al procedimento di estradizione passiva – integra il c.d. "criterio di sussidiarietà", per il quale la giurisdizione nazionale italiana è, appunto, in linea di principio sussidiaria a quella estera dello Stato in cui è stato commesso il delitto ed al quale si riconosce un interesse primario alla punizione. Ad ogni modo, si ritiene che la condizione in esame viene ad integrarsi non soltanto nel caso effettivo di mancata concessione, ma altresì nell'ipotesi in cui al procedimento di estradizione non si sia, di fatto, dato corso [16] ed anche qualora l'autorità straniera, non avvalendosi della facoltà di richiedere l'estradizione trasmetta all'autorità giudiziaria italiana tutti gli atti di indagine compiuti chiedendo di dar seguito all'azione penale in Italia [17].

Occorre infine precisare che anche per la fattispecie del comma 3, per quanto non vi sia espressa menzione della condizione della presenza del reo nel territorio, è opinione consolidata quella secondo cui detta condizione rilevi pure per le situazioni delittuose considerate [18].

Va da sé che le previsioni dell'art. 9 c.p. si applicano anche all'apolide residente nel territorio dello Stato, in ragione della previsione dell'art. 4, comma 1, ultima parte, c.p. che ne parifica la sua posizione a quella del cittadino.

Quanto al delitto comune commesso dallo straniero in territorio estero, l'art. 10, comma 1, c.p. disciplina l'ipotesi della commissione di un delitto «a danno dello Stato o di un cittadino … per il quale la legge italiana stabilisce l'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a un anno», ed in questo caso il colpevole è punito a condizione «che si trovi nel territorio dello Stato, e vi sia richiesta del Ministero della giustizia, ovvero istanza o querela della persona offesa». Sul rapporto di alternatività o fungibilità tra richiesta ministeriale *ovvero* l'istanza o la querela della persona offesa, valga qui l'integrale rinvio a quanto già specificato per l'analoga portata dell'art. 9, comma 2, c.p. [19].

---

[16] In tal senso Cass., sez. I, 22 ottobre 1981, Boccolato, in *Cass. pen.*, 1983, 1129.

[17] Così Cass., sez. I, 12 maggio 2004, n. 38019, in *CED on line,* n. 229735; Cass., sez. II, 18 marzo 19881, Colombani, in *Cass. pen.*, 1982, 1532, quest'ultima anche per ulteriori e più datati richiami.

[18] Per le ragioni di questa conclusione v., per tutti, Macchia, *La presenza del colpevole nel territorio dello Stato*, cit., 1006. Trattandosi delle medesime ragioni relative alla previsione del comma 2, v. *supra* nt. n. 10.

[19] Sul punto, per i riferimenti dottrinali, v. *supra* note nn. 11-14.

Di seguito, l'art. 10, comma 2, c.p. disciplina invece l'ipotesi del delitto «commesso a danno delle Comunità europee, di uno Stato estero o di uno straniero» [20], ed in questa ipotesi il colpevole «è punito a richiesta del Ministro della giustizia, sempre che: 1) si trovi nel territorio dello Stato; 2) si tratti delitto per il quale è stabilita la pena dell'ergastolo ovvero della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni; 3) l'estradizione di lui non sia stata conceduta, ovvero non sia stata accettata dal Governo dello Stato in cui egli ha commesso il delitto, o da quello dello Stato a cui egli appartiene». Anche qui, per quanto riguarda l'incidenza dell'estradizione non concessa o non accettata, valga quanto già specificato in precedenza in relazione alla portata dell'art. 9, comma 3, c.p.

Questo, in sintesi, il quadro generale di riferimento normativo in tema di punibilità di delitti comuni "esterni" ed il correlato assetto interpretativo – dottrinale e giurisprudenziale – formatosi in merito alla sua applicazione.

3. A prescindere dalla combinazione degli elementi di estraneità che possono caratterizzare ogni singola vicenda e della rilevanza ai fini della identificazione del regime di procedibilità previsto dalla fattispecie normativa di riferimento, vi è un comune denominatore rinvenibile in tutte le ipotesi considerate dagli artt. 9 e 10 c.p., cioè a dire che l'esercizio dell'azione penale per un delitto comune da chiunque commesso all'estero, è condizionato dalla circostanza che il reo «si trovi nel territorio dello Stato», con ciò alludendo alla presenza nel territorio italiano c.d. successiva [21] alla realizzazione dell'illecito.

Sulla *ratio* della tipizzazione normativa di tale condizione, al di là delle giustificazioni per lo più «ferme al livello di linguaggio figurativo» [22], inclini a considerare detta presenza come una «amplificazione dell'attività criminosa e ad una prosecuzione del reato che venga a protrarsi nel territorio italiano» [23, ovvero come riproduzione nel territorio italiano di un delitto altrove realizzato «come se col delinquente camminasse il delitto» [24], la più realistica giustificazione della funzione è quella che lega la circostanza della presenza ad un pragmatico «interesse concreto» [25] dell'ordinamento alla punizione del reo per la pericolosità che questo rappresenta, al fine di evitare che lo Stato si trasformi di fatto in comodo asilo per chi si rifugia dall'estero: «per lo Stato di rifugio, l'attuale pericolosità del soggetto, con

---

[20] Anche qui, per il riferimento alle Comunità europee, v. *supra* nt. n. 15.

[21] Per la distinzione tra presenza sul territorio "antecedente", "concomitante" e "successiva" alla realizzazione dell'illecito, v. F. Dean, *Norma penale e territorio*, cit., 304.

[22] Il rilievo critico è di F. Dean, *Norma penale e territorio*, cit., 313, nt. n. 18.

[23] Così Massari, *Il processo penale nella nuova legislazione*, Napoli, 1934, II, 578.

[24] La suggestiva immagine è di Bertola, *Della presenza nel Regno di chi ha commesso un delitto* all'estero, in *Riv. pen.*, s*upp. VI*, 1897-1898, 245.

[25] La puntualizzazione è di De Marsico, *Diritto penale*, Napoli, 1969, 56.

il giudizio di possibili altri reati futuri, sollecita l'ordinamento giuridico o all'estradizione o alla repressione nel territorio nazionale» [26].

Quanto alla natura giuridica della condizione della presenza del reo, si tratta della questione che per anni è stata, senza dubbio, uno dei principali oggetti delle dispute dottrinarie e giurisprudenziali non per mere questioni di etichetta, ovviamente, ma per i concreti risvolti pratici che alle diverse possibili qualificazioni attribuibili – condizione obiettiva di punibilità, di procedibilità, di applicabilità dei precetti penali, concezione mista – possono correlarsi [27].

La tesi, da sempre prevalente, che ritiene trattarsi di una condizione di procedibilità dell'azione penale – in senso proprio – può ormai dirsi definitivamente accreditata [28]. E della correttezza di tale conclusione ne sono prova, tra le altre ragioni, le indicazioni ricavabili anche dalle proposte di riforma del sistema normativo inclini ad attribuire espressamente alla presenza del reo nel territorio dello Stato la suindicata natura giuridica [29].

---

[26] Così Santoro, *Significato e natura della presenza del reo nel territorio dello Stato secondo gli artt. 9 e 10 cod. penale*, in *Giust. pen.*, 1961, II, 899.

[27] Non a caso, in tutti i contributi dottrinali sul tema della punibilità dei reati esterni è stata sempre dibattuta la questione della natura giuridica della presenza del reo; in particolare v., Cicala, *Natura giuridica, sostanziale e formale, della presenza nel territorio dello stato dell'autore di delitto comune commesso all'estero*, in *Annali*, 1937, 346; Guarnera, *Il problema dei termini della richiesta, dell'istanza e della querela per i delitti commessi all'estero e della natura giuridica della condizione della presenza del colpevole nel territorio dello stato*, in *Giust. pen.*, 1960, fasc. 12 *bis*; Santoro, *Significato e natura della presenza del reo*, cit., 897; v. altresì Battaglini, *Delitto comune del cittadino all'estero e termine per l'istanza della persona offesa*, in *Giust. pen.*, 1954, II, 304; Ferrante, *Brevi considerazioni sulla richiesta del Ministro di grazia e giustizia in rapporto ai delitti comuni commessi dal cittadino all'estero*, in *Giur. it.*, 1965, II, 137; Macchia, *La presenza del colpevole nel territorio dello Stato*, cit., 1004; Nuzzo, *Sulla natura processuale della presenza del reo nel territorio dello Stato*, in *Cass. pen.*, 2004, 1939; Id., *Conseguenze processuali della mancata presenza del reo nel territorio dello Stato ai sensi degli artt. 9 e 10 c.p.*, *ivi*, 2003, 3213; Pannain, *In tema di procedibilità in Italia per i reati commessi all'estero*, in *Riv. pen.*, 1935, 715; Pierro, *Delitto commesso all'estero e presenza del reo nel territorio dello Stato*, in *Giur. merito*, 1976, II, 296; Tedesco, *«Presenza» nel territorio dello Stato* ex *art. 9 c.p. ed esercizio dell'azione penale*, in *Giust. pen.*, 1972, III, 20; Zagrebelsky, *Istanza e richiesta negli artt. 9 e 10. Bigamia aggravata commessa all'estero: procedibilità in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 1030.

[28] Per tale conclusione, un efficace quadro di sintesi si rinviene in Nuzzo, *Sulla natura processuale della presenza del reo*, cit., 1939; a favore di questa tesi, tra gli altri, Dean, *Norma penale e territorio*, cit., 320; Levi, *Diritto penale internazionale*, cit., 276; Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 487; Romano, *Commentario sistematico*, cit., 141.

[29] Si allude espressamente a quanto emerge dal c.d. "Progetto Grosso", cioè a dire la proposta di riforma risultante dai lavori della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con D.M. 1° ottobre 1998, presieduta dal

Di particolare interesse, poi, la questione delle caratteristiche fattuali che deve assumere la presenza del reo nel territorio, cioè a dire il significato del "trovarsi", la cui valutazione rappresenta uno dei profili critici del provvedimento in esame.

Sul punto, è opinione da sempre condivisa [30] che tale accadimento rileva quale mero rapporto fisico con il territorio, un rapporto che non esige la permanenza abituale ed è integrato anche dalla dimora soltanto precaria o addirittura da una presenza fugace e finanche dal semplice transito del reo nello Stato. Ritenendosi peraltro assolutamente indifferente per il diritto positivo il motivo o la causa che possono aver determinato la presenza nel territorio e perfino la volontarietà [31], questa può anche essere la conseguenza di un fattore accidentale ed avere la sua genesi in una situazione di errore, caso fortuito, forza maggiore o necessità. In buona sostanza, per dirla con un'autorevole dottrina, «tutto è lo stesso» [32].

S'impongono però alcune puntualizzazioni.

Occorre sottolineare che sebbene le disposizioni che evocano detta condizione – artt. 9, 10 e 128 c.p. – usino le espressioni «… sempre che si trovi …», ovvero «… si trova nel territorio …», ciò non significa che l'interessato deve effettivamente trovarvisi permanentemente. In proposito si è con efficacia messo in evidenza che «gli artt. 9 e 10 c.p. prendono in considerazione un tipo di presenza che è dato da qualsiasi momentanea relazione del soggetto col territorio dello Stato, anche quando a questa relazione faccia difetto un minimo di continuità nel tempo» [33], essendo sufficiente, al fine di innescare la "reazione" punitiva dell'ordinamento – prima attraverso la richiesta

---

Prof. Carlo Federico Grosso. Il progetto finale del 2001, c.d. Articolato, contiene, sulla falsariga degli attuali artt. 7-10 c.p., disposizioni espressamente dedicate alla punibilità dei reati esterni, ed in particolare l'art. 10, comma 1, lett. a) specifica che «il requisito della presenza dell'autore del reato nel territorio dello Stato va inteso come condizione di procedibilità e deve sussistere al momento dell'esercizio dell'azione penale». La Relazione sui lavori e l'Articolato sono pubblicati in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 574.

[30] Per tutti F. Dean, *Norma penale e territorio*, cit., 308; Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 474; Nuzzo, *Sulla natura processuale della presenza del reo*, cit., 1942; Tedesco, *«Presenza» nel territorio dello Stato*, cit., 21; Santoro, *Significato e natura della presenza del reo*, cit., 897.

[31] Sulla irrilevanza della volontarietà, v. F. Dean, *Norma penale e territorio*, cit., 310.

[32] Così, espressamente, Manzini, *Trattato di diritto penale*, cit., 475.

[33] Così F. Dean, *Norma penale e territorio*, cit., 305, il quale sottolinea che quando il legislatore ha voluto attribuire alla presenza del reo nel territorio dello Stato una certa consistenza nel tempo, lo ha espressamente fatto attraverso formule verbali idonee come, ad esempio, nell'art. 250 c.p. dove si identifica il soggetto attivo del reato, oltre che nel cittadino, nello «straniero dimorante nel territorio», alludendo così espressamente ad un tipo di collegamento con il territorio – la dimora, appunto – caratterizzato da una certa significatività temporale.

ministeriale ovvero dell'istanza, qualora necessarie, e poi con l'esercizio dell'azione penale – che il reo già «… si sia trovato …» [34] sul territorio. Come dire: basta «l'istantaneità della presenza» [35] e tale fattore, una volta realizzato, «è irreversibile e non può quindi ritenersi affievolito, e tantomeno soppresso, per il fatto che l'azione penale si instauri dopo che il colpevole sia riemigrato» [36] e magari non faccia più rientro sul territorio.

Ciò significa che non si richiede che il reo si trovi sul territorio allorché venga esercitata l'azione penale – o quand'anche venga presentata la richiesta ministeriale, oppure l'istanza – posto che per l'integrazione dei diversi regimi di procedibilità previsti dagli artt. 9 e 10 c.p., è pertanto sufficiente che ci sia prova che antecedentemente alla formulazione dell'atto imputativo [37] il reo si sia almeno una volta "trovato" sul territorio italiano – e solo questo basta per l'art. 9, comma 1, c.p. mentre per le altre ipotesi vi si deve appunto correlare l'istanza o la richiesta ministeriale – senza ulteriore dimostrazione che il pregresso "trovarsi" sia stato caratterizzato da un minimo di continuità temporale.

La più recente giurisprudenza conferma gli assunti dottrinali: «la presenza del colpevole nel territorio dello Stato… deve essere sussistente prima della richiesta di rinvio a giudizio, a nulla rilevando l'eventuale allontanamento dello straniero in un momento successivo all'avveramento della citata condizione di procedibilità» [38].

La presenza del reo nel territorio dello Stato è quindi una condizione di procedibilità che si connota quale fatto "istantaneo" e non "permanente", ed il rapporto tra la sua integrazione e l'esercizio dell'azione penale è analogo, come si vedrà meglio tra breve, a quello esistente tra realizzazione della presenza e il termine per la presentazione della richiesta ministeriale, dove il *dies a quo* è fissato dall'art. 128 c.p. con riferimento «alla entità temporale di un solo giorno, che è appunto il giorno in cui la legge ritiene avverata la condizione» [39].

4. Come visto, l'unica fattispecie di reato commesso all'estero procedibile alla sola condizione della presenza reo nel territorio dello Stato è quella

---

[34] La puntualizzazione lessicale si deve a Tedesco, *«Presenza» nel territorio dello Stato*, cit., 21.

[35] L'efficace rilievo è, ancora, di Tedesco, *«Presenza» nel territorio dello Stato*, cit., 20.

[36] Così Tedesco, *«Presenza» nel territorio dello Stato*, cit., 20.

[37] E per la verità non solo l'esercizio dell'azione penale in senso proprio: ed invero, secondo Cass., sez. I, 11 luglio 2003, Taher, in *Cass. pen.*, 2004, 1932, la presenza del reo nel territorio dello Stato è richiesta anche ai fini dell'applicazione di misure cautelari da adottarsi nel corso delle indagini preliminari.

[38] È la conclusione di Cass., sez. I, 7 dicembre 2005, n. 2955, in *CED on line*, n. 233424; già in precedenza Cass., sez. II, 19 aprile 1971, Sepio, in *Giust. pen.*, 1972, III, 19; Cass., sez. I, 14 ottobre 1977, Lorenzi, *ivi*, 1978, III, 3.

[39] Così, ancora, Tedesco, *«Presenza» nel territorio dello Stato*, cit., 21.

dell'art. 9, comma 1, c.p. Per tutte le altre, alla presenza del reo deve necessariamente correlarsi la richiesta del Ministro della Giustizia, ovvero l'istanza o la querela della persona offesa. Dunque, un rapporto tra plurime condizioni di procedibilità e quanto al criterio funzionale di alternatività o fungibilità tra queste si è già detto [40].

Qui occorre invece dare contezza – anche perché rappresenta uno degli aspetti critici del provvedimento in esame – del necessario coordinamento temporale tra dette condizioni.

Il problema nasce dalla esatta interpretazione dell'art. 128 c.p. il quale, dedicato alla disciplina del «termine per la richiesta di procedimento», prevede ai commi 1 e 2 diversi termini decadenziali per la proposizione della richiesta ministeriale: uno, generico, di tre mesi decorrente dalla conoscenza del fatto da parte dell'autorità; l'altro, specifico per i reati la cui punibilità «dipende dalla presenza del colpevole nel territorio dello Stato», di tre anni decorrente, appunto, dal giorno in cui il «colpevole si trova nel territorio dello Stato» [41]. Per espressa previsione dell'art. 130 c.p., i termini dell'art. 128 c.p. sulla richiesta si applicano anche all'istanza della persona offesa.

Quanto all'esatta coordinazione applicativa dei distinti termini decadenziali, deve darsi contezza di due orientamenti dottrinali: da un lato, quello che sostiene la tesi di un'applicazione congiunta dei due termini decadenziali previsti dai commi 1 e 2, il primo di tre mesi decorrente dalla conoscenza della *notitia criminis*, e il secondo di tre anni decorrente dalla presenza del reo, termine, quest'ultimo, decorso il quale la richiesta non sarebbe in ogni caso più proponibile anche se l'autorità non sia venuta ancora a conoscenza del fatto [42]; dall'altro lato, invece, l'orientamento incline all'applicazione del solo termine decadenziale di tre anni previsto dal comma 2 e decorrente dal momento in cui si realizza la presenza del reo nel territorio dello Stato, senza alcuna rilevanza, quindi, circa la questione della conoscenza della *notizia criminis* [43]. Secondo quest'ultimo orientamento, in buona sostanza, l'art.

---

[40] Sul punto v. *supra* § 2.

[41] Per una completa analisi della portata dell'art. 128 c.p., v. Silvestri, *Art. 128 c.p.*, in Lattanzi-Lupo, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, (Agg. 2000-2004), II, Milano, 2005, 215; nonché, anche per i richiami dottrinali e giurisprudenziali e l'ampia casistica riportata, Mendoza, *Art. 128 c.p.,* in Lattanzi-Lupo, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, III, Milano, 2000, 322.

[42] Per questa tesi v. Battaglini, *Delitto comune del cittadino all'estero*, cit., 304; F. Dean, *Norma penale e territorio*, cit., 326; Levi, *Diritto penale internazionale*, cit., 277; Romano, *Commentario sistematico*, cit., 141.

[43] In tal senso v. Casaroli, *Art. 128*, in Padovani (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2000, 671, il quale ricorda che si tratta della soluzione proposta financo nella Relazione del Guardasigilli su progetto definitivo del codice penale (vol. V, pt. I, Roma, 1928, 186); 671; Ferrante, *Brevi considerazioni sulla richiesta del Ministro di grazia e giustizia*, cit., 138; Guarnera, *Il problema dei termini della richiesta, dell'istanza e della querela*, cit., 145; Picotti, *La legge penale*, cit., 192; Semeraro, *Il diritto di querela*, in Bricola-Zagrebelsky, *Giurisprudenza sistematica di diritto*

128 c.p. fissa due termini distinti a seconda che si tratti di reato "interno" oppure "esterno", e rapporta il termine di tre mesi dalla conoscenza della *notitia criminis* per il reato "interno", e quello di tre anni dalla presenza del reo nel territorio per il reato "esterno" in maniera del tutto distinta ed autonoma dal primo.

La giurisprudenza è costante e consolidata nel tempo proprio a favore di quest'ultima impostazione: «il termine di tre mesi dalla notizia del fatto, previsto dall'art. 128 primo comma per la proposizione della richiesta di procedimento, non è applicabile ai reati per la cui punibilità è necessaria la presenza del colpevole nel territorio dello Stato; per questi reati, invece, è applicabile il secondo comma della stessa norma, che prevede il distinto ed autonomo termine, completamente sganciato dalla notizia del fatto, di tre anni a decorrere dall'inizio di detta presenza » [44].

Oltre all'accreditamento giurisprudenziale, la tesi da sempre dominante trova conferma altresì nelle indicazioni ricavabili dalle proposte di riforma del sistema normativo, inclini a configurare quale unico termine per la proposizione della richiesta ministeriale nei confronti dei reati la cui punibilità dipende dalla presenza del reo nel territorio, quello di tre anni decorrente da tale presenza.

5. La ricognizione sin qui effettuata consente ora l'analisi dei profili critici del provvedimento in esame, relativi alla individuazione dei criteri integrativi della presenza del reo nel territorio dello Stato ed al rapporto funzionale e temporale tra tale condizione, la conoscenza della *notitia criminis* e la richiesta del Ministro della Giustizia.

Quanto al primo, l'aspetto di interesse è rappresentato dalla connotazione temporale che dovrebbe assumere la presenza del reo, requisito al quale sembra alludere la sentenza laddove viene fatto rilevare che dagli atti del procedimento « …non emerge(va) prova certa della permanenza in via continuativa ed ininterrotta dell'imputato nel territorio dello Stato Italiano, nel triennio antecedente alla richiesta del Ministero della Giusti-

---

penale, cit., III, 36; VIARO, *Richiesta di procedimento*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 955.

[44] Espressamente in questi termini, da ultimo, Cass., sez. I, 27 novembre 2002, n. 3375, in *CED on line*, n. 223177; in precedenza Cass., sez., I 13 gennaio 1993, Shoukry, *ivi*, n. 201932; Cass., sez. IV, 25 ottobre 1991, Boccardo, in *Cass. pen.*, 1993, 311; Cass., sez. IV, 17 novembre 1991, Andriolo, *ivi,* 1993, 2273; Cass., sez. II, 25 ottobre 1990, Mammoliti, *ivi,* 1992, 2360; Cass., sez. II, 8 marzo 1989, Trivellato, *ivi*, 1991, 1777; Cass., sez. I, 19 maggio 1983, Tauber, *ivi,* 1985, 358; Cass., sez. I, 23 giugno 1981, Panebianco, in *Riv. pen.*, 1982, 91; Cass., sez. I, 3 dicembre 1974, Garofalo, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1976, 892; Cass., sez. I, 5 febbraio 1970, Brezavschek, *ivi,* 1970, 1166; Cass., sez. II, 12 dicembre 1959, Canone, in *Riv. pen.*, 1960, II, 179.

zia (avvenuta in data 15.7.2005)» [45]; ed ancora, laddove si sottolinea che «i dati obiettivi … non offrono certamente elementi per ritenere provata la legittima e continuativa presenza dello stesso in Italia» [46].

Simili rilievi impongono una specifica attenzione.

Come chiarito in precedenza è pacifico che per la realizzazione della presenza del reo, cioè a dire per la "consumazione" della condizione di procedibilità [47], è sufficiente un mero rapporto fisico del soggetto con il territorio italiano sebbene non caratterizzato da un minimo di permanenza abituale, essendo soddisfacente anche la dimora soltanto precaria o addirittura una presenza fugace e financo il semplice transito del reo nello Stato italiano. Per suscitare la reazione punitiva dell'ordinamento basta solo l'istantaneità del contatto, che una volta realizzato – e ovviamente provato – è produttivo di effetti giuridici irreversibili e non sospendibili. Ciò significa che per l'integrazione della condizione richiesta dagli artt. 9 e 10 c.p. ai fini del valido esercizio dell'azione penale, è pertanto sufficiente che ci sia prova che antecedentemente alla formulazione dell'atto imputativo il reo si sia almeno una volta "trovato" sul territorio italiano senza ulteriore dimostrazione del carattere anche minimamente permanente o continuativo di detta presenza.

E nella vicenda in esame, la prova di una presenza giuridicamente rilevante secondo i tradizionali criteri interpretativi prima analizzati era peraltro ben documentata, dandosi espressamente atto in sentenza che successivamente alla realizzazione all'estero dell'illecito, risalente al periodo settembre-novembre 2001, vi era la dimostrazione che l'imputato si era successivamente "trovato" in territorio italiano come evidenziato da un visto di ingresso sul suo passaporto datato 15 dicembre 2001.

Il richiamo, quindi, alla necessità di una «permanenza in via continuativa ed ininterrotta» del reo nel territorio italiano parrebbe improprio anche perché, del resto, a voler riconoscere validità alla ricostruzione patrocinata in sentenza, se così fosse sarebbe proprio il caso di specie a caratterizzarsi per l'assenza di tale connotazione come espressamente ammesso nel provvedimento, e pertanto si sarebbe dovuto concludere per l'insussistenza della primaria condizione di procedibilità.

Ma a tale questione – che per la verità, poi, non sembra aver condizionato in un senso o nell'altro la conclusione sulla questione della procedibilità – se ne correla una seconda che è proprio quella che, invece, avrebbe dovuto sì infirmare negativamente il giudizio sulla sussistenza delle condizioni per il valido esercizio dell'azione penale.

---

[45] Per la precisione, si tratta dell'inciso rinvenibile sia nella sentenza, nella parte dedicata alla questione della procedibilità dell'azione penale, sia identicamente nella pregressa ordinanza.

[46] Questo puntualizzazione, che ribadisce il più ampio inciso prima analizzato, si rinviene nell'ordinanza di rigetto della questione di improcedibilità dell'azione penale, sollevata in sede di udienza preliminare.

Il riferimento è all'inciso contenuto in sentenza – ed anche questo espresso già nella pregressa ordinanza – laddove è stata sottolineata «la tempestività della richiesta del Ministro in quanto intervenuta entro i tre mesi dalla data di conoscenza della *notitia criminis*», alludendo pertanto in maniera inequivoca al rispetto del termine decadenziale previsto dall'art. 128, comma 1, c.p.

Sennonché, per le ragioni in precedenza evidenziate a proposito dell'ambito operativo dell'art. 128 c.p. [47], simile conclusione non appare in linea con l'orientamento maggioritario. Si è visto infatti che le tesi che si fronteggiano in relazione all'applicazione di tale disposizione propendono o per l'applicazione del solo termine decadenziale di tre anni previsto dal comma 2 e decorrente dal momento in cui si realizza la presenza del reo nel territorio dello Stato, oppure per un'applicazione congiunta dei due termini previsti dai commi 1 e 2, il primo di tre mesi decorrente dalla conoscenza della *notitia criminis*, e il secondo di tre anni decorrente dalla presenza del reo, termine, quest'ultimo, decorso il quale la richiesta non sarebbe in ogni caso più proponibile anche se l'autorità non sia venuta ancora a conoscenza del fatto.

Ebbene, poiché la sentenza menziona espressamente il riferimento al rispetto del termine di decadenza di tre mesi dalla conoscenza del fatto *ex* art. 128, comma 1, c.p., l'impostazione di fondo sembrerebbe innestarsi sulla tesi che ritiene necessaria l'applicazione di entrambi i termini decadenziali. Ma il problema è che pur a fronte dell'osservanza del termine di tre mesi dalla conoscenza del fatto, non ci sarebbe stato però il rispetto del secondo termine di tre anni decorrente dalla presenza del reo *ex* art. 128, comma 2, c.p., in merito al quale, infatti, non si è fatto alcun accenno.

In estrema sintesi: in base ai dati risultanti dalla sentenza, in data 30 maggio 2005 veniva presentata una «istanza di richiesta di procedimento» [48] e con ciò si realizzava la conoscenza ministeriale del fatto ed il successivo 15 luglio 2005, quindi nel rispetto del termine trimestrale *ex* art. 128, comma 1, c.p. veniva formalizzata la richiesta del Ministro della Giustizia ai sensi dell'art. 10, comma 2, c.p. Ma l'aspetto cedevole, però, è che la presenza del reo nel territorio dello Stato successiva al fatto commesso all'estero fino al novembre 2001, si sarebbe perfezionata già dal 15 dicembre 2001 e nel triennio successivo a detta integrazione, scadente quindi il 15 dicembre 2004, non è intervenuta né la richiesta ministeriale ma neanche l'istanza

---

[47] V. *supra* § 4.

[48] Siffatta espressione, utilizzata in sentenza, impone una precisazione. L'istanza prevista dall'art. 342 c.p.p. è proposta dall'interessato direttamente all'autorità giudiziaria che dovrebbe procedere. Nel caso in esame sembra che l'istanza sia stata veicolata al – od anche – Ministero della Giustizia affinché questo venisse portato a conoscenza della *notizia criminis* al fine di sollecitarlo alla formulazione della richiesta di procedimento, cosa in effetti poi effettuata. Si tratterebbe, comunque, di una particolarità che non ha determinato questioni.

della persona offesa, e ciò considerando, come visto in precedenza [49], che nella vicenda in esame ben poteva prospettarsi l'alternatività tra istanza e richiesta ministeriale in ragione dell'interesse leso.

Come dire, sembra quasi che alla richiesta ministeriale, sì tempestivamente proposta entro il termine decadenziale di cui all'art. 128, comma 1, c.p. decorrente dalla conoscenza del fatto criminoso, si sia voluto riconoscere un ruolo di alternatività e/o supplenza rispetto alla analoga richiesta da rapportarsi però al termine triennale decorrente dalla presenza del reo, ma altresì di fungibilità proprio rispetto alla presenza stessa, condizione che se apprezzata secondo il canone interpretativo prospettato in sentenza – permanenza continuativa ed interrotta – si tratterebbe di una condizione, appunto, non realizzata.

In conclusione: integrata la condizione della presenza del reo nel territorio dello Stato successiva alla realizzazione del delitto esterno, ed anche a voler ritenere alternativamente valide le tesi applicative dell'art. 128 c.p., la peculiare connotazione fattuale della vicenda in esame – riassumibile, invero, in un'espressione: eccessiva dilatazione dei tempi – non consente di ritenere giuridicamente integrata nessuna legittima correlazione funzionale e temporale tra la citata presenza e altre condizioni di procedibilità dell'azione penale rappresentate dalla richiesta ministeriale, ovvero, l'istanza della persona offesa.

E da ciò non poteva che derivarne un giudizio di improcedibilità dell'azione penale.

ALESSANDRO RICCI

---

[49] V. *supra* § 2.

G.U.P. TRIBUNALE DI PERUGIA - 18 dicembre 2008 - *Est.* MICHELI - M.A.

Reato – Elemento soggettivo – Falsa attestazione a pubblico ufficiale di non aver riportato condanne penali – Decreto penale di condanna ritualmente pagato – Errore di diritto incidente sul fatto che costituisce reato – Difetto di dolo (c.p. artt. 43, comma 1, alinea 1, 47, comma 3, 495).

Delitti contro la fede pubblica – Falsa attestazione a pubblico ufficiale su qualità proprie – Decreto penale di condanna ritualmente pagato – Falso inutile (c.p. artt. 49, comma 2, 495).

Non commette il delitto di falsa dichiarazione al pubblico ufficiale su qualità personali proprie colui che, nella domanda di passaporto, dichiari – contrariamente al vero – di non aver riportato una condanna penale, allorché egli non percepisca la reale natura di detto provvedimento (nella specie trattavasi di decreto penale di condanna per guida in stato di ebbrezza, regolarmente pagato), in quanto detto contegno si estrinseca in un errore di diritto incidente sul fatto che costituisce reato, rilevante in punto di scusabilità della condotta (1).

Si configura un falso inutile nel caso di falsa dichiarazione al pubblico ufficiale su qualità personali proprie resa da colui che nella domanda di rilascio del passaporto dichiari di non aver riportato una condanna penale, sebbene sia risultato destinatario di decreto penale di condanna per guida in stato di ebbrezza, in quanto tale decreto risulti essere stato regolarmente pagato. Tale circostanza difatti rende comunque rilasciabile il documento richiesto (2).

(*Omissis*). Nei confronti di M.A. il Pubblico Ministero ha esercitato l'azione penale con richiesta di decreto penale di condanna, in ordine al delitto di cui all'art. 495 c.p.; a seguito del provvedimento emesso dal Giudice per le Indagini Preliminari, il prevenuto ha spiegato rituale opposizione, chiedendo di essere giudicato nelle forme del rito abbreviato. Dato corso al rito speciale, previa produzione di memoria difensiva, entrambe le parti hanno concluso per l'assoluzione del M.A., in ragione del difetto in capo a lui del dolo necessario alla configurazione dell'ipotesi criminosa. La tesi difensiva, cui il P.M. ha aderito, vuole infatti che l'imputato sostenne per mero errore, o comunque confidando che quella fosse la realtà effettiva della propria posizione al Casellario, di non avere mai riportato condanne (all'atto di avanzare istanza per il rilascio del passaporto): vero è che egli era stato anni prima - nel 2002 - destinatario di un decreto penale per guida in stato di ebbrezza, ma aveva provveduto a pagare la relativa sanzione pecuniaria.

Non risulta che il M.A. fosse un esperto di procedura penale, sicché egli ben poteva ritenere che un provvedimento di quel genere non potesse equipararsi a una sentenza di condanna, o immaginare che il pagamento dell'ammenda avesse comportato effetti estintivi, e dunque di sostanziale cancellazione di quel pregiudizio.

Tutte situazioni che si risolvono in errori di diritto, ma comunque incidenti sul fatto costituente reato (non già sul divieto), e dunque rilevanti in punto di scusabilità.

Senza dimenticare, del resto, che al prevenuto sarebbe in ogni caso spettato il rilascio del documento richiesto anche nell'ipotesi in cui fosse stata data contezza di quel precedente, appunto in virtù dell'avere egli provveduto ad onorare il pagamento, come si evince dal disposto dell'art. 3 legge n. 1185/1967: ipotizzando il dolo del M.A., in sostanza, si dovrebbe ritenere che egli avrebbe dichiarato consapevolmente il falso (onde tacere l'esistenza della condanna pregressa) ma ignorando in modo piuttosto grossolano che quel falso era del tutto inutile.

Ne deriva la conformità a giustizia di una sentenza di assoluzione, con revoca del decreto penale di condanna già emesso (*Omissis*).

(1-2) In viaggio tra *error facti* ed *error iuris*, l'impervio cammino dalla tipicità alla colpevolezza (attraversando l'offensività).

1. L'amletica collocazione dell'elemento soggettivo del reato, sul versante fenomenico della tipicità o piuttosto tra le dinamiche "ammonitrici" che danno volto alla colpevolezza, si impone (ancora) protagonista sulla scena dell'esegesi contemporanea portando seco i segni del tragitto che ha condotto alla normativizzazione del rimprovero penale.

È in controluce rispetto a questa evoluzione, conquista *recente* di una visione a tutto tondo della *personalità* del sistema criminale, che divengono leggibili sfumature un tempo inavvertite, le quali consentono alla sensibilità dell'interprete di ordinare e distinguere *ab interno* la vastità tematica dell'errore.

Tutta la ricchezza, e la connessa complessità, di simili venature concettuali si rinviene sotto la superficie della pronuncia annotata, ove esse alloggiano avvolte in una estrema sintesi argomentativa all'esito della quale si scopre ribaltata la più salda posizione giurisprudenziale sul tema.

Prende così corpo una ipotesi di errore su una legge diversa da quella penale, afferente alla disciplina dell'art. 47, comma 3, c.p., dedotta a motivazione della sentenza assolutoria di chi ha falsamente dichiarato nella richiesta di rilascio di passaporto la circostanza del non avere subito condanne penali, per non essersi avveduto della esatta natura giuridica di un decreto penale di condanna per guida in stato di ebbrezza cui aveva fatto regolarmente séguito l'adempimento della sanzione pecuniaria inflitta.

Messi di fronte ad un errore che "nel" diritto ha la sua genesi - alle spalle il bagaglio culturale del principio della scusabilità del solo errore inevitabile "di diritto" [1] - si avverte presto l'intersecarsi delle questioni. Da un canto si tratta di separare la casistica dell'errore sul precetto dagli episodi significanti piuttosto una falsa rappresentazione della realtà fattuale, quand'anche innescati dalla fallace valutazione di un dato normativo costitutivo del reato. Dilemma da risolversi in necessaria premessa per filtrare l'*an* del rilievo penalistico dell'errore, alternativamente da riconoscersi nei soli confini della "non evitabilità altrimenti" (*ex* art. 5 c.p.) ovvero (*ex* art. 47 c.p.) incondizionatamente.

Ma si tratta anche – ed è certo passaggio di non secondario spessore – di cogliere il "dettaglio" dell'efficacia dell'errore così riconosciuto, a seconda che diverso sia l'effetto inteso scaturire dall'una o dall'altra "specie". Difatti, la forza elisiva dell'errore sul fatto è stata da una opinione ricondotta a negare la esatta rappresentazione dell'immagine tipica del fatto criminale, così deprivato dell'elemento soggettivo doloso; un giustapposto orientamento l'ha invece avvertita "scivolare" sul piano della colpevolezza, ove si posa anche l'inesigibilità prodotta da un errore sul precetto inevitabile.

Diremmo: se è chiaro che la mancata raffigurazione di ognuno degli elementi costitutivi del fatto di reato impedisce il profilarsi della rappresentazione e quindi della volontà (leggi anche dolo) del fatto, rimane tutto da precisare il ruolo giocato da questo dolo nella struttura dell'illecito penale; e quindi tutta da disegnare la cornice giuridica, di falso atipico o di falso scusabile, entro cui infine racchiudere l'episodio narrato.

La soluzione adottata nelle perifrasi in commento si proclama calata nel battuto territorio della *scusabilità* dell'errore *ex* art. 47, comma 3, c.p., in adesione alla seconda delle impostazioni nominate; eppure in epilogo riapre i conti sulla bontà dell'opzione esegetica prescelta, fornendo lo spunto per l'immediato affronto della tematica. Col marcare l'inutilità del falso di specie quand'anche dolosamente commesso, lascia infatti sbiadire la logicità di un giudizio di colpevolezza che (mediante l'accertamento del dolo) venga maturato prima di aver ponderato l'integrazione del lato oggettivo della fattispecie tipica, o comunque prima di averne saggiato la realtà del disvalore previsto e punito dal sistema criminale.

2. L'economia della pronuncia è lo specchio di un atteggiamento esegetico moderno, che apprezzabilmente non guarda indietro, a discutere sulla correttezza di una interpretazione abrogatrice dell'art. 47, comma 3, c.p., o a questionare sulla giustificatezza della risoluzione di ogni errore di diritto – quello nascente cioè da una inesatta ricognizione della realtà giuridica – col parametro dell'errore sulla legge penale di cui all'art. 5 c.p.

---

[1] Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686 s.

La lettera delle norme coinvolte non rende del resto avallabili i contrasti ed i dubbi, accademici e giurisprudenziali, che pure si sono affastellati attorno a questi argomenti, attenta come è a definire ciascun errore in funzione dell'oggetto su cui esso cada: il fatto – materiale tipico – che costituisce reato, l'uno, la qualificazione del fatto in termini di illecito penale, l'altro [(2)].

Sulla scorta di questa impostazione binaria si spiega come un errore sul fatto possa essere cagionato anche dall'erronea interpretazione di norme diverse dalla norma incriminatrice, e da questa richiamate – a far parte della struttura dell'illecito - per il tramite di un elemento normativo. Tale è l'errore descritto e disciplinato dall'art. 47, comma 3, c.p., che misura l'ipotesi in cui la fuorviata valutazione di un simile fattore normativo impedisca – al pari di un errore di percezione sensoriale – di rappresentarsi il fatto concreto in effetti realizzato, amputandone *in parte qua* la consapevolezza [(3)].

La peculiare "personalità" di questo elemento costitutivo del fatto tipico oggettivo, che è referente del dolo per incontrastabile lettura dell'art. 47, comma 1, c.p., lo rende quindi esistente giusto a livello concettuale, potendo essere pensato – non anche percepito – solo attraverso la mediazione di una norma (giuridica o sociale). A separare questa dimensione da quella cui appartengono gli elementi descrittivi corre allora un unico profilo: è col suo significato – e non con la sua apparenza fenomenica – che tale elemento scrive un tratto portante della figura di reato, da elevarsi ad oggetto del dolo - *rectius* della rappresentazione e della volontà in cui il dolo consiste – nei "comuni" limiti della sua *immediata* percezione cognitiva, ancorché lontana dalla tecnicità del senso che gli è proprio. Così da porre accanto alla *conoscenza sensoriale* delle connotazioni naturalistiche del fatto la *conoscenza* (magari giuridica) *laica* che è consapevolezza del significato normativo socialmente attribuito a quel dato [(4)].

Allineata a queste premesse si staglia la singolarità della decisione passata in rassegna, cammeo all'interno di un solido quadro giurisprudenziale che non ha remore nello svuotare di contenuto la previsione dell'art. 47, comma 3, c.p., traducendo ogni errore interpretativo di norme giuridiche

---

(2) Palazzo, *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, 1974, 167; Flora, *Errore*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 257 ss.; Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1995, 459; Padovani, *Diritto penale*, Milano, 2008, 228; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009, 363.

(3) Marinucci-Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009, 277. V. in termini Vallini, *Errore di diritto e profili descrittivi del fatto: spunti per un ripensamento della categoria degli elementi normativi, nel contesto di un approccio "problematico" all'art. 47, 3° comma, c.p.*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino, 2002, 751 ss.; Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 374 ss. Difforme l'opinione di M. Gallo, *Dolo (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 762 ss., che, muovendo dalla natura di *error iuris* dell'errore extrapenale, nella norma coglie una eccezione all'art. 5 c.p.

(4) Cfr. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, 296.

in altrettanti errori sulla legge penale da convogliare nel modello dell'art. 5 c.p. [5]. La pressoché immutata aderenza all'antica teorica della c.d. incorporazione [6], rende invero "ideale" la nicchia delle leggi "diverse" cui fa cenno il disposto, assunte come riconoscibili per essere destinate in origine a regolare rapporti giuridici estranei alla dimensione penale e non richiamati nella norma incriminatrice né esplicitamente né implicitamente [7]. La riflessa tendenza a ritenere norme integratrici del precetto penale – e quindi esse stesse "legge penale" – tutte quelle qualificatrici di elementi normativi, non tarda così a far saggiare col metro della inescusabilità l'errore incidente su precetti e termini di altre branche del diritto introdotti nella norma "ad integrazione", proprio in quanto considerati determinanti il contenuto del comando penale [8].

Seguendo l'orientamento meno solcato, la pronuncia *de qua* si accosta ai rari interventi sensibili ad avvertire l'efficacia scusante dell'errore su legge extrapenale, ad esempio ricadente sulle norme privatistiche che disciplinano il trasferimento della proprietà rispetto all'imputazione di cui agli artt. 632 e 639 c.p. [9]; dell'errore sulla nozione di privata dimora ai fini del delitto di evasione commesso da chi agli arresti domiciliari [10]; dell'errore sulla cessazione degli effetti civili del matrimonio rilevante nell'ottica della violazione degli obblighi di assistenza familiare [11].

La fattispecie in indagine ridonda sotto questo profilo coinvolgendo il rilievo del fraintendimento dell'agente/dichiarante nell'integrarsi della falsità *ex* art. 495, ult. comma, c.p. (secondo la versione normativa previgente la novella del 2008).

---

[5] Cass., sez. I, 24 giugno 1982, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 751; Cass., sez. I, 19 ottobre 1982, Di Silvestro, in *Giust. pen.*, 1983, II, 427; Cass., sez. VI, 28 giugno 1989, Giordano, in *Riv. pen.*, 1990, 448; Cass., sez. VI, 3 giugno 1994, Filippelli, in *Cass. pen.*, 1996, 3320; Cass., sez. VI, 18 novembre 1998, Benanti, *ivi*, 2000, 2636 s.; Cass., sez. III, 7 aprile 1999, Visco, *ivi*, 2001, 638; Cass., sez. V, 11 gennaio 2000, Di Patti, *ibidem*, 1480; Cass., sez. V, 23 marzo 2004, O., in *Riv. pen.*, 2004, 1212; Cass., sez. IV, 30 ottobre 2003, Tomassoni, in *Cass. pen.*, 2005, 1937 s.; Trib. Cagliari, 30 ottobre 1997, M.S., in *Riv. giur. sarda*, 2002, 777; Trib. Lecce, 14 dicembre 2006, in *Juris data on line*.

[6] Tale dottrina è stata recentemente riformulata col distinguere tra norme extrapenali (integratrici) - che concorrono a descrivere la fattispecie in funzione generale ed astratta mediante l'aggiunta o la specificazione di elementi da considerarsi come essenziali (norme definitorie) - e norme (non integratrici) che si limitano a qualificare concetti normativi della fattispecie penale, rispetto alla quale non aggiungono né specificano alcunché, v. Romano, *Commentario*, cit., 464.

[7] In particolare da ultimo, Cass., sez. IV, 30 ottobre 2003, Tomassoni, cit.; Cass., sez. I, 10 dicembre 2003, B., in *Cass. pen.*, 2005, 2452.

[8] V. Cass., sez. III, 10 giugno 1983, Puglisi, in *Cass. pen.*, 1985, 84.

[9] Cass., sez. II, 19 aprile 2002, Dessì, in *Cass. pen.*, 2003, 1157.

[10] Cass., sez. IV, 4 ottobre 2000, Stankovic, in *Cass. pen.*, 2001, 3410.

[11] Cass., sez. VI, 27 febbraio 1980, Piccirelli, in *Cass. pen.*, 1981, 227.

Così, risolutamente, anche l'interprete del caso concreto si volge oltre i rammentati dubbi del passato, ed avanza col verificare se l'avvenimento in contestazione effettivamente consti in una non corretta percezione, da parte del soggetto attivo, della situazione fattuale creata col proprio *facere*. Con rapidi passaggi, l'analisi si chiude: egli, quale soggetto di "comune" competenza tecnico-giuridica, errando sulla (ignorando la) qualificazione giuridica del decreto penale di condanna al pagamento di sanzione pecuniaria derivante dall'accertata guida in stato di ebbrezza, ha inteso di non essere stato destinatario di alcun provvedimento di condanna di natura penale, e quindi di non aver fornito una falsa dichiarazione rispetto alle proprie qualità personali oggetto di considerazione ai fini del rilascio del passaporto (atto avente natura di autorizzazione amministrativa).

In breve, la mancata integrazione dell'aspetto soggettivo doloso è vista insistere dal lato della mancanza di coscienza e volontà della condotta delittuosa [(12)], la cui qualifica tipica di falsità è destinata a trapassare dalla non veridicità della qualità personale attestata, nel dettaglio focalizzata attraverso l'elemento normativo giuridico relativo all'incensuratezza: infatti, l'art. 16 della legge n. 1185 del 1967, regolante la materia del rilascio dei passaporti, impone al richiedente di dichiarare per iscritto se ha precedenti penali.

Nondimeno, la logica linearità di questo ragionamento attorno alla locale operatività dell'art. 47, comma 3, c.p., sembra macchiarsi della decisiva obiezione che può essere brandita contro l'accertamento positivo dell'esistenza in concreto di un siffatto errore, la cui dimostrazione processuale è tenuta a confrontarsi con la razionalità dell'uomo comune; ben difficile quest'ultima da apprezzarsi in un contesto in cui il dichiarante di oggi è colui che ieri aveva assunto le vesti di imputato in un procedimento penale conclusosi con l'emissione di un decreto penale di condanna, quand'anche a sanzione pecuniaria.

L'interpretazione di una norma lamentata come erronea da parte dell'autore rimane infatti, ed invece, sintomatica di una illecita volontà dolosa quando si discosti in termini del tutto irragionevoli dal senso giuridico comune, tanto da apparire arbitraria: solo in caso contrario è dato ravvisare la sussistenza di un errore su norma extrapenale riconducibile all'area effettuale della disciplina in richiamo [(13)].

3. Dopo aver sradicato dalla dinamica del caso la conoscenza effettiva di un simile elemento (normativo) del fatto concreto, dimostratosi rilevante ai

---

[(12)] Non richiedendo la norma il dolo specifico non assume rilievo il fine perseguito dall'autore della falsità personale: esattamente, in tema di falsa dichiarazione di non essere sottoposto a procedimento penale rilasciata in sede di richiesta del passaporto, Cass., sez. V, 4 dicembre 2007, M., in *Riv. pen.*, 2008, 5487; Cass., sez. V, 3 luglio 2008, B., in *CED on line*, n. 241593.

[(13)] Così Cass., sez. V, 12 febbraio 2009, R.M. ed altri, in *CED on line*, n. 243296, in tema di abuso d'ufficio relativamente all'erronea interpretazione di una norma extrapenale, segnatamente amministrativa.

fini della sussumibilità della vicenda entro il paradigma tipico tratteggiato dalla fattispecie astratta - in altri termini, una volta sradicata dalla scena la sussistenza dell'elemento psicologico doloso - si trattava di assegnare a questa riscontrata carenza la qualifica della atipicità o della scusante.

Di fronte a tale bivio, la scelta dell'organo giudicante quanto alla *sedes* dogmatica da attribuirsi al dolo (*amplius*, all'elemento soggettivo) viene ad esplicitarsi nitidamente attraverso l'aggettivazione dell'accertato errore nei termini della scusabilità. Alla fine dei conti, l'errore sul fatto che – per vie di fatto o di diritto – esclude il dolo vale ad impedire lo svolgimento di un giudizio di colpevolezza.

Sotto il manto di sicurtà di questo pensiero, che la giurisprudenza pressoché pacifica esprime, il *campus belli* dei rapporti tra dolo o colpa da un lato, e colpevolezza dall'altro, è però conteso da correnti dottrinarie che stigmatizzano due diverse concezioni della sistematica penale. Accomunate, l'una e l'altra, da un valore di civiltà giuridica che riepiloga nella formula della colpevolezza la possibilità di muovere all'agente un rimprovero per aver commesso il fatto tipico (nonché offensivo) ed antigiuridico - efficace traduzione dell'espressione costituzionale della personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, comma 1, Cost. - la distanza tra le due si misura proprio attraverso l'eterogenea posizione assegnata all'elemento soggettivo dell'illecito penale.

L'impostazione di maggior seguito lo scorge - come nelle proposizioni che precedono - per la prima volta nello spazio della colpevolezza, a fondare e graduare la rimproverabilità di specie assieme alla normalità delle circostanze concomitanti alla commissione del fatto (assenza di scusanti), alla conoscenza o conoscibilità della norma penale violata, alla capacità di intendere e di volere [(14)].

È l'esito di una lettura che non apprezza la funzione strettamente propedeutica del dolo, come della colpa, rispetto alla personalizzazione della responsabilità penale, alla cui stregua si afferma «indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente, siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa» [(15)].

L'altra concezione ne rimane invece sensibile, votata a valorizzare la portata dell'elemento soggettivo quale fattore descrittivo dello spaccato di realtà umana osteggiato dal diritto penale e di volta in volta integratosi;

[(14)] Marinucci-Dolcini, *Manuale di diritto penale,* cit. 270. Per un inquadramento generale della tematica v. Leoncini, *Art. 47*, in *Codice penale*, a cura di Padovani, Milano, 2007, 367 ss., e bibliografia ivi citata

[(15)] Corte cost., 13 dicembre 1988, n. 1085, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 289 s.; a ribadire il medesimo concetto, Corte cost., 10 gennaio 1991, n. 2, in *Giur. cost.*, 1991, 14 s.; Corte cost., 29 aprile 1991, n. 179, *ibidem*, 1469 s.; Corte cost., 24 luglio 2007, n. 322, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1350.

proiettata a riscontrare giuridicamente la stretta connessione che l'umanità del fatto penalmente rilevante costruisce tra materialità e soggettività del tipo criminale; attenta al riferirsi della colpevolezza ad un fatto che sia già stato accertato come tipico ed antigiuridico, essendo l'interprete chiamato a verificare, sul podio della colpevolezza, l'effettiva rimproverabilità dell'agente per un avvenimento che in virtù della sua corrispondenza al modello astratto già indizia la doverosa motivabilità ad un agire conforme alle direttive dell'ordinamento.

Il compendio di queste argomentazioni scrive quindi la "primaria" posizione del dato psicologico sul versante soggettivo della tipicità [16]. Tanto spiega come non vi possa essere colpevolezza senza dolo o colpa, non potendosi formulare il giudizio di rimprovero di taglia penale se non dirimpetto ad un fatto oggettivamente e soggettivamente rispondente alla fattispecie tipizzata. Tanto, ancora, spiega come il giudizio di valore in cui la colpevolezza consiste sia concettualmente non riducibile al dolo ed alla colpa, comunque dati di realtà, ma a ciascuno di essi distintamente rapportabile in quanto ricadenti nel suo più articolato oggetto [17].

Un commento a margine va speso a sostegno di questa soluzione dogmatica. Se l'espressione della *responsabilità personale* va rettamente sciolta nella rimproverabilità di chi non motivatosi ad una condotta conforme ai parametri della "legale" convivenza sociale, sebbene in presenza delle condizioni che avrebbero esatto dall'uomo-consociato un atteggiamento di non ostilità o comunque di non indifferenza rispetto ai valori pregiudicati, la strada è aperta a leggere nella colpevolezza la causa ultima della punibilità penale. Significa che al momento di scendere a vagliarne la sussistenza, potrà o meno trovare conferma l'esigenza di rieducazione personale emersa a livello "indiziario" dalla già verificata integrazione del legame psicologico tra autore e fatto. Così, previamente accertati i momenti costitutivi della tipicità (anche soggettiva), dell'offensività, della antigiudicità del fatto commesso, la colpevolezza esprime l'assenza di ragioni (incapacità di intendere e di volere, inconoscibilità del precetto penale, scusanti) che rendano giuridicamente inesigibile la non commissione, da parte di quell'agente, di quel fatto, e quindi disfunzionale l'assoggettabilità del reo alla pena criminale in vista della costituzionalizzata teleologia rieducativa di questa.

L'ultima tappa della riflessione conduce quindi agli antipodi della sentenza in commento, ed a negare ragione ad una efficacia scusante dell'errore sul fatto.

Difatti, l'*atipicità* (soggettiva) che – invece - consegue alla carenza di dolo indotta dall'*errore sul fatto* [18], esprime la mancata integrazione di un elemento della realtà umana che il sistema penale seleziona come di

---

[16] Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 288 ss.
[17] Cfr. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 433 s.
[18] In termini Trib. Lodi, 26 luglio 2003, G.Z., in *Riv. pen.*, 2004, 77.

necessaria evenienza per "immaginare" un accadimento doloso: ovvero, la mancata integrazione della conoscenza in capo all'agente dei rapporti che egli materialmente costruisce col mondo esterno, e quindi della conoscenza del contesto storico, in senso fenomenico e sociale, in cui il suo comportamento si attualizza.

È un piano ben diverso da quello intaccato dalla scusabilità, *alias* assenza di colpevolezza, che per paradigma defluisce (anche) dall'errore inevitabile sul precetto. In questa casistica, al pari delle altre assimilate nell'effetto, al processo motivazionale è precluso di maturare in presenza di quelle condizioni che avrebbero consentito all'agente di vagliare la conformità del suo agire all'ordinamento. Scompare così, a questo punto, quel tassello di personalità del rimprovero penale che importa – in ultima analisi – il riscontro della possibilità di decidere circa l'intrapresa della condotta calandola nel quadro delle connesse conseguenze giuridiche [19].

4. *Eppur si muove*. È stata appena scritta in sentenza la scusabilità del dichiarante per il falso imputatogli, che rispetto alla medesima falsità si accenna del carattere inutile, a mò di ragione *ad abundantiam* della conclamata non punibilità.

L'espressione dà la stura ad un catalogo di osservazioni valide a reinquadrare criticamente, e per l'intero, la decisione annotata, muovendo a scandire i tempi ed i modi di ciascuno dei termini che compongono il sillogismo giuridico penale.

L'itinerario deve partire dal più ampio luogo concettuale del "falso innocuo", formula generica con cui si tende a focalizzare un novero di ipotesi implicanti la mancata produzione di effetti lesivi sugli interessi tutelati dalle norme incriminatrici in materia di delitti contro la fede pubblica [20]. In essa si proietta con nettezza quell'esigenza di delimitazione del falso punibile consentanea all'oggetto di tutela della fede pubblica, che impone in prima battuta di secernere le falsità giuridicamente rilevanti rispetto a quelle che tali non sono perché non "costruttive" della fiducia e della sicurezza nelle relazioni giuridiche fornite da determinati segni o oggetti; in second'ordine di precludere la ricognizione del reato ogni qual volta l'impossibilità dell'offesa consegua all'inidoneità della falsificazione all'inganno "pubblico" [21].

---

[19] V. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 298.

[20] Preziosi, *Falso innocuo e falso consentito: spunti problematici sul bene protetto*, in AA.VV., *Le falsità documentali*, a cura di Ramacci, Padova, 2001,145.

[21] In generale, sulla costruzione del reato come offesa dell'interesse protetto, si rinvia alle fondamentali pagine di M. Gallo, *Dolo*, cit., 781 ss.; Id., *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 8; Id., *Appunti di diritto penale*, II, *Il reato*. Parte I. *La fattispecie oggettiva*, Torino, 2000, 19 ss. Si veda ancora Neppi Modona, *Il reato impossibile*, Milano, 1965; Id., *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, 259 ss; ed altresì C. Fiore, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959; Id, *Il principio di offensività*, in

Nell'ampiezza di tale scenario si collocano assieme le figure dei cosiddetti falsi grossolani, dei falsi inutili o superflui [22], dei falsi in atto nullo [23], ove si percepisce primario il rilievo del profilo effettuale delle falsità senza però obnubilare la considerazione del dato strutturale tipico. In simili casi – in evidenza soprattutto nella galassia delle falsità documentali - sovvengono manipolazioni tali per cui il documento risulta alterato/contraffatto in modo visibilmente evidente; o tali da non comportare l'alterazione della situazione documentale preesistente; o ancora incidenti su di un atto originariamente inidoneo a produrre gli effetti cui è giuridicamente preordinato.

L'insorto dibattito sulla "causa" della non punibilità derivante dalle falsità così descritte, oscillando tra la mancanza di offesa al bene protetto dalle norme incriminatrici e la mancanza dell'oggetto materiale o dei requisiti della condotta tipica [24], ammette lo scindersi di due eterogenee dimensioni.

Nell'una, quella dell'*innocuità* in senso proprio del falso, la non meritevolezza della sanzione penale attinge all'area dell'*inoffensività*, e quindi alle condizioni definite dall'art. 49 cpv. c.p., profilandosi l'impossibilità che dalla falsificazione derivi il fraintendimento, nella generalità dei consociati, circa il *valore attestante* del "segno".

Nell'altra, quella dell'*inutilità* – che emerge in primo piano nella vicenda di specie – l'azione, più esattamente la dichiarazione falsificatrice si risolve in una manipolazione destinata a rimanere estrinseca ovvero inessenziale ai fini della determinazione del contenuto documentale quale realtà probatoria o dispositiva esatta dalla figura incriminatrice: una dichiarazione in fin dei conti *atipica* [25].

In chiosa: se di fatto inoffensivo (innocuo), o piuttosto e preliminarmente di fatto atipico (inutile) si abbia di fronte la configurazione, è questione da risolversi al termine di una precisa analisi del dato normativo.

Con questo obiettivo, va allora concessa incidentale attenzione alla riscrittura che ha recentemente interessato la fattispecie in imputazione. Incuneato nella categoria delle falsità personali, l'art. 495 c.p. è stato difatti

---

Ind. pen., 1994, 280 ss.; Vassalli, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, 617 ss.; Manes, *Il principio di offensività. Tra codificazione e previsione costituzionale*, in AA.VV., *Meritevolezza di pena e logiche defllattive*, a cura di De Francesco-Venafro, Torino, 2002, 15 ss.

[22] Sul falso inutile Mirto, *La falsità in atti*, III, Milano, 1955, 107.

[23] V. Nappi, *Falso e legge penale*, Milano, 1999, 171 ss.

[24] In particolare sul tema Ramacci, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, Napoli, 1966, 240 ss.

[25] Cfr. Cass., sez. V, 11 dicembre 2007, G., in *CED on line*, n. 239099, che conclude come le false dichiarazioni contenute nell'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato siano irrilevanti ai sensi dell'illecito penale *ex* art. 95 d.p.r. n. 115 del 2002: non riflettendo elementi essenziali ai fini di tale valutazione rimangono estranee all'offesa tipicizzata dal legislatore e costituiscono un'ipotesi di falso inutile, come tale non punibile.

reso oggetto di interventi correttivi ad opera del c.d. decreto sicurezza n. 92 del 2008 [26], che, inasprendo il trattamento sanzionatorio ha tra l'altro espunto dal testo la connotazione del dichiarato come un *quid* recepito («chiunque dichiara o attesta falsamente al pubblico ufficiale, in atto pubblico …», *ex* art. 495, comma 1, c.p.) o da recepirsi in un atto pubblico («dichiarazione destinata ad essere riprodotta in atto pubblico», *ex* art. 495, comma 2, c.p.); ed ha fatto perdere rilievo attenuante (*ex* art. 495, ult. comma, c.p.) al fatto che il dichiarante mediante il falso intenda ottenere per sé o per altri il rilascio di certificati o autorizzazioni amministrative sotto falso nome o con altre indicazioni mendaci.

Pertanto, la nuova formulazione dell'art. 495 c.p. – secondo il dettato della novella che le regole della successione delle leggi penali non chiamano a disciplinare la situazione in indagine – non ha conservato per intero l'originaria descrizione della condotta tipica, questa epurando di un fondamentale elemento – che ne specializzava l'oggetto –, e cioè della necessità che la falsa dichiarazione relativa ad una qualità personale venga recepita o sia destinata ad essere recepita in un atto pubblico [27], *id est* concerna un dato connotato da una simile funzionalità diretta o indiretta [28].

D'altro canto, ciò non ha mutato la fisionomia del bene protetto.

Nella ricostruzione dell'oggettività giuridica la pubblica fede risulta tutelata a fronte della lesione della genuinità ed affidabilità dei rapporti interpersonali scaturente dal proporsi di taluno con connotazioni personali diverse da quelle reali ed attestate in atto fidefacente; nonché tutelata a fronte della messa in pericolo di tale valore, posto che le false dichiarazioni

---

[26] D.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. in l. 24 luglio 2008, n. 125. L'art. 495 c.p. oggi prevede: «Falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o qualità personali proprie o di altri – Chiunque dichiara o attesta falsamente al pubblico ufficiale l'identità, lo stato o altre qualità della propria o dell'altrui persona è punito con la reclusione da uno a sei anni.

La reclusione non è inferiore a due anni:

1) se si tratta di dichiarazioni in atti dello stato civile;

2) se la falsa dichiarazione sulla propria identità, sul proprio stato o sulle proprie qualità personali è resa dall'autorità giudiziaria da un imputato o da una persona sottoposta ad indagini, ovvero se, per effetto della falsa dichiarazione, nel casellario giudiziario una decisione penale viene iscritta sotto falso nome».

[27] Così Cass., sez. IV, 15 aprile 2009, A.A.N. ed altri, in *CED on line*, n. 244004.

[28] Il *discrimen* con l'ipotesi di falso ideologico *ex* art. 483 c.p. è stato tracciato col ricondurre a questa fattispecie la riproduzione nell'atto pubblico delle dichiarazioni rese dall'agente avente una immediata efficacia giuridica che costituisce l'efficacia specifica dell'atto stesso; invece ritenendosi integrata l'ipotesi dell'art. 495 c.p. qualora la riproduzione di simili dichiarazioni abbia soltanto una potenzialità di effetti giuridici, rimanendo connessi quelli specifici dell'atto pubblico alla documentazione di altri fatti. In argomento si rinvia a Nappi, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, I, 1984, 766 s.

"attestanti" (e cioè tese a garantire) il proprio stato o altre qualità della propria o altrui persona siano destinate ad essere riprodotte in un atto fidefacente idoneo a documentarle [29].

Tale bene giuridico rimane pervero al centro della prospettiva della norma incriminatrice di cui all'art. 495 c.p., non solo secondo l'inquadramento sistematico a tutt'oggi offerto dal codice (titolo VI del libro II) ma anche nell'ottica di autorevole dottrina [30], sebbene osteggiata da quanti vi rinvengono piuttosto un pregiudizio ad un interesse della pubblica amministrazione [31].

Col trasportare queste osservazioni nel quadro della fattispecie di interesse, da parametrarsi appunto alla stregua del previgente e più favorevole dettato delittuoso, risalta come la dichiarazione falsificata elevata dalla norma a comportamento tipico possa essere fotografata *esclusivamente* in quella avente ad oggetto *una qualsiasi* qualità personale che entri nel novero delle condizioni legittimanti l'emanazione dell'atto-passaporto (di contro la mancanza legittimandone la negazione), e quindi attestata, esplicitamente o implicitamente, dal suo rilascio o contenuto [32].

Si stampa così, in piena condivisione con quanto dedotto nell'appendice della pronuncia, la fisionomia di un *falso inutile*, avendosi propriamente a che fare con un *fatto* (oggettivamente) *atipico*: la falsità, in buona sostanza, si è riversata su un elemento del fatto storico che non avrebbe potuto pretermettere il rilascio del passaporto, perché condizione ai sensi di legge non valutabile al fine dell'ostarsi ad esso. Precisamente. La dichiarazione si è proiettata su di una circostanza – condanna per il reato di guida in stato di ebbrezza comportante sanzione pecuniaria ottemperata – che non è sussumibile nella categoria normativa delle qualità personali condizionanti

---

[29] Cass., sez. IV, 15 aprile 2009, A.A.N. ed altri, cit.

[30] Carnelutti, *Teoria del falso*, Padova, 1935; Pagliaro, *Falsità personale*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 646.

[31] Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, Milano, 2008, 156. Cfr. anche De Felice, *Le falsità personali. Profili generali*, Napoli, 1983.

[32] Entra qui direttamente in gioco la peculiare fisionomia del dolo nell'ambito dei reati di falso (il cui oggetto *ex* art. 495, ult. comma, c.p. è costituito dal fatto materiale tipico descritto nel testo): da un canto la giurisprudenza tende ad affermare l'irrilevanza di principio tanto dei motivi quanto delle finalità perseguite dall'agente, con un impoverimento delle note psicologiche del falso che viene esteso alla coscienza e volontà dell'offesa al bene protetto, considerata *in re ipsa* e quindi presunta o comunque irrilevante; dall'altro attenta dottrina (v. Sereni, *Il dolo nelle falsità documentali*, in AA.VV., *Le falsità documentali*, cit., 321) si schiera a fianco di quanti invocano, per il dolo in questione, il recupero di uno sfondo di valori che contestualizzi il principio di colpevolezza, in modo da ricollegarlo «non … soltanto ai momenti della previsione e volontarietà del fatto, ma, in aderenza al principio costituzionale dell'imputazione personalistica», da riconoscerlo abbracciato ad «un momento di valore, vale a dire il convincimento del soggetto di agire in contrasto con le esigenze di tutela dell'ordinamento giuridico», v. Cass., sez. V, 3 luglio 1984, Morellato, in *Giust. pen.*, 1985, II, 321.

il rilascio del passaporto richiesto, come per l'appunto e di contro prescritto dalla fattispecie astratta. Il rammentato art. 16 della l. n. 1185 del 1967 va difatti letto nel combinato disposto con l'art. 3 che vieta, in linea di principio e salve le eccezioni ivi previste, il rilascio del passaporto (solo) a chi abbia da scontare una pena detentiva o soddisfare una pena pecuniaria o comunque abbia un procedimento penale pendente per una serie di reati più gravi.

Lo riconosce l'organo giudicante, ma non lo pone ad argomento preliminare e tranciante della decisione assolutoria, quando invece è tale profilo – di carenza della tipicità oggettiva - che, di immediato, rende l'accadimento per l'appunto non punibile (quantomeno nella forma modale della consumazione) in forza e nel rispetto del principio generale di tassatività.

Solo allargando il cerchio del ragionamento verso il tenore di cui attualmente si veste la norma incriminatrice sembra invece farsi strada l'approfondimento del tratto di cui si è detto in chiave di (in)offensività rispetto alla fede pubblica, in guisa da far apprezzare l'innocuità (a questo punto) del falso consumatosi [(33)]. In guisa cioè da aprire alla verifica, una volta saggiata la piena tipicità (anche soggettiva) del fatto, dell'attitudine lesiva della condotta del falsario, per delimitarne la rilevanza soltanto a quella idonea ad aggredire il bene giuridico tutelando [(34)].

In questo senso, la semplice *immutatio veri* circa le qualità personali dichiarate o attestate al pubblico ufficiale, se bastevole a far apparire la dimensione tipica dell'illecito, certo di per sé non può integrare l'offesa all'interesse protetto, che procede senza soluzione di continuità attraverso la novella legislativa.

Il relazionarsi in termini non veritieri alla pubblica amministrazione può dunque intendersi al più come ragionevole indizio della effettiva pericolosità/dannosità della condotta perpetrata al cospetto del valore della sicurezza del traffico giuridico veicolato tramite specifici atti, e del valore dell'affidamento dei consociati in determinati "segni-oggetti": dando quindi accesso alla tipicità della fattispecie astratta.

Ma la struttura del reato impone poi di indugiare su di un passaggio successivo, a verificare, secondo chi scrive, la "reale" qualità offensiva di questo fatto tipico alla stregua del metro disegnato dall'art. 49, comma 2, c.p. [(35)].

[(33)] Nel senso contrario all'opinione del testo cfr. Preziosi, *op. cit.*, 173 ss., per cui il falso innocuo è falso atipico, non discendendo la sua non punibilità dal carattere inoffensivo della condotta ma dall'inesistenza dell'oggetto materiale tipico, nella specie «tipico delle falsità in atti, il quale deve essere rappresentato da un documento dotato di efficacia probatoria legale».

[(34)] Sul dibattito sviluppatosi attorno alla oggettività giuridica dei delitti di falso, e sulla differenziazione tra funzione probatoria (svincolata dalla veridicità del contenuto documentale) e funzione documentale (a tale veridicità connessa), Rampioni, *Il problema del bene giuridico nelle falsità documentali*, in AA.VV., *Le falsità documentali*, cit., 134 ss.; Preziosi, *op. cit.*, 158 ss.

[(35)] Si consenta il rinvio a Falcinelli, *L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria*

Il punto è che l'idea di disvalore rappresentata tramite il modello della fattispecie astratta dovrà essersi concretizzata in una condotta falsificatrice tale da compromettere le «funzioni documentali rilevanti nel caso di specie», ossia la specifica funzione documentale che il cennato «documento assolve in rapporto ai possibili destinatari» [36].

V'è un robusto atteggiamento interpretativo che oggi dà voce a tale principio generale [37] nel peculiare settore dei reati di falso: fermo che non acquista rilievo significante l'uso che realmente venga fatto dell'atto falso, dovendosi quindi prescindere dalla più o meno agevole verificabilità del falso da parte di chi destinatario della dichiarazione [38], la sussistenza del carattere innocuo viene ancorata alla concreta inidoneità della falsificazione a ledere l'interesse tutelato dalla genuinità dei documenti. Ciò si rinviene quando la condotta non abbia la capacità di conseguire uno scopo antigiuridico, nel senso che l'infedele attestazione o la compiuta alterazione appaiano del tutto irrilevanti ai fini del significato dell'atto e del suo valore probatorio/documentale [39]: solo in tal caso, infatti, la falsità non esplica effetti sulla funzione documentale che l'atto è chiamato a svolgere, ovvero quella di attestare i dati in esso indicati [40].

---

e genesi del disvalore penale, Torino, 2009, 59 ss., e bibliografia ivi citata.

[36] Fiandaca–Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Bologna, 1988, 427. Parla di una condivisa esigenza di concretizzazione del bene giuridico Grande, *Falsità in atti*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, 57, in part. nt. 16.

[37] Per le frequenti applicazioni giurisprudenziali del principio di offensività, v. Zagrebelsky, *Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in tema di rapporti tra tassatività del fatto tipico e lesività*, in Aa.Vv., *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, a cura di Vassalli, Milano, 1982, 417 ss.; Riccardi, *I "confini mobili" del principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1999, 720 ss. In giurisprudenza, Cass., sez. I, 15 maggio 1989, Lungaro, in *Cass. pen.*, 1991, 572 ss., con nota di Castellani, *L'art. 49 c.p. tra tentativo e reato impossibile*; Trib. Roma, 2 maggio 2000, Ostensi, *ivi*, 2001, 2532 ss., con nota di Grosso, *Proscioglimento per furto di cose di valore particolarmente esiguo: inoffensività od irrilevanza penale del fatto?*, 2535 ss. Da ultimo, Cass., sez. un., 24 aprile 2008, Di Salvia, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1521 ss.; Cass., sez. IV, 28 ottobre 2008, Nicoletti, in *Guida dir.*, 2009, n. 5, 80. Si vedano anche gli interventi della Corte costituzionale in argomento, sent., 26 marzo 1986, n. 62, in *Cass. pen.*, 1986, 1053 ss., con nota di Palazzo, *Ragionevolezza delle previsioni sanzionatorie e disciplina delle armi e degli esplosivi*, 1694 ss.; sent., 11 luglio 1991, n. 333, in *Giur. cost.*, 1991, 2646 ss.; sent., 24 luglio 1995, n. 360, in *Cass. pen.*, 1995, 2820 ss.; sent. 11 luglio 2000, n. 263, *ivi*, 2000, 2951 ss.; sent., 21 novembre 2000, n. 519, *ivi*, 2001, 818 ss., con nota di Benigni, *Ribadito dalla Corte costituzionale il principio di necessaria offensività del reato*, 2015 ss.; sent., 17 luglio 2002, n. 354, in *Foro it.*, 2003, I, 2923; sent., 4 maggio 2005, n. 265, *ivi*, 2006, I, 18.

[38] Cass., sez. V, 30 settembre 1997, Brasola, in *Giust. pen.*, 1998, II, 504.

[39] Cass., sez. un., 25 ottobre 2007, Pasquini, in *Cass. pen.*, 2008, 1283 ss.

[40] Cass., sez. V, 7 novembre 2007, D. ed altro, in *CED on line*, n. 238875; Trib. Roma, 23 aprile 2008, in *Guida dir.*, 2008, n. 45, 87.

Ecco che netto si ricama l'ambito di operatività del reato impossibile, a ricorrere ogni qual volta il reato non possa verificarsi per l'inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa: è l'ipotesi del falso grossolano, il falso cioè macroscopicamente rilevabile, incapace di trarre in inganno chicchessia; è l'ipotesi di falso (non già atipico ai sensi del dettato normativo) che cada su un atto, o su una parte di esso assolutamente privo di valenza probatoria/documentale [41].

DANIELA FALCINELLI

---

[41] Cass., sez. V, 5 luglio 1990, Casarola, in *Giust. pen.*, 1991, II, 468; Cass., sez. un., 25 ottobre 2007, Pasquini, cit.

G. U. P. TRIBUNALE DI PERUGIA – 28 aprile 2009 (ord.) – *Est*. RICCIARELLI – M. S. R.

Circostanze del reato – Circostanze attenuanti generiche – Limiti – Recidivo reiterato – Legittimità costituzionale (Cost., artt. 3, 27, comma 3; c.p., art. 62 *bis*, comma 2).

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 62 bis *comma 2, c.p., come riformulato dall'art. 1 l. 5 dicembre 2005 n. 251, per contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., nella parte in cui nel caso di recidivo reiterato* ex *art. 99, comma 4, c.p., chiamato a rispondere di taluno dei delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p., per il quale sia prevista una pena non inferiore nel minimo a cinque anni, non consente di fondare la concessione dell'attenuante di cui all'art. 62* bis, *primo comma 1, c.p., sui parametri di cui al comma 2 dell'art. 133 c.p., in particolare sul comportamento susseguente al reato* (1).

Il Giudice dott. Massimo Ricciarelli letti gli atti del procedimento a carico di M.S.R., nato a (*omissis*), nei confronti del quale il P.M. ha chiesto il rinvio a giudizio in relazione ai reati di:

·omicidio premeditato *ex* artt. 575, 577 c.p., in danno di C.S., commesso in concorso con C.P. e R.M. (nelle more deceduto) (*omissis*);
·soppressione di cadavere *ex* artt. 61 n. 2, 411 c.p., in concorso con C.P. e R.M., in (*omissis*);
·detenzione e porto illegale di pistola cal. 357 *ex* artt. 2 e 4 L 895/67, commesso in concorso con C.P. e R.M. in (*omissis*);
·rapina aggravata *ex* artt. 628/3° co. n. 1 c.p., in concorso con C.P. e R.M. e C.S., in (*omissis*);
·detenzione e porto di pistola cal. 7,65 in concorso con C.P. e R.M. e C.S., in (*omissis*);
·rapina aggravata *ex* art. 628 co. 3 n. 1 c.p., in concorso con C.P. e R.M., in (*omissis*);
·incendio doloso *ex* art. 423 c.p. in concorso con C.P. e R.M. in (*omissis*);
tentato incendio doloso *ex* artt. 56, 423 c.p. in concorso con C.P. e R.M. in (*omissis*);
contraffazione di documenti, *ex* artt. 477, 482 c.p., in concorso con terzi, verso in (*omissis*);
costituzione di associazione per delinquere armata, *ex* art. 416 quarto comma c.p., in concorso con C.P., R.M., C.S., B.G., C.L., in (*omissis*);
detenzione e porto di armi comuni da sparo *ex* artt. 2 e 4 L 895/67 in concorso con C.P., R.M., C.S., B.G., C.L., in (*omissis*);
detenzione e porto di armi con canna tagliata e matricola abrasa, *ex* artt. 2 e 23 L 110/75 in concorso con C.P., R.M., C.S., B.G., C.L., in (*omissis*);
ricettazione di armi con matricola abrasa, *ex* art. 648 c.p., in concorso con C.P., R.M., C.S., B.G., C.L., in (*omissis*);
atteso che il P.M. ha parimenti chiesto il rinvio a giudizio dei citati C.P., R.M., B.G. e C.L.;
rilevato che la posizione di R.M., attesone il sopravvenuto decesso, è stata separata;
considerato che contro gli imputati M. e C.P. in relazione ai delitti di incendio e tentato incendio doloso si sono costituiti parte civile M.A., quale legale rappresentante di G. srl, e M.P., quale legale rappresentante di A.C.O.;
atteso che tutti gli imputati hanno chiesto nel corso dell'udienza preliminare del 2-4-2009 la definizione del processo con giudizio abbreviato, solo quanto al C.L. condizionato all'escussione di un teste;
rilevato che i predetti sono stati ammessi al rito richiesto e che all'udienza del 24-4-2009, sentito il teste, le parti hanno discusso oralmente sulla base degli atti acquisiti;
considerato che in data odierna, in sede di repliche, il P.M. ha chiesto che sia sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 62 *bis* secondo comma c.p., per contrasto con gli artt. 27 e 3 Cost;

rilevato in effetti che in sede di conclusioni il P.M. ha chiesto irrogarsi al M. la pena di anni 16 di reclusione, previa concessione delle attenuanti generiche (equivalenti, come precisato in sede di repliche) e applicazione della riduzione *ex* art. 442 c.p.p., ritenendo l'attenuazione di pena giustificata dall'eccezionale collaborazione fornita in sede di indagini dal M., il quale, dopo aver ammesso gli addebiti, ha reso dichiarazioni decisive per far luce sull'attività criminosa addebitabile ad un ulteriore gruppo di soggetti, poi raggiunti da ordinanza applicativa di misura cautelare;
considerato tuttavia che allo stato le invocate attenuanti risultano non concedibili, in quanto il M., recidivo reiterato, deve fra l'altro rispondere del delitto di cui agli artt. 575, 577 c.p., che rientra tra quelli di cui all'art. 407 co. 2 lett. a) c.p.p., puniti con pena non inferiore nel minimo ad anni cinque, per i quali le attenuanti generiche possono essere fondate solo sui parametri di cui all'art. 133 primo comma nn 1) e 2) c.p. e non invece sui parametri di cui al secondo comma dell'art. 133 c.p., comprendente anche il comportamento susseguente al reato, nozione in cui può farsi rientrare (ove non specificamente prevista come causa di attenuazione di pena) anche la colloborazione prestata in fase di indagini;
ritenuto che il riformulato art. 62 *bis* secondo comma c.p. sembra porsi in contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost. e che dunque, previa separazione della posizione del M., come da autonoma ordinanza, deve essere sollevata questione di legittimità costituzionale di detta norma, osserva quanto segue.

1 – Il legislatore dispone di ampia discrezionalità nella configurazione dei reati e delle circostanze aggravanti o attenuanti e nella previsione dei limiti edittali, mentre il giudice deve a sua volta procedere alla determinazione della pena da irrogare in concreto entro i limiti stabiliti e nell'esercizio della sfera di discrezionalità riservatagli.

Ma tanto il legislatore quanto il giudice non possono prescindere dalla considerazione delle finalità della pena, in primis dalla necessaria destinazione della sanzione penale alla rieducazione del condannato.

Ed invero, a coronamento di una lenta evoluzione interpretativa, la Corte Costituzionale ha rilevato nelle sentenza 313/1990 che, se la pena non può non avere un contenuto afflittivo e se ad essa ineriscono caratteri di difesa sociale e di prevenzione generale, tuttavia non può in alcun modo pregiudicarsi la finalità rieducativa espressamente consacrata dall'art. 27/3° co. Cost., non essendo consentito strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale o privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza.

Secondo la Corte Costituzionale in pratica la finalità rieducativa non è estranea alla legittimazione e alla funzione della pena.

La circostanza che, secondo il tenore della norma costituzionale, la pena debba tendere alla rieducazione sta ad indicare una qualità es-

senziale di essa nel suo contenuto ontologico, a partire dalla fase della previsione fino a quella della sua estinzione, dovendosi correlare al verbo "tendere" la concreta possibilità di una divaricazione tra la finalità e l'adesione ad essa del soggetto da rieducare.

In pratica, tutto ciò implica che la finalità rieducativa rilevi non solo nella fase dell'esecuzione, come affermato in precedenti e anche remote sentenze della Corte Costituzionale (si consideri ad es. la sentenza 12/1966), ma più in generale, in quanto connaturata alla pena, in ogni fase, compresa quella della previsione e della sua irrogazione, dovendosi ritenere che il precetto dell'art. 27/3° co. Cost. vincoli sia il legislatore sia il giudice della cognizione, prima che il giudice della sorveglianza.

Del resto sul piano della disciplina positiva si era concretamente stabilito che la finalità risocializzante dovesse essere tenuta presente dal giudice già in sede di sostituzione della pena detentiva agli effetti degli artt. 53 e segg. L 689/81, segno evidente di una diretta influenza, per così dire ontologica, della rieducazione e della risocializzazione.

2 – Va a questo punto aggiunto che, pronunciandosi sulla diversa questione della legittimità costituzionale di pene fisse, la Corte Costituzionale ha più volte rilevato (cfr. sentenze 50/1980 e 299/1992) che l'individualizzazione della pena, in modo da tenere conto dell'effettiva entità e delle specifiche esigenze dei singoli casi, si pone come naturale attuazione e sviluppo dei principi costituzionali tanto di ordine generale (principio di uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale, tanto più che lo stesso principio di legalità della pena *ex* art. 25/2° co. Cost. si inserisce in un sistema, in cui si esige la differenziazione più che l'uniformità. In tale quadro, si è osservato che ha un ruolo centrale la discrezionalità giudiziale, nell'ambito dei criteri segnati dalla legge.

L'adeguamento della pena ai casi concreti contribuisce così, secondo la Corte Costituzionale, a rendere il più possibile personale la responsabilità penale, in ossequio a quanto previsto dall'art. 27/1° co. Cost., e ad assicurare una pena quanto più possibile finalizzata, nella prospettiva dell'art. 27/3° co. Cost.

Il soddisfacimento di tali presupposti e di tali finalità costituisce anche uno strumento per l'attuazione dell'uguaglianza di fronte alla pena, intesa come proporzione della pena rispetto alle personali responsabilità e alle esigenze di risposta che ne conseguono.

La sentenza 299/1992 aggiunge anche che l'individuazione del disvalore oggettivo dei fatti-reato tipici e quindi del loro diverso grado di offensività spetta al legislatore, competendo al giudice di valutare la particolarità del caso singolo onde individualizzare la pena, stabilendo quella adeguata al caso concreto nella cornice posta dai limiti edittali.

3 – Orbene, lo strumento tradizionalmente più duttile, al fine di consentire al giudice di adeguare la pena alle peculiarità del caso concreto,

al di là della determinazione del trattamento sanzionatorio entro i limiti edittali, è rappresentato dalla possibilità di concedere all'imputato le attenuanti generiche di cui all'art. 62 *bis* c.p., come introdotto dall'art. 2 D.l.vo 288/1944.

È infatti previsto che il giudice possa prendere in considerazione circostanze diverse da quelle tipizzate, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena.

A tal fine si afferma che debba aversi riguardo in linea di massima ai parametri indicati dall'art. 133 c.p., anche se si registra un contrasto tra pronunce che richiedono la valutazione comparativa del parametro prescelto con gli altri contemplati dalla norma e l'indicazione della ragione giustificativa della ravvisata prevalenza (Cass. VI, 4-2-2003, Mariani) e pronunce che invece ritengono sufficiente l'indicazione del parametro reputato prevalente (Cass. I, 6-10-1995, Biondo e Cass. II, 16-1-1996, Romeo).

Sta di fatto che l'art. 133 cp delimita l'ambito della discrezionalità del giudice, ancorandola alla valutazione della gravità del reato e della capacità a delinquere del reo, l'una e l'altra desumibili dalla valutazione sintetica dei parametri all'uopo individuati.

Ed allora si comprende che la concessione o meno delle attenuanti generiche debba basarsi su una globale valutazione della gravità del fatto e della capacità a delinquere (Cass. I, 3-2-2006, Cariolo), se del caso lumeggiata da un elemento che in concreto assume carattere prevalente, sia pur ai fini del diniego della concessione (cass. VI, 24-9-2008, Caridi).

4 – In tale quadro generale si colloca la previsione dettata dal secondo comma dell'art. 62 *bis* c.p., come riformulato dall'art. 1 L 5-12-2005 n. 251.

È infatti stabilito che ai fini dell'applicazione della diminuzione di pena contemplata dal primo comma non si tiene conto dei criteri di cui all'art. 133 primo comma n. 3) e di quelli di cui al secondo comma, nei casi previsti dall'art. 99 quarto comma, in relazione ai delitti di cui all'art. 407 co. 2 lett. a) c.p.p., ove puniti con pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni.

In pratica, ricorrendo l'ipotesi della recidiva reiterata in relazione a taluno dei delitti sopra menzionati, si introduce una sorta di presunzione di preponderanza del parametro negativo costituito dai precedenti dell'imputato, che può essere vinta solo dal riferimento alla natura, alla specie, ai mezzi, all'oggetto, al tempo, al luogo e ad ogni altra modalità dell'azione (art. 133 primo comma n. 1) o dal riferimento alla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato (art. 133 primo comma n. 2).

Senonché una siffatta disciplina tradisce la ratio complessiva della norma dettata dall'art. 62 *bis* primo comma c.p. e soprattutto tradisce

il senso del riferimento all'art. 133 c.p., che implica una discrezionale valutazione dei parametri delineati, in modo da adeguare al caso concreto il giudizio sulla gravità del reato e sulla capacità a delinquere del reo.

A ben guardare la rigida preclusione introdotta espropria il giudice del potere di valutare adeguatamente le peculiarità del caso concreto e pervenire così alla definizione del trattamento sanzionatorio più conforme alle esigenze di risocializzazione e di rieducazione del reo (il che, come nel caso di specie, finisce per dare luogo alla predeterminazione della pena *ex lege*, in assenza di altre ragioni di attenuazione).

Tutto ciò assume particolare rilievo quando, a fronte del disvalore astrattamente riveniente dal parametro costituito dai precedenti penali dell'imputato, come tale incidente sulla capacità a delinquere del reo, possano individuarsi altri parametri rilevanti ai fini del medesimo giudizio sulla capacità a delinquere, che risultino in concreto idonei a contrastare la valenza negativa di quei precedenti: è il caso dell'imputato che abbia tenuto una condotta susseguente al reato particolarmente significativa, tale da far presumere che egli abbia intrapreso un percorso di rivisitazione della condotta anteatta e da far apparire poco significativo il dato personologico sotteso alle precedenti condanne.

La presunzione, basata solo su esigenze di difesa sociale, risulta così in contrasto con la precisa direttiva riveniente dall'art. 27 terzo comma Cost., giacché irrigidisce il trattamento sanzionatorio, fino ad allontanarlo dal concreto perseguimento delle esigenze di risocializzazione e di rieducazione, che postulano (non solo l'esecuzione, ma anche) l'irrogazione di una pena adeguata al loro soddisfacimento.

In altre parole sembra incongruo privilegiare in astratto solo uno dei parametri valutativi della capacità a delinquere, disconoscendo a priori la possibilità di individuare parametri ugualmente o maggiormente idonei a lumeggiare quella capacità ed a fondare una diminuzione di pena, in termini conformi al dettato costituzionale.

5 - L'assunto appare tanto più fondato se confrontato con l'irrazionalità della scelta operata dal legislatore di attribuire rilievo alla recidiva reiterata solo nel caso dei reati di cui all'art. 407 co. 2 lett. a) c.p.p. per i quali sia prevista una pena non inferiore nel minimo a cinque anni.

In realtà il significato personologico di un elemento di valutazione non può essere diverso a seconda del tipo di delitti e men che mai a seconda del minimo della pena edittale per essi prevista.

Fra l'altro si registra la non corrispondenza tra la previsione dettata dall'art. 99 co. 5 cp, che stabilisce l'obbligatorietà dell'applicazione della recidiva nel caso di reati di cui all'art. 407 co. 2 lett. a) c.p.p., e quella dettata dall'art. 62 *bis s*econdo comma c.p., che invece aggiunge l'ulteriore parametro della pena non inferiore al minimo.

La disciplina disvela in realtà il preponderante rilievo attribuito alle

ragioni di difesa sociale e di prevenzione generale, chiaramente espresse attraverso il riferimento a quei parametri aggiuntivi, ma risulta in concreto irrazionale.

In primo luogo si determina un'incongrua commistione tra parametri personologici e profili afferenti alla gravità del fatto, attribuendosi rilievo decisivo ai primi in quanto associati ai secondi, sulla base di valutazioni predeterminate e astratte, senza considerare che il profilo afferente alla personalità del reo non può che concorrere alla formulazione di un giudizio sintentico sulla concreta capacità a delinquere, solo all'interno di tale valutazione potendo trovare l'eventuale contemperamento.

In secondo luogo si finisce per prevedere un trattamento ingiustificatamente diverso di situazioni che rispetto alla concessione delle attenuanti generiche e alla rilevanza della recidiva reiterata sono in realtà identiche (si pensi a reati parimenti compresi tra quelli di cui all'art. 407 co. 2 lett. a c.p.p. e con pena identica nel massimo ma non nel minimo, come l'estorsione aggravata e la rapina aggravata, rispetto ai quali l'art. 62 *bis* secondo comma c.p. finisce per incidere in modo del tutto diverso, o a reati pur rilevanti, come l'estorsione non aggravata, che hanno una pena non inferiore nel minimo a cinque anni, per i quali tuttavia la recidiva reiterata non osta in alcun modo alla possibilità di individuare i presupposti per la concessione delle attenuanti generiche sulla base di taluno degli altri parametri di cui all'art. 133 secondo comma c.p.).

In altre parole la preclusione alla concessione delle attenuanti generiche viene fatta discendere da una circostanza inerente alla persona del colpevole associata ad un coacervo disomogeneo di titoli di reati, delineati dall'art. 407 co. 2 lett. a) c.p.p., ulteriormente qualificato dal minimo della pena edittale, peraltro non sempre indicativo neppure della gravità del reato (la rapina aggravata con pena massima di anni venti infatti finisce per essere trattata come l'estorsione non aggravata con pena massima di anni dieci, senza alcuna razionalità delle scelte neppure in termini di prevenzione generale).

Correlativamente si produce l'anomalo effetto di condurre all'irrogazione di pene identiche in presenza di situazioni che possono considerarsi assolutamente diverse: vale il caso di specie, in cui al deceduto R.M. parimenti recidivo reiterato e fino all'ultimo irriducibile, sarebbe dovuta se del caso applicarsi la medesima pena che, sulla base della vigente disciplina, dovrebbe irrogarsi al collaborante M.

Ad abundantiam si può osservare come si allarghi a dismisura e, a quanto pare, ingiustificatamente la distanza tra il regime di favore dettato da norme speciali, quale ad esempio quella di cui all'art. 8 L 203/91, e la disciplina ordinaria, valida per i reati che non riguardino la criminalità mafiosa: nel primo caso non vi sono preclusioni di sorta

pur a fronte di una storia criminale cospicua, mentre nel secondo, in presenza delle altre condizioni lumeggiate (che peraltro sono spesso ricorrenti nei contesti criminali), neppure una efficace o addirittura eccezionale collaborazione potrebbe trovare il riscontro di una circostanza attenuante, pregiudicando, si badi, anche l'attività di accertamento e repressione dei reati, che non potrebbe più trovare il favorevole abbrivio di collaborazioni meritevoli di un qualche riconoscimento premiale.

6 – L'analisi che precede consente dunque di affermare che non è manifestamente infondata per contrasto con gli artt. 27/3° co. e 3 Cost. la questione di legittimità costituzionale dell'art. 62 *bis* secondo comma cp, come riformulato dall'art. 1 L 5-12-2005 n. 251, nella parte in cui nel caso di cui all'art. 99/4° co. cp in relazione ai delitti di cui all'art. 407 co. 2 lett. a) c.p.p., per i quali sia prevista una pena non inferiore nel minimo a cinque anni, non consente di desumere la possibilità di concedere le attenuanti generiche anche dai parametri di cui all'art. 133 secondo comma cp, in particolare dal comportamento del reo susseguente al reato.

7 – Siffatta questione nel caso di specie è rilevante, in quanto si è già visto come, su richiesta del P.M., debba entrarsi nel merito dell'applicabilità all'imputato M. delle attenuanti generiche sulla base di un comportamento susseguente al reato (è invece in questa sede irrilevante la diversa questione della preclusione *ex* art. 69/4° co. c.p. del giudizio di prevalenza, a fronte della qualità di recidivo reiterato).

Ed invero risulta che l'imputato non solo ha ammesso gli addebiti e comunque quelli principali, costituiti dall'imputazione di omicidio e occultamento del cadavere, ma soprattutto ha nel corso delle indagini tenuto una condotta largamente collaborativa (definita dal P.M. in udienza di eccezionale rilievo), che ha consentito di emettere nei confronti di numerosi altri soggetti e per gravi reati un'ordinanza applicativa di custodia cautelare, essenzialmente fondata sulle dichiarazioni del prevenuto (all'uopo è stata prodotta l'ordinanza richiamata, dalla quale si evince la qualità del contributo fornito).

L'imputato ha in tal modo palesato un contegno di inequivoca discontinuità con il suo passato e di rivisitazione della travagliata condotta anteatta.

Va in effetti osservato che il M. risulta condannato per plurimi e gravi reati, peraltro commessi tutti in epoca assai remota.

Tra detti reati figura anche quello di omicidio, ma in quel caso gli è stata riconosciuta l'attenuante della minima partecipazione.

D'altro canto il M. ha fruito in passato dell'attenuante della collaborazione di cui all'art. 8 L 203/1991, essendo stato sottoposto anche alla speciale protezione riservata ai collaboratori di giustizia.

Scaduti i termini del relativo contratto, il M. è ricaduto nel crimine, riportando una modesta condanna per fatti legati alla prostituzione e rendendosi l'artefice della creazione di un sodalizio, ruotante intorno

ad un locale notturno da lui gestito e finalizzato soprattutto alla commissione di reati contro il patrimonio, all'interno del quale è maturata l'ideazione e l'esecuzione dell'omicidio di C.S. per cui è causa.

Sta di fatto che l'elemento sopravvenuto, rappresentato dalla prestata efficace collaborazione, al pari dei precedenti penali -ma più di essi- si proietta verso il futuro e dunque verso la definizione di un trattamento sanzionatorio corrispondente alle concrete e attuali esigenze di rieducazione e può dunque considerarsi meritevole di considerazione quale comportamento susseguente al reato, idoneo a giustificare un'attenuazione di pena ai sensi dell'art. 62 *bis* primo comma c.p., nel quadro di una globale valutazione degli indici di cui all'art. 133 secondo comma c.p.

Poiché l'imputato è recidivo reiterato e deve fra l'altro rispondere del delitto di omicidio aggravato dalla premeditazione, rientrante tra quelli evocati dall'art. 62 *bis* secondo comma c.p., tale elemento non potrebbe essere preso in considerazione (non ricorrendo nella specie elementi tali da far apparire rilevanti i parametri di cui all'art. 133 primo comma n. 1 e 2 c.p.).

Di qui la necessità di sollevare la questione di legittimità costituzionale nei termini suesposti.

P. Q. M.

Visto l'art. 23 L 87/1953 dichiara rilevante e non manifestamente infondata per contrasto con gli artt. 3 e 27/3° co. Cost. la questione di legittimità costituzionale dell'art. 62 *bis* secondo comma c.p., come riformulato dall'art. 1 L 5-12-2005 n. 251, nella parte in cui, nel caso di recidivo reiterato *ex* art. 99/4° co. c.p., chiamato a rispondere di taluno dei delitti di cui all'art. 407 co. 2 lett. a) c.p.p., per il quale sia prevista una pena non inferiore nel minimo a cinque anni, non consente di fondare sui parametri di cui al secondo comma dell'art. 133 c.p., in particolare sul comportamento susseguente al reato, la concessione dell'attenuante di cui all'art. 62 *bis* primo comma c.p.

Sospende il processo e ordina la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale (*omissis*).

(1) I vincoli al riconoscimento delle attenuanti generiche al vaglio della Corte Costituzionale

1. L'ordinanza con la quale viene ritenuta rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 62 *bis*, secondo comma, c.p., così come riformulato dall'art. 1 della legge n. 251 del 2005, solleva una serie di interrogativi in ordine all'esercizio della c.d. discrezionalità vincolata che caratterizza i poteri del giudice in sede di dosimetria della pena.

I dubbi di legittimità, che hanno indotto il giudice perugino a trasmette gli atti alla Corte costituzionale, investono l'art. 62 *bis*, secondo comma c.p., nella parte in cui, nel caso di recidivo reiterato *ex* art. 99, quarto comma, c.p., chiamato a rispondere di taluno dei delitti di cui all'art. 407 comma secondo lett. a) c.p.p., per il quale sia prevista una pena non inferiore nel minimo a cinque anni, non consente di fondare la concessione delle attenuanti generiche sui parametri di cui al secondo comma dell'art. 133 c.p. ed in particolare sul comportamento susseguente al reato.

Come è noto questo vincolo al riconoscimento delle attenuante generiche è stato introdotto con la c.d. *ex* Cirielli, novella attraverso la quale nel 2005 si è intesi riformulare la disciplina degli istituti della prescrizione e della recidiva [(1)]. Allora l'inasprimento del trattamento per il delinquente recidivo ha trovato il suo completamento in una restrizione all'accesso al "beneficio" delle c.d. attenuanti generiche.

Si tratta di una scelta che, sebbene, come premesso, occasionata da una ridefinizione dello statuto del recidivo, risulta espressiva di una linea di politica criminale venuta a definirsi in maniera più nitida in provvedimenti legislativi successivi. Questa tendenza può riassumersi in una sorta di sfiducia nei confronti dell'esercizio della discrezionalità vincolata, accompagnata dal timore di un eccessiva indulgenza da parte dei giudici. Pertanto, di fronte a fenomeni che suscitano un intenso allarme sociale, si registra come il legislatore non soltanto intervenga incidendo sui limiti edittali della pena, ma, nel timore che queste modifiche dall'indubbia valenza general – preventiva vengano vanificate in sede di concreta determinazione della pena, si preoccupa altresì della fase di comminazione attraverso l'introduzione di vincoli alla stessa.

Si può allora osservare come la novella del 2005 abbia inciso anche sul potere determinativo del giudice in sede di ponderazione delle circostanze del reato, ponendo due limiti al giudizio di comparazione *ex* art. 69 c.p. Tracce di questa tendenza di irrigidimento dell'operato del giudice le ritroviamo poi nel primo "pacchetto sicurezza"; si allude alla legge n. 125 del 2008 con la quale è stata fissata una ulteriore preclusione al riconoscimento delle attenuanti generiche, prevedendo che l'assenza di precedenti condanne per altro reato a carico del condannato non possa, per ciò solo, venir posta a fondamento della concessione delle circostanze attenuanti generiche stesse [(2)].

---

(1) Sulla riforma del 2005: Dolcini, *Le due anime gemelle della «ex Cirielli»*, in *Corr. merito*, 2006, 55 ss.; Marinucci, *Certezza d'impunità per i reati gravi e «mano dura» per i tossicodipendenti in carcere,* in *Dir. pen. proc.*, 2006, 170 ss.; Melchionda, *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 175 ss.; Padovani, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006, *Dossier mensile*, n. 1, 32 ss.; Pavarini, *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, in AA.VV., *La legislazione penale compulsiva*, a cura di Insolera, Padova, 2006, 1 ss.

(2) Su quest'ultimo intervento, diffusamente, si veda: Natalini, *Le altre modifiche al codice penale: falsità personali, omicidio volontario aggravato ed attenuanti generiche*, in *Il decreto sicurezza*, a cura di Scalfati, Torino, 2008, 109 ss.

A tutto ciò si aggiunga la blindatura di alcune circostanze aggravanti attraverso la loro esclusione dal giudizio di bilanciamento. Si tratta di fenomeno che ha subito una accelerazione negli ultimi anni [3] e del quale ritroviamo evidenze nel richiamato pacchetto sicurezza, nonché in quello successivo del 2009. Con il primo è stato introdotto l'art. 590 *bis* c.p. che pone limiti al giudizio di bilanciamento con riguardo ad alcune aggravanti delle lesioni personali colpose e dell'omicidio colposo. Nel secondo, legge n. 84 del 2009, la limitazione all'operatività dell'art. 69 c.p. ha investito l'aggravante di nuovo conio dei reati di guida in stato di ebbrezza o di alterazione da sostanze stupefacenti, consistente nella commissione del fatto in ore notturne.

Emerge da tale quadro come le esigenze di prevenzione speciale finiscano con il cedere di fronte all'incalzare di istanze di prevenzione generale, lasciando tuttavia affiorare timori, che trapelano anche dall'ordinanza in commento, di una strumentalizzazione del singolo attraverso l'irrigidimento delle pene. Osserva a riguardo il giudice rimettente come la preclusione introdotta esproprierebbe il giudice del potere di valutare adeguatamente le peculiarità del caso concreto e pervenire così alla definizione del trattamento sanzionatorio più conforme alle esigenze di risocializzazione e di rieducazione del reo; la sottrazione di questi poteri si tradurrebbe in una sorta di "predeterminazione" della pena *ex lege* ogni qual volta non ricorrano altre ragioni di attenuazione. Viene dunque richiamata quella giurisprudenza della Corte costituzionale che stigmatizza il ricorso a pene fisse in quanto in contrasto con i principi di eguaglianza, di personalità della responsabilità penale e della rieducazione del condannato [4].

2. Di fronte a questi rilievi, si potrebbe obiettare in prima battuta la natura della previsione oggetto di censura: la questione, infatti, non investe la comminazione di una pena, ma piuttosto la portata di una circostanza attenuante. Dunque si tratterebbe di una scelta che, ponendosi su un piano differente, afferente la politica criminale, risulterebbe in quanto tale insindacabile, salvo ovviamente non si riveli nel contenuto discriminatoria. In altri termini, non verrebbero compromessi i margini edittali, ma si inciderebbe sull'ambito di applicazione di una attenuante delimitandone i confini. Il giudice, pertanto, già nei limiti della forchetta editale avrebbe la possibilità di confezionare una pena che rispecchi il caso concreto assecon-

---

[3] In questo senso e per una diffusa analisi delle problematiche connesse alle c.d. circostanze privilegiante: Peccioli, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010.

[4] La Corte costituzionale ha affermato che in linea di principio le previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in armonia con il volto costituzionale del sistema penale: Corte cost., 14 aprile 1980, n. 50, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1981, 725 ss., con nota di Paliero, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*; Corte cost., 24 giugno 1992, n. 299. in *Giur. cost.*, 1992, 2257 ss.

dando quelle esigenze rieducative che nella visione dei costituenti devono informare la sanzione penale.

Tuttavia non si tratta di una incongruenza nella quale è incorso il giudice rimettente; di fatto l'art 62 *bis* c.p., malgrado il tenore della rubrica che, dopo la novella del 2005, espressamente qualifica la relativa previsione nei termini di "attenuanti generiche", presenta per la sua indeterminatezza una portata diversa della altre attenuanti codificate.

La norma, invero, ha svolto e svolge la funzione di una valvola che permette di far respirare il sistema, smussandone gli angoli e consentendo di temperare il rigore sanzionatorio del codice Rocco in assenza di una riforma radicale dei limiti edittali; come è stato altresì definito uno "strumento di ritenuta equità (o minore iniquità) del caso concreto" [(5)]. La genesi dell'istituto d'altronde conferma questa lettura. Sebbene il codice Zanardelli già conoscesse le attenuanti generiche, le stesse originariamente non previste dal codice Rocco [(6),] furono reintrodotte nel 1944 [(7)], nell'ambito di quegli interventi con i quali si vollero eliminare i tratti illiberali di un codice elaborato nel pieno del regime appena finito [(8)].

La funzione assegnata alla norma emerge poi, in maniera nitida, quando ci si soffermi sul funzionamento della stessa. Il richiamo alle attenuanti generiche permette di fatto di soppesare una seconda volta degli elementi che possono già aver esplicato la loro funzione in sede di determinazione della pena all'interno dei limiti edittali [(9)]. E di questa applicazione se ne è avveduto anche il legislatore, tenuto conto che, proprio a seguito della novella del 2005, è stato operato un esplicito richiamo all'art. 133 c.p. attraverso l'indicazione di quali parametri, tra quelli elencati da quest'ultima norma,

---

(5) PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, 462. Sul punto si veda anche: MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 160.

(6) La mancata previsione nel codice Rocco delle attenuanti generiche fu motivata dalla preoccupazione di un uso indiscriminato delle stesse. Si lamentava che la magistratura di merito faceva ricorso alle attenuanti generiche per diminuire a proprio arbitrio la pena senza possibilità di sindacato (*Lavori preparatori*, vol. V, I, Roma, 1929, 116).

(7) Le attenuanti generiche furono ripristinate con il d.lg.lt. 14 settembre 1944 n. 288.

(8) Sempre con il d.lg.lt. 14 settembre 1944 n. 288 sono stati ampliati i limiti all'ammissibilità della prova liberatoria nei delitti contro l'onore (art. 596 c.p.) ed è stata reintrodotta la scriminante della reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale (oggi prevista dall'art. 393 *bis* c.p.). Inoltre con il d.lg.lt. 1° agosto 1944 n. 224 fu abolita la pena di morte.

(9) Tra le tante: Cass., sez. IV, 27 giugno 2002, Martino in *CED on line*, n. 222351; *contra*, nel senso che il giudice, ai fini dell'applicabilità delle circostanze attenuanti generiche di cui all'art. 62 *bis* c.p., può considerare anche gli elementi relativi alla gravità del reato e alla capacità a delinquere del reo indicati dall'art. 133 c.p., ma con il solo limite che una stessa circostanza specifica non venga valutata due volte, Cass., sez. VI, 23 gennaio 2002, Bala, in *CED on line*, n. 222020.

possano essere presi in esame quando si abbia a che fare con un recidivo reiterato e nelle altre situazioni descritte. Con ciò si è riconosciuto – sebbene non vi fossero incertezze a riguardo – che il materiale con il quale deve operare il giudice in quest'opera di confezionamento della pena da applicare nel caso concreto può essere il medesimo nelle due fasi [10].

La funzione per cosi dire suppletiva che è chiamato a svolgere l'art. 62 *bis* c.p. è d'altronde tradita dalla circostanza della soppressione delle attenuanti generiche in tutti i progetti di riforma del codice penale presentati a partire dal Progetto Pagliaro [11], passando attraverso l'articolato della Commissione Grosso [12], a quello della Commissione Nordio [13], al più recente progetto elaborato dalla commissione Pisapia [14]: di fronte ad una ridefinizione dei margini edittali sembrerebbe che non occorra più ricorrere allo strumento compensatorio delle attenuanti generiche.

3. Al di là di queste considerazioni sulla natura e sulla funzione della previsione dell'art. 62 *bis* c.p., occorre nondimeno rilevare che un restringimento degli spazi di commisurazione della pena in senso lato, attraverso l'introduzione di presunzioni di prevalenza tra differenti indici di valutazione, non si traduce di per sé in una compressione della discrezionalità vincolata del giudice tale da compromettere le funzioni assegnate alla pena stessa dalla Carta costituzionale. D'altronde anche un intervento del legislatore che incidesse direttamente sull'art. 133 c.p., fornendo indicazioni sulla scala di valori da considerare in sede di dosimetria della pena di per sé stesso non equivarrebbe all'introduzione di una pena fissa, e all'esautorazione del giudice. Anzi, sotto alcuni profili, un simile intervento viene auspicato, tenuto conto che l'art. 133 c.p. non fornisce indicazioni sulla gerarchia tra i diversi criteri elencati, con la conseguenza che l'attribuzione di preminente rilievo ad uno, piuttosto che all'altro, potrebbe orientare ad esiti di segno opposto [15].

---

[10] In questo senso recentemente: Cass., sez. II, 10 luglio 2009, n. 38383, in *CED on line,* n. 245241; Cass., sez. I, 7 luglio 2009, n. 31219, in *CED on line*, n. 244304.

[11] V. *La riforma del codice penale*, in *Documenti giustizia*, 1992, 306 ss.

[12] Nella relazione si rilevava, con riguardo alle circostanze generiche, come «la originaria funzione "equitativa" è stata sfigurata dalla prassi di un indulgenzialismo gestito in modi non uniformi e non controllabili»: *Relazione al Progetto preliminare di riforma del codice penale*, *parte generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2001, 625.

[13] in *Cass. pen*., 2005, 244 ss.

[14] Pisapia, *La riforma del codice penale muove i primi passi: le scelte della Commissione ministeriale per una nuova Parte generale*, in *Dir. pen. proc*., 2007, 567. Significativo che nell'affrontare il tema delle pene si individuano tra le altre cause del fallimento dell'attuale sistema sanzionatorio da un lato i limiti edittali eccessivamente elevati e dall'altro la previsione di un numero smisurato di circostanze e il giudizio di comparazione con conseguente eccessiva discrezionalità del magistrato nella commisurazione della pena.

[15] Per tutti Dolcini, *La commisurazione della pena: spunto per una riforma*, in *Riv.it. dir. proc. pen*., 1981, 34 ss.

Ammessa la legittimità dell'operazione, occorre invece comprendere se tale irrigidimento finisca con il frustrare la funzione assegnata alla pena della Carta costituzionale. Ed invero, nel silenzio della legge, è proprio ai principi costituzionali che la dottrina si è appellata nel cercare delle indicazioni che potessero guidare il giudice nella fase commisurativa della pena, spiegando l'atteggiarsi dei rapporti tra "gravità del reato" e "capacità a delinquere", ovvero tra primo e secondo comma dell'art. 133 c.p. [16].

L'art. 133 deve allora essere letto sotto la lente della Carta costituzionale che da un lato riconosce il principio di colpevolezza e dall'altro assegna alla pena una finalità rieducativa. Il richiamo all'art. 27 Cost., primo e terzo comma, consentirebbe allora di ancorare la gravità del reato alla colpevolezza per il fatto commesso, espressa come noto con la formula "la responsabilità penale è personale". Mentre il concetto della capacità a delinquere si spiegherebbe in funzione delle esigenze special-preventive. Ne consegue che, secondo questa costruzione, il riferimento alla "gravità del reato", in ossequio al principio di colpevolezza, dovrebbe consentire di individuare il limite verso l'alto della pena da irrogare; limite al di sotto del quale, in ragione delle esigenze rieducative e dunque della capacità a delinquere del reo, confezionare la pena da applicare nel singolo caso.

Tornando alla nuova formulazione dell'art. 62 *bis* c.p., poiché la norma richiama espressamente i parametri commisurativi di cui al primo e al secondo comma dell'art. 133 c.p., occorre capire se l'atteggiarsi dei rapporti tra gli indici di commisurazione presi in considerazione dal legislatore risulti conforme agli equilibri sopra in estrema sintesi delineati.

Il giudice rimettente ha evidenziato come il legislatore avrebbe introdotto una sorta di presunzione di preponderanza del parametro negativo costituito dai precedenti penali. Pertanto tra i diversi indici dai quali desumere la capacità a delinquere del reo i precedenti penali prevarrebbero sugli altri. Ciò in quanto la norma esclude che agli effetti dell'applicazione del riconoscimento delle attenuanti generiche possano essere presi in considerazione i criteri di cui al secondo comma dell'art. 133 c.p., ovvero quelli inerenti la capacità a delinquere. Fino a qui si tratterebbe di una presunzione circoscritta alla ponderazione del parametro della capacità a delinquere, chiamato come premesso e secondo l'orientamento prevalente a svolgere un ruolo subordinato a quello della gravità del reato in quanto, in ossequio ad esigenze rieducative, consentirebbe al giudice di applicare una pena inferiore a quella corrispondente alla colpevolezza.

Tuttavia la presunzione introdotta dal legislatore del 2005 opera anche rispetto ad un indice che afferisce alla gravità del reato, non potendo, a norma dell'art. 62 *bis* c.p., il giudice considerare il parametro di cui al numero

---

[16] Dolcini, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci-Dolcini, 1985, 271 ss.; Fiandaca-Musco, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2010, 714.

tre del primo comma dell'art. 133 c.p., ovvero consistendo i reati indicati all'art. 407, comma 2, lettera a) in reati dolosi, l'intensità del dolo.

La scelta di operare una presunzione tra parametri disomogenei solleva dunque perplessità non soltanto sotto il profilo dell'ordine gerarchico tra i criteri fattuali di commisurazione della pena emergenti da una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 133 c.p., ma soprattutto in termini di ragionevolezza. Non si comprende perché nel verificare la possibilità di riconoscere le attenuanti generiche il giudice, agli effetti della valutazione della gravità del reato, non dovrebbe tenere in considerazioni l'intensità del dolo. In altri termini la modifica potrebbe essere letta come una sorta di presunzione che il fatto commesso dal recidivo reiterato, in relazione alla categoria di reati richiamati dalla norma, sia sorretto da un dolo di particolare intensità o comunque di non lieve intensità. Tutto sommato, in ipotesi, la norma sarebbe risultata più ragionevole se si fosse limitata *tout court* ad escludere le attenuanti generiche per il recidivo reiterato; anche se, tenuto conto della funzione che sembrerebbe essere stata assegnata all'art. 62 *bis* c.p., una simile scelta finirebbe con il precludere al giudice di considerare la gravità del fatto e dunque di adeguare la pena alla colpevolezza dell'agente per il fatto commesso.

Occorre aggiungere che nella vicenda sottesa all'ordinanza del giudice perugino si aveva a che fare con un soggetto già dichiarato recidivo reiterato che veniva chiamato a rispondere, tra gli altri, di reati ricompresi nell'elenco di cui all'art. 407 c.p.p.; tuttavia è opportuno ricordare come, di fronte ad un dato normativo dalla formulazione piuttosto articolata e di non facile comprensione [17], siano state ipotizzate già a prima lettura differenti esegesi del novellato testo dell'art. 62 *bis* c.p. rispetto alle quali i dubbi di legittimità costituzionale apparivano più evidenti. In particolare si è paventato che le limitazioni potessero trovare applicazione anche qualora si procedesse nei confronti di un soggetto, già dichiarato recidivo reiterato per reati rientranti nel suddetto catalogo, per un delitto non qualificato. In tale ipotesi l'apposizione di limiti avrebbe determinato un affrancamento ancora più netto del giudizio di gravità del reato dalla considerazione oggettiva del fatto [18].

Ma il profilo sul quale in ultima battuta vengono riposte le attenzioni del giudice rimettente e che invece potrebbe risultare decisivo agli effetti della valutazione della Corte, si coglie nella scelta di limitare questa presunzione a taluni reati. In altri termini, anche qualora la natura circostanziale della previsione di cui all'art. 62 *bis* c.p. apparisse di ostacolo alla percorribilità

---

[17] Sulla oscurità della norma: Dolcini, *Le due anime*, cit., 55.; Melchionda, *La nuova disciplina della recidiva*, cit., 133; Rosi, *Effetti della recidiva reiterata sulle attenuanti generiche*, in Scalfati (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006, 17.

[18] Sul punto: Caruso, *Recidiva*, in *Dig. disc. pen.*, *agg.*, IV, tomo II, Torino, 2008, 1154.

della tesi della avvenuta predeterminazione *ex lege* della pena, e la ponderazione operata dal legislatore tra i diversi parametri commisurativi si rivelasse rispettosa del dettato costituzionale, permarrebbero dubbi sulla legittimità costituzionale dei limiti apposti al riconoscimento delle attenuanti generiche sotto il profilo del rispetto del principio di uguaglianza.

A riguardo sia sufficiente richiamare i rilievi mossi dal giudice rimettente il quale osserva come la preclusione alla concessione delle attenuanti generiche venga «associata ad un coacervo disomogeneo di titoli di reati», ovvero quelli delineati dall'art. 407 co. 2 lett. a) c.p.p., ulteriormente qualificati attraverso il riferimento al minimo della pena edittale. Quest'ultima limitazione non sembrerebbe sempre indicativa della gravità del reato e oltretutto non è presente nella previsione dell'art. 99 co. 5 c.p., laddove stabilisce l'obbligatorietà dell'applicazione della recidiva nel caso di reati di cui all'art. 407 co. 2 lett. a) c.p.p. Ma soprattutto le argomentazioni addotte risultano particolarmente incisive laddove si evidenzia come «il significato personologico di un elemento di valutazione» non possa «essere diverso a seconda del tipo di delitti e men che mai a seconda del minimo della pena edittale per essi prevista».

Attendiamo allora che la Corte si pronunci sul punto, fugando i diversi dubbi di legittimità che avvolgono la novella.

MARIA CHIARA BISACCI

G.U.P. TRIBUNALE DI PERUGIA – 7 ottobre 2009 – *Est.* RICCIARELLI – M.L.

Delitti contro l'amministrazione della giustizia – Calunnia – Elemento oggettivo e coefficiente psicologico – Sussistenza (c.p., art. 368).

Circostanze – Circostanze inerenti alla persona del colpevole – Recidiva reiterata – Facoltatività – Nesso personologico – Insussistenza – Disapplicazione (c.p., art. 99, comma 2).

Reato – Cause di estinzione del reato – Prescrizione – Interruzione – Prolungamento del termine – Estinzione del reato (c.p., art. 157, comma 2, 161, comma 2).

La ragione di aggravamento sanzionatorio discendente dalla recidiva è da considerarsi priva di significato, e quindi deve rimanere disapplica-

ta, quando l'agente ha realizzato un reato personologicamente distante dai precedenti dai quali egli è gravato, poiché la recidiva, in questo caso, non vale ad esprimere una più accentuata colpevolezza o una maggiore pericolosità del reo (nella specie si è escluso di dover applicare l'aumento di pena derivante dalla recidiva reiterata al delitto di calunnia commesso da un collaboratore di giustizia, in considerazione della ontologica disomogeneità del delitto rispetto ai reati riconducibili al suo passato delinquenziale di "uomo d'onore"; in particolare, avendo egli posto in essere successivamente una significativa e ampia attività di collaborazione con le autorità inquirenti, aveva dato prova di avere definitivamente reciso i legami con il mondo della criminalità organizzata e di essere pronto per un pieno reinserimento nella società civile) (1).

(*Omissis*). Il giorno 17-2-1999, rispondendo a Roma alle domande dei Pubblici Ministeri dott. D. e dott. L. della D.D.A. di Catania, che l'avevano convocato senza indicazione del tema da trattare (come emerso dal relativo documento prodotto dalla difesa dell'imputato), M. L., fin dal giugno 1992 collaboratore di giustizia per le dichiarazioni rese in ordine all'attività e ai membri dell'associazione mafiosa denominata "Cosa Nostra", riferiva di procedimenti celebrati nei suoi confronti prima che iniziasse la sua collaborazione.

Come emerge dal verbale redatto nella circostanza ma ancor meglio dalla trascrizione della registrazione dell'interrogatorio, disposta a mezzo di perizia nel corso del dibattimento, il M. ribadiva di aver fin dal 1994 parlato ai magistrati del giudice D., già presidente del Tribunale di Caltanissetta.

Precisava inoltre di aver subito a Caltanissetta due procedimenti, uno conseguente a proposta di misura di prevenzione, poi seguito dal giudice dott. D., un altro invece per l'omicidio di tale G. G., celebratosi dinanzi alla Corte di Assise di Caltanissetta, presieduta dal dott. S. C..

Chiariva che nell'ambito della propria collaborazione, ma a processo ormai celebrato, aveva ammesso le proprie responsabilità anche per l'omicidio del G..

Alla domanda "con il Giudice C. parlò qualcuno o no?", volta a sondare l'eventualità di contatti funzionali all'aggiustamento del processo, il M. sottolineava che per la prima volta affrontava quel discorso, del quale non aveva mai voluto parlare.

Precisava in proposito di aver cercato un avvocato, "che era un massone", cioè l'Avv. A., detto M., S., peraltro deceduto già nel giugno 1992.

Aggiungeva di essersi rivolto a tal fine al consigliere della provincia di Caltanissetta (nell'ambito di Cosa Nostra), tal M. S., affinché procurasse il contatto con il legale, che avrebbe poi dovuto parlare con il magistrato.

Chiariva il M. che con il Giudice C. erano sorti dei contrasti, perché egli era sottoposto ad obblighi, compreso il divieto di soggiornare nelle province di Enna e Caltanissetta, e il Giudice si mostrava intransigente, di fronte alle istanze da lui presentate.

D'altro canto, a detta del M., a suo carico non vi erano elementi significativi, cosicché desiderava che il processo fosse celebrato rapidamente.

Aggiungeva il M. di essere giunto perfino a pensare di passare con il Giudice a vie di fatto, posto che egli sapeva dove il magistrato abitava, cioè sopra il supermercato T. di Enna, e perfino quale tipo di caffè beveva.

Precisava il M. che i ritardi nella celebrazione del processo gli apparivano come un modo per tenerlo "incastrato", prescelto da Cosa Nostra.

Di qui la decisione di rivolgersi tramite il M. all'Avv. S., che era in buoni rapporti con il Giudice C.

Posto che nel processo il M. era accusato dell'omicidio G., ma anche di associazione per delinquere finalizzata allo spaccio di stupefacenti, egli aveva avuto tramite quel contatto assicurazioni sull'esito del giudizio, nel senso che egli sarebbe stato prosciolto dall'accusa di omicidio e che, quanto al resto, la sentenza sarebbe stata scritta in modo tale che in sede di appello avrebbe avuto la meglio anche su quel versante ("avrebbero scritto la sentenza in modo tale che l'appello sarebbe andato come sarebbe andato": pag. 10 delle trascrizioni).

Ciò aveva contribuito a tranquillizzarlo: nel prosieguo le cose sarebbero andate proprio come anticipatogli, essendo il M. stato prosciolto in primo grado dall'accusa di omicidio e in appello anche dalla restante imputazione.

Precisava il M. che l'esito del processo gli era stato anticipato dall'Avv. S. e che peraltro tutto ciò gli era costato una grossa cifra, in quanto il legale gli aveva chiesto £ 250.000.000, da versare al dott. C.

A detta del M. egli aveva consegnato il denaro all'Avv. S., che peraltro ben sapeva a quali rischi sarebbe andato incontro, qualora si fosse scoperto che invece di mantenere l'impegno aveva tenuto il denaro per sé.

(*Omissis*). A tali dichiarazioni erano comprensibilmente seguite indagini sul conto del dott. C. in relazione all'ipotizzato delitto di cui all'art. 317 c.p.

Il Presidente C., trasferitosi presso il Tribunale di Caltanissetta nel dicembre 1987, aveva in effetti celebrato il processo a carico del M. per l'omicidio G., definito il 6-7-1990 con l'assoluzione per l'omicidio e con una condanna alla pena di anni sedici di reclusione (senza attenuanti generiche) per il reato di associazione per delinquere finalizzata allo spaccio.

Nel dicembre del 1990 il dott. C. si era poi trasferito al Tribunale di Gela, rimanendo in quell'avamposto fino al 1996, allorché aveva assunto un incarico fuori ruolo presso il Ministero, prima di rientrare nei ranghi della magistratura, quale Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Roma (di qui la competenza del Tribunale di Perugia per questo processo, ai sensi dell'art. 11 c.p.p.).

Orbene, all'esito delle indagini preliminari il P.M. aveva chiesto l'archiviazione del procedimento a carico del dott. C., archiviazione poi effettivamente disposta con decreto del GIP presso il Tribunale di Catania datato 16-1-2001.

Nel decreto si segnalava il fatto che il decesso dell'Avv. S. aveva privato l'accusa della principale fonte di verifica.

Si aggiungeva peraltro che gli accertamenti bancari esperiti non avevano in alcun modo suffragato l'ipotesi accusatoria, posto che non erano emerse disponibilità sospette e che anzi era stato verificato che il dott. C. prima e dopo aveva fruito di mutui bancari.

(*Omissis*). Nell'ambito del presente processo M. L. veniva sentito nel corso dell'udienza preliminare (il relativo verbale è stato acquisito col consenso delle parti).

In tale circostanza il M., pur ribadendo la sostanza del racconto, precisava di non aver mai avuto modo di verificare direttamente che il dott. C. avesse preso il denaro e di non aver avuto modo di acquisire di persona elementi tali da far ritenere che il magistrato, sul conto del quale non circolavano voci particolari, fosse compromesso.

Peraltro a suo dire egli si era basato su quanto riferitogli dal S., che di continuo gli segnalava la rigidità assunta dal magistrato e gli consigliava di pressarlo con richieste di sollecita fissazione del processo.

(*Omissis*). Sul punto riguardante l'assicurazione dell'esito del processo, il M. dapprima dichiarava (ff. 33 e 34) "questi te li levano ora, questi te la sbrighi in appello", poi ribadiva (f. 81) "scriveranno in modo che tu te la sbrighi in appello", infine a domanda del GUP ("lei prima che uscisse la sentenza sapeva che l'avrebbero assolto per l'omicidio e condannato per gli stupefacenti?") chiariva (f. 87): "no loro mi hanno detto deve andare bene, se resta qualche cosa te la vedi in appello".

A supporto del proprio convincimento circa il buon esito dell'operazione il M. adduceva che a testimonianza dell'ammorbidimento del C. egli aveva ottenuto il permesso di partecipare alla Prima Comunione della figlia.

Anche nel corso del dibattimento il M. si è sottoposto ad esame.

In tale sede, ribadendo la sostanza delle dichiarazioni, come parzialmente ridimensionate già nel corso dell'udienza preliminare in rapporto al giudizio sul dott. C., il M. ancora una volta precisava che gli era stato

detto che la sentenza sarebbe stata scritta in modo che egli si potesse sottrarre alle accuse in secondo grado (f. 53 dell'udienza 26-11-2007).

(*Omissis*). A questo punto è prima di tutto necessario mettere ordine con riguardo alle fasi di svolgimento del processo a carico di M. L. per l'omicidio G.

(*Omissis*). Il 6-6-1990 il processo prende avvio con la lettura degli interrogatori degli imputati. Il giorno successivo il Presidente C. dà atto di aver ricevuto al termine dell'udienza del giorno precedente un esposto firmato dai difensori dell'imputato M., inviato al Procuratore Generale della Corte di Appello e della Corte di Cassazione e al C.S.M., nel quale venivano addotte violazioni del diritto di difesa: il Presidente dà atto altresì di aver inoltrato immediatamente istanza di astensione. Per questo il processo viene rinviato al 12-6-1990, data nella quale viene dato atto della reiezione dell'istanza di astensione.

(*Omissis*). La discussione del processo prende avvio il giorno 4 luglio 1990 e si conclude il 6-7-1990 con la pronuncia della sentenza: il M. viene prosciolto dall'accusa di omicidio, ma condannato alla pena di anni sedici di reclusione per il delitto di associazione per delinquere a fini di spaccio. Gli altri imputati vengono condannati a pene di gran lunga inferiori.

(*Omissis*). In data 19-7-1990 viene depositata la motivazione della sentenza, redatta dal giudice a latere dott.ssa F.

Nel settembre l'Avv. S. presenta i motivi di appello, proprio nell'ultima riga avanzando il sospetto che la condanna del M. per l'associazione per delinquere fosse stata frutto di prevenzione.

Il 14-11-1990 la Corte di Assise di Appello revoca la misura degli arresti domiciliari, applicando quella degli obblighi, misura poi revocata in data 27-6-1991.

Il 26-2-1992 la Corte di Assise di Appello si pronuncia sull'appello, confermando l'assoluzione del M. dal delitto di omicidio e assolvendolo anche dall'ulteriore imputazione.

Poco dopo il Tribunale di Caltanissetta rigetta la proposta di sottoposizione del M. alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale.

Ma nell'aprile 1992 il M. viene nuovamente arrestato per partecipazione ad associazione per delinquere di stampo mafioso e in data 26-6-1992 comincia la sua collaborazione con gli inquirenti, venendo dimesso dalla casa di reclusione di San Cataldo. (*omissis*).

3. non vi è alcun elemento che attesti un qualche mutamento di rotta da parte del Presidente C. nella sua condotta processuale: semmai è da rimarcarsi come nel maggio del 1989 egli avesse concesso al M. la scarcerazione con obblighi ed avesse quindi nel marzo del 1990 disposto nuovamente il di lui arresto; (*omissis*).

5. risulta un insanabile contrasto tra le versioni del M. in ordine

ai tempi in cui sarebbe intercorso l'accordo con l'Avv. S. per addivenire al pagamento della somma al Presidente C: [...]; (*omissis*).

7. è significativa l'incertezza palesata dal M. in ordine alla descrizione dell'oggetto del *pactum sceleris*: sta di fatto che secondo la versione più volte ribadita egli era consapevole che in appello si sarebbe liberato da ogni accusa, in quanto la sentenza sarebbe stata scritta in modo da favorire quell'esito. Senonché la sentenza risulta essere stata redatta in termini tutt'altro che manifestamente implausibili dalla dott.ssa F., in ordine alla quale nulla induce neppure a sospettare che fosse parte dell'illecito accordo, il che costituisce di per sé elemento tale da rendere non credibile l'intera ricostruzione; (*omissis*).

- il M. ha dimenticato durante il suo racconto, e questo è stato il suo errore maggiore, quanto avvenuto al termine dell'udienza del 6-6-1990, allorché, come si evince dalle dichiarazioni del dott. C. e dai verbali di udienza, i suoi difensori consegnarono al Presidente C. l'esposto, datato 28-2-1990, da essi in precedenza inviato a varie autorità, prospettando nell'occasione l'eventualità dell'astensione del magistrato, astensione alla quale il Presidente C. in effetti chiese immediatamente di essere autorizzato, così potenzialmente perdendo il controllo del processo, in quanto ben sarebbe potuto accadere che l'autorizzazione all'astensione venisse concessa: orbene, se, come deve supporsi sulla base degli assunti del M., a quel punto era stata già versata la somma ed era stato concordato l'esito del processo, l'astensione del Presidente, fra l'altro in qualche guisa sollecitata, avrebbe significato il travolgimento di ogni certezza, avrebbe cioè costituito un evento che i difensori non avrebbero avuto ragione alcuna di propiziare e che il magistrato, men che meno, avrebbe avuto motivo di perseguire, fra l'altro con evidente proprio rischio; ed allora deve convenirsi che nulla a quella data era stato in realtà concordato o versato, il che, in rapporto agli assunti del M., val quanto dire che nulla fu mai versato.

(*Omissis*). [...] nulla vale a corroborare l'assunto del M. in ordine al fatto che il M. V. si fosse effettivamente prestato ad avvicinare il magistrato.

Anche a voler solo per un momento credere che i rapporti tra il M. e il Presidente C. fossero meno rarefatti di quanto rappresentato, in ogni caso non è legittimo sostenere che i due avessero avuto contatti al di fuori del contesto del supermercato di Enna sopra il quale il Presidente abitava (di scarso spessore appare invero l'episodio riguardante l'asserita confidenza relativa alla conoscenza della marca di caffè preferita dal Presidente C., al di là della prova documentale fornita dalla parte civile a sostegno dell'assunto secondo cui bere caffè era inibito al Presidente C. per ragioni di salute).

E peraltro proprio con riguardo al riferimento al supermercato si profilano ulteriori incongruenze nel racconto del M..

Infatti nelle dichiarazioni del 17-2-1999 il M. aveva parlato del supermercato T.

Ma è pacifico che il Presidente C. abitava ad Enna sopra un diverso supermercato, all'insegna S., sito in via degli A., gestito dal M. fino al 1986, quando il dott. C. non lavorava ancora a Caltanissetta.

Successivamente il M. aveva ceduto quel primo supermercato, poi attratto nell'orbita S., e aveva aperto sempre ad Enna un diverso supermercato, denominato T., in via della R. S., nelle adiacenze non della residenza del Presidente, ma dello studio legale del fratello dello stesso, avv. G. C., che, pur fruendo dell'entrata in via C., aveva apposto una grossa targa proprio sul lato di via della R. S.

Sta di fatto che in base al racconto del M. il M. gli avrebbe riferito di conoscere il Presidente, che abitava sopra il suo supermercato: senonché quel dialogo sarebbe avvenuto a rigore nel 1990, il che lo fa apparire non verosimile, giacché a quella data ormai il M. gestiva il supermercato T., che non aveva nulla a che fare con l'abitazione del Presidente.

(*Omissis*). In conclusione deve ritenersi che la versione del M. non abbia trovato riscontro e sia stata anzi smentita dalle risultanze processuali, al punto da risultare non corrispondente al vero.

Sotto il profilo giuridico deve ritenersi che le dichiarazioni rese dal M. in data 17-2-1999 contenessero una chiara incolpazione di reato non solo a carico dell'Avv. S., ma anche a carico del Presidente C., accusato di aver ricevuto denaro in cambio di un atteggiamento processuale favorevole e di una decisione concordata, potendosi qualificare tale condotta, a seconda delle sfumature, come concussione (in relazione a tale ipotesi accusatoria erano state condotte le indagini preliminari dalla D.D.A. di Catania) o come corruzione.

Né potrebbe replicarsi che il M. si era limitato a descrivere la condotta dell'Avv. S., avendo confidato per il resto sulla veridicità di quanto costui gli aveva dichiarato in ordine alla consegna del denaro al Presidente.

Deve invero osservarsi come l'intera deposizione fosse rivolta ad accreditare l'accusa, primariamente rivolta in realtà contro il Presidente C.

Innanzi tutto è rilevante lo stesso fatto che il M. avesse premesso di non aver mai raccontato l'episodio.

In secondo luogo risultano decisive le asseverazioni fornite circa il buon fine dell'operazione, sia con riguardo all'asserita consapevolezza da parte dell'Avv. S. del ruolo del M. in ambito criminale e dunque dei rischi che avrebbe corso mentendogli (circostanza tale da far ritenere che l'operazione avesse effettivamente avuto l'esito dichiarato) sia con riguardo alle conferme indirette di cui il M. ha parlato, incentrate sui suoi colloqui con il M. e sul colloquio tra il M. e il Presidente C. nonché

sul riscontro dell'effettiva assoluzione in primo grado dall'omicidio e in appello dall'ulteriore imputazione.

Risulta dunque per questa via integrato l'elemento oggettivo del delitto di calunnia, essendo sufficiente che vengano fornite dichiarazioni aventi ad oggetto l'incolpazione di un reato all'A.G., che ha l'obbligo di perseguirlo.

D'altro canto può dirsi ormai provato che il Presidente C. era innocente, nel senso che egli era estraneo a qualsivoglia intesa criminosa.

Ma deve ora aggiungersi - dal lato del dichiarante - che il racconto del M. era sul punto specifico delle accuse rivolte al Presidente C. non rispondente al vero, in quanto gli elementi acquisiti hanno posto in luce la radicale implausibilità in quel peculiare contesto della stessa ipotesi della consegna di un'ingente somma di denaro per la causale indicata.

Ciò suffraga dunque anche il coefficiente psicologico del delitto di calunnia, non potendo il M. trovare un *commodus discessus* in dichiarazioni e in assicurazioni a lui fatte da terzi, a fronte dell'insussistenza a monte dell'episodio, per lo meno nei termini in cui è stato riferito a carico del Presidente C.

(*Omissis*). Nel corso dell'udienza del 16-4-2007, in aggiunta all'aggravante di cui all'art. 61 n. 10 c.p., è stata espressamente contestata al M. la recidiva reiterata, correlata ai suoi precedenti, riferiti alla fase in cui, prima dell'inizio della sua collaborazione, egli agiva da uomo di onore, appartenente all'associazione mafiosa "Cosa Nostra".

È noto peraltro che l'applicazione della recidiva reiterata, analogamente a quanto previsto prima della riformulazione dell'art. 99 cp da parte della L. 251/2005, è da ritenersi facoltativa con la sola eccezione prevista dall'art. 99 co. 5 c.p., che si riferisce ai reati di cui all'art. 407 co. 2 lett. a) c.p.p., non includente il delitto per cui è causa (in tal senso Corte Cost. 192/2007 e Corte Cost. 90/2008, seguite dalla giurisprudenza di legittimità).

D'altro canto la valutazione sulla applicazione della recidiva facoltativa, proprio come suggerito dalla Corte Costituzionale (Corte Cost. 90/2008 cit.), non può che correlarsi al fatto che il nuovo episodio delittuoso appaia concretamente significativo, in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti, sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo.

Ma nel caso di specie un siffatto scrutinio non può che condurre alla disapplicazione in concreto della recidiva.

Per quanto la parte civile, in ogni fase del procedimento e tanto più in sede dibattimentale, si sia sforzata di dimostrare la generale inattendibilità del M. e dunque l'immeritevolezza da parte del predetto dei benefici connessi alla qualità di collaboratore di giustizia, è d'uopo osservare al contrario che le dichiarazioni del M. hanno certamente con-

tribuito a lumeggiare l'ambiente mafioso, fornendo le basi per lo sviluppo di un'indagine di notevole rilievo, denominata "Leopardo", dal quale è scaturita l'emissione di ordinanza applicativa di custodia cautelare nei confronti di un nutrito numero di soggetti, molti dei quali poi condannati con sentenza definitiva (si tratta del processo a carico di V. + altri, di cui sono state acquisite le sentenze, comprese quelle pronunciate in sede di rinvio dopo un primo annullamento di alcune condanne).

Il M. è stato poi sentito in numerosi processi che nel corso degli anni hanno riguardato episodi o soggetti da lui menzionati fin dalla prima ora, ciò che ha parimenti condotto a numerose condanne.

Le sentenze al riguardo prodotte dalla difesa dell'imputato e i certificati penali dei soggetti chiamati in causa dal M. costituiscono ampia testimonianza del fatto che quei soggetti erano stabilmente legati ad associazioni criminali di stampo mafioso.

Né si può semplicisticamente porre l'accento, come la parte civile avrebbe preteso, sulle molteplici sentenze di assoluzione: dalle stesse sentenze prodotte si evince che quelle assoluzioni sono state in genere pronunciate per difetto dei necessari riscontri e non tanto per la positivamente accertata falsità delle accuse mosse dal M.

Semmai qui e là sono emersi profili di inattendibilità parziale, a fronte di dichiarazioni di tenore diverso rese da altri collaboratori di giustizia.

Ma ciò non può valere in alcun modo a sminuire il significato complessivo della collaborazione di L. M.

Val la pena in proposito richiamare le osservazioni contenute nella nota in data 19-2-2002 a firma del dott. F. P. G. della D.D.A. di Caltanissetta (prodotta nell'interesse del M. all'udienza del 16-4-2007), il quale ha sottolineato che il M. "ha reso ampia e fattiva collaborazione sui fatti criminosi commessi in epoca anteriore all'inizio della sua collaborazione, compresi quelli per cui è giunta sentenza definitiva attualmente in esecuzione...la condotta del M. sia in udienza che nel corso degli interrogatori resi in sede di indagine è stata improntata sempre ad estrema lealtà e correttezza. Per quanto risulta a questo Ufficio, egli non si è mai rifiutato di sottoporsi agli impegni giudiziari per i quali è stato disposto il suo intervento..ha definitivamente reciso i legami con il mondo della criminalità organizzata e..è pronto per un pieno reinserimento nella società civile".

D'altro canto nulla di significativo può desumersi dalle archiviazioni disposte con riguardo a procedimenti avviati a carico del Sen. C. e del col. L. o dal finale proscioglimento dell'Avv. M.

Ed anzi, nel caso del Sen. C. risulta dal decreto di archiviazione del 24-11-1993 che sono mancati i riscontri e che per una parte si trattava di semplici congetture apprese dal M. "de relato", mentre nel caso del

col. L. risulta dallo stesso decreto di archiviazione del 20-1-1993 che non vi fu volontà di distorcere i fatti quanto il tentativo di aggiungere a circostanze vere finalità mendaci e che "la negatività del riscontro non fa venir meno l'attendibilità generale del collaborante, attese le motivazioni personalistiche (riferite dalla P.), che hanno inquinato, per così dire, le propalazioni del M.".

In definitiva neppure tali vicende processuali si sottraggono alle precedenti valutazioni, in quanto alla resa dei conti non risulta essere mai stata inficiato il significato della collaborazione del M.

Ed allora è d'uopo prendere atto che ci si trova di fronte ad un caso del tutto peculiare di accusa risultata non veridica.

Nel contempo si osserva che il delitto non è affatto riconducibile al passato delinquenziale del M. né a trame occulte da lui ordite in un quadro associativo.

Per quanto il fatto si connoti per la sua gravità in rapporto alle conseguenze lesive sofferte dalla persona offesa, tuttavia deve escludersi che esso lumeggi di per sé una personalità proclive al delitto in rapporto ad una consolidata attitudine, quale quella manifestata nel passato.

Si tratta dunque di reato personologicamente distante dai precedenti dai quali il M. è gravato, tutti riconducibili, come detto, alla sua figura di uomo d'onore in ambito mafioso.

È come se il M., avendo assunto una nuova personalità, abbia dato corso per la prima volta ad un reato ontologicamente disomogeneo.

Può aver certamente contribuito a tale risultato il sottile logoramento correlato ad anni di collaborazione, inducente un abbassamento dei freni inibitori a fronte dell'esigenza di continuare ad apparire personaggio meritevole di considerazione (di qui la volontà di parlare di qualcosa di cui non si era mai parlato).

Sul piano normativo si tratta di evenienza che il limite di sei mesi introdotto dalla L 45/2001 può in via generale contribuire a scongiurare.

Ma di certo non può dirsi che in questo caso la recidiva valga ad esprimere una più accentuata colpevolezza o una maggiore pericolosità.

Ne discende che la ragione di aggravamento è da considerarsi priva di significato e va dunque disapplicata.

(*Omissis*). Ma una volta disapplicata la recidiva, è d'uopo prendere atto della sopravvenuta estinzione del reato per prescrizione.

Infatti qualora la recidiva, pur contestata, non venga valutata dal Giudice, di essa non può tenersi conto ai fini del computo della pena rilevante ai fini del termine di prescrizione (Cass. II, 8-4-2009, Pancaglio).

In tale prospettiva, tenendo conto della più favorevole disciplina introdotta dalla L 251/2005, si rileva che il termine da prendere in considerazione è pari ad anni sei.

Esclusa la recidiva, il prolungamento del termine a seguito di cause interruttive risulta pari ad un quarto, per un totale di anni sette e mesi sei, nella specie decorsi fin dall'agosto del 2006.

Quand'anche volesse operarsi una distinzione tra scomputo della recidiva ai fini della pena base e computo della stessa, quale *status* non escluso, ai fini del prolungamento del termine, in presenza di cause interruttive, e ai sensi del riformulato art. 161 c.p. si volesse considerare per la recidiva reiterata un aumento di 2/3, per un totale di anni dieci, dovrebbe comunque ritenersi che il termine prescrizionale sia decorso fin dal 17-2-2009, salvo il periodo di sospensione per rinvio richiesto dal difensore, dal 19 marzo all'11 giugno 2008.

Da ciò discende che, disapplicata la recidiva, deve pronunciarsi nei confronti del M. sentenza di non doversi procedere per essere il reato estinto per intervenuta prescrizione. (*Omissis*).

(1) Riflessioni su alcuni profili problematici del regime discrezionale di applicazione della recidiva.

1. La pronuncia che qui si annota, in cui il Tribunale di Perugia giunge ad escludere l'aumento di pena derivante dall'applicazione della recidiva reiterata, offre lo spunto per svolgere, senza alcuna pretesa di esaustività, qualche considerazione su taluni aspetti problematici della disciplina della ricaduta nel delitto, nel nuovo regime delineato dalla (contro)riforma attuata con la legge c.d. *ex* Cirielli (5 dicembre 2005, n. 251).

Essendo l'applicazione della recidiva rimessa prevalentemente, anche dopo la predetta riforma, all'apprezzamento discrezionale del giudice, destinato ad esplicarsi nella delicata fase di commisurazione della pena, la trattazione non può che prendere le mosse da un breve cenno al problema della discrezionalità nel diritto penale, ampiamente esplorato dalla dottrina penalistica più autorevole nelle sue numerose implicazioni dommatiche e pratiche [(1)]. Questa tematica rinvia a due istanze antitetiche, che risultano molto difficili da contemperare. Da una parte l'esigenza garantista di limitare gli spazi di discrezionalità dell'autorità giudiziaria, soddisfatta quando il legislatore disciplina con precisione la fattispecie astratta nel

---

[(1)] Sul tema fondamentali sono le monografie di Messina, *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1947 e di Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, I, *Nozioni e aspetti costituzionali*, Milano, 1965. Si vedano anche, in argomento, Dolcini, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in Aa.Vv., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci-Dolcini, Milano, 1985, 261 ss.; Id., *Potere discrezionale del giudice (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 744 ss. Sul ruolo della discrezionalità giudiziale nella fase commisurativa della sanzione penale, cfr., per tutti, Dolcini, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, *passim*.

precetto e nella sanzione [2]; dall'altra l'esigenza di assicurare uno *spatium decidendi* sufficientemente ampio al giudice; se infatti tale spazio subisce un eccessivo restringimento, il rischio è che l'organo giudicante, dovendo sussumere la fattispecie concreta in un paradigma normativo tassativamente delineato nei suoi elementi, non possa prendere in considerazione le differenze proprie degli irripetibili casi della realtà concreta, con conseguente irrigidimento delle proprie decisioni, non più calate sull'individualità specifica del caso concreto, non più idonee cioè a cogliere e a considerare le sfumature del singolo caso.

Le riforme intervenute nei decenni passati incidendo, non sempre in maniera organica, sul sistema penale, hanno privilegiato decisamente la prima delle due istanze sopra menzionate.

Ciò può essere detto anche della riforma del 1974 (d.l. 11 aprile 1974, n. 99, convertito in l. 7 giugno 1974, n. 200), che ha, tra le altre innovazioni, trasformato la recidiva da obbligatoria in facoltativa e si è mossa quindi, anche sotto questo profilo, nella direzione di un generale ampliamento del potere discrezionale del giudice.

Di fatto, come rilevato dalla dottrina più attenta che non ha formulato un giudizio positivo sull'intervento riformatore, con la predetta novella il legislatore, pur muovendo dall'intenzione di mitigare il trattamento sanzionatorio del codice Rocco, ha rinunciato alle proprie prerogative in materia di politica criminale; invece che metter mano ad una radicale riforma delle cornici edittali comminate dalle singole fattispecie incriminatrici, che avrebbe garantito il primato del Parlamento nelle scelte punitive, il legislatore della riforma ha preferito infatti imboccare una strada più comoda, ma irta di insidie: ampliare il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena, addossando sulle spalle della magistratura un indebito ruolo di supplenza [3], rendendo di conseguenza il giudice penale, suo malgrado, il principale protagonista della politica criminale [4].

Con le modifiche apportate dalla novella del 1974 si è assistito in definitiva ad un mutamento del significato della discrezionalità riconosciuta

---

[2] Marinucci-Dolcini, *Corso di diritto penale*, I, *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, 2001, 119.

[3] In questi termini, Marinucci, *Politica criminale e riforma del diritto penale,* ora in Marinucci-Dolcini, *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, 51, nonché Id., *Problemi della riforma del diritto penale in Italia, ivi*, 358.

[4] Cfr. Romano, *Commentario sistematico del codice penale,* I, Milano, 2004, 8. V. anche Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 424 s., il quale sottolinea come l'accollo della funzione politico-criminale sulle spalle del giudice abbia, ormai, le sembianze di una vera e propria costante, un punto di fuga a partire dal quale il legislatore si estrania da se stesso, rinunciando a maturare in materie delicate e conflittuali linee coerenti e sicure di politica criminale.

al giudice penale [5]: da elemento indispensabile per proseguire nel caso concreto, entro binari certi e definiti, l'opera del legislatore, a «strumento di rottura del sistema, per consentire di superare le previsioni normative della parte speciale del codice senza modificarle direttamente» [6].

La disciplina della recidiva, come si è accennato sopra, esce profondamente modificata dall'intervento riformatore del 1974: viene introdotto, con l'intento di ridimensionare e attenuare il rigoroso trattamento sanzionatorio che caratterizzava l'istituto, il regime della facoltatività, che concerne, in primo luogo, la possibilità per il giudice di escludere la recidiva, ed i correlativi aumenti di pena, nonostante l'imputato abbia già riportato una precedente condanna. Tale regime viene a sostituirsi al previgente di carattere obbligatorio, per il quale il giudice era vincolato a calcolare gli aumenti di pena in presenza di una successione nel tempo di diverse violazioni della legge penale.

Nel passaggio da un sistema contraddistinto dalla indicazione tassativa di ipotesi di recidiva obbligatoria, desumibili *a contrario sensu* dalle fattispecie disciplinate dall'art. 100 c.p., ad un sistema di generalizzata facoltatività, la precedente sentenza di condanna irrevocabile resta l'unico elemento della fattispecie tassativamente determinato, costituendo, al tempo stesso, un limite di garanzia [7].

Nell'ambito della nuova fisionomia assunta dall'istituto, non è sufficiente però rilevare l'esistenza di tale presupposto formale; al contrario si dovrà andare alla ricerca di diversi ed ulteriori fattori legittimanti l'inasprimento sanzionatorio [8].

Dal momento che l'indagine è affidata interamente al giudice, si è avuta indubbiamente una significativa dilatazione della discrezionalità di quest'ultimo nella determinazione del *quantum* della pena. Ma la legge non si è minimamente preoccupata di indicare i criteri-guida alla stregua dei quali il potere di applicare l'aumento di pena in conseguenza della recidiva dovrebbe essere esercitato.

Per questo il regime di discrezionalità introdotto con la riforma è stato sin dai primi commenti giudicato eccessivamente ampio, tale da configurare

---

[5] Cfr. Dolcini, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, cit., 261 ss.

[6] In questi termini Stile, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi urbinati*, 1977-78, 300.

[7] Per tali considerazioni, v. Dassano, *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, Torino, 1981, 8.

[8] Per questa impostazione, cfr. Marinucci-Dolcini, *Manuale di diritto penale*, *Parte generale*, Milano, 2009, 501; Romano-Grasso, *Commentario sistematico del codice penale,* II, Milano, 2005, 91. Peraltro, poco tempo dopo la novella del 1974, Pedrazzi, *La nuova facoltatività della recidiva,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 307, aveva lucidamente rilevato che «la facoltatività generalizzata significa null'altro che il passaggio da una definizione formale a una definizione sostanziale della recidiva. La preesistenza di una condanna irrevocabile non ne esaurisce più la nozione: è

addirittura, secondo l'opinione di un illustre Autore, «un caso di "sovranità giurisdizionale", sottratta persino all'obbligo della motivazione (che sarebbe concepibile solo se la legge dettasse, quanto meno, degli indici di massima)» [9].

Da più parti si è evidenziato poi il contrasto tra la discrezionalità riconosciuta nella determinazione dell'aumento di pena ed il principio di legalità [10] e si è paventato il rischio che l'assenza di direttive vincolanti per l'esercizio del potere discrezionale possa determinare la trasformazione di quest'ultima in arbitrio giudiziale [11].

Nel silenzio del legislatore tanto la dottrina quanto la giurisprudenza hanno cercato di elaborare i parametri per l'applicazione dell'aumento di pena connesso alla recidiva. Le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali convengono su un punto: il nuovo delitto, commesso in spregio all'ammonimento derivante dalla precedente condanna, deve dire qualcosa sulla personalità del suo autore. Ciò si pone in linea con la scelta della novella del 1974 in favore di una ricostruzione della recidiva in termini sostanziali, interamente affidata al potere discrezionale del giudice, con evidente superamento della «dimensione formale di tipo criminologico» che caratterizzava l'istituto nel sistema del codice Rocco, nell'ambito del quale esso veniva «qualificato da parametri normativi orientati in senso largamente presuntivo» [12].

Una parte consistente della dottrina ha ritenuto che i diversi e ulteriori

---

ormai soltanto un presupposto cui deve aggiungersi un requisito centrale, attinente alla personalità del reo».

[9] Testualmente, Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982. In termini critici si sono pronunciati, tra gli altri, anche Dolcini, *Discrezionalità del giudice,* cit., 296 s.; Mantovani, *Diritto penale*, *Parte generale*, Padova, 2009, 647; Romano-Grasso, *Commentario*, cit., 90.

[10] V. ancora Mantovani, *Diritto penale*, cit., 647; Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, cit., 336. Una parte della giurisprudenza, come si dirà più avanti nel testo, ritiene inoltre che il giudice potrebbe anche non dar conto in motivazione dei criteri che hanno informato la sua scelta: è stato infatti affermato che quando la recidiva non esplichi alcuna efficacia sulla determinazione della pena, non difetta di motivazione la sentenza che non precisa i motivi della mancata esclusione, giacché l'art. 99 dà facoltà al giudice non di escludere la circostanza, che è inerente alla persona del colpevole, ma di non apportare gli aumenti di pena che da essa dovrebbero conseguire (Cass., sez. II, 29 novembre 1988, Sciuto, in *Riv. pen*, 1990, 989).

[11] In questo senso Stile, *Discrezionalità*, cit., 290, il quale osserva che «un uso corretto e controllabile della discrezionalità nell'irrogazione degli aumenti di pena per la recidiva presupporrebbe accertata, oggi, la funzione della pena, il che certamente non è, così in dottrina, come, ancor più, nella prassi». Sul punto, v. anche Fiandaca-Musco, *Diritto penale, Parte generale,* Bologna, 2007, 449, ove si parla di «amplissimo potere discrezionale» attribuito al giudice nell'applicazione della recidiva, «ai limiti dell'arbitrio giudiziale».

[12] Dassano, *Recidiva*, cit., 8.

fattori legittimanti l'aumento sanzionatorio debbano essere ricercati riferendosi prevalentemente al fondamento retributivo dell'istituto. In questa logica la recidiva costituisce un modello a sfondo diagnostico-retributivo improntato all'idea di una più intensa colpevolezza per il fatto: la realizzazione del nuovo illecito deve denotare una maggiore colpevolezza dell'agente, che con esso ha dimostrato la propria insensibilità all'ammonimento derivante dalla precedente condanna [13].

Tale approccio metodologico viene giustificato dalla dottrina sopra citata sulla base della considerazione di due aspetti: da un lato il venir meno del regime dell'obbligatorietà a seguito della riforma del 1974 ha fatto passare in secondo piano l'aspetto specialpreventivo dell'istituto (recidiva come modello a sfondo prognostico-preventivo improntato all'idea di una maggiore capacità a delinquere del reo, ossia all'idea per cui il nuovo delitto assume un valore sintomatico rispetto alla futura commissione di nuovi reati), sicuramente prevalente prima della riforma; dall'altro il ruolo fondamentale giocato dal principio di colpevolezza nel sistema penale impone all'interprete di focalizzare la propria attenzione sulla «gravità del reato vista nella dimensione della personalità del suo autore» [14], con sostanziale rovesciamento della precedente prospettiva e «in parziale rivalutazione di un modello classico-retributivo» [15].

Secondo altra impostazione la recidiva ha invece un fondamento bidimensionale, nel senso che nella strutturazione positiva dell'istituto assumono rilievo tanto la valenza retributiva quanto quella specialpreventiva [16].

---

[13] Romano-Grasso, *Commentario*, cit., 91. Ritengono che il fondamento della recidiva sia retributivo anche Dassano, *Recidiva*, cit., *passim*; Ambrosetti, *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997, *passim*; Id., *Recidiva*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, V, Milano, 2006, 4950 ss.

[14] Romano-Grasso, *Commentario*, cit., 91.

[15] *Ibidem*. Riconduce la recidiva alla sfera della colpevolezza anche Ambrosetti, *Recidiva*, cit., 51 s.: «l'attuale disciplina dell'istituto [è] chiaramente orientata in una visione retrospettiva, stante il fatto che la più intensa colpevolezza del recidivo nasce da un giudizio al quale è estranea ogni considerazione prognostica relativa a finalità di prevenzione speciale. Ciò non vuole naturalmente significare che, sotto un diverso profilo, una funzione special-preventiva non possa essere svolta anche dalla recidiva o, per meglio dire, dall'aggravamento di pena che a tale qualifica consegue. È coerente invero con i principi costituzionali il fatto che anche la maggiore pena inflitta a chi ricade nel reato non possa prescindere da quella finalità di prevenzione speciale, la quale deve considerarsi propria di ogni provvedimento afflittivo. Tale assunto, tuttavia, non implica in alcun modo una riconducibilità dell'istituto ad una tipologia legale soggettiva di stampo prognostico-preventivo. La ragion d'essere della recidiva nel nostro sistema penale si può comprendere unicamente sul piano di un giudizio di colpevolezza, e conseguentemente i presupposti per la sua applicazione devono essere intesi come significativi di questa più intensa *Tatschuld*».

[16] Per questa impostazione, v. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 644; Marinucci-Dolcini, *Manuale*, cit., 501 ss.

In questo quadro logica retrospettiva e funzione specialpreventiva contribuiscono insieme a delineare la fattispecie di cui all'art. 99 c.p., arricchendo l'elencazione dei criteri codicistici con ulteriori canoni di respiro costituzionale, «dai quali muovere – una volta precisato il disvalore positivo espresso dalla legge a proposito della recidiva – per l'individuazione della pena ecletticamente aderente al soggetto-recidivo destinato a subirla» [17].

L'eclettismo, del resto, fa parte della storia dell'istituto, che si è sempre mosso «in una sorta di doppio binario retrospettivo e preventivo modulati entrambi sul precedente penale già, *ex* art. 133 c.p., oggetto di attenzione positiva nella originaria modulazione della pena» [18].

La storia normativa della recidiva è tuttavia ricca di ulteriori avvenimenti, che la rendono estremamente tormentata.

Nel 2005 la (contro)riforma attuata con la legge *ex* Cirielli realizza una restaurazione repressiva con la quale si determina, dal punto di vista politico-criminale, una differenziazione in senso discriminatorio del trattamento sanzionatorio (c.d. doppio binario), che incide molto pesantemente su chi ricade nel delitto, mentre interviene in maniera più leggera rispetto al delinquente primario [19].

Rispetto al previgente regime rimane immutato il carattere generico e perpetuo della recidiva, ma per il resto essa appare profondamente diversa: si esclude la rilevanza dei delitti colposi e delle contravvenzioni; gli aumenti di pena vengono resi più consistenti e per alcune ipotesi vengono determinati in misura fissa; la tradizionale facoltatività è sostituita dall'obbligatorietà per alcune significative fattispecie criminose indicate nella lettera *a*) del comma 2 dell'art. 407 c.p.p.

Inoltre diversi istituti, sostanziali, processuali e penitenziari (in materia di attenuanti generiche, di cumulo giuridico, di prescrizione, di detenzione domiciliare, di permessi premio e di semilibertà, di sospensione della esecuzione di pena detentiva e di affidamento in prova), vedono mutate, e peggiorate, le condizioni applicative per colui il quale abbia commesso un nuovo delitto non colposo e, in modo particolare, per il recidivo reiterato (art. 99, comma 4, c.p.), che è il bersaglio privilegiato dell'inasprimento sanzionatorio realizzato con la riforma del 2005 [20].

---

[17] Muscatiello, *La recidiva*, Torino, 2008, 101.

[18] Muscatiello, *La recidiva*, cit., 94. Sulla problematica della specialità e del *bis in idem* del precedente penale come causa di aumento di pena e come coefficiente della concreta graduazione di quest'ultima, v. Gianniti, *Controversie in tema di recidiva*, in *La scuola positiva*, 1963, 275.

[19] Sul punto, v. Fiandaca-Musco, *Diritto penale,* cit., 413.

[20] Sulle numerose ricadute applicative della nuova disciplina della recidiva su altri istituti del sistema penale, v., per tutti, Marinucci-Dolcini, *Manuale*, cit., 507. In particolare in dottrina è stata oggetto di critica la scelta legislativa, giudicata priva di qualsiasi fondamento razionale, di utilizzare la recidiva (con la sola esclusione di quella semplice) per allungare i tempi della prescrizione, dal momento che ciò

Un trattamento improntato a un tale rigore, soprattutto nei confronti del recidivo reiterato, suscita molte perplessità, se si considera che, nella prassi, la maggior parte dei recidivi è costituita non da autori di reati gravissimi, ma da tossicodipendenti, autori di spaccio e/o di piccoli reati contro il patrimonio [21].

A ciò si aggiunga che la riforma del 2005, determinando in misura fissa l'aumento di pena in relazione a molte delle ipotesi di cui all'art. 99 c.p., sembra aver fatto riacquisire all'aspetto specialpreventivo un ruolo di preminenza: se infatti l'aumento di pena per la recidiva viene stabilito in misura rigida, esso non può essere ascritto al giudizio di colpevolezza, che «implica per sua stessa natura un riferimento personale, svolto in concreto e non in forza di vincoli normativamente precostituiti» [22].

Invero, uno dei pochi dati non suscettibili di essere smentiti in tema di recidiva è quello relativo all'assenza, nella formulazione dell'art. 99 c.p., di

---

determina una discriminazione non giustificata tra delinquenti primari e delinquenti recidivi. Per questi ultimi infatti, di regola, la maturazione dei termini prescrizionali richiederà molto più tempo. Cfr., a tale proposito, Dolcini, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 538: «si può discutere della ragionevolezza di una disciplina che fa incidere la recidiva (*rectius*, alcune forme di recidiva) sui termini di prescrizione del reato. Alla base dell'effetto estintivo della punibilità attribuito al decorso del tempo sta notoriamente il venir meno di esigenze di prevenzione generale: ora, è almeno dubbio che il persistere o meno della domanda sociale di punizione possa essere influenzato dallo *status* dell'agente». Per analoghi rilievi critici cfr. Fiandaca-Musco, *Diritto penale*, cit., 782 s. Sui rapporti tra recidiva riformata e regime prescrizionale, v. inoltre Muscatiello, *La recidiva*, cit., 143 s.

[21] Cfr. Marinucci-Dolcini, *Manuale*, cit., 507. V. anche Corbetta, *Il nuovo volto della recidiva*: *"tre colpi e sei fuori"?*, in Aa.Vv., *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")*, a cura di Scalfati, Padova, 2006, 55: «La logica sottostante alla scelta del legislatore di inasprire fortemente la risposta repressiva nei confronti del recidivo reiterato, che scatta con la terza condanna per un delitto non colposo, è assimilabile a quella che fu alla base delle leggi "*three strikes and you're out*", adottate, sotto la spinta di un esasperato allarme sociale – un vero e proprio "panico morale" – da trentasei Stati americani tra il 1994 e il 1996: in caso di terza condanna, al reo si spalancano le porte del carcere a vita o per un periodo molto lungo, con esclusione del "rilascio sulla parola"».

[22] In questo senso, v. Padovani, *Diritto penale*, Milano, 2008, 267, il quale, partendo dal presupposto che la legge del 2005 ha anche ripristinato il regime di tendenziale obbligatorietà della recidiva vigente prima della riforma del 1974, osserva che «Il doppio vincolo – obbligatorietà-fissità – introduce una vera e propria presunzione legale di pericolosità a carico del recidivo soggetto a tale regime», giungendo alla conclusione che, in questa logica, «L'aumento di pena finisce col rappresentare una sorta di misura di sicurezza surrettizia, proporzionale, nella sua durata, alla pena inflitta». L'Autore rileva infine che una siffatta disciplina stride con lo smantellamento delle presunzioni assolute di pericolosità – reggenti un tempo l'intero apparato delle misure di sicurezza – realizzato dalle pronunce di annullamento della Consulta

elementi che possano illuminare l'interprete in maniera univoca sul fondamento della recidiva. Il testo della norma infatti, come si è già detto, non indica i parametri su cui fondare l'esercizio del potere discrezionale.

L'ermeneuta pertanto, nell'opera di individuazione dei fattori legittimanti l'inasprimento sanzionatorio, ulteriori rispetto al presupposto formale della precedente condanna, si trova a dover fare i conti tanto con la reticenza dell'istituto stesso «nella indicazione delle linee guida per la comprensione della figura e per l'esercizio, diverso quanto a forma ed entità, del potere discrezionale ad esso sottostante» [23], quanto con l'«equilibrio instabile» in cui tradizionalmente si colloca la recidiva [24], perennemente oscillante fra una prospettiva di prevenzione speciale e una prospettiva di retribuzione [25].

---

che negli anni Settanta ed Ottanta dichiararono alcune di esse costituzionalmente illegittime in quanto confliggenti con il principio costituzionale di eguaglianza, e dalla legge Gozzini (n. 663 del 1986) che con l'art. 311 provvide all'abolizione di ogni forma di presunzione legale di pericolosità.

[23] Muscatiello, *La recidiva*, cit., 94.

[24] Dolcini, *Potere discrezionale del giudice*, cit, 763.

[25] Il silenzio sulla *ratio* della recidiva, che caratterizza la disciplina italiana, non contraddistingue invece le legislazioni di altri paesi europei. Ben diversa da quella dell'ordinamento italiano si presentava ad esempio la situazione dell'ordinamento tedesco nella vigenza del § 48 *StGB*, abrogato dalla legge di modifica del 13 aprile 1986. In tale disposto normativo l'inasprimento sanzionatorio riservato al reo era espressamente subordinato al fatto che si potesse rimproverare al soggetto di non aver osservato il monito derivante dalle precedenti condanne («und ist ihm im Hinblick auf Art und Umstände der Straftaten vorzuwerfen, daß er sich die früheren Verurteilungen nicht hat zur Warnung dienen lassen» («ed è a lui [cioè a colui che, dopo essere stato condannato almeno due volte per un crimine o un delitto ed avere espiato una pena detentiva non inferiore ai tre mesi, commette un nuovo illecito penale doloso] rimproverabile, in considerazione delle modalità e delle circostanze dei reati, il fatto di non aver preso come avvertimento le pregresse condanne»). In una logica di questo tipo la maggiore colpevolezza per il fatto, nell'interpretazione dottrinale della predetta norma, discendeva dalla più intensa energia criminale dimostrata dal reo nel disattendere lo stimolo inibitorio rappresentato da una precedente condanna (in tal senso Horstkotte, *Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über den Rückfall und die Maßregeln der Sicherung und Besserung*, in *Juristenzeitung*, 1970, 153; Zipf, *Die Strafzumessung*, Heidelberg-Karlsruhe, 1977, 97; Sturm, *Zur strafschärfung bei Rückfall (48 StGB)*, in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1979, 370). Da una norma di tale tenore la dottrina germanica traeva dunque un forte argomento a favore di una lettura della recidiva in chiave retrospettiva e retribuzionistica, quale elemento cioè alla base di un giudizio di maggiore colpevolezza (*Schulderhöhungsgrund*) (era questa la posizione prevalente in dottrina nel vigore del § 48 *StGB*: cfr. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Berlin, 1972, 661; Maurach, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Karlsruhe, 1971, § 64 II B, 856). Peraltro proprio a tale disposizione normativa la dottrina italiana ha fatto riferimento, in una prospettiva comparatistica, come esempio concreto di diritto positivo, a sostegno della tesi che, anche per la recidiva disciplinata nell'art. 99 c.p., individua nel ricordo della precedente condanna la

2. La pronuncia in commento, con cui si esclude l'applicazione della recidiva reiterata, si allinea alla dottrina assolutamente prevalente e all'unanime orientamento giurisprudenziale, che ritiene sottoposte ad un regime di discrezionalità giudiziale le ipotesi previste dai primi quattro commi dell'art. 99 c.p., e considera obbligatoria solo l'applicazione della nuova ipotesi eccezionale, prevista dal comma 5 [26].

---

ragione che giustifica il giudizio di maggiore colpevolezza per colui che ricade nel reato (cfr. LATAGLIATA, *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, 1958, 125, il quale però si riferiva non al § 48 *StGB*, che all'epoca non era ancora entrato in vigore, ma al § 63 del progetto di riforma della parte generale (E 1958), il cui contenuto normativo è tuttavia identico al § 48 *StGB*; DASSANO, *Recidiva*, cit., 96 e 181 s.; MAZZA, *Recidiva*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 139). Per una approfondita disamina delle vicende legislative concernenti la disciplina della recidiva nell'ordinamento tedesco, v. AMBROSETTI, *Recidiva*, cit., 194 ss., dal quale sono tratte le considerazioni comparatistiche sopra riferite.

[26] Ritengono che l'aumento di pena, anche dopo l'intervento novellistico ad opera della legge *ex* Cirielli, continui ad essere ancorato ad un regime di discrezionalità giudiziale per tutte le forme di recidiva (semplice, aggravata, pluriaggravata e reiterata), ad eccezione dell'ipotesi di cui al comma 5 dell'art. 99 c.p., MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 181; CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva*, cit., 75 ss. Nella manualistica v., per tale impostazione ermeneutica, MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., 505; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, 533; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 449, i quali, pur ritenendo che l'unica ipotesi di obbligatorietà della recidiva reintrodotta dalla riforma sia quella di cui al comma 5, sembrano ricostruirla come una ipotesi speciale della sola forma della recidiva reiterata; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 646). Ritiene invece che a seguito della riforma del 2005 coesistano due distinti regimi sanzionatori, il primo caratterizzato dalla discrezionalità dell'aumento, mantenuta per le ipotesi meno gravi di recidiva (recidiva semplice e monoaggravata), il secondo dall'obbligatorietà, ripristinata in quelle più gravi (recidiva pluriaggravata e reiterata), PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 266; ID., *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006, n. 1 (*dossier*), 32. Per un'analisi dettagliata degli argomenti a favore dell'una e dell'altra prospettiva interpretativa, entrambe validamente supportate da argomentazioni testuali e sistematiche, v. ROCCHI, *La discrezionalità della recidiva reiterata "comune": implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in *Cass. pen.*, 2007, 4117 ss. La Corte costituzionale (14 giugno 2007, n. 192, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 324 ss.) e la giurisprudenza della Suprema corte (cfr. da ultimo Cass., sez. IV, 11 aprile 2007, Serra, in *Cass. pen.*, 2007, 4084 ss.; Cass., sez. III, 25 settembre 2008, Pellegrino, in *CED Cass.*, n. 241779; Cass., sez. VI, 17 settembre 2008, Orlando, *ivi*, n. 241192; Cass., sez. IV, 13 febbraio 2008, n. 12367, M., in *DeJure.*) hanno fatto propria la tesi per la quale tutte le ipotesi di recidiva previste dall'art. 99 c.p., eccetto quella di cui al quinto comma, hanno carattere discrezionale: il giudice di regola può quindi valutare se procedere o meno all'aumento, ma, nelle ipotesi in cui la misura dell'incremento sanzionatorio è determinata in maniera fissa, egli, se ritiene di dichiarare la recidiva, deve disporre l'aumento nella quantità di pena prestabilita dalla legge. In altri termini il giudicante, in queste ipotesi, è vincolato solo nel *quantum* dell'incremento sanzionatorio, reso fisso, e non anche nell'*an* della recidiva (MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, cit., 181).

Il regime di facoltatività nell'aggravamento della pena sancito dall'art. 99 c.p. è ritenuto da un certo orientamento dottrinale confliggente con la pretesa natura circostanziale della recidiva [27]. Tale indirizzo, muovendo dal presupposto che carattere essenziale delle circostanze proprie è quello della tipicità nella struttura e dell'obbligatorietà nell'applicazione [28], giunge alla conclusione che la recidiva, per via del suo regime discrezionale, non può essere qualificata che come indice di commisurazione della pena, alla stessa stregua di quelli di cui all'art. 133 c.p.

In realtà il nostro ordinamento conosce anche ipotesi di circostanze rispetto alle quali la legge non descrive il dato o i dati circostanziali ai quali è collegato il significato (di valore o di disvalore) che importa la variazione di pena [29].

Rispetto a queste circostanze, dette indefinite (o innominate), la discrezionalità giudiziaria si esplica non soltanto – come avviene di regola – nella determinazione della misura concreta della variazione della pena-base stabilita per il reato, ma nella stessa individuazione del dato circostanziale rilevante nel caso concreto [30].

---

[27] Nemmeno dopo la riforma del 1974 – che, introducendo il giudizio di bilanciamento anche per le aggravanti ed attenuanti inerenti alla persona del colpevole, sembrava aver fornito un altro elemento a favore di un inquadramento dommatico in siffatti termini – la dottrina ha assunto una posizione univoca sul punto. Ad un indirizzo che riconduce la fattispecie prevista all'art. 99 c.p. alla nozione di circostanza in senso tecnico (Dassano, *Recidiva*, cit., 127; Molari, *Prescrizione del reato e della pena*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 686; Ramacci, *Corso di diritto penale*, Torino, 2005, 421; Marinucci-Dolcini, *Manuale*, cit., 502; Romano-Grasso, *Commentario*, cit., 92) continua a contrapporsi una diversa corrente di pensiero secondo cui la recidiva andrebbe collocata fra le c.d. circostanze improprie (Antolisei, *Manuale di diritto penale*, *Parte generale,* Milano, 2003, 439; Latagliata, *Contributo*, cit., 248; Mantovani, *Diritto penale*, cit., 648; esprimono perplessità Fiandaca-Musco, *Diritto penale*, cit., 449; C. Fiore-S. Fiore, *Diritto penale*, cit., 458). La giurisprudenza di legittimità di gran lunga dominante annovera invece la recidiva tra le circostanze aggravanti inerenti alla persona del colpevole (Cass., sez. V, 16 luglio 1997, Simone, in *CED Cass.*, n. 208325; Cass., sez. V, 5 marzo 1999, Albanese, in *CED Cass.*, n. 213111; Cass., sez. II, 17 dicembre 2004, Morrone, in *CED Cass.*, n. 231772 e in *Riv. pen.*, 2006, 878; Cass., sez. IV, 27 febbraio 2007, B.A., in *Dir. pen. proc.*, 2007, 748; *contra*, Cass., sez. II, 25 novembre 1983, Cortellini, in *CED Cass.*, n. 163615 e in *Cass. pen.*, 1985, 1385. Sulla natura di circostanza *sui generis* della recidiva, v. Cass., sez. un., 31 gennaio 1987, Paolini, in *Cass. pen.*, 1987, 1081, con nota di Botto, *Oscillazioni giurisprudenziali in tema di perseguibilità d'ufficio o a querela della truffa commessa dal recidivo: un punto fermo delle Sezioni unite?*, in *Foro it.*, 1987, II, 633, con nota di Melchionda, *Nuovi e vecchi problemi sulla natura circostanziale della recidiva*; e in *Giust. pen.*, 1988, II, 65, con nota di Dinacci, *Ancora incerto il fondamento della recidiva?*).

[28] È questa, ad esempio, la posizione, sia pure limitatamente alle circostanze aggravanti, di Santoro, *Circostanze del reato (diritto penale comune)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 268.

[29] Romano, *Commentario*, cit., 638.

[30] Romano, *Commentario*, cit., 639.

Proprio perché rimesse per la loro concreta determinazione al potere discrezionale del giudice, le circostanze indefinite sono perciò anche dette discrezionali [31].

Esempi di questo tipo di circostanze sono le aggravanti indefinite, che consistono in situazioni che la legge definisce in termini sempre generici come «casi di particolare gravità», «casi più gravi», per riconnettervi una variazione qualitativa o quantitativa della pena comminata per l'ipotesi normale [32].

La presenza nel sistema di circostanze così strutturate induce a ritenere che la tesi per cui la tipicità è requisito essenziale delle circostanze tecnicamente intese non ha alcun fondamento, né sotto il profilo logico-funzionale, né sotto quello costituzionale, né infine sotto quello dommatico-positivo [33]. Sotto quest'ultimo profilo è dato rinvenire infatti nel codice ipotesi sicuramente qualificabili come circostanze proprie, non tipizzate e caratterizzate da un regime di discrezionalità. Basti pensare, ad esempio, agli artt. 62 *bis,* 114, comma 1, 117 c.p. [34].

Per quanto concerne la recidiva, essa non costituisce un'aggravante indefinita: il requisito fondamentale della precedente condanna denota infatti che la fattispecie ha una sua tipicità strutturale. Il legislatore tuttavia si è curato di tipizzare solo in parte l'ipotesi dell'art. 99, delineando un unico elemento della complessa fattispecie – la formazione di un giudicato di condanna, per l'appunto –, mentre ha attribuito al giudice il potere di accertare la sussistenza degli altri requisiti costitutivi della recidiva.

In comune con le circostanze indefinite la recidiva ha quindi il regime discrezionale, in quanto l'individuazione del significato intrinseco che pertiene al fattore aggravante è rimessa, seppure solo per una parte, al giudice. Se allora questo regime non impedisce di attribuire la qualifica circostanziale alle circostanze indefinite, non si vede perché esso debba costituire un ostacolo a tale qualificazione in merito alla recidiva [35].

Il potere discrezionale che il giudice esercita nell'accertamento del secondo elemento della fattispecie di cui all'art. 99 c.p. – quello di natura sostanziale relativo alla maggiore colpevolezza e/o alla accentuata capacità a delinquere denotata dal delitto compiuto dopo la condanna – ha carattere giuridicamente vincolato. In particolare – si rileva in dottrina – i criteri alla stregua dei quali il potere deve essere esercitato si traggono non da un'indi-

---

[31] In argomento v. Bricola, *Le aggravanti indefinite (Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 1019 ss.; Latagliata, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli, 1967; de Vero, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983.

[32] La definizione è di Latagliata, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, cit., 119.

[33] In tal senso Bricola, *Le aggravanti indefinite*, cit., 1051.

[34] Bricola, *Le aggravanti indefinite*, cit., 1051.

[35] Ambrosetti, *Recidiva*, cit., 70.

cazione espressa dalla legge, ma dal fondamento stesso dell'istituto, che – come si è già detto – taluni Autori individuano tanto nella maggiore colpevolezza che connota il delitto commesso trascurando l'ammonimento derivante dalla precedente condanna, quanto nella maggiore capacità a delinquere dimostrata dall'agente con il compimento del medesimo delitto [36].

Invero la discrezionalità penale si distingue da quella amministrativa, che, fondandosi su valutazioni di opportunità e di convenienza pratica, è libera, per caratterizzarsi, invece, come vincolata [37]: «il giudice è limitato nella scelta dai confini predeterminati dal legislatore, dai criteri legali che devono guidarlo nell'uso del potere discrezionale, nonché dal dovere di motivazione, che consente un controllo sull'uso di tale potere» [38].

L'esercizio della discrezionalità postula una incompletezza del paradigma normativo che spetta al giudice integrare attenendosi ai predetti vincoli. Quando, ad esempio, rispetto a circostanze indefinite quali possono essere le attenuanti generiche di cui all'art. 62 *bis*, nella formulazione della norma viene utilizzata la locuzione «può», ciò implica che «il giudice *deve*, tenuto conto della *funzione* dell'istituto, rilevare *in concreto* il valore cui è attribuito effetto aggravante o attenuante» [39].

Il riconoscimento di un potere discrezionale dunque, lungi dal legittimare il giudice a decidere in maniera arbitraria, è l'oggetto di una situazione soggettiva doverosa determinata dal «rinvio del legislatore al caso concreto come unica fonte idonea ad esprimere quella significatività di valore che è più consona al raggiungimento delle finalità normative» [40].

Nell'esercizio di questo potere discrezionale viene a collocarsi la ricerca dei presupposti fondanti la fattispecie di cui all'art. 99 c.p. Il carattere do-

---

[36] Per questa impostazione, v. Marinucci-Dolcini, *Manuale*, cit., 502.

[37] Così Dolcini, *Potere discrezionale del giudice*, cit., 749.

[38] Mantovani, *Diritto penale*, cit., 782 s. Per un raffronto tra la nozione di discrezionalità propria del diritto penale e quella propria del diritto amministrativo, v. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 213 ss.

[39] Testualmente, Bricola, *Le aggravanti indefinite*, cit., 1022, nota 10. Cfr. anche Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 101: «La discrezionalità può […] definirsi come l'assenza (intenzionale) nella norma del dato significante, positivo o negativo, che condiziona un certo trattamento penale. L'indicazione del dato non deve essere ricavabile neppure *per relationem*: [questo aspetto vale a] differenziare la discrezionalità dai concetti elastici».

[40] Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 143. V. anche *ibidem*, 154 s.: «l'esercizio della discrezionalità penale forma oggetto di una situazione soggettiva doverosa. Tra questa situazione iniziale e quella finale, altrettanto doverosa, si delinea una fase intermedia traducentesi nella ricerca del significato di valore nel caso concreto. Questo momento, non avendo come punto di riferimento un paradigma normativo, può essere espresso dalla locuzione "può", che segnala l'operazione di "scelta" del valore concreto». Sulla doverosità dell'esercizio della discrezionalità, v. anche Mantovani, *Diritto penale*, cit., 783.

[41] In questo senso, Romano-Grasso, *Commentario*, cit., 92.

veroso della situazione soggettiva facente capo al giudice nell'esercizio del potere attribuitogli comporta che l'applicazione della recidiva abbia carattere (solo) discrezionale e non (anche) facoltativo, posto che, riscontrata la sussistenza dei presupposti di forma e di sostanza della recidiva, quest'ultima deve essere dichiarata [41]. Il principio di legalità infatti non ammette ipotesi di discrezionalità bifasica, di casi cioè nei quali al potere del giudice è rimesso, oltre all'individuazione dei dati e valori concreti non tipizzabili, anche l'ulteriore facoltà di escludere gli effetti sanzionatori dell'elemento circostanziale accertato [42].

Per quanto riguarda l'individuazione dei confini della discrezionalità concessa al giudice in relazione alla recidiva, la Suprema corte, dopo la riforma del 1974, si è impegnata in un'opera di ricerca dei requisiti che, in presenza di una precedente condanna irrevocabile, possano considerarsi idonei ad attribuire alla reiterazione del reato il disvalore proprio della fattispecie recidivale.

L'accertamento di tale disvalore per la giurisprudenza di legittimità deve articolarsi su una «valutazione retrospettiva, diretta a verificare fino a che punto la nuova infrazione della legge penale possa trovare un nesso essenziale con l'esito della precedente vicenda giudiziaria» e che si estende ad una analisi globale della vita e della condotta del reo successiva a tale precedente [43].

In particolare, in base ai criteri dell'art. 133 c.p., si deve verificare se e in quale misura il nuovo reato sia espressione dell'insensibilità all'obbligo di non violare la legge dimostrata dal reo dopo la condanna e dell'attitudine a commettere nuovi reati [44]. È indispensabile dunque, per la configurabilità della recidiva, poter riscontrare un collegamento psicologico tra la prima e la successiva condanna (c.d. nesso personologico) [45]: il nuovo reato può giustificare un aumento di pena solo in quanto possa essere assunto come indice di un consapevole rifiuto della controspinta al delitto rappresentato dalla precedente condanna [46].

---

[42] V. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 128 ss.; Id., *Le aggravanti indefinite*, cit., 1019 ss.; Mantovani, *Diritto penale*, cit., 646.

[43] Melchionda, *Recidiva e regime di procedibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 86.

[44] V. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 646.

[45] V. Cass., sez. I, 11 maggio 1984, Greco, in *Riv. pen.,* 1985, 614; Cass., sez. V, 21 agosto 1975, Di Giorgio, *ivi*, 1976, 648 e in *Cass. pen.*, 1976, 1082; Cass., sez. V, 22 novembre 1974, Caccavaro, *ivi*, 1975, 939 e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 303**.** In dottrina cfr. Fiandaca-Musco, *Diritto penale,*cit., 449; Mantovani, *Diritto penale*, cit., 646.

[46] Ciò comporta che, ai fini dell'inasprimento sanzionatorio connesso alla recidiva, è necessaria la conoscenza o conoscibilità della precedente condanna da parte dell'agente (v., ad esempio, C. Fiore-S. Fiore, *Diritto penale*, cit., 430). Altra parte della dottrina, considerando che il nuovo delitto deve denotare nel caso concreto insensibilità all'ammonimento derivante dalla precedente condanna, ritiene

L'inasprimento sanzionatorio previsto dall'art. 99 c.p. è infatti espressione di una valutazione normativa sfavorevole della condotta del reo che ricade nel delitto dopo che si sia formato a suo carico un giudicato di condanna. Il senso della recidiva si coglie nella circostanza che il reo ha compiuto «una nuova, piena, puntuale disobbedienza all'ordinamento» dopo essere stato condannato per un'altra disobbedienza [47]: questi ha continuato a percorrere la strada dell'illecito nonostante il monito derivante dal precedente giudicato di condanna.

---

non sufficiente la conoscibilità e necessaria invece la conoscenza della precedente condanna, in deroga alla disciplina generale dell'imputazione delle circostanze aggravanti di cui all'art. 59, comma 2, c.p. (Marinucci-Dolcini, *Manuale*, cit., 501). Per Ambrosetti, *Recidiva*, cit., 71, il parametro normativo di cui all'art. 99 c.p., lasciato incompleto dal legislatore, deve essere integrato sulla base del disposto dall'art. 59, comma 2, c.p., che costituisce il criterio destinato a guidare il giudice nell'applicazione dell'aggravamento di pena. Solo in apparenza quindi il regime discrezionale della recidiva derogherebbe alla generale disciplina delle circostanze. L'applicazione del criterio di imputazione soggettivo, sancito in via generale dall'art. 59, comma 2, c.p. per tutte le circostanze, comporta infatti che il potere di aggravare la pena *ex* art. 99 c.p. debba considerarsi condizionato dall'accertamento del requisito della conoscenza o conoscibilità, da parte del reo, del monito derivante dalla precedente condanna, facendo sì che il parametro di imputazione soggettiva, con riferimento all'istituto *de qua*, si specifichi quindi nei seguenti termini: «l'aggravamento di pena per il recidivo è subordinato alla condizione che il reo abbia commesso il nuovo reato "possedendo o potendo conservare memoria della precedente condanna"» (*ibidem*, 72). L'applicabilità alla recidiva del modello di ascrivibilità delle aggravanti del reato previsto dall'art. 59, comma 2 si pone per l'Autore in linea con il fondamento retributivo della fattispecie di cui all'art. 99, riconducendo quest'ultima nella sfera relativa alla colpevolezza per il fatto. Dall'accoglimento del criterio di imputazione personale per la circostanza aggravante dettata dall'art. 99 c.p. il medesimo Autore fa derivare inoltre la necessità di limitare l'applicazione dell'aggravamento sanzionatorio, anche nell'ambito della recidiva generica, ai soli casi in cui fra l'illecito, per il quale il reo ha subito una condanna, e quello *sub iudice* vi sia un rapporto di somiglianza (*ibidem*, 72), giungendo, da questo punto di vista, ad una valutazione in termini positivi dell'utilizzo di un siffatto criterio, considerandolo «un legittimo tentativo di reagire ad una disciplina che [per come è strutturata] lascia spazio alla tendenza giurisprudenziale di ricorrere ad automatismi legalistici» (*ibidem*, 147 s.). Peraltro il nuovo regime delineato dalla riforma del 2005 determina, insieme ad altre anomalie sistematiche, una aporia dommatica con riferimento al criterio di imputazione personale della recidiva. La natura vincolante della speciale ipotesi di cui al comma 5 dell'art. 99 comporta che, sussistendo i presupposti applicativi, il giudice deve applicare la circostanza aumentando la pena. Ciò però confligge con la natura soggettiva della figura accessoria, in quanto la disciplina generale dell'imputazione delle aggravanti, che postula per la recidiva la necessaria conoscenza della condanna, viene assorbita dalla valutazione presuntiva imposta dalla natura obbligatoria della circostanza, che non consente valutazioni discrezionali (Muscatiello, *La recidiva*, cit., 131 s.; per un'analisi delle anomalie sistematiche create in materia di recidiva dalla riforma del 2005, v. *ibidem*, 127 ss.). Del resto il

Per questo la reiterazione della violazione assume il valore di una rinnovata autonoma ribellione ai valori espressi dalla legge penale [48]. Il giudizio – tipicamente normativo – di maggiore colpevolezza viene formulato dall'ordinamento in considerazione della mancata adesione della volontà del reo al richiamo all'ordine espresso dal giudicato di condanna. La ribellione alla volontà della legge realizzatasi con la ricaduta nel delitto appare molto intensa proprio perché tale volontà, espressa in una decisione definitiva, è stata «colpevolmente dimenticata, trascurata, obliterata, non avvertita nel significato di caratteristica esperienza di vita appartenente alla personalità dell'individuo» [49].

Il rimprovero di maggiore colpevolezza che, influendo sulla gravità del reato commesso, può determinare il conseguente aumento di pena non viene tuttavia mosso automaticamente a chi è ricaduto nel delitto. Il giudice infatti

---

rapporto fra le diverse figure di recidiva obbligatoria presenti nel sistema penale e la disciplina dell'art. 59, comma 2, c.p. si era già posto con riferimento al caso speciale di recidiva nel delitto di contrabbando doganale, di cui all'art. 296 d.p.r. 23 gennaio 1973, n. 43. Una possibile giustificazione al carattere obbligatorio della recidiva nei reati di contrabbando è stata proposta da Mazza, *Recidiva*, cit., 89, secondo cui in questo settore del diritto penale «la qualità di recidivo rappresenta una condizione personale insuscettibile di essere posta a fondamento di valutazioni discrezionali del magistrato, in considerazione anche delle caratteristiche socio-ambientali ove tali delitti maturano».

[47] Coppi, *Reato continuato e cosa giudicata*, cit., 378.

[48] Da questo punto di vista la scelta del legislatore del 2005 di escludere ai fini della dichiarazione di recidiva la rilevanza dei reati colposi e delle contravvenzioni, compiuta per operare un parziale riequilibrio agli inasprimenti di disciplina introdotti dalla riforma, suscita molte perplessità in ordine alla sua ragionevolezza. Una maggiore colpevolezza ricollegata ad una rinnovata ribellione alla volontà della legge è infatti riscontrabile anche nella reiterata violazione di una regola cautelare e nella violazione sistematica di norme contravvenzionali. Non si comprende quindi la ragione per la quale la reiterazione dell'illecito non possa giustificare un aumento di pena, ad esempio, per le ipotesi di omicidi colposi cagionati da sinistri stradali o che avvengono nell'esercizio dell'attività medica o nello svolgimento dell'attività lavorativa, oppure per le numerose ipotesi contravvenzionali poste a tutela di beni molto rilevanti, quali la sicurezza sul lavoro, l'ambiente, la trasparenza delle società commerciali e del mercato finanziario, la salute collettiva. Per tali considerazioni, v. Corbetta, *Il nuovo volto della recidiva*, cit., 65.

[49] Muscatiello, *La recidiva*, cit., 93. V. anche Latagliata, *Contributo*, cit., 84 ss., per il quale la precedente sentenza di condanna acquista rilievo perché il soggetto, nonostante l'esperienza del processo, nonostante il monito a non violare più la legge solennemente espressogli in quelle forme, nonostante la finalità rieducativa connessa all'esecuzione della pena, ha violato nuovamente la legge, dimostrando disprezzo o, quanto meno, insensibilità etica verso l'ordinamento giuridico, il giudice della condanna, la comunità sociale. Del resto già Carrara, *Stato della dottrina sulla recidiva*, in *Opuscoli di diritto penale*, II, Prato, 1906, 143, affermava (corsivi suoi): «Ma colui che torna a delinquere dopo aver patito i lunghi giorni della pena già inflittagli, mostra il *disprezzo della legge*; più il *disprezzo del magistrato*; più il

dovrà verificare in concreto se la condanna e la fase successiva dell'esecuzione avrebbero dovuto offrire al reo stimoli ed opportunità a non delinquere, se il nuovo reato sia stato occasionato da altre motivazioni o contingenze, se effettivamente le opportunità di reinserimento sociale gli siano state offerte o se, al contrario, proprio l'esistenza della precedente condanna non si sia posta come un ostacolo alla normale convivenza. L'oggetto della discrezionalità giudiziale si incentra pertanto sulla considerazione del contesto degli elementi ulteriori rispetto alla condanna e sulla rilevazione dell'eventuale legame successivo fra la sentenza di condanna e il nuovo reato [(50)].

Peraltro, una volta addivenuto alla decisione, il giudice deve motivare l'uso del suo potere discrezionale, ossia le ragioni che l'hanno condotto a ritenere o meno l'esistenza della recidiva [(51)]. Non condivisibile appare pertanto quell'orientamento giurisprudenziale, consolidatosi già anteriormente alla riforma del 1974, per il quale il giudice deve motivare la sua scelta soltanto nel caso in cui escluda la recidiva e non anche quando la ritenga sussistente [(52)].

In linea con questi presupposti sembrano essere quelle pronunce che hanno ritenuto di escludere la recidiva nelle ipotesi in cui il nuovo reato abbia natura radicalmente diversa da quello già giudicato, o sia stato commesso dopo un lungo intervallo di tempo dalla condanna pregressa, ovvero la ricaduta nel reato sia stata determinata da motivi contingenti ed eccezionali [(53)],

---

disprezzo della pena. Costui deride tutto quanto vi ha di autorevole e di tremendo: costui mostra *effettiva* e *reale* la sua *insensibilità* al male della pena».

(50) PITTARO, *Recidiva*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, 366.

(51) In questo senso, in dottrina, ROMANO-GRASSO, *Commentario*, cit., 91; PITTARO, *Recidiva*, cit., 367.

(52) L'esclusione dell'obbligo di motivazione nelle ipotesi in cui il giudice ritenga sussistente la recidiva viene giustificato con la considerazione che la facoltatività della recidiva, prima disciplinata dall'art. 100, successivamente generalizzata dalla riforma del 1974, costituisce una deroga al principio generale dell'obbligatorietà dell'aumento di pena connesso alla fattispecie di cui all'art. 99 c.p. In questo senso Cass., sez. VI, 9 novembre 1984, Faracchio, in *Riv. pen.*, 1986, 119; Cass., sez. V, 11 gennaio 1979, Villoresi, *ivi*, 1979, 668; Cass., sez. II, 14 dicembre 1979, Chierotti, in *Cass. pen.*, 1981, 1259; Cass., sez II., 12 aprile 1983, Querzola, in *Riv. pen.*, 1984, 552; Cass., sez. II, 29 novembre 1988, Sciuto, cit. Allo stesso modo si esclude l'obbligo di motivazione nel caso in cui la recidiva, pur riconosciuta, non esplica alcuna efficacia sul trattamento sanzionatorio per effetto della ritenuta prevalenza delle circostanze attenuanti in sede di giudizio di bilanciamento *ex* art. 69 (Cass., sez. III, 29 novembre 1978, Vinciguerra, in *Cass. pen.*, 1980, 745; Cass., sez. I, 3 febbraio 1988, Fanti, in *Giust. pen.*, 1989, II, 308). Asserisce invece l'obbligo incondizionato per il giudice di motivare l'esercizio del suo potere discrezionale in merito all'aumento di pena per la recidiva Cass., sez. II, 9 marzo 1987, Leone, in *Riv. pen.*, 1988, 89.

(53) V. Cass., sez. V, 18 dicembre 1974, Milo, in *Cass. pen.*, 1976, 184; Cass., sez. V, 22 novembre 1974, Caccavaro, cit.; Cass., sez. V, 21 agosto 1975, Di Giorgio, cit.; Cass., sez. II, 28 giugno 1978, Barbarossa, in *Riv. pen.*, 1979, 206; Cass., sez. I, 16

posto che, in questi casi, essa non denota una maggiore colpevolezza e una accentuata capacità a delinquere del reo.

Anche una parte della dottrina, del resto, facendo leva sull'abrogato art. 100 c.p., nonché sul comma 2 dell'art. 99, ritiene che dalle affinità fra l'illecito ancora da giudicare e quello per il quale vi è già stata condanna, e dall'intervallo temporale tra la prima e la seconda esperienza processuale, l'interprete possa trarre le proprie conclusioni in ordine alla più intensa colpevolezza del recidivo [(54)]. Dal punto di vista dell'ampiezza del potere discrezionale attribuito al giudice nell'applicazione della fattispecie di cui all'art. 99 c.p., la sentenza in epigrafe si allinea alla tesi per la quale la riforma del 1974 ha reso discrezionale la stessa declaratoria della recidiva, con la conseguenza che se il giudice non ritiene di dover applicare l'aumento di pena derivante dalla recidiva, di essa non può tenersi conto neppure ai fini degli effetti penali ulteriori rispetto all'aumento di pena. Di questo principio l'organo giudicante fa applicazione in materia di prescrizione: dopo aver ritenuto di dover disapplicare la recidiva, non ne tiene conto neppure ai fini del computo della pena rilevante ai fini del termine di prescrizione[(55)]. La tesi opposta viene presa in considerazione solo in via ipotetica dal giudice per dimostrare che il suo accoglimento condurrebbe ugualmente alla pronuncia di non doversi procedere nei confronti dell'imputato, in quanto l'allungamento dei termini prescrizionali derivante dalla valutazione della recidiva non varrebbe comunque ad eliminare l'effetto di una prescrizione che, nella vicenda oggetto della pronuncia, è già maturata.

La tesi cui si aderisce nella sentenza, sostenuta dalla dottrina maggioritaria, è invece avversata dall'orientamento della Suprema corte assolutamente prevalente, per il quale la riforma del 1974 avrebbe circoscritto la facoltatività soltanto all'aumento di pena, senza estenderla anche agli altri effetti penali connessi alla recidiva. Secondo questa impostazione, il giudice, una volta accertata la ricorrenza dei presupposti per la sua contestazione, sarebbe vincolato all'applicazione della recidiva, mentre il potere discrezionale introdotto dalla novella del 1974 riguarderebbe esclusivamente la scelta di aumentare o meno la pena, fermo restando che ad ogni altro effetto

---

ottobre 1978, Irinici, in *Cass. pen.*, 1980, 744; Cass., sez. I, 31 gennaio 1979, Lorrai, in *Riv . pen.*, 1979, 1069; Cass., sez. VI, 5 settembre 1974, Mele, in *Cass. pen.*, 1976, 163; Cass., sez. VI, 16 luglio 2008, Ambesi, in *CED on line*, n. 240706 e in *Studium iuris*, 2009, 349.

(54) Cfr. LATAGLIATA, *Contributo,* cit., 185 ss., il quale individua nella «somiglianza tra i reati» e nel «breve tempo trascorso dalla condanna precedente» i criteri per l'esercizio dei poteri discrezionali del giudice in materia di recidiva, in quanto questi rivelerebbero una più sicura consapevolezza, da parte dell'agente, del significato della sua azione criminosa. Aderisce a questa tesi anche AMBROSETTI, *Recidiva,* cit., 268.

(55) Nel conformarsi a questo orientamento minoritario, il giudice richiama Cass., sez. II, 8 aprile 2009, Pancaglio, in *CED on line*, n. 244158. Nello stesso senso Cass., sez. II, 17 dicembre 2004, Morrone, cit.

penale la recidiva esplicherà i suoi effetti. Preferibile appare la tesi per la quale la discrezionalità riguardi la dichiarazione dello stesso *status* di recidivo. Come si è rilevato in dottrina, infatti, «se la facoltatività della recidiva significa necessità di un accertamento in concreto della "insensibilità" al diritto del reo, è lo stesso *status* di recidivo che non può essere dichiarato senza quell'accertamento, con la conseguenza che la c.d. facoltatività investe congiuntamente tutti gli effetti della recidiva» [56].

Si è sottolineato inoltre che, diversamente argomentando, si giungerebbe al paradosso che un dato di disvalore quale è la qualità di recidivo, escluso dal giudice ai fini dell'aggravamento sanzionatorio di cui all'art. 99 c.p., rivivrebbe ad altri effetti [57].

3. Il *decisum* in commento ben esemplifica l'*iter* argomentativo solitamente seguito dai giudici nell'individuazione dei presupposti rilevanti ai fini dell'aggravamento sanzionatorio derivante dalla recidiva.

Nella pronuncia si riconoscono gli estremi del delitto di calunnia nella condotta posta in essere da un collaboratore di giustizia che aveva rivolto accuse rivelatesi poi infondate nei confronti di un giudice. Si ritiene però che il nuovo reato, nel caso concreto, non potendo essere ricondotto al passato delinquenziale di "uomo d'onore", dell'imputato, non valga ad «esprimere una più accentuata colpevolezza o una maggiore pericolosità» dell'imputato e, di conseguenza, l'aumento di pena derivante dalla recidiva reiterata non viene applicato.

La discontinuità tra il nuovo illecito e i precedenti dell'imputato, che porta il giudice a ritenere «priva di significato» la ragione di aggravamento derivante dalla recidiva e a disapplicare quest'ultima, è asserita sulla base di un dato esterno tanto alla struttura dei reati oggetto delle precedenti condanne, quanto a quella del nuovo illecito: la fattiva collaborazione prestata dal prevenuto nei confronti delle autorità inquirenti dopo la sua uscita dai ranghi di "Cosa nostra", rivelatasi determinante ai fini dell'individuazione di molti affiliati all'organizzazione criminale.

Essa è presa in considerazione quale indice sicuro della «nuova personalità» assunta dall'imputato, che con essa ha dato prova di avere definitivamente reciso i legami con il mondo della criminalità organizzata e di essere pronto per un pieno reinserimento nella società civile.

La preziosa attività di collaborazione posta in essere per molti anni dall'autore delle dichiarazioni calunniose vale in definitiva per l'organo giudicante ad escludere la sussistenza del nesso personologico che secondo la giurisprudenza deve collegare la realizzazione del nuovo illecito ai precedenti dell'imputato [58], poiché essa non consente di assumere la ricaduta delittuosa quale sintomo di una elevata insensibilità dell'agente ai

---

[56] Palazzo, *Corso*, cit., 534.

[57] Pedrazzi, *La nuova facoltatività della recidiva,* cit., 302 ss.

[58] Per l'orientamento dottrinale secondo il quale il fondamento della recidiva è

precetti della legge penale o di una sua spiccata attitudine a delinquere.

La conclusione è che il nuovo illecito è meno intensamente colpevole e non rivela una particolare pericolosità del reo. Esso infatti, avendo tratto origine da una situazione contingente, è l'espressione di una ricaduta occasionale nel reato (l'episodio calunnioso viene definito «un caso del tutto peculiare di accusa risultata non veridica»), scaturita da una situazione psicologica particolare dell'agente che il giudice non manca di spiegare richiamando l'«esigenza [dell'imputato] di continuare ad apparire personaggio meritevole di considerazione», «la [sua] volontà di parlare di qualcosa di cui non si era mai parlato», nonché «il sottile logoramento correlato ad anni di collaborazione, inducente un abbassamento dei freni inibitori».

È evidente come, nel percorso argomentativo seguito nella pronuncia in epigrafe, la valutazione della colpevolezza del singolo fatto non sia disgiunta da quella relativa alla personalità del suo autore, nell'ottica propria della definizione sostanziale dell'istituto impostasi a seguito dalla riforma del 1974.

Conformemente a questa definizione, ci si spinge quindi ben oltre la semplice rilevazione della sussistenza del presupposto formale della recidiva, ossia dell'esistenza di una precedente sentenza di condanna definitiva, per indagare se, nella trama del caso concreto, sia possibile rinvenire ulteriori elementi che possano suggerire qualcosa sulla personalità del reo e giustificare, eventualmente, l'aumento di pena.

Nell'optare per la disapplicazione della recidiva, viene richiamato tanto il parametro retributivo quanto quello specialpreventivo, cioè entrambi i criteri ai quali la giurisprudenza, dopo la riforma del 1974, in mancanza di direttive legislative sul punto, ha cercato di ancorare la scelta discrezionale del giudice. E così in un passaggio della motivazione si ha cura di precisare che «la valutazione sulla applicazione della recidiva facoltativa, proprio come suggerito dalla Corte Costituzionale [con la sentenza n. 90 del 2008], non può che correlarsi al fatto che il nuovo episodio delittuoso appaia concretamente significativo, in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti, sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo».

Il fondamento sincretico riceve poi conferma in altri passaggi della motivazione col richiamo ad entrambi i profili, sebbene distintamente analizzati («di certo non può dirsi che in questo caso la recidiva valga ad esprimere una più accentuata colpevolezza o una maggiore pericolosità»; «Per quanto il fatto si connoti per la sua gravità in rapporto alle conseguenze lesive sofferte dalla persona offesa, tuttavia deve escludersi che esso lumeggi di per sé una personalità proclive al delitto in rapporto ad una consolidata attitudine, quale quella manifestata in passato»).

L'argomentazione sembra muoversi quindi lungo il solco tracciato dalla

---

retributivo, si rinvia agli Autori citati alla nota 13. Per la giurisprudenza in tema di nesso personologico, si rinvia alle sentenze indicate alla nota 45.

prevalente dottrina e giurisprudenza, che, inquadrando dommaticamente la recidiva nella teoria della colpevolezza, ritengono che il giudice debba valutare in concreto se il nuovo reato rappresenti «la manifestazione di una medesima indifferenza verso le regole del vivere civile, p.e. perché commesso dopo che all'autore, successivamente alla condanna, erano state offerte tangibili opportunità di reinserimento nel tessuto sociale senza che egli abbia voluto o saputo approfittarne; oppure se una maggiore gravità sotto tale profilo sia invece da scartare, p.e. in quanto il nuovo reato sia stato occasionato da circostanze del tutto diverse e contingenti, o – ancorché collegato all'altro da analoghe motivazioni o analoghi impulsi – possa tuttavia trovare spiegazione già sulla base delle difficoltà incontrate (anche) per via dello stesso precedente giudiziario» [59].

4. Ma ciò che connota in modo particolarmente forte la parte motiva del *decisum* in commento è il ruolo determinante che in essa assume l'aspetto relativo al grado di omogeneità esistente tra i reati commessi dal prevenuto prima di iniziare a collaborare con le autorità inquirenti, quando egli agiva da "uomo d'onore", e il nuovo delitto realizzato dopo che il medesimo ha assunto la veste di collaboratore di giustizia.

Invero l'*iter* argomentativo percorso dall'organo giudicante nella motivazione non si discosta da quello di molte altre sentenze in cui il concetto di disomogeneità dei reati viene utilizzato, in funzione della disapplicazione della recidiva, per compendiare in una comoda formula tutte quelle ipotesi in cui l'illecito compiuto dopo la condanna, non avendo con quest'ultima un legame significativo, non suggerisce alcuna valutazione sfavorevole sulla personalità del reo tale da giustificare l'inasprimento del trattamento sanzionatorio.

Ciò avviene per l'appunto anche nella decisione oggetto di questa nota: il giudice ricorre al concetto di «ontologica disomogeneità» per significare che non è dato riscontrare, nella vicenda sottoposta alla sua attenzione, indici di collegamento personale col passato delinquenziale del prevenuto che connettano la colpevolezza di oggi – maggiore – alla (minore) colpevolezza di ieri. In altre parole il nuovo illecito commesso dall'imputato, essendo nato da circostanze contingenti e diverse da quelle che hanno dato origine alle precedenti violazioni commesse dal reo, non è connotato da una maggiore gravità, in quanto non rappresenta la manifestazione della «indifferenza verso le regole del vivere comune» [60] palesata invece dagli illeciti già giudicati. L'assenza di un qualsiasi legame tra il reato ancora da giudicare e le condanne di cui l'imputato è gravato impedisce così al giudice di apprezzare la nuova infrazione dal punto di vista di una più intensa colpevolezza dell'agente.

---

[59] Romano-Grasso, *Commentario*, cit., 91. Per la giurisprudenza conforme, si rinvia alle sentenze indicate alla nota 53.

[60] L'espressione è mutuata da Romano-Grasso, *Commentario*, cit., 91.

Piuttosto, la decisione appare sintomatica di una tendenza riscontrabile ormai da molti anni in giurisprudenza.

Il ruolo di supplenza in materia di scelte politico-criminali che il legislatore, con le novelle dei decenni trascorsi, ha attribuito ai giudici, è esercitato dalla magistratura nel senso di una attenuazione, anzi di una neutralizzazione del rigore sanzionatorio della disciplina di cui all'art. 99, ottenuta attraverso una generalizzata disapplicazione della recidiva [(61)].

Significativamente, l'intenzione perseguita dal legislatore con la riforma del 2005, chiaramente desumibile dall'esame dei lavori preparatori [(62)], è stata proprio quella di invertire la rotta rispetto al deperimento applicativo dell'istituto, attraverso una limitazione degli spazi di discrezionalità del giudice volta ad evitare eccessi di clemenzialismo forieri di una attenuazione della risposta punitiva [(63)]. In particolare la scelta di circoscrivere gli

---

(61) Alla diffusa disapplicazione giurisprudenziale della recidiva fa da contrappunto «l'imbarazzante fortuna applicativa del reato continuato» (Brunelli, *Reato continuato*, cit., 4927), il quale, «nato come "camera di compensazione" tra unità e pluralità di reati, si è trasformato sempre di più in docile strumento per attuare una politica legislativo-giudiziaria di mitigazione sanzionatoria in concreto del sistema penale italiano, secondo lo scellerato disegno che prevede l'abdicazione del legislatore dal compito di effettuare le scelte di politica criminale e di ricercare un accettabile grado di consenso sociale sulla punizione della delinquenza in favore dell'inevitabile arbitrio dei giudici» (*ibidem*, 4931). V. anche *ibidem*, 4927: «[…] il reato continuato, figura che in molte vigenti codificazioni neppure è conosciuta, nella esperienza italiana ha progressivamente visto ampliare il suo orizzonte applicativo, sino al punto che oggi si è instaurata nella prassi una sorta di "presunzione di continuazione" incombente sui casi di concorso materiale di reati, come se il giudice per eludere il "beneficio" dovesse di volta in volta dimostrare l'assenza del medesimo disegno criminoso, piuttosto che ritenerne la presenza per ammetterlo». V. inoltre Coppi, *Reato continuato*, cit., 229: «molte preoccupazioni per una dilatazione del "reato continuato" derivano dalla eccessiva facilità con la quale i giudici di merito affermano la sussistenza del medesimo disegno criminoso. Nella realtà il requisito in esame ricorre sicuramente meno di quanto non sembri e il suo riconoscimento, pressoché automatico, oltre che da una qualche pigrizia appare soprattutto dettato dalla constatazione della asprezza della entità della pena raggiungibile attraverso il cumulo materiale: l'esagerazione con cui ne viene affermata l'esistenza è così compensata con la sua esclusione, in taluni casi, altrettanto apodittica e ingiustificata. Il requisito, invece, deve essere rigorosamente accertato e non può essere confuso l'obbligo del giudice di rilevare la continuazione con la incontrollata faciloneria con la quale oggi se ne afferma l'esistenza in pressoché tutti i casi di concorso di reati».

(62) Si veda a tale proposito l'intervento svolto dal sen. L. Bobbio presso la Commissione giustizia del Senato nella tornata del 3 marzo 2005, che è riportato nei suoi passaggi salienti in Corbetta, *Il nuovo volto della recidiva*, cit., 57 s.

(63) Fiandaca-Musco, *Diritto penale,* cit., 445. Sull'effetto limitativo che la legge del 2005 ha avuto sulla discrezionalità del giudice nell'applicazione della recidiva, v. Pistorelli, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Guida dir.*, 2006, n. 1 (*dossier*), 61 ss.

spazi per la discrezionalità del giudice si è manifestata da un lato nella definizione della misura degli aumenti di pena per il recidivo e, dall'altro, nella previsione di una disciplina *ad hoc* che, come si è detto, attribuisce alla recidiva il carattere dell'obbligatorietà quando si tratti di uno dei delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett. *a*), c.p.p. Fatti salvi dunque i casi di recidiva semplice e di recidiva monoaggravata, sempre che non vi sia alla base uno dei delitti di cui al predetto art. 407 c.p.p., il vincolo è nel senso della necessaria quantificazione degli aumenti. Il vincolo si esprime poi su «una serie di piani normativi ulteriori strutturati con rigido automatismo applicativo» [(64)], dando vita, come si è rilevato in letteratura, ad una sorta di «discrezionalità guidata in negativo» [(65)]: il perimetro discrezionale del potere commisurativo un tempo concesso al giudice infatti si restringe rispetto a istituti quali le attenuanti generiche, il bilanciamento, il cumulo giuridico, in cui la presunzione legislativa neutralizza l'accertamento giudiziale e le parole della legge tornano ad essere più forti dei pensieri dei giudici [(66)]. L'esigenza di esercitare con rigore il potere punitivo nei confronti del recidivo impone dunque il sacrificio della discrezionalità giudiziale, nella logica secondo la quale la recidiva, diversamente dalle attenuanti generiche, dalla sospensione, dalla comparazione di circostanze, dalle cause estintive, dal cumulo giuridico da un giorno al triplo e da molti altri istituti, «deve tornare ad essere emblema, sintesi dommatica, di una severità sanzionatoria secondo tradizione» [(67)].

La considerazione delle pronunce intervenute dopo l'entrata in vigore della legge non consente tuttavia di asserire che la riforma abbia contribuito ad attenuare la diffusa propensione giurisprudenziale alla disapplicazione dell'istituto.

Infatti l'accertamento del nesso personologico proprio della recidiva è tuttora condotto dai giudici in funzione del ridimensionamento di una disciplina che, identificando nei delinquenti recidivi « pericolosi "nemici" dell'ordine costituito da isolare e neutralizzare con lunghe detenzioni in carcere», appare espressione di un «diritto penale diffidente e collerico» [(68)]. La scarsa

---

[(64)] Muscatiello, *La recidiva*, cit., 117.

[(65)] Così Scalfati, *Cade il bilanciamento delle "circostanze"*, in *Guida dir.*, 2006, n. 1 (*dossier*), 39, il quale si riferisce al regime delle attenuanti generiche, la cui applicazione, quando si tratti di recidivi reiterati e si proceda per uno dei delitti indicati dall'art. 407, comma 2, lett. *c*), c.p.p. (se questi sono puniti con la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni), non può fondarsi sui criteri attinenti alla personalità dell'imputato (art. 62 *bis*, comma 2, c.p., che impedisce di tener conto dei criteri di cui al comma 1 n. 3) e comma 2 dell'art. 133 c.p.). Di presunzione negativa parla anche Amato, *Il recidivo va a caccia di "generiche"*, in *Guida dir.*, 2006, n. 1 (*dossier*), 56.

[(66)] Muscatiello, *La recidiva*, cit., 118.

[(67)] Muscatiello, *La recidiva*, cit., 119.

[(68)] Muscatiello, *La recidiva*, cit., 109. Sull'ideologia da diritto penale del "nemico" implicita nelle scelte rigoristiche della legge n. 251 del 2005, v. Padovani, *Una*

fortuna applicativa dell'istituto appare così riconducibile plausibilmente alla volontà di attenuare un rigore sanzionatorio il più delle volte percepito come fattore foriero di una sproporzione tra pena e fatto concreto [(69)].

I giudici incentrano la loro valutazione in via prevalente o esclusiva su due aspetti: la somiglianza tra gli illeciti penali e il dato cronologico. Di regola quindi le conclusioni in ordine alla più intensa colpevolezza e/o alla accentuata capacità delinquere del recidivo sono tratte dalle affinità fra l'illecito *sub iudice* e quello per il quale vi è già stata condanna – secondo uno schema argomentativo analogo a quello della decisione in commento – nonché dall'intervallo temporale fra la prima e la seconda esperienza processuale.

La valutazione giudiziale, compiuta in questi termini, è il segno di una decisa presa di distanza della giurisprudenza dal modello di recidiva risultante dalla disciplina positiva delineata dal codice.

La fattispecie di cui all'art. 99 infatti, anche dopo la riforma del 2005, continua ad essere generica e perpetua, a legare cioè episodi delittuosi diversissimi tra loro senza alcun limite temporale.

---

novella piena di contraddizioni, cit., 32, il quale, riferendosi al nuovo regime della recidiva introdotto dalla riforma del 2005, rileva che esso «si esprime attraverso una coltre repressiva variegata nelle manifestazioni, aspra nei contenuti, inflessibile negli effetti» che, in assoluta controtendenza con la riforma del 1974, recupera l'impostazione originaria del codice penale, in termini persino peggiorativi rispetto al rigore autoritario degli anni Trenta.

[(69)] Per Ambrosetti, *Recidiva*, cit., «il vero nodo problematico» (*ibidem*, 269) in materia di recidiva non è costituito tanto da limiti interni all'accertamento di tale fattore, posto che sarebbe comunque «possibile enucleare criteri-guida capaci di agevolare la decisione del giudice in merito alla rimproverabilità di un soggetto che ha trascurato l'avvertimento proveniente dalla precedente condanna» (*ibidem*, 268), quanto dalla «separazione di fondo che divide il diritto sostanziale dagli strumenti processuali», poiché la divergenza fra un diritto sostanziale orientato verso l'autore ed un diritto processuale incentrato sul fatto comporta che il giudice non possa disporre di strumenti processuali che lo mettano in condizione di valutare adeguatamente la personalità del reo (*ibidem*, 270). Infatti – rileva l'Autore – da un lato il divieto di perizia criminologica di cui all'art. 220, comma 2, c.p.p. si pone in contrasto con l'attuale tendenza del diritto penale a valorizzare, nella fase di commisurazione della pena, tanto considerazione di carattere special-preventivo, quanto valutazioni attinenti la colpevolezza per il fatto (*ibidem*, 272). Dall'altro il carattere articolato dell'accertamento difficilmente si concilia con la disciplina del rito penale, che tende a favorire il ricorso a procedimenti semplificati (*ibidem*, 275). In tema di problematicità dell'accertamento relativo alla recidiva, v. anche Dolcini, *La commisurazione della pena*, cit., 312, il quale sostiene che la tesi secondo cui la più intensa colpevolezza del recidivo nasce dalla mancata osservanza del monito della precedente condanna non è accettabile in quanto difficilmente trasferibile sul piano di una concreta applicazione giudiziale. Per l'Autore infatti, in sede di valutazione dei precedenti penali, non sarebbe consentito «formulare schemi medi di valutazione, applicabili con risultati soddisfacenti quanto meno alle ipotesi che

L'illecito commesso dopo la condanna può essere infatti di qualsiasi tipo, e una comune omogeneità sussiste solo dal punto di vista psicologico dei fatti non colposi, per via della (discutibile) scelta del legislatore del 2005 di escludere la rilevanza, ai fini della recidiva, oltre che delle contravvenzioni, anche dei delitti colposi.

La recidiva specifica – che in taluni ordinamenti è l'unica forma di recidiva prevista [(70)] – nell'ordinamento italiano è solo una delle forme aggravate in cui può manifestarsi la ricaduta nel delitto. In essa la medesima indole dei reati, «assunta come indice della più intensa relazione fra la prima esperienza giudiziaria ed il nuovo delitto», giustifica «il giudizio di maggior colpevolezza nei confronti di un soggetto il quale, pur avendo ricevuto il monito della sentenza, ricade in una attività criminosa con caratteristiche simili a quella per cui è già stato condannato» [(71)].

---

non si discostino da un presunto caso "normale"» (*ibidem*). Di conseguenza, non sarebbe possibile individuare criteri di massima tali da consentire al giudice di giungere senza sforzo eccessivo ad una decisione circa gli effetti che i precedenti penali producono sul grado di colpevolezza del reo. Nel sostenere questa tesi l'Autore si allinea a quell'orientamento, presente nella dottrina tedesca, che ha contestato, anche sotto questo profilo, la scelta compiuta dal legislatore con l'introduzione del § 48 *StGB* (cfr., fra gli altri, STRATENWERTH, *Tatschuld und Strafzumessung*, Tübingen, 1972, 15 ss.; LACKNER, *§ 13 StGB – eine Fehlleistung des Gesetzgebers?*, in *Festschrift für Wilhelm Gallas,* Berlin-New York, 1973, 130 ss.).

(70) Ad esempio secondo il modello accolto nel codice austriaco (§ 39 *StGB*) al giudice è conferito un potere discrezionale di aumentare la pena fino alla metà del massimo editale nei confronti del reo, già condannato due volte per reati espressione della medesima «inclinazione dannosa» – *gleiche schädliche Neigung* -, di cui abbia espiato almeno in parte la pena, il quale commetta un nuovo illecito riconducibile alla medesima «inclinazione dannosa». Sulla recidiva nel sistema penale austriaco, v. più diffusamente AMBROSETTI, *Recidiva*, cit., 220 s., ove si evidenziano anche le diversità rispetto alla recidiva disciplinata dall'abrogato § 48 *StGB* tedesco: «pur prevedendo il § 39 *StGB* [austriaco] una ipotesi particolare di aggravamento sanzionatorio che si giustifica in ragione della più intensa colpevolezza del recidivo, la formulazione del disposto present[a] rilevanti diversità rispetto a quella adottata nell'abrogato § 48 *StGB* tedesco. […] La principale differenza, rispetto alla soluzione adottata nel codice penale tedesco, consiste nel fatto che, *ex* § 39 *StGB*, il giudizio sulla più intensa colpevolezza del reo sembrerebbe aperto anche a valutazioni prognostiche di ordine special-preventivo. Invero, il riferimento operato dal § 39 *StGB* alla medesima 'inclinazione dannosa' parrebbe implicare che il presupposto dell'aggravamento sanzionatorio sancito da tale norma non sia tanto la colpevolezza quanto la pericolosità del recidivo».

(71) AMBROSETTI, *Recidiva*, cit., 124. V. anche MUSCATIELLO, *La recidiva*, cit., 107, per il quale la «stessa indole» costituisce una «formula aperta quanto alla forbice di aumento […] e soprattutto quanto alla capacità euristica di ospitare affinità tipologiche poste a fondamento di una deduzione evidentemente aggravata, quasi a conferma di quella attitudine delinquenziale per categorie affini o in qualche modo omogenee».

Per quanto riguarda l'aspetto temporale, il carattere perpetuo della recidiva comporta che essa possa riguardare in modo indifferenziato reati ravvicinati al pari di reati distanti nel tempo, «senza che il lungo intervallo abbia la possibilità di testimoniare una lontananza psicologica, una disomogeneità emotiva per episodi ipoteticamente legati a circostanze umane diversissime, a contesti sociali ed affettivi non omogenei, alle diversità caratteriali e personali di reità non relazionabili» [(72)].

Il breve tempo tra fatti ravvicinati giustifica invece l'ulteriore inasprimento della pena che il codice ricollega alla particolare ipotesi di recidiva aggravata c.d. infraquinquennale. La verificazione degli episodi in un arco di tempo limitato è assunta dal legislatore quale indice presuntivo di una maggiore predisposizione del reo al delitto, comprovata dall'ostinatezza alla commissione di fatti illeciti nonostante una condanna intervenuta a non più di cinque anni dal nuovo episodio delittuoso.

Legislatore e giudici si muovono dunque in direzioni opposte: nella disciplina codicistica la recidiva, collocandosi in una prospettiva di prevenzione speciale per via della sua genericità, perpetuità e facoltatività, è un sintomo di pericolosità: «il nuovo reato dimostra non solo la maggiore capacità delinquenziale del reo, ma anche l'inettitudine della precedente condanna a scoraggiare il ripetersi di episodi criminosi» [(73)]. La determinazione in misura fissa dell'aumento di pena in relazione a molte delle ipotesi di cui all'art. 99 c.p., come già si è detto, esclude poi che l'aumento possa inserirsi in una dimensione di retribuzione per il fatto commesso, posto che la logica propria della teoria della colpevolezza postula che il relativo giudizio venga svolto in concreto, non tollerando di essere sottoposto a vincoli normativamente precostituiti [(74)].

Nelle aule di tribunale, in una logica di attenuazione del rigore sanzionatorio della disciplina di cui all'art. 99, attribuendo il carattere della

---

[(72)] Muscatiello, *La recidiva*, cit., 106. Particolarmente serrata la critica di chi, muovendo dalla «genericità indiscriminata della recidiva, per cui qualsiasi reato può fondarla, qualsiasi reato può esprimerla», osserva come la genericità finisca «con l'ascrivere a "carriera" criminale qualunque reiterazione di reati a prescindere dalla loro natura, dalla loro connessione, e, quindi, dal loro valore "euristico" (in termini di maggior riprovevolezza o di maggior pericolosità); e tanto più problematica appare la genericità una volta che la si abbini alla perpetuità della recidiva, che impone di collegare fra loro episodi criminosi separati da lunghi intervalli temporali. Genericità e perpetuità costringono a guardare alla vita intera e a contarne – per così dire – le macchie» (Padovani, *Commento alla 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, di prescrizione (in G.U. 7 dicembre 2005, n. 285), Art. 4*, in *Leg. pen.*, 2006, 447.

[(73)] Padovani, *Diritto penale*, cit., 264.

[(74)] Padovani, *Diritto penale*, cit., 267.

specificità e della omogeneità, proprio solo di alcune forme aggravate, a tutte le ipotesi contemplate dalla predetta disposizione, si privilegia invece la dimensione retributiva dell'istituto, riconducendolo nell'alveo del principio della colpevolezza: solo infatti quando la recidiva è relativa a reati omogenei e commessi entro un certo periodo dal precedente si giustifica, nell'ottica del giudizio di colpevolezza in senso normativo, il rimprovero maggiore in relazione al nuovo reato, con cui si è dato prova di una particolare insensibilità nei confronti dei precetti penali [(75)].

Del resto, in linea con l'insegnamento delle scienze criminologiche, le quali sottolineano come sia di fondamentale importanza, nel giudizio relativo all'applicazione del fattore recidivale, prendere in considerazione non solo la semplice preesistenza di una condanna, ma anche (e soprattutto) «l'intervallo di tempo trascorso tra la prima e la successiva condanna, l'intervallo medio tra le condanne, la reiterazione di reati della stessa indole o di indole del tutto diversa, la gravità dei reati reiterati» [(76)], autorevole dottrina, in una prospettiva *de iure condendo*, sostiene la necessità di rendere obbligatoria l'applicazione della recidiva circoscrivendola però alla identità di indole dei reati e rendendola al tempo stesso temporanea. Solo in questi termini infatti sarebbe possibile in un sistema penale come quello italiano ancorato al principio di legalità e di fronte ad una magistratura fortemente divisa «sfuggire alla c.d. discrezionalità bifasica, che è *arbitrium judicis*, e fondare l'istituto su più solide basi ontologiche» [(77)].

Altri Autori ancora si chiedono se, anche in considerazione dell'esigenza di ridimensionare il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena, «non si riveli opportuno che una futura riforma legislativa, intervenendo sul sistema sanzionatorio, con la fissazione di nuovi minimi e massimi edittali dei singoli reati, proceda ad una radicale eliminazione della recidiva e delle sue conseguenze sulla pena da irrogare» [(78)].

Eliminata la recidiva, peraltro, la precedente condanna non perderebbe del tutto la sua influenza sulla commisurazione della pena: essa andrebbe

---

[(75)] Padovani, *Diritto penale*, cit., 264.

[(76)] Mantovani, *Diritto penale*, cit., 647.

[(77)] Mantovani, *Diritto penale*, cit., 647. Peraltro, come si è già detto alla nota 46, secondo Ambrosetti, *Recidiva,* cit., 147, la limitazione dell'applicazione dell'aggravamento sanzionatorio, anche nell'ambito della recidiva generica, ai soli casi in cui fra l'illecito, per il quale il reo ha subito una condanna, e quello *sub iudice* vi sia un rapporto di somiglianza discende, come conseguenza logicamente necessitata, dall'accoglimento, per la circostanza aggravante dettata dall'art. 99 c.p., del criterio di imputazione personale di cui all'art. 59, comma 2, c.p. Per l'Autore l'utilizzo di un siffatto criterio permette di ridimensionare la portata applicativa di una disciplina che, per come è positivamente strutturata, «lascia spazio alla tendenza giurisprudenziale di ricorrere ad automatismi legalistici» (*ibidem*).

[(78)] Romano-Grasso, *Commentario*, cit., 103. Per altre considerazioni in una prospettiva di riforma del codice, v. *ibidem*, 86.

comunque valutata, con effetto limitato all'ambito interno dei limiti edittali, come indice rilevante ai sensi dell'art. 133 c.p., il quale prevede che il giudice nell'esercizio del potere discrezionale di applicazione della pena debba tener conto, oltre che della gravità del reato, anche della capacità a delinquere del colpevole, desumendola da una serie di elementi, fra i quali figura quello relativo ai precedenti penali e giudiziari e, in generale, alla condotta e alla vita del reo antecedenti al reato (art. 133, comma 2, n. 2). La precedente condanna quindi sarebbe presa in considerazione negli stessi termini in cui è attualmente valutata nell'ordinamento tedesco, dopo che la legge di riforma del 1986 ha abrogato il § 48 *StGB* [79], con il quale veniva disciplinata la fattispecie omologa a quella che è stata al centro delle considerazioni svolte in questo commento.

SIMONE SERIO

[79] Sulle ragioni che hanno indotto il legislatore tedesco all'abrogazione della norma nel 1986, v. ROMANO-GRASSO, *Commentario*, cit., 86: «nella Rft con l'art. 1 23 *StÄndG* del 13 aprile 1986 [si è] abrogato il § 48 *StGB*, con l'implicita motivazione che la recidiva – la quale determinava là soltanto l'elevazione del limite minimo di pena – avrebbe comunque altri equivalenti funzionali». V. anche AMBROSETTI, *Recidiva*, cit., 207: «il principale motivo alla base dell'abrogazione del § 48 *StGB* va rinvenuto sotto il profilo dei discutibili risultati ottenuti dalla norma sul piano della prevenzione speciale. Infatti, da indagini criminologiche, relative alla concreta applicazione di tale disposto, era emerso come l'intento legislativo di una migliore risocializzazione per coloro che sono ricaduti nell'attività criminosa non fosse stato affatto raggiunto e che, specialmente con riferimento alle forme di recidivismo nell'ambito della c.d. microcriminalità, la scelta di aumentare il ricorso alla pena detentiva apparisse del tutto opinabile».

G.U.P. TRIBUNALE DI PERUGIA – (ord.) 2 novembre 2009 – *Est.* RICCIARELLI – T. s.r.l. e A.L. s.r.l.

Responsabilità amministrativa degli enti – Costituzione di parte civile nei confronti degli enti responsabili *ex* d. lgs. n. 231 del 2001 – Inammissibilità (c.p., art. 185; c.p.p., art. 74; d. lgs. n. 231 del 2001, art. 34).

Nel giudizio concernente la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi derivanti da reato ex *d. lgs. n. 231 del 2001 non è esperibile*

l'azione civile per le restituzioni e il risarcimento del danno ex *art. 185 c.p. in quanto l'illecito ascritto alla persona giuridica ha una consistenza ontologicamente autonoma e diversa dal reato dal quale pur dipende, il che pregiudica l'operatività delle norme in tema di costituzione di parte civile di cui agli artt. 74 e ss. del codice di procedura penale* (1).

Il Giudice, dott. Massimo Ricciarelli,
letto l'atto di costituzione di parte civile presentato nell'interesse di A. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, nei confronti di T. s.r.l. e di A.L. s.r.l., presenti nel giudizio per la responsabilità di cui al d.lgs. 231/2001;
atteso che tale normativa disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi derivanti da reato;
atteso che in tali termini è stato al fine trovato il punto di equilibrio per l'attuazione di normative di origine sopranazionale, che facevano riferimento alla responsabilità di enti e società, quale elemento di dissonanza rispetto al brocardo "societas delinquere non potest";
rilevato che l'azione civile nel processo penale è disciplinata dagli artt. 74 segg. c.p.p., essendo contemplata come azione per le restituzioni e per il risarcimento del danno *ex* art. 185 c.p. e dunque derivante da un reato che forma oggetto del processo penale;
considerato che l'art. 34 d.lgs. n. 231 del 2001 fa riferimento alle norme del capo III nonché, in quanto applicabili, alle norme dettate dal codice di procedura penale;
atteso che la responsabilità degli enti è in realtà riferita ad un illecito amministrativo dipendente da reato, rispetto al quale tuttavia non è dato configurare azione civile di danno esercitabile nel processo penale, in quanto, pur dipendente, esso ha una consistenza ontologicamente autonoma e diversa;
ritenuto che dunque non sono in concreto applicabili nel processo connesso a carico degli enti le norme in tema di costituzione di parte civile;
atteso che, pur mutuata da principi comuni a quella penale e a tal punto connessa da aver dato origine ad un procedimento strettamente connesso a quello penale, la responsabilità degli enti non è comunque definibile, *per tabulas*, come penale;
rilevato ancora che la invocata responsabilità riveniente dal canone di cui all'art. 2043 c.c. non è spendibile in questa sede, in quanto le norme utilizzabili all'uopo non si prestano a tale specie di commistione, visto che, come già osservato, l'azione civile in sede penale è delimitata da definiti e angusti confini;
considerato che, diversamente opinando, si dovrebbe ammettere un'azione civile *extra ordinem*, non specificamente contemplata ed in realtà

estranea alla sfera ordinaria di applicazione delle norme riferibili alla costituzione di parte civile;
ritenuto dunque che, pur non potendosi escludere l'astratta ammissibilità di un'azione da responsabilità aquiliana, la stessa tuttavia non può trovare accoglienza tra le mura solenni e rigorose che sorreggono il processo penale, con la conseguenza che A. s.p.a. va *in parte qua* estromessa dal giudizio (*omissis*).

(1) La costituzione di parte civile nel processo a carico degli enti.

1. Il provvedimento che si annota si colloca all'interno di una corposa disputa esegetica, ad oggi non definitivamente sopita, concernente l'esperibilità dell'azione civile di risarcimento del danno nell'ambito del processo intentato a carico delle persone giuridiche ai fini dell'accertamento della innovativa forma di responsabilità delineata dal d.lgs. n. 231 del 2001 [(1)]. A fronte di un impianto normativo che, nell'ambito delle disposizioni specificamente volte a regolamentare il processo a carico degli enti [(2)], per un verso rinvia alle prescrizioni contenute nel codice di rito penale "in quanto compatibili", per altro verso non contempla espressamente la proponibilità in tale sede di istanze risarcitorie legate alla paventata condotta illecita della persona giuridica, si pone il problema di stabilire se le scelte compiute dal legislatore delegato consentano comunque al soggetto asseritamente danneggiato di costituirsi ed agire nel giudizio volto ad appurare la responsabilità dell'ente in relazione al reato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio da un soggetto in posizione apicale o da un dipendente.

Si sono delineati sul punto due fronti interpretativi contrapposti [(3)], entrambi incentrati su di un diverso approccio al combinato disposto delle disposizioni di cui agli artt. 185 c.p. e 74 e ss. c.p.p. costituenti l'unico ed esclusivo referente normativo in materia. In particolare, la norma contenuta nel codice penale attribuisce alla persona danneggiata dal reato il diritto

---

(1) Sui profili generali della inedita "responsabilità amministrativa da reato" delle persone giuridiche cfr., tra i più recenti, Presutti-Bernasconi-Fiorio, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008; Arena-Cassano, *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2007; Amati, *La responsabilità da reato degli enti*, Torino, 2007; Aa. Vv., *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di Giarda-Spangher-Mancuso-Varraso, Milano, 2007.

(2) Cfr. Ceresa Gastaldo, *Processo penale e accertamento della responsabilità amministrativa degli enti: una innaturale ibridazione*, in *Cass. pen.*, 2009, 2232.

(3) Per una esauriente panoramica dei diversi arresti della giurisprudenza di merito intervenuta in materia v. Varanelli, *La questione dell'ammissibilità della pretesa risarcitoria nel processo penale nei confronti degli enti. Disamina aggiornata della giurisprudenza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 3, 159.

di ottenere le restituzioni ed il risarcimento di tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali che le siano derivati dall'avvenuta perpetrazione del crimine, mentre il codice di rito legittima la medesima a far valere la predetta prerogativa in via diretta nell'ambito del procedimento preordinato ad accertare la responsabilità in ordine ai fatti oggetto di imputazione. Ebbene, il d.lgs. n. 231 del 2001 prefigura un modello processuale ispirato al principio della contestualità tra azione penale intentata a carico della persona fisica cui viene addebitato il reato presupposto ed accertamento della responsabilità dell'ente collettivo che scaturisce dal compimento del predetto reato, il che prefigura almeno in astratto la possibilità che nella medesima sede chi si ritenga attinto dalle conseguenze patrimoniali e non patrimoniali dell'illecito ne invochi il ristoro.

2. L'esegesi contraria [4] ad ammettere la costituzione di parte civile nel processo a carico degli enti muove dalla considerazione della effettiva connotazione dell'illecito ascrivibile alla persona giuridica e della sua natura. In estrema sintesi, la responsabilità dell'ente scaturisce da una fattispecie complessa i cui elementi costitutivi sono rappresentati dalla commissione di uno dei reati presupposto esplicitamente evocati dal d.lgs. n. 231 del 2001 da parte di un soggetto in posizione apicale o di un dipendente, dalla finalizzazione della predetta condotta al perseguimento dell'interesse dell'ente ovvero dall'avvenuto conseguimento di un vantaggio nonché dalla mancata preventiva adozione ed efficace attuazione di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello concretamente posto in essere. Il reato commesso dalla persona fisica rappresenta, cioè, solo uno degli elementi costitutivi di un illecito che il legislatore esplicitamente qualifica come "amministrativo" [5], prefigurando al riguardo una tipologia di responsabilità che la stessa Relazione di accompagnamento al decreto inquadra all'interno di un *tertium genus* rispetto ai modelli della respon-

---

[4] In dottrina v. Pistorelli, *La problematica costituzione di parte civile nel procedimento a carico degli enti: note a margine di un dibattito forse inutile*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, 3, 95; Scalfati, *Difficile ammettere la pretesa risarcitoria senza un coordinamento tra giurisdizioni*, in *Guida dir.*, 2008, 11, 80; Bassi-Epidendio, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006, 549 e ss.; Manzione, *I procedimenti speciali ed il giudizio*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Milano, 2005, 585; Paolozzi, *Processo agli enti (giudizio di cognizione)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, Torino, 2005, 1172. In giurisprudenza, tra le più recenti, Trib. Milano, (ord.) 26 marzo 2009, in *www.rivista231.it*; Trib. Milano, (ord.) 27 febbraio 2009, in *www.rivista231.it*; Trib. Torino, (ord.) 2 ottobre 2008, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 851; Trib. Torino, (ord.) 23 luglio 2008, in *Giur. merito*, 2009, 2812; Trib. Milano, (ord.) 18 aprile 2008, in *Guida dir.*, 2008, 25, 81; Trib. Milano, (ord.) 18 gennaio 2008, in *Cass. pen.*, 2008, 3858.

[5] V. Cocco, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 90.

sabilità penale e di quella amministrativa in senso stretto enucleabile dai principi generali della legge n. 689 del 1981. Pertanto, a prescindere dall'opzione che si voglia accogliere in termini di inquadramento sistematico dell'impianto punitivo delineato a carico degli enti collettivi, resta il dato inconfutabile di un illecito non identificabile con il reato che ne è all'origine[(6)], il che pregiudica la possibilità di ricondurre la persona giuridica all'interno di quella figura di "colpevole del reato" che la norma di cui all'art. 185 c.p. onera in via diretta del risarcimento dei danni derivati dalla condotta penalmente rilevante. Appare, del resto, difficile prefigurare pregiudizi ulteriori e diversi da quelli che rappresentano conseguenza immediata e diretta del reato ascritto alla persona fisica e del cui risarcimento l'ente potrebbe essere, ad ogni buon conto, gravato in qualità di responsabile civile per il fatto del terzo [(7)], ovvero in forza di un titolo evidentemente diverso rispetto alla responsabilità "amministrativa" configurata a suo carico dal d.lgs. n. 231 del 2001. In definitiva, anche ove si ammetta che l'illecito amministrativo dipendente dal reato possa cagionare un danno civilisticamente rilevante sussumendo all'uopo la condotta "collettiva" all'interno della previsione di cui all'art. 2043 c.c., la sede naturale in cui evocarne il ristoro resta unicamente il processo civile in quanto in ordine alla proponibilità della relativa azione nel processo presieduto dal giudice penale difettano sia le condizioni postulate dal combinato disposto degli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p., sia qualunque altro referente normativo "speciale" che, in virtù di quanto esprime o sottintende, consenta di superare la preclusione derivante dalle suddette previsioni di carattere generale. Sotto quest'ultimo aspetto, il tenore delle norme di cui si compone il d.lgs. n. 231 corrobora la tesi dell'inammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti della persona giuridica, costituendo indice multiforme di una volontà legislativa di segno negativo evincibile *in primis* dall'omessa regolamentazione di azio-

---

(6) V. Paolozzi, *Processo agli enti (giudizio di cognizione)*, cit., 1172, il quale sottolinea che «sotto il profilo della semplificazione e della speditezza processuale non v'è, dunque, di che rammaricarsi se non è stata prevista, a differenza di quanto espressamente disponeva il Progetto Grosso, la costituzione di parte civile del danneggiato dall'illecito penale nei confronti dell'ente. D'altro canto, la costituzione di parte civile ad opera del danneggiato dal reato presuppone l'intercorrenza di un nesso tra reato, autore del medesimo e danno accampato, non riscontrabile con riferimento all'illecito dell'ente. Neppure va trascurato che non sarebbe stato coerente consentire, da un lato, la costituzione di parte civile del danneggiato dal reato nei confronti dell'ente nel processo a suo carico e, da un altro lato, non accordare all'azionista, al socio e all'associato incolpevoli l'azione di recesso dall'ente condannato nonché quella (sociale ed individuale) di responsabilità nei confronti degli amministratori e dei soci di controllo che, con il loro colposo comportamento, abbiano consentito o agevolato la commissione dei reati da cui sia, poi, derivata la responsabilità della persona giuridica».

(7) Cfr. Ceresa Gastaldo, *Processo penale e accertamento della responsabilità amministrativa degli enti: una innaturale ibridazione*, cit., 2237.

ni a contenuto risarcitorio da esperirsi a carico dell'ente nel procedimento volto ad accertarne la responsabilità nonché dalla mancata menzione della parte civile tra i soggetti del processo *de societate*, nonché nell'ambito delle specifiche previsioni concernenti le indagini preliminari, l'udienza preliminare, i procedimenti speciali e la sentenza. Nella medesima prospettiva, valenza dirimente assume il disposto di cui all'art. 54 del d.lgs. n. 231 del 2001, laddove la praticabilità del sequestro conservativo dei beni mobili e immobili dell'ente nonché delle somme o delle cose allo stesso dovute risulta testualmente circoscritta alle sole ipotesi in cui occorra presidiare l'interesse pubblico [8] alla percezione degli importi dovuti all'Erario principalmente a titolo di sanzione pecuniaria ovvero di spese del procedimento. La mancata riproposizione del paradigma di cui all'art. 316 comma 2 c.p.p. relativamente alla possibilità di fronteggiare con il medesimo vincolo alla libertà patrimoniale dell'ente il pericolo che manchino o si disperdano le garanzie delle obbligazioni civili da reato si giustificherebbe, perciò, proprio per il disconoscimento di un qualunque spazio operativo ad azioni risarcitorie esperibili direttamente nei riguardi della persona giuridica, il che ovviamente non precluderebbe al danneggiato costituitosi parte civile nei riguardi dell'autore del reato presupposto di chiedere comunque un sequestro conservativo incidente sul patrimonio dell'ente collettivo interessato nella qualità di responsabile civile e, quindi, nei soli limiti dell'ammontare del credito che lo stesso vanti nei riguardi della persona fisica [9]. Analoga rilevanza preclusiva viene ascritta alle previsioni di cui agli artt. 12 e 17 del decreto legislativo laddove si riconosce all'ente la possibilità di fruire di una riduzione della sanzione pecuniaria e della mancata irrogazione di misure di natura interdittiva nel caso in cui lo stesso prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, unitamente ad altri adempimenti, abbia integralmente risarcito il danno ed eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si sia comunque efficacemente adoperato in tal senso. Ed invero, il riferimento testuale al "reato" (presupposto), ovvero alla condotta attribuita all'apicale o al dipendente, testimonia della irrilevanza che nel processo a carico dell'ente assume qualunque altro pregiudizio a terzi che appaia in qualche modo riconducibile all'avvenuta perpetrazione dell'illecito amministrativo di cui l'ente risponde in proprio, in quanto, opinando per una ricostruzione di segno contrario, risulterebbe priva di senso e di efficacia specialpreventiva la previsione di un beneficio che prescindesse dall'integrale ristoro delle conseguenze negative di tipo patrimoniale e non patrimoniale dell'illecito ascritto all'ente. In definitiva,

---

[8] Lorenzetto, *Art. 54*, in Presutti-Bernasconi-Fiorio, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., 475.

[9] Lorenzetto, *Art. 54*, cit., 476; Andò, *Sull'esercizio dell'azione civile in sede penale nei confronti di enti collettivi chiamati a rispondere quali responsabili amministrativi*, in *Giust. pen.*, 2006, II, 128.

la constatazione per cui l'ente non risponde del reato, bensì di un illecito di tenore diverso di cui la condotta ascrivibile alla persona fisica rappresenta soltanto una delle componenti, palesa l'insussistenza in capo al medesimo della legittimazione passiva prefigurata dall'art. 185 c.p. e, di conseguenza, l'impraticabilità nel processo a suo carico delle iniziative evocate e disciplinate dalle norme di cui agli artt. 74 ss. del codice di rito le quali, in virtù delle predette considerazioni di carattere letterale e sistematico, devono ritenersi prive di quella connotazione di compatibilità cui l'art. 34 del d.lgs. n. 231 del 2001 ne subordina l'operatività nel contesto *de quo*.

3. I fautori [10] della esperibilità dell'azione risarcitoria per i danni derivanti dall'illecito amministrativo nel processo teso ad acclararne la perpetrazione muovono da rilievi di tipo sistematico tendenti a superare la portata preclusiva degli indici normativi evocati dalla tesi contraria. Nel dettaglio, una volta riconosciuto che la portata generale del principio codificato nell'art. 2043 c.c. impone di ascrivere la rilevanza di fonte dell'obbligo di risarcimento del danno extracontrattuale anche alla condotta "composita" di cui l'ente collettivo si renda responsabile [11], non potrebbe evocarsi alcuna preclusione all'azionabilità delle relative pretese attraverso la costituzione di parte civile nel processo a carico dell'ente. In tal senso, anche a voler prescindere dal pur autorevole assunto secondo cui la norma di cui all'art. 185 c.p. non è qualificabile come "legge penale" per la quale possa invocarsi il divieto di interpretazione analogica [12], si sottolinea come

---

[10] Cfr. Pulitanò, *Ma lo strumento è coerente con il sistema dei rapporti tra azione civile e rito penale*, in *Resp. e risarc.*, 2008, 5, Dossier, X; Zanchetti, *La tutela degli interessi fondamentali milita a favore della costituzione di parte*, in *Guida dir.*, 2008, 25, 86; Grosso, *Sulla costituzione di parte civile nei confronti degli enti collettivi chiamati a rispondere ai sensi del d. lgs. 231/2001 davanti al giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1335 ss. In giurisprudenza v. Trib. Milano, (ord.) 9 luglio 2009, in *www.rivista231.it*; Trib. Milano, (ord.) 5 febbraio 2008, in *www.rivista231.it*; Trib. Milano, (ord.) 24 gennaio 2008, in *Guida dir.*, 2008, 11, 76; Trib. Torino, (ord.) 12 gennaio 2006, in *www.rivista231.it*.

[11] «Costituzione di parte civile nel processo penale significa esperimento davanti al giudice penale del giudizio civile relativo alla responsabilità aquiliana ordinariamente, e naturalmente, esperibile davanti al giudice civile, o suo trasferimento dal giudizio civile a quello penale […] L'azione civile da illecito, compresa l'azione civile da reato, può essere comunque esercitata, a scelta del danneggiato, direttamente ed esclusivamente in sede civile *ex* artt. 2043 c.c. […] In questa prospettiva si può affermare che la fonte della legittimazione a chiedere alla persona giuridica il risarcimento dei danni cagionati dalla commissione dei predetti illeciti amministrativi è rinvenibile direttamente nell'art. 2043 c.c., che costituisce la norma base di riferimento della responsabilità civile da illecito, combinato con il contenuto della nuova legge del 2001», così Grosso, *Sulla costituzione di parte civile nei confronti degli enti collettivi chiamati a rispondere ai sensi del d. lgs. 231/2001 davanti al giudice penale*, cit., 1337.

[12] Opina in tal senso Grosso, *Sulla costituzione di parte civile nei confronti*

l'innovativa previsione di una responsabilità "da reato" in capo all'ente collettivo, al di là del *nomen* attribuitole dal legislatore, imponga di rivisitare ed attualizzare la portata del precetto codicistico [13] in termini tali da considerarvi ricompresi quei pregiudizi di carattere patrimoniale e non patrimoniale che risultino in qualche modo direttamente attribuibili alla persona giuridica. Detto altrimenti, in virtù della intervenuta estensione del sistema della responsabilità dell'ente collettivo al di là degli angusti confini delle obbligazioni civili storicamente previste dagli artt. 196 e 197 del codice penale, la commissione del reato presupposto costituirebbe ad oggi fattore generativo di una duplice e distinta responsabilità in capo tanto alla persona fisica che ha concretamente posto in essere la condotta quanto all'ente collettivo di riferimento [14], dal che dovrebbe inferirsi l'operatività, almeno potenziale, di un'analoga duplicazione degli obblighi risarcitori scaturenti da un fatto di cui entrambe le entità risultano, sia pure a titolo diverso, colpevoli [15]. Pertanto, le medesime opportunità di trattazione contestuale che hanno spinto il legislatore a concentrare in capo al giudice penale, nell'ambito di un unico processo, l'esercizio della giurisdizione in ordine al crimine perpetrato dalla persona fisica ed al correlativo illecito amministrativo ascrivibile all'ente collettivo consentirebbero di ritenere attivabili nello stesso contesto le pretese risarcitorie che il soggetto danneggiato intendesse far valere nei confronti di entrambi i soggetti chiamati a risponderne. L'impianto legislativo di recente conio, del resto, non conterrebbe alcuna preclusione alla costituzione di parte civile nel processo a carico dell'ente. Si evoca al riguardo la portata degli artt. 34 e 35 i quali, oltre a richiamare la

---

degli enti collettivi chiamati a rispondere ai sensi del d. lgs. 231/2001 davanti al giudice penale, cit., 1338.

[13] V. Zanchetti, *La tutela degli interessi fondamentali milita a favore della costituzione di parte*, cit., 87.

[14] Cfr. Grosso, *Sulla costituzione di parte civile nei confronti degli enti collettivi chiamati a rispondere ai sensi del d. lgs. 231/2001 davanti al giudice penale*, cit., 1339.

[15] «Gli elementi ulteriori che contribuiscono a costruire la fattispecie amministrativa (il rapporto organico, la colpevolezza dell'ente conseguente alla mancata adozione di un idoneo modello organizzativo) nulla aggiungono o tolgono al danno: contribuiscono solo a stabilire a quale titolo l'ente è chiamato a rispondere anche civilmente. In presenza di tutti gli elementi dell'illecito amministrativo da reato, infatti, la responsabilità dell'ente sarà diretta, ai sensi dell'art. 2043 c.c., e potrà prescindere una volta accertata la fattispecie oggettiva del reato, dall'attribuibilità del reato a una specifica persona fisica (art. 8 d. lgs. n. 231 del 2001). In presenza di un reato del dipendente/dirigente, ma in assenza degli altri elementi che contribuiscono a formare l'illecito amministrativo, l'ente sarà chiamato a rispondere solo per responsabilità indiretta (*ex* art. 2049 c.c.) come responsabile civile per il fatto dell'imputato (e dunque pagherà i danni solo a seguito di condanna di quest'ultimo», così Zanchetti, *La tutela degli interessi fondamentali milita a favore della costituzione di parte*, cit., 88.

potenziale operatività delle norme processuali di carattere generale e quindi anche delle previsioni di cui agli artt. 74 ss. del codice di rito, equiparano la posizione dell'ente a quella dell'imputato, il che consentirebbe di ipotizzare l'esperibilità dell'azione civile di risarcimento dei danni nel processo a carico del medesimo. Le stesse previsioni di cui agli artt. 12 e 17 ascrivono esplicita valenza premiale all'intervenuto risarcimento del danno da parte della persona giuridica, nel contesto di un sistema teso a valorizzare condotte di riorganizzazione virtuosa e di riparazione del pregiudizio arrecato agli interessi tutelati da un impianto normativo che, rispetto al ricorso a strumenti repressivi, sembra prediligere modelli compensativi dell'offesa in relazione ai quali apparirebbe contraddittorio precludere l'esercizio dell'azione civile di danno nel processo volto ad apprezzare responsabilità e scelte della persona giuridica [16]. Quanto alle prescrizioni che appaiono *per tabulas* preclusive dell'esercizio dell'azione risarcitoria nel processo a carico dell'ente, la disciplina del sequestro conservativo, nella parte in cui non contiene alcun riferimento alla tutelabilità della posizione del danneggiato costituitosi parte civile, andrebbe integrata, in forza della clausola di cui all'art. 34, con le previsioni contenute nel secondo comma dell'art. 316 del codice di rito o comunque, laddove non si ritenesse praticabile tale interpolazione, la medesima disciplina dovrebbe ritenersi espressiva di una deroga a scelte legislative di segno contrario [17]. In termini più generali, la rilevanza che il fatto di reato riveste nella struttura dell'illecito legislativamente qualificato come "amministrativo", in quanto elemento essenziale del disvalore della condotta di cui l'ente è chiamato a rispondere, porta a ritenere che la relativa responsabilità, vista anche la rilevanza degli interessi tutelati e la gravità delle offese ad essi arrecate, rivesta natura penale [18], al che conseguirebbe necessariamente l'esperibilità anche nel contesto processuale in questione

---

[16] Cfr. Pulitanò, *Ma lo strumento è coerente con il sistema dei rapporti tra azione civile e rito penale*, cit., X, il quale evidenzia come «il risarcimento del danno è un obiettivo così importante, da segnare limiti alla risposta sanzionatoria: è presupposto di per sé sufficiente di attenuazione della sanzione pecuniaria; è presupposto necessario (ancorché non sufficiente) dell'esclusione della sanzione interdittiva *ex* articolo 17; delimita la confisca assumendone in parte la stessa funzione di ablazione del prezzo o profitto del reato. Insomma: oltre che ovvio interesse del danneggiato, il risarcimento del danno è, nel sistema del D. Lgs. 231/2001, un aspetto essenziale degli interessi cui è legato lo stesso profilo pubblicistico della risposta sanzionatoria. E i due profili, privatistico e pubblicistico, sono intrecciati».

[17] V. Grosso, *Sulla costituzione di parte civile nei confronti degli enti collettivi*, cit., 1341.

[18] Cfr. Vignoli, *La controversa ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente imputato*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 3, 28: «Risulta dirimente l'apprezzamento di quel *quid* che, con la minaccia della sanzione, l'intervento normativo mira a proteggere da possibili aggressioni. Nella fattispecie il *quid* tutelato è costituito dal bene giuridico del reato-presupposto della responsabilità dell'ente.

dell'azione risarcitoria nei riguardi dell'ente a norma del combinato disposto degli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p. [19].

4. Nel quadro delle diverse e contrapposte letture che per sommi capi si è tentato di tratteggiare, la statuizione adottata dal giudice perugino interviene a corroborare l'orientamento, ad oggi prevalente, che assevera l'inammissibilità della costituzione di parte civile nel processo a carico dell'ente. L'*iter* argomentativo all'uopo seguito si incentra essenzialmente sull'evidente alterità dell'illecito "amministrativo" rispetto al reato presupposto e sulla conseguente inapplicabilità delle norme sostanziali e processuali disciplinanti l'esercizio dell'azione civile in sede penale, ribadendosi altresì l'assunto per il quale la responsabilità degli enti non è definibile *per tabulas* come penale. Trattasi di rilievi di indubbia consistenza, i quali, differentemente dai pur apprezzabili argomenti dedotti a sostegno dell'esegesi opposta, sembrano rinvenire un solido ed immediato riscontro nelle prescrizioni "speciali" del d.lgs. n. 231 del 2001 nelle quali si è concretizzata la *voluntas legis* [20]. Detto altrimenti, dalla condivisa e non controversa constatazione secondo cui l'illecito amministrativo da reato ben può integrare il titolo della obbligazione risarcitoria delineata dall'art. 2043 c.c. non può inferirsi la praticabilità della relativa azione civile in sede penale se non attraverso impervie traiettorie esegetiche di tipo evolutivo sistematico ovvero ricor-

---

Il sistema d'imputazione della responsabilità in capo alla persona morale, tendenzialmente a rimbalzo, opera nella conclamata ipotesi di commissione di un illecito penale nell'interesse o vantaggio dell'ente collettivo. È pertanto imprescindibile, sotto il profilo della lesione del bene giuridico tutelato, un rapporto di pregiudizialità fra il reato e l'illecito dell'ente [...] Coincidendo i beni giuridici tutelati, non vi è fondata giustificazione per ritenere che il legislatore individui nella condotta umana un reato e, di contro, un'infrazione amministrativa per l'ente collettivo».

[19] «La costituzione di parte civile pare, tuttavia, non solo ammissibile, ma anche opportuna nell'ipotesi in cui il reo-persona fisica non sia stato identificato pur essendo, oltre ogni ragionevole dubbio, comprovato che l'evento lesivo sia riconducibile all'attività d'impresa e si possa muovere all'ente un rimprovero», così Vignoli, *La controversa ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente imputato*, cit., 31. In termini critici v. Ceresa Gastaldo, *Processo penale e accertamento della responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 2238, secondo cui «l'equivoco è sin troppo evidente: l'illecito amministrativo presuppone comunque la commissione (e, in questo caso, l'accertamento incidentale) del reato, e la pretesa risarcitoria per il danno causato dal primo illecito non potrà comunque essere confusa o sostituirsi a quella relativa al nocumento causato dal reato. Si tratta, com'è chiaro, di titoli ben distinti di responsabilità e, dunque, di differenti ipotesi di legittimazione attiva e passiva: e l'eventuale carenza dell'una non può certo essere "compensata" con l'attribuzione surrettizia dell'altra».

[20] Cfr. Bassi, *La costituzione di parte civile nel processo agli enti: un capitolo ancora aperto*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, 3, 30.

rendo ad un'applicazione analogica degli indici normativi di riferimento [21], operazioni, entrambe, che per la verità paiono esulare da quel riscontro di compatibilità cui l'art. 34 del d.lgs. n. 231 del 2001 condiziona l'operatività delle norme processuali generali [22]. Il dato certo è che l'ordinamento processuale vigente non consente l'innesto di una qualunque istanza di ristoro dei danni nel processo penale, bensì solo di quella che rinvenga il proprio referente fattuale nei pregiudizi di tipo patrimoniale e non patrimoniale costituenti conseguenza immediata e diretta di una condotta normativamente qualificata come reato [23]. Sotto questo profilo, appare dirimente in senso negativo non solo l'opzione nominalistica seguita (e ribadita nel tempo) [24] dai codificatori della responsabilità delle persone giuridiche, ma lo stesso dato strutturale della configurazione dell'illecito amministrativo che, limitandosi ad annoverare il reato posto in essere dalla persona fisica tra i suoi requisiti, non si esaurisce in esso postulando, viceversa, elementi costitutivi ulteriori (l'interesse o il vantaggio derivato all'ente, il ruolo dei soggetti indicati dall'art. 5 del d.lgs. n. 231 del 2001, la verifica relativa al se costoro abbiano agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, la mancata adozione di modelli organizzativi idonei a prevenire il reato della specie di quello commesso) forieri di una diversa ed autonoma responsabilità in capo all'ente collettivo [25] non riconducibile, peraltro, neanche ad alcuna forma di concorso nel reato presupposto. Trattasi in definitiva di un tipo di illecito

---

[21] «Nulla c'entra, s'intende, la natura civilistica (e la conseguente applicabilità analogica) dell'art. 185 c.p.: la disposizione cui fare riferimento è quella dettata dall'art. 74 c.p.p. [...] L'osservazione, tanto vera quanto ovvia, che si tratta di prescrizione processuale e non sostanziale, risulta qui del tutto inconferente: il divieto di applicazione della legge oltre i casi da essa considerati opera, come è ben noto, non solo per le norme penali, ma anche per quelle eccezionali. E non credo davvero possa esservi dubbio sul fatto che l'innesto nel processo penale dell'azione civile sia eventualità disciplinata dal codice di rito (in specie quello vigente, significativamente innovativo, sul punto, rispetto al passato) quale eccezione alla regola generale che vuole che il giudice "naturale" della pretesa civilistica sia il giudice civile», così Ceresa Gastaldo, *Processo penale e accertamento della responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 2237.

[22] V. Tesoriero, *Sulla legittimità della costituzione di parte civile contro l'ente nel processo ex d. lgs. n. 231 del 2001*, in *Cass. pen.*, 2008, 3877.

[23] «In conformità al principio di tassatività delle azioni proponibili in sede giurisdizionale penale di cui all'art. 1 del codice di rito, nel difetto di tali requisiti la costituzione di parte civile nel processo penale non può essere ammessa», così Bassi, *La costituzione di parte civile nel processo agli enti*, cit., 31.

[24] In tal senso v. Pistorelli, *La problematica costituzione di parte civile nel procedimento a carico degli enti*, cit., 96, il quale sottolinea come anche la più recente legge 16 marzo 2006 n. 146 abbia esplicitamente definito "amministrativi" gli illeciti da cui scaturisce la responsabilità dell'ente per la consumazione di reati transnazionali collegati all'attività del crimine organizzato.

[25] Cfr. Bassi, *La costituzione di parte civile nel processo agli enti*, cit., 32.

che, per come codificato, resta distinto dal fatto penalmente rilevante da cui promana, né risulta di per sé qualificato come tale. Peraltro, anche laddove si propugnasse la tesi della natura sostanzialmente penale della responsabilità ascritta all'ente, permarrebbe in tutta la sua ostatività alla costituzione di parte civile la conformazione di un impianto normativo all'interno del quale non si rinviene alcun riferimento esplicito né alla responsabilità patrimoniale della persona giuridica per il ristoro dei danni conseguenti all'illecito perpetrato né alcuna forma di tutela dei possibili interessi del soggetto danneggiato dal reato presupposto nella disciplina del sequestro conservativo, dell'archiviazione del procedimento a carico dell'ente, del rinvio a giudizio ovvero della pronuncia della sentenza di condanna [(26)]. Ferma restando, quindi, la portata simbolica del silenzio serbato sul punto dal legislatore finanche nella legge delega [(27)], risulta comunque assai problematico individuare voci di danno diverse ed ulteriori rispetto a quelle cagionate dalla perpetrazione del reato presupposto, del cui risarcimento l'ente potrebbe essere onerato in ragione della responsabilità amministrativa riscontrata a suo carico. Ed invero, se danno risarcibile ai sensi delle norme civili è solo quello che si configuri come conseguenza immediata e diretta dell'illecito, il pregiudizio riconducibile alla perpetrazione del reato-presupposto sembra esaurire l'orizzonte delle conseguenze di cui si possa invocare il ristoro nel contesto di un processo volto ad accertare l'illecito amministrativo *ex* d.lgs. n. 231 del 2001, laddove la persona giuridica può essere chiamata a risponderne in qualità di responsabile civile in forza di quanto previsto

---

(26) V. Bassi, *La costituzione di parte civile nel processo agli enti*, cit., 30.

(27) La stessa direttiva di cui all'art. 11 comma 1 lett. v) della legge n. 300 del 2000, che il legislatore delegato non ha comunque attuato, nel riferirsi alle forme di tutela dei soci e dei terzi incolpevoli per i danni da questi subiti in conseguenza dell'illecito, da un lato prefigurava esclusivamente l'esperibilità di un'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori delle persone giuridiche cui fosse stato ascritto l'illecito amministrativo da reato, dall'altro evocava il ristoro non delle conseguenze immediate e dirette del predetto illecito, bensì di quei pregiudizi riconducibili alle ripercussioni negative derivanti all'ente dall'irrogazione nei suoi riguardi delle sanzioni pecuniarie e interdittive. Sul punto v. Bricchetti, *Cautele di natura patrimoniale già assicurate dal codice di procedura*, in *Resp. e risarc.*, 2008, 5, Dossier, XIV. Cfr., altresì, Sandrelli, *Procedimento a carico degli enti e costituzione di parte civile*, in *Giur. merito*, 2009, 2819, secondo il quale «il silenzio del legislatore su questo profilo processuale è talmente pesante da palesarsi quale manifesta volontà di escludere la pretesa civile. Riserbo nient'affatto casuale: la lacuna si riscontra nella relazione sia alla legge delega sia al decreto da essa disceso. È corretto, conseguentemente, qualificarla come ostentata. Del resto, non può sottacersi che – pur in presenza di una significativa riforma della disciplina, quale quella portata da d. lgs. 9 aprile 2008 n. 81, conferente nel testo in esame l'art. 25 *septies* (Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commessi in violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza del lavoro), tipico terreno di istanze risarcitorie – il legislatore non ha affacciato rivisitazione alcuna della normativa».

dall'art. 2049 c.c. [28] In definitiva, allo stato, le scelte compiute (e quelle non compiute) [29] dal legislatore nel modulare la responsabilità dell'ente collettivo in relazione alla perpetrazione nel suo interesse o a suo vantaggio di fatti di reato in grado di alterare le fisiologiche dinamiche del libero mercato paiono chiaramente significative della volontà di privare il soggetto danneggiato dall'illecito amministrativo della potestà di avanzare le relative istanze risarcitorie nel processo presieduto dal giudice penale.

GIUSEPPE MAGLIOCCA

---

[28] Così, *ex plurimis*, BRICCHETTI, *Cautele di natura patrimoniale già assicurate dal codice di procedura*, cit., XIV.

[29] Cfr., in particolare, SCALFATI, *Difficile ammettere la pretesa risarcitoria senza un coordinamento tra giurisdizioni*, cit., 82, ad avviso del quale «la difficoltà di concepire una pretesa risarcitoria durante l'accertamento per la responsabilità degli enti dipende [anche] dalla mancata normazione dei rapporti tra tale pretesa e quella esercitabile in modo autonomo nella sede propria. Il rapporto tra le giurisdizioni è materia troppo delicata per lasciarla in balia di norme concepite pensando ai classici legami tra azione civile e processo penale […] [le quali], essendo poco rispettose del contraddittorio (disciplinano un giudicato sull'accertamento), vanno applicate secondo un regime di stretta legalità e non sono estensibili a ipotesi più o meno simili». In senso contrario v. PULITANÒ, *Ma lo strumento è coerente con il sistema dei rapporti tra azione civile e rito penale*, cit., XIII, secondo il quale la medesima interpretazione sistematica che conduce a ritenere ammissibile la costituzione di parte civile nel processo *ex* d. lgs. 231/2001 conduce a ritenere applicabili, con gli adattamenti del caso, le disposizioni che regolano in via generale i rapporti fra l'azione civile e il processo penale.

G.U.P. TRIBUNALE DI PERUGIA - 5 febbraio 2010 - *Est.* RICCIARELLI - M. ed altri (ord.).

Società – Responsabilità penale dell'ente – Fallimento – Causa di estinzione della responsabilità penale – Esclusione (d.lgs.vo 231 del 2001).

La normativa in materia di responsabilità da reato degli enti non contempla l'ipotesi del fallimento tra le cause estintive del reato ascritto alla persona giuridica. Di conseguenza, visto che il fallimento comporta

lo spossessamento dei beni in capo alla società ma lascia inalterata la sua struttura, si deve ritenere che la società continui ad esistere come soggetto rappresentato dal medesimo amministratore e difensore (1).

(*Omissis*). La normativa in tema di responsabilità degli enti non contempla l'ipotesi del fallimento e più in generale non contempla neppure l'ipotesi dell'estinzione dell'ente. Si tratta però di una lacuna che compete al Giudice colmare sul piano interpretativo non essendo in alcun modo plausibile la comminatoria di una sanzione ad un ente non più esistente. D'altro canto non può semplicemente parlarsi di mera obbligazione, giacchè la responsabilità degli enti implica l'inflizione di una sanzione che può anche avere natura interdittiva. In tale prospettiva è senz'altro condivisibile quanto sostenuto dal Tribunale di Milano in ordine all'estinzione della violazione a seguito della cancellazione o comunque estinzione della società.

Sta di fatto però che il fallimento non è in alcun modo equiparabile a tale situazione, non potendosi dunque condividere quanto sul punto sostenuto in una nota pronuncia del Tribunale di Palermo ed invero il fallimento comporta lo spossessamento dei beni lasciando inalterata la struttura della società essendo ancora valido in proposito il principio affermato dalla Suprema Corte (Cass. Civ. 1° n.11361/1999) secondo cui il fallimento priva la società di ogni potere in relazione del patrimonio ma non comporta alterazioni dell'organizzazione sociale, con la conseguenza che la chiusura del fallimento fa venir meno lo spossessamento della società fallita e determina il riacquisto della libera disponibilità dei beni. Poiché peraltro in questa sede si discute di una responsabilità personale non viene in considerazione neppure la possibilità di intervento del curatore fallimentare, il quale ha funzione liquidatoria dei beni ma non diventa il legale rappresentante della società medesima. La conseguenza di ciò è che la società continua ad esistere come soggetto rappresentato dallo stesso amministratore e dallo stesso difensore. Solo così del resto possono spiegarsi quelle pronunce recenti della Suprema Corte di Cassazione che si occupano della perdurante vigenza del sequestro preventivo funzionale alla confisca riguardante la società fallita. In tema di confisca facoltativa si è affermato infatti che il Giudice deve valutare in un'ottica di bilanciamento gli interessi della massa a fronte dell'interesse pubblico all'acquisizione del bene in sede di eventuale confisca ciò che nel caso di estinzione di violazione amministrativa non avrebbe alcun significato (*omissis*).

(1) Fallimento e responsabilità dell'ente *ex* art. 5 d.lgs. 231 del 2001

1. Nell'ambito di un giudizio istaurato nei confronti di una società per un reato commesso nel suo interesse o vantaggio, spetta all'interprete la valutazione degli effetti che la dichiarazione di fallimento della società determina sulla stessa e sul giudizio in corso. Due sono i possibili effetti: o l'ente si considera estinto sia nella sua componente organizzativa sia in quella patrimoniale, con la conseguente estinzione del giudizio in corso; oppure la persona giuridica si fa "sopravvivere" insieme al giudizio di cui è protagonista.

Nell'ordinanza in epigrafe il Gup di Perugia sostiene che il fallimento di una società non è causa estintiva della responsabilità amministrativa dell'ente, contestata allo stesso in applicazione del d.lgs. 231 del 2001.

Il fallimento della società, infatti, secondo quanto motivato dal Gup, determina esclusivamente «*una dissoluzione dei beni della società, lasciando inalterata la sua struttura; pertanto, la società continua ad esistere come soggetto giuridico, rappresentato dal suo amministratore e non dal curatore fallimentare, mero liquidatore dei beni, con la conseguenza che, alla cessazione del fallimento, questa non dovrà* ex novo *essere ricostituita ma sarà solamente rimessa nella disponibilità del suo patrimonio*».

La vicenda fallimentare fa emergere i due "volti" della società, da una parte quello della "società-persona", costituita dall'organizzazione sociale, dall'altra quello della "società-patrimonio", l'unico che subirà gli effetti della vicenda.

Tale principio è stato già in passato affermato dalla Suprema Corte, la quale ha sostenuto che «*la dichiarazione di fallimento di una società se priva la stessa di ogni potere in relazione al suo patrimonio non comporta alcuna alterazione di per sé dell'organizzazione sociale e neppure l'estinzione della società*» [(1)].

Pertanto, considerando "sopravvissuta" alla procedura fallimentare la società-persona e in applicazione del principio della natura personale della responsabilità degli enti, il Gup di Perugia giunge alla soluzione in principio rappresentata: il fallimento della società non determina la fine del giudizio instaurato nei suoi confronti a causa di un reato commesso nel suo interesse o vantaggio.

Tale pronuncia non è un *quid novi* nel panorama giurisprudenziale, lo stesso invero sembra sostenuto dal Tribunale di Milano, ad avviso del quale si deve considerare l'avvenuta cancellazione, o estinzione, della società una causa di estinzione della responsabilità penale-amministrativa, nulla si è detto però in tema di dichiarazione di fallimento.

[(1)] Cfr. Cass., sez. I, 11 ottobre 1999, in *Foro it.,* 1999, 410

Gli orientamenti giurisprudenziali in materia, di numero peraltro non significativo, si assestano su posizioni contrastanti.

E così, il Tribunale di Palermo - *in subjecta materia* - ha sostenuto che la «*dichiarazione di fallimento, privando il fallito dei poteri di disposizione e di amministrazione dei beni che ne costituiscono il patrimonio", determina "una situazione di inattività necessitata*», con effetti equiparabili alla morte della persona fisica" [2]. Si è detto, pertanto, «*in un giudizio, nel quale il soggetto cui imputare la responsabilità non esiste più e nel quale il nuovo soggetto, il curatore fallimentare, titolare della legittimazione attiva e passiva della società, per la sua estraneità alla vicenda dell'illecito, non potrà essere chiamato a risponderne, il giudice non può far altro che dichiarare l'estinzione dell'illecito per intervenuto fallimento della società*».

2. Invero, le due soluzioni elaborate dai giudice di merito, in mancanza di pronunce di legittimità, hanno tuttavia un presupposto comune, vale a dire l'accertamento della riferibilità dell'illecito all'ente.

Alla base alla decisione in parola vi è la necessità di stabilire se è possibile imputare ad un ente fallito un illecito penale-amministrativo e se, quindi, è possibile far applicazione dei meccanismi di imputazione di cui all'art. 5 d.lgs. 231 del 2001, necessari a colmare l'intero versante oggettivo della fattispecie imputata all'ente medesimo [3].

Un ente è, infatti, responsabile ai sensi del d.lgs. 231 del 2001 se in giudizio è raggiunta la prova del collegamento tra la persona fisica, autrice del reato, e l'ente. Tale prova consente di identificare l'organizzazione come assoluta protagonista di tutte le vicende che caratterizzano la vita sociale ed economica dell'impresa e quindi anche come eventuale fonte di rischio di reati [4].

Detto ciò, nel caso in cui sia sopraggiunta una dichiarazione di fallimento, solo dimostrando che, la società possa comunque soddisfare un proprio interesse o ottenere un vantaggio dalla commissione del reato allora sarà possibile raggiungere la prova necessaria a sanzionarla.

Se, invece, il fallimento, privando l'ente della sua esistenza, impedisce alla società di beneficiare della commissione del reato, allora verrà a mancare quell'anello di congiunzione fondante la responsabilità amministrativa dell'ente, vanificando così il senso di una eventuale prosecuzione del giudizio istaurato nei suoi confronti.

---

[2] Cfr. Trib. Palermo, 22 gennaio 2001, in *Foro it*., 2008, pt. II, 258.

[3] Cfr. Stortoni, Tassinari, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?* in *Ind. pen.*, 2006, 16 ss.; gli Autori sostengono che il criterio dell'interesse o del vantaggio consente di colmare l'intero versante oggettivo della fattispecie imputata all'ente senza richiedere alcuna verifica causale; il fatto è attribuito oggettivamente all'ente sulla base di un assai meno che un legame eziologico.

[4] Cfr. De Maglie, *L'etica e il mercato,* Milano, 2002, 377 ss. Secondo l'Autrice tale logica fa sì che la sanzione amministrativa diretta all'ente colpisca lo stesso centro di interessi che ha dato origine al reato.

La necessità di provare la connessione tra reato ed ente collettivo si desume dall'art. 5 del d. lgs. 231 del 2001, che detta i principi generali in materia di imputazione della responsabilità, fondando il meccanismo di imputazione non unicamente sulla figura del reo e sulla relazione organica tra ente e persona fisica ma sul tipo di attività esercitata e sulla connotazione finalistica della condotta illecita commessa nell'interesse o a vantaggio dell'ente [(5).]

L'ente risponde solo se la condotta del soggetto agente, integrante un autonomo fatto di reato, è finalizzata ai suoi interessi o vantaggi; viene così raccordato il reato all'ente autonomamente considerato.

Data la particolarità del soggetto coinvolto, il legislatore ha introdotto dei meccanismi di imputazione che nell'ottica della responsabilità individuale non sarebbero sufficienti ad ascrivere una responsabilità individuale.

Ai fini dell'imputazione di un fatto di reato ad un soggetto, infatti, è necessario che la condotta di quest'ultimo sia *conditio sine qua non* dell'evento verificatosi alla stregua del principio di causalità; pertanto, l'interesse alla realizzazione del reato oppure la fruizione delle sue conseguenze non possono essere sufficienti per ascrivere la relativa responsabilità [(6)].

Ai fini dell'imputazione del reato all'ente, invece, ciò che conta è che l'attività criminosa sia commessa nel suo interesse o vantaggio, senza che l'ente abbia contribuito in maniera causale all'evento.

Tale differenza tra i modelli di imputazione, che non implica una minore pregnanza dello schema di ascrizione della responsabilità amministrativa dell'ente rispetto alla responsabilità penale individuale, è indice della volontà da parte del legislatore di prendere in considerazione la diversa consistenza del fenomeno collettivo rispetto a quello individuale.

Per tali ragioni nell'ambito della criminalità di impresa la scelta compiuta dal legislatore all'art. 5 del decreto è stata di configurare due autonomi e distinti criteri di imputazione: l'interesse, valorizzato nella sua indole soggettiva [(7)], da accertare secondo un giudizio *ex ante*, condotto con il metodo della prognosi postuma, il vantaggio, invece, nella sua indole

---

[(5)] Cfr. Selvaggi, *L'interesse dell'ente collettivo,* Napoli, 2006, 82. Secondo l'Autore, la scelta di valorizzare il legame tra responsabilità e interesse o vantaggio evidenzia l'intenzione di ricondurre l'illecito non tanto a questo o a quel membro dell'organizzazione ma all'atteggiamento complessivo dell'ente.

[(6)] Cfr. Selvaggi, *op. cit.* 51, ss. L'Autore fa l'esempio del reato commesso in concorso in cui l'interesse alla realizzazione del reato o il fatto di avvantaggiarsi delle sue conseguenze in quanto mere posizioni non sono sufficienti per imputargli la responsabilità. È necessario che l'azione del compartecipe se non costituisce *conditio sine qua non* del fatto punibile almeno abbia agevolato o facilitato il conseguimento dell'obiettivo finale o attraverso un giudizio di prognosi postuma appaia ex ante idonea a facilitare la commissione del reato accrescendone la probabilità di verificazione

[(7)] Vedi *Relazione governativa al decreto*, in *Guida al diritto*, 2001*,* 31 secondo cui "l'indole soggettiva dell'interesse è idonea a governare il meccanismo di imputazione quale sorta di finalizzazione dell'attività criminosa".

oggettiva [8] suscettibile di una verifica *ex post*. Pertanto, l'ente risponde se la persona fisica, che ha commesso il reato, ha agito nell'interesse dell'ente o, anche in assenza di un fine "*pro societate*", se viene realizzato un vantaggio da parte dell'ente.

In ossequio ad un'interpretazione letterale della norma, il Gup di Perugia considera possibile attribuire, se accertata in giudizio, alla società fallita la responsabilità da reato anche se nessun vantaggio oggettivamente percepibile potrà essere conseguito dalla commissione del reato [9].

Il vantaggio di cui all'art. 5 del decreto è inteso come arricchimento patrimoniale che segue all'illecito; è assimilabile sia al concetto di profitto del reato, cioè di guadagno di natura economica che deriva dall'illecito al suo autore, sia al concetto di prodotto del reato, come cosa che si origina dal reato.

In qualunque accezione sia inteso non sembra possibile che una società fallita possa ottenere da un illecito commesso un vantaggio oggettivamente e direttamente percepibile. Come la dottrina civilistica sostiene, infatti, i beni del soggetto fallito entrano a far parte della massa fallimentare, rispetto alla quale il fallito non ha poteri né di amministrazione né di disposizione [10]; ciò comporta che la società non potrà fruire direttamente del vantaggio derivante dall'illecito ma questo eventualmente ricadrà nella massa fallimentare, di cui solo il "fallimento" potrà beneficiare. Essendo la responsabilità amministrativa una responsabilità personale ed essendo il "fallimento" un soggetto diverso dalla società fallita, quest'ultima non potrebbe essere rimproverata per il vantaggio conseguito dal "fallimento" in occasione dell'illecito.

Secondo il giudicante perugino è quindi sufficiente il solo criterio dell'interesse per imputare la responsabilità all'ente, interesse inteso come interesse della "società-persona" [11].

Questa interpretazione è uniforme ad una concezione soggettiva del criterio dell'interesse, che lo assimila ai "fatti dell'organizzazione caratte-

---

[8] Vedi *Relazione governativa al decreto*, in *Guida al diritto*, 2001, 31 secondo cui "l'indole oggettiva del vantaggio è riferibile all'oggettiva acquisizione di un profitto da parte dell'ente".

[9] Cfr. VIGNOLI, *La responsabilità da reato dell'ente collettivo tra rischio di impresa e colpevolezza,* in *La responsabilità amministrativa della società e degli enti,* 2006, 103 ss. L'autore definisce il vantaggio quale sorta di evento naturalistico, di modificazione della realtà esterna che ha procurato un beneficio all'ente.

[10] Cfr. SANDULLI, *Manuale di diritto commerciale,* a cura di BUONOCORE, Torino, 2003, 1156

[11] Cfr. FIORELLA, *La responsabilità da reato degli enti collettivi,* in CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico,* Milano, 2006, 5101 ss. L'autore sostiene che l'articolazione dei due criteri sembra proporre delle vere e proprie logiche di appartenenza, richiedendo che tra ciascuno dei due criteri ed il centro di imputazione intercorra una connessione oggettiva, specifica e significativa.

rizzanti l'atteggiamento dell'ente rispetto al reato" [12]; essendo, a giudizio del Gup, la società ancora esistente come organizzazione sociale, tanto che i propri organi restano in funzione, l'ente potrà ricevere dalla commissione del reato la soddisfazione di un interesse inerente l'organizzazione stessa, più precisamente inerente la "politica di impresa".

Il perseguimento della politica di impresa, infatti, ipoteticamente sorretta da una cultura deviante, è l'interesse che l'ente vuole soddisfare con la commissione del reato.

Tale concezione soggettiva dell'interesse risulta in perfetta sintonia con il criterio soggettivo di imputazione della responsabilità scelto dal legislatore, quale la previsione del difetto di adeguati modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire i reati. Se, sul piano oggettivo, ai fini dell'imputazione della responsabilità amministrativa è necessario che l'ente consegua dal reato la soddisfazione di un interesse strettamente connesso alla politica di impresa e all'organizzazione sociale, così, sul piano soggettivo della colpevolezza, l'inosservanza della regola cautelare, espressa dall'adozione di tali modelli, costituirebbe una "colpa specifica di organizzazione" [13]. In tal modo vi è una perfetta sinergia tra elemento oggettivo e soggettivo della responsabilità degli enti.

A ben vedere simile ordine di idee sembra compatibile anche con una diversa lettura, oggi diffusa in dottrina, del dettato normativo che, ritenendo il requisito del vantaggio assorbito da quello dell'interesse, si discosta da un'interpretazione rigorosa della legge.

Secondo tale dottrina, infatti, l'interpretazione letterale della norma trova dei limiti oggettivi di fronte a due disposizioni dello stesso decreto, che escludono la responsabilità dell'ente se i soggetti di cui alla lettera a) del d.lgs. hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi (art. 5 comma due d.lgs. 231) o se il reato non è stato realizzato, neppure in parte, nell'interesse dell'ente, anche se, pur per caso fortuito, questo sia ricaduto a suo vantaggio.

---

[12] Cfr. Selvaggi, *op. cit.,* 122 ss. Secondo l'Autore l'inclusione del criterio dell'interesse potrebbe significare l'indicazione legislativa della rilevanza di fattori ordinariamente indifferenti dal punto di vista della responsabilità individuale ed enucleabile come fatti interni dell'organizzazione che denotano l'atteggiamento dell'ente rispetto al reato da intendersi o come politica di impresa o come organizzazione difettosa; tale interpretazione formulata dall'Autore deriva dalla necessità di evitare che un'interpretazione soggettiva del criterio dell'interesse conduca ad una sua individualizzazione, finendo per cogliere momenti di vita strettamente inerenti all'autore del reato senza garantire una reale sintonia del modello di iscrizione della responsabilità con l'effettiva struttura del destinatario delle sanzioni, ovvero con l'ente nel suo complesso; gli stessi fattori che si assumerebbero come rilevanti non si distinguerebbero da quelli che costituiscono il rimprovero individuale.

[13] Cfr. De Maglie, *L'ultima sfida della politica criminale: la responsabilità (penale?) degli enti collettivi (in difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche),* in *Leg. pen.,* 2003, 351 ss.

Derivando da ciò che la sola considerazione del vantaggio, oggettivamente conseguito dall'ente, non è da sola sufficiente a consentirgli l'imputazione del fatto, se l'autore del reato non ha agito almeno in parte nell'interesse di questo [14], conformemente al principio della responsabilità penale personale e considerando che la possibilità che l'ente sia chiamato a rispondere solo nell'ipotesi in cui ne risulti avvantaggiato possa costituire un deterrente per l'ente stesso, che si farebbe forza del fatto che nessuna conseguenza negativa discenderebbe in caso di cattivo esito dell'operazione illecita [15], la scelta migliore, secondo tale dottrina, sarebbe quella di prevedere un unico criterio di imputazione della responsabilità, l'interesse, costruito nella sua dimensione oggettiva, vale a dire non rimesso alle soggettive intenzioni del soggetto agente ma come potenziale conseguenza favorevole che potrebbe ricavare l'ente dal reato, connessa alla condotta dell'agente [16]. Il criterio dell'interesse, quindi, secondo tale interpretazione, sarebbe di per sé sufficiente a comminare all'ente la sanzione amministrativa di cui al d.lgs. 231 del 2001.

La lettura di un interesse in senso obiettivo, inteso come il fine dell'attività criminosa, come potenziale conseguenza favorevole che potrebbe ricavare l'ente dal reato [17], è ipotizzabile anche nel caso in cui il protagonista della vicenda criminale sia un soggetto fallito.

La condotta illecita diretta a soddisfare un interesse dell'ente è sempre una condotta finalizzata a determinare conseguenze favorevoli per l'ente, pur non potendo mai l'ente apprezzare le utilità concrete da questa derivanti.

---

[14] Cfr. Pelissero, Fidelbo, *La nuova responsabilità amministrativa delle persone giuridiche,* in *Leg. pen.,* 2002, 579 ss., in cui "l'acquisizione soggettiva di un vantaggio non può prescindere dalla previa finalizzazione del fatto alla prospettiva di un interesse della persona giuridica".

[15] Cfr. Vignoli, *La responsabilità da reato dell'ente collettivo tra rischio di impresa e colpevolezza,* in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti,* 2006, 103 ss., secondo cui ritenendo che l'ente possa essere chiamato a rispondere dell'illecito solo nel caso in cui ne risulti avvantaggiato verrebbe ammessa un'inaccettabile logica del rischio secondo cui l'impresa sarebbe chiamata a rispondere solo nel caso in cui l'operazione criminosa sia andata a buon fine, ossia l'ente ne abbia tratto beneficio".

[16] Cfr. Arena, *Il reato commesso "nell'interesse o a vantaggio" della persona giuridica,* in *www.reatisocietari.it.* Secondo l'autore commettere un reato nell'interesse dell'ente significherebbe commettere un reato al fine di avvantaggiare l'ente, così assorbendo il criterio dell'interesse quello del vantaggio. Per ciò, se il reato sarà commesso nell'interesse dell'ente, vorrà dire che la condotta illecita cui corrisponderà l'intenzione dell'agente di operare sia pure illecitamente nell'ambito delle funzioni di cui sia titolare per realizzare gli scopi collettivi, sarà in piena sintonia con gli interessi generali dell'ente e "diretta in maniera non equivoca verso tali interessi.

[17] Cfr. Santi, *La responsabilità della società e degli enti,* Milano, 2004, 25 ss. secondo cui l'interesse deve rispondere ad una tensione ad un risultato o ad un'utilità anticipata ideologicamente dal suo autore nel momento in cui ha posto in essere il comportamento criminoso.

Il criterio dell'interesse e del vantaggio non sono altro che "due facce della stessa medaglia": nell'ambito di una logica di impresa, infatti, una condotta è in grado di soddisfare un interesse sociale se idonea a far conseguire benefici all'ente, a prescindere dalla "concretizzazione del risultato finale".

2. È necessario, tuttavia, ricordare che la soluzione di considerare sufficiente ai fini dell'imputazione della responsabilità il solo criterio dell'interesse inteso in senso oggettivo non è stato avallata dalla Corte Suprema che, invece, sembra optare per un'interpretazione letterale dell'art. 5 del decreto 231 del 2001, preservando l'alternatività tra i due criteri di imputazione.

A giudizio della Corte, infatti, i termini "interesse o vantaggio" esprimono concetti giuridici diversi ed autonomi, l'uno evocando l'interesse prefigurato a monte come conseguenza dell'illecito, l'altro il vantaggio effettivamente conseguito dalla consumazione del reato. Pertanto, i giudici ritengono che se non possa sussistere dubbio alcuno che l'accertamento di un esclusivo interesse dell'autore del reato o di un terzo alla sua consumazione impedisca di chiamare l'ente a risponderne ciò non significa che il criterio del vantaggio perda autonomamente di significato [(18)]; come sottolineato dalla dottrina a commento di tale sentenza, ai fini della configurabilità della responsabilità dell'ente è sufficiente che sia provato che lo stesso abbia ricavato dal reato un vantaggio anche quando non è stato possibile determinare l'effettivo interesse valutato *ex ante* alla consumazione dell'illecito e purché non sia contestualmente accertato che quest'ultimo sia commesso nell'interesse esclusivo del suo autore o di terzi [(19)].

Nonostante tale orientamento giurisprudenziale, sia aderendo il Gup di Perugia alla "lettura dell'alternatività" tra i due criteri di imputazione, come sostenuta dalla Cassazione, sia aderendo alla tesi della "lettura unitaria", secondo cui interesse e vantaggio esprimono concetti unitari, sarebbe sempre possibile proseguire il processo nei confronti del soggetto fallito.

[(18)] Cfr. Cass., sez. II, 30 gennaio 2006, n.3615, Jolly Mediterraneo s.r.l, in *Riv. pen.,* 2006, 814.

[(19)] Cfr. Astrologo, *Interesse e vantaggio come criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente nel decreto 231/2001,* in *Ind. pen.,* 2003, 649. Secondo l'Autrice è necessario lasciare ai due criteri dell'interesse e del vantaggio un diverso ambito applicativo: il vantaggio servirà ad ascrivere la responsabilità all'ente in tutte le ipotesi in cui sarà gravoso provare il requisito dell'interesse; viceversa il requisito dell'interesse sarà indispensabile nei casi nei quali il vantaggio indicato nella disposizione normativa che descrive l'illecito non coincide con il vantaggio dell'art. 5 (l'esempio illustrato dalla giurista è il caso in cui il vertice o un dipendente di un ente commetta un reato, in particolare una concussione, inducendo o costringendo taluno a dare o a promettere indebitamente al soggetto collettivo un'utilità diversa dal denaro; in tal caso l'utilità coincide con il vantaggio morale o materiale, patrimoniale e non, oggettivamente apprezzabile, conseguente ad un qualsiasi prestazione di fare o dare). Per tal motivo il legislatore avrebbe distinto i due criteri di imputazione della responsabilità all'ente, considerandoli alternativi l'uno all'altro ai fini della costituzione dell'illecito.

Presupposto di tale interpretazione è la convinzione che la società "sopravviva" al fallimento, parificando quindi quasi totalmente, al fine dell'accertamento della responsabilità amministrativa, la posizione di una società "sana", nel culmine della sua vita di impresa, e quella di una società fallita.

Ciò si evince anche dal parametro che, come disposto dalla relazione governativa al decreto, dovrà essere utilizzato per l'accertamento dell'interesse, costituito da un giudizio *ex ante* condotto con il metodo della prognosi postuma. Il giudice nel corso del giudizio dovrà collocarsi idealmente nella stessa posizione rivestita dalla società all'inizio dell'attività criminosa e accertare se quell'attività posta in essere era in grado di sfociare nella soddisfazione dell'interesse dell'ente; tale giudizio, come avviene ai fini dell'accertamento del tentativo di reato, viene effettuato dopo la commissione degli atti criminosi ma ponendosi con la mente al momento iniziale del'attività delittuosa.

La conseguenza di tale giudizio *ex ante* è che il giudice dovrà accertare se l'attività criminosa era diretta a soddisfare l'interesse dell'ente collocandosi mentalmente nella stato in cui questa si trovava al momento in cui l'attività criminosa era iniziata, vale a dire in un momento antecedente alla dichiarazione di fallimento, senza che questa possa incidere su tale valutazione.

L'unico modo, pertanto, per sostenere che il fallimento possa incidere sul processo in corso, determinando la sua estinzione, è ritenere la società estinta, come è stato sostenuto dal Tribunale di Palermo.

Se la società non esiste più, infatti, si producono gli stessi effetti che la morte del reo prima della condanna produce nel giudizio, vale a dire l'estinzione dello stesso, senza che rilevi la fondatezza dell'imputazione contestata.

La declaratoria di estinzione del reato per morte del reo, infatti, si risolve in una semplice certificazione di morte del tutto asettica quanto al giudizio sul fatto e non di certo equiparabile ad una sentenza di proscioglimento del colpevole.

L'operatività di tale causa di estinzione del reato non impedisce che, in ragione della necessaria tutela dell'innocenza di una persona accusata, che non cessa per effetto della sua morte, gli eredi possano chiedere la prosecuzione del giudizio ed ottenere un pronuncia più favorevole per il loro defunto [20].

---

[20] Cfr. Cass., sez. un., 1992 n.2662, Ballau e altri, in *Commentario al codice penale,* Cedam, 2008, art. 150, 1357. La Suprema Corte sostiene che non vi è ragione per ritenere che gli eredi e congiunti debbano subire il peso del processo penale solo per la causalità della sopravvenienza della morte del loro dante causa rispetto alla migliore sorte dell'imputato vivente che avrebbe il vantaggio di vedere riconosciuta la propria innocenza sia perché si vuole tutelare l'innocenza della persona vivente al momento in cui è stata promossa l'azione penale.

La dichiarazione di estinzione del giudizio di accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente a causa del suo fallimento, che impedisce di giungere ad un pronuncia di accertamento negativo della responsabilità, viola il diritto della società alla tutela della "propria innocenza" con conseguenze per questa dannose. Nel corso della procedura fallimentare, infatti, mai nessun soggetto avrà interesse a far proseguire il giudizio per ottenere l'assoluzione dell'ente con la conseguenza che, ad esempio, se la società fallita, dopo la chiusura del fallimento, riacquisirà la disponibilità dei propri beni, dovrà subire i danni di una vicenda processuale conclusasi con una declaratoria di estinzione del giudizio, danni in termini di avviamento, incremento della clientela, immagine, preminenza sul mercato.

Pertanto l'equiparazione fallimento-morte non sembra del tutto rispettosa del principio di non colpevolezza di cui beneficiario non solo è l'individuo ma anche la società tutte le volte in cui è chiamata a rispondere per un reato commesso nel suo interesse o vantaggio.

Inoltre, se si accogliesse la soluzione di considerare la società estinta a causa del fallimento, non avrebbero alcun senso una serie di pronunce della Suprema Corte che ritengono ammissibile il sequestro preventivo dei beni in misura equivalente al profitto derivante da reato ai fini della confisca anche quando la società sia fallita [(21)]; ritenendo il fallimento causa estintiva della società perderebbe di significato la previsione di una misura cautelare, quale il sequestro preventivo, ai fini dell'applicazione di una sanzione accessoria che non potrebbe mai essere applicata, stante la "morte del reo".

Conformemente a tale principio, la Cassazione ha, ad esempio, negato nel caso di cessione di azienda la possibilità di confiscare i beni del cessionario in misura equivalente al profitto del reato commesso dagli amministratori dell'ente cedente, "visto che ai sensi dell'art. 33 del d.lgs. 231 del 2001 l'ente cessionario risponde in solido con il cedente esclusivamente del pagamento della sanzione pecuniaria comminata per l'illecito a quest'ultimo addebitabile" [(22)].

La cessione di azienda implica la sostituzione all'ente cedente dell'ente cessionario con trasferimento a questo dell'intera struttura sociale e patrimoniale; con la cessione di azienda l'ente cedente, nel cui interesse e vantaggio il reato è stato commesso, viene meno e per questo la sanzione aggiuntiva della confisca non può essere né a questo applicata e neppure all'ente cessionario, stante per di più la mancanza di un'espressa previsione di legge.

Il diverso trattamento sanzionatorio, accordato dalla Suprema Corte in tali ipotesi modificative dell'assetto originario dell'ente, da una parte l'ipotesi del fallimento, dall'altra quella della cessione di azienda, si desume da una

---

[(21)] Cfr. Cass., sez. V, 8, luglio, 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti s.p.a, in *Cass. pen.,* 2008*,* 4544.

[(22)] Cfr. Cass., sez. VI, 11, giugno, 2008, n. 30001, Holiday Residence s.r.l, in *Foro it.,* 2009, 36.

diversa valutazione degli effetti che dovrebbero conseguirne: estinzione dell'ente in caso di cessione, sua "sopravvivenza" in caso di fallimento; da ciò la scelta di escludere la confisca nel primo caso e di ammetterla nel secondo.

È necessario ricordare che, nell'ambito della responsabilità di reato degli enti, la confisca ha natura sanzionatoria; se, infatti, avesse, in ossequio all'art. 236 secondo comma c.p., natura di misura di sicurezza patrimoniale, la sua possibile applicazione non necessariamente implicherebbe l'esistenza dell'ente. Come sostenuto anche da Cassazione, infatti, "il provvedimento di confisca, disposto contestualmente all'archiviazione per morte del reo, di somma di denaro sequestrata equivalente al profitto del reato è legittimo, stante la non estensibilità alle misure di sicurezza patrimoniale del disposto dell'art. 210 c.p. che preclude l'applicazione di quelle personali in caso di estinzione del reato" [23].

Tuttavia, come già detto, la natura sanzionatoria della confisca, disciplinata dall'art. 19 del d.lgs. 231 del 2001, toglie ogni dubbio in tal senso.

3. La pronuncia del Gup di Perugia rispetta pienamente quello che è lo scopo finale di una procedura fallimentare, ossia, come sostenuto anche dalla dottrina civilistica, il "dissolvimento dal mercato dell'organismo imprenditoriale malato".

L'esistenza della società sarà fortemente condizionata dall'irreversibile crisi economica di cui è vittima ma non ne sarà travolta. Essere banditi dal mercato, infatti, non significa perdere la propria soggettività giuridica.

Prova era, prima della riforma della legge fallimentare, la possibilità per la società fallita di essere riabilitata; prova è oggi, a seguito della riforma, la possibilità per la società alla chiusura del fallimento di riacquisire quelle capacità di cui era stata privata dalla dichiarazione di fallimento o la possibilità di usufruire della cosiddetta "esdebitazione" che le consente, a certe condizioni disciplinate dall'art. 142 ss. della legge fallimentare, di essere "liberata" dai debiti residui nei confronti dei creditori.

Tali benefici, come da molti è stato sostenuto, sono stati introdotti per "restituire dignità" al soggetto fallito che si trovava, spesso per scelte non proprie ma dipese da un sistema politico-economico malato, nella scomoda posizione di fallito.

Non si spiegherebbe la loro utilità se il fallimento significasse "morte" della società, dal momento che, per poter ritornare sul mercato, l'unica via percorribile sarebbe quella di una ricostituzione come nuovo soggetto giuridico.

"Sopravvivendo" la società al fallimento, "rimarrà in vita" anche il giudizio in corso istaurato per accertare la sua responsabilità rispetto ad un reato commesso nel suo interesse o vantaggio.

---

[23] Cfr. Cass., sez. I, 25, settembre, 2000, n. 5262, Todesco e altri in *Cass. pen*. 2002, 1701.

La sua responsabilità amministrativa sarà connessa, sul piano soggettivo, alle strategie di prevenzione, adottate per "attaccare" dall'interno la genesi del crimine, in conformità ad un'imputazione non più meramente subordinata al verificarsi di un fatto di reato ma all'aumento del rischio che tale reato possa verificarsi, sul piano oggettivo, invece, all'interesse o vantaggio che l'ente conseguirà dal reato.

La dichiarazione di fallimento di una società non potrà costringere l'ordinamento a rinunciare a perseguire la propria politica di prevenzione-repressione della criminalità di impresa, cui sembra ispirata la disciplina della responsabilità amministrativa.

In una realtà socio-economica, caratterizzata da un'intollerabile dannosità e pericolosità del reato di impresa e del rischio del suo verificarsi, da un diritto penale finalizzato non più alla repressione ma alla prevenzione dei reati di organizzazione, dall'esistenza di un nuovo tipo di autore di reati, l'ente collettivo, contraddistinto da una peculiare pericolosità e pericolosa aggressività, la scelta di mandare esente da responsabilità una società solo perché fallita costituirebbe una pericolosa causa di non punibilità, da evitare in un ordinamento come il nostro nel quale forte, per le ragioni prima esposte, è la necessità di criminalizzare l'ente collettivo.

ILARIA CARDARELLI

TRIBUNALE DI SORVEGLIANZA DI PERUGIA – 17 dicembre 2009 (ord.) – *Pres*. ESPOSITO – *Est*. MINCHELLA – P.

Carceri e sistema penitenziario – Misure alternative alla detenzione – Istanza di semilibertà previo accertamento della inesigibilità o impossibilità di collaborazione con la giustizia (l. 26 luglio 1975, n. 354, art. 4 *bis*).

Per ottenere il beneficio della semilibertà, al detenuto occorre superare la natura c.d. "ostativa" di alcuni reati in espiazione: ciò, a norma dell'art. 4 bis *O.P., è possibile o fornendo una collaborazione con la Giustizia oppure dimostrando la impossibilità o inesigibilità della collaborazione suddetta* (1).

(*Omissis*). In relazione alla pena il P. ha chiesto il previo accertamento della collaborazione inesigibile e l'ammissione poi alla semilibertà. Oc-

corre allora prendere le mosse dal presupposto indefettibile per l'ammissione al beneficio richiesto e cioè l'inesigibilità della collaborazione con la giustizia; il detenuto ha cioè chiesto previamente di accertare la c.d. "collaborazione impossibile o inesigibile" a causa della tipologia dei reati in espiazione, al fine di poter ottenere tutti i requisiti di accoglimento e di superare l'ostatività della espiazione stessa. La difesa del P. ha depositato una pregevole istanza iniziale con contenuto di vera e propria memoria, sostenendo che il detenuto non è collegato alla criminalità organizzata, ha partecipato al trattamento rieducativo ed ha dimostrato di essere affidabile nel corso della fruizione di un precedente affidamento in prova al servizio sociale; sul punto specifico, si sono addotte le ragioni della individuazione totale dei responsabili nelle sentenze di condanna e della lontananza temporale dei fatti. Sul punto, la Suprema Corte ha avuto modo più volte di sancire che, al fine del superamento di condizioni ostative alla fruizione di determinati benefici o al fine di fruire di assenza di soglie espiali, è necessario che nell'istanza il condannato prospetti, almeno nelle linee generali, elementi specifici circa l'impossibilità o l'irrilevanza della sua collaborazione tanto da consentire l'ottenimento del risultato desiderato, non essendovi dubbio che solo in tal caso è possibile valutare se la collaborazione del condannato sia impossibile perché fatti e responsabilità sono stati già completamente acclarati o irrilevante perché una posizione marginale nell'esecuzione dei delitti non avrebbe consentito di conoscere fatti e compartecipi pertinenti alla esecuzione di livello superiore (cfr. Cass. Pen., Sez. I, 04.07.1995 n. 2034). Ovviamente va soltanto specificato che l'istante non ha l'onere di dimostrare la specifica impossibilità della collaborazione ma soltanto di indicare la prospettazione di massima delle circostanze suffraganti la sua richiesta, restando poi alla competenza del Tribunale – al quale non è precluso alcun accertamento di ufficio in materia di misure alternative – la decisione finale assunta alla stregua dell'esame della documentazione agli atti (cfr. Cass. Pen., Sez. I, 09.06.1998 n. 2923). Nella fattispecie, l'istanza del P. risponde pienamente ai criteri forniti dalla Corte di cassazione: pertanto, va esaminato il merito della stessa. L'attività di collaborazione riveste un significato squisitamente soggettivo ed indicativo di una revisione critica della passata devianza nonché di una decisione volta a recidere i legami con gli ambiti delinquenziali ed a favorire le attività di ricerca delle prove e della verità storica da parte degli organi inquirenti. Ma ovviamente, per poter fornire una simile attività collaborativa, è indispensabile che vi siano ambiti di accertamento dei fatti non acclarati nelle sentenze di condanna oppure che il soggetto dichiarante sia o sia stato in una posizione criminale tale da poter rendere informazioni rilevanti per la polizia giudiziaria. Non è questo il caso del P. In ordine ai possibili legami con la criminalità organizzata,

già nel recente passato le Questure di Perugia, di Livorno e di Foggia – interpellate in merito – hanno riferito che il P. non risulta collegato alla criminalità organizzata. Quanto agli elementi desumibili dai titoli penali, va riferito quanto segue. Nella sentenza in data 04.01.1994 del GIP del Tribunale di Perugia non residuano spazi di incertezza sui fatti ricostruiti: vengono descritti analiticamente i ruoli sostenuti dal detenuto e dagli altri coimputati; vi sono assoluzioni piene, senza residui di dubbio né spazi di ombra e al P. vengono concesse le attenuanti generiche (a differenza di altri condannati), per la personalità emersa nel corso del procedimento. Si trattava di una complessa vicenda di traffico di sostanze stupefacenti, disvelata nei suoi dettagli da un agente sotto copertura (il quale, per come intuibile, aveva avuto modo di rendere deposizioni complete ed esaustive); si chiarisce in sentenza che il P. era un braccio operativo di una donna convivente di suo fratello, il quale all'epoca era detenuto, ma dirigeva l'associazione criminosa pur dalla detenzione. Conferma della decisione vi è stata con la sentenza 20.09.2004 emessa dalla Corte di Appello di Perugia. Analogamente, anche nella vicenda di traffico di sostanze stupefacenti di cui alla sentenza in data 23.04.1999 del Tribunale di Livorno il detenuto era nuovamente coinvolto in fatti di medesima natura dalla suddetta donna ed anche in questo caso vi è stata la deposizione di un agente sotto copertura. La Corte di Appello di Firenze, nella sentenza 31.03.2000, espressamente chiariva che il P. era stato un compartecipe che non aveva mai rivestito un ruolo attivo e di primo piano: residuava un'assoluzione di uno degli imputati per insufficienza della relativa prova, ma va detto che si trattava di una persona imputata di una frazione dell'azione alla quale non partecipava direttamente il P. In altri termini, i Giudici sopra riportati, nel redigere le motivazioni relative alla ricostruzione delle modalità delle azioni criminali, espressamente formulano una ricostruzione non limitata, poiché l'azione delittuosa poteva essere ricostruita con il livello di completezza adeguato. Da ciò consegue univocamente, dunque, che oggi il P. non può prestare una collaborazione con la Giustizia: certamente detta collaborazione non si può considerare come ancora rimessa alla discrezionalità del condannato, in quanto costui non è nelle condizioni di una collaborazione che oggettivamente appare impossibile. In definitiva, per il ruolo rivestito nelle azioni indicate nelle sentenze di condanna nonché per la sua caratura e lo spessore dei suoi collegamenti con la criminalità, il P. non è in grado di fornire informazioni utili (o*missis*).

(1) Il rapporto tra "collaborazione" e "premialità".

1. Con il provvedimento in epigrafe il Tribunale di sorveglianza di Perugia ha accolto la richiesta di semilibertà avanzata, previo accertamento della inesigibilità o impossibilità di collaborazione con la giustizia, da persona condannata per reati legati al traffico di sostanze stupefacenti.

È necessario, pertanto, muovere dall'analisi dell'art. 4 *bis* ord. penit., evidenziandone la struttura, la funzione e le logiche ispiratrici.

La norma in esame rientra nell'ambito della c.d. "legislazione d'emergenza" dei primi anni Novanta che, nell'intento di fronteggiare la criminalità organizzata, ha introdotto nel sistema di esecuzione delle pene detentive una sorta di "doppio binario", prevedendo per taluni delitti ritenuti di particolare allarme sociale, un regime di rigore [(1)].

È stato osservato che, proprio in relazione alle disposizioni inserite nell'ordinamento penitenziario, il decreto legge n. 152/1991 – introduttivo dell'art. 4 *bis* – ha posto in essere una «completa inversione di rotta rispetto ai principi ispiratori della legge Gozzini» ed ha, allo stesso tempo, segnato il «ritorno all'identificazione di determinati reati ostativi già caratterizzante l'ordinamento del 1975, soprattutto perché individua una particolare tipologia di reati e di autori in relazione ai quali viene dettata una disciplina trattamentale a sua volta del tutto originale, con l'introduzione, in pratica, di una presunzione di pressoché assoluta pericolosità sociale in capo ai condannati per determinati delitti» [(2)].

Nel corso del tempo, l'art. 4 *bis* ha subito numerose modifiche da parte del legislatore il quale ne ha, in questo modo, sottolineato l'importanza: una *escalation* normativa fortemente condizionata dall'offensiva scatenata dalla criminalità mafiosa.

Infatti, proprio «alla luce di una rabbia sociale, il legislatore, già nel suo intervento del 1991, ha individuato, tramite il 1° comma dell'art. 4 *bis*, una serie di reati i cui autori risultano presuntivamente legati alla criminalità organizzata e nei confronti dei quali viene quindi disegnata una disciplina che limita fortemente le possibilità loro concesse di accedere agli ordinari benefici accordati dalla legge penitenziaria» [(3)].

In proposito, la disciplina originariamente tracciata dall'art. 1 del decreto legge n. 152/1991 individuava due distinte fasce di reati, consentendo l'accesso ai benefici penitenziari (assegnazione al lavoro all'esterno, permessi premio, misure alternative alla detenzione, salva la liberazione anticipata) solo in presenza di determinate condizioni e verificazioni probatorie, espressamente richieste e specificate dalla norma stessa.

---

(1) In tal senso v. FILIPPI-SPANGHER, *Diritto penitenziario*, Milano, 2000, 87.

(2) Così GUAZZALOCA, *La normativa penitenziaria nella legislazione di emergenza*, in *Delitti e pene*, 1992, f. 3, 130.

(3) In questi termini, ancora, GUAZZALOCA, *La normativa penitenziaria nella legislazione di emergenza*, cit., 132.

In particolare, con riferimento alla prima fascia di reati – oggi comprendente delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante atti di violenza; delitti commessi avvalendosi del vincolo associativo dell'organizzazione mafiosa o al fine di agevolarne l'attività; associazione di tipo mafioso; sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione; delitti di cui agli artt. 600, 601, 602 c.p.; associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri ed al traffico di stupefacenti [(4)] – la concessione del beneficio era originariamente subordinata alla acquisizione di elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata [(5)]. Si attribuiva, quindi, al richiedente il compito di fornire una "prova negativa" consistente, appunto, nel dimostrare l'estraneità ad un collegamento presumibilmente esistente [(6)].

Quanto, invece, ai reati della seconda fascia – oggi comprendente omicidio volontario; rapina aggravata; estorsione aggravata; contrabbando aggravato di tabacchi lavorati esteri; produzione e traffico illecito, in quantità ingente, di sostanze stupefacenti; associazione finalizzata a commettere delitti contro la libertà sessuale e la personalità individuale; violazioni concernenti l'immigrazione [(7)] – l'accesso ai benefici veniva condizionato all'assenza di elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata. In tal caso, dunque, la prova richiesta era di tipo "positivo" [(8)].

Al differenziato regime probatorio previsto dall'art. 4 *bis* fin dalla sua introduzione, si aggiunge il decisivo elemento della collaborazione, cui il decreto legge n. 306/1992 (convertito in legge n. 356/1992) ha attribuito un ruolo assolutamente centrale. La condotta collaborativa è stata vista come «inequivocabile indice di frattura dei legami tra il condannato e la criminalità organizzata, integrando uno di quei "fatti oggettivi di contrasto all'organizzazione" che fanno ritenere "reale" l'avvenuto reinserimento sociale» [(9)].

---

(4) Elenco dei reati ostativi alla luce delle modifiche introdotte dalla legge n. 279/2002.

(5) L'acquisizione di questo genere di elementi determina una evidente inversione dell'onere della prova: si è parlato, in dottrina, di *probatio diabolica*. Cfr., in relazione a detto concetto, GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 5.

(6) Cfr., sul punto, IOVINO, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, 439 ss.

(7) Elenco dei reati ostativi alla luce delle modifiche introdotte dalla legge n. 279/2002.

(8) V., in proposito, GIOSTRA-CESARI, *Sub art. 4* bis, in *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 1997, 38.

(9) Così CESARI, *Sub art. 58* ter, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 499.

In proposito va ricordato che «mentre la formulazione originaria del decreto legge faceva esclusivo riferimento alla sola "collaborazione piena", per effetto della legge di conversione è stata introdotta una collaborazione che può essere definita "semipiena" o "attenuata" e che si caratterizza per una "oggettiva irrilevanza"» [10].

Dalla differente intensità appena citata deriva, quale conseguenza, una diversa modalità di accesso ai benefici penitenziari: infatti, per i detenuti e internati ritenuti di maggiore pericolosità sociale (prima fascia) è necessaria la collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58 *ter* ord. penit. In relazione ad essi, dunque, si presume che «soltanto la collaborazione oggettivamente e concretamente utile possa far ritenere spezzati, come dato presuntivo di esperienza, i collegamenti del reo con l'organizzazione criminale» [11].

Tuttavia, se vi è stata limitata partecipazione al fatto o l'accertamento integrale del fatto ha reso impossibile la collaborazione, ovvero la collaborazione risulti oggettivamente irrilevante, in presenza di una delle circostanze attenuanti di cui agli artt. 62 n. 6, 114 o 116 secondo comma c.p., l'accesso ai benefici è consentito «purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva» [12].

Ciò sta a significare che, anche quando ci si trovi di fronte a detenuti per reati di particolare gravità, il ruolo marginale rivestito nella commissione dell'illecito dal reo o la sussistenza di indici oggettivi di resipiscenza, possono facilitare l'accesso alle misure alternative, ove gli stessi siano riconosciuti in sentenza, confermati da un atteggiamento collaborativo e sostenuti dalla prova dell'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata.

In questi casi la collaborazione può anche essere irrilevante ma «è considerata dal legislatore come indizio positivo, da valutarsi insieme con altri elementi, che depongano nel senso di un totale distacco del detenuto dall'associazione per delinquere di cui era membro» [13].

La collaborazione può dirsi irrilevante qualora essa sia concretamente inutile: la distinzione con quella di cui all'art. 58 *ter* è di natura meramente quantitativa e si concretizza «per lo scarso risultato degli inquirenti in rapporto alla quantità e qualità di informazioni ottenute» [14], non rilevando i moventi psicologici del condannato [15].

---

[10] Così FIORIO, *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario: la «collaborazione» come presupposto per i benefici*, in *Giur. cost.*, 1993, 2505.

[11] In questi termini GIOSTRA-CESARI, *Sub art. 4* bis, cit., 46.

[12] Art. 4 *bis* ord. penit.

[13] Così GIOSTRA-CESARI, *Sub art. 4* bis, cit., 47.

[14] FIORIO, *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario: la «collaborazione» come presupposto per i benefici*, cit., 2507.

[15] Cfr., sul punto, IOVINO, *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1993, 1263 ss.

L'ambito della collaborazione irrilevante è stato esteso, in via interpretativa, alle ipotesi di collaborazione la cui inutilità sia dovuta all'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile, ovvero alla limitata partecipazione al fatto criminoso: è evidente che, in simili casi, la collaborazione risulta impossibile poiché, in un caso, non vi sono ulteriori informazioni da fornire agli organi inquirenti e, nell'altro, la posizione del condannato all'interno dell'associazione non gli permette di avere un patrimonio di conoscenze rilevante.

Quanto ai reati della seconda fascia, la norma non fa esplicito riferimento al parametro della collaborazione: per essi, dunque, le misure premiali possono essere concesse pur in assenza di una condotta collaborativa con la giustizia ma sempre che non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con le associazioni criminali.

2. Nel caso che ci occupa, al Tribunale di sorveglianza è stata sottoposta un'istanza di ammissione al regime di semilibertà subordinata all'accertamento della inesigibilità o impossibilità della collaborazione con la giustizia, ciò in considerazione della natura ostativa dei reati in espiazione (art. 74 d.p.r. n. 309/1990 ed art. 73, aggravato dall'art. 80, secondo comma, d.p.r. n. 309/1990).

La difesa dell'interessato ha cercato di evidenziare, da un lato, l'effettivo livello di partecipazione dello stesso all'associazione criminosa e, dall'altro, la sua personalità, così come emersa nel corso del giudizio. Come accertato nelle sentenze di condanna riportate dal P., e ribadito nel testo dell'ordinanza in esame, «per il ruolo rivestito nelle azioni indicate nelle sentenze di condanna nonché per la sua caratura e lo spessore dei suoi collegamenti con la criminalità, il P. non è in grado di fornire informazioni utili».

Pertanto, non potendo prescindere dal contenuto delle sentenze, la magistratura di sorveglianza non può non prendere atto della impossibilità per il condannato di prestare una collaborazione con la giustizia, e ciò in ragione della sua posizione criminale che non è apparsa tale da offrire quell'«aiuto concreto» richiesto dall'art. 58 *ter*.

In relazione, poi, ai possibili legami dell'istante con la criminalità organizzata, questi sono stati esclusi sulla base delle informazioni fornite dalle Questure interpellate, così come previsto dallo stesso art. 4 *bis*.

A questi elementi debbono aggiungersi rilievi in merito al percorso risocializzante intrapreso dal condannato: la partecipazione al trattamento rieducativo, l'affidabilità dimostrata nel corso di un periodo di affidamento in prova, lo svolgimento di una attività lavorativa e la buona condotta sono fattori che dimostrano come in capo all'istante vi sia «ansia di riscatto e di reinserimento sociale, la ricerca di una via diversa, il desiderio di rendersi utile alla comunità nella quale vive» [(16)].

[(16)] Trib. Sorv. Perugia, 17 dicembre 2009 (ord).

La stessa Corte costituzionale, con numerose pronunce [17], ha attenuato il rigore del regime speciale di cui all'art. 4 *bis*, proprio in virtù della finalità rieducativa della pena, dimostrando che il principale parametro di valutazione per la concessione dei benefici penitenziari rimane – anche dopo l'entrata in vigore della normativa restrittiva – il grado di rieducazione raggiunto ed i conseguenti progressi effettuati nel corso del trattamento, nel rispetto dell'art. 27 Cost.

Occorre soffermarsi brevemente sul regime di semilibertà che si configura, sotto il profilo giuridico, come misura alternativa alla detenzione ma che rappresenta, più che una alternativa alla pena detentiva, una diversa modalità di esecuzione della stessa [18]. Detto regime, infatti, mira al consolidamento dell'evoluzione positiva della personalità del condannato, soprattutto attraverso il reinserimento, seppur parziale e controllato, nell'ambiente libero [19].

Le attività risocializzanti contemplate dall'art. 48 ord. penit., non debbono necessariamente consistere nello svolgimento di un lavoro subordinato, autonomo o professionale: è, però, assolutamente essenziale «che assorbano, per il tempo di dimissione dall'istituto, la sfera comportamentale del condannato e dell'internato in senso utile e conferente al riadattamento alla normale e corretta vita di relazione» [20].

Nel caso di specie, dunque, la insussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata – unitamente all'impossibilità di fornire un'utile collaborazione con la giustizia – ed il grado di rieducazione effettivamente raggiunto dal soggetto interessato, integrano le condizioni di concedibilità della misura alternativa della semilibertà.

CHIARA SANTILLI

---

[17] V., tra le altre, Corte cost., 27 luglio 1994, n. 361, in *Giust. pen.*, 1994, I, 321.

[18] Cfr., più diffusamente, MORRONE, *Il trattamento penitenziario e le alternative alla detenzione*, Padova, 2003, 74 ss.

[19] V., sul tema, MUSACCHIO, *La disciplina della semilibertà nel sistema penitenziario italiano*, in *Giust. pen.*, 1994, II, 199.

[20] Così CANEPA-MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2004, 281.

DIRITTO PUBBLICO

T.A.R. UMBRIA – 9 luglio 2008, n. 586 – *Pres.* LIGNANI – Ordine degli Avvocati di Terni (Avv. Diofebi) contro Consiglio Nazionale Forense (Avv. Rizzo e Merusi) e Ministero della Giustizia

Atto amministrativo – Titolarità congiunta del potere amministrativo – Pretermissione di una delle autorità competenti – Annullabilità del provvedimento – Sussistenza (art. 21 octies, legge 7 agosto 1990, n. 241)

Atto amministrativo – Titolarità congiunta del potere amministrativo – Pretermissione di una delle autorità competenti – art. 21 *octies*, cpv., legge n. 7 agosto 1990 – non applicazione (art. 21 octies, legge 7 agosto 1990, n. 241)

Qualora l'adozione di un provvedimento postuli l'intervento di più amministrazioni, la pretermissione di una delle autorità competenti determina necessariamente annullabilità dell'atto, senza che possa trovare applicazione il disposto di cui all'art. 21 octies*, cpv., della legge 7 agosto 1990 n. 241. L'amministrazione non coinvolta, infatti, avrebbe dovuto partecipare al procedimento non quale titolare di un interesse privato, bensì quale contitolare delle competenze che in quel procedimento venivano esercitate. L'autorità pretermessa, contitolare della competenze esercitate nel procedimento, può, dunque, sempre impugnare l'atto di cui non sia stata parte* (1).

(Omissis). 1. Il decreto legislativo n. 25/2006, art. 9 (mod. dalla legge n. 111/2007), disciplina la composizione dei consigli giudiziari della magistratura ordinaria, articolati per distretto. Fra l'altro è previsto che ne facciano parte alcuni rappresentanti degli ordini degli avvocati. Nei distretti con meno di 350 magistrati (come nel caso della Corte d'appello di Perugia) i rappresentanti degli avvocati sono due.

Riguardo alla scelta dei rappresentanti, la norma primaria si limita a dire che essi sono «nominati dal Consiglio nazionale forense su indicazione dei consigli dell'Ordine degli avvocati del distretto» senza ulteriori precisazioni sulle modalità da seguire e i criteri della scelta.

Verosimilmente il legislatore delegato ha ritenuto più corretto demandare i criteri all'autonomia degli ordini professionali. Tuttavia questa soluzione presenta qualche inconveniente, giacché il numero degli ordini professionali di ciascun distretto è sensibilmente superiore a quello dei delegati da esprimere. Infatti gli ordini degli avvocati sono istituiti in corrispondenza dei tribunali, e così in ogni distretto vi sono tanti ordini (e tanti consigli) quanti sono i tribunali facenti capo alla rispettiva Corte d'Appello. Il circondario del Tribunale solo occasionalmente coincide con la provincia; in effetti, nel distretto dell'Umbria vi sono due province ma quattro tribunali, e correlativamente quattro consigli dell'Ordine professionale.

Sicché è impossibile che ciascuno degli ordini costituiti nel distretto abbia un proprio rappresentante nel consiglio giudiziario. È pur vero che i membri designati rappresentano l'intera avvocatura del distretto e non gli ordini di rispettiva appartenenza; ma resta il problema pratico del procedimento di designazione e dei relativi criteri.

Conviene ricordare, in proposito, che l'ordinamento professionale concepisce i singoli ordini come organismi autonomi e pariordinati, senza gerarchie di sorta. E mentre prevede un Consiglio nazionale forense, non prevede organi analoghi a livello di distretto. Non esiste, neppure "de facto", un "Consiglio distrettuale forense" o altro organismo rappresentativo di tutti gli ordini e dei rispettivi iscritti.

Solo su un piano puramente organizzativo funge talvolta da punto di riferimento e di raccordo il Consiglio dell'Ordine che ha sede nel capoluogo del distretto. Dalla lettura degli atti si apprende che gergalmente esso viene chiamato «Consiglio dell'Ordine distrettuale»; tale espressione, tuttavia, può risultare fuorviante in quanto potrebbe lasciar intendere che quell'organo sia in qualche modo l'espressione di tutti gli avvocati del distretto laddove rappresenta solo i propri iscritti.

2. Dovendo procedere, entro breve termine, alle nuove designazioni dei componenti dei consigli giudiziari, il Consiglio nazionale forense, il 17 marzo 2008 ha diramato la circolare n. 11/C/2008 rivolta ai presidenti dei c.d. consigli degli ordini distrettuali.

La circolare contiene disposizioni procedimentali che integrano (parzialmente) la lacunosa disciplina della norma primaria.

Tali disposizioni integrative, per quanto qui interessa, si possono così riassumere:

(a) spetta al Consiglio dell'Ordine c.d. distrettuale proporre al C.N.F. i nominativi che quest'ultimo designerà formalmente per la nomina;

(b) uno dei designati dovrà appartenere all'Ordine del capoluogo;

(c) i rappresentanti dovranno essere scelti «mediante la concertazione tra tutti i Consigli dell'Ordine del distretto».

Le proposte dovevano essere fatte entro il 31 marzo 2008.

3. Di fatto è accaduto che il 23 marzo 2008 il Presidente del Consiglio dell'Ordine di Terni ha inviato una nota, direttamente al C.N.F., segnalando che «non è stato in alcun modo possibile concertare con l'Ordine distrettuale l'individuazione dei nominativi da proporre» in quanto «l'Ordine distrettuale non ha contattato né richiesto parere di sorta al Consiglio da me presieduto».

Fatta questa premessa, il presidente del Consiglio dell'Ordine di Terni ha proposto al C.N.F. il nominativo di un proprio iscritto, l'avv. Arnaldo Giocondi.

4. Il 3 aprile 2008, il C.N.F. ha formalmente deliberato le designazioni di sua competenza. In particolare, per il distretto della Corte d'appello di Perugia ha fatto proprie le candidature proposte dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Perugia, e precisamente un avvocato del foro di Perugia (l'avv. Laura Modena), e uno del foro di Orvieto (l'avv. Sergio Finetti).

5. Con il presente ricorso, il Consiglio dell'Ordine di Terni impugna la delibera del C.N.F. del 3 aprile e tutti gli atti connessi, presupposti e conseguenti.

Resistono, con argomentate difese, il Consiglio nazionale forense, il Consiglio dell'Ordine di Perugia, quello di Orvieto, e i due avvocati designati.

In occasione della trattazione della domanda cautelare in camera di consiglio, le parti hanno aderito alla definizione immediata della controversia, ed il Collegio ritiene di poter procedere in tal senso.

6. In primo luogo si osserva che non si può considerare vizio della delibera del C.N.F. il fatto che la designazione fatta pervenire dal Consiglio dell'Ordine di Terni sia stata tacitamente disattesa e, di fatto, ignorata.

Ed invero, con la circolare n. 11 il C.N.F., si era autolimitato (o autovincolato) dichiarando che avrebbe preso in esame, e di norma accettato, le designazioni che sarebbero state inoltrate dai c.d. Consigli distrettuali. In questa luce, la proposta fatta "per saltum" dal Consiglio dell'Ordine di Terni non si poteva considerare che come irrituale, e come tale non suscettibile di essere presa in considerazione.

7. Con ciò, tuttavia, la questione non è ancora risolta, perché con la circolare n. 11 non è stato dato ai c.d. Consigli distrettuali il mandato di esprimere una proposta a loro discrezione, bensì di procedere nella forma della "concertazione" con tutti gli ordini del distretto.

"Concertazione", si badi: e non "consultazione".

In questo contesto la parola "concertazione" ha un significato preciso, ed allude alla necessità che "tutti" i consigli del distretto esprimano le candidature "di concerto" fra loro – vale a dire con un accordo unanime.

È vero, peraltro, che la circolare nulla ha aggiunto riguardo ai criteri da adottare nell'ipotesi che non si raggiungesse l'accordo. Cosicché è avvenuto, di fatto, che da molti distretti sono stati indicati al C.N.F. nominativi in numero superiore a quello dei rappresentanti da nominare; e che il C.N.F., nella seduta del 3 aprile 2008, ha scelto esso stesso i rappresentanti, nell'àmbito delle "rose" pervenute per ciascun distretto, applicando criteri oggettivi enunciati nel contesto della delibera.

Il modo di procedere concretamente seguito dai consigli "distrettuali" e da quello nazionale, benché parzialmente difforme dalle indicazioni della circolare n. 11, può tuttavia essere considerato legittimo, nella misura in cui risulti comunque rispettata la "par condicio" fra tutti i consigli dell'Ordine ("distrettuali" e circondariali).

Ma è proprio quest'ultimo il punto sul quale cade la contestazione del Consiglio dell'Ordine di Terni. Esso infatti denuncia di non aver ricevuto alcuna richiesta o invito a partecipare alla "concertazione".

La circostanza di fatto non è smentita dalle pur accurate difese delle parti resistenti, che anzi sembrano tacitamente ammetterla nel momento in cui invocano una presunzione di conoscenza. Del resto, se vi fosse stato un messaggio per fax o per posta elettronica (modalità di comunicazione tanto rapide quanto poco costose) sarebbe agevole documentarlo. Si può dunque ritenere confermato che da parte dell'Ordine di Perugia non siano state prese iniziative in tal senso.

Quanto all'invocata presunzione di conoscenza, si osserva che si potrebbe tenerne conto se la circolare n. 11 del 17 marzo 2008, oltre che ai consigli distrettuali, risultasse inviata "per conoscenza" anche a quelli circondariali (eventualmente anche con l'indicazione di un termine per presentare ai consigli distrettuali le rispettive proposte). Ma non risulta che tale comunicazione "per conoscenza" vi sia stata.

D'altra parte, il fatto stesso che l'Ordine di Terni abbia inviato la sua proposta "per saltum" al C.N.F., anziché all'Ordine di Perugia, rende più verosimile l'ipotesi che esso non fosse al corrente dell' "iter" da seguire.

8. Vi è stata dunque una violazione procedurale che ha impedito all'Ordine di Terni di esercitare le sue funzioni propositive nell'àmbito del procedimento di designazione dei rappresentanti.

Tale violazione non è meno rilevante, per quanto qui interessa, solo perché si riferisca a disposizioni dettate da una circolare interna del C.N.F., e non da un atto normativo di rango superiore.

Ed invero, in presenza di una disciplina lacunosa come quella della fonte primaria (d.lgs. n. 25/2006), era inevitabile o comunque ragionevole che il C.N.F. si autodisciplinasse. Ogni organo deliberante può farlo al fine di procedimentalizzare l'iter di formazione della propria volontà, fissando i tempi e i modi dei propri atti e, in una certa misura, anche quelli dei soggetti esterni dai quali vuole, o deve, acquisire pareri e proposte.

Il fatto che il C.N.F. abbia preso l'iniziativa di una circolare rivolta a questo scopo appare dunque, almeno in linea di principio, legittimo. Del resto, nessuno ha contestato la legittimità della circolare: non lo hanno fatto né i consigli c.d. distrettuali né quelli circondariali (gli uni e gli altri vi si sono attenuti) e non lo fa il ricorrente, il quale anzi lamenta che sia stata disattesa.

Infine, la stessa norma primaria, pur lasciandone indeterminate le modalità applicative, individua i Consigli dell'Ordine (tutti: non solo quelli c.d. distrettuali) come titolari del potere-dovere di partecipare alla procedura di designazione, in condizioni di parità.

Donde la rilevanza del vizio che ha interferito nell'esercizio di tale potere-dovere.

9. Non sono pertinenti i richiami, fatti dalle parti resistenti, alla disciplina della partecipazione procedimentale di cui alla legge n. 241/1990, con particolare riferimento all'art. 21-octies.

Infatti l'Ordine ricorrente non doveva partecipare al procedimento quale titolare di un interesse privato, bensì quale (con)titolare delle competenze che in quel procedimento venivano esercitate.

10. Non è fondata neppure la tesi secondo la quale il ricorrente non avrebbe subito alcun pregiudizio effettivo, in quanto la decisione del C.N.F. non sarebbe stata comunque diversa, se la candidatura espressa dall'Ordine di Terni fosse stata regolarmente inoltrata attraverso il Consiglio dell'Ordine di Perugia.

Ed invero, secondo la circolare n. 11 il compito degli ordini c.d. distrettuali, così come non era quello di decidere autonomamente le candidature, non era neppure quello di fungere da meri portavoce delle proposte pervenute dagli ordini circondariali: dovevano, si è visto, promuovere la "concertazione" e giungere per questa via a proporre nominativi in numero pari (e non maggiore) a quello dei rappresentanti da nominare.

Pertanto il mancato invito alla "concertazione" ha comunque pregiudicato l'Ordine ricorrente, nel senso che non si può escludere che se vi fosse stata una vera concertazione aperta a tutti gli aventi diritto l'esito sarebbe stato diverso. Ad esempio, i quattro ordini interessati avrebbero potuto trovare l'accordo su una formula di rotazione estesa ai futuri mandati consiliari.

11. Si vuol dare tuttavia per pacifica la legittimità del procedimento concretamente seguito dal C.N.F., il quale, avendo ricevuto (diversamente da quanto previsto dalla circolare) candidature eccedenti il numero dei rappresentanti da nominare, le ha selezionate applicando criteri oggettivi. Nondimeno, questo Collegio non ritiene dimostrato che la candidatura espressa dall'Ordine di Terni sarebbe risultata comunque soccombente, in applicazione di quei criteri.

La tesi dei resistenti al riguardo è che sarebbe stato comunque preferito il candidato della sede di Orvieto, essendo quest'ultimo il presidente del relativo Consiglio forense. E fra i criteri oggettivi adottati dal C.N.F. vi era quello di privilegiare «in caso di pluralità di indicazioni, (...) i Presidenti dei Consigli e l'anzianità professionale».

Il Collegio osserva che testualmente la motivazione del C.N.F. è del seguente tenore: «Nell'ipotesi in cui sia mancato il concerto tra i diversi consigli, ovvero vi sia stato un concerto soltanto parziale o relativo ad alcuni nominativi, la designazione [del rappresentante o dei rappresentanti ulteriori a quello spettante di diritto all'Ordine del capoluogo] è avvenuta (....) tenuto conto del rilievo provinciale della sede dell'Ufficio giudiziario e, in caso di pluralità di indicazioni, privilegiando i Presidenti dei Consigli e l'anzianità professionale».

Dunque vi sono stati un criterio primario: quello del «rilievo provinciale della sede dell'Ufficio giudiziario», e un criterio secondario: quello dell'anzianità e della posizione soggettiva del candidato in seno all'Ordine di appartenenza. E in effetti in tale graduazione dei criteri vi è anche una certa razionalità.

Non rileva in contrario il fatto che solo per il secondo criterio si leggano nella delibera le parole «in caso di pluralità di indicazioni». Ed invero, logica vuole che anche il primo criterio (rilevanza della sede) in tanto entri in gioco, in quanto vi sia una eccedenza di candidature rispetto ai posti da assegnare; altrimenti il problema neppure si porrebbe. Pertanto, ad avviso del Collegio, le parole «in caso di pluralità di indicazioni» vanno interpretate come: «in caso di pluralità di indicazioni "da una stessa sede"». O anche, se si vuole: «in caso di pluralità di indicazioni "a parità di rilevanza della sede"».

Una piana lettura del testo della delibera del C.N.F. lascia dunque intendere che fra i due criteri enunciati (rilevanza della sede; anzianità e posizione soggettiva del candidato in seno all'Ordine di appartenenza) il primo prevalga sul secondo. Ma anche se fossero stati criteri concorrenti, il C.N.F. avrebbe dovuto decidere se, in concreto, preferire il candidato di Terni in ragione della rilevanza della sede, o quello di Orvieto in ragione della sua posizione soggettiva. Anche in questa prospettiva, dunque, resta confermato che la violazione procedurale ha inciso negativamente sulle prerogative dell'Ordine ricorrente.

12. In conclusione, il ricorso dev'essere accolto. (*Omissis*).

CONSIGLIO DI STATO, sez. IV – 3 febbraio 2009, n. 648 – *Pres.* Trotta – *Est*. Lodi – Ordine degli Avvocati di Terni (Avv. Diofebi) contro Consiglio Nazionale Forense (Avv. Rizzo e Merusi) e Ministero della Giustizia

Atto amministrativo – Circolare interna non vincolante – Violazione regola procedurale – Annullabilità – Insussistenza (art. 21 *octies,* legge 7 agosto 1990, n. 241)

Le disposizioni dell'art. 9 del d.lgs. 27 gennaio 2006 n. 25, relativo alla composizione dei Consigli giudiziari, unitamente alle prescrizioni del d.lgs. 28 febbraio 2008, n. 35, relative alle modalità di formazione ed insediamento dei nuovi Consigli giudiziari, rimettono al Consiglio Nazionale Forense la designazione dei rappresentanti degli Ordini locali in seno ai Consigli giudiziari. L'individuazione dei rappresentanti è fatta dal Consiglio Nazionale Forense sulla base delle indicazioni dei Consigli dell'Ordine degli avvocati del distretto. Il Consiglio Nazionale può, con propria circolare, suggerire delle linee guida per l'individuazione dei nominativi degli avvocati. Tuttavia tale circolare non deve essere intesa come volta a dettare una disciplina per regolamentare in maniera vincolante ed inderogabile le designazioni di cui si tratta. La violazione, dunque, della regola procedurale prescritta dal Consiglio Nazionale non integra vizio di legittimità, ove tutti gli Ordini, pur al di fuori dell'iter procedurale descritto in circolare, abbiano potuto proporre un proprio nominativo al Consiglio Nazionale Forense, il quale sia stato posto nella condizione di decidere nel rispetto della par condicio fra tutti i Consigli dell'Ordine del distretto (2).

(*Omissis*) PREMESSO che con l'appellata sentenza del T.A.R. Umbria n. 586/2008 è stato accolto il ricorso dell'Ordine degli avvocati di Terni per l'annullamento dell'atto del Consiglio nazionale forense in data 3 aprile 2008, di designazione degli avvocati per la composizione dei Consigli giudiziari distrettuali, nella parte relativa alla nomina degli avvocati per il distretto della Corte di appello di Perugia, ed in particolare dell'avvocato Finetti, designato dal Consiglio dell'Ordine di Orvieto;

RILEVATO che il T.A.R. ha ritenuto condivisibili le doglianze del Consiglio dell'Ordine di Terni intese a prospettare un vizio del procedimento di designazione dei componenti dei Consigli giudiziari, come delineato dalla circolare del Consiglio Nazionale n. 11/C/2008 del 17 marzo 2008, che postulava la "concertazione" tra tutti i Consigli dell'Ordine del distretto, mentre in questo caso l'accordo non si era verificato e il Consiglio dell'Ordine di Terni, non avendo ricevuto alcun invito per partecipare alla predetta concertazione, non avrebbe avuto la possibilità di esercitare ritualmente le sue funzioni propositive in condizioni di parità con gli altri Consigli del distretto, ed aveva quindi inviato direttamente al Consiglio nazionale la sua proposta, che era stata disattesa, mentre se fosse stato invitato alla concertazione avrebbe potuto trovare un accordo con gli altri Ordini interessati (di Perugia, Orvieto e Spoleto);

CONSIDERATO che l'appellante Ordine degli avvocati di Orvieto contesta tali statuizioni richiamando anzitutto le disposizioni dell'art. 9 del D. Lgs. 27 gennaio 2006, n. 25, relative alla composizione dei Consigli giudiziari; le disposizioni del D. Lgs. 28 febbraio 2008, n. 35, relative alle modalità di formazione ed insediamento dei nuovi Consigli giudiziari; nonché la succitata circolare del Consiglio Nazionale n. 11-C-2008, che indicava alcuni criteri di scelta degli avvocati da designare ai fini della successiva nomina da parte dello stesso Consiglio nazionale; con tale circolare, peraltro, secondo l'Ordine appellante, non sarebbero state dettate prescrizioni vincolanti ma sarebbero state soltanto "suggerite" alcune linee guida per l'individuazione dei nominativi degli avvocati, mediante concertazione tra tutti i Consigli del distretto, senza precludere la possibilità di altre modalità di designazione, come quella di designazione diretta seguita dal Consiglio di Terni, che non sarebbe risultata di per sé pregiudizievole per il medesimo Consiglio;

RITENUTO che l'assunto dell'Ordine appellante sia fondato, atteso che la ripetuta circolare n. 11-C-2008 non può essere intesa come volta a dettare una disciplina per regolamentare in maniera vincolante ed inderogabile le designazioni di cui si tratta poiché:

a) in primo luogo, non risulta attribuito da nessuna norma primaria un simile potere prescrittivo al Consiglio nazionale forense;

b) in secondo luogo, dalla stessa formulazione letterale della circolare emerge con chiarezza l'intento di dare un mero suggerimento ai fini di un accordo, tra i Consigli interessati, per evidenti ragioni di opportunità, agevolandosi in tal modo anche la scelta finale di spettanza del Consiglio nazionale e prevedendosi, altresì, un possibile contenzioso;

c) in terzo luogo, non potrebbe comunque ipotizzarsi una specifica funzione dell'Ordine distrettuale di promuovere in via gerarchica la formale concertazione con gli Ordini circondariali, tenuto conto del rapporto di "pariordinazione" degli Ordini stessi e della inconfigurabilità, nell'ipotesi di mancato concerto, di un qualsiasi pregiudizio per gli Ordini circondariali, ai quali va senz'altro riconosciuta la facoltà di proporre in piena autonomia le proprie opzioni al Consiglio nazionale (come avvenuto nella fattispecie in discorso, in cui l'Ordine di Terni ha provveduto direttamente, oltretutto in anticipo rispetto agli altri Ordini interessati);

d) in quarto luogo, lo stesso Consiglio nazionale, con successiva nota del 4 aprile 2008, ha dato atto del mancato o del parziale raggiungimento del concerto tra diversi Consigli, ed ha quindi riferito i criteri seguiti per le designazioni nei distretti con meno di 350 magistrati (come quello in questione), precisando che si era scelto un rappresentante indicato dal Consiglio dell'Ordine distrettuale ed un rappresentante dei Consigli circondariali *"tenuto conto del rilievo provinciale della sede dell'Ufficio giudiziario e, in caso di pluralità di indicazioni, privilegiando i presidenti*

dei Consigli e l'anzianità professionale": e tali criteri risultano essere stati in concreto seguiti nel caso ora in esame;

RITENUTO, quindi, che la mancanza di norme cogenti in ordine alla "concertazione" di cui si è detto, e la conseguente irrilevanza del mancato avvio del relativo procedimento, anche ai fini della valutabilità delle proposte effettuate direttamente dai singoli Consigli circondariali al Consiglio nazionale, comportino la insussistenza, nella fattispecie, di un vizio procedimentale e di una violazione della *"par condicio"*, contrariamente a quanto statuito dal primo giudice;

RITENUTO, in definitiva, che sia da condividere l'assunto esposto con memoria dall'Ordine degli avvocati di Perugia, il quale sottolinea che la succitata circolare del Consiglio nazionale forense si limitava ad esprimere *"il forte (ed in sé condivisibile) auspicio che, in ogni distretto di Corte d'appello, le eventuali designazioni fossero in numero corrispondente alle nomine in palio e che i nominativi indicati fossero espressione di valutazioni condivise da tutti i Consigli locali interessati";*

RITENUTO, pertanto, che l'appello debba essere accolto, con conseguente annullamento della sentenza appellata, e che le spese del doppio grado di giudizio, anche tenuto conto della particolarità delle vicende in causa, possano essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez. IV) definitivamente pronunciando sul ricorso in appello specificato in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso proposto in primo grado (*Omissis*).

(1-2) L'annullamento del provvedimento amministrativo e la rilevanza dei vizi di procedura. La perimetrazione del concetto in due pronunce del Tar Umbria e del Consiglio di Stato.

SOMMARIO: 1. *I termini della questione: il fatto* – 2. *Il* decisum *umbro* – 3. *La decisione di riforma del Consiglio di Stato* – 4. *Annullamento del provvedimento: i tre vizi di legittimità* – 5. *La non annullabilità per vizi di forma e procedura* – 6. *Il caso di specie: quale valore attribuire alla circolare del CNF?*

1. *I termini della questione: il fatto*

La vicenda oggetto delle due pronunce del Collegio umbro e del Consiglio di Stato concerne la nomina dei rappresentanti degli Ordini degli avvocati in seno ai Consigli giudiziari della magistratura ordinaria. Com'è noto, si

tratta di organi articolati per distretto, la cui disciplina è stata oggetto di un recente intervento normativo (si fa riferimento al decreto legislativo 27 gennaio 2006, n. 25, così come modificato dalla legge 30 luglio 2007, n. 111). In particolare, all'art. 9 del decreto legislativo si prescrive che, per distretti con meno di 350 magistrati, del Consiglio distrettuale debbano far parte anche due avvocati, con almeno dieci anni di effettivo esercizio della professione con iscrizione all'interno del medesimo distretto, nominati dal Consiglio nazionale forense su indicazione dei Consigli dell'Ordine degli avvocati del distretto. Tuttavia il legislatore delegato non ha individuato modalità e criteri da seguire nella scelta degli avvocati, avendo ritenuto – verosimilmente – più corretto demandare i criteri all'autonomia degli ordini professionali. A colmare la lacuna legislativa è intervenuto il Consiglio Nazionale Forense, con circolare n. 11/C/2008, rivolta ai Presidenti dei c.d. Consigli degli Ordini distrettuali. La circolare in commento contiene, infatti, disposizioni procedimentali che integrano parzialmente la disciplina primaria. Tali disposizioni possono, in estrema sintesi, essere così riassunte: 1) spetta al Consiglio dell'Ordine c.d. distrettuale proporre al C.N.F. i nominativi che quest'ultimo designerà formalmente per la nomina; 2) uno dei designati dovrà appartenere all'Ordine del capoluogo; 3) i rappresentanti dovranno essere scelti mediante concertazione tra tutti i Consigli dell'Ordine del distretto. Il Consiglio dell'Ordine di Terni, ricorrente nel giudizio concluso con la pronuncia che si commenta, lamentava la totale pretermissione dalla citata procedura di concertazione e, conseguentemente, proponeva al Consiglio Nazionale Forense il nominativo di un proprio iscritto. Tuttavia il C.N.F., disattendendo la proposta del Consiglio dell'Ordine di Terni, faceva proprie le candidature formulate dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Perugia (precisamente un avvocati del foro di Perugia e uno del foro di Orvieto). Il Consiglio dell'Ordine di Terni, ritenutosi leso nelle proprie prerogative, ricorreva al Tar Umbria per vedere annullata la delibera.

2. *Il* decisum *umbro*

Il Collegio Umbro ha accolto il ricorso dell'Ordine di Terni, pronunciando l'annullamento della delibera del C.N.F. nella parte relativa alla nomina dell'avvocato dell'Ordine di Orvieto (relativamente alla designazione dell'avvocato dell'Ordine di Perugia occorre ricordare, come sopra accennato, che all'Ordine del capoluogo di distretto spetta di diritto la nomina di uno dei propri iscritti). Il Tar precisa, tuttavia, che l'annullabilità della delibera del C.N.F. non deriva dal mancato riscontro alla proposta effettuata *per saltum* direttamente dall'Ordine di Terni. Si sostiene, infatti, che il Consiglio nazionale forense, con l'adozione della circolare, ha esaurito la propria discrezionalità (si parla in parte motiva di autolimite), vincolandosi alla ricezione delle nomine indicate dagli Ordini del capoluogo di distretto. Ne deriva, allora, che il Consiglio nazionale non avrebbe potuto discostarsi da quanto proposto, salvo recuperare margini di discrezionalità nell'ipotesi di

candidature in sovrannumero (ma tutte proveniente dallo stesso Ordine distrettuale, unico referente del C.N.F. nella procedura *de qua*). L'annullamento della delibera del C.N.F. è diversamente argomentato dal Collegio umbro, il quale stigmatizza il mancato coinvolgimento dell'Ordine di Terni nella procedura di concertazione di cui sopra. La violazione dei criteri indicati nella circolare del 2008 dà luogo ad una illegittimità dell'esercizio del potere di proposta, il quale si riverbera, in via derivata, sull'atto finale che tale proposta recepisce. Il Giudice amministrativo non ritiene possa trovare applicazione, nella vicenda in commento, il disposto di cui all'art. 21 *octies*, cpv, della l. 7 agosto 1990, n. 241, laddove prevede che «non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe 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». Il mancato coinvolgimento dell'Ordine di Terni nella procedura di individuazione dei candidati da proporre al C.N.F., infatti, non può essere equiparato alla mancata comunicazione di avvio di procedimento di cui all'art. 7, l. n. 241/1990. Le disposizioni sulla partecipazione si pongono – puntualizza il Collegio umbro – come norme che l'autorità deve rispettare nell'esercizio del potere amministrativo, a garanzia dell'interesse del privato ad ottenere o mantenere un bene della vita. Nell'ipotesi di cui è causa, invece, l'estromissione dalla procedura di concertazione lede un soggetto che agisce in vesti pubblicistiche, con spendita di potere amministrativo. Il Collegio umbro precisa, infatti, che l'Ordine ricorrente avrebbe dovuto partecipare al procedimento non quale titolare di un interesse privato, bensì in veste di contitolare delle competenze che in quel procedimento venivano esercitate.

3. La decisione di riforma del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato ha tuttavia riformato la pronuncia del giudice di prime cure. La decisione dei Giudici di Palazzo Spada prende le mosse da una diversa interpretazione delle prescrizioni contenute nella circolare del 2008. La regola procedurale ivi descritta, infatti, non avrebbe carattere vincolante, limitandosi a "suggerire" (termine impiegato dal Collegio romano) delle linee guida per l'individuazione dei nominativi. Si sostiene, più precisamente, che la circolare non presenta profili di inderogabilità, ben potendo i Consigli dell'Ordine del singolo distretto, nell'ipotesi di mancato raggiungimento di un accordo, presentare ognuno i propri nominativi, rimessi al vaglio del Consiglio Nazionale Forense. Ciò che conta, precisano i Giudici romani, è che l'Ente nazionale proceda alla designazione valutando tutte le candidature pervenute, nel rispetto del principio della *par condicio*.

Se così è, la mancanza di norme cogenti in ordine alla concertazione comporta l'insussistenza, nella fattispecie *de qua*, di un vizio procedimentale, per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento di concertazione, come invece rilevato dal Collegio umbro.

4. Annullamento del provvedimento: i tre vizi di legittimità

La rintracciabilità della patologia dell'annullabilità del provvedimento gioca un ruolo cardinale nella soluzione della vicenda *de qua*. Giova, pertanto, procedere ad una sintetica analisi del regime di invalidità ora citato [(1)].

Com'è noto, il legislatore del 2005 ha provveduto alla codificazione, all'interno della legge sul procedimento [(2)], dell'intera materia della patologia provvedimentale. In particolare, all'art. 21 *octies*, è stata sancita l'annullabilità dell'atto amministrativo per vizi di incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge. In parte *qua* la norma nulla aggiunge di nuovo, rispetto a quanto già sancito nella legge istitutiva della quarta sezione del Consiglio di Stato (del lontano 1889) nonché nel T.U. Cons. Stato [(3)] e nella legge Tar [(4)]. Tuttavia la novella del 2005 ha il merito di aver, per la prima volta, introdotto una disciplina sostanziale dei vizi di legittimità, che nelle normative precedenti assumevano rilievo esclusivamente sotto il profilo processuale, quali motivi di censura a sostegno di un ricorso giurisdizionale. Si perviene, dunque, ad un completamento della disciplina dell'annullamento dall'atto amministrativo attraverso la positivizzazione dell'aspetto sostanziale dei vizi. Giova, ai fini del presente lavoro, dare una sintetica definizione dei vizi di legittimità di cui all'art. in commento. L'incompetenza consegue alla violazione di una norma di azione (leggi, ma anche regolamenti o statuti), che definisce la competenza di un organo, ovverosia del *quantum* di funzioni ad esso spettanti. Integra causa di annullabilità esclusivamente l'incompetenza relativa, la quale ricorre ogniqualvolta l'organo che ha emanato l'atto appartenga al medesimo plesso organizzatorio cui appartiene l'organo competente. Non invece l'incompetenza assoluta, la quale ricorre nel caso in cui il provvedimento è adottato da un organo che opera nell'ambito di un plesso organizzatorio radicalmente diverso da quello cui appartiene l'organo competente, o, stando alla giurisprudenza più recente, che non ha alcuna competenza nel settore di riferimento interessato dall'adozione del provvedimento stesso, ipotesi pacificamente fatta coincidere con il difetto di attribuzione di cui all'art. 21 *septies*, comma 1, l.

---

(1) Sull'illegittimità del provvedimento amministrativo si veda, più diffusamente, Bartolini, *Illegittimità del provvedimento amministrativo*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da Cassese, IV, Milano, 2006, 2868 ss.

(2) Legge 7 agosto 1990, n. 241.

(3) Art. 26, comma 1, r. d. 26 giugno 1924, n. 1054.

(4) Art. 3, comma 1, l. 6 dicembre 1971, n. 1034.

n. 241/1990, il quale dà luogo a nullità dell'atto. Maggiori difficoltà incontra l'interprete, invece, nella definizione di eccesso di potere. In passato le teorie negoziali del provvedimento riconducevano il vizio in esame ad un elemento dell'atto. La teoria del vizio della volontà [5] individuava l'eccesso di potere nel procedimento non corretto di formazione di tale volontà (al pari di quanto avviene nel diritto dei contratti nell'ipotesi di errore, dolo o violenza). La teoria del vizio della causa [6], invece, individuava l'eccesso di potere nel mancato perseguimento dell'interesse pubblico, inteso, appunto come causa dell'atto amministrativo. Infine, secondo la teoria del vizio dei motivi [7], occorreva far riferimento alla mancanza di imparzialità nell'attività amministrativa, che emerge nella valutazione dei motivi impliciti o esplicitati. Nel contesto, tuttavia, di una critica alle teorie negoziali, volte a relegare l'eccesso di potere a vizio dell'atto (secondo un approccio tutto civilistico al tema delle invalidità), autorevole dottrina operò un distacco dell'eccesso di potere dalla sistematica di vizi tipicamente contrattuali. L'eccesso di potere diviene vizio della funzione [8], ovvero «violazione dei principi che regolano la funzione: è la potestà nel suo complesso a risultare non esercitata secondo lo schema normativo. La figura, dunque, non è più riferita all'atto o ad elementi riconducibili all'atto, bensì alla funzione intesa come attività giuridicamente rilevante nella sua interezza, come concretarsi del potere nel singolo atto» [9].

La violazione di legge, invece, costituisce un vizio residuale del provvedimento amministrativo, poiché ricomprende tutte le ipotesi che non rientrano nelle altre due figure di vizi e si sostanzia in un contrasto tra provvedimento e ordinamento giuridico, in disparte ogni considerazione sullo stato psicologico (doloso o colposo) del soggetto agente. Il termine legge deve intendersi in senso ampio, in quanto comprensivo dei principi generali e di tutti gli atti di normazione costituzionale, primaria, secondaria e comunitaria. A favore di un ampliamento del novero delle ipotesi di violazione di legge rema anche il più recente legislatore, il quale, attraverso la positivizzazione di regole di condotta, ha dato luogo ad un procedimento di trasmigrazione di principi dall'alveo dell'eccesso di potere verso quello della violazione di legge. Ne è un esempio l'art. 1 della l.n. 241/1990, dove sono raccolti i principi del c.d. giusto procedimento, la cui inosservanza,

---

[5] Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1935, I, 311; De Valles, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1916, 178.

[6] Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1911-1914, ristampa con note di aggiornamento a cura di Miele, Padova, 1960, 603; Presutti, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, 85.

[7] Cfr. M.S.Giannini, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939, 185.

[8] Benvenuti, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 22 ss.

[9] Villata – Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 428.

ad oggi, dovrebbe essere qualificata alla stregua di violazione di legge, anziché di eccesso di potere (come è stato fintanto che il legislatore non ha positivizzato le regole desumibili dal generico canone di buon andamento ed imparzialità). Non manca, tuttavia, chi ritiene che si possa parlare di violazione di legge solo qualora sia violata una specifica e precisa norma giuridica e non un principio di ampio respiro, che costituisce solamente un elemento orientativo nell'attività discrezionale [10]: in questa seconda ipotesi, infatti, può solo configurarsi un eccesso di potere, anche qualora il criterio di condotta sia positivizzato dal legislatore.

5. La non annullabilità per vizi di forma e procedura

La vera carica innovativa dell'art. 21 *octies* si rinviene, invero, al secondo comma. Il legislatore, individuati al primo comma i tre vizi di legittimità, aggiunge che non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo – prosegue l'art. 21 *octies* – 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. Il legislatore del 2005, sulla scorta di un'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, anche comunitaria e comparata, del concetto di vizio invalidante, afferma la non annullabilità del provvedimento affetto da un vizio formale non incidente sull'assetto di interessi in gioco, inidoneo, in concreto, ad influire sul contenuto dispositivo del provvedimento finale [11].

In particolare, integra un vizio di forma la violazione delle norme che impongano determinati requisiti formali relativamente ad atti endoproce-

---

[10] Cavallo, *Provvedimenti ed atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da Santaniello, III, Padova, 1993, 324.

[11] Sull'art. 21 *octies* si vedano Fantini, *Art. 21 octies, Annullabilità del provvedimento*, in (a cura di) Bartolini, Fantini, G.Ferrari, *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 604 ss.; Cerulli Irelli, *Principi del diritto amministrativo*, II, Torino, 2005, 250; Prontera, *L'art. 21 octies l.n. 241 del 1990, tra regola, eccezione ed integrazione*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 490; Galetta, *L'art. 21 octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedimentali contraria alla Costituzione e al diritto comunitario*, in *www.giustamm.it*; Gisondi, *L'art. 21 octies della legge 241/1990 fra atto e processo amministrativo*, in *Urb. app.*, 2007, 66; Midiri, *L'art. 21 octies della legge sul procedimento amministrativo è una disposizione di carattere sostanziale o processuale?*, in *Foro amm. C.d.S.*, 254; Polidori, *I vizi formali e procedimentali nelle prime applicazioni pretorie dell'art. 21 octies l. 241/90*, in *Corr. Merito*, 2006, 243; Sorrentino, *Spunti di riflessione per una applicazione vincolata del comma 2 dell'art. 21 octies della legge n. 241/90*, in *www.giustamm.it*.

dimentali o al provvedimento finale, mentre si discute di vizi procedurali qualora risultino violate le norme relative al *modus operandi* dell'amministrazione così come le prescrizioni in materia di partecipazione procedimentale, ai sensi degli artt. 7 ss., l. n. 241/1990.

Ai sensi dell'art. 21 *octies*, comma 2, i vizi formali e procedurali che non conducono all'annullabilità del provvedimento sono solo quelli che attengono all'attività vincolata della pubblica amministrazione, mentre tale limitazione non sussiste qualora si tratti dell'ipotesi dell'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento. La mancata comunicazione, infatti, anche in ipotesi di attività discrezionale, non determina l'annullabilità dell'atto qualora la P.A. dimostri in giudizio l'inesistenza di alternative di fatto, ovverosia che l'atto non avrebbe potuto avere contenuto diverso e che, quindi, la partecipazione del soggetto legittimato in nessun modo avrebbe potuto cambiare le sorti della decisione amministrativa. Si discute in dottrina e giurisprudenza sul significato del concetto di "non annullabilità" di cui all'art. 21 *octies*, cpv. Secondo una prima tesi, la norma in commento codificherebbe il vizio minore della irregolarità. Vi sarebbero riconducibili tutte quelle ipotesi, in parte già individuate della giurisprudenza [(12)], in cui la difformità dell'atto dal paradigma legale appare già *ex ante* e in astratto inidonea ad influire sul contenuto del provvedimento. Si obietta, tuttavia, che l'articolo in commento prevede un giudizio di ininfluenza da compiersi *ex post* ed in concreto e, soprattutto, che il regime della non annullabilità copre anche vizi di particolare rilievo, quale l'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento, che non possono essere ricondotti al novero delle difformità innocue. Stando ad un secondo orientamento, invece, la norma positivizzerebbe, in ambito amministrativo, la regola del raggiungimento dello scopo (e della strumentalità delle forme), laddove prima occorreva ricorrere ad un'applicazione analogica del disposto dell'art. 156 c.p.c., il quale sancisce che la nullità dell'atto processuale non può mai essere pronunciata se l'atto

---

[(12)] Tra le irregolarità provvedimentali individuate dalla giurisprudenza merita menzione l'ipotesi di omessa indicazione del responsabile del procedimento, il quale, in quanto corrispondente al funzionario preposto alla competente unità organizzativa è facilmente individuabile (Cons. St., sez. VI, 6 maggio 1999, n. 597, in *Foro amm.*, 1999, 1453); della mancata indicazione dei termini e dell'autorità cui è possibile ricorrere (ai sensi dell'art. 3, comma 4, l. n. 241/1990), che rileva esclusivamente ai fini dell'eventuale rimessione in termini del ricorrente per la proposizione del gravame (Cons. St., Ad. Plen., 14 febbraio 2001, n. 1, in *Foro amm.*, 2001, 352); dell'erronea indicazione di un norma, non influente sulla legittimità del provvedimento e a patto che la formulazione letterale delle ragioni che stanno a fondamento dell'atto e l'esposizione del fatto siano sufficientemente chiare da consentire di individuare il potere in concreto speso dall'amministrazione (TAR Campania, Napoli, sez. I, 19 aprile 2001, in *Foro amm.*, 2001, 1132); della sottoscrizione illeggibile, quando sia comunque possibile procedere all'individuazione del soggetto che ha posto in essere l'atto (TAR Lombardia, Milano, 22 marzo 1996, n. 351, in *Foro amm.*, 1996, 552).

ha raggiunto lo scopo cui è destinato. Tuttavia, com'è chiaro ai più, l'art. 21 *octies* non ha nulla a che fare con il principio del raggiungimento dello scopo. Quest'ultimo, infatti, trova applicazione nelle ipotesi in cui si registri una violazione di legge sul piano formale, la quale, però, non abbia impedito l'esercizio di quella facoltà che la regola violata intendeva presidiare. Per fare un esempio, si avrà raggiungimento dello scopo qualora, nonostante il mancato avviso dell'avvio del procedimento, il soggetto titolato abbia comunque avuto modo di esercitare le proprie prerogative partecipative (in quanto informato diversamente della pendenza del procedimento). Si tratta di ipotesi in cui la regola è violata solo formalmente, in quanto nella sostanza si è raggiunto lo scopo prefisso (ad es. la partecipazione).

L'art. 21 *octies*, invece, disciplina un'eventualità completamente diversa, in cui la norma è violata sia nella forma che nella sostanza, ma ciò non ha influito, per la natura della norma (formale o procedurale) e dell'attività amministrativa esercitata (con assenza di alternative di diritto o di fatto), sul contenuto dell'atto.

Si discute, infine, sulla natura dell'art. 21 *octies*, ovvero se sia norma sostanziale oppure processuale. Chi aderisce alla prima lettura sostiene che il legislatore sia intervenuto a perimetrare il concetto di violazione di legge per sottrazione, riducendo, dunque, l'area dell'illegittimità provvedimentale [(13)]. Si è parlato di norma sostanziale ad effetti processuali, poiché la non annullabilità sarebbe solo il riflesso della riscrittura del concetto di illegittimità.

La lettura processuale della norma, la quale riscuote maggiore successo in sede giurisprudenziale, ritiene invece pienamente illegittimo l'atto affetto da vizi formali e procedurali e, tuttavia, non annullabile per carenza di interesse ad una caducazione che, inevitabilmente, condurrebbe alla riadozione del medesimo atto.

La giurisprudenza che sostiene la natura processuale dell'art. 21 *octies* afferma che «la novella legislativa si è limitata a codificare quelle tendenze già emerse in giurisprudenza mirate a valutare l'interesse a ricorrere, che viene negato ove il ricorrente non possa attendersi, dalla rinnovazione del

---

[(13)] In dottrina cfr. Fracchia – Occhiena, *Articolo 21 octies, comma 2: Annullabilità del provvedimento*, in (a cura di) Paolantonio, Police, Zito, *La pubblica amministrazione e la sua azione, saggi critici sulla L. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, 615; Id., *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21 octies. L. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *www.giustamm.it*, 4, 2005, 27 (ove il provvedimento non annullabile viene qualificato come elemento che sana il procedimento illegittimo); Ferrara, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 114 ss., il quale sostiene che la contrarietà a legge del solo procedimento, non anche del provvedimento, rispettoso della norma e quindi legittimo. In giurisprudenza vedi Cons. St., sez. V, 19 marzo 2007, n. 1307, in *Foro amm.C.d.S.*, 2007, 698.

procedimento, una decisione diversa da quella già adottata (sulla base dell'art. 21 *octies* il provvedimento non è annullabile non perché assoggettato ad un diverso regime di invalidità o irregolarità, ma perché la circostanza che il contenuto non possa essere diverso priva il ricorrente dell'interesse a coltivare un giudizio, da cui non potrebbe ricavare alcuna utilità)» [14].

A fronte dell'atto illegittimo non annullabile, il soggetto leso potrebbe comunque invocare una tutela risarcitoria, scongiurando, così, un annichilimento del diritto di difesa avverso gli atti illegittimi della P.A. (il quale, diversamente, sarebbe in odore di incostituzionalità).

6. Il caso di specie: quale valore attribuire alla circolare del CNF?

Le pronunce del Collegio Umbro e dei Giudizi di Palazzo Spada muovono, come si è avuto modo di osservare, da due diverse interpretazioni della circolare emanata dal Consiglio Nazionale Forense in data 17 marzo 2008. Nel dettaglio, il Tar Umbria attribuisce all'atto un valore vincolante per la successiva attività sia del Consiglio Nazionale che dei Consigli dell'Ordine dei vari distretti.

Si sostiene, infatti, che, in presenza di una disciplina lacunosa come quella della fonte primaria (d.lgs. n. 25/2006), fosse inevitabile o comunque ragionevole che il CNF si autodisciplinasse. Ogni organo, prosegue il Giudice umbro, può, con atto di autovincolo, procedimentalizzare l'*iter* di formazione della propria volontà, fissando i tempi e i modi dei propri atti e, in una certa misura, anche quelli dei soggetti esterni dai quali vuole, o deve, acquisire pareri e proposte. Data la natura vincolante della disciplina dettata dalla circolare, è giocoforza ritenere rilevante, sotto il profilo della legittimità dell'atto finale, la violazione della procedura delineata, in disparte il carattere interno della circolare adottata dal CNF. Il Collegio umbro, in definitiva, rinviene nella mancata convocazione del Consiglio dell'Ordine di Terni un vizio di legittimità, *sub specie* di violazione di legge, idoneo a fondare una pronuncia caducatoria dell'atto impugnato. Viene precisato, inoltre, che nel caso di specie non troverebbe applicazione il capoverso dell'art. 21 *octies*, in quanto, per usare le parole del Giudice umbro, «l'Ordine ricorrente non doveva partecipare al procedimento quale titolare di un interesse privato, bensì quale (con)titolare delle competenze che in quel procedimento venivano esercitate». Si esclude, infine, che alcun effetto salvifico possa sortire il fatto che l'Ordine di Terni abbia comunque fatto pervenire al Consiglio Nazionale Forense la propria candidatura, in quanto l'Ente nazionale, vincolatosi al rispetto della procedura di concertazione di cui in circolare, non avrebbe potuto discostarsi dalla proposta formulata dal

---

[14] Cons. St., sez. VI, 17 ottobre 2006, n. 6194, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 2431. In dottrina cfr. Volpe, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 386 ss..

Consiglio dell'Ordine del capoluogo di distretto (nel nostro caso dall'Ordine di Perugia). Tale ragionamento, tuttavia, presta il fianco a due obiezioni. La prima concerne l'asserita inapplicabilità al caso di specie dell'art. 21 *octies*. Se, infatti, si individua una regola procedurale, alla cui violazione si voglia far seguire una pronuncia in termini di illegittimità dell'atto, non ci si può sottrarre alla verifica circa l'applicabilità al caso concreto della disciplina di cui al capoverso dell'articolo in commento. Insomma, se c'è violazione di una norma procedurale, il giudice deve ammettere la parte resistente a fornire la prova di resistenza, consistente nella dimostrazione dell'ininfluenza del vizio sulla bontà dell'atto. Non sembra, infatti, che la natura pubblica dei soggetti coinvolti nel procedimento sia idonea ad escludere l'applicazione della regola della non annullabilità. Nel caso di specie, a fronte della mancata comunicazione dell'avvio della concertazione, all'amministrazione resistente avrebbe dovuto essere accordata la possibilità di provare in giudizio l'inesistenza di alternative di fatto praticabili. Che anche la partecipazione di pubbliche amministrazioni (e non solo di privati) al procedimento amministrativo sia disciplinata da (tutto) l'art. 21 *octies* trova, d'altronde, conferma in recente giurisprudenza, la quale, *expressis verbis*, riconduce al novero delle norme sul procedimento «tutte quelle relative al *modus operandi* dell'amministrazione ed alla partecipazione procedimentale del destinatario del provvedimento finale, *delle altre amministrazioni* (corsivo nostro) e dei soggetti indicati dall'art. 9 della legge 241/1990» [(15)].

Ben più dirimente, tuttavia, appare la seconda obiezione, fatta propria dal Consiglio di Stato nella decisione di riforma. La circolare del 2008 – si afferma – non avrebbe alcunché di vincolante, esprimendo soltanto un suggerimento (se non un augurio): il CNF, secondo tale lettura, avrebbe soltanto incentivato la concertazione fra gli Ordini del singolo distretto, al fine di evitare futuri e (poco) eventuali contenziosi, senza però mai spogliarsi della propria discrezionalità.

Vari gli argomenti spesi dal Consiglio di Stato a sostegno della tesi ora esposta.

La circolare del 2008 non può essere intesa come volta a dettare una disciplina vincolante ed inderogabile poiché, da un lato, non risulta attribuito da nessuna norma primaria un simile potere prescrittivo al Consiglio nazionale forense; dall'altro, dalla stessa formulazione letterale della circolare emerge con chiarezza l'intento di dare un mero suggerimento ai fini di un accordo, tra i Consigli interessati, per evidenti ragioni di opportunità, agevolandosi in tal modo anche la scelta finale di spettanza del Consiglio nazionale.

Dalla mancanza di una disciplina vincolante discende, inevitabilmente, l'impossibilità di ravvisare alcuna violazione rilevante in termini di vizio

---

[(15)] TAR Campania, Napoli, sez. IV, 12 aprile 2005, n. 3780, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, 1145.

di legittimità: non v'è dunque spazio per l'applicazione del disposto di cui all'art. 21 *octies* (primo e secondo comma).

Tuttavia il potere, per quanto discrezionale, non è mai libero, poichè vincolato nel fine. Se non può, allora, discutersi di vizio procedurale (perché la circolare non ha carattere vincolante), occorre appurare che l'amministrazione non sia incorsa in un eccesso di potere, quale vizio della funzione.

L'atto è fatto salvo solo ove risulti immune da vizi di illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà e al contempo risulti rispettoso del canone di imparzialità e buon andamento.

Per quanto i Giudici di Palazzo Spada non menzionino affatto l'eccesso di potere, ciò nondimeno lo scrutinio svolto sull'atto impugnato presenta i caratteri propri del ragionamento che, per figure sintomatiche, impegna l'interprete nella ricerca del vizio della funzione.

Due sono gli aspetti della vicenda provvedimentale analizzati dal Consiglio di Stato.

In prima battuta si accerta che la mancata partecipazione alla procedura di concertazione non abbia precluso all'Ordine di Terni la possibilità di formulare una propria candidatura. Non si registra alcuna violazione del principio della *par condicio* fra gli Ordini del distretto: ciò è dimostrato dal fatto che l'Ordine di Terni, escluso dalla consultazione, faceva pervenire la propria indicazione *per saltum* direttamente al CNF.

In secondo luogo, il Collegio romano esclude che l'atto di nomina adottato dal Consiglio Nazionale violi il principio di imparzialità e di necessaria congruità e ragionevolezza dell'agire amministrativo. Si dimostra, infatti, che la scelta effettuata risponde ai medesimi criteri impiegati per tutte le ipotesi in cui al CNF siano pervenuti dal singolo distretto candidature in esubero: tra questi quello della preferenza per eventuali candidati che rivestano la carica di Presidenti dell'Ordine o possano vantare una maggiore anzianità. Il CNF– conclude il Consiglio di Stato – ha legittimamente nominato il candidato dell'Ordine di Orvieto, il quale rivestiva la carica di Presidente del relativo Ordine, preferendolo, senza incorrere nel vizio di eccesso di potere, al candidato dell'Ordine di Terni, che non poteva vantare la medesima posizione.

SANDRO SABA

T.A.R. UMBRIA – 10 settembre 2008, n. 558 – *Pres.* LIGNANI – *Est.* UNGARI – Elyo Italia Srl (avv. ti De Matteis e Merani) c. Provincia di Terni (avv. Rampini) e nei confronti di Manutencoop Spa (avv.ti Bacoccolini, Bagianti e Rizzo)

Appalti pubblici – Appalto concorso – Fornitura servizio energia – Sospensione operazioni di gara – Fattispecie – Legittimità – Sussistenza.

Appalti pubblici – Appalto concorso – Fornitura servizio energia – Scadenza termine validità offerte – Richiesta conferma dell'offerta – Insussistenza – Revocabilità del bando di gara – Esclusione.

La sospensione spontanea della gara da parte di una pubblica amministrazione, in caso di assenza nella lex specialis *di clausole che impongano un comportamento diverso non risulta illegittima in quanto la stessa rientra nell'ambito della discrezionalità propria di ciascuna amministrazione* (1).

Una volta scaduto il termine previsto nel bando di gara per la validità dell'offerta, ogni concorrente è libero di revocarla o confermarla essendo entrambe le scelte parimenti meritevoli di tutela; di conseguenza è legittimo revocare il bando di gara solo in presenza di giustificate ragioni così da non sacrificare l'interesse del concorrente che decide di restare in gara a quello di chi preferisce ritirarsi (2).

(*Omissis*). La ricorrente società Elyo Italia s.r.l. (la quale agisce anche come capogruppo mandataria della costituenda A.T.I. con General Impianti s.r.l. e Restiani s.r.l.) ha partecipato alla gara di "appalto concorso" indetta dalla Provincia di Terni nel gennaio 2006 per la fornitura del servizio energia presso vari edifici della medesima amministrazione.

Nella fase preliminare della gara è stata pronunciata l'esclusione di altre due ditte concorrenti. Ne è derivato un contenzioso definito in secondo grado all'inizio del 2008 con la conferma della esclusione di quei concorrenti.

Asserisce la ricorrente che nelle more di quel contenzioso, la procedura di gara sarebbe rimasta sospesa per circa due anni per determinazione spontanea (non formalizzata) dell'amministrazione committente. Di conseguenza non si sarebbe proceduto all'esame delle offerte. In realtà, come dedotto dalle controparti, sia in pendenza del giudizio di primo grado che di quello d'appello la commissione di gara ha normalmente proceduto alla valutazione delle offerte tecniche ed alla formazione della relativa graduatoria che vedeva collocata al primo posto l'attuale ricorrente. Solo a questo punto la commissione ha temporaneamente sospeso

l'esame delle offerte economiche, quando sembrava imminente (anche se poi i tempi si sono relativamente prolungati) la decisione definitiva del Consiglio di Stato.

Con lettera del 22 aprile 2008 la Provincia ha comunicato ai concorrenti rimasti in gara, che essendo definito il contenzioso pendente, era sua intenzione concludere l'esame delle offerte, invitando le ditte interessate a comunicare se intendessero o meno confermare le offerte già presentate. Ciò in riferimento alla clausola del bando secondo la quale le ditte concorrenti erano vincolate alle rispettive offerte per un periodo non superiore a sei mesi decorrenti dal 17 luglio 2006. Nella stessa lettera si chiariva che le offerte non confermate sarebbero state escluse dalla gara siccome non più valide.

L'attuale ricorrente ha risposto di non poter confermare la propria offerta, essendo nel frattempo cambiate le condizioni del mercato e la stessa normativa tecnica del settore, incidente, quest'ultima, sulle prestazioni inerenti al servizio.

(*Omissis*) È seguito il ricorso della Elyo Italia Spa a questo Tribunale, resistono al ricorso la Provincia di Terni e la controinteressata Manutencoop.

(*Omissis*) Va chiarito, in proposito, che l'espressione di uso corrente "termine di validità delle offerte" è relativamente impropria e fuorviante se lascia intendere che con il decorso del termine le offerte divengano oggettivamente invalide, ovvero si presumano non più rispondenti alle richieste dell'appellante, o comunque non più meritevoli di essere prese in considerazione.

Al contrario, dal punto di vista dell'appaltante le offerte restano valide. Il termine in questione – che è più opportuno chiamare "termine d'irrevocabilità delle offerte" – è stabilito nell'interesse degli offerenti, non in quello dell'appaltante. L'interesse dell'appaltante è che le offerte siano ferme; ed è per questo che le regole di gara ne sanciscono, in linea di principio, l'irrevocabilità. Il vincolo sarebbe tuttavia troppo oneroso per i concorrenti se durasse a tempo indeterminato; pertanto la norma prevede un limite di durata. Si tratta tuttavia di un termine inerente agli effetti negoziali dell'offerta, non alla procedura di gara in senso stretto; pertanto quand'anche la procedura venga formalmente sospesa esso decorre ugualmente.

A maggior ragione, il termine in parola non rimane sospeso qualora la sospensione della gara sia decisa unilateralmente dall'appaltante; trattandosi di temine stabilito nell'interesse dell'offerente, la sua durata non può essere nella disponibilità della controparte.

Del tutto correttamente, dunque, nella specie l'ente appaltante ha ritenuto che per l'insolito ritardo nella definizione della gara fosse cessato il vincolo d'irrevocabilità delle offerte. Su questo punto specifico, in effetti, non vi è controversia.

(*Omissis*) Altrettanto correttamente, dunque, la Provincia, una volta determinatasi a concludere la gara, prima di ogni altro atto ha interpellato i singoli concorrenti per sapere se intendessero confermare o meno le rispettive offerte. Era poi nella logica delle cose che uscisse dalla gara chi – non essendo più vincolato all'offerta – si fosse avvalso della facoltà di revocarla. In effetti, benché in questo caso negli atti della Provincia si sia parlato di "esclusione" delle offerte non confermate, sarebbe stato più appropriato dire che si prendeva atto del loro ritiro.

Una volta che una parte dei concorrenti (di fatto l'attuale ricorrente) si era ritirata, era, di nuovo, nella logica delle cose che la gara proseguisse tra i concorrenti rimasti.

Un simile esito sarebbe stato precluso solo da un'apposita clausola della lex specialis ovvero da una clausola che richiedesse la presenza di un numero minimo di concorrenti. Ma, a quanto pare, in questo caso non vi erano prescrizioni del genere.

(*Omissis*). Il Collegio osserva che il problema costituito dalle sopravvenienze può essere ridimensionato, alla luce della considerazione che si discute di un appalto di servizi di durata quinquennale; pertanto, se la gara si fosse svolta in tempi fisiologici dette sopravvenienze avrebbero comunque inciso sullo svolgimento del rapporto contrattuale e sulle relative prestazioni.

Eventualità di questo genere si possono considerare in qualche misura prevedibili ed è dunque normale che ciascuna delle offerte presentate sconti la possibilità di cambiamenti nelle condizioni di mercato e nelle normative tecniche.

Ma vi è di più. In questo caso, era lo stesso Capitolato speciale d'appalto, all'art. 31, a prevedere l'ipotesi di sopravvenienze normative che incidessero sulle prestazioni dell'appaltatore: con la precisazione che "resta contrattualmente convenuto che anche se tali norme o disposizioni dovessero arrecare oneri o limitazioni nello svolgimento dei compiti, non potrà essere accampato alcun diritto o ragione contro l'amministrazione contraente, essendosi di ciò tenuto conto nello stabilire i patti e i prezzi del presente capitolato".

Di nuovo emerge il carattere meramente soggettivo delle valutazioni che inducono un concorrente a revocare l'offerta e un altro a mantenerla, sicché entrambe le scelte sono parimenti legittime e meritevoli di tutela. Con la logica conseguenza che l'interesse di chi decide di restare in gara non può essere sacrificato a quello di chi preferisce ritirarsi.

È vero che rientra nei poteri dell'appaltante revocare il bando di gara, per giustificate ragioni; e che un caso tipico è quello dell'anomala durata della procedura e delle inerenti sopravvenienze.

Ma si tratta di determinazioni discrezionali, non sindacabili se non per manifesta illogicità, travisamento di fatti e simili.

Nel caso in esame, non si ravvisano vizi di tale rilevanza.

In conclusione il ricorso appare infondato nel merito ed in questa situazione si può prescindere dall'eccezione d'inammissibilità prospettata con la tesi che la ricorrente, una volta ritiratasi dalla gara, non avrebbe più né interesse né titolo per interloquire.

A questa eccezione tuttavia si potrebbe obiettare che lo scopo dichiarato e manifesto della ricorrente è quello di provocare l'integrale rinnovazione della gara al fine di potervi partecipare, e sotto questo profilo sembra difficile negarle l'interesse a ricorrere.

Per questi motivi il Tribunale amministrativo regionale dell'Umbria rigetta il ricorso (*Omissis*).

* * *

(1-2) - La vicenda in esame attiene alla partecipazione da parte di una società all'appalto concorso indetto dalla provincia di Terni nel gennaio 2006 per la fornitura del servizio di energia presso vari edifici della medesima amministrazione.

La società, infatti, veniva inizialmente collocata al primo posto nella graduatoria per l'aggiudicazione dell'appalto e successivamente, a causa dell'apertura di un contenzioso da parte di due ditte concorrenti escluse (la cui esclusione è stata tra l'altro confermata anche all'esito del giudizio) l'amministrazione decideva di sospendere la procedura, alla ripresa della quale la medesima società veniva esclusa dalla gara.

Più in particolare, la provincia, a distanza di due anni dalla sospensione spontanea, dichiarando la propria intenzione di concludere l'esame delle offerte, invitava le società concorrenti a comunicare se intendevano o meno confermare le offerte già presentate.

A questo punto la ricorrente dichiarava di non essere più in grado di riconfermare l'offerta precedentemente presentata e per tale motivo veniva esclusa dalla gara.

A fronte della propria esclusione la società decideva di ricorrere al TAR per impugnare la decisione assunta dalla provincia e per chiedere contestualmente la revoca del bando di gara al fine di offrire nuovamente a tutti i concorrenti la possibilità di presentare nuove offerte.

Nella sentenza in esame il TAR si trova dunque a dover affrontare la duplice tematica della legittimità o meno della sospensione delle operazioni di gara e della revoca del relativo bando.

Sul primo punto il Collegio osserva che non era prevista alcuna clausola che imponeva all'ente un comportamento predeterminato e che, pertanto, l'ente aggiudicatore aveva piena discrezionalità riguardo alla decisione di sospendere la gara, ragione per cui la decisione relativa alla effettiva sospensione della gara è apparsa al Collegio legittima dal punto di vista formale.

Il Collegio, inoltre, ritiene che la decisione della provincia non possa

essere contestata neppure dal punto di vista sostanziale, in quanto la conseguenza giuridica della sospensione, consistente nel ritardo nella definizione della gara e nella conseguente scadenza del termine di validità delle offerte, viene superata dal fatto che il termine sarebbe giunto a scadenza quando ancora la commissione giudicatrice era nel pieno della sua attività, sicché la successiva sospensione spontanea della procedura non è stata determinante a questo riguardo.

Pertanto, aggiunge il Collegio, lo svincolo dalle offerte si sarebbe comunque verificato a prescindere della lunga durata delle operazioni e/o da un'autosospensione.

In relazione al secondo punto il TAR analizza la pretesa della ricorrente in ordine alla richiesta di revoca del bando, cercando di evidenziare se la decisione posta in essere dalla provincia possa essere ritenuta legittima o meno.

A tal proposito, il Collegio afferma che è stato rispettato il principio della parità di trattamento e che la provincia ha comunque avuto la possibilità di vagliare un ampio ventaglio di proposte scegliendo poi, nell'interesse dell'amministrazione, la società la cui offerta garantiva maggiormente il raggiungimento dell'interesse pubblico.

Il Collegio, inoltre, evidenzia l'assenza di vizi tali da giustificare il ricorso alla revoca o all'annullamento del bando di gara, rilevando che così come è insindacabile la scelta dei concorrenti di revocare l'offerta o di confermarla, in quanto decisioni dipendenti da valutazioni strettamente soggettive, così il potere di revocare il bando di gara rappresenta una "determinazione discrezionale, non sindacabile, se non per manifesta illogicità e travisamento dei fatti".

La decisione del TAR pertanto comporta la sopravvivenza del bando di gara originario e la conseguente mancata produzione degli effetti legati al provvedimento di revoca ponendosi inoltre in linea di coerenza con quanto ritenuto dalla precedente giurisprudenza amministrativa, secondo cui in assenza di un provvedimento di aggiudicazione è pacifica la permanenza in capo alla stazione appaltante di uno spazio riservato di autonomia nella determinazione valutativa sulla revoca o meno del bando di gara, autonomia che cesserà poi solo con l'aggiudicazione definitiva.

In sostanza fino a quando non sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva rientra nella potestà discrezionale dell'amministrazione il disporre la revoca del bando di concorso e degli atti successivi, in presenza, per l'appunto, di concreti motivi di interesse pubblico, tali da sconsigliare la prosecuzione della gara (Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 19 novembre 2008, n. 5450, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

Da ciò discende che la revoca degli atti di gara e degli atti successivi deve essere disposta in funzione del principio costituzionale di buon andamento e del ripristino della legalità, laddove è necessario tutelare un interesse pubblico concreto e rilevante, e laddove diventi inopportuna la prosecuzione della gara (Cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 25 maggio 2007, n. 5694, in *www.giustizia-amministrativa.it*)

Alla luce di quanto sopra il Collegio ha dovuto valutare se l'ente era tenuto ad esercitare il proprio potere di revoca per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, di mutamento della situazione di fatto, ovvero a seguito di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, e solo dopo aver accertato l'insussistenza dei predetti presupposti ha ritenuto legittima la decisione della provincia di non revocare il bando (una ricostruzione sistematica dell'ampia bibliografia in materia di revoca si trova in VASTA, *I procedimenti di revisione*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati a sistema*, a cura di CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 331 ss.).

Il Collegio respinge il ricorso motivando la propria decisione sul fatto che la ricorrente non è stata in grado, per sopravvenuti motivi, di mantenere l'offerta precedentemente presentata, ma al pari degli altri concorrenti è stata messa nelle condizioni di decidere se riconfermare l'offerta alla luce delle mutate condizioni del mercato e della normativa tecnica incidente sul settore, con la logica conseguenza che l'interesse di chi preferisce ritirarsi non può essere sacrificato a quello di chi decide di restare in gara.

In sostanza, il Giudice amministrativo, nel valutare la legittimità del "diniego di revoca", non solo ha ricercato l'eventuale presenza, nella fattispecie, dei presupposti per l'esercizio del corrispondente potere (ora 'codificati' dall'art. 21 *quinques*, l. n. 241/90), ma ha anche tenuto correttamente conto della necessità di tutelare l'affidamento ingenerato negli altri partecipanti alla gara, posto che, nel caso di specie, la revoca del bando avrebbe potuto creare un *vulnus* all'affidamento di coloro che avevano mantenuto ferme le proprie offerte (la decisione si pone dunque in linea di continuità anche con la recente sentenza del Cons. St., sez. V, 21 giugno 2007, n. 3384, in *www.lexitalia.it* secondo cui in tema di appalti si deve raccogliere l'orientamento giurisprudenziale che interpreta la disciplina di gara tutelando gli interessati di buona fede, salvaguardando così l'ammissibilità delle offerte e consentendo la maggiore partecipazione di offerenti, attesa la duplice necessità di tutelare sia l'affidamento ingenerato nelle imprese partecipanti, sia l'interesse pubblico al più ampio possibile confronto concorrenziale, al fine di ottenere le prestazioni richieste ad un prezzo quanto più vantaggioso, in termini qualitativi e quantitativi, per l'amministrazione).

SIMONA BARBETTI

T.A.R. UMBRIA – 25 novembre 2008, n. 788 – *Pres.* LIGNANI - *Est.* UNGARI – Societa' Centro Assicurazioni S.n.c. (avv. Malfatto) c. Equitalia Perugia S.p.A (avv. Galligari)

Accesso ai documenti amministrativi – Diritto di ottenere il rilascio di copia conforme – Sussistenza – Possibilità esclusione – Solo in presenza di disposizioni in senso contrario o per motivate ragioni (art. 26, comma 4, d.p.r. n. 602/1973)

In materia di diritto di accesso ai documenti amministrativi si deve ritenere che, tutti gli atti di cui è consentita la visione possano, altresì, essere rilasciati in copia conforme (purché a spese del richiedente) salvo che non vi ostino puntuali disposizioni in contrario ovvero motivate ragioni inerenti ad es. al carattere specialmente riservato dei documenti. Tali ragioni non sussistono, tuttavia, allorché i dati contenuti nei documenti in parola riguardino esclusivamente la stessa parte richiedente.

1- La ricorrente ha chiesto inutilmente (lettera raccomandata del 25 febbraio 2008 pervenuta all'intimato il 17 marzo 2008 e mai riscontrata) il rilascio di una copia conforme:

- del ruolo sulla base del quale era stata emessa la cartella di pagamento numero 080 2003 00375668 69 000;
- della cartella stessa e della inerente relata di notifica.

Ricorre ora, al di là della formulazione lessicale del ricorso, per l'accesso ai documenti suddetti ex art. 25 L. n. 241/1990.

2- La resistente Equitalia s.p.a. controdeduce sostenendo, in estrema sintesi e tenendo conto della discussione in camera di consiglio:

- di non essere in grado di consegnare il ruolo giacché concernente anche terze persone e trasmessole solo in via telematica dall'Agenzia delle Entrate e di poter fornire solo un estratto del medesimo, prodotto in camera di consiglio;
- di non essere in possesso di un "originale" della cartella esattoriale giacché l'unico originale della stessa è quello consegnato al contribuente;
- di aver notificato regolarmente la cartella medesima; notifica della quale ha prodotto l'inerente relata; *(Omissis).*

I documenti prodotti da Equitalia sono:

(a) un estratto del ruolo, contenente tutti i dati (le date di formazione, di esecutività e di trasmissione del ruolo; le generalità del debitore; gli importi – rispettivamente a titolo di capitale e a titolo di interessi – dettagliati per tributo e anno di riferimento; il numero della cartella esattoriale, etc.) relativi al debito della ricorrente; vi è anche l'atte-

stazione che l'estratto corrisponde ai documenti informatici trasmessi dall'Agenzia delle Entrate;

(b) una fotocopia della relazione di notifica dalla quale si evince che la cartella esattoriale n. . 080-2003-00375668-69-000 è stata notificata il 16 luglio 2004 a mani proprie del legale rapresentante della società ricorrente, il quale ha controfirmato la relazione stessa. *(Omissis).*

9. La ricorrente, peraltro, ha chiesto altresì che si affermi l'obbligo di Equitalia di rilasciare i documenti in questione in copia conforme.

Quest'ultima domanda appare fondata, ed in relazione ad essa permane l'interesse a ricorrere, in quanto Equitalia ha sostenuto in giudizio di non essere tenuta a rilasciare copie conformi, visto che l'art. 26, quarto comma, del d.P.R. n. 602/1973 parla di esibizione e non di rilascio di copia. Si deve però ritenere che, in linea di principio, tutti gli atti di cui è consentita la visione possano altresì essere rilasciati in copia conforme (beninteso a spese del richiedente) salvo che non vi ostino puntuali disposizioni in contrario ovvero motivate ragioni inerenti ad es. al carattere specialmente riservato dei documenti; ragioni che, peraltro, in questo caso è impossibile ravvisare perché i dati contenuti nei documenti in parola riguardano esclusivamente la stessa parte richiedente.

Si deve dunque dichiarare l'obbligo di Equitalia di rilasciare alla parte ricorrente (a spese di quest'ultima) copia conforme dei documenti esibiti.

T.A.R. UMBRIA – 10 dicembre 2008, n. 808 – *Pres.* LIGNANI – *Est.* UNGARI – Veschini (in giudizio di persona) c. Comune di Marsciano (non costituito in giudizio)

Accesso ai documenti amministrativi – Rapporto fra diritto di accesso e diritto alla riservatezza dei terzi – Giudizio di bilanciamento – Un caso di richiesta di accesso alla documentazione anche in forma cifrata o codificata – Non è necessario (art. 3, d.p.r. 12 aprile 2006 n. 18)

Non sussiste una situazione di conflitto tra diritto di accesso e tutela della privacy, tale da imporre un giudizio di bilanciamento tra i contrapposti interessi, laddove il ricorrente dichiari di aver interesse ad accedere alla documentazione contenente dati sensibili di terzi soggetti anche in forma cifrata o codificata; ciononondimeno, in sede di esecuzione della sentenza resa nel giudizio di ottemperanza al giudicato favorevole sull'accesso, l'Amministrazione, prima di effettuare l'esibizione e l'eventuale riproduzione dei documenti, sarà tenuta ad applicare l'art. 3, D.P.R. 12 aprile 2006 n. 184, dando comunicazione ai potenziali controinteressati all'accesso e valutando le loro eventuali opposizioni.

1. Questo Tribunale, con sentenza 30 maggio 2008, n. 224, ha accolto parzialmente un ricorso dell'odierno ricorrente, volto ad ottenere l'accesso agli atti del Comune di Marsciano concernenti i criteri di concessione dei sussidi previsti dalla legge regionale 3/1997, i nominativi dei beneficiari di detti sussidi per gli anni 2003-2008 ed i relativi punteggi. Con tale pronuncia, sulla base del rilievo secondo cui "in linea di principio (e salve le eventuali limitazioni o preclusioni che dovessero essere individuate dall'amministrazione competente), non ravvisa motivo per negare l'accesso richiesto", il Tribunale ha affermato il diritto del ricorrente ad ottenere l'esibizione della documentazione suddetta, "nel rispetto della tutela dei soggetti ai quali si riferisce".

2. In esecuzione della sentenza, il Comune di Marsciano ha depositato la nota prot. 19522 in data 1 luglio 2008, con la quale:

- ha trasmesso in allegato gli elenchi dei contributi, anno per anno, peraltro "riportati in forma anonima nel rispetto della tutela dei soggetti interessati e nel rispetto della vigente normativa sulla privacy";

- ha affermato che, in mancanza di uno specifico regolamento in materia di concessione dei benefici economici previsti dalla l.r. 3/1997, a seguito della presentazione della domanda, "l'assistente sociale determina il contributo economico sia in base ad una analisi oggettiva della situazione economica, sia, indicandone la motivazione, in base ai propri strumenti professionali ed alla conoscenza del caso. L'importo dei contributi è determinato sulla base di documentate esigenze del nucleo familiare. Per completare il quadro sullo stato di bisogno del richiedente il Servizio Sociale può eseguire visite domiciliari e prendere in considerazione i parenti che ai sensi dell'art. 433 del codice civile sono obbligati agli alimenti".

3. Il ricorrente ritiene che detta documentazione non soddisfi il suo diritto all'accesso, in quanto è incompleta, o comunque indecifrabile, e chiede che il Tribunale disponga l'esecuzione della predetta sentenza. *(Omissis).*

3.2. Ciò premesso, il Collegio rileva che la risposta di cui alla nota prot. 19522/2008, risulta effettivamente incompleta, sotto due distinti profili:

- in quanto, pur menzionando la metodologia di valutazione delle domande ed i criteri di massima utilizzati per la concessione, non indica le specifiche motivazioni delle valutazioni, che afferma effettuate dall'assistente sociale, ovvero i punteggi assegnati a supporto della concessione dei diversi contributi elencati;

- in quanto non indica i nomi dei beneficiari. Va peraltro sottolineato che il ricorrente non chiede di conoscere i nomi dei beneficiari

- i quali, a suo dire, possono rimanere cifrati o codificati - bensì gli

elementi di bisogno e le altre caratteristiche soggettive ed oggettive riscontrate, che hanno condotto il Comune ad attribuire i benefici. In questa prospettiva, il Collegio ritiene fondata la domanda di esecuzione presentata dal ricorrente. *(Omissis).*

Nel caso in esame, tra i dati relativi agli elementi che hanno dato origine alla concessione dei contributi ai soggetti bisognosi vi sono, realisticamente, anche dati relativi allo stato di salute, cioè dati sensibili ai sensi del citato articolo 60. E sull'accessibilità di questi si potrebbe discutere. Tuttavia, nel caso in questione, una ineludibile situazione di conflitto tra accesso e privacy, tale da richiedere il predetto giudizio di bilanciamento, e da giustificare la limitazione dell'accesso implicitamente imposta al ricorrente, non sembra rinvenibile in concreto, poiché il ricorrente dichiara di aver interesse ad accedere agli elenchi anche in forma cifrata o codificata.

4. Deve dunque ordinarsi al Comune di Marsciano di dare esecuzione integrale alla sentenza n. 224/2008, consentendo l'accesso del ricorrente agli atti che contengono, con riferimento ai contributi concessi ed indicati negli elenchi, gli elementi suindicati (motivazioni, punteggi, elementi soggettivi ed oggettivi apprezzati).

Peraltro, il Comune di Marsciano, nel dare esecuzione a quanto ordinato, è tenuto comunque ad applicare l'articolo 3 del d.P.R. 184/2006, dando comunicazione ai controinteressati e valutando le loro eventuali opposizioni all'accesso, prima di effettuare l'esibizione e la eventuale riproduzione dei documenti. In tal modo, le eventuali esigenze di tutela da parte dei concessionari dei contributi, quali potenziali controinteressati all'accesso, potranno eventualmente essere fatte valere in quella sede, e nelle sedi giurisdizionali conseguenti.

(1-2) L'accesso ai documenti amministrativi fra modalità di esercizio del diritto e tutela della riservatezza dei terzi controinteressati.

Con la prima sentenza in commento, la n. 788 del 25 novembre 2008, i giudici del TAR Umbria si sono pronunciati in merito al tema, invero centrale, dell'oggetto del diritto di accesso e delle modalità concrete di esercizio del medesimo diritto [(1)].

[(1)] Sul punto, si rimanda alla vastissima produzione scientifica che caratterizza la materia. In particolare, si segnala: Villata, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 538 ss.; Labriola, *Segreto di Stato*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1989, 1029 ss.; Mazzamuto, *Sul diritto di accesso nella l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm.*, 1992, 1579 ss.; Figorilli, *Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali del diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 206 ss.; Arena, *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1995, 1 ss.; Caramazza, *Dal principio di segretezza al principio di trasparenza.*

In particolare, la fattispecie da cui prende le mosse la richiamata decisione concerne il diniego opposto dalla società Equitalia s.p.a. (concessionaria del servizio di riscossione dei tributi e come tale soggetta alla disciplina sul diritto di accesso di cui agli artt. 22 e ss. della l. 7 agosto 1990, n. 241) sull'istanza del contribuente privato avente ad oggetto il rilascio di copia conforme all'originale dei documenti di cui quest'ultimo domandava l'ostensione.

A fronte di tale specifica richiesta, difatti, la società concessionaria ha sostenuto in giudizio di non essere tenuta a rilasciare copie conformi dei documenti offerti in visione in virtù dell'art. 26, comma 4, del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602 ("*Disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito*"), il quale parla esclusivamente di "*esibizione*" e non di rilascio di copia. In sostanza, secondo la parte resistente, la disciplina di settore, in deroga alla previsione generale di cui all'art. 22 della l. n. 241/1990, legittimerebbe l'Amministrazione (e, nel caso specifico, la società concessionaria) a limitare l'esercizio del diritto d'accesso alla mera visione del documento considerato, con l'esclusione della possibilità, per il soggetto istante, di ottenere il rilascio di una copia conforme del documento medesimo.

Una simile ipotesi ricostruttiva, tuttavia, non può essere condivisa. Come correttamente affermato dal Collegio, difatti, sussiste nell'ordinamento un principio generale per cui ‹‹tutti gli atti di cui è consentita la visione possano altresì essere rilasciati in copia conforme››. Tale principio, peraltro, è espressamente sancito sia dal disposto di cui all'art. 22 della l. n. 241/1990, laddove si afferma che per ‹‹diritto di accesso›› si intende ‹‹il diritto degli interessati di prendere visione ed estrarre copia di documenti

---

Principi generali di una riforma, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 941 ss.; Cuocolo, *Commento all'art. 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241*, in Italia - Bassani, *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Milano, 1995, 544 ss.; Romano Tassone, *A chi serve il diritto di accesso?*, in *Dir. amm.*, 1995, 315 ss.; L. A. Mazzarolli, *L'accesso ai documenti della Pubblica Amministrazione*, Padova, 1998, 148 ss.; Bellomia, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi e i suoi limiti*, Milano, 2000, 55 ss.; M. A. Sandulli, *Accesso alle notizie ed ai documenti amministrativi*, in *Enc, dir.*, *Agg.*, IV, Milano, 2000, 1 ss.; Bartolini, *Pubblicità delle informazioni e diritti di accesso*, in Cavallo, *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2001, 223 ss.; Franco, *Il nuovo procedimento amministrativo*, Padova, 2001, 172 ss.; Caringella - Garofoli - Sempreviva, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2003, 369 ss.; Garri, *Commento all'art. 24*, in Italia, *L'azione amministrativa*, Milano, 2005, 1014 ss.; Arena-Bombardelli, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in Cerulli Irelli, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 423 ss.; Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 439 s.; Figorilli, *Art.* 25, in Bartolini, Fantini, Gi. Ferrari (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 714 ss.; Russo, *Oggetto e funzione dell'accesso agli atti dei pubblici poteri nella l. 15/2005, suoi limiti, sua reclamabilità*, in *www. giustamm.it.*

amministrativi», sia dal successivo art. 25, in virtù del quale «il diritto di accesso si esercita mediante esame ed estrazione di copia dei documenti amministrativi, nei modi e con i limiti indicati dalla presente legge», mentre l'art. 7, comma 1, del d.p.r. 12 aprile 2006, n. 184 ("Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi"), stabilisce che «l'atto di accoglimento della richiesta di accesso contiene l'indicazione […] di un congruo periodo di tempo […] per prendere visione dei documenti o per ottenerne copia» [(2)].

Ne discende che, secondo la fonte normativa primaria e secondaria, il contenuto minimo del diritto di accesso è rappresentato non solo dalla facoltà di prendere visione della documentazione detenuta dall'Amministrazione, ma anche dalla facoltà di ottenere il rilascio di una copia conforme all'originale del documento desiderato. In buona sostanza il legislatore, mediante la richiamata normativa, avrebbe inteso, come rilevato in dottrina, stabilire «un legame inscindibile tra i due aspetti in cui si sostanzia l'accesso: la visione e l'estrazione di copia» [(3)].

Tuttavia, i giudici umbri, pur avendo riaffermato che, in linea generale, i documenti di cui è consentita la visione possono altresì essere rilasciati in copia conforme, hanno ritenuto di dover individuare un temperamento all'operatività di siffatto principio. In particolare, secondo quanto affermato dalla pronuncia in commento, tale principio opera *«salvo che non vi ostino puntuali disposizioni in contrario ovvero motivate ragioni inerenti ad es. al carattere specialmente riservato dei documenti»*.

Di conseguenza, a giudizio del Collegio parrebbe sussistere, da un lato, la possibilità per il legislatore di prevedere, nell'ambito della disciplina speciale di settore, apposite deroghe al principio considerato, nel senso di limitare l'esercizio dell'accesso alla mera presa visione del documento e, dall'altro, addirittura una facoltà speculare dell'Amministrazione, in sede di valutazione dell'istanza di accesso, che legittimerebbe quest'ultima a negare il rilascio di una copia del documento, qualora trattasi di atti dal «carattere specialmente riservato».

Alla luce del dato normativo e della giurisprudenza prevalente, tuttavia, tale impostazione non può essere del tutto condivisa. Difatti, se è pur vero che il legislatore nazionale potrebbe introdurre, mediante «puntuali disposizioni», nel rispetto del fondamentale principio di ragionevolezza, una deroga al principio considerato, disponendo l'esclusione per determinate

---

(2) Per un commento all'art. 7 del d.p.r. n. 184/2006 si veda: Tomei, *La nuova disciplina dll'accesso ai documenti amministrativi*, Padova, 2007; F. Pubusa, *Prime considerazioni sul d.p.r. 184/2006*, in *Dir. e processo amm.*, 2007, 199; Russo, *Art. 7 d.p.r. 184/2006*, in Bartolini, Fantini, Gi. Ferrari (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 823 ss.

(3) Cfr. Spezzati, *art. 22*, in Bartolini, Fantini, Gi. Ferrari (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 669.

categorie di atti della possibilità di estrarre copia del documento, altrettanto non sembra potersi dire per le singole Amministrazioni.

In primo luogo va rilevato, secondo quanto già segnalato dai giudici di Palazzo Spada, come per un corretto inquadramento della questione sia necessario anzitutto far riferimento al dato letterale degli artt. 22 e 25 della l. n. 241/1990, laddove si prevede ‹‹l'esame e l'estrazione di copia come modalità congiunte dell'esercizio del diritto, senza richiamare deroghe o eccezioni di sorta››, mentre ‹‹i casi di impedimento al diritto di accesso sono, invece, ricondotti all'esclusione o al differimento›› (Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 1999, n. 1627, in senso conforme si vedano anche: TAR Campania, sez. V, 2 luglio 2008, n. 6673; TAR Puglia, sez. II, 27 luglio 2007, n. 3016; TAR Lazio, sez. III, 30 marzo 2006, n. 2212). Pertanto, nell'ambito della disciplina normativa del diritto di accesso non sembra possibile rinvenire alcuna base testuale sulla quale fondare la configurabilità in capo all'Amministrazione della facoltà di disporre deroghe al diritto dell'interessato di ottenere il rilascio di copia della documentazione visionata.

Senza contare che, in tal modo, si finirebbe per attribuire all'Amministrazione medesima un potere discrezionale, di ampiezza peraltro indefinita, in ordine alla individuazione ed alla valutazione circa la sussistenza di tali ‹‹*motivate ragioni*›› che legittimerebbero la limitazione del diritto di accesso alla semplice visione del documento. Volendo aderire ad una simile impostazione, tuttavia, si rischierebbe di vanificare il contenuto stesso del diritto di accesso così come consacrato nella l. n. 241/1990, laddove esso, secondo quanto già osservato, risulta qualificato dall'inscindibile binomio rappresentato dalla visione del documento e dalla conseguente estrazione di copia. L'Amministrazione, difatti, si troverebbe a godere di un'ampia libertà di apprezzamento, peraltro sindacabile solo sotto il profilo della logicità e ragionevolezza, in ordine alla concessione o meno all'interessato del diritto di ottenere il rilascio di copia conforme degli atti oggetto di ostensione, essendo esclusivamente tenuta, in sede di motivazione, a specificare l'esistenza delle ragioni che eventualmente ostino all'esercizio dell'accesso in forma "completa".

Una simile prospettazione, pertanto, appare palesemente inaccettabile, dal momento che, non trovando alcun appiglio nel dato normativo, finisce di fatto per introdurre una deroga di fonte giurisprudenziale alla disciplina di legge.

Peraltro, va rilevato come non sia dato comprendere cosa abbia voluto intendere il TAR Umbria quando parla di documenti dal carattere *"specialmente riservato"*, non essendo verosimile immaginare un riferimento ai documenti c.d. "riservati", ossia coperti da segreto, essendo tali documenti *ex se*, inostensibili. In verità, dalla lettura della pronuncia sembrerebbe emergere che i giudici abbiano inteso riferirsi ai documenti contenenti informazioni la cui conoscenza da parte del richiedente possa ledere il diritto alla riservatezza dei terzi, come si evince laddove si afferma che, nel caso esaminato, i documenti offerti in esibizione non possedevano siffatto ‹‹*ca-*

rattere specialmente riservato›› poiché i dati in essi contenuti ‹‹*riguardano esclusivamente la stessa parte richiedente*››.

Inoltre, v'è da dire che, anche qualora in sede di accesso venisse in rilievo il diritto alla tutela della privacy di soggetti terzi, tale diritto dovrebbe essere in ogni caso garantito e tutelato esclusivamente nelle forme prescritte dalla disciplina di cui all'art. 24, comma 7, della l. n. 241/1990 [4] , la quale, come noto, non contempla la facoltà per l'Amministrazione di limitare l'accesso alla mera esibizione del documento. In tali ipotesi, difatti, l'unico strumento legittimo ed efficace ai fini della tutela della privacy è rappresentato semplicemente dal diniego di accoglimento dell'istanza di accesso, che la P.A. può opporre all'interessato qualora, all'esito di un giudizio di bilanciamento fra opposti interessi, il diritto di quest'ultimo risulti "cedevole" rispetto a quello del terzo controinteressato.

D'altro canto, anche a voler ammettere una simile possibilità, resta pur vero, come autorevolmente affermato dal Consiglio di Stato, che ‹‹*il preteso scorporo della facoltà di esame del documento da quella di estrazione di copia non sarebbe idoneo a tutelare nessuno dei confliggenti interessi in gioco: non quello alla riservatezza dei terzi, giacché il richiedente avrebbe, comunque, conoscenza del documento; non quello alla difesa del richiedente, che in mancanza della copia del documento non potrebbe finalizzarne l'accesso ad un uso giuridico*›› (v. Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 1999 n. 1627).

Sotto questo profilo, pertanto, la soluzione prospettata dai giudici del TAR nostrano si rivela, oltreché difficilmente giustificabile dal punto di vista strettamente giuridico, scarsamente utile sul piano pratico.

La seconda sentenza in rassegna, invece, pronunciata nel giudizio di ottemperanza di una precedente decisione del collegio umbro avente ad oggetto l'esibizione, da parte del Comune di Marsciano, degli atti concernenti i criteri di concessione dei sussidi previsti dalla legge regionale n. 3/1997, affronta il tema del delicato rapporto fra il diritto di accesso e la tutela del diritto alla riservatezza del terzo controinteressato.

In particolare, la sentenza di merito aveva dichiarato il diritto del ricorrente ad ottenere l'ostensione della documentazione suddetta, ‹‹*nel rispetto della tutela dei soggetti ai quali si riferisce*››. In esecuzione della sentenza l'Amministrazione si limitava all'esibizione degli elenchi dei contributi, gli elenchi dei contributi, anno per anno, ‹‹*peraltro riportati in forma anonima nel rispetto della tutela dei soggetti interessati e nel rispetto della vigente normativa sulla privacy*››. Il privato, tuttavia, ritenendo incompleta tale documentazione, provvedeva ad agire in ottemperanza per l'esecuzione della predetta pronuncia.

Nel giudizio di ottemperanza il TAR Umbria ha ritenuto ancora una volta fondato il ricorso del privato, stante l'effettiva incompletezza della do-

---

[4] Che a sua volta rinvia all'art. 60 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

cumentazione offerta in visione, in quanto quest'ultima, «*pur menzionando la metodologia di valutazione delle domande ed i criteri di massima utilizzati per la concessione, non indica le specifiche motivazioni delle valutazioni, che afferma effettuate dall'assistente sociale, ovvero i punteggi assegnati a supporto della concessione dei diversi contributi elencati*».

Tuttavia, una volta acclarata la concreta necessità di procedere ad un'integrazione dei documenti offerti in visione, mediante l'indicazione dei dati concretamente utilizzati dall'Amministrazione ai fini delle valutazioni inerenti la determinazione dei punteggi per l'assegnazione dei contributi, il collegio rileva che «*nel caso in esame, tra i dati relativi agli elementi che hanno dato origine alla concessione dei contributi ai soggetti bisognosi vi sono, realisticamente, anche dati relativi allo stato di salute, cioè dati sensibili*».

Di conseguenza, il punto nodale della pronuncia viene ad essere rappresentato dal conflitto fra l'esercizio del diritto d'accesso del ricorrente ai dati personali di natura "sensibile" dei soggetti destinatari dei contributi economici e la tutela del diritto alla riservatezza di quest'ultimi. Tale evenienza è disciplinata, come puntualmente ricordato nella decisione, dall'art. 60 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 ("*Codice in materia di protezione dei dati personali*"), il quale stabilisce che, qualora l'istanza di accesso ricada su documenti idonei a rivelare lo stato di salute di terzi [5], l'accesso è possibile solo se lo specifico diritto che il richiedente deve far valere o difendere è di rango almeno pari a quello della persona cui si riferiscono i dati stessi, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile (cfr., Cons. St., sez. VI, 26 aprile 2005, n. 1896).

Ne discende, pertanto, che, ogniqualvolta l'esercizio del diritto di accesso entri in conflitto, nell'ipotesi concreta, con il diritto del terzo controinteressato a mantenere la riservatezza sui propri dati sensibili, quali quelli afferenti alle condizioni di salute, l'Amministrazione si troverà oberata dal non facile compito di operare una valutazione comparativa fra i contrapposti interessi

---

[5] Sul tema del delicato rapporto fra diritto di accesso e tutela della privacy si veda: Clarich, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 430; Tarullo, *Diritto di accesso ai documenti amministrativi e tutela della riservatezza: un difficile rapporto,* in *Jus*, 1996, 209; Occhiena, *Diritto di accesso, atti di diritto privato e tutela della riservatezza dopo la legge sulla privacy*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 407; Bombardelli, *Nuovi orientamenti giurisprudenziali sul rapporto fra diritto di accesso e riservatezza*, in *Gior. dir. amm.*, 1999, 547; Giacchetti, *Accesso e riservatezza: separati in casa*, in *Cons. St.*, 2004, II, 463; Lipari, *Riservatezza e accesso ai documenti: le questioni aperte*, in *Corr. merito*, 2007, 1333; Cirillo, *Diritto all'accesso e diritto alla riservatezza: un difficile equilibrio mobile*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cimini, *Art. 60 d.lgs. 196/2003*, in Bartolini, Fantini, Gi. Ferrari (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 898 ss.

dei soggetti privati, onde stabilire a quale fra di essi debba accordarsi, nel caso specifico, prevalenza.

Sul punto, peraltro, vale la pena sottolineare come, la scelta stessa del legislatore di riservare all'Amministrazione procedente una simile attività valutativa, avente per oggetto un'opera di bilanciamento fra interessi di natura strettamente privata, si riveli già di per sé fortemente criticabile, laddove attribuisce alla P.A. l'esercizio di una funzione solo formalmente amministrativa, ma sostanzialmente giurisdizionale, e come tale del tutto estranea alle attribuzioni ad essa proprie.

Ad ogni modo, nel caso in esame, come correttamente rilevato dal collegio, ‹‹*una ineludibile situazione di conflitto tra accesso e privacy, tale da richiedere il predetto giudizio di bilanciamento, e da giustificare la limitazione dell'accesso implicitamente imposta al ricorrente, non sembra rinvenibile in concreto, poiché il ricorrente dichiara di aver interesse ad accedere agli elenchi anche in forma cifrata o codificata*››, ovverosia con modalità tali da consentire, mediante il ricorso all'anonimato, di mantenere il riserbo sull'identità dei soggetti cui i dati sensibili si riferiscono.

Pertanto, la pronuncia in commento contiene l'importante e condivisibile principio secondo il quale la tutela dell'interesse alla riservatezza del terzo controinteressato all'accesso può essere comunque tutelato e garantito per mezzo della schermatura o cifratura dell'identità del titolare dei dati sensibili contenuti nel documento oggetto di accesso.

Di tal guisa, tuttavia, non si capisce per quale oscura ragione i giudici amministrativi abbiano ritenuto pur sempre necessario, da parte dell'amministrazione in sede di esecuzione dell'obbligo di ostensione degli atti richiesti, di darne ‹‹*comunicazione ai controinteressati*››, ‹‹*valutando le loro eventuali opposizioni all'accesso, prima di effettuare l'esibizione e la eventuale riproduzione dei documenti*››, in palese contraddizione con la predetta modalità di esibizione in forma "anonima" del documento. Difatti, se è vero, come affermato dai giudici, che ogniqualvolta l'istanza di accesso sia formulata in modo tale da consentire l'esibizione del documento in forma cifrata o codificata non si verifica, in concreto, quella situazione di conflitto tra interessi privati potenzialmente lesiva del diritto alla privacy del terzo cui i dati riservati ineriscono, non sembra sussistere ragione alcuna per riaffermare la necessità della previa notifica dell'istanza al controinteressato.

L'istituto della notifica, così come disciplinato dall'art. 3 del d.p.r. n. 184/2006, infatti, risponde proprio all'esigenza di notiziare il terzo potenziale controinteressato rispetto alla domanda di accesso, al fine di consentirgli di opporsi all'ostensione del documento contenente informazioni idonee a pregiudicare il suo diritto alla riservatezza. Attraverso la notifica, pertanto, non solo si rende noto al controinteressato l'esistenza di una richiesta di accesso nei confronti di atti contenenti dati personali di quest'ultimo, ma si permette, altresì, ad esso di intervenire nel relativo procedimento in chiave oppositiva al fine di orientare la determinazione dell'Amministrazione in senso sfavorevole al soggetto istante.

Nella pratica, dunque, l'intervento del terzo a seguito della notifica sarà finalizzato ad influire su quel giudizio di bilanciamento fra interessi contrapposti che l'Amministrazione è tenuta ad effettuare in presenza di documenti contenenti dati personali sensibili, in modo da persuadere l'autorità procedente ad accordare prevalenza al diritto alla riservatezza, mediante l'emanazione di un provvedimento di diniego sull'istanza di accesso. Giudizio che, tuttavia, per espressa affermazione dei giudici nel caso di specie non ricorre.

Infatti, nell'ipotesi considerata, l'esercizio dell'accesso in forma "anonima" è ritenuto tale, *ex se*, da precludere ogni possibilità di lesione del diritto alla riservatezza dei soggetti titolari dei dati sensibili contenuti nei documenti richiesti, e pertanto non si vede quale interesse possano avere quest'ultimi di ricevere comunicazione dell'accesso medesimo. Né è dato comprendere sulla base di quale presupposto i soggetti terzi possano avere interesse a proporre eventuali opposizioni all'istanza d'accesso.

Ne discende, di tutta evidenza, che la pronuncia in commento, nel pur lodevole intento di garantire la "massimizzazione" delle fondamentali esigenze di tutela della riservatezza dei terzi controinteressati, abbia finito, tuttavia, per contraddire se stessa, sconfessando, di fatto, le medesime premesse dalle quali aveva preso avvio l'*iter* logico seguito dai giudici.

In conclusione, dalla lettura combinata delle due sentenze del TAR umbro emerge come, a vent'anni dall'emanazione della l. n. 241/1990, che ha consacrato il principio di trasparenza fra i principi cardine dell'attività amministrativa, permangono in ordine alle concrete modalità di esercizio del diritto di accesso significative incertezze, testimoniate, peraltro, anche dall'elevato livello del relativo contenzioso. In tale ottica, l'opera ermeneutica portata avanti, non senza imbarazzanti ripensamenti e contraddizioni, dal giudice amministrativo, si rivela di fondamentale importanza al fine di conseguire l'obiettivo di una definitiva sistemazione e "stabilizzazione" dell'istituto, in ossequio a fondamentali esigenze di certezza del diritto.

Purtuttavia, come dimostrano anche i rilievi critici poc'anzi formulati in merito alle decisioni del giudice umbro, tale obiettivo, purtroppo, non può dirsi ancora raggiunto.

ALESSANDRO FORMICA

T.A.R. UMBRIA – 25 novembre 2009, n. 736 – *Pres.* LIGNANI – *Est.* FANTINI – Studio Associato Architetti Oliva ed Euctene S.r.l. (Avv. Calzoni) c. Comune di Città di Castello (Avv. Bartolini) e nei confronti di Cooprogetti S.c. a r.l. (Avv. Marchetti).

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica – Provvedimento di esclusione da gara di appalto – Ricorso giurisdizionale – Provvedimento di aggiudicazione di gara d'appalto – Rapporto di pregiudizialità-dipendenza – Esclusione (art. 295 c.p.c.).

Nel caso in cui venga impugnato con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica il provvedimento di esclusione da una gara di appalto e, nelle more della decisione del Consiglio di Stato, il provvedimento di aggiudicazione di fronte al TAR è esclusa l'applicabilità dell'art. 295 c.p.c., sia in ragione della connotazione giuridica del ricorso straordinario, sia in considerazione della mancanza di un nesso di consequenzialità necessaria tra i due provvedimenti (1).

FATTO - L'associazione professionale e la società ricorrenti, rispettivamente mandataria e mandante di un costituendo R.T.P., impugnano la determina dirigenziale n. 547 del 7 aprile 2009 con cui il Comune di Città di Castello ha affidato il servizio di redazione della variante generale al P.R.G.-Parte strutturale al costituendo R.T.P. Cooprogetti, chiedendo altresì il risarcimento dei danni.

(*Omissis*). Si sono costituiti in giudizio il Comune di Città di Castello e la controinteressata Cooprogetti s.c.a r.l. argomentatamente chiedendo la reiezione del ricorso; l'Amministrazione ha anche chiesto la sospensione del processo ai sensi dell'art. 295 del c.p.c. per la pendenza di un ricorso straordinario avverso un atto presupposto (l'esclusione del R.T.P. Formae società cooperativa) rispetto al provvedimento di aggiudicazione oggetto del presente gravame.

(*Omissis*). DIRITTO - 1. - Può essere anzitutto disattesa l'istanza dell'Amministrazione resistente di sospensione del processo ai sensi dell'art. 295 del c.p.c., motivata nell'assunto della pendenza di un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto dal R.T.P. con mandataria la società cooperativa Formae avverso la propria esclusione dalla gara, provvedimento presupposto rispetto all'aggiudicazione in questa sede gravata.

Occorre invero considerare che la sospensione "propria" del processo si collega alla necessità od opportunità di attendere la definizione di un processo diverso, ma avente un oggetto connesso per pregiudizialità-dipendenza, nel senso che la situazione giuridica trattata nel processo

pregiudiziale è elemento della fattispecie della situazione trattata nel processo dipendente o pregiudicato.

La sospensione del processo dipendente appare dunque essenzialmente finalizzata ad evitare possibili conflitti logici tra giudicati.

Ora, appare anzitutto problematica l'applicabilità dell'art. 295 del c.p.c. in caso di pendenza di un ricorso straordinario al Capo dello Stato in ragione della connotazione giuridica di detto rimedio, cui è tradizionalmente riconosciuta natura amministrativa, pur essendo alternativo al ricorso giurisdizionale (in termini, TAR Lombardia, sez. IV, 26 novembre 2008, n. 5651, nonché Cass., sez. II, 24 febbraio 1988, n. 1973). Non può peraltro tacersi che una parte della giurisprudenza ammette la sospensione del processo amministrativo anche in pendenza del ricorso straordinario, in quanto si conclude con un atto di definizione della controversia non suscettibile di essere annullato, revocato o riformato dall'Amministrazione, anche se inidoneo ad acquisire l'autorità di "cosa giudicata" (in termini TAR Toscana, sez. II, 15 marzo 2000, n. 451; Cons. St., sez. V, 17 marzo 1998, n. 301). E va aggiunto che il più recente trend normativo appare orientato nel senso di accentuare la dimensione paragiurisdizionale del rimedio in esame, come dimostrato dal fatto che l'art. 69 della recente legge 18 giugno 2009, n. 69, riformando l'art. 13 del d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199, riconosce al Consiglio di Stato, in sede di rilascio del prescritto parere, la natura di giudice *a quo*, con possibilità di sollevare l'incidente di costituzionalità, allorché «il ricorso non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale che non risulti manifestamente infondata».

1.1 - In ogni caso nella vicenda controversa difetta il presupposto del vincolo della pregiudizialità-dipendenza in senso stretto, in quanto il rapporto tra esclusione ed aggiudicazione relative ad una gara di appalto, pur descrivendo un'ipotesi di illegittimità derivata, non dà luogo alla caducazione automatica, riservata dalla più attenta giurisprudenza a quelle situazioni in cui sussista un rapporto di presupposizione-conseguenzialità tra atti immediata, diretta e necessaria, nel senso che l'atto successivo si pone come inevitabile conseguenza di quello precedente (Cons. Stato, sez. VI, 11 febbraio 2002, n. 785; sez. V, 4 maggio 2005, n. 2168; TAR Umbria, 29 dicembre 2005, n. 674).

Consegue da ciò l'onere di impugnare, dopo l'esclusione, anche l'aggiudicazione, sia pure con censure di illegittimità derivata, onde evitare il consolidarsi dell'atto terminale del procedimento di gara.

L'assenza di un rapporto di consequenzialità necessaria tra esclusione ed aggiudicazione esclude anche la pregiudizialità tra il ricorso straordinario ed il presente giudizio, non risultando documentato né allegato, ad oggi, neppure l'esperimento, nella sede astrattamente pregiudiziale, del ricorso avverso l'aggiudicazione, oggetto del presente giudizio.

Ad avviso del Collegio, tale soluzione trova ulteriore fondamento di razionalità anche nella prospettiva finalistica di assicurare la ragionevole durata del processo, secondo quanto richiesto dall'art. 111, comma 2, della Costituzione. (*Omissis*).

(1) Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica dopo la riforma del 2009: l'affermata natura giurisdizionale e le sue ricadute sull'istituto della sospensione necessaria del procedimento.

SOMMARIO: 1. *La controversa natura giuridica del ricorso straordinario* – 2. *L'applicabilità dell'art. 295 c.p.c. al procedimento di ricorso straordinario* – 3. *La legge 69/2009 e il nuovo volto del ricorso straordinario* – 4. *Conclusioni.*

1. *La controversa natura giuridica del ricorso straordinario.*

Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ha da sempre suscitato l'interesse della dottrina in ragione della sua particolare posizione nell'ordinamento giuridico.

Uno strumento a metà tra il rimedio di tipo amministrativo giustiziale e il rimedio giurisdizionale che, per le sue peculiarità, si dimostrava sfuggente e non lasciava all'interprete che la possibilità di addivenire ad una definizione menomata, in cui, una volta affermata la natura dell'un tipo o dell'altro, dovevano pur sempre essere ricordati quei caratteri che in realtà non calzavano affatto con la ricostruzione prospettata [(1)].

[(1)] Cfr. ad es. GIANNINI, *Decisioni e deliberazioni amministrative* in *Foro amm.* 1946, I, 50 per il quale è "un istituto il quale sta a sé tra il diritto sostanziale e il diritto processuale, perché, mentre ha la medesima sostanza di un ricorso amministrativo, in realtà ha funzione di un ricorso giurisdizionale; A.M. SANDULLI, *Sull'ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica,* in *Giur. it.* 1950, IV, 93; BACHELET, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale,* in *Riv. trim. tir. pubbl.* 1959, 840; BOSCO, *Natura e fondamento del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica,* Milano, 1959, "La natura giuridica della decisione […] sembra essere quella di atto sostanzialmente giurisdizionale e formalmente di atto atipico del Capo dello Stato", 79; LANDI, *Trasposizione del ricorso straordinario alla sede giurisdizionale,* in *Giur. it.* 1964, IV, 5; GALLO, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra presente e futuro* in *Foro it.*, 1987, I, 676 il quale afferma che il problema del ricorso straordinario, seppure la natura amministrativa del rimedio fosse stata dichiarata dalla stessa Corte costituzionale, "è costituito dall'individuazione, nei caratteri atipici dell'istituto rispetto agli ordinari gravami amministrativi, di elementi che lo avvicinano ai rimedi giurisdizionali e della valutazione dell'opportunità o meno della valorizzazione di tali elementi"; LODI, *Il*

Se, infatti, il ricorso straordinario trova la sua origine nel regime monarchico assoluto, come una richiesta di grazia al sovrano [(2)], quale organo supremo dell'apparato statale, in relazione ad un provvedimento lesivo dell'interesse del singolo suddito, già con il passaggio al regime di monarchia costituzionale, la sopravvivenza [(3)] dell'istituto comportò la modificazione in senso amministrativo dell'appello e la concessione della particolare forma di garanzia costituita dall'intervento del Consiglio di Stato nel processo decisionale [(4)].

Con l'abolizione dei Tribunali del contenzioso amministrativo, fino all'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, il rimedio giustiziale conobbe il suo massimo momento di gloria, colmando il vuoto di tutela che la riforma del 1865 aveva lasciato [(5)].

Una volta riconosciuta natura giurisdizionale alla nuova sezione del Consiglio di Stato, però, il ricorso straordinario non scomparve silenziosamente dalla scena dei rimedi contro l'esercizio del potere autoritativo, ma rimase, alternativamente ed a fianco della tutela giurisdizionale [(6)], superando, non

---

ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (rassegna di giurisprudenza) in *Cons. Stato,* 2004, II, 1918.

(2) Cfr. Bachelet, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato*, cit., 788 ss.; A.M. Sandulli, *Sull'ammissibilità del ricorso straordinario* cit., 90.

(3) Secondo Landi, *Rapporti tra funzione consultiva e giurisdizionale nel Consiglio di Stato* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 833, sta proprio in tale sopravvivenza la peculiarità del ricorso straordinario nel regime italiano.

(4) A.M. Sandulli, *Sull'ammissibilità del ricorso straordinario,* cit., 90 rileva come l'istituto fosse disciplinato già nella l. 30 ottobre 1859, n. 3707 sul Consiglio di Stato prevedendo il parere obbligatorio dell'organo.

(5) Cfr. Landi, *Rapporti tra funzione consultiva,* cit., 832 per cui il ricorso straordinario costituì "tra il 1865 e il 1889 il solo mezzo di tutela giuridica degli interessi legittimi".

(6) Cfr. A.M. Sandulli, *Sull'ammissibilità del ricorso straordinario*, cit., 92 il quale sottolinea che proprio con l'istituzione della IV Sezione il ricorso assunse la qualificazione di "straordinario" in modo da poter essere distinto da quelli presentati alla istituenda Sezione del Consiglio di Stato. Landi, *Rapporti tra funzione consultiva,* cit., 833 secondo cui il legislatore avrebbe potuto, in alternativa all'istituzione della IV Sezione, "attribuire efficacia definitiva ai pareri del Consiglio di Stato in adunanza generale", inoltre per l'A. "appare poco coerente che [il legislatore] si sia preoccupato di far sopravvivere un rimedio alla cui esistenza l'introduzione del ricorso alla IV sezione toglieva la rilevanza pratica", 872. De Roberto, *Ricorso straordinario e alternatività* in *Riv. amm.,* 1983, 289 secondo cui "un'astratta logica avrebbe, forse, dovuto condurre il legislatore a sopprimere il ricorso straordinario o, quanto meno, a non consentirne più l'utilizzazione nelle aree, ormai, affidate al nuovo mezzo di tutela".

Si noti come il dibattito circa l'utilità pratica e, quindi, l'eventuale abolizione, del ricorso straordinario coincida sempre con l'introduzione di innovazioni nell'ambito della giustizia amministrativa, come riportato anche da Giovannini, *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Dir. amm.,* 2002, 62.

senza affanni, anche l'entrata in scena del nuovo regime repubblicano con la sua Carta costituzionale [7].

La fortuna del rimedio giustiziale non era destinata a venir meno neppure nel momento dell'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali e il legislatore del 1971 [8] si preoccupò di disciplinare, in maniera tendenzialmente completa, l'*iter* procedurale di decisione del ricorso, prevedendo un termine più favorevole per la presentazione dello stesso e sancendo in tal modo uno degli elementi che costituiranno la base per la perdurante vitalità del ricorso straordinario [9].

Vitalità che non era destinata a scemare neppure con l'ampliamento dei poteri di cognizione del giudice amministrativo e con la riforma in senso paritario dell'apparato burocratico dello Stato.

A cavallo del nuovo millennio, il ricorso straordinario tornava alle luci della ribalta, in virtù della sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee [10], con la quale si riconobbe natura giurisdizionale al rimedio ai

---

[7] Come ricorda A.M. Sandulli, *Sull'ammissibilità del ricorso straordinario,* cit., 89 e ss. si era negata la compatibilità del ricorso straordinario col regime costituzionale sulla base della mancata previsione, all'art. 87 Cost., di una specifica competenza del Capo dello Stato e dell'art. 113 il quale non permette agli atti amministrativi che abbiano leso un diritto soggettivo od un interesse legittimo di sfuggire alla tutela giurisdizionale.

In ordine a tale seconda questione l'A. motiva che in nessun caso il ricorrente può vantare un interesse legittimo in relazione al contenuto nel merito della decisione, avendo rinunciato alla tutela giurisdizionale, con la proposizione del gravame straordinario ovvero con lo spirare del termine per questa. Sulla prima questione l'A. nega che il ricorso straordinario sia incompatibile con le attribuzioni costituzionali del Presidente della Repubblica in quanto si tratta di atto formalmente presidenziale e sostanzialmente governativo. A prescindere da ciò, rileva come comunque la norma dell'art. 87 Cost. sia posta a garanzia di alcune particolari prerogative del Capo dello Stato, non escludendo la sua competenza in relazione ad altre. È della stessa opinione Landi, *Trasposizione del ricorso* straordinario, cit., 6.

[8] Con il d.p.r. n. 1199 del 24 novembre 1971. Giova rilevare che la mancata abolizione del rimedio da parte del legislatore al momento dell'entrata in funzione dei TAR non fu esente da critiche, in ragione della difficile conciliabilità del rimedio con il nuovo quadro dell'ordinamento giurisdizionale amministrativo. Sul punto Paleologo, *La riforma dei ricorsi amministrativi,* Milano, 1975, 48 e ss.

[9] Cfr. Lignani, *Il ricorso straordinario tra diritto ed equità*, in *Foro amm.*, 1980, I, 535. È da ricordare anche il pensiero di Landi, *Corte costituzionale e ricorso straordinario*, in *Foro amm.,* 1983, I, 382 il quale dichiarando, e non per la prima volta, la sua "scarsa simpatia per il ricorso straordinario" sottolinea comunque che "l'elevatissimo numero di ricorsi straordinari che le amministrazioni centrali trasmettono ogni anno al Consiglio di Stato per averne il parere, […] malgrado l'«avvicinamento» della giustizia amministrativa alla base popolare, che si sarebbe dovuto realizzare attraverso i tribunali amministrativi regionali dimostra che i cosiddetti utenti di giustizia […] ne fanno un uso più esteso di quel che si sarebbe propensi a supporre".

sensi dell'allora art. 177 Tr. CE [11], ammettendo la possibilità che il Consiglio di Stato sollevasse la c.d. questione di pregiudizialità europea di fronte al Giudice del Lussemburgo.

Fu in realtà lo stesso Consiglio di Stato a illustrare le motivazioni che avrebbero portato la Corte di Giustizia a riconoscere la natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso ai fini del diritto comunitario.

Nell'ordinanza di rimessione [12], infatti, la prima sezione rilevò come il procedimento avesse natura contenziosa, con garanzia del contraddittorio tra le parti, come fosse "*alternativo e parallelo al procedimento giurisdizionale*" essendo caratterizzati entrambi da un'identità di "petitum*: annullamento di un atto amministrativo*" e "causa petendi*: vizi di legittimità dell'atto amministrativo*".

Il Consiglio di Stato illustrò poi la sua posizione nel procedimento: "*la decisione*", "*pronunciata in termini di stretto diritto, esclusa ogni valutazione discrezionale dell'interesse pubblico*", "*– formalmente emessa con decreto del Presidente della Repubblica […] – si basa in realtà sul parere del Consiglio di Stato*" il quale "*è un organo imparziale*" la cui indipendenza "*è garantita dalla Costituzione – anche perché è contemporaneamente titolare di funzioni giurisdizionali*".

La Sezione consultiva sottolineò, in particolare, come nei confronti delle altre procedure di contenzioso amministrativo, nell'ordinamento italiano fosse "*sempre ammesso, da ultimo, il ricorso al giudice (civile o amministrativo)*" mentre per il ricorso straordinario l'impugnativa fosse concessa solo "*per correzione di errore materiale o nei casi eccezionali di revocazione*".

Vennero, dunque, messi in luce tutti quei caratteri che avevano sempre tenuto distinto il ricorso straordinario dagli altri rimedi di amministrazione giustiziale, peculiarità che la stessa Corte costituzionale aveva più volte sottolineato per giustificare la compatibilità del principio *electa una via non datur recursus ad alteram* con l'art. 113 della Costituzione [13], nonché la sopravvivenza di un potere di annullamento da parte dell'amministrazione centrale sugli atti regionali [14].

---

[10] Corte Giust. 16 ottobre 1997, cause riunite da C-69/96 a C-79/96, in *Gior. dir. amm.* 1998, I, 145 con nota di Gnes, *Consiglio di Stato e rinvio pregiudiziale nell'ambito dei ricorsi straordinari*.

[11] Oggi art. 234 Tr. CE.

[12] Cons. St., sez. I n. 3319 del 6 dicembre 1995 in *Giorn. Dir. Amm.*, 1997, 69 con *Il commento* di A. Sandulli.

[13] Corte cost., 2 luglio 1966, n. 78 in *www.cortecostituzionale,it.* Sull'analisi della sentenza vd. Martire, *Il principio di alternatività fra ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e ricorso giurisdizionale al Consiglio di Stato, nelle pronunce della Corte costituzionale* in *Foro amm.,* 1967, III, 403 e ss.

[14] Corte cost., 31 dicembre 1986, n. 298. in *Foro it.* 1987, I, 674 con nota di Gallo, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra presente e futuro.*

Il Consiglio di Stato si fregiò, allora, del riconoscimento comunitario per tentare un'ampia opera di riforma della disciplina del ricorso straordinario, un tentativo di interpretazione adeguatrice che cadde, tuttavia, sotto i colpi di scure delle Supreme Corti.

Forti dell'affermata natura giurisdizionale del rimedio sul piano comunitario, i Giudici di Palazzo Spada pretesero che il ricorso straordinario fosse riconosciuto come giurisdizionale anche sul piano del diritto interno, facendo leva, da un lato, sulle già richiamate peculiarità del rimedio, dall'altro su una malintesa [15] prevalenza dell'interpretazione data dalla Corte di Giustizia sulle stesse norme dell'ordinamento italiano.

Dapprima si tentò di riconoscere l'esperibilità del giudizio di ottemperanza nei confronti delle decisioni rese con ricorso straordinario, o meglio del decreto del Presidente della Repubblica che costituisce il provvedimento conclusivo dell'*iter* decisionale. [16]

La Corte di Cassazione [17] chiamata a pronunciarsi, a sezioni riunite, sull'ammissibilità di tale giudizio di ottemperanza, o meglio sulla sussistenza della giurisdizione in capo al Consiglio di Stato, dichiarò il difetto di giurisdizione della IV Sezione eccependo l'inammissibilità del giudizio di ottemperanza nei confronti di provvedimenti, quali i decreti decisori del Capo dello Stato, poiché non assimilabili a quelli di natura giurisdizionale per cui può essere esperita l'*actio iudicati*.

---

[15] Malintesa, in quanto, la stessa Corte di Giustizia aveva più volte chiarito come la qualificazione di un organo come giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 177 Tr. CE fosse rilevante esclusivamente ai fini del diritto comunitario. Sul punto vd. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo, Tomo V, Il processo amministrativo,* Milano, 2003, 4180 secondo cui "la pretesa di desumere dalla qualificazione data, a propri fini, dal giudice comunitario al parere del Consiglio di Stato, la riprova dell'intervenuto acquisito da parte dell'organo consultivo, anche nell'ordinamento di appartenenza, di poteri decisori che non gli competono" "costituisce un vero e proprio salto logico".

[16] Cons. St., sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6695, in *Cons. Stato,* 2000, I, 2649. Dello stesso tenore di quella appena riportata anche Cons. St., sez. IV, 20 dicembre 2000, n. 6843 , in *Dir. proc. amm.*, 800 con nota di Gaffuri, *L'esecuzione delle decisioni sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica attraverso il giudizio di ottemperanza: analisi del nuovo orientamento del Consiglio di Stato*.

[17] Cass., 12 dicembre 2001, n. 15978, in *Foro it.,* 2002, I, 2448 e in *Cons. Stato,* 2002, II, 1301 con nota di Ianigro-Mescia, *L'inottemperanza ai decreti del Capo dello Stato decisori dei ricorsi straordinari.* L'opera è, tuttavia, portata vigorosamente avanti dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana che con le sentt. n. 659 del 19 ottobre 2005 in *Foro Amm. C.d.S.,* 2005, 3737 con nota di Freni, *Quando l'abito fa il monaco. Sull'ammissibilità dl giudizio di ottemperanza per l'esecuzione delle decisioni dei ricorsi straordinari*, n. 379 del 28 aprile 2008 e n. 415 del 18 maggio 2009 in *Gior. dir. amm.,* 2009, 1186, con il commento di Mari, ha strenuamente portato avanti la crociata per l'ammissibilità del giudizio ai sensi dell'art. 37 l. n. 1034/1971 nei confronti del decreto decisorio su ricorso straordinario.

In seguito, la II Sezione [18] ritenne di poter sollevare una questione di legittimità costituzionale nell'ambito del procedimento decisorio su ricorso straordinario.

La Corte costituzionale [19] assunse, tuttavia, una posizione di stretta chiusura: escluse radicalmente che il Consiglio di Stato potesse adire il Giudice delle leggi in veste consultiva, facendo essenzialmente leva sulla considerazione che "*l'art. 14, primo comma, del d.p.r. n. 1199 del 1971 stabilisce che, ove il ministro competente intenda proporre (al Presidente della Repubblica) una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato, deve sottoporre l'affare alla deliberazione del Consiglio dei Ministri, provvedimento quest'ultimo, per la natura dell'organo da cui promana, all'evidenza non giurisdizionale.*".

Nonostante l'appoggio dottrinale alla posizione di apertura del Consiglio di Stato [20], sembrava ormai pacifica, in giurisprudenza, l'affermazione della natura meramente amministrativa del rimedio in esame, quando il legislatore, cancellando con un colpo di penna, forse troppo frettoloso, il vero *vulnus* alla possibilità di riconoscere una tutela di tipo giurisdizionale nel rimedio in esame, ha restituito nuova linfa vitale all'antica e mai sopita *querelle*.

Lasciate da parte quelle proposte legislative volte a concedere con espressa previsione l'esperibilità del giudizio di ottemperanza [21], si è preferito optare per il riconoscimento della facoltà di proporre questione di legittimità costituzionale.

La legge n. 69 del 18 giugno 2009 [22] ha quindi espressamente previsto, all'art. 69, che il Consiglio di Stato "*se ritiene che il ricorso non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale che non risulti manifestamente infondata, sospende l'espressione del parere e, riferendo i termini e i motivi della questione, ordina alla*

---

[18] Cons. St., sez. II, 27 marzo 2002, 534/01 in *Foro Amm. C.d.S.,* 2003, 3866, con commento di Tarasco, *La funzione consultiva come attività (para)giurisdizionale: questione di costituzionalità deferibile anche nel ricorso straordinario al Capo dello Stato*.

[19] Corte cost., 21 luglio 2004, n. 254, in *Giur. it.* 2004, 2395.

[20] Vd., tra gli altri, Caringella, Caringella, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2005, 108; Asprone, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: spunti di riflessione,* in *Nuova Rass*., 2007, 1653 e ss; Di Modugno, *Ricorso straordinario e incidente di legittimità costituzionale: un problema risolto?,* in *Dir. proc. amm*., 2005, 783.

[21] Il d.d.l. Nicolais (A. S. 1859 XV Legislatura) era sostanzialmente volto a disciplinare l'applicabilità del giudizio di ottemperanza ai sensi dell'art. 37 l. n. 1034/1971 nei confronti delle decisioni su ricorso straordinario, come ricordato anche da C.G.A., sez. riun., n. 379 del 28 aprile 2008.

[22] "*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*" pubblicata in G.U. il 19 giugno 2009.

segreteria l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ai sensi e per gli effetti di cui agli articoli 23 e seguenti della legge 11 marzo 1953, n. 87, nonché la notifica del provvedimento ai soggetti ivi indicati".

A tale riconoscimento, poi, si è accompagnata anche una sostanziale modificazione del procedimento di decisione del parere, con l'abrogazione espressa della possibilità per il Consiglio dei Ministri di discostarsi, con deliberazione collegiale, dal parere emanato dal Consiglio di Stato [23].

Ciò è apparso necessario al legislatore in conseguenza della motivazione addotta dalla Corte costituzionale per negare la qualifica di giudice *a quo* alle Sezioni consultive del Consiglio di Stato in sede di emissione del parere, la quale era essenzialmente basata proprio sul rilievo che, alla luce della previgente normativa positiva, la decisione sul gravame era formalmente di competenza dell'organo politico.

Per aggirare l'ostacolo si è semplicemente reso il parere vincolante.

Sebbene, quindi, l'enfasi della dottrina, così come quella dello stesso TAR Umbria nella sentenza in esame, che qualifica la procedura in esame come paragiurisdizionale, sia stata posta sulla circostanza dell'espresso riconoscimento della natura di giudice *a quo* al Consiglio di Stato in sede consultiva, ciò non pare, a modesto avviso di chi scrive, il punto focale della riforma.

Infatti, sarà ben facile per la Corte costituzionale negare la legittimità del primo comma dell'art. 69 l. n. 69/2009 in relazione all'art. 137 Cost., che perentoriamente prevede che "*Una legge costituzionale stabilisce le condizioni, le forme, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, e le garanzie d'indipendenza dei giudici della Corte.*", mentre ben più difficile sarà tacciare di illegittimità la previsione di cui al secondo comma della stessa disposizione.

E ciò non sarà privo di conseguenze.

Sia la Consulta che la Suprema Corte, infatti, avevano essenzialmente precluso l'applicabilità di strumenti propri del sistema processuale al procedimento di ricorso straordinario; tra gli altri - si ricorda, in particolare - l'esperibilità del giudizio di ottemperanza, ritenendo fondamentalmente assorbente la circostanza che la decisione potesse essere emessa dall'organo Consiglio dei Ministri, per sua stessa essenza diametralmente opposto al giudice disegnato dalla Costituzione.

Le peculiarità del rimedio giustiziale erano state, tuttavia, riconosciute ed esaltate nelle stesse sentenze: la perfetta alternatività al ricorso giurisdizionale, l'inoppugnabilità della decisione, la pienezza del contraddittorio, l'intervento dell'organo supremo di giustizia amministrativa, l'ammissibilità della revocazione anche per il c.d. conflitto di giudicati.

Venuta meno, dunque, la facoltà per il Consiglio dei Ministri di discostar-

---

[23] Art. 69 secondo comma l. n. 69/2009.

si dal parere del Consiglio di Stato, nulla sembra opporsi al riconoscimento della natura giurisdizionale del rimedio.

Ciò, è d'obbligo sottolineare, a prescindere dall'espressa qualificazione come giudice *a quo* operata dalla norma in esame, la quale, sembra superfluo ricordare, non ha altro valore che quello di fondare la legittimazione attiva di fronte alla Corte costituzionale.

2. *L'applicabilità dell'art. 295 c.p.c. al procedimento di ricorso straordinario.*

L'esistenza, all'interno dell'ordinamento italiano, di un rimedio giustiziale generale, come il ricorso straordinario e di un sistema di giustizia amministrativa, dotati di due uniche norme di coordinamento (ovvero la previsione che i due rimedi siano tra loro perfettamente alternativi e quella che sia rimessa totalmente al titolare della situazione giuridica oggetto del provvedimento amministrativo la facoltà di scegliere la via da adire ai fini di ottenere la tutela riconosciuta a tutti i cittadini dalla Carta costituzionale) ha creato non pochi problemi sul piano dell'applicazione sostanziale.

Tra le tante evenienze che nel corso degli anni la giurisprudenza ha tentato, a volte invano, di fronteggiare, ci concentreremo in questa sede sulla contemporanea pendenza delle due diverse impugnazioni nei confronti di atti connessi sul piano sostanziale.

Stante il prevalente riconoscimento della natura amministrativa del rimedio straordinario, infatti, pareva all'interprete impossibile riconoscere l'applicabilità di istituti propri del sistema processuale, quale la sospensione del processo per pendenza di questione pregiudiziale, nell'attesa di un provvedimento, quale il decreto decisorio, insuscettibile di acquisire efficacia formale di cosa giudicata.

Allo stesso tempo, però, il provvedimento decisorio stesso, essendo radicalmente escluso dal potere di annullamento, revoca o riforma da parte dell'amministrazione, e sindacabile unicamente dal punto di vista formale da parte del potere giurisdizionale, si poneva, nella pratica, sullo stesso piano di una sentenza, suscettibile di statuire in maniera definitiva sulla controversia oggetto del ricorso straordinario.

D'altronde, è escluso che il giudice amministravo possa conoscere *incidenter tantum* di provvedimenti ed atti non direttamente impugnati dal ricorrente, circostanza che comporterebbe l'elusione delle norme volte a determinare un'acquiescenza del destinatario nei confronti dell'atto amministrativo contro il quale non si sia proposto ricorso nei termini previsti dalla legge.

L'impugnazione tramite ricorso straordinario è certamente idonea a manifestare la volontà del ricorrente a non accettare gli effetti della determinazione amministrativa impugnata.

Tuttavia, la soluzione non poteva essere quella della disapplicazione del provvedimento oggetto del ricorso straordinario pregiudiziale pendente da parte del giudice amministrativo, in sede di ricorso giurisdizionale sull'atto

consequenziale, poiché questo avrebbe non solo creato un precedente per la morte del ricorso straordinario stesso - il cui decreto decisorio avrebbe potuto essere disapplicato in qualsiasi successiva controversia [24] - ma avrebbe altresì violato il disposto dell'art. 10 del d.p.r. n. 1119/1971, il quale prevede l'impugnabilità per i soli *errores in procedendo* della decisione emessa su ricorso straordinario.

Anche l'ipotesi di risolvere la questione estendendo il principio *electa una via non datur recursus ad alteram* ai casi nei quali non venissero ad essere presentati due diversi ricorsi sullo stesso atto, ma nei confronti di atti comunque collegati, non era in linea con i principi e le disposizione vigenti e venne immediatamente abbandonata.

Infatti, secondo pacifica giurisprudenza del Consiglio di Stato, [25] l'alternatività tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale presuppone, per la sua operatività nei confronti del ricorrente, l'identità dell'atto impugnato.

Il principio di alternatività è una disposizione limitativa dell'esercizio del diritto d'azione, pertanto non può trovare applicazione in via analogica, ossia in casi ulteriori rispetto a quello, espressamente previsto dall'art. 8 del d.p.r. n. 1199/1971, dell'impugnazione, nelle due diverse sedi, del medesimo atto. [26]

La giurisprudenza, quindi, non ha avuto altra facoltà che quella di riconoscere l'applicabilità dell'art. 295 c.p.c. nell'ambito della pregiudizialità derivante dalla proposizione del ricorso straordinario; infatti, come affermato dal Consiglio di Stato [27] "*… sebbene l'art. 295 cod. proc. civ. preveda testualmente la sospensione del processo pregiudicato nel caso in cui altro giudice debba risolvere una controversia pregiudiziale, la giurisprudenza della Sezione è univocamente orientata nell'estendere tale previsione anche*

---

[24] Sul punto cfr. Bassi, *Applicabilità dell'art. 295 c.p.c. ai rapporti fra ricorso straordinario al Capo dello Stato e ricorso giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 575 e s.

[25] Cons. St., Ad. Plen., n. 5 del 15 marzo 1989 in *Cons. Stato*, 1989, I, 225. Cfr. Travi, nota a sent. 432/2006 in *Foro It,* 2007, I, 1334 "la preclusione vale solo rispetto all'impugnazione (rispettivamente con ricorso straordinario o con ricorso giurisdizionale) del medesimo provvedimento già precedentemente impugnato con ricorso giurisdizionale o con ricorso straordinario. L'identità dell'atto impugnato era quindi condizione essenziale perché il principio di alternatività precludesse il ricorso giurisdizionale dopo la proposizione di un ricorso straordinario".

Per una rassegna giurisprudenziale sul principio di alternatività vd. Landi, *Ricorso straordinario (rassegna di giurisprudenza)* in *Cons. St.,* 2004, II, 1885 e s.

[26] Art. 8 secondo comma d.p.r. n. 1199/1971: "Quando l'atto sia stato impugnato con ricorso giurisdizionale, non è ammesso il ricorso straordinario da parte dello stesso interessato". Allo stesso modo l'art. 34 r.d. 1054/1924 preclude il ricorso giurisdizionale "quando, contro il provvedimento […] siasi presentato ricorso al Re" oggi ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

[27] Cons. St., sez. IV, 26 aprile 2006, n. 2290, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

all'ipotesi in cui la controversia pregiudiziale risulti pendente per l'effetto della proposizione di un ricorso straordinario.

In tal senso si è infatti rilevato che la sospensione del giudizio disciplinata dall' art. 295 Cod. proc. civ. costituisce espressione dell' esigenza di ordine generale di ovviare a possibili contrasti giurisprudenziali e dunque trova logica applicazione anche nel caso di pendenza di controversia promossa con ricorso straordinario al Capo dello Stato avente contenuto pregiudiziale, atteso il carattere definitorio della controversia stessa del relativo provvedimento giustiziale…".

E tale ricostruzione non è certo una novità. Già nel 1976 la quarta sezione [28], in considerazione che la sospensione necessaria del procedimento doveva trovare applicazione anche nel caso in cui l'atto presupposto fosse impugnato con ricorso straordinario, poiché "*sebbene non destinato a conchiudersi con un vero e proprio giudicato, il procedimento su ricorso straordinario ha comunque al pari dei procedimenti giurisdizionali tipica funzione giustiziale, si da esser riconosciuta alla relativa decisione finale una stabilità ben superiore a quella propria degli ordinari provvedimenti amministrativi*", si rimetteva la questione all'Adunanza Plenaria.

Successivamente, la quinta sezione [29] confermò l'orientamento di apertura dando definitivamente vita al filone giurisprudenziale sul quale il Consiglio di Stato si è mantenuto fino ai giorni nostri. [30]

Si ammette, dunque, pacificamente che il procedimento giurisdizionale possa essere sospeso dalla contemporanea pendenza di ricorso straordinario su questione pregiudiziale, e tale estensione dell'ambito di applicabilità dell'art. 295 c.p.c. è motivata da ragioni di coerenza del sistema, le quali giustificano un'interpretazione estensiva del dato letterale della norma.

Tuttavia, la stessa disposizione non poteva trovare, almeno fino ad oggi, applicazione nell'ipotesi di impugnazione successiva con ricorso straordinario.

Si riteneva, infatti, che la norma del codice di procedura non potesse essere invocata nell'ambito di un procedimento di natura amministrativa, per cui, nei casi in cui si fosse verificata una precedente impugnazione di atto presupposto con ricorso al giudice amministrativo e una successiva proposizione del ricorso straordinario su quello finale, il coordinamento delle due decisioni era rimesso al prudente apprezzamento dei giudici del Consiglio di Stato.

Di solito, in ipotesi di questo tipo, le sezioni consultive si limitavano ad emettere un parere interlocutorio, con il quale invitavano l'amministrazione a dare conto dell'esito del procedimento giurisdizionale, in modo

---

[28] Cons. St., sez. IV, 26 ottobre 1976, n. 957, in *Cons. Stato*, 1976, I, 1016.

[29] Cons. St., sez. V, 1 dicembre 1978, n. 1234, in *Foro amm.*, 1978, 2503.

[30] Cons. St., sez. IV, 13 marzo 1989, n. 158, in *Foro amm.*, 1989, 537; Cons. St., sez VI, 13 febbraio 1991, n. 92, in *Foro amm.*, 1991, 419.

tale da realizzare, *de facto*, una sospensione della decisione su ricorso straordinario [31] .

Inoltre, l'art. 295 c.p.c. non trovava applicazione neppure nel caso in cui il provvedimento conseguente fosse stato impugnato in via giurisdizionale sulla sola base dei vizi di legittimità dell'atto presupposto [32].

In questo caso, infatti, come chiaramente rilevato dal Travi, "*giudice amministrativo e Consiglio di Stato in sede consultiva dovrebbero decidere sugli stessi vizi: pertanto si profilerebbe il rischio di una pronuncia del Consiglio di Stato sia in sede consultiva che in sede giurisdizionale, rischio che il legislatore aveva inteso evitare proprio sancendo la regola dell'alternatività*" [33].

In questa ipotesi, quindi, il principio di alternatività spiegava i suoi effetti con forza espansiva, venendo ad operare anche nel caso in cui ad essere impugnato in sede giurisdizionale non fosse il medesimo atto, ma quello applicativo dell'atto presupposto impugnato in sede straordinaria. [34]

Tale soluzione, però, non sembrava potersi conciliare con le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale [35] in relazione al principio di alternatività.

Se, infatti, la limitazione del diritto alla tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della Pubblica Amministrazione, garantito dall'art. 113 Cost., è legittima in quanto si fonda su una scelta autonomamente operata dal ricorrente nel senso del ricorso straordinario, l'eventuale proposizione del ricorso giurisdizionale sull'atto derivato dimostra, ineluttabilmente, che il ricorrente intende avvalersi della tutela giurisdizionale nei confronti di tale atto.

---

[31] Sul punto cfr. Lodi, *Il ricorso straordinario,* cit., 1912.

[32] Cons. St., sez. II, 14 dicembre 1994, n. 1409, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

[33] Travi, nota a ord. 432/2006 cit., 1335.

[34] Cons. St., sez. IV, 22 aprile 2005, n. 1852, in *www.giustizia-amministrativa.it.* "secondo un ampio indirizzo giurisprudenziale formatosi in sede consultiva, la regola dell'alternatività, pur non essendo suscettibile di interpretazione analogica, allorché le due impugnative riguardino atti distinti, deve comunque ritenersi operante nel caso in cui, dopo l'impugnativa in sede giurisdizionale dell'atto presupposto, venga successivamente impugnato in sede straordinaria l'atto conseguente, al fine di dimostrarne l'illegittimità derivata dalla dedotta invalidità del menzionato atto presupposto. Ciò per l'identità sostanziale delle due impugnative in relazione alla *ratio* della norma succitata, la quale, va ribadito, appare volta ad impedire un possibile contrasto di giudizi in ordine al medesimo oggetto […] Tale principio, da ritenersi ugualmente valido nella situazione inversa in cui […] l'atto presupposto è stato precedentemente impugnato in sede straordinaria, risulta poi a maggior ragione applicabile in situazioni nelle quali le censure rivolte avverso l'atto conseguente risultino tutte finalizzate a contestare, in concreto, la legittimità dell'atto presupposto", TAR Campania, Salerno, 8 gennaio 2009, n. 15, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, 206.

[35] Corte cost., 2 luglio 1966, n. 78, in *www.cortecostituzionale.it.*

Proprio sulla base di questa considerazione il TAR Emilia-Romagna [36] ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 10 del d.p.r. n. 1199/1971 in relazione agli artt. 3, 24, 97, 98 e 113 della Costituzione.

Il remittente, considerando inapplicabile l'art. 295 c.p.c., in quanto i due procedimenti connessi avevano l'uno natura giurisdizionale, l'altro natura amministrativa, [37] chiedeva un intervento additivo della Corte costituzionale, volto a permettere il trasferimento *ex officio* del ricorso straordinario pendente sull'atto presupposto in sede giurisdizionale [38], affinché fosse possibile decidere la causa conformemente ai principi costituzionali e coerentemente "*con la necessità di una rapida definizione dei giudizi e con il principio della preferenza per la sede giurisdizionale*" che il legislatore del 1971 ha esplicitato attraverso il riconoscimento della facoltà di opzione per i controinteressati.

La Corte costituzionale [39] ha ritenuto la questione manifestamente inammissibile, poiché avrebbe richiesto un intervento additivo che esulava dalle competenze della Consulta, implicando l'esercizio della discrezionalità propria del legislatore.

La *querelle* sull'applicabilità o meno dell'articolo 295 c.p.c. nel caso in cui la pregiudizialità derivasse da impugnazione tramite ricorso straordinario non risultava peraltro del tutto sopita.

Se, infatti, il Consiglio di Stato, e per conseguenza molti dei Tribunali amministrativi regionali [40], hanno da tempo intrapreso una linea di apertura, di contrario avviso è rimasta la Corte di Cassazione.

Infatti, la Suprema corte [41] chiarì la sua posizione in merito, sancendo che "*la «ratio» della sospensione necessaria del processo, concretizzantesi in*

---

[36] TAR Emilia-Romagna, ord., 2 novembre 2005, n. 72, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

[37] Ciò creava problemi non solo dal punto di vista dell'applicabilità *sic et simpliciter* della norma che presuppone la pendenza di due procedimenti giurisdizionali, ma anche per il fatto che avrebbe introdotto un regime di pregiudizialità del rimedio amministrativo su quello giurisdizionale, venendo a costituire una sorta di "giurisdizione condizionata", più volte ritenuta illegittima dalla Corte costituzionale (Corte cost., 31 gennaio 1991, n. 42, in *www.cortecostituzionale.it*). Sul punto cfr. Cass., sez. un., 12 dicembre 2001, n. 15978, in *Foro it.,* 2002, I, 2448 che ha considerato operante la revocazione ai sensi del n. 5 dell'art. 395 c.p.c. solo nel caso di contrasto del decreto decisorio su ricorso straordinario con precedente giudicato amministrativo e non nell'ipotesi inversa.

[38] d.p.r. n. 1199/1971.

[39] Corte cost., ord. 19 dicembre 2006, n. 432, in *Foro it.,* 2007, I, 1334 con nota di Travi.

[40] TAR Lazio, sez. III, 7 ottobre 1981, n.1054 in *Trib. amm. reg.*, 1981, I, 3257; TAR Puglia, Lecce, 31 ottobre 1983, n. 340, *ivi*, 1983, I, 3684; TAR Campania, Napoli, 6 settembre 1994, n. 467 in *Foro amm.*, 1994, 2937; TAR Lazio, sez. III *quater*, 7 maggio 2008, n. 3730, in *www.giustizia-amministrativa.it*; *contra* TAR Piemonte, sez. I, 15 maggio 2002, n. 990 in *Foro amm. T.A.R.*, 2002, 1495.

[41] Cass., Sez. II, 24 febbraio 1988, n. 1973 , in *Mass. giur. it.*, 1988.

una soluzione di continuo nel suo normale svolgimento, consiste nell'esigenza di evitare conflitti di giudicati, allorquando la soluzione della questione di cui il giudice è investito dipenda dalla definizione di una controversia penale, civile o amministrativa destinata a sfociare in un giudicato avente natura giurisdizionale. Resta pertanto fuori dalla fattispecie in esame l'ipotesi del ricorso straordinario al Capo dello Stato: tale mezzo di impugnazione, pur avendo carattere alternativo rispetto a quest'ultimo, nel campo meramente amministrativo, per cui il decreto decisorio non assume carattere di giudicato" [(42)].

V'è da dire che, nel caso della Corte di Cassazione, trattandosi di giudice ordinario, l'assunto pare fondato se non altro perché è esclusa la valenza del principio di alternatività tra giudizio ordinario e ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Resta da rilevare che la motivazione addotta dal Giudice di legittimità non fa, tuttavia, riferimento alla mancanza di pregiudizialità tra i due tipi di controversia, bensì alla stessa natura del procedimento di ricorso straordinario, inidonea a determinare la formazione del giudicato sulla statuizione finale che da esso scaturisce.

3. *La legge 69/2009 e il nuovo volto del ricorso straordinario.*

Dopo questa indispensabile premessa, viene ora il momento di entrare nel vivo del commento e di analizzare la posizione presa dal TAR Umbria nella sentenza in esame.

Come anticipato nella prima parte, tuttavia, ben diversa è oggi la disciplina del ricorso straordinario su di un punto fondamentale.

Venendo meno, come già ricordato, il potere del Governo di discostarsi dal parere emesso dal Consiglio di Stato, sono ormai destinate a venir meno anche tutte quelle censure addotte per negare natura di vera e propria sentenza al decreto decisorio del ricorso straordinario.

È alla luce della recente riforma, dunque, che il TAR Umbria si interroga sull'applicabilità dell'art. 295 c.p.c. nell'ipotesi di impugnazione dell'atto presupposto con ricorso straordinario.

Preliminarmente, il Collegio ricorda come la decisione del gravame straordinario sia stata tradizionalmente ricollegata ad un'attività di amministrazione contenziosa, non suscettibile di determinare il conflitto logico di giudicati, la cui esclusione costituisce il fine precipuo della sospensione necessaria del processo.

Tuttavia, il TAR non omette di considerare come nel corso degli ultimi anni si sia riconosciuta l'applicabilità dell'art. 295 c.p.c. nel caso di ricorso pendente avanti al Consiglio di Stato in sede consultiva. [(43)]

[(42)] Conforme anche Cass., sez. I, 23 marzo 2003, n. 2738, in *Mass. giur. it.*, 2003.

[(43)] vd. nota 30.

Quello che non appare condivisibile nell'*iter* motivazionale del TAR Umbria, tuttavia, è il richiamo al solo comma primo dell'art. 69 l. n. 69/2009.

Più che di un "*trend normativo* [...] *orientato nel senso di accentuare la dimensione paragiurisdizionale del rimedio in esame*" dovrebbe parlarsi, in relazione alla riforma operata dalla l. 69/2009, di una vera e propria rivoluzione copernicana.

E ciò è tanto più evidente se, tralasciando il dato del riconoscimento della facoltà di proporre questione di legittimità costituzionale, inconferente, in tale sede, si pone enfasi sul secondo comma dell'art. 69, il quale aggiungendo le parole "*conforme al parere del Consiglio di Stato*" al primo comma dell'art. 14 d.p.r. n. 1199/1971 e abrogando il successivo comma, ha *sic et simpliciter* rimesso l'intera decisione nelle mani del supremo organo di giustizia amministrativa.

E con la nuova vincolatività del parere del Consiglio di Stato, si è eliminato anche quello che era l'insormontabile ostacolo al riconoscimento della natura sostanzialmente giurisdizionale del procedimento in esame.

Se è pur sempre vero che, tra le modifiche apportate al d.p.r. n. 1199/1971 non rientra la previsione di un nuovo *nomen iuris* per il rimedio del ricorso straordinario, il quale rientra ancora formalmente tra gli strumenti di amministrazione giustiziale - titolando lo stesso art. 69 della l. n. 69/2009 "*Rimedi giustiziali contro la pubblica amministrazione*" – e se è altrettanto vero che all'esito del procedimento decisorio verrà emanato un decreto del Presidente della Repubblica, il quale non è sentenza in senso formale, appare tuttavia pienamente condivisibile l'affermazione secondo cui il decreto costituisce la mera esternazione formale di un momento decisionale verificatosi *aliunde*.

È, infatti, incontestabile, alla luce della nuova disciplina, che il decreto presidenziale avrà per contenuto indefettibile la statuizione del Consiglio di Stato.

Se, dunque, verrà riconosciuto, non solo un parallelismo, ma una vera e propria identità sostanziale tra le funzioni risolutive del contenzioso amministrativo svolte dal Consiglio di Stato nelle due sedi, le censure addotte per negare l'applicabilità della sospensione pregiudiziale obbligatoria nella connessione derivante dalla proposizione dei due diversi gravami diverranno insussistenti *de facto* [44] .

Non si trarrà più argomento negativo dalla lettera dell'art. 295 c.p.c.,

---

[44] In tal senso anche Pignatelli, *Sulla "natura" del ricorso straordinario: la scelta del legislatore (art. 69 l. 69/2009)* in *www.giustizia-amministrativa.it,* che esemplifica, tra i possibili "corollari" del riconoscimento della natura giurisdizionale del rimedio, l'applicabilità "delle regole processuali relative al «coordinamento» tra i «giudizi», che si rende necessaria, ad esempio, quando tra l'oggetto del ricorso straordinario e quello del ricorso giurisdizionale vi sia un rapporto di pregiudizialità (art. 295 c.p.c.)".

trattandosi di questione pendente davanti ad un "giudice" nell'uno come nell'altro caso.

Né potrà paventarsi la possibilità che una decisione amministrativa sia atta a fare stato in un procedimento giurisdizionale.

Potrà invece dirsi rispettata appieno la *ratio* del principio di alternatività, che non varrà più ad evitare una possibile doppia pronuncia del Consiglio di Stato in sede consultiva e in sede giurisdizionale, ma il conflitto di giudicati, alla stregua del principio del *ne bis in idem* [45], in perfetta coerenza sistematica con l'ordinamento nel suo complesso.

Allo stesso tempo le minori garanzie offerte dal "giudizio" straordinario in unico grado davanti al Consiglio di Stato implicheranno sempre, per una loro compatibilità col quadro costituzionale, un atto di volontarietà del ricorrente e delle controparti.

Con la sospensione ai sensi dell'art. 295 c.p.c. si realizzerà, dunque, la piena corrispondenza tra la scelta del cittadino e il concreto funzionamento del sistema di giustizia amministrativa, garantendo la risoluzione della controversia nella sede elettiva, a prescindere dai rapporti intercorrenti tra i diversi atti impugnati.

4. *Conclusioni*

Il vero carattere differenziale del gravame straordinario risiede, ad avviso di chi scrive, nella dicotomia derivante dalla non impugnabilità in sede giurisdizionale di un provvedimento a carattere sostanzialmente amministrativo, nel suo essere l'estremo baluardo dell'esercizio del potere autoritativo dell'amministrazione, al suo massimo livello centrale, sprovvisto, però, di una tutela giurisdizionale contro il merito della scelta governativa.

Se, infatti, il parere obbligatorio del Consiglio di Stato rendeva il decreto decisorio assimilabile, nel contenuto, ad un provvedimento giurisdizionale, la stessa Corte costituzionale si contraddiceva affermando, talvolta, che il potere riconosciuto al consesso dei Ministri non fosse altro che quello di applicare le norme di diritto al caso concreto [48], talaltra, che tale facoltà si estrinsecava nell'esercizio del potere autoritativo proprio dell'azione amministrativa, negando al contempo che il procedimento potesse avere natura giurisdizionale [49].

---

[45] Si noti bene che già antecedentemente alla riforma molti autori ricostruivano sulla base di tale principio la *ratio* del meccanismo dell'alternatività: CARINGELLA, *Corso* cit., 76; CASSESE, *Trattato* cit., 4171.

[46] Art. 15 d.p.r. n.1199/1971.

[47] Cass., sez. un., 12 dicembre 2001, n. 15978, in *Foro it.,* 2002, I, 2448 e in *Cons. St.,* 2002, II, 1301.

[48] Corte cost., 31 dicembre 1986, n. 298, in *Foro it.,* 1987, I, 674.

[49] Corte cost., 21 luglio 2004, n. 254, in *Giur. it.,* 2004, 2395.

Le decisioni degli organi amministrativi, gli atti della Pubblica amministrazione, necessitano costituzionalmente di uno strumento di tutela giurisdizionale.

Che si sia riconosciuta la legittimità [(50)] di una tale esclusione nei confronti del decreto decisorio su ricorso straordinario, in virtù della libera e volontaria scelta del ricorrente, non ha portato che ad una accentuazione del carattere *extra ordinem* dello strumento, in grado di regolare definitivamente la fattispecie portata all'esame del Consiglio di Stato nei fatti, eppure sfornito, a livello giuridico, dell'efficacia propria delle statuizioni giurisdizionali.

L'aver sancito la vincolatività del parere del Consiglio di Stato, quindi, equivale nella sostanza ad eliminare tale dicotomia, riconducendo il ricorso straordinario in una prospettiva unitaria con l'ordinamento nel suo complesso [(51)].

Equivale, cioè, ad aver eliminato ogni interferenza dell'amministrazione attiva nel momento decisorio, garantendo, nei fatti come a livello legislativo, che all'esito della procedura di ricorso straordinario la statuizione sia, indefettibilmente, il frutto dell'applicazione dei criteri "*risultanti «dalla pura e semplice applicazione delle norme di diritto» che rappresentano l'aspetto caratterizzante delle decisioni adottate in sede giudiziaria*" [(52)].

L'interprete, allora, di fronte alle problematiche, vecchie e nuove, che il ricorso straordinario ha sempre suscitato, non potrà che porsi in un'ottica sistematica.

Ricondurre il rimedio *extra ordinem* ad una dimensione *infra ordinem* appare come la soluzione più semplice, come la chiave di volta per scardinare ogni possibile interferenza, ogni illogica differenziazione tra i due estremi rimedi nei confronti dell'esercizio del potere autoritativo.

---

(50) Corte cost., 2 luglio 1966, n. 78, in *www.cortecostituzionale.it.*.

(51) Secondo Pignatelli, *Sulla "natura"* cit., "il legislatore ha inciso sulla funzione e sul peso (oggi vincolante) del parere del Consiglio di Stato in seno al procedimento, con l'intento di conferire a tale istituto natura *giurisdizionale* (e non amministrativa), fino a prevedere espressamente, come una sorta di "corollario" necessario della riforma procedimentale, la legittimazione del Consiglio di Stato a sollevare questione di legittimità costituzionale nella relativa sede consultiva". L'A. rovescia, dunque, i termini del problema, in una prospettiva che non sembra, tuttavia, in linea con la ricostruzione della *ratio* della modifica legislativa alla luce della pregressa giurisprudenza della Corte costituzionale né con la lettera della norma, che titola l'art. 69 "Rimedi giustiziali contro la pubblica amministrazione". Ciò che, però, è opportuno sottolineare è il rapporto di stretta consequenzialità tra la nuova vincolatività del parere e il riconoscimento della natura giurisdizionale del rimedio.

(52) Con queste parole la Corte di Cassazione negava natura giurisdizionale al procedimento in quanto la possibilità riconosciuta al Consiglio dei Ministri vanificava la risoluzione della controversia in applicazione di detti criteri. Cass., sez. un., 12 dicembre 2001, n. 15978, cit.

In questa nuova ottica sembra di poter superare quei problemi applicativi che erano emersi in conseguenza dell'evoluzione del sistema amministrativo nel suo complesso, in relazione sia alla nuova veste paritaria della Pubblica amministrazione, sia al riconoscimento di sempre maggiori poteri sostitutivi in capo al giudice amministrativo [53].

E così appare semplice riconoscere la tutela esecutiva nei confronti di un provvedimento che di amministrativo non avrà, d'ora in poi, che il *nomen iuris* formale, così come non desta particolari perplessità sottoporre al vaglio del Consiglio di Stato gli atti di quelle autorità a cui la legge riconosce un certo grado di indipendenza dal potere esecutivo.

Tale ricostruzione, però, implicando l'inserimento dell'istituto di ricorso straordinario nel sistema giuridico in una prospettiva unitaria, comporta altresì la valutazione di così tanti aspetti di legittimità ed opportunità che è quasi impossibile, aprioristicamente, valutare.

Si ritiene, pertanto, che il lavoro della giurisprudenza dovrà essere tutto incentrato sull'adeguamento della procedura ai canoni costituzionali del giusto processo, in modo da colmare, *de iure condito,* tutte quelle lacune del contraddittorio incompatibili con il modello processuale delineato dalla Carta fondamentale e dal diritto internazionale.

Vero è che il riconoscimento espresso della facoltà di sollevare questioni di legittimità costituzionale in sede di decisione del ricorso potrebbe rendere più agevole, rispetto al passato, l'adeguamento dell'istituto al mutato quadro normativo, tuttavia, bisognerà anche che la Corte costituzionale riconosca la legittimità intrinseca di una scelta legislativa che si pone in contrasto con la prassi che ha da sempre caratterizzato il sistema italiano di sindacato in via incidentale [54].

A prescindere, poi, da questo particolare aspetto occorrerà anche valutare l'effettiva utilità pratica del rimedio nel momento in cui gli si riconoscerà un'efficacia sostanzialmente equivalente al ricorso giurisdizionale.

---

[53] Come rilevato da Travi, *Alternatività tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale ed evoluzione del processo amministrativo,* in *Dir. proc. amm.,* 1996, 132 "Probabilmente la difficoltà di una soluzione è riconducibile alla impostazione di fondo della giurisprudenza, che ha configurato il ricorso straordinario come una sorta di istituto «fossile», «pietrificato» nella sua disciplina originaria, e insensibile alle variazioni sostanziali intervenute nella concezione della tutela giurisdizionale offerta dal giudice amministrativo. Ma un sistema di giustizia amministrativa può ammettere la permanenza di istituti remoti, non però l'indifferenza di essi rispetto alle evoluzioni generali del sistema stesso". Tale ricostruzione, seppure non sembra potersi adattare alla successiva giurisprudenza del Consiglio di Stato, che ha cercato di portare una ventata di innovazione nella disciplina del ricorso straordinario, ben si attaglia, invece, a quella della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione.

[54] Secondo Platania, *Può il legislatore ordinario aprire le porte del cielo?* in *www.quadernicostituzionali.it,* 18 la "ribellione" della Corte costituzionale è del tutto improbabile.

Innanzitutto, dovrebbe riconoscersi la facoltà per il ricorrente di replicare alle deduzioni dell'amministrazione e dei controinteressati, pure nell'eventualità in cui non vengano addotti nuovi motivi o non venga presentato ricorso incidentale.

Ciò comporterebbe *de facto* la necessaria assistenza di un procuratore legale, vanificando il maggior pregio del ricorso straordinario, ovverossia la sua gratuità [(55)].

Viene allora da domandarsi come potrebbe un semplice doppione della tutela giurisdizionale davanti al TAR trovare una qualsivoglia applicazione pratica.

Forse per la sopravvivenza del rimedio potrebbe giocare un ruolo fondamentale la circostanza che si addiverrà ad una statuizione definitiva in un lasso di tempo notevolmente inferiore rispetto a quello necessario per la risoluzione della controversia in doppio grado [(56)].

Allo stesso tempo, però, si perderà anche il potere di richiedere una nuova valutazione degli elementi della causa una volta che questa sia stata decisa dal Consiglio di Stato.

Se la definitività della decisione era, per così dire, un magro prezzo da pagare di fronte ad una tutela sostanzialmente gratuita, di fronte alle spese che il riconoscimento della natura giurisdizionale del rimedio dovrebbe comportare parrà sicuramente più produttivo intentare direttamente il ricorso davanti al Tribunale amministrativo regionale.

La previsione di un termine doppio per la presentazione del ricorso straordinario, poi, potrebbe portare ad un utilizzo dello strumento come valvola di rimessione in termini.

L'amministrazione e i controinteressati potrebbero continuare a richiedere la trasposizione alla sede giurisdizionale.

E quale controparte subirebbe le spese processuali derivanti dalla pro-

---

(55) LIGNANI, *Il ricorso straordinario,* cit. 540, afferma che la giurisdizionalizzazione del ricorso porterebbe alla necessità della difesa tecnica "e allora il ricorso straordinario perderebbe di fatto, se non di diritto, l'ultimo, o unico, suo vanto, quello di poter essere fatto senza avvocato, cioè di non costare nulla, di essere, anche per semplicità di forme, alla portata di tutti. Sarebbe la vera morte dell'istituto, la vera ragione per la sua cancellazione".

(56) GIOVANNINI, *Il ricorso straordinario,* cit., 99 e s. sottolinea come sia proprio il "fattore-tempo, che – se non altro per l'assenza della pluralità di gradi – resta incomparabilmente inferiore a quello del processo", a costituire l'elemento in grado di giustificare la permanenza del ricorso straordinario ricostruito in chiave giurisdizionale nell'ordinamento, alla luce del progressivo orientamento del sistema di giustizia nel senso dell'effettività della tutela. Allo stesso tempo, secondo l'A., "l'aumento della complessità procedurale, pur provocando una potenziale crescita dei tempi previsti per la decisione, porta con sé un ampliamento delle possibilità di tutela; tale aspetto potrebbe incoraggiare un utilizzo quantitativamente maggiore del ricorso straordinario".

posizione del gravame in unico grado potendo agevolmente far sì che questo venga deciso attraverso un procedimento, sostanzialmente identico, ma sottoposto alla cognizione di due diversi giudici, con la conseguente doppia possibilità di vedersi riconoscere la tutela invocata?

Né a tale obiezione potrebbe rispondersi valorizzando il prestigio delle pronunce del Consiglio di Stato, non potendosi sottovalutare l'utilità della statuizione in primo grado per la valutazione delle censure da proporre in grado d'appello.

Che la trasformazione del ricorso straordinario in ricorso giurisdizionale in unico grado possa portare alla morte dell'istituto, se non sul piano giuridico [(57)], perlomeno dal punto di vista del suo utilizzo pratico, non è una considerazione nuova.

Infatti, la più attenta dottrina ha da sempre messo in luce come la ricostruzione in tale prospettiva del gravame avrebbe portato al tramonto definitivo di questo residuato del regime monarchico [(58)].

Tuttavia, tale scomparsa, più volte invocata e prospettata ad ogni mutamento sostanziale dell'ordinamento giuridico amministrativo o costituzionale, non si è mai verificata.

Il ricorso straordinario ha sempre mantenuto intatta la sua vitalità, a prescindere dall'introduzione di nuovi mezzi di tutela o dal riconoscimento di una più ampia gamma di garanzie nel procedimento di ricorso giurisdizionale.

Perché il ricorso straordinario possa ancora vantare una certa utilità pratica, non esaurendosi in un mero duplicato della tutela giurisdizionale "ordinaria", sarebbe opportuno, a mio avviso, valorizzare gli elementi differenziali che il rimedio continuerà a presentare.

E così l'unico grado di giurisdizione, come la maggior estensione del

---

(57) Mazzarolli, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica,* in *Dir. amm.,* 2004, 702 rilevava come riconoscendone la natura sostanzialmente giurisdizionale "al fine di porre rimedio a tutti gli aspetti di incostituzionalità, che presenterebbe la normativa sul ricorso straordinario, occorrerebbe introdurvi tante e tali modifiche da alterare radicalmente l'istituto stesso. [...] Operazione di per sé possibile, ma che porterebbe a un risultato che, al di là delle parole, avrebbe il significato sostanziale della soppressione di quel particolare strumento giustiziale che è il ricorso straordinario".

(58) Bachelet, *Ricorso straordinario,* cit., 840 "il ricorso straordinario non è incompatibile con il nostro sistema costituzionale solo se e in quanto se ne riconosca senza incertezze la natura amministrativa"; Landi, *Rapporti tra funzione,* cit., 872 "La conservazione del ricorso straordinario accanto al ricorso giurisdizionale si spiega solo se il primo conserva chiara natura di rimedio amministrativo, talchè possa compensare la minore intensità delle garanzie che lo circondano con un effettivo vantaggio, consistente nella tenuità del costo e nella non necessità del patrocinio legale"; Lodi, *Il ricorso straordinario,* cit., 1921.

termine per impugnare, saranno giustificati dal carattere meramente impugnatorio ed eliminatorio del gravame [59].

In un sistema di giustizia amministrativa sempre più orientato alla valutazione del comportamento piuttosto che dell'atto, il ricorso straordinario potrebbe venire a costituire un sorta di "rito abbreviato" per l'annullamento *tout court,* prevedendo un termine di favore per l'impugnazione in ragione proprio del minor grado di tutela offerto dal rimedio in relazione al normale ricorso giurisdizionale.

Che il ricorso straordinario possa scomparire lentamente nel dimenticatoio delle vie di tutela offerte dall'ordinamento, sembra impossibile per il solo fatto che continuerà ad offrire una possibilità *in extremis* che il cittadino, magari per inerzia, magari per ignoranza, sarà costretto a sfruttare tutte le volte in cui si vedrà sbarrata, per lo spirare del termine di impugnazione ordinario, la via giurisdizionale.

E tutto questo, si badi bene, sempre che la Corte costituzionale, per una via o per l'altra, non giunga a ritenere illegittima *in toto* la riforma operata dalla l. n. 69 del 2009.

Dunque, non rimane che aspettare per conoscere la sorte dell'intervento legislativo qui commentato e, con essa, quella dello stesso ricorso straordinario.

MARTA POLENZANI

---

[59] In ossequio a quanto stabilito dagli artt. 8 e 13 del d.p.r. n. 1199/1971, il primo stabilendo che il gravame possa essere presentato "contro gli atti amministrativi definitivi", il secondo tipizzando le pronunce a cui può addivenire il Consiglio di Stato.

T.A.R. UMBRIA – 15 gennaio 2010, n. 4 – *Pres.* LIGNANI – *Est.* UNGARI – E. S. (Avv. Bartolini) c. Comune di Perugia (n.c.) e nei confronti di L. V. (Avv. Bromuri) e M. F. (Avv. Velatta).

Contenzioso elettorale – Requisiti di ammissibilità del ricorso – Specificità dei motivi di ricorso – Inaccessibilità della documentazione relativa al procedimento di scrutinio – Serietà del ricorso – Attenuazione dell'onere di specificazione dei motivi. Onere di fornire un principio di prova – Dichiarazioni sostitutive di terzi – Ammissibilità – Ulteriore attenuazione dell'onere di specificazione dei motivi di ricorso (artt. 47-48-76, d.p.r. n. 445/2000).

L'ammissibilità del ricorso in materia di operazioni elettorali soggiace alla regola secondo cui il ricorrente è gravato dall'onere di fornire un principio di prova relativo ai fatti posti a base del ricorso e di specificare i motivi di censura (1).

L'onere di specificazione dei motivi di ricorso è assolto allorquando il ricorrente indichi il numero delle schede contestate, le sezioni e la natura del vizio lamentato (2).

L'onere di fornire un principio di prova è assolto allorquando il ricorrente alleghi al ricorso dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà rese da elettori che affermino di aver correttamente attribuito al ricorrente preferenze non risultanti dagli atti (3).

L'allegazione di tali dichiarazioni solleva il ricorrente dall'onere di indicare i specifici profili alla luce dei quali le operazioni risultano illegittime (4).

(*Omissis*). A proposito dell'ammissibilità del ricorso principale del ricorrente S. E., e dei motivi aggiunti da lui proposti a seguito della verificazione, sembrano prevalenti gli argomenti a favore della posizione del ricorrente.

Viene anzitutto in rilievo il profilo della genericità, o meglio della sostanziale non specificità dei motivi di censura prospettati con il ricorso introduttivo.

Considerata la difficoltà per gli interessati di acquisire direttamente elementi di prova circa la correttezza delle operazioni di scrutinio (è ben vero che le operazioni sono pubbliche, ma è anche evidente che per i candidati non è agevole presenziare direttamente o indirettamente in tutte le sedi rilevanti), conducono a non ritenere necessario, in una situazione come quella in esame (caratterizzata, si ripete, dall'esistenza di dichiarazioni "sostitutive" di alcuni elettori, i quali affermano di aver espresso preferenze non risultanti dagli atti), che il ricorrente indichi anche sotto quale specifico profilo le operazioni risultino illegittime (ad esempio, se si tratti di voto dichiarato nullo e per quale motivo, di preferenza dichiarata nulla e per quale motivo, ovvero non considerata per mera svista, etc.).

Come anticipato al punto 5, l'esistenza delle dichiarazioni "sostitutive" degli elettori soddisfa (nei limiti entro i quali è stata disposta la verificazione) l'onere del principio di prova.

Infatti, le dichiarazioni degli elettori versate in atti sono state rese espressamente ai sensi dell'articolo 47 del d.p.r. 445/2000, e contengono la menzione, ai sensi dell'articolo 48, della consapevolezza del dichiarante delle sanzioni penali previste nel caso di dichiarazioni non veritiere e falsità negli atti, richiamate dall'articolo 76 (il cui comma 1 dispone che «Chiunque rilascia dichiarazioni mendaci, forma atti falsi o ne fa uso nei

casi previsti dal presente testo unico è punito ai sensi del codice penale e delle leggi speciali in materia»).

È stato recentemente affermato (sia pure nell'ambito di una controversia riguardante una gara d'appalto) che nelle dichiarazione sostitutive il collegamento esistente tra il profilo dell'efficacia amministrativa dell'attestazione proveniente dal cittadino e quello della responsabilità penale del dichiarante si presenta come assolutamente inscindibile, giacché l'impegno consapevolmente assunto dal privato a « dire il vero » costituisce l'architrave che regge l'intera costruzione giuridica degli specifici istituti di semplificazione (cfr. Cons. Stato, VI, 23 luglio 2008, n. 3651).

Si potrebbe tuttavia obiettare che la dichiarazione di cui all'art. 47, d.p.r. n. 445/2000, è per definizione "sostitutiva dell'atto di notorietà", vale a dire che in tanto è ammissibile, in quanto abbia per oggetto fatti di per sé "notori" ossia pacifici e di dominio pubblico o comunque palesi e come tali facilmente e sicuramente verificabili, ancorché possa risultare oneroso ed inutilmente complicato fornirne la prova documentale. In effetti, la funzione di tale istituto (il tradizionale atto di notorietà o per esso la dichiarazione "sostitutiva") è quella di semplificare gli oneri di documentazione, non già quella di conferire efficacia probatoria a dichiarazioni che hanno per oggetto fatti dei quali unicamente il dichiarante può essere a conoscenza. Ora, il voto espresso dall'elettore è segreto per definizione e la dichiarazione resa in proposito dallo stesso elettore non può essere in alcun modo verificata, e al più può essere smentita nel caso accidentale e marginale che in un determinato seggio elettorale non si rinvenga neppure una scheda il cui contenuto corrisponda a quanto autodichiarato dall'elettore (peraltro, come si vedrà appresso, nella presente vicenda ricorre proprio questa situazione).

Sin qui, si sono esposte le ragioni che porterebbero ad escludere la rilevanza delle dichiarazioni "sostitutive" degli elettori. Ad esse però si può replicare che qui non si discute di attribuire alle dichiarazioni degli elettori una efficacia probatoria in senso proprio, ossia di farle prevalere sul risultato degli scrutini, ma solo prenderle in considerazione al fine di procedere ad una verifica dei voti espressi.

Ed in questi limiti si può ammettere che la dichiarazione sostitutiva del privato costituisca indizio di anomalia sufficiente per sottoporre a verificazione le operazioni elettorali. Ciò, quanto meno, qualora si possa ragionevolmente ipotizzare – come avviene nel caso in esame, data l'esiguità del numero delle preferenze espresse per le parti in causa e di quelle in contestazione – che una verificazione, oltre ad individuare l'effettiva consistenza della pretesa azionata in giudizio, riesca anche a confermare o smentire il contenuto delle dichiarazioni sostitutive presentate a sostegno di quella pretesa (così eventualmente dando

ingresso alla "sanzione", *lato sensu* intesa, che l'ordinamento ricollega alle dichiarazioni mendaci).

Le pretese relative alle cinque sezioni oggetto della verificazione condurrebbero, qualora risultassero fondate, all'accoglimento del ricorso, consentendo al ricorrente principale di scavalcare in graduatoria i due controinteressati ricorrenti incidentali.

Seguendo la linea argomentativa sinora esposta, le censure prospettate con motivi aggiunti costituiscono uno sviluppo di quelle già proposte con il ricorso introduttivo, e quindi non comportano un inammissibile allargamento della cognizione a nuovi vizi.

Sin qui, si sono esposti gli argomenti favorevoli alla tesi dell'ammissibilità del ricorso principale e dei motivi aggiunti. Il Collegio si ritiene dispensato dall'esporre e discutere gli argomenti contrari, stante che dette impugnazioni risultano comunque infondate nel merito, come si dimostrerà appresso. Passando dunque all'esame del merito, come già detto, il ricorso principale è infondato e dev'essere respinto.

L'esito in fatto della verificazione è univoco.

In nessuna delle sezioni indicate sono stati reperiti ulteriori voti di preferenza per il candidato S. E. (*Omissis*).

(1-4) Principio di prova ed onere attenuato nella specificazione dei motivi di ricorso: brevi note a margine della Sentenza TAR Umbria, 15 gennaio 2010, n. 4, in materia di contenzioso elettorale

Sommario: **1.** *Premessa* – **2.** *Il requisito della specificità dei motivi di ricorso* – **3.** *L'onere a carico del ricorrente di fornire un principio di prova* – **4.** *Considerazioni conclusive*.

1. *Premessa*

La sentenza del TAR Umbria n. 343 del 2010 conclude una vicenda processuale che nel suo sviluppo ha evidenziato significativi elementi di interesse e, per quanto sembra, anche di rilevante innovazione rispetto agli approdi in precedenza raggiunti dalla giurisprudenza amministrativa. La materia nel quadro della quale si è pronunciato il Collegio è quella, delicata e particolare [(1)], del contenzioso elettorale [(2)]. Conviene fare un breve cenno ai

---

[(1)] Per un'analisi delle particolarità del processo elettorale nel suo complesso, cfr. Sala, *Problemi del processo amministrativo nella giurisprudenza (dell'adunanza plenaria): lineamenti del contenzioso elettorale*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 467 ss.

[(2)] La materia di contenzioso elettorale ha rappresentato nel corso degli anni un

passaggi salienti della vicenda in esame onde attrezzare nel modo migliore la lettura delle problematiche giuridiche ad essa sottese.

E.S., candidato alla carica di Consigliere comunale per la Città di Perugia e primo dei non eletti della propria lista, presentava ricorso per l'annullamento dell'atto di proclamazione degli eletti alla carica di Consigliere comunale contro il Comune di Perugia e contro il competente Ufficio elettorale centrale. Il ricorso era altresì notificato ai signori L.V. e M.F., controinteressati nella vicenda in esame quali ultimi due candidati eletti per la lista nella quale aveva concorso anche il ricorrente.

In particolare E. S. lamentava la mancata attribuzione di nove voti di preferenza presso sei sezioni elettorali del Comune di Perugia analiticamente individuate nel ricorso. Il ricorrente, non eletto per un solo voto di scarto rispetto alle preferenze riportate dall'ultimo degli eletti e per sei voti di preferenza rispetto al penultimo, ricorreva dunque per veder riformata la

---

tradizionale terreno di confronto per la dottrina amministrativistica. Le evoluzioni vissute nel dibattito dottrinario possono essere ripercorse tramite alcuni dei più noti contributi in materia. Tra gli altri, si rinvia ad Avvantaggiati, *In materia di contenzioso elettorale*, in *Nuova rass.*, 1993, 1644 ss.; Baldanza, *L'opposizione di terzo nei giudizi in materia elettorale*, in *Giornale dir. amm.*, 1997, 449 ss.; Bandinelli, *Il nuovo contenzioso elettorale amministrativo*, in *Nuova Rass.*, 1967, 761 ss.; Borghesi, *Elezioni (contenzioso per le elezioni regionali ed amministrative)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XII, 1989, 11; Carbone, *Onere della prova nel giudizio elettorale*, in *Corriere giur.*, 2001, 1279; Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 925 ss.; Cerri, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2009, 545 ss.; Donato, *I motivi di ricorso nel contenzioso sulle operazioni elettorali*, in *Giust. amm.*, 2007, 839 ss.; Fava, *Manuale del contenzioso elettorale*, Santarcangelo di Romagna, 2007; Gatto, *Le parti necessarie ed i controinteressati nel processo elettorale*, in *Il Corriere del merito*, 2009, 910 ss.; Gizzi, *La nuova disciplina del contenzioso elettorale amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967, 217 ss.; Juso, *Il contenzioso elettorale amministrativo*, Milano, 1967; Morcavallo, *I ricorsi elettorali*, Napoli, 2002; Mignone, *Contenzioso elettorale*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, II ed., Padova, 2001, 1401 ss.; Panozzo, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di operazioni elettorali*, 2008, in *www.diritto.it*; Principalle, *La riforma del contenzioso elettorale*, in *Nuova Rass.*, 1967, 1644 ss.; Rossano, *Manuale di diritto pubblico*, Napoli, 2007, 502 ss.; Sala, *Problemi del processo amministrativo nella giurisprudenza (dell'adunanza plenaria): lineamenti del contenzioso elettorale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1985; Sassi - Vedaschi, *Elezioni amministrative*, in *Dig. (disc. pubbl.), Agg.*, Torino, 2000, 220 ss.; Saitta, *I giudizi elettorali*, Milano, 2003; Secondino, *Il ricorso al Tribunale amministrativo regionale in materia di operazioni elettorali*, 1985, 357 ss.; Staiano, *Orientamenti in materia di contenzioso elettorale*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza* (a cura di Allegretti-Orsi Battaglini-Sorace), Rimini, 1987, 127 ss.; Sticchi Damiani, *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano, 1988, 161 ss.; Vipiana, *Contenzioso elettorale amministrativo*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, IV, Torino, 1989, 11 ss.; Virga, *Giudizio in materia di operazioni elettorali*, in *Diritto amministrativo II*, Milano, 1997, 419 ss.

proclamazione degli eletti al fine di ottenere la sostituzione di sé medesimo ai candidati ritenuti illegittimamente proclamati. A sostegno delle proprie richieste, il ricorrente allegava otto dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà sottoscritte da altrettanti elettori, con le quali gli stessi dichiaravano di aver correttamente attribuito la propria preferenza al ricorrente salvo poi riscontrare la mancata assegnazione di voti di preferenza allo stesso nei rispettivi seggi di appartenenza. Sulla base degli elementi dedotti, il ricorrente lamentava la falsa e/o erronea applicazione degli artt. 57, 68, 69, 70, 72 del d.p.r. 16 maggio 1960, n. 570 (T. U. delle leggi per la composizione e l'elezione degli organi delle amministrazioni comunali) e concludeva per l'accoglimento del ricorso nei termini poc'anzi richiamati.

Si costituivano ambedue i controinteressati mediante controricorso con ricorso incidentale articolando in punto di diritto deduzioni in buona parte analoghe tra loro e lamentando in punto di fatto, rispettivamente, la mancata attribuzione di due e tre voti di preferenza pur effettivamente riscontrati in sede di scrutinio. Le ampie difese articolate dai controinteresati essenzialmente ruotavano intorno all'inammissibilità del ricorso principale per la mancata ottemperanza di una serie di indicazioni fornite in materia dalla giurisprudenza amministrativa. In particolare, i controinteressati evidenziavano come il ricorso principale difettasse sul piano della specificazione dei motivi di gravame nonché su quello relativo al necessario principio di prova circa la veridicità dei fatti posti a base dei motivi stessi. A questo proposito i controinteressati precisavano che, per costante giurisprudenza, è richiesto al ricorrente di indicare la specifica natura dei vizi, il numero delle schede contestate e le sezioni elettorali cui si riferiscono le medesime. Ancora, insistevano i controinteressati, era onere del ricorrente precisare quali vicende illegittime avessero condotto alla mancata attribuzione della quale lo stesso si doleva, proponendo a tal fine censure dalla cui specificità fosse possibile isolare le irregolarità lamentate. In altre parole, i ricorrenti incidentali eccepivano la genericità delle censure mosse dal principale, il quale avrebbe dovuto indicare i vizi specifici occorsi nel procedimento di scrutinio nella loro *concreta manifestazione*. Peraltro, dalla genericità delle censure sollevate in via principale ne sarebbe altresì derivato, sempre secondo quanto affermato dai controinteressati, il mancato assolvimento dell'onere della prova che, nelle forme richieste nel giudizio in materia elettorale, può essere sorretto dalla stessa analiticità delle contestazioni.

Con decisione assunta in Camera di Consiglio, il TAR Umbria in sostanza superava le eccezioni di inammissibilità del ricorso principale, disponendo con ordinanza istruttoria la verificazione dell'effettiva consistenza delle preferenze ottenute dai ricorrenti principale ed incidentali.

Le operazioni di verifica condotte dalla incaricata Prefettura pervenivano tuttavia alla inaspettata conclusione secondo cui nessuna deviazione, in incremento o in difetto, era riscontrabile in relazione alle preferenze all'epoca scrutinate dalle sezioni elettorali con riferimento ai candidati ricorrenti.

Il naturale epilogo della vicenda non poteva a quel punto essere diverso

da quello in effetti raggiunto con la definitiva pronuncia del Collegio: rigetto del ricorso principale con condanna alle spese di giudizio.

Passando all'analisi dei profili giuridici toccati dalla vicenda in esame, conviene isolare gli stessi in due gruppi ed esaminarne partitamente i contenuti.

Un primo elemento di non irrilevante interesse è correlato alle problematiche legate al requisito della specificità dei motivi di gravame nel ricorso elettorale così come prospettate dalle parti in causa e risolte dal Collegio.

Secondariamente, un maggior grado di approfondimento meriterà la questione relativa al c.d. principio di prova richiesto nel contenzioso elettorale. Quest'ultima riflessione sarà essenzialmente prospettata in rapporto all'innovativa giurisprudenza del TAR Umbria con riguardo all'ammissibilità delle dichiarazioni sostitutive di soggetti terzi rispetto alle parti del procedimento.

2. *Il requisito della specificità dei motivi di ricorso.*

Il primo dei due approfondimenti prospettati pone questioni di non agevole risoluzione. Il problema ruota, come poc'anzi ricordato, intorno al requisito della specificità dei motivi di ricorso, richiesto dalla giurisprudenza amministrativa anche con riferimento al contenzioso elettorale [(3)].

Gli interessi di ordine generale che la Giustizia amministrativa ha mostrato di voler preservare con riferimento a tale circostanza sembrano riconducibili, in sintesi, a due esigenze contrapposte.

Da un lato si pongono le difficoltà e le insidie che, su un piano pratico, il potenziale ricorrente si trova ad affrontare rispetto al particolare *iter* procedimentale lungo il quale è articolata la vicenda elettorale. In particolare, le schede elettorali e le tabelle di scrutinio - inaccessibili all'amministrato nella fase successiva allo scrutinio ed alla chiusura dei verbali salvo che per espressa determinazione giudiziale [(4)] - costituiscono la mole essenziale del

---

[(3)] La dottrina già da tempo ha segnalato le difficoltà e le incertezze correlate al requisito della specificità dei motivi di ricorso nella materia elettorale, sul punto, cfr. con quanto osservato da Donato, *I motivi di ricorso nel contenzioso sulle operazioni elettorali*, in *Giust. amm.*, 2007, 841 ss.

[(4)] In proposito un'indicazione che non sembra lasciar spazio ad equivoci perviene da Cons. St., sez. V, 9 maggio 2006, n. 2531, secondo cui «*i sigilli dai plichi elettorali possono essere rimossi soltanto per ordine del giudice. L'art. 24, c. 3, della l. 241 / 1990 non ammette istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni. Sono sottratti all'accesso i documenti per cui sussista un divieto di divulgazione. Il divieto di divulgazione è sufficientemente espresso con la prescrizione normativa dell'obbligo di sigillare i plichi contenenti le schede elettorali ed i verbali*». Ancor più di recente il Consiglio di Stato ha ulteriormente chiarito la questione (cfr. Cons. St., sez. V, 6 febbraio 2007, n. 476, in *www.giustizia-amministrativa.it,* osservando che «è *escluso il diritto d'accesso alle schede elettorali,*

materiale documentale sul quale fondare i motivi di ricorso. Ebbene l'indisponibilità di tali fonti, ove fosse reclamata in forma rigida l'applicazione del principio della specificità di motivi di ricorso, di fatto, e realisticamente, impedirebbe la possibilità di adire la giurisdizione amministrativa nella materia elettorale. Una sorta di *probatio diabolica* si frapporrebbe infatti tra il potenziale ricorrente e l'accesso alla giurisdizione [(5)]. Né sembra possibile, peraltro, affermare che la presenza dei c.d. rappresentanti di lista nel corso delle operazioni di scrutinio costituisca circostanza tale da alleviare le difficoltà del candidato ricorrente rispetto alla necessità di specificare i propri motivi di ricorso. Come noto, la presenza dei rappresentanti delle liste dei candidati alle elezioni, consentita ai sensi della normativa vigente, rappresenta una mera facoltà dei partiti, i quali non sono tuttavia tenuti a dotare ogni sezione di un proprio rappresentante. Al contrario il singolo candidato non è abilitato, individualmente, a farsi rappresentare presso i seggi elettorali con possibilità di far rilevare e verbalizzare eventuali irregolarità. Egli finirebbe dunque per trovarsi nella scomoda condizione di dover confidare nel fatto che la propria lista di appartenenza individui un proprio rappresentante e che questi, oltre che vigilare sulla corretta attribuzione dei voti di lista, scrupolosamente ed attivamente presieda allo spoglio ed alla attribuzione di ogni singola preferenza all'interno della lista. Il ché, ragionevolmente, appare quantomeno pretenzioso, specie ove si consideri che la gran mole delle controversie elettorali ha ad oggetto proprio interessi contrapposti tra candidati delle *medesime* liste.

Quanto sopra osservato rispetto alla posizione del candidato ricorrente, altra preoccupazione ben presente, e di segno opposto, nei ragionamenti nel tempo articolati dalla giurisprudenza amministrativa è quella intorno al fatto che le possibilità aperte dalla giurisdizione in materia di contenzioso elettorale non si traducano in una sorta di generalizzato ricorso ad uno "scrutinio di secondo grado" [(6)]. L'evenienza che il giudice amministrativo ha costantemente mostrato di voler evitare è quella di consentire l'accesso al contenzioso elettorale pur in presenza di un mero e generico sospetto di irregolarità nello scrutinio ovvero, addirittura, al solo fine di "negoziare" sul

---

delle quali l'amministrazione ha la detenzione a titolo di custodia, che devono essere conservate in plichi sigillati e che possono essere esaminate da incaricati del giudice e in contraddittorio solo nell'ambito dei procedimenti giurisdizionali previsti dalla legge a tutela dei candidati e degli elettori».

(5) Di vero e proprio «*deficit* informativo» sofferto dal ricorrente parla Donato, *I motivi di ricorso nel contenzioso sulle operazioni elettorali*, *cit.*, 839 ss.

(6) Cfr., Cons. St., sez. V, 7 febbraio 2000, n. 738, in *www.giustizia-amministrativa.it,* secondo cui, «*nel contenzioso elettorale, anche se è vero che l'onere della prova va valutato con minor rigore, non sono proponibili motivi dedotti in forma generica e privi di allegazioni specifiche e concrete che si risolvono in supposizioni o illazioni tendenti ad ottenere un riesame in sede giurisdizionale, quasi d'ufficio, dell'operato dei seggi elettorali».*

piano politico il ritiro o la permanenza della propria iniziativa processuale. In altri termini, si intravede nei ragionamenti del giudice amministrativo la preoccupazione secondo la quale ove fosse consentita la proposizione di ricorsi al buio, di natura essenzialmente "esplorativa" [(7)], o persino sprovvisti di un qualche elemento di identificazione dei motivi di doglianza, ciò sarebbe sufficiente a scatenare, specie nel nostrano agone politico in genere tutt'altro che animato da britannico *fair play*, una mole di iniziative processuali tale da rendere di fatto permanente la posizione *sub judice* degli organi elettivi.

Queste le esigenze fondamentali (e contrastanti) che sembrano dunque orientare la barra dei giudizi sul requisito delle specificità dei motivi di ricorso [(8)].

L'orientamento giurisprudenziale maturato sulla scorta delle riferite problematiche si è in conseguenza preoccupato di "modellare" l'onere di specificazione dei motivi di ricorso adattandolo alla materia elettorale. In particolare, nei ripetuti arresti del giudice amministrativo, tale incombenza è invocata in forma meno severa che nelle procedure ordinarie, si parla al proposito di "onere attenuato", proprio a voler significare l'esigenza di stemperare i rigori che normalmente gravano sul ricorrente in punto di specificazione dei motivi [(9)]. Dall'insieme delle sentenze intervenute per dirimere la complicata questione sembra dunque possibile trarre un dato di uniformità: tutti i pronunciamenti concordano sulla necessità di "alleggerire" gli oneri di cui è gravato il ricorrente con riferimento alla specificazione dei motivi di ricorso e ciò in quanto, non avendo egli facoltà di esaminare direttamente il materiale documentale di riferimento, non potrà che riferirsi alle dichiarazioni di terzi che inevitabilmente tendono a non essere sempre precise ed esaurienti.

---

(7) Si veda Cons. St., sez. V, 3 aprile 2006, n. 1726, in *www.giustizia-amministrativa.it,* laddove si osserva che «*come è stato affermato di recente dalla Sezione, richiamandosi alla propria consolidata giurisprudenza in materia (Cons. St., sez. V, 15.7.2005, n. 3804), nel giudizio elettorale la precisione dei motivi non può scendere al di sotto di una soglia minimale che consenta di filtrare i ricorsi meramente "esplorativi", ossia quelli proposti al buio ed "unicamente miranti a sollecitare l'effettuazione da parte del giudicante di accertamenti istruttori (verificazioni o consulenze tecniche) diretti ad una rinnovata ed indiscriminata ripetizione, in sede contenziosa, di tutte o di gran parte delle complesse operazioni del procedimento elettorale, confidando nella possibilità di un'emersione* ex post *di taluna delle irregolarità denunciate*».

(8) Sulle difficoltà pratiche di conciliare le suddette e contrastanti esigenze, nonché sull'andamento altalenante della giurisprudenza amministrativa formatasi sul punto, cfr. Vipiana, *Contenzioso elettorale amministrativo*, cit., 28 ss.

(9) Cfr., sul punto, Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2007, n. 199, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui «*nelle controversie elettorali il requisito della specificità dei motivi deve essere valutato con rigore attenuato in quanto l'interessato non ha facoltà di esaminare direttamente il materiale, ma deve rimettersi alle indicazioni provenienti da terzi*».

Chiarito dunque il principio, ciò che tuttavia permane come elemento problematico è la ricostruzione sul piano pratico ed applicativo dello stesso. In altri termini, d'accordo sul fatto che l'onere in parola debba caratterizzarsi per una sua consistenza attenuata, gli approdi della giurisprudenza amministrativa sono meno univoci nel fornire indicazioni sul cosa significhi, in termini concreti, "onere attenuato". La più ampia giurisprudenza e la dottrina più avvertita sembrano attestarsi lungo l'elencazione di tre requisiti indefettibili [10]: l'indicazione del vizio, il numero delle schede contestate e le sezioni elettorali alle quali le stesse si riferiscono [11]. Non vi è tuttavia chi non veda come da tali indicazioni non emergano elementi concludenti in ordine al grado di specificità dei motivi di ricorso. In particolare è proprio la *natura del vizio* denunciato a creare non lievi difficoltà interpretative. Cosa deve intendersi per "indicazione del vizio" lamentato? Occorre forse riferire circa le caratteristiche concrete della irregolarità, con specifico riferimento, ad esempio, alle ipotesi di «preferenza posta a fianco del contrassegno di altra lista non votata» o, ancora sempre a titolo esemplificativo, a quelle di «scheda con voto ad altra lista ma con preferenza al candidato accanto al simbolo di appartenenza di quest'ultimo» e così di seguito, o sarà sufficiente un minor grado di precisione nella indicazione delle circostanze vizianti? Sembra doversi propendere, senza grosse esitazioni, verso quest'ultima conclusione. D'altronde sarebbe incomprensibile *in cosa* sarebbe attenuato tale onere di motivazione ove si richiedesse di riferire su circostanze concrete come quelle cennate a mo' d'esempio. La concreta manifestazione del vizio è difatti circostanza sulla quale il ricorrente è nelle condizioni di riferire con esattezza solo dopo l'esame e l'accesso al materiale documentale: è evidente pertanto che, essendo l'originaria inaccessibilità a tale documentazione a sorreggere l'idea che l'onere di motivazione debba essere attenuato, sarebbe poi contraddittorio richiedere l'analitica indicazione del vizio come in concreto manifestatosi [12]. Sembrano peraltro conformi all'analisi prospettata

---

[10] Cfr. Virga, *Diritto amministrativo II*, cit., 422 ss., secondo il quale «*poiché il ricorrente si trova nella impossibilità di conoscere direttamente il materiale elettorale, l'onere di specificare i motivi di ricorso può ritenersi assolto, quando siano indicati i vizi del procedimento, il numero (anche approssimativo) delle schede erroneamente riconosciute valide ed attribuite e le sezioni nelle quali le irregolarità sarebbero avvenute*».

[11] Cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. V, 19 giugno 2006, n. 3580, in *www.giustizia-amministrativa.it,* secondo cui «*nel processo elettorale, essendo le schede elettorali inaccessibili al ricorrente, il requisito della specificità della prova è soddisfatto con l'indicazione del vizio, del numero delle schede denunciate e delle sezioni ove il fatto lesivo si sarebbe verificato*».

[12] In questa direzione sembra muovere il Cons. St., sez. V, 5 dicembre 2000, n. 593, in *www.giustizia-amministrativa.it,* ove si osserva che «*L'oggetto del giudizio è definito dai motivi dedotti entro il termine di decadenza ed il ricorrente è tenuto a specificarli con l'atto introduttivo, ancorché sia consentita una minore precisione nella prospettazione dei vizi*».

i contenuti di alcuni arresti del Consiglio di Stato che, con riferimento alla problematica in esame, hanno attestato il livello di specificità sostituendo l'esatta indicazione del vizio con riferimenti che consentano piuttosto di delimitare "l'area di incidenza" delle censure. Il frequente richiamo ad espressioni quali "natura" del vizio [13] o, come da ultimo ricordato, "area di incidenza" delle censure [14], allontanano l'idea che la specificità delle doglianze debba pervenire all'esatta indicazione del concreto elemento viziante, quanto piuttosto avvicinano al principio secondo cui l'onere di specificazione è assolto nel momento in cui sono indicate le caratteristiche "tipologiche" del vizio lamentato. Dalla mancata attribuzione del voto valido ed incontestato sino alla mancata attribuzione del voto erroneamente ritenuto nullo o all'errore di verbalizzazione e, ancora, attraverso tutta l'ampia gamma di "categorie" di vizio riscontrabili: dall'indicazione di questo e non di altro sembrerebbe essere gravato il ricorrente. Come negare che il ricorrente abbia assolto al proprio, attenuato onere di motivazione laddove lamenti, ad esempio, la "semplice" mancata attribuzione del voto valido ed incontestato? Al contrario, non sembra certo possibile richiedere che il ricorrente fornisca un'analisi, quasi "psicologica", dei percorsi concreti che hanno condotto alla emersione del vizio. Disattenzione? Dolo? Imperizia della commissione di scrutinio? Si tratterebbe di elementi di fatto inconoscibili pur in presenza dello stesso materiale documentale [15]. Non sembra proprio che sia questo ad interessare il giudice amministrativo.

---

[13] Si veda, in particolare, Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2007, n. 197, in *www.giustizia-amministrativa.it,* secondo cui «*nel giudizio in materia elettorale il principio della specificità dei motivi di censura, seppure lievemente temperato, richiede sempre, ai fini dell'ammissibilità del ricorso o delle singole doglianze, che l'atto introduttivo indichi la natura dei vizi denunziati, il numero delle schede contestate e le Sezioni cui si riferiscono le schede medesime*».

[14] In questo senso, Cons. St., sez. V, 2 novembre 1999, n. 738, in *www.giustizia-amministrativa.it,* secondo cui «*in conformità allo scopo del ricorso, che è quello di ottenere dal giudice l'annullamento di uno o più provvedimenti illegittimi, è necessario comunque che il ricorrente delimiti in qualche modo, con riferimenti precisi e concreti, l'area di incidenza delle proprie censure, il numero (anche se approssimativo) delle schede contestate e gli uffici elettorali di sezione cui si riferiscono le schede medesime*».

[15] A questo proposito, particolarmente interessante risulta la pronuncia del Cons. St., sez. V, 19 dicembre 1995, n. 1747, in *Corriere giur.*, 1996, 2, 154, con nota di Carbone, il quale osserva come nell'occasione il Collegio abbia precisato il perimetro del principio in base al quale la mancata attribuzione dei voti non è altro che la conseguenza di una irregolarità del procedimento elettorale e non costituisce, di per sé, un vizio del procedimento elettorale. «*La specificazione apportata dal Consiglio di Stato*» osserva l'Autore «*consiste in ciò: ove la mancata attribuzione di voti dipenda da un errore materiale, tale errore, che si distingue per ogni verso da tutti gli altri possibili vizi del procedimento elettorale, non può essere considerato alla stregua di questi ultimi, nel senso che anch'esso debba costituire oggetto di*

Diversamente, ciò che sembra premere al giudicante nelle ipotesi di ricorso in materia è che le stesse forniscano elementi sufficienti da cui poter desumere la *serietà* del ricorso [16]. È su quest'elemento che particolarmente insiste la gran mole degli arresti in materia. Ed il rischio che l'iniziativa processuale sia avviata al solo scopo esplorativo di verificare "in seconda istanza" la regolarità delle operazioni elettorali sembra dunque superabile, alla luce di quanto più volte sostenuto in giurisprudenza, dalla indicazione del numero delle schede, delle sezioni cui si riferiscono e dalla *tipologia* nella quale il vizio rientrerebbe. Ciò appare senz'altro sufficiente a "tranquillizzare" l'adita giurisdizione circa il carattere non meramente strumentale del ricorso.

3. *L'onere a carico del ricorrente di fornire un principio di prova.*

Peraltro, se l'ammissibilità del ricorso ruota intorno alla sussistenza di elementi volti a corroborare la serietà dell'iniziativa processuale [17], qualche ulteriore cenno alla questione merita di esser fatto con riguardo alle ulteriori problematiche inerenti al c.d. principio di prova di cui il ricorrente è gravato nel proporre le proprie doglianze [18].

Per ragioni analoghe a quelle che sorreggono la ricostruzione "attenuata"

---

formale motivo di ricorso. Difatti, prosegue la decisione che si segnala, i vizi del procedimento elettorale attengono o ad errori di diritto nell'applicazione delle norme circa la valutazione delle schede elettorali e l'attribuzione dei voti o alla violazione di norme che disciplinano le varie fasi del procedimento elettorale: tali vizi devono formare oggetto di specifica censura. L'errore materiale è, invece, connesso ad errori di calcolo dei voti o all'omissione della loro annotazione nei vari prospetti e verbali e si colloca, pertanto, fuori dal sistema».

[16] Si veda, in proposito, quanto affermato in Cons. St., sez. V, 16 ottobre 2006, n. 6135,*www.giustizia-amministrativa.it,* in particolare laddove si osserva che «*i motivi devono essere espressione di un serio e reale intento, per cui non possono essere dedotti in forma generica risolvendosi, in tal modo, in supposizioni o illazioni tendenti ad ottenere un riesame in sede giurisdizionale, quasi d'ufficio, dell'operato dei seggi elettorali*».

[17] A questo proposito si rinvia a quanto affermato dal TAR Veneto, I, 11 novembre 1999, n. 1983, *www.giustizia-amministrativa.it,* secondo cui «*è inammissibile il ricorso di un ricorrente che chieda la correzione del risultato elettorale, in particolare delle preferenze riportate, con la rideterminazione della relativa graduatoria, nel caso in cui non si eccepiscano argomenti specifici, suffragati da elementi che, oltre all'apparenza della serietà, abbiano una consistenza tale da farli configurare come indizi e circostanze attendibili che depongono a favore delle affermazioni o delle censure formulate con il ricorso*».

[18] Si veda, in proposito, Cons. St., sez. V, 29 aprile 2003, n. 2193, *www.giustizia-amministrativa.it,* secondo cui, «*nel giudizio elettorale il ricorrente è tenuto a fornire almeno un principio di prova, non essendo consentito al giudice di supplire all'inerzia probatoria delle parti*».

dell'onere di specificazione dei motivi di gravame, la posizione unanime della giurisprudenza è orientata a richiedere, in sede introduttiva del giudizio, un riscontro meno rigoroso anche con riferimento alla prova delle asserite circostanze lesive. Con riguardo a tale ultimo onere, le ragioni che ne richiedono una attenuazione, nella forma appunto del *principio* di prova, sembrano peraltro ancor più stringenti: che il ricorrente possa aver avuto informazioni precise e circostanziate (per esempio tramite i rappresentanti di lista) e tali da consentire una dettagliata stesura dell'atto introduttivo anche con riguardo ai motivi di ricorso è circostanza che, in concreto, ben può verificarsi; al contrario l'articolazione di strumenti di prova documentale, già in sede introduttiva, è in assoluto esclusa per effetto di quell'iniziale inaccessibilità delle fonti, alla quale si è già fatto cenno, largamente estesa alla gran parte della documentazione attinente al procedimento elettorale (nello specifico: schede elettorali, tabelle di scrutinio e verbali di sezione). Dunque sull'esigenza di alleviare gli oneri di prova del ricorrente *nulla quaestio*. Ciò su cui, parallelamente a quanto già sopra osservato, non vi è assoluta unanimità di vedute in giurisprudenza, è la *misura* di tale attenuazione e l'individuazione delle modalità in presenza delle quali può ritenersi assolto l'onere del principio di prova.

A questo proposito a fianco ad una linea giurisprudenziale attestata secondo un canone di maggior rigore, ed essenzialmente orientata a sostenere che solo la verbalizzazione delle contestazioni da parte dei rappresentanti di lista consentirebbe di non disperdere il principio di prova richiesto ai fini della ammissibilità del ricorso [19], si pone un orientamento più tollerante, ed incline ad accogliere ai fini della ammissibilità anche fonti di prova di tipo diverso.

Questa seconda tendenza manifestata in giurisprudenza sembra senz'altro più coerente con le caratteristiche concrete e con la disciplina normativa del procedimento elettorale.

Come in precedenza già osservato, la presenza dei rappresentanti di lista in occasione dello scrutinio è circostanza solo eventuale e meramente

---

[19] Si rinvia, *ex multis*, a TAR Calabria – Catanzaro, 28 ottobre 2003, n. 3035, *www.giustizia-amministrativa.it,* secondo cui «*è inammissibile il ricorso rivolto all'annullamento delle operazioni elettorali basato sulle asserzioni di terzi presenti alle operazioni di spoglio ma non riportate nei verbali, che fanno fede fino a querela di falso*». Ancor più chiara e' la posizione di TAR Veneto, I Sezione, 15 dicembre 2004, n. 4302, *www.giustizia-amministrativa.it,*secondo cui «*nel corso dello spoglio delle schede votate pare doverosa la contestazione di irregolarità nel momento stesso dell'accadimento o comunque entro la chiusura del seggio. È per questo che non può attribuirsi valore a dichiarazione sostitutive dell'atto di notorietà che avrebbero acquisito ben altro valore se una formale contestazione o riserva fosse stata fatta dal rappresentante di lista al momento della convalidazione delle schede e dell'assegnazione dei voti*»; si veda anche TAR Sicilia, Catania, III, 9 luglio 2003, n. 1110, *www.giustizia-amministrativa.it.*

opzionale: sono le liste nel loro complesso a decidere se preporre un loro rappresentante al controllo delle operazioni elettorali. Contrariamente a quanto talora rilevato dalla stessa giurisprudenza, non è dunque il singolo candidato a potersi far rappresentare confidando in tal modo in uno scrupoloso controllo sulla attribuzione delle preferenze [20]. Da ciò sembra pertanto potersi escludere che la verbalizzazione delle contestazioni da parte dei rappresentanti di lista debba necessariamente identificare l'indispensabile principio di prova alla base del ricorso [21].

Alla luce di quanto premesso sembra al contrario potersi accordare un maggior credito a quell'orientamento rivolto ad estendere le possibilità del ricorrente con riferimento alle necessarie articolazioni probatorie. In particolare è diffusa in giurisprudenza la tendenza a ritenere soddisfatto l'onere del principio di prova in presenza di dichiarazioni sostitutive di atto notarile rilasciate da terzi [22], non solo rappresentanti di lista, ma anche persone comunque presenti in occasione dello scrutinio, attestanti l'insorgenza delle irregolarità lamentate [23].

Ciò che tuttavia caratterizza l'orientamento del Tribunale amministrati-

---

[20] Sulla "relatività" delle garanzie offerte dalla presenza dei rappresentanti di lista, cfr. Donato, *I motivi di ricorso nel contenzioso sulle operazioni elettorali*, cit., p. 844.

[21] Il valore di principio di prova delle dichiarazioni verbalizzate dai rappresentanti di lista è riconosciuto (senza tuttavia che sia contestualmente negata analoga natura a diverse fonti di prova) da Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2006, n. 168, *www.giustizia-amministrativa.it,* secondo cui «*deve essere riconosciuto il valore di principio di prova alla dichiarazione resa dai rappresentanti di lista, nella forma di dichiarazione sostitutiva di atto notorio debitamente autenticata, in quanto soggetti che svolgono nei seggi funzioni regolate dalla normativa e di controllo dell'intero procedimento elettorale, con facoltà di visionare anche le singole schede elettorali*». Come successivamente evidenziato dalla stessa sezione del Consiglio di Stato (cfr. Cons. St., sez. V, 14 novembre 2006, n. 6685), «*il fatto che il rappresentante di lista non abbia fatto verbalizzare alcuna contestazione non pregiudica la successiva possibilità per gli interessati di adire l'autorità giudiziaria*».

[22] Quanto alla consistenza del principio di prova che il ricorrente è tenuto ad offrire, più volte la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto sufficiente l'allegazione al ricorso di dichiarazioni sostitutive di atto notarile, rese da persone che affermavano di aver assistito alle operazioni di spoglio delle schede nelle sezioni contestate e di aver rilevato gli errori commessi (cfr. Cons. St., sez. V, 18 marzo 1986, n. 166, *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Campania, Napoli, II, 13 marzo 2002, n. 1342, *www.giustizia-amministrativa.it*).

[23] Aderisce a tale impostazione il TAR Umbria, sent. 14 ottobre 2004, n. 591, *www.giustizia-amministrativa.it,* laddove osserva che «*nel processo elettorale, ciò che accomuna l'ipotesi di dichiarazione di terzi a quella delle contestazioni verbalizzate dai rappresentanti di lista è l'esistenza di una ricostruzione delle operazioni elettorali che evidenzia una anomalia tale da poter essere spiegata con un vizio dell'attribuzione dei voti o delle preferenze e che trova riscontro non solo nella mera prospettazione soggettiva del ricorrente*».

vo umbro è piuttosto la disponibilità ad ammettere in tal senso dichiarazioni sostitutive rilasciate da elettori con le quali gli stessi affermino la regolarità del proprio voto pur in assenza di riscontro da parte della commissione elettorale [24].

La sostenibilità di tale impostazione richiede una verifica articolata lungo un più ampio ragionamento. In particolare ciò che sembra emergere dalla messe complessiva delle pronunce in materia è, come osservato, la tendenza a richiedere la rappresentazione, in sede introduttiva del contenzioso, di elementi che nel loro complesso consentano di filtrare le iniziative processuali caratterizzate da serietà e non palese temerarietà. Ancor più nel dettaglio, la giurisprudenza amministrativa è arrivata a prospettare ai fini predetti una sorta di "giustificazione circolare" tra gli elementi del ricorso [25]. In concreto, si è rilevato come la stessa analiticità delle contestazioni ben possa costituire elemento valido a dimostrare la serietà del ricorso e ad integrare il richiesto principio di prova [26]. In forma simmetrica e speculare sembra pertanto del tutto accettabile che l'articolazione di affidabili elementi di prova possa supplire all'assenza di rigorose specificazioni dei motivi di doglianza. D'altronde, proprio questa sembra la posizione assunta dallo stesso TAR Umbria in occasione della sentenza in commento, laddove il Collegio si è soffermato ad osservare come le difficoltà che il ricorrente incontra nel reperire elementi di prova «conducono a non ritenere necessario, in una situazione come quella in

---

[24] In questo senso si rinvia ancora a TAR Umbria, sent. 14 ottobre 2004, n. 591, cit., laddove il Collegio osserva che all'ipotesi delle dichiarazioni di terzi e a quella delle contestazioni verbalizzate dai rappresentanti di liste «*si può aggiungere l'ipotesi in cui il ricorrente o altri soggetti affermino di aver espresso preferenze che non trovano riscontro nei verbali*».

[25] Come osservato da Carbone, *Onere della prova nel giudizio elettorale*, in *Corr. giur.*, 2001, 1279, «*con riguardo alle operazioni elettorali, difficilmente le parti sono in grado di disporre degli atti del procedimento. Conseguentemente, il principio dell'onere della prova in tale giudizio dev'essere inteso in modo molto elastico, onde evitare di escludere la tutela di chi lamenti vizi ben precisi, sebbene non sia in grado di fornire alcuno specifico elemento di prova. È sufficiente, in sostanza, la circostanziata denuncia di un errore rilevante, per consentire al giudice l'attivazione dell'istruttoria, secondo il canone acquisitivo tipico del rito elettorale*».

[26] Si veda, Cons. St., sez. V, 19 giugno 2006, n. 3580, *www.giustizia-amministrativa.it,* laddove il Collegio osserva che «*i requisiti della specificità dei motivi di ricorso e del principio di prova sono, nell'introduzione del giudizio, condizionati dall'indisponibilità della fonte da cui trae origine l'irregolarità perché le schede non sono accessibili dal ricorrente se non all'esito dell'istruttoria. Il requisito della specificità della prova è perciò soddisfatto con l'indicazione del vizio, del numero delle schede denunciate e delle sezioni ove il fatto lesivo si sarebbe verificato*». Ancor più di recente, si veda Cons. St., sez. V, n. 10780 del 2008, *www.giustizia-amministrativa.it,* secondo cui «*l'onere di specificità dei motivi assolve a quello del principio di prova, posto che l'analiticità delle contestazioni è essa stessa indizio dell'attendibilità della ricostruzione che sorregge, in punto di fatto, la formulazione delle doglianze di diritto*».

esame (caratterizzata, si ripete, dall'esistenza di dichiarazioni "sostitutive" di alcuni elettori, i quali affermano di aver espresso preferenze non risultanti dagli atti), che il ricorrente indichi anche sotto quale specifico profilo le operazioni risultino illegittime».

In conclusione, l'orientamento che sembra meglio assecondare le complessive preoccupazioni segnalate in occasione delle diverse pronunce in materia è quello in base al quale al giudice amministrativo spetterebbe il compito di operare una *valutazione complessiva* degli elementi dedotti ed articolati nel ricorso, senza escludere che il parziale difetto di taluni di essi possa validamente essere superato per effetto delle più esaustive prospettazioni offerte con riferimento ad altri.

4. *Considerazioni conclusive.*

Tanto osservato, sembra pertanto potersi convenire con le conclusioni raggiunte dal TAR Umbria in occasione della sentenza in commento.

Il ricorso, presentando sufficienti elementi di positiva valutazione ai fini della ammissibilità (si ricordi che il ricorrente indicava il numero delle schede contestate, le sezioni elettorali alle quali le schede si riferivano, la pur sommaria indicazione del vizio lamentato nei termini di una mancata attribuzione delle preferenze, nonché corrispondenti dichiarazioni sostitutive rilasciate da cittadini elettori) ha correttamente indotto il Collegio a disporre la verificazione del materiale elettorale corrispondente alle sezioni individuate.

L'iniziativa processuale, ancorché coerente e lineare in punto di diritto, si mostrava tuttavia carente in punto di fatto. Dalla verificazione operata dall'incaricata Prefettura non emergevano difatti i voti di preferenza reclamati dal ricorrente.

Significativamente severe apparivano pertanto le statuizioni con cui il Collegio accompagnava la decisione principale in ordine al rigetto del ricorso. Le spese di giudizio e quelle relative al procedimento di verificazione venivano poste a carico del ricorrente. Inoltre il Tribunale amministrativo, accertato che il contenuto di alcune delle dichiarazioni sostitutive rese dagli elettori non aveva trovato riscontro in sede di verificazione, disponeva il rinvio alla Procura della Repubblica dei relativi atti per eventuali decisioni di competenza.

L'inclinazione sovente manifestata dal Collegio per soluzioni di tipo compensatorio circa le spese di giudizio era superata, nel caso *de quo*, in favore di un atteggiamento più rigoroso. Tutt'altro che irrilevante, per le possibili conseguenze di tipo penale a carico degli interessati, sembra inoltre la rimessione alla Procura degli atti relativi alle dichiarazioni sostitutive.

Malgrado la severità del dispositivo, occorre tuttavia concordare con le conclusioni raggiunte dall'adita Giustizia anche sui punti da ultimo evidenziati. Il rigore delle richiamate statuizioni conclusive si pone difatti come indefettibile conseguenza logico-giuridica rispetto alla larga disponibilità

mostrata dal Tribunale amministrativo con riguardo ai requisiti di ammissibilità del ricorso. In altri termini, il Collegio sembra aver saggiamente imboccato, nel contenzioso elettorale, una strada ispirata ad un criterio di *favor,* per così dire, "istruttorio" nei confronti del ricorrente. Questi non è difatti gravato da oneri particolarmente pesanti in ordine alla specificazione dei motivi di ricorso ed al necessario principio di prova. Addirittura, la produzione di dichiarazioni sostitutive rese da elettori, come nel caso in esame, consente un ulteriore attenuazione del grado di specificazione normalmente reclamato in riferimento ai motivi di censura. Tuttavia, gli approdi conclusivi della vicenda sottolineano come il Tribunale abbia altresì voluto chiarire, di certo con un occhio rivolto al possibile futuro contenzioso in materia, il principio in base al quale ove il ricorrente abusi, più o meno consapevolmente, dell'ampiezza delle maglie aperte dalla giurisdizione amministrativa regionale, particolarmente sgradevoli potranno poi essere le conseguenze a carico suo e di eventuali terzi.

In conclusione la decisione *de qua* merita di essere particolarmente apprezzata per il livello delle garanzie prestate agli amministrati in ordine al controllo della regolarità delle procedure elettorali, per l'inflessibile rigore mostrato rispetto ad iniziative processuali che si rivelino in fatto non fondate e, in conclusione, per il significativo grado di equilibrio complessivo raggiunto nel bilanciare opposte esigenze, tutte egualmente meritevoli di essere adeguatamente preservate.

DANIELE PORENA

T.A.R. Umbria – 18 gennaio 2010, n. 8 – *Pres.* LIGNANI – *Est.* CARDONI – L.B . (Avv. ti M. BALDASSARRI e F.A. DE MATTEIS) contro Ministero per i Beni e le Attività Culturali, Soprintendenza per i Beni Architettonici per l'Umbria (Avv. distr. Stato) e nei confronti di Comune di Magione (Avv. F. Ruffo)

Paesaggio – Autorizzazione paesaggistica – Soprintendenza – Potere di annullamento per vizi di merito – Insussistenza (art. 159, comma 3 D . Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 e ss. mm. ii.)

In tema di repressione dell'autorizzazione paesaggistica, le modifiche apportate al testo originario dell'art. 159 comma 3 Codice dei beni culturali e del paesaggio, D. Lgs. 22 gennaio 2002 n. 42, ad opera, da prima

dell'art. 2, D.Lgs. 26 marzo 2008 n.68 e, in seguito, dall'art. 4 quinquies, *D.L. 3 giugno 2008, n. 97, introdotto dalla legge di conversione 2 agosto 2008, n. 97, non hanno mai attribuito alla Soprintendenza un potere di annullamento per vizi di merito.* (1)

La Soprintendenza per i Beni Culturali e Paesaggistici non può annullare l'autorizzazione paesaggistica rilasciata dal competente ente locale per l'incompatibilità del progetto approvato da detto ente con le esigenze di tutela e conservazione dei valori paesaggistici di un'area ritenuta boscata di fatto, in quanto tale valutazione costituisce un apprezzamento di merito sottratta al sindacato della Soprintendenza ai sensi dell'art. 159, comma 3 del Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio (2)

(*Omissis*) 1. Con il provvedimento della Soprintendenza impugnato è stata annullata l'autorizzazione paesaggistica rilasciata ai ricorrenti dal Comune di Magione il quale, conseguentemente, ha poi negato il permesso di costruire richiesto dai ricorrenti (provvedimento 8 giugno 2009 n. 15180).

2. Nel ricorso si formulano articolate censure d'eccesso di potere e violazione di legge adducendo, in estrema sintesi,

- la violazione dei diritti di partecipazione procedimentale per omissione del preavviso di rigetto di cui all'art. 10 *bis* L. n. 241/1990;

- l'eccesso di potere per disparità di trattamento ed illogicità manifesta poiché la Soprintendenza avrebbe approvato con un nullaosta esplicito un'autorizzazione comunale del tutto simile, concernente terreni attigui a quelli qui rilevanti;

- l'eccesso di potere per l'erronea valutazione del provvedimento comunale ritenuto non adeguatamente motivato, mentre si fonderebbe su ampie e puntuali giustificazioni;

- la violazione di legge (segnatamente art. 39, comma 7, lettera k, PTCP) poiché le aree di cui trattasi, pur essendo incluse fra quelle "boscate" individuate dal piano territoriale di coordinamento provinciale (PTCP), non sarebbero inedificabili giacché già classificate come zona B alla data del 6 settembre 1985 (art. 146, 2°comma D.Lgs. n. 490/1999, ora sostituito dall'art. 142 D.Lgs. n. 42/2004, richiamato anche dall'art. 5 L.R. n. 28/2001); il vincolo che grava sull'area è quindi solo quello puntuale (imposto con D.M.), derogato, appunto, con il provvedimento comunale annullato;

- l' eccesso di potere per valutazioni di merito concernenti la caratteristica boschiva "di fatto" dei terreni di cui si tratta;

- la carenza di potere giacché l'atto impugnato sarebbe stato emanato tardivamente.

3. Il Comune, si è costituito in giudizio aderendo sostanzialmente alle tesi dei ricorrenti. L'Amministrazione Statale si è costituita controdeducendo.

4. Il Collegio, in primo luogo, rileva come il provvedimento impugnato sia in parte analogo a quelli già annullati con le Sentenze n. 664/2007, n.792/2008; n.101/2009 (alle quali per brevità si rinvia) ed in parte innovativo, come meglio si vedrà.

5. Per la parte analoga ai precedenti, si rileva, in primo luogo, come il motivo principale dell'avversato provvedimento sia costituito dalla considerazione che il progetto approvato dal Comune sarebbe incompatibile con le esigenze di tutela e conservazione dei valori paesaggistici dell'area ritenuta boscata "di fatto". Orbene, si conferma che, come già rilevato nelle sentenze sopra citate, una simile valutazione sia squisitamente di merito per cui, sotto questo profilo, il provvedimento è illegittimo per violazione dell'art. 159 del Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio (D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42).

6. Al riguardo si rammenta, per completezza, come le considerazioni che precedono non siano inficiate dalla travagliata serie di modifiche apportate al testo del ripetuto art. 159 (nella formulazione *ex* D.Lgs. n. 157/2006). In primo luogo, poiché l'oscuro testo dell'art. 2 D.Lgs. 26 marzo 2008 n. 68 deve intendersi quale proroga del regime transitorio di cui al ridetto art. 159 (nella formulazione *ex* D.Lgs. n. 157/2006) e, dunque, come testuale conferma del potere d'annullamento, per i soli vizi di legittimità. In secondo luogo, perché l'ultima modifica (art. 4 *quinquies* D.L. 3 giugno 2008 n. 97/2008, introdotto dalla Legge di conversione 2 agosto 2008 n. 129) ha esplicitamente riportato in vigore (superando le oscurità del D. Lgs. n 68/2008 cit.) il testo dell'art. 159 nella formulazione *ex* D. Lgs. n. 157/2006 cit., così confermando che mai alla Soprintendenza era stato attribuito, nemmeno nella vigenza del regime transitorio *ex* art. 159, un sindacato di merito. In proposito è altresì proficuo sottolineare come l'interpretazione ora ricordata, già esposta nelle rammentate sentenze di questo Tribunale, sia conforme alla lettura della Corte Costituzionale (Sentenza n. 367/2007) e del Consiglio di Stato (Sez. VI, n.1050/2009 e n. 40630/2009 di conferma della Sentenza di questo Tribunale 664/2007 cit.).

7. Ciò posto, il Collegio ritiene illegittime anche le ragioni d'annullamento, approssimativamente formulate nel provvedimento impugnato, con le quali questo sembra giudicare insufficientemente ed erroneamente immotivato il nulla osta comunale. Infatti, si assume (almeno così parrebbe) che l'atto del Comune, pur impartendo disposizioni di dettaglio per l'edificazione, non valuterebbe adeguatamente l'incidenza dell'opera, nel suo insieme, sul bosco tutelato. Invece, ove si legga attentamente il provvedimento comunale, si può ritenere che esso sia sorretto da una motivazione adeguata. Difatti, se è vero che a pagina tre figurino essenzialmente prescrizioni di dettaglio e di natura esecutiva per la

realizzazione dell'opera, è anche vero che a pagina due si rinvenga una sufficiente valutazione dell'incidenza dell'edificazione sul bosco.

8. Difatti, si afferma che l'intervento: - sarà realizzato "... con materiali e finiture tradizionali che si mimetizzano correttamente nel contesto in cui la vegetazione arborea anche di tipo forestale nelle aree immediatamente contermini è ampiamente presente"; - è stato modificato con varianti volte ad evitare alterazioni pregiudizievoli "…per l'assetto morfologico e vegetazionale (*sic*!) ..."; - e stato concepito così da "... evitare da un lato qualsiasi modificazione pregiudizievole dell'assetto morfologico e vegetazionale consolidato e dall'altro di proporre un'unità abitativa…. in stretta correlazione e che armonizzi con le forme consolidate dell'ambiente circostante"; Si precisa altresì che l'opera " ... si adegua correttamente nel contesto in questione senza peraltro produrre alterazioni tali da considerarsi lesive del contesto e da interporsi quale elemento ostativo sulle visuali, ampiamente dominate da vegetazione arborea anche d'alto fusto…".

Va poi ulteriormente notato come anche le prescrizioni di dettaglio contenute a pag. 3 insistano particolarmente sulla mimetizzazione arborea tant'è che si prescrive una "integrazione della vegetazione presente…" ed il "…miglioramento del soprassuolo forestale qualora la densità delle essenze arboree risultasse inferiore a quello delle zone boschive circostanti mediante la messa a dimora nelle zone scoperte…..di nuove essenze arbustive (ginestra, corbezzolo, ecc.) ed arboree di specie autoctone, con pane di terra, di altezza non inferiore a m. 2 (roverella, cerro, leccio, carpino, acero), ad integrazione della vegetazione presente in modo che la densità vegetativa della massa arborea delle parti a verde sia pari a quella delle zone boschive circostanti".

9. Or dunque, son queste tutte considerazioni di merito, sottratte, in quanto tali, al sindacato della Soprintendenza, che inducono a ritenere sufficiente e logica la valutazione dell'incidenza della ripetuta opera sul bosco nel suo insieme e, dunque, errata, sul punto, la motivazione del provvedimento impugnato.

10. Osservato quanto precede, occorre ora valutare la parte sostanzialmente innovativa (rispetto ai precedenti atti annullati con le ricordate Sentenze) del provvedimento qui avversato. In questo, per vero, si precisa che l'intervento autorizzato dal Comune sarebbe inibito giacché ricadente in un'area "boscata" non solo "di fatto" (al riguardo vedi sopra), ma anche "di diritto". Ove si voglia attribuire un senso compiuto a tale sintetica espressione, si deve ritenere, tenendo conto del contesto lessicale, che con questa si voglia affermare che l'area di cui trattasi, essendo pacificamente compresa far le zone boschive individuate dal PTCP cit., sarebbe sottratta all'edificazione ai sensi dell'art. 39, comma. 7, lettera k, del PTCP stesso.

11. Ebbene, una simile considerazione non è condivisibile. Invero, il comma 12 del medesimo art. 39 esenta dal divieto, mediante il riferimento, fra l'altro, al comma 2 dell'art.146 D.Lgs n. 490/1999 (ora art. 142 D.Lgs. n. 42/2004) le aree già classificate dai piani regolatori come zone B, alla data del 6 settembre 1985. Orbene, non è controverso che l'area in questione fosse così classificata fin dal 1974 (autorizzazione paesaggistica comunale, pag. 2, "premesse"), per cui la disposizione inibitoria, cui parrebbe riferirsi l'opaco testo del provvedimento impugnato, non è applicabile al caso di specie.

12. Del pari, ad analoghe conclusioni, conduce il riferimento operato dal citato art.39, comma 7, 1° cpv, PTCP, alla L.R. n. 27/2000 (approvazione PUT) e alla L. R. n. 28/2001. Infatti, il divieto di nuove edificazioni nelle zone boschive contenuto nella L.R. n. 27/2000 (art. 15, comma 1 nel testo introdotto proprio dalla L.R. n. 28/2001.), va letto alla luce dell'art. 5, comma 3 della medesima L.R. n. 28/2001, il quale precisa come non si considerino bosco (ovviamente anche ai fini degli inerenti divieti di edificazione) "i boschi ricadenti nelle aree indicate al comma 2 dell'art. 146 del D. Lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, nei termini ivi stabiliti". Sulla portata di tale rinvio, si rimanda al par. 11. È poi proficuo precisare come sia da escludersi una "svista" legislativa nel coordinamento fra le due leggi regionali in parola, proprio perché la seconda ha anche modificato, come già accennato, il testo della prima.

13. Da ultimo, non è inutile mettere in evidenza come, da un lato, il Collegio sia consapevole della preminenza dei valori ambientali e paesaggistici (sottolineata dalla Corte Costituzionale fin dalle note Sentenze n. 94/85, n. 359/85 e n. 151/86), ma come, dall'altro lato, la concreta tutela di quei valori spetti al Legislatore, Costituzionale ed Ordinario (centrale e periferico); compete invece al Giudice l'applicazione obiettiva delle Leggi, sulla base della tecnica ermeneutica.

14. Per tutte le ragioni sin qui illustrate il ricorso deve essere accolto, restando assorbito l'esame dei restanti profili di doglianza.

15. Dall'accoglimento del gravame deriva, oltre all'annullamento degli atti impugnati, l'efficacia dell'autorizzazione paesaggistica comunale ed il correlato obbligo del Comune di riaprire e concludere il procedimento per il rilascio del permesso di costruire oggetto dell'annullato provvedimento comunale.

(1-2) Alcune brevi considerazioni sul ruolo della Soprintendenza in materia di autorizzazione paesaggistica.

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. L'individuazione del soggetto competente al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica. – 3. Il ruolo della Soprinten-*

denza nel regime transitorio di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica alla luce della giurisprudenza del Consiglio di Stato e quella della Corte Costituzionale. – 4. Il mutato ruolo della Soprintendenza nella "nuova" autorizzazione a regime.

1. Premessa

Con la sentenza in esame, il Tribunale amministrativo regionale dell'Umbria ha statuito su una questione avente ad oggetto la legittimità dell'annullamento da parte della Soprintendenza per i Beni e le Attività Culturali dell'Umbria dell'autorizzazione paesaggistica rilasciata dal Comune di Magione per l'incompatibilità del progetto approvato da detto ente con le esigenze di tutela e conservazione dei beni paesaggistici di un'area ritenuta boscata *de facto*. Il giudice amministrativo ha stabilito sul punto che siffatta valutazione costituisce un apprezzamento di merito e, in quanto tale, essa risulta essere sottratto al sindacato della Soprintendenza ai sensi dell'articolo 159 comma 3 del d.lgs. n. 42 del 22 gennaio 2004, il Codice dei beni culturali e del paesaggio (di seguito: "Codice") ovvero al controllo da esso esercitato nell'ambito della disciplina transitoria di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica. In sostanza, il TAR ha aderito all'ormai trentennale giurisprudenza del Consiglio di Stato che limita il potere della Soprintendenza di annullare l'autorizzazione rilasciata dalla Regione o dall'Ente locale all'uopo delegato per soli vizi di legittimità. Se la sentenza non riveste esattamente carattere di innovatività, essa, offre, tuttavia l'occasione per svolgere qualche considerazione intorno al ruolo della Soprintendenza ovvero dello Stato all'interno del "nuovo" procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica. *A partire dal 1° gennaio 2010,* infatti, è finalmente entrato in vigore il regime ordinario di rilascio individuato dall'articolo 146 del Codice in *cui l'intervento della Soprintendenza non è più previsto in via successiva, mediante l'esercizio di un potere di annullamento del provvedimento autorizzatorio già rilasciato dalla regione o dall'ente delegato, ma diventa preventivo e si sostanzia* nel rilascio, ai fini del conseguimento dell'autorizzazione paesaggistica, di un parere obbligatorio che, per espressa dichiarazione di legge e con le eccezioni che segnaleranno in seguito, ha carattere vincolante. Nelle pagine che seguono, pertanto, si cercherà, senza alcuna pretesa di esaustività, di fornire una breve ricognizione della giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte Costituzionale sull'ampiezza del potere di controllo riconosciuto alla Soprintendenza nell'ambito del regime transitorio di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica disegnato dall'articolo 159 del Codice, nonché di fornire qualche indicazione sulle mutate caratteristiche dell'intervento ministeriale nella dinamica procedimentale ordinaria individuata dall'articolo 146 del Codice.

2. L'individuazione del soggetto competente al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

Prima di entrare nel vivo di questa breve nota, però, appare utile fornire qualche cenno sul soggetto competente al rilascio dell'autorizzazione. Orbene, al pari di altre competenze in materia di protezione del paesaggio, originariamente affidate alla competenza esclusiva dello Stato e, quindi, al Ministero per i beni culturali e ambientali (oggi MIBAC), "l'individuazione delle bellezze naturali" (lett. *a*) e, soprattutto, per quel che maggiormente ci interessa in questa sede, "la concessione delle autorizzazioni o nulla-osta per le loro modificazioni" (lett. *b*) era stata delegata dallo Stato alle Regioni per effetto dell'art. 82 del d.p.r. 24 Luglio 1977, n. 16 con riserva allo Stato di poteri di indirizzo, controllo e coordinamento nonché, a partire dal 1985, anno di adozione della c.d. legge Galasso (l. 8 agosto 1985 n. 431), del potere di annullamento delle autorizzazioni paesistiche rilasciate dalla Regione. Il Codice ha confermato l'attribuzione di detta competenza autorizzatoria in capo alle Regioni e, queste nella pratica, anche in seguito all'entrata in vigore del Codice stesso, hanno fatto ampio ricorso alla "delega" di competenza nei confronti di Comuni, Province, Comunità Montane, Enti Parco ovvero forme associative di enti locali [(1)]. L'individuazione del soggetto competente *in concreto* al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica è, pertanto, operazione non definibile *a priori*, né sotto la vigenza della disciplina transitoria né tantomeno sotto il regime ordinario. Nel periodo antecedente al 1° gennaio 2010, questa "delega di competenza" era esercitata liberamente dalla regione e non era subordinata al possesso di requisiti di alcuna natura in capo all'ente delegato. Nel caso dell'Umbria, la regione, con la l.reg. 22 febbraio 2005, n. 11, aveva subdelegato detta competenza ai comuni e assegnato alle province la competenza autorizzatoria per le opere provinciali e per gli elettrodotti fino a 150 Kv, mantenendo in capo a sé la competenza per le opere regionali, quelle intercomunali e quelle di maggiore impegno territoriale (infrastrutture viarie regionali, sia stradali che ferroviarie) [(2)]. Ecco perché, nella fattispecie oggetto di decisione del Tar perugino, l'autorizzazione poi annullata dalla Soprintendenza era

---

[(1)] Per la ricostruzione storica della distribuzione delle competenze in materia di protezione del paesaggio, si rinvia al recente Ciaglia, *La nuova disciplina del paesaggio. Tutela e valorizzazione dei beni paesaggistici dopo il D.Lgs. n. 63/2008*, Trento, 2009, 135 ss., ma anche, con particolare attenzione all'analisi del periodo intercorrente tra il d.p.r. 616/1977 e la l. 431/1985, si rinvia a Occhiena, *Autorizzazione paesaggistica e annullamento ministeriale: la tutela del paesaggio tra regionalismo e centralismo*, in *Riv. Giur. Edil.*, 1994, II, 84 con ampi riferimenti bibliografici.

[(2)] La subdelega in materia ai Comuni era stata originariamente prevista con l.reg. 21 ottobre 1997, n. 31 e, in quel caso, la Regione aveva conservato la competenza per le autorizzazioni paesaggistiche relative a opere pubbliche intercomunali e di interesse statale.

stata rilasciata da un ente comunale, vale a dire il Comune di Magione. A partire dal 1° gennaio 2010, a far data, quindi, dall'entrata in vigore del sistema di "autorizzazione a regime", la funzione autorizzatoria in materia paesaggistica è affidata, ai sensi del comma 6 dell'articolo 146 del Codice, nuovamente alla regione che la esercita "avvalendosi di propri uffici dotati di adeguate competenze tecnico-scientifiche e idonee risorse strumentali". Il secondo alinea della disposizione contempla espressamente la possibilità per le Regioni di delegarne "l'esercizio, per i rispettivi territori, a province, a forme associative e di cooperazione fra enti locali come definite dalle vigenti disposizioni sull'ordinamento degli enti locali, ovvero a comuni", a patto però che gli enti destinatari della delega, da una parte, dispongano di strutture che siano in grado di assicurare un adeguato livello di competenze tecnico-scientifiche, e dall'altra, siano strutturati in maniera tale di garantire la differenziazione tra le attività di tutela paesaggistica e l'esercizio di funzioni amministrative in materia urbanistico-edilizia. In sostanza, il legislatore con questa disposizione, finalizzata, ad avviso di chi scrive, ad una migliore cura dell'interesse alla conservazione del paesaggio, vieta che lo stesso ufficio possa procedere, contemporaneamente, all'istruzione del procedimento diretto al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica e alla cura degli aspetti urbanistico-edilizio della pratica [(3)]. Tornando alla dimensione umbra, occorre rilevare, che la regione, con d.G.R. n. 203 dell'8 febbraio 2010, ha proceduto all'approvazione degli elenchi degli enti in possesso dei requisiti di legge per il rilascio, a partire dal 1° gennaio 2010, delle autorizzazioni paesaggistiche ai sensi dell'articolo 146 del Codice e di quelli che invece questi requisiti non li possiedono, concedendo, quindi, la subdelega *in subiecta materia* ai primi e trattenendo presso di sé, la funzione relativa ai territori dei secondi [(4)]. In precedenza, la regione aveva confermato alle province la loro subdelega delega *ratione materiae* con d.G.R. n. 2002/2009. Ad ogni modo, considerato che il dato testuale di cui ambedue le disposizioni di cui all'articolo 159 e quella di cui all'articolo 146 nel denominare il soggetto competente al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, fanno ricorso a diverse espressioni, quali "regione", "enti destinatari della delega", "amministrazione", "amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica", nelle pagine che seguono

---

[(3)] Logozzo, *La "nuova" disciplina in materia di autorizzazione paesaggistica*, in *Urb. app.*, 2010, 907 ss., in particolare 909, ove, però, l'A. ritiene che l'introduzione da parte del legislatore della necessaria separazione tra funzione paesaggistica e quella urbanistico-edilizia deve essere considerata "in un'ottica di garanzia e di maggiore tutela degli interessi del richiedente".

[(4)] L'approvazione degli elenchi da parte della Regione era stata proceduta dalla esplicita individuazione dei requisiti necessari ai fini del mantenimento della funzione autorizzatoria in materia paesaggistica con le deliberazioni n. 1650/2009 e 2002/2009.

ci si riferirà a queste espressioni indicando con esse "l'Amministrazione competente in concreto al rilascio delle autorizzazione paesaggistiche", in stretta aderenza, peraltro, all'interpretazione che di questi termini viene data dalla Direzione generale per il paesaggio, le belle arti, l'architettura e le arti contemporanee del Ministero per i Beni e le Attività Culturali (di seguito: MIBAC) nella circolare del 22 gennaio 2010.

3. Il ruolo della Soprintendenza nel regime transitorio di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica alla luce della giurisprudenza del Consiglio di Stato e quella della Corte Costituzionale.

La sentenza in esame, come precedentemente segnalato, verte sulla interpretazione del contenuto dell'art. 159, comma 3, del Codice. Prima di passare ad un'analisi di detta norma, occorre ribadire anche in questa sede che il Codice individua due differenti regimi procedurali per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica necessaria per la effettuazione di interventi ovvero la realizzazione di opere su immobili o aree di interesse paesaggistico: un regime "ordinario", individuato dall'art. 146, ed un altro di natura transitoria individuato, appunto, dall'art. 159 [(5)]. La vigenza temporale dei due differenti regimi era individuata in maniera puntuale dal comma 1 dell'ultimo articolo citato, il quale, nel testo attualmente vigente, prevede che il regime ordinario dettato dall'art. 146 "si applica anche ai procedimenti di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica che alla data del 31 dicembre 2009 non si siano ancora conclusi con l'emanazione della relativa autorizzazione o approvazione". Al riguardo, appare utile segnalare che il termine fissato dal legislatore statale del 2004 per il passaggio dal regime transitorio alla nuova disciplina, originariamente con decorrenza 2 maggio 2008, era stato poi differito al 31 dicembre 2008 dall'art. 4-*quinques* del d.l. 30 dicembre 2008, n. 207 e, quindi, ulteriormente prorogato a 31 dicembre 2009 dal d.l. 1 luglio 2009, n. 78, il c.d. "Decreto anticrisi", sospendendo, pertanto, sino al 1° gennaio 2010, l'efficacia dell'art. 146 [(6)]. Ora, il regime transitorio previsto dall'art. 159 del Codice individuava un procedimento che si articolava nelle seguenti fasi: l'Amministrazione competente entro 60 giorni dalla richiesta dell'interessato, dopo una valutazione svolta sulla

---

[(5)] Sulla disciplina transitoria *ex* articolo 159 Codice, si rinvia a Bartolini, *Gli strumenti di governo del territorio: la disciplina transitoria*, in Piergigli, Maccari (a cura di), *ll Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio tra teoria e prassi*, Milano, 2006, 607 ss. e, più in generale, a D'angelosante, *Art. 156*, in Cammelli (a cura di), *Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, Bologna, 2001, 601 ss.; Di Mauro, *Artt. 157-159*, in Cammelli (a cura di), *ivi*, 605 ss.; Mastrodonato, *Artt. 156-159*, in Angiuli, Caputi Jambrenghi, *Commentario al Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, Torino, 2005, 407 ss.

[(6)]Appare, però, utile segnalare che, sebbene la rubrica dell'art. 159 recitasse "Procedimento di autorizzazione in via transitoria" e, successivamente, come "Regime transitorio in materia di autorizzazione paesaggistica", a testimoniare la chiara *vo-*

compatibilità dell'intervento alle vigenti prescrizioni in materia di tutela del paesaggio, rilasciava l'autorizzazione che, però, non era ancora efficace; il rilascio dell'autorizzazione veniva comunicato (oltre che allo stesso interessato) alla Soprintendenza, cui veniva trasmessa la documentazione prodotta dall'interessato e le risultanze degli accertamenti eventualmente esperiti; l'autorizzazione diveniva efficace se, trascorsi ulteriori 60 giorni dalla ricezione della documentazione, la Soprintendenza non annullava la stessa per mancata conformità alle prescrizioni in materia di tutela del paesaggio. Con riguardo a quest'ultima fase, il primo alinea del comma 3 dell'art. 159, nella sua versione definitiva, più precisamente disponeva: "La Soprintendenza, se ritiene l'autorizzazione non conforme alle prescrizioni di tutela del paesaggio, dettate ai sensi del presente titolo, può annullarla con provvedimento motivato, entro sessanta giorni successivi alla ricezione della relativa, completa documentazione". Il Tribunale amministrativo regionale umbro, nella decisione sottoposta alla sua attenzione, si trovava a giudicare sulla corretta interpretazione di tale articolo ovvero, più correttamente, era chiamato a chiarire se la Soprintendenza, ai sensi di detta norma, possa annullare l'autorizzazione paesaggistica, per l'incompatibilità del progetto approvato da detto ente con le esigenze di tutela e conservazione dei beni paesaggistici di un'area ritenuta boscata *de facto*. Si trattava, pertanto, di qualificare detto apprezzamento fattuale in termini di valutazione di legittimità ovvero di merito e, successivamente, se la qualificazione in un senso o in un altro possa giustificare l'esercizio da parte della Soprintendenza della potestà di annullamento ad essa riconosciuta. Il giudice amministrativo ha statuito che la considerazione secondo cui l'incompatibilità di un progetto approvato dall'ente competente con le esigenze di tutela e conservazione di valori paesaggistici di un'area ritenuta boscata "di fatto" costituisce una valutazione squisitamente di merito e, in quanto tale, essa non è in grado di giustificare l'annullamento ministeriale del provvedimento autorizzatorio sulla base del consolidato orientamento della giurisprudenza propria e di quella del Consiglio di Stato, nonché di recenti pronunce della Corte Costituzionale, che limita la potestà di annullamento della Soprintendenza alla sussistenza di vizi di sola legittimità. Occorre innanzitutto premettere che il potere di annullamento ministeriale delle autorizzazioni paesaggistiche rilasciate dalla Regioni era stato introdotto dall'art. 1 *bis* della l. 8 agosto 1985 n. 431, che andava ad aggiungere un nuovo comma 8 all'art. 82 del d.p.r. 24 Luglio 1977, n. 16, con il quale era stata, per l'appunto, disposta

---

luntas legis di racchiudere in un unico articolo l'intera *temporary rule* della materia, alcune pronunce del giudice di merito, avallando in tal modo l'orientamento espresso dal Ministero, avevano statuito che il regime transitorio dell'articolo trovasse applicazione soltanto limitamento ai profili procedurali sancendo, quindi, l'applicabilità, sotto il profilo sostanziale, della previsione " a regime". Sul punto, si rinviano alle lucide riflessioni di Bartolini, *Gli strumenti di governo del territorio*, cit., 609.

la delega alle stesse Regioni delle funzioni relative alla "concessione delle autorizzazioni o nulla-osta delle modificazioni delle bellezze naturali" (comma 2, lett. *b*). Il riconoscimento del potere annullatorio in capo alla Soprintendenza operato dal comma 8 dell'art. 82 del d.p.r. 16/1977 era stato mantenuto inalterato, anche dal punto di vista squisitamente testuale, nella omologa disposizione di cui al comma 4 secondo alinea dell'art. 151 del Testo unico in materia di beni culturali e ambientali di cui al d.lgs. 1999, n. 490 (di seguito: il Testo unico) e, quindi, nel comma 3 dell'art. 159 del Codice, la cui interpretazione era stata sottoposta al vaglio del Tar umbro. Ora, pur ritenendo che la gestione dei vincoli paesaggistici sia caratterizzata dalla "*contitolarità di poteri da parte dello Stato e della Regione che devono ispirare o i loro atti e comportamenti al principio della leale collaborazione*" ovvero si versi in una situazione di "*cogestione*" dei vincoli [(7)], a partire da una decisione del 1987 il costante orientamento sostenuto dal Consiglio di Stato [(8)] è stato nel senso di limitare il potere di annullamento delle autorizzazioni paesaggistiche ai soli vizi di legittimità. Più precisamente, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha statuito che "*in sede di esame del contenuto della autorizzazione paesistica e prima della conclusione del procedimento, il Ministero può motivatamente valutare se la gestione del vincolo avviene con un atto legittimo, rispettoso di tutti tali principi, e annullare l'autorizzazione che risulti illegittima sotto qualsiasi profilo di eccesso di potere (senza il bisogno di ricorrere in sede giurisdizionale e ancor prima della modifica dei luoghi), ma non può sovrapporre le proprie eventuali difformi valutazioni sulla modifica dell'area, se l'autorizzazione non risulti viziata*" [(9)].

La pronuncia dell'Adunanza plenaria era stata suscitata da una decisione parziale e di rimessione della Sesta Sezione del Consiglio di Stato, la quale, pur dando atto che l'interpretazione restrittiva dei poteri di annullamento ministeriale sull'autorizzazione paesaggistica rilasciata dalla Regione ovvero dall'ente delegato era pacifica nella giurisprudenza dei giudici di Palazzo Spada, chiedeva se "argomenti di carattere testuale, logico, sistematico e costituzionale possono indurre a ritenere che in sede di controllo dei nulla osta paesistici lo Stato possa esercitare un sindacato di

---

[(7)] Cons. St., sez. VI, 13 febbraio 2001, n. 685, in *Cons. Stato*, 2001, 285; Cons. St., sez. VI, 28 gennaio 1998, n. 114, in *Riv. giur. amb.,* 1998, 309.

[(8)] Dopo Cons. St., sez. VI, 6 aprile 1987, n. 241, in *Riv. giur. edil*., 1987, I, 635 ss., *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 11 giugno 1990, n. 600, in *Foro It*., 1991, III, 125 ss., con note di Novarese e Cozzuto Quadri; Cons. St., Ad. Plen., 14 dicembre 2001, n. 9, in *Riv. giur edil.,* 2002, 184 ss., nonché, da ultimo, Cons. St., sez. VI, 8 giugno 2010, n. 3643, in *Gior. dir. amm*., 2010, 821. Per una puntuale descrizione dell'orientamento giurisprudenziale cui si fa riferimento, si rinvia a Amorosino, *Paesaggio*, in Falcone, Mele (a cura di), *Urbanistica ed appalti nella giurisprudenza,* Torino, 2000, I, 312 ss.

[(9)] Cons. St., Ad. Plen., 14 dicembre 2001, n. 9, cit.

merito, ancorché circoscritto alla verifica della coerenza dei nulla osta con le scelte ambientali fondamentali e unitarie, ove si consideri: l'attribuzione normativa del potere di annullamento "in ogni caso" [10]; la *contitolarità* e *cogestione* del bene ambiente in capo allo Stato; il valore unitario del bene ambiente, al di là delle specifiche articolazioni geografiche locali, che ne impone anche una visione, una gestione ed una tutela unitarie" [11]. L'Adunanza plenaria ha concluso nel senso della non accoglibilità della soluzione estensiva del sindacato ministeriale sull'autorizzazione paesaggistica e ribadisce il proprio costante orientamento che vede il potere di annullamento della Soprintendenza limitato alla ricorrenza dei soli vizi di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere ovvero i soli vizi di legittimità è fondata essenzialmente sul piano della stretta esegesi della norma di cui all'art. 82, d.p.r. 616/1977 poi recepito nell'art. 151 del Testo Unico e, quindi, nell'art. 159 del Codice [12]. Sotto il primo profilo, l'Adunanza plenaria ha ritenuto che la delimitazione del sindacato della Soprintendenza alla rilevazione dei soli vizi di legittimità "anche per eccesso di potere e pure per gli specifici profili di inadeguata valutazione delle circostanze o per insufficiente motivazione, illogicità manifesta e violazione del principio di leale cooperazione per mancata considerazione degli interessi nazionali" [13] sia giustificato per l'utilizzo del termine "annullamento" [14], vale a dire di un istituto tradizionalmente deputato alla rimozione degli atti affetti da vizi di legittimità, anziché del termine revoca. Sotto il secondo profilo, invece, la limitazione di detto potere di annullamento alla rilevazione di soli vizi di legittimità è giustificata dalla giurisprudenza prevalente sulla circostanza che la normativa riconosce soltanto in capo alla Regione ovvero all'ente delegato il potere di esprimere valutazioni di merito sulla compatibilità di un intervento ovvero di un progetto con le esigenze di tutela

---

[10] Tale affermazione si riferisce alla lettera del secondo alinea del comma 4 dell'art. 151 del Testo Unico, il quale recitava: "Il Ministero può in ogni caso annullare, con provvedimento motivato, l'autorizzazione regionale entro i sessanta giorni successivi alla ricezione della relativa comunicazione.". L'inciso "in ogni caso" non è presente nel Codice.

[11] Cons. St. 4 settembre 2001, n. 4639, in *www.giust.it*, n. 10 del 2001, con nota di G. Cossu, *Ritornano i Regi Soprintendenti?*

[12] Sul punto, vedi anche Crosetti, *La tutela del paesaggio tra Consiglio di Stato e Corte Costituzionale, tra legittimità e merito*, nota a Cons. Stat., Ad. Plen., 14 dicembre 2001, n. 9, in *Riv. giur. edil.,* 2002, I, 420 ss.

[13] Cons. St., Ad. Plen., 14 dicembre 2001, n. 9, cit.

[14] La migliore dottrina ha rilevato come la regola secondo cui l'annullamento costituisce la sanzione per i soli di vizi di legittimità abbia comunque delle eccezioni legislativamente previste. Vedi *ex multis,* S. Romano, *Annullamento degli atti amministrativi*, in *Noviss. dig. it.,* I, Torino, 1957, 263 ss.; Cannada Bartoli, *Annullabilità* e *annullamento (Diritto amm.)*, in *Enc. Dir*., II, Milano, 1958, 489 ss. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 579; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989, 725 ss.

naturale delle bellezze naturali, avendo riconosciuto la legge allo Stato poteri tanto estesi soltanto in via eccezionale [15]. Detta tesi troverebbe sostegno nella considerazione dell' "eccezionalità del potere ministeriale di riesame – esteso al merito – di cui al comma 10, del d.p.r. n. 616 del 1977 ove si prevede che il Ministro possa rilasciare o negare l'autorizzazione anche in difformità alla decisione regionale nell'ipotesi di opere da eseguirsi da parte di Amministrazioni statali"[16]. Sulla base di dette argomentazioni, taluni sono arrivati a configurare il potere di annullamento dell'auto-rizzazione paesaggistica riconosciuto alla Soprintendenza in termini di potere di annullamento d'ufficio analogo a quello riconosciuto alle Regioni nei confronti delle autorizzazioni edilizie rilasciate dai Comuni [17]. Se la giurisprudenza del Consiglio di Stato è, quindi, pacifica nel restringere il potere di annullamento ministeriale nei ristretti confini del sindacato di legittimità, non altrettanto si può dire della Corte Costituzionale, di cui sono avute negli anni decisioni discordanti. Da una parte, infatti, l'Alta Corte ha, infatti, statuito che l'art. 159 comma 3 del Codice "*non attribuisce all'amministrazione centrale un potere di annullamento del nulla-osta paesaggistico per motivi di merito, così da consentire alla stessa amministrazione di sovrapporre una propria valutazione a quella di chi ha rilasciato il titolo autorizzativo, ma riconosce ad esso un controllo di mera legittimità, che, peraltro, può riguardare tutti i possibili vizi, tra cui anche l'eccesso di potere*"[18]. Lo stesso principio è, poi implicitamente ribadito anche in altra sede, allorquando ha fatto riferimento ad un interpretazione della norma in questione "*alla stregua di un 'diritto vivente' costituito da una giurisprudenza ormai trentennale, in termini di potere di annullamento costantemente limitato al solo rilievo di vizi di legittimità*"[19]. Già in passato, però, la Consulta aveva giustificato la limitazione del potere devoluto all'organo statale sull'autorizzazione affidato alla Regione ai soli vizi di merito sulla base di considerazioni relative all'as-

---

[15] Cons. St., sez. VI, 14 novembre 1991, n. 828, cit.; Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2001, n. 4639, in *Urb. App.*, 2001, 12, 1315 ss., con commento di Occhiena, *Allo Stato quel che è dello Stato: la tutela del paesaggio*; Cozzutto Quadri, *Osservazioni alle sentenze Cons. Stato 11 giugno 1990 e Tar Campania 7 aprile 1989* in *Foro it.*, 1991, III, 128.

[16] Fracchia, *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, in Ferrara, Fracchia, Olivetti, Rason, *Diritto dell'Ambiente,* Bari, 1999, 207. Occorre segnalare che la previsione di cui al comma 10 dell'art. 82 del d.p.r. 16/1977, recepita dal comma 4 dell'art. 151 del Testo unico, non è stata poi ripetuta nel testo del Codice, il cui articolo 147 prevede che le autorizzazione paesaggistica per opere da realizzarsi da parte di amministrazioni statali venga rilasciata all'esito di una conferenza di servizi all'uopo indetta.

[17] Alibrandi, Ferri, *I beni culturali e ambientali. Appendice di commento alla legge 8 agosto 1985, n. 431*, Milano, 1985, 27

[18] Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 367.

[19] Ord. Corte Cost., 9 luglio 2008, n. 295.

setto complessivo della tutela ambientale e dei rapporti tra Stato e Regioni come disciplinato dalla Costituzione, ritenendo che proprio il controllo di legittimità, in un ordinamento governato dal principio di legalità "consente di raggiungere i fini essenziali della tutela e di agire ad estrema difesa del vincolo". Secondo l'Alta Corte, infatti, in sistema caratterizzato dalla presenza del principio di "leale cooperazione" quale criterio informativo della normativa di raccordo tra Stato e Regioni, la soluzione che avrebbe esteso il potere di annullamento ministeriale anche al merito, avrebbe finito con lo svuotare di contenuto la delega di poteri alle Regioni in materia di autorizzazione paesaggistica [20]. Da altro lato la Corte Costituzionale [21], nel fissare alcuni importanti principi in materia di tutela del paesaggio, ha puntualizzato anche la natura e il contenuto del potere di annullamento statale dell'autorizzazione paesaggistica affermando che "l'esercizio del potere di annullamento statale delle autorizzazioni paesistiche costituisce (rispetto ad un'autorizzazione regionale perfetta ed efficace) una speciale fase di secondo grado, con diverso responsabile e diversa Autorità decidente, nella quale è possibile introdurre documentazione ed elementi di fatto ulteriori rispetto all'istruttoria generale ed in cui, infine, e soprattutto, rileva la discrezionalità propria del potere di annullamento mai assolutamente dovuto o vincolato, ma collegato appunto, alla valutazione di esigenze di estrema difesa del vincolo paesistico". Siffatte valutazioni sembrano porsi su posizione diametralmente opposta rispetto a quelle pacificamente espresse dal Consiglio di Stato dal 1987 avallando una interpretazione dei poteri riconosciuti alla Soprintendenza in sede di annullamento dell'autorizzazione paesaggistica estesa anche al merito [22]. Detta interpretazione estensiva del sindacato ministeriale in *subiecta materia*, rinvenibile, peraltro, in alcune pronunce di altri Tribunali amministrativi regionali [23] e, sposata, in alcuni casi con validissime argomentazioni, dalla più attenta dottrina che muove dalla premessa della non decisività del dato

---

[20] Corte Cost., 27 giugno 1986, n. 151, in *Foro it.*, 1986, I, 2689 ss., con osservazioni di CARAVITA e nota di COZZUTO QUADRI. Il principio di leale cooperazione è indicato come tratto caratterizzante dei rapporti tra Stato e Regioni in numerose sentenze della Corte Costituzionale. Per una ricognizione di dette pronunce, si rinvia a CROSETTI, *La tutela del paesaggio*, cit., 423. In altra sede, la Corte Costituzionale aveva fatto riferimento all'esistenza di un "condominio istituzionale" in *subiecta materia*: Corte Cost., 8 maggio 1998, n. 157, in *Cons. Stato*, 1998, II, 729.

[21] Corte Cost., 25 ottobre 2000, n. 437, in *Giur. cost.*, 2000, 3293.

[22] CROSETTI, *La tutela del paesaggio*, cit., 429.

[23] Vedi *ex multis* T.A.R. Campania, sez. Salerno, 26 novembre 1992, n. 464, in *Trib. amm. reg.,* 1993, I 254; T.A.R. Calabria, sez. Reggio Calabria, 2 luglio 1991, n. 212 in *Trib. amm. reg.,* 1991, 3271. Per gli estremi delle sentenze dei Tribunali amministrativi regionali favorevoli all'annullamento dell'autorizzazione anche per motivi di merito o, *rectius*, per diversa valutazione nel merito, si rinvia a CROSETTI, *La tutela del paesaggio*, cit., 426.

letterale, poggia [24], innanzitutto, sull'espresso riconoscimento della natura discrezionale del potere di annullamento della Soprintendenza "mai assolutamente dovuto o vincolato, ma collegato alla valutazione discrezionale" delle esigenze della tutela paesaggistica. L'aver attribuito al potere di annullamento carattere non vincolato conduce, quindi, la Consulta su posizioni diametralmente opposte a quelle del Consiglio di Stato [25], il quale, in numerose pronunce, aveva sottolineato la vincolatezza del provvedimento di annullamento. Nello stesso senso, peraltro, sembra deporre l'affermazione della Corte che ammette l'introduzione, nell'ambito di questa seconda fase del procedimento autorizzatorio con diverso responsabile e poteri anche istruttori, di "documentazione ed elementi di fatto ulteriori". La dottrina, ha, infatti ritenuto che proprio tale circostanza "apre le porte al pieno riconoscimento della natura discrezionale del potere di annullamento con ampi apprezzamenti di merito"[26]. Per concludere, con riferimento al potere di annullamento ministeriale dell'autorizzazione paesaggistica rilasciata dalla regione o dall'ente subdelegato sotto la vigenza del regime transitorio *ex* 146 Codice (e a partire, comunque, dalla legge Galasso), occorre registrare che, al di là delle tesi dottrinali estensive di detto potere al rilievo di vizi di merito e della appena menzionata sentenza della Corte Costituzionale, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha pacificamente circoscritto il sindacato della Soprintendenza al rilievo dei soli vizi di legittimità adducendo essenzialmente motivazioni di carattere esegetico e ponendosi evidentemente, quindi, in contraddizione con le sue declamazioni riguardanti il paesaggio in termini di "valore primario" ovvero "principio fondamentale esplicito", insuscettibili, quindi, di essere subordinato a qualsiasi altro valore [27].

4. Il mutato ruolo della Soprintendenza nella "nuova" autorizzazione a regime.

Come ampiamente sottolineato nelle pagine precedenti, il 1° gennaio

---

[24] Risultano essere favorevoli alla interpretazione estensiva dei poteri di annullamento della Soprintendenza, con ricchezza e lucidità di argomentazioni, Occhiena, *Autorizzazione paesaggistica e annullamento ministeriale*, cit., 75 ss., ma anche Novarese, nota a Cons. St., sez. VI, 11 giugno 1990, n. 600, cit., 126 ss.; Immordino, *Vincolo paesaggistico e regime dei beni,* Padova, 1991, 209; Crosetti, *La tutela del paesaggio*, cit., 430; Brocca, *Nulla osta paesistico e sindacato statale: non c'è spazio per un controllo di merito?*, nota a Cons. Stat., Ad. Plen., 14 dicembre 2001, n. 9, in *Riv. giur edil.,* 2002, I, 441. In senso contrario, Alibrandi, Ferri*, I beni culturali e ambientali*, cit., 27; Famiglietti, Giuffrè, *La tutela dei beni paesistici e ambientali*, Napoli, 1986, 62 ss.; Fuzio*, I nuovi beni paesistici: manuale di tutela del paesaggio*, Rimini, 1990, 186; Cozzutto Quadri, *Osservazioni alle sentenze Cons. Stato 11 giugno 1990 e Tar Campania 7 aprile 1989* in *Foro it.*, 1991, III, 128.

[25] *Ex multis*, Cons. St., sez. V, 20 maggio 1994, n. 703, in *Cons. Stato*, 1994, 818 e Cons. St., sez. VI, 8 agosto 2000, n. 2345, in *Cons. Stato*, 2000, I, 1833.

[26] Crosetti, *La tutela del paesaggio*, cit., 430.

[27] Crosetti, *La tutela del paesaggio*, cit., 430.

2010 è entrato in vigore la tanto anelata disciplina ordinaria del procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146 del Codice [28]. Di seguito, facendo riferimento anche alle precisazioni ed ai

---

[28] Ecco l'art. 146 del Codice, così come sostituito dal d.lgs. 24 marzo 2006, n. 157 e, da ultimo, dal d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63.

"1. I proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili ed aree di interesse paesaggistico, tutelati dalla legge, ai termini dell'articolo 142, o in base alla legge, ai termini degli articoli 136, 143, comma 1, lettera d), e 157, non possono distruggerli, né introdurvi modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione.

2. I soggetti di cui al comma 1 hanno l'obbligo di presentare alle amministrazioni competenti il progetto degli interventi che intendano intraprendere, corredato della prescritta documentazione, ed astenersi dall'avviare i lavori fino a quando non ne abbiano ottenuta l'autorizzazione.

3. La documentazione a corredo del progetto è preordinata alla verifica della compatibilità fra interesse paesaggistico tutelato ed intervento progettato. Essa è individuata, su proposta del Ministro, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, d'intesa con la Conferenza Stato-Regioni, e può essere aggiornata o integrata con il medesimo procedimento.

4. L'autorizzazione paesaggistica costituisce atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio. Fuori dai casi di cui all'articolo 167, commi 4 e 5, l'autorizzazione non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi. L'autorizzazione è valida per un periodo di cinque anni, scaduto il quale l'esecuzione dei progettati lavori deve essere sottoposta a nuova autorizzazione.

5. Sull'istanza di autorizzazione paesaggistica si pronuncia la regione, dopo avere acquisito il parere vincolante del Soprintendente in relazione agli interventi da eseguirsi su immobili ed aree sottoposti a tutela dalla legge o in base alla legge, ai sensi del comma 1, salvo quanto disposto all'articolo 143, commi 4 e 5. Il parere del Soprintendente, all'esito dell'approvazione delle prescrizioni d'uso dei beni paesaggistici tutelati, predisposte ai sensi degli articoli 140, comma 2, 141, comma 1, 141-*bis* e 143, comma 3, lettere b), c) e d), nonché della positiva verifica da parte del Ministero su richiesta della regione interessata dell'avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici, assume natura obbligatoria non vincolante.

7. L'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, ricevuta l'istanza dell'interessato, verifica se ricorrono i presupposti per l'applicazione dell'articolo 149, comma 1, alla stregua dei criteri fissati ai sensi degli articoli 140, comma 2, 141, comma 1, 141-*bis* e 143, comma 3 lettere b), c) e d). Qualora detti presupposti non ricorrano, l'amministrazione verifica se l'istanza stessa sia corredata della documentazione di cui al comma 3, provvedendo, ove necessario, a richiedere le opportune integrazioni e a svolgere gli accertamenti del caso. Entro quaranta giorni dalla ricezione dell'istanza, l'amministrazione effettua gli accertamenti circa la conformità dell'intervento proposto con le prescrizioni contenute nei provvedimenti di dichiarazione di interesse pubblico e nei piani paesaggistici e trasmette al Soprintendente la documentazione presentata dall'interessato, accompagnandola con una relazione tecnica illustrativa nonché dando comunicazione all'interessato dell'inizio del procedimento ai sensi

chiarimenti forniti al riguardo dal MIBAC con la già citata circolare del 22

---

delle vigenti disposizione di legge in materia di procedimento amministrativo. 8. Il soprintendente rende il parere di cui al comma 5, limitatamente alla compatibilità paesaggistica del progettato intervento nel suo complesso ed alla conformità dello stesso alle disposizioni contenute nel piano paesaggistico ovvero alla specifica disciplina di cui all'articolo 140, comma 2, entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti. Entro venti giorni dalla ricezione del parere, l'amministrazione rilascia l'autorizzazione ad esso conforme oppure comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo ai sensi dell'articolo 10-*bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni. 9. Decorso inutilmente il termine di cui al primo periodo del comma 8 senza che il Soprintendente abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente può indire una conferenza di servizi, alla quale il Soprintendente partecipa o fa pervenire il parere scritto. La conferenza si pronuncia entro il termine perentorio di quindici giorni. In ogni caso, decorsi sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del Soprintendente, l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione. Con regolamento da emanarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro il 31 dicembre 2008, su proposta del Ministro d'intesa con la Conferenza unificata, salvo quanto previsto dall'articolo 3 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono stabilite procedure semplificate per il rilascio dell'autorizzazione in relazione ad interventi di lieve entità in base a criteri di snellimento e concentrazione dei procedimenti, ferme, comunque, le esclusioni di cui agli articoli 19, comma 1 e 20, comma 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni. 10. Decorso inutilmente il termine indicato all'ultimo periodo del comma 8 senza che l'amministrazione si sia pronunciata, l'interessato può richiedere l'autorizzazione in via sostitutiva alla regione, che vi provvede, anche mediante un commissario *ad acta,* entro sessanta giorni dal ricevimento della richiesta. Qualora la regione non abbia delegato gli enti indicati al comma 6 al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, e sia essa stessa inadempiente, la richiesta del rilascio in via sostitutiva è presentata al Soprintendente. 11. L'autorizzazione paesaggistica diventa efficace decorsi trenta giorni dal suo rilascio ed è trasmessa, senza indugio, alla Soprintendenza che ha reso il parere nel corso del procedimento, nonché, unitamente allo stesso parere, alla regione ovvero agli altri enti pubblici territoriali interessati e, ove esistente, all'ente parco nel cui territorio si trova l'immobile o l'area sottoposta al vincolo. 12. L'autorizzazione paesaggistica è impugnabile, con ricorso al tribunale amministrativo regionale o con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, dalle associazioni portatrici di interessi diffusi individuate ai sensi delle vigenti disposizioni di legge in materia di ambiente e danno ambientale, e da qualsiasi altro soggetto pubblico o privato che ne abbia interesse. Le sentenze e le ordinanze del Tribunale amministrativo regionale possono essere appellate dai medesimi soggetti, anche se non abbiano proposto ricorso di primo grado. 13. Presso ogni amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica è istituito un elenco delle autorizzazioni rilasciate, aggiornato almeno ogni trenta giorni e liberamente consultabile, anche per via telematica, in cui è indicata la data di rilascio di ciascuna autorizzazione, con la annotazione sintetica del relativo oggetto. Copia dell'elenco è trasmessa trimestralmente alla regione e alla soprintendenza, ai fini dell'esercizio delle funzioni di vigilanza.

gennaio 2010 [29], si cercherà di analizzare brevemente la nuova procedura e si cercherà di svolgere qualche considerazione intorno al peso specifico della Soprintendenza al suo interno. *In primis,* però, appare ragionevole individuare l'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione della norma. Con riferimento all'ambito oggettivo di tutela, ai sensi del comma 1 dell'articolo 146 del Codice sono subordinati al rilascio della necessaria autorizzazione paesaggistica gli interventi realizzati, rispettivamente: a) sui beni di interesse paesaggistico tutelati *ex lege* ai sensi dall'art. 142 del Codice, già contemplati, peraltro, sin dalla legge Galasso; b) sugli immobili e le aree di notevoli interesse pubblico di cui all'art. 136; c) sui beni il cui vincolo sia stato imposto per effetto delle previsioni del Piano Paesaggistico; d) sui beni il cui vincolo derivi da notifiche eseguite, elenchi compilati, provvedimenti e atti emessi ai sensi della normativa previgente individuati dall'art. 157. Un ulteriore caso di beni su cui eventuali interventi di modificazione sono subordinate al rilascio del provvedimento autorizzatorio sono quelli oggetto di proposta di dichiarazione di interesse pubblico non ancora perfezionata [30]. Non sono invece assoggettati al procedimento autorizzatorio ordinario gli interventi "di lieve entità" individuati dal d.p.r. 9 luglio 2010, n. 139, emanato ai sensi del comma 9 dell'articolo 146 del Codice, cui si applica la procedura semplificata prevista dal medesimo regolamento. Il nuovo procedimento ordinario di rilascio dell'autorizzazione agli interventi sui precedentemente menzionati beni prevede: a) che i loro proprietari, possessori ovvero detentori a qualunque titolo presentino un'istanza all'amministrazione competente contenente (oltre agli elementi essenziali dell'identificazione del bene e del legittimato all'esecuzione dell'intervento)

---

14. Le disposizioni dei commi da 1 a 13 si applicano anche alle istanze concernenti le attività di coltivazione di cave e torbiere incidenti sui beni di cui all'articolo 134, ferme restando anche le competenze del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare di cui all'articolo 2, comma 1, lettera d), della legge 8 luglio 1986, n. 349.
15. Le disposizioni dei commi 6, 7, 8, 9, 10, 11 e 13 non si applicano alle autorizzazioni per le attività minerarie di ricerca ed estrazione. Per tali attività restano ferme le potestà del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, ai sensi della normativa in materia, che sono esercitate tenendo conto delle valutazioni espresse, per quanto attiene ai profili paesaggistici, dal soprintendente competente. Il soprintendente si pronuncia entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta, corredata della necessaria documentazione tecnica, da parte del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.
16. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica." Per un commento all'articolo in questione, cfr. Logozzo, *La "nuova" disciplina*, cit., 907 ss.

[29] A detta circolare, consultabile *on-line* all'indirizzo *http://www.pabaac.beniculturali.it/opencms/multimedia/BASAE/documents/1268318633506_circolare_art._146.pdf*, peraltro, si rinvia per la individuazione della disciplina applicabile ai procedimenti ancora in corso al 31 dicembre 2009.

[30] Sul momento di perfezionamento dell'efficacia del provvedimento vincolistico, vedi Corte Cost. 23 luglio 1997, n. 262.

l'indicazione del vincolo gravante sull'immobile, la tipologia dell'intervento da realizzare e il relativo progetto, in aggiunta alla documentazione ex d.p.c.m. 12 dicembre 2005 preordinata alla verifica di compatibilità dello stesso con l'interesse paesaggistico; successivamente, b) l'ente competente, dopo una preliminare verifica volta ad evidenziare se l'iniziativa non rientri tra quelle escluse dall'applicazione dell'art. 146 [31], valuta entro 40 giorni la conformità dell'intervento alle prescrizioni contenute nel provvedimento dichiarativo del vincolo e nei piani paesaggistici e, quindi, sempre nei medesimi 40 giorni; c) l'ente competente al rilascio dell'autorizzazione invia alla Soprintendenza territorialmente competente la documentazione presentata dagli interessati ed una relazione tecnica illustrativa dell'intervento e le risultanze della attività istruttoria effettuata [32]; d) la Soprintendenza entro 45 giorni emana il proprio parere obbligatorio e vincolante sul rilascio dell'autorizzazione che, come esplicitamente chiarito anche dalla Circolare MIBAC del 22 gennaio 2010, "riguarda il merito della trasformazione del territorio oggetto della richiesta di autorizzazione"; e) entro 20 giorni dalla ricezione del parere, l'amministrazione rilascia l'autorizzazione ad esso conforme oppure comunica agli interessati il preavviso di rigetto *ex* art. 10 *bis* della l. 241/1990. Nella fattispecie tipica contemplata dalla norma, pertanto, il procedimento dovrebbe concludersi nel termine di 105 giorni e, quindi, l'autorizzazione divenire efficace 30 giorni dopo il suo rilascio. La disposizione, peraltro, disciplina puntualmente, al comma 9, l'ipotesi in cui il Soprintendente non provveda al rilascio del parere di sua competenza nei 45 giorni previsti, disponendo che l'amministrazione competente abbia la facoltà di indire una conferenza di servizi [33], a cui il Soprintendente stesso potrà partecipare ovvero far pervenire il proprio parere in forma scritta, che dovrà pronunciarsi comunque entro 60 giorni dalla ricezione degli atti da parte del Ministero [34].

Una volta descritta sommariamente il nuovo procedimento di rilascio

---

[31] Il riferimento è alle ipotesi descritte dall'art. 149 del Codice ovvero a quelle di cui al comma 143 comma 4.

[32] Inoltre, l'ente competente potrà inviare i documenti summenzionati unitamente al parere reso dalle Commissioni locali per il paesaggio eventualmente istituite ai sensi dell'art. 148 del Codice. Nella nostra Regione, l'istituzione della Commissione per la qualità architettonica e il paesaggio (nonché la attribuzione dei relativi compiti) da parte dei Comuni è stata prevista dall'articolo 4 della l.reg. 18 febbraio 2004, n. 1.

[33] In materia di conferenza di servizi, si sottolineano le recenti modifiche apportate all'art. 14 della l. 7 agosto 1990, n. 241 dall'art. 49 della legge 30 luglio 2010, n. 122, di conversione del d.l. 31 maggio 2010, n. 78.

[34] Appare anche ultroneo segnalare che, in tal caso, il procedimento di rilascio finirebbe con il durare 120 giorni. Ad ogni modo comunque, il comma 10 prevede che anche la possibilità per l'interessato, qualora l'ente competente non rilasci il provvedimento nei 20 giorni successivi all'emanazione del parere della Soprintendenza

dell'autorizzazione paesaggistica individuato dall'articolo 146 del Codice, si tratta, ora, di svolgere qualche interessante considerazione intorno alla principale novità introdotta della norma in detto procedimento, *l'intervento della Soprintendenza territorialmente competente non più successivo, ma preventivo* attraverso il rilascio, ai fini del conseguimento dell'autorizzazione paesaggistica, di un parere obbligatorio che lo stesso primo alinea del comma 5 dell'articolo 146 ovvero il comma 3 dell'art. 143 espressamente qualificano come vincolante. *Il parere del Soprintendente non è vincolante nelle ipotesi tassativamente previste dal secondo alinea del comma 5 dell'articolo 146 e caratterizzate dalla preventiva esistenza di prescrizioni d'uso del bene oggetto dell'istanza*. La non vincolatività del parere del Soprintendente è, infatti, prevista solo se specifiche prescrizioni d'uso: *a*) sono integrate nei decreti di dichiarazione di interesse pubblico già vigenti ai sensi della l. n. 1497 del 1939, del Testo unico e del Codice; *b*) sono integrate nelle nuove proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico e, di conseguenza, per i nuovi decreti di dichiarazione di notevole interesse pubblico; *c*) vengono predisposte nel rispetto dell'obbligo stabilito dall'articolo 143, comma 3, lettere b), c) e d), cioè nei piani paesaggistici, definitivamente approvati; *d*) vengono predisposte per le aree vincolate *ope legis*. Premesso che la norma espressamente dispone che il parere del Soprintendente nelle ipotesi summenzionate non risulta avere più carattere vincolante solo all'esito la positiva verifica da parte degli organi ministeriali dell'adeguamento degli strumenti urbanistici alle previsioni del piano paesaggistico, il Ministero, dopo aver ribadito esplicitamente che "soltanto dopo il verificarsi di tutte le condizioni sopra indicate il parere del Soprintendente sarà obbligatorio ma non più vincolante", ha sottolineato che allo stato non sussiste alcun caso sul territorio nazionale che rispetti tutte le predette condizioni. Si può, pertanto, sostenere che attualmente *il parere del Soprintendente è, quindi, obbligatorio ma anche vincolante. Tuttavia la lettera della norma non chiarisce in cosa si sostanzi la vincolatività di detto parere sul provvedimento finale ovvero, più precisamente, non chiarisce se esiste l'obbligo per l'amministrazione competente al rilascio del parere di conformarsi al contenuto del parere ministeriale*. Il dato testuale, infatti, fornisce soltanto indicazioni relative al contenuto di detto parere, prevedendo che esso debba limitarsi esclusivamente alla verifica della compatibilità paesaggistica dell'intervento progettato nel suo complesso e della conformità dello stesso alle prescrizioni d'uso contenute nell'atto appositivo del vincolo. Nemmeno la circolare interpretativa del MIBAC, peraltro, fornisce indicazioni al riguardo, ribadendo, come precedentemente segnalato, che il parere della Soprintendenza riguarda il merito della trasformazione del terri-

---

ovvero di omessa comunicazione di preavviso di rigetto, di richiedere l'intervento sostituivo della Regione, (la quale dovrà provvedere, anche mediante commissario *ad acta*, entro 60 giorni dalla richiesta).

torio oggetto di istanza autorizzatoria. In attesa che la giurisprudenza amministrativa e il gruppo di lavoro deputato alla razionalizzazione della disciplina recata dagli articoli 146 e 149 del Codice, insediato dal MIBAC il 23 dicembre 2009, che ha, appunto, il compito di affrontare tutte le problematiche relative alla corretta applicazione dell'articolo 146, in quali termini il parere dell'organo ministeriale sia vincolante per l'ente competente al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, appare utile segnalare che proprio la giurisprudenza del Tar Umbria ha statuito, in termini più generali, che "il *parere vincolante* solo formalmente si denomina *parere*, in quanto costituisce, in realtà, la vera e propria decisione amministrativa, anche se il procedimento necessita di essere completato con l'atto conclusivo di altra autorità; pertanto, la legge che istituisce (o sopprime) un *parere* obbligatorio non incide sulle competenze provvedimentali ma solo sul procedimento, mentre la legge che istituisce (o sopprime) un *parere vincolante* attribuisce, in sostanza, la competenza della decisione all'una piuttosto che all'altra autorità amministrativa" [35]. In altra sede, poi, il giudice amministrativo ha aggiunto che "risulta principio pacifico del regime del procedimento amministrativo quello secondo il quale il parere obbligatorio e non vincolante lascia libero l'organo responsabile dell'adozione dell'atto finale di disattenderne il contenuto, ma di ciò va resa ampia e coerente motivazione". In sostanza, *secondo la giurisprudenza, soltanto il parere obbligatorio ma non vincolante, previa adeguata motivazione, può essere disatteso dall'amministrazione competente all'emanazione del provvedimento finale, mentre nel caso del parere vincolante l'amministrazione attiva è obbligata a conformarsi al contenuto del medesimo* [36]. Di segno opposto, invece, è l'orientamento della dottrina prevalente, la quale ritiene, al di fuori delle ipotesi tassativamente previste, l'amministrazione attiva, nell'emanare il provvedimento conclusivo del procedimento, è sempre libera di conformarsi o meno al parere [37]. Volendo tirare le fila del discorso, la nuova disciplina in materia di autorizzazione paesaggistica ha eliminato il potere di annullamento del nulla-osta rilasciato dall'ente competente, circoscritto pacificamente dalla giurisprudenza amministrativa, da ultima quella della sentenza del TAR Umbria annotata, ai soli vizi di legittimità ed ha inseri-

---

[35] TAR Umbria, 13 novembre 1997, n. 559, in *Trib. amm. reg.*, 1998, I, 205.

[36] Da ultimo, TAR Sicilia, sez. Catania, 13 marzo 2008, n. 466. Applicazioni concrete del summenzionato principio sono contenute nelle sentenze del Consiglio di Stato, sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2292 in materia di pensioni privilegiate ordinarie; TAR Lazio, Roma, sez. I, 16 aprile 2007, n. 3293, in materia di pubblicità ingannevole e poteri dell'Autorità; Cons. St., sez. VI, 6 settembre 2005, n. 4535, in materia di riconoscimento di infermità per causa di servizio; TAR Sicilia, sez. Catania, 3 maggio 2007, n. 759, in tema di pareri di regolarità tecnica e deliberazioni consiliari.

[37] Franchini, *Parere*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1954, 397; Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, 159. In senso contrario, vedi le posizioni di Giannini, *Diritto amministrativo,* II, Milano, 1993, 565.

to, in sua vece, un controllo preventivo che si sostanza di un parere obbligatorio e, soprattutto, vincolante. Premesso che più penetranti considerazioni sul punto potranno essere svolte soltanto quando la giurisprudenza fornirà indicazioni più precise in ordine all'obbligo per l'amministrazione competente di conformarsi o meno al parere della Soprintendenza, appare ragionevole concludere sostenendo che, per effetto dell'entrata in vigore del nuovo procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica e, quindi, grazie all'eliminazione di quel preventivo quanto "anomalo" controllo [38], lo Stato ha riconquistato una posizione centrale in materia di autorizzazione paesaggistica [39] e, quindi, in materia di tutela del paesaggio. L'innovazione introdotta dal Codice Urbani nel 2004 e finalmente entrata a regime appare apprezzabile almeno sotto due profili [40]. Il primo, di carattere storico-interpretativo, che vede nell'obbligatorietà e vincolatività del parere preventivo della Soprintendenza la completa realizzazione della filosofia di base della Legge Galasso, architrave della moderna disciplina del paesaggio in Italia, la quale mirava ad un "riassorbimento di attribuzioni in capo allo Stato" per "introdurre un sistema di controllo sull'attività regionale capace di affrontare compiutamente il pericolo rappresentato da "quella politica di indiscriminata e diffusa concessione di autorizzazioni per la trasformazione del territorio protetto" che, soprattutto nelle regioni del Meridione, si risolve [41], anche oggi, in una "tacita abrogazione dei vincoli[42]" [43]. Il secondo motivo che consentirebbe di valutare positivamente l'innovazione del parere obbligatorio e vincolante della Soprintendenza in luogo della previgente potestà di annullamento successiva limitata ai soli vizi di legittimità risiede, invece, nel sistema costituzionale di protezione del paesaggio e, quindi, nel relativo riparto di competenze tra Stato e Regioni. Premesso che l'art. 9 della Cost. indica, fra i principi fondamentali, quello della tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione, mentre l'art. 117, invece, sia nel testo precedente la riforma del 2001 sia in quello vigente, non reca una specifica menzione di questa "materia", occorre ricordare che la Corte Costituzionale [44], ha di recente ribadito che il paesaggio, inteso come forma e aspetto del territorio o, più precisamente, "forma del Paese, creata dall'azione cosciente e sistematica della Comunità umana che vi è insediata, in modo intensivo o estensivo nella città o nella campagna,

---

[38] Crosetti, *Controllo e gestione dei beni soggetti a tutela*, in Crosetti, Vaiano, *Beni culturali e paesaggistici,* Torino, 2005, 216.

[39] In senso conforme, v. Logozzo, *La "nuova" disciplina*, cit., 913.

[40] Cfr. Occhiena, *Autorizzazione paesaggistica e annullamento ministeriale*, cit., 83 ss.

[41] Immordino, *Vincolo paesaggistico e regime dei beni,*cit. 60.

[42] Alibrandi, Ferri, *I beni culturali e ambientali*, cit., 28

[43] Occhiena, *Autorizzazione paesaggistica e annullamento ministeriale*, cit., 87.

[44] Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 367, cit.

che agisce sul suolo e produce segni di cultura" [45], costituisce un "valore primario" e "assoluto", ma soprattutto – sul presupposto della riconducibilità della *tutela del paesaggio alla competenza esclusiva* dello Stato di cui all'articolo 117, secondo comma, lett. s) Cost. (tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali) – ha riconosciuto la preminenza dell'interesse pubblico alla conservazione del paesaggio, affidato allo Stato, rispetto a quello alla fruizione del territorio, affidato anche alle Regioni. In proposito, la Corte ha tracciato una chiara gerarchia dei ruoli tracciata chiarendo che "*sul territorio gravano più interessi pubblici: quelli concernenti la conservazione ambientale e paesaggistica, la cui cura spetta in via esclusiva allo Stato, e quelli concernenti il governo del territorio e la valorizzazione dei beni culturali ed ambientali (fruizione del territorio), che sono affidati alla competenza concorrente dello Stato e delle Regioni. La tutela ambientale e paesaggistica, gravando su un bene complesso ed unitario, considerato dalla giurisprudenza costituzionale un valore primario ed assoluto, e rientrando nella competenza esclusiva dello Stato, precede e comunque costituisce un limite alla tutela degli altri interessi pubblici assegnati alla competenza concorrente delle Regioni in materia di governo del territorio e di valorizzazione dei beni culturali e ambientali. In sostanza, vengono a trovarsi di fronte due tipi di interessi pubblici diversi: quello della conservazione del paesaggio, affidato allo Stato, e quello alla fruizione del territorio, affidato anche alle Regioni*". La Corte ha, quindi, aggiunto che l'effettiva tutela ambientale e paesaggistica, pertanto, debba essere ricercata mediante la previsione di forme di coordinamento e di intesa ai sensi dell'art. 118 della Cost. e, più esplicitamente, che "la tutela del paesaggio, che è dettata dalle leggi dello Stato, trova poi la sua espressione nei piani territoriali a valenza ambientale o nei piani paesaggistici redatti dalle Regioni" [46]. In effetti, il Codice Urbani sembra avere colto l'idea espressa dalla Corte. Esso, infatti, una volta verificatisi quei presupposti necessari affinché il parere della Soprintendenza non rivesta più carattere obbligatorio, introdurrà definitivamente una nuova disciplina per la valorizzazione dei beni e delle aree vincolate affidandola prevalentemente alla regolamentazione attraverso i piani paesaggistici e alla vincolatività delle sue prescrizioni sugli strumenti urbanistici. Per effetto dell'epilogo di quel

---

[45] Predieri, *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 387.

[46] Giova, a tal proposito, evidenziare che in occasione della redazione del testo del Codice, il legislatore abbia puntualmente fatto ricorso *in subiecta materia* alle summenzionate forme di coordinamento e intesa, prevedendo, infatti, al comma 2 dell'articolo 143 del d.lgs. 22 gennaio 2002 n. 42, così modificato dal d.lgs. 26 marzo 2008 n. 68 e dal d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63, la possibilità per le Regioni di stipulare intese con il Ministero dei Beni Culturali e con il Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio per l'elaborazione congiunta di piani paesaggistici, precisando che il contenuto del piano elaborato congiuntamente forma oggetto di apposito accordo preliminare e che lo stesso è poi approvato con provvedimento regionale.

fenomeno definito da parte della dottrina "dequotazione" della autorizzazione, scomparirà quel sistema di tutela dei beni paesaggistici affidato a singolari ed isolate autorizzazioni a favore di un sistema che inserisce le stessa autorizzazioni in un più ampio contesto di assetto territoriale e che sembra garantire una più adeguata procedura di controllo sulle opere e sugli interventi eseguibili sui beni protetti [47].

MICHELE RIZZO

[47] Cfr. COMPORTI, *L'autorizzazione paesaggistica: i rischi dell'isolamento*, in PIERGIGLI, MACCARI (a cura di), *Il Codice dei Beni Culturali*, cit. 549 ss.

DOTTRINA

PROVE DIGITALI E PROCESSO: LA *COMPUTER FORENSICS*

SOMMARIO: 1. Computer forensics: *una nuova disciplina* – 2. *L'acquisizione della prova digitale* – 3. *Le indagini difensive* – 4. *La perquisizione* – 5. *...segue: sequestro o copia?* – 6. *L'analisi* – 7. *Procedimenti civili e computer forensics* – 8. *Controlli a distanza*

1. L'informatica è oggi diventata, nel bene e nel male, uno strumento irrinunciabile della nostra vita quotidiana, lavorativa e ludica; le problematiche giuridiche sollevate dallo sviluppo dell'universo elettronico rappresentano, probabilmente, uno dei terreni di sfida culturale più stimolanti della nostra epoca laddove il processo relativo a reati informatici solleva nuove problematiche di carattere investigativo, probatorio e processuale, con la conseguenza che si sono andate formando nuove professionalità in grado di muoversi, più o meno disinvoltamente, in questa terra di confine. A questo proposito, uno dei temi che più appassionano gli esperti è proprio quello relativo al *computer* come "elemento di prova" da acquisire, analizzare ed utilizzare in un processo: in molti recenti procedimenti, non necessariamente relativi a reati informatici [1], il *computer* si è spesso rivelato un "testimone chiave" per l'accusa o per la difesa.

In realtà sarebbe più corretto, almeno formalmente, parlare del computer come "prova", se non come "fonte di prova", ma non di rado l'approccio del perito (nominato dal giudice) o del consulente (nominato da una delle parti) [2] con il *computer* è più simile a quello di chi interroghi un testimone reticente, piuttosto che quello di chi esamini un reperto

---

[1] Si pensi, ad esempio, il ruolo ricoperto dal computer dell'imputato in alcuni recenti casi di cronaca relativi a procedimenti penali per omicidio.

[2] Per comodità espositiva, nelle pagine che seguono si parlerà genericamente di "consulente". Salvo differente indicazione, con tale termine andrà inteso il consulente del PM, quello della difesa, il perito nominato dal Giudice ed anche l'ausiliario di PG nominato ai sensi dell'art. 348 c.p.p.

inanimato: non basta trovare tracce del reato (o non trovarne), occorre interpretare i silenzi (i dati sono stati cancellati o non sono mai esistiti?) e, persino, le "rivelazioni" (i dati si trovano lì ad insaputa dell'imputato/indagato o vi sono stati consapevolmente collocati da lui?).

Proprio per questa ragione l'analisi forense di un *computer* non dovrebbe mai ridursi ad un "positivo" o ad un "negativo", ma dovrebbe sempre essere adeguatamente supportata da motivazioni logiche, soprattutto in presenza di reati particolarmente odiosi quali quelli di detenzione, cessione o divulgazione di pornografia minorile.

L'indagine non può, quindi, essere ridotta ad attività meramente informatica, in quanto il consulente dovrebbe sempre cercare di ricostruire il comportamento tenuto dall'imputato di fronte al computer, arrivando ad interpretare i risultati dell'analisi alla luce di tale ricostruzione comportamentale, soprattutto, al fine di valutare se un determinato atto sia stato compiuto consapevolmente e volontariamente oppure per ignoranza o inesperienza. Non può, poi, non avvertirsi l'esigenza di regole comuni e di procedure certe, in assenza delle quali è molto difficile riuscire a garantire un sereno rapporto tra accusa e difesa nella dialettica processuale e preprocessuale. Mai come oggi, infatti, si avverte la necessità della "certezza delle regole", soprattutto per quanto riguarda l'individuazione e la conservazione di quei dati che poi costituiranno l'oggetto su cui si fonderà la valutazione dell'organo giudicante.

Il rilevamento, la conservazione ed il trattamento di questo materiale e delle informazioni che gli investigatori (ma anche, non dimentichiamolo, i difensori) possono rilevare nel normale svolgimento dell'attività d'indagine esigono un protocollo operativo che ne garantisca integrità e non repudiabilità in sede processuale [(3)].

La *computer forensics* si presenta, quindi, come una scienza complessa, multidisciplinare e, proprio per questo, estremamente intrigante.

2. L'indagine relativa ai reati informatici dipende in gran parte dal tipo di crimine che si vuole reprimere: siccome diverse sono le tracce lasciate dagli autori ad esse devono adattarsi le modalità investigative anche in ragione del fatto che diversi sono gli strumenti forniti dal legislatore.

[(3)] In tal senso si veda Fiammella, *Problematiche giuridiche in tema di computer forensic,* Sintesi dell'intervento svolto durante il Convegno Internazionale "Pedofilia on-line: strategie di contrasto e di prevenzione", Roma, Aula Magna del Ministero delle Comunicazioni, 8 luglio 2004, in *www.fiammella.it*; Costabile, *Scena criminis, documento informatico e formazione della prova penale*, in *www.convegnovarenna -giuristitelematici.it*; Forte, *Le attività informatiche a supporto delle indagini giudiziarie*, in *Rivista della G. di F.*, n°2, 2000, 541.

Alcune caratteristiche, tuttavia, prescindono dall'illecito commesso e possono essere ritenute comuni alle varie, differenti tipologie di indagine; *in primis* la fase di acquisizione delle prove e delle informazioni deve essere il più possibile celere dato che poche cose sono volatili come le evidenze informatiche: basta davvero poco per alterarle, modificarle o renderle comunque inservibili, sia volontariamente che involontariamente.

In secondo luogo, l'investigatore deve essere in grado di ricostruire il prima possibile e con la maggiore precisione le modalità con cui è stato commesso il reato, anche al fine di valutare adeguatamente la genuinità di eventuali prove raccolte, ovvero di scagionare eventuali coimputati [(4)].

A ciò deve aggiungersi che in questa fase, in cui l'indagato è generalmente all'oscuro delle indagini, possono essere disposte intercettazioni telefoniche, informatiche o ambientali, eseguite ispezioni e perquisizioni al fine di acquisire elementi di prova da poter utilizzare successivamente, svolte attività sotto copertura (accesso a siti, contatti in chat, scambio di materiale attraverso le reti p2p); si tratta di attività che devono seguire dei rigidi protocolli procedurali, la cui violazione potrebbe ben determinare l'inutilizzabilità in sede dibattimentale delle prove eventualmente acquisite.

È bene ricordare che, in questa fase, non vi è ancora nessun obbligo formale di avvisare l'indagato della sua posizione, ma questi, se ha il sospetto della pendenza di indagini sul suo conto, può presentare un'istanza presso la Procura della Repubblica per sapere se vi sono procedimenti penali a suo carico [(5)]. In caso positivo, questi gli devono essere comunicati, salvo che l'indagine riguardi reati particolarmente gravi ovvero tale informazione sia stata secretata dal PM, con decreto motivato [(6)], ma, in quest'ultimo caso, il periodo non può superare i tre mesi.

[(4)] In tal senso si veda la motivazione del Tribunale Penale di Bologna, sez. I monocratica, sentenza 21 luglio 2005 (dep. 22 dicembre 2005), est. di Bari. "... *L'esclusiva assunzione di responsabilità da parte del fratello G., come si è sopra detto, è invece riscontrata sia dalla riferibilità a lui delle operazioni di amministrazione dei due siti internet, sia dal possesso – che non risulta avere il fratello - delle idonee capacità di programmazione: del resto i programmi sequestrati presso la comune residenza familiare furono trovati nei dischi rigidi presenti nella stanza nella disponibilità esclusiva di G.*". In relazione agli elementi "ambientali" si veda anche Cass., sez. III, 11 marzo 2010, n. 15100 "...*nella abitazione vi era un solo p.c, precisamente nella camera da letto del prevenuto, a cui era intestato l'abbonamento internet*".

[(5)] Richiesta ai sensi dell'art. 335 c.p.p.

[(6)] Art. 335 c.p.p. "*3. Ad esclusione dei casi in cui si procede per uno dei delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), le iscrizioni previste dai commi 1 e 2 sono comunicate alla persona alla quale il reato è attribuito, alla persona offesa e ai rispettivi difensori, ove ne facciano richiesta.*

3. In ogni caso, anche in assenza dello *status* di imputato o indagato, è possibile svolgere indagini difensive in via preventiva, ad esclusione degli atti che richiedono l'intervento dell'autorità giudiziaria e purché il difensore abbia ricevuto un apposito mandato che indichi espressamente i fatti ai quali si riferisce.

Per esempio, a seguito di uno scambio di insulti in un *forum* Tizio sospetta che Caio possa averlo querelato, incarica allora il proprio difensore di fiducia di svolgere attività investigativa preventiva al fine di acquisire tutti quegli elementi che potrebbero rivelarsi utili per la futura difesa; in questo modo il difensore potrà individuare e sentire eventuali testimoni con lo strumento del colloquio, della ricezione di informazioni, tramite l'assunzione di informazioni e/o acquisire documenti di vario genere [(7)], che potranno essere validamente utilizzati in sede di giudizio.

In questo, come in altri casi, l'attività preventiva potrebbe rivelarsi particolarmente utile, magari per decidere se presentare o meno una querela ovvero per rispondere alla stessa allegando eventuali elementi probatori in grado di suffragare la propria versione dei fatti, dimostrando di essere stati vittime di una provocazione da parte della controparte, ovvero per individuare con maggiore sicurezza elementi di prova a difesa (i.e. si pensi all'ipotesi di messaggi inviati ad un gruppo di discussione attivando l'opzione x-noarchive=yes, che determina la cancellazione del messaggio dopo pochi giorni). Non può, però, trascurarsi un concreto pericolo insito nell'attività di indagine preventiva, relativo alla tutela di un terzo che si trovi ad essere "indagato" da un privato nell'ambito di un'indagine privata.

Quali garanzie potranno, infatti, essere assicurate al cittadino, coinvolto nello svolgimento di atti finalizzati alla ricerca (ed alla formazione) di prove a suo carico, allorquando queste vengono raccolte e collezionate non da un pubblico ufficiale, ma da un altro privato cittadino? Questi, infatti, non soltanto non avrà alcun obbligo di informazione nei confronti del sospetto, che, non essendo iscritto nel registro degli indagati, non godrà di nessuna delle garanzie legate al relativo *status*, ma, a differenza del Magistrato e della PG, non avrà neppure alcun obbligo di individuazione e raccolta di eventuali prove a discarico né, tanto meno, quello di documentare ed allegare tutte le attività svolte durante le indagini, ma soltanto quel materiale di cui intenda fare uso in sede processuale [(8)]!

---

3 bis. Se sussistono specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine, il pubblico ministero, nel decidere sulla richiesta, può disporre con decreto motivato, il segreto sulle iscrizioni per un periodo non superiore a tre mesi e non rinnovabile.

(7) Art. 391 *bis* e seguenti c.p.p.

(8) In tal senso si veda Grifantini, *Tutti i nodi vengono al pettine: l'incognita del difensore – istruttore tra miti e realtà,* in *Cass. pen.*, 2004, 395 secondo cui "*Il pubblico*

Il pericolo è concreto, soprattutto nel processo penale innanzi al giudice di pace, ove è possibile immaginare la presenza di un"'accusa privata" in grado di raccogliere le prove, formulare l'ipotesi accusatoria e, persino, citare a giudizio l'imputato [9].

L'analisi delle conseguenze di tale situazione, esula dalla portata del presente lavoro, ma è significativa in relazione al livello di attenzione e professionalità che dovrà essere richiesto al difensore/accusatore ed ai suoi ausiliari, siano essi consulenti tecnici o investigatori privati.

Si tratta di figure professionali che escono particolarmente rafforzate dalla riforma e che, di fatto, si collocano a fianco del difensore per coadiuvarlo nello svolgimento delle indagini difensive, ricoprendo, sia

---

ministero è obbligato a compiere atti, a documentarli nelle forme per essi previste e, alla fine delle indagini, a depositarne i risultati, che sono utilizzabili da subito. Il difensore compie atti da impiegare secondo scelte strategiche, in quanto non solo non è obbligato a svolgere indagini, ma non è tenuto a documentarle (nel senso che si tratta di un onere per la difesa la quale intenda utilizzarle), né ad inserire i risultati nel procedimento: sceglie se avvalersene o meno a seconda della convenienza per i propri fini, dal momento che producendo prove a carico dell'assistito rischierebbe addirittura di commettere reato (art. 380 c.p.)". Si veda anche Cass., sez. un., 27 giugno 2006, n. 32009 "*Evidente è la differenza funzionale tra il P.M. e la difesa, in quanto solo il primo è tenuto a raccogliere tutte le emergenze riguardanti l'indiziato mentre al secondo la legge riconosce poteri ampiamente dispositivi. Per attribuire però al difensore, in fase di documentazione delle indagini, la veste pubblica non occorre passare per la dimostrazione della parità dei doveri e dei poteri rispetto al P.M.*

È vero che il difensore non ha il dovere di cooperare alla ricerca della verità e che al professionista è riconosciuto il diritto di ricercare soltanto gli elementi utili alla tutela del proprio assistito, però sicuramente non gli è riconosciuto il diritto di manipolare le informazioni ricevute ovvero di selezionarle verbalizzando solo quelle favorevoli. L'interesse dell'Avvocatura, del resto, non può che essere quello di rendere la prova dichiarativa assunta dal difensore affidabile al pari di quella raccolta dall'accusa, mentre la tutela difensiva resta assolutamente integra e non riceve compromissione alcuna attraverso il riconoscimento legislativo della possibilità di non fare seguire al colloquio preventivo la sua verbalizzazione, nonchè di omettere di utilizzare processualmente il verbale di dichiarazioni che contenga elementi sfavorevoli (art. 391 octies c.p.p.)".

[9] L'art.25 del D.Lgs 274/2000 prevede che l'azione penale venga comunque esercitata dal PM che "*entro dieci giorni dalla comunicazione del ricorso [...] presenta le sue richieste nella cancelleria del giudice di pace.*

Se ritiene il ricorso inammissibile o manifestamente infondato, ovvero presentato dinanzi ad un giudice di pace incompetente per territorio, il pubblico ministero esprime parere contrario alla citazione altrimenti formula l'imputazione confermando o modificando l'addebito contenuto nel ricorso.".

L'articolo 21, comma 2, lett.f), impone, in ogni caso, al ricorrente l'onere di indicare nel ricorso "*la descrizione, in forma chiara e precisa, del fatto che si addebita alla persona citata a giudizio, con l'indicazione degli articoli di legge che si assumono violati*".

pure con le dovute differenze, un ruolo speculare a quello della polizia giudiziaria.

Con la legge del 2000 si è, in primo luogo, equiparata la posizione degli ausiliari a quella del difensore, laddove l'articolo 103, comma 2, del codice di procedura ora stabilisce che "*presso i difensori e gli investigatori privati autorizzati ed incaricati in relazione al procedimento nonché presso i consulenti tecnici non si può procedere a sequestro di carte o documenti...*".

Allo stesso modo l'articolo 200 c.p.p. consente, anche all'investigatore privato autorizzato ed al consulente, di opporre il segreto professionale, mentre l'articolo 334 *bis* stabilisce espressamente che il difensore ed i suoi ausiliari non hanno alcun obbligo di denuncia "*neppure relativamente ai reati dei quali hanno avuto notizia nel corso delle attività investigative da essi svolte*".

In quest'ottica, è di assoluta importanza, soprattutto in presenza di reati tecnologici, che l'avvocato si avvalga di un consulente di fiducia, che sia anche in grado di indirizzarlo verso determinati atti di indagine difensiva. Il consulente, al pari dell'investigatore, può essere nominato in qualsiasi momento, ma è importante che la sua nomina venga formalizzata, affinché lo stesso possa opporre il segreto professionale alle domande degli inquirenti.

Del pari l'investigatore privato dovrà possedere nuove e più specialistiche competenze, che lo mettano, per esempio, in grado di acquisire elementi di prova senza inquinarli ovvero di interrogare testimoni nella maniera più efficiente possibile, evitando anche soltanto il sospetto della subornazione.

4. In generale, tuttavia, il soggetto scopre di essere indagato nel momento in cui riceve la famigerata "informazione di garanzia" che, nel caso di reati informatici, tipicamente, ma non sempre, viene notificata congiuntamente ad un decreto di perquisizione e sequestro.

È comunque sempre possibile che un soggetto possa subire una perquisizione senza aver ancora assunto formalmente lo *status* di indagato; il caso di scuola è rappresentato dalla perquisizione presso terzi, tipicamente nel caso di indagini a carico di ignoti oppure nel caso in cui l'autore del reato non sia il proprietario del bene sequestrato (per esempio un dipendente commette un reato informatico con il computer dell'ufficio).

Si tratta di ipotesi sempre più frequenti, laddove la prassi di aprire un procedimento nei confronti di ignoti rappresenta la soluzione giuridicamente più corretta nella maggior parte dei reati informatici quando l'alternativa è quella di iscrivere *tout court* al registro degli indagati il titolare dell'utenza telefonica utilizzata per commettere il

reato, individuata sulla base dell'indirizzo IP utilizzato al momento del fatto dall'autore dell'illecito.

È appena il caso di notare che una simile soluzione appare, se non scorretta da un punto di vista strettamente giuridico, quantomeno ingiusta nei confronti di un soggetto che si troverebbe ad essere indagato per il semplice fatto di aver stipulato un contratto, ma, è appena il caso di ricordarlo, mentre nel diritto civile vi sono varie forme di responsabilità per fatto altrui, la responsabilità penale è strettamente personale e non possono esistere forme di responsabilità penale oggettiva.

Si pensi alla classica situazione in cui si trovano migliaia di studenti universitari: più studenti convivono in un appartamento ed uno si intesta il contratto di locazione mentre un altro l'utenza telefonica. Se uno dei coinquilini commette un reato, chi deve essere iscritto nel registro degli indagati?

È di tutta evidenza che, in una prima fase, nessuno dovrebbe essere formalmente indagato, pertanto, almeno fino alla perquisizione, si dovrebbe procedere nei confronti di ignoti e poi, in quella sede o successivamente, cercare di capire chi, tra i coinquilini, ha commesso il reato. È ovvio che, non appena la figura del responsabile inizia a delinearsi, questi deve, senza indugio, essere iscritto nel registro degli indagati ed acquisire i relativi diritti.

Ovviamente non si tratta dell'unica strada percorribile, dato che è ben possibile iscrivere tutti i coinquilini al registro degli indagati e, come avrebbe detto Amaury, lasciare che sia poi Dio a riconoscere i suoi...

In ogni caso la perquisizione rappresenta un momento fondamentale dell'indagine, soprattutto per la labilità e la deperibilità delle prove informatiche: eventuali reperti non individuati in prima battuta sono probabilmente destinati a sparire in maniera definitiva.

In breve, la perquisizione è la sede dove devono essere compiute quelle operazioni in grado di "cristallizzare" le prove, evitando ogni possibile contaminazione degli elementi probatori: per esempio, è necessario evitare di accendere i computer trovati spenti e ponderare bene se, come e quando spegnere quelli trovati accesi. Laddove possibile, sarebbe poi opportuno annotare con cura, eventualmente anche scattando fotografie o utilizzando una videocamera, la disposizione degli apparati all'interno dell'ufficio o dell'abitazione: oggetti a prima vista insignificanti possono rappresentare un'ottima fonte di informazioni o, addirittura, essere elementi di prova: il *mouse* era a destra o a sinistra?

In questa fase l'imputato, ma anche chi abbia la materiale disponibilità dei luoghi, ha la facoltà di farsi assistere o rappresentare da una persona di fiducia "purché prontamente reperibile e idonea"; già in questa fase è quindi possibile nominare il proprio difensore e, eventualmente, richiederne l'intervento in loco.

Per quanto riguarda gli orari, le perquisizioni presso il domicilio devono essere svolte tra le ore 7:00 e le ore 20:00 [10], salvo casi di particolare urgenza in cui l'autorità giudiziaria può disporre, per iscritto, che le operazioni vengano svolte al di fuori di questi termini temporali.

Una volta sbrigate tutte le formalità, si procede alla ricerca degli elementi di prova ed all'acquisizione dei supporti informatici e, di nuovo, ci si imbatte in un ulteriore problema metodologico: come comportarsi nel caso in cui il computer sia acceso al momento dell'accesso?

In caso di *computer* spento, infatti, la procedura è, relativamente semplice: si prende l'*hard disk*, si effettua un'immagine dello stesso, si acquisisce il relativo hash, lo si annota nel verbale e si imballa l'originale, preferibilmente apponendo i sigilli alla scatola.

Una volta eseguite queste operazioni e laddove ve ne sia la possibilità, è sempre buona norma verificare che l'*hard disk* (la copia non l'originale!) sia leggibile e che non vi siano nel PC schede particolari, in grado di inibire l'accesso allo stesso. A tal proposito è assai utile la lettura dei manuali delle schede o del sistema, ovvero una verifica tramite internet delle caratteristiche dei componenti. In caso di dubbio è opportuno prelevare tutto il materiale spiegandone, all'interno del verbale di sequestro, le ragioni.

Sempre più spesso, però, i PC rimangono costantemente accesi e, magari, con vari programmi in esecuzione; cosa fare, dunque, in caso di computer in funzione? La soluzione ottimale sarebbe quella di poter disporre, direttamente in sede di perquisizione, di un soggetto con adeguata competenza che, alla presenza della parte, possa analizzare (con le modalità proprie dell'ispezione) la macchina accesa, verificarne i processi in esecuzione e procedere infine al suo spegnimento, annotando e riprendendo tutte le operazioni eseguite; tuttavia, nel caso in cui ciò non fosse possibile, ovvero non si sia certi dell'assenza di sistemi di sicurezza particolari, la soluzione pratica migliore è indubbiamente quella di staccare direttamente la spina dal computer, procedendo anche alla rimozione delle batterie in caso di computer portatile [11].

Tralasciamo, per semplicità, l'ipotesi in cui si rilevi la presenza di partizioni o dischi virtuali in *mount*: questa fattispecie richiede un approccio completamente differente dato che necessario procedere con l'ispezione della macchina direttamente in loco e l'acquisizione imme-

---

[10] Art. 251 c.p.p.

[11] AA.VV., *Electronic Crime Scene Investigation: a guide for first responders*, a cura di U.S. Department of Justice, in *www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/187736.pdf*. È evidente che, in questo modo, si perderà la possibilità di acquisire i dati presenti in RAM, ma allo stato delle cose si tratta della procedura più sicura per personale inesperto.

diata del contenuto del disco virtuale, o della macchina virtuale; è assai probabile, infatti, che, al successivo riavvio, sarà necessaria una o più password per avviarli e, è bene ricordarlo, l'imputato non può essere costretto a consegnare agli inquirenti la propria password.

5. *In primis*, si deve osservare che anche il sequestro di materiale apparentemente inutili (che tanta ilarità ha suscitato e continua a suscitare nelle riviste specializzate) potrebbe avere un suo valido motivo: per esempio elementi *hardware* come la tastiera o il mouse potrebbero, in caso di dubbio, rivelare utili elementi in ordine al loro utilizzatore (impronte digitali, frammenti di pelle, tracce di fluidi corporei...) e lo stesso, vituperato, tappetino del mouse potrebbe contenere informazioni interessanti di natura biologica (per non parlare delle volte in cui sul retro dello stesso sono annotate *password* o altre informazioni utili!); non possiamo né dobbiamo, infatti, dimenticare che l'ambiente "informatico" non è il solo e l'unico in cui è possibile trovare elementi di prova.

In questa sede, il tipico punto di scontro tra accusa e difesa è relativo alle modalità con cui si procederà al sequestro di evidenze informatiche: il nodo centrale della questione è, infatti, se, in caso di indagini per reati informatici, sia necessario sequestrare tutto il computer, solo l'*hard disk* oppure se sia sufficiente acquisire una copia dei dati [12]. La questione non è di facile soluzione in quanto la scelta, fatta nella concitazione del sequestro, si riflette necessariamente nelle successive fasi predibattimentali e, spesso, anche nel dibattimento stesso, rischiando di pregiudicare l'analisi e, conseguentemente, i diritti di accusa e difesa.

In primo luogo, dobbiamo osservare che non può esserci una risposta precisa a questa domanda, in quanto a reati differenti devono corrispondere differenti tipologie di indagine, che richiedono approcci diversi e, soprattutto, una modalità di acquisizione della prova modellata sulla fattispecie concreta [13]. È evidente che, a parità di risultato probatorio, dovrà essere necessariamente privilegiata la modalità di acquisizione meno invasiva e che comporta il minor danno per il soggetto che la subisce; soggetto che, a volte, non è neppure indagato, ma si trova nella posizione di "persona informata sui fatti" [14].

---

[12] In tal senso si veda MARCELLINO, *Principio di pertinenza e sequestri di computer*, in *www.guide.supereva.com/diritto*. Si veda anche MONTI - CICCARELLI, *Spaghetti hacker*, Apogeo, 1997, *passim*; COSTABILE, *Scena criminis,* cit.

[13] Nelle pagine che seguiranno si parlerà esclusivamente delle memorie informatiche contenute nel computer. In merito alla possibilità di sequestro di ulteriori supporti di immagazzinamento dati si rimanda alla fine del paragrafo.

[14] Sempre più spesso capita che, soprattutto per particolari tipologie di reato o in caso di più utenti della medesima connessione telefonica, si preferisca iscrivere

Logicamente la soluzione con il minor impatto in termini di disagi per la persona sottoposta ad indagine è l'acquisizione, direttamente in sede di ispezione/perquisizione, dei dati costituenti tracce del reato o corpo del reato ad opera della PG procedente, ma, sebbene si tratti della soluzione preferibile, da adottare ogni qual volta le circostanze la rendano possibile, presenta almeno due grossi problemi [15]

1) richiede, per essere eseguita, la presenza di personale esperto in grado di operare, in maniera sicura, su supporti *hardware* e *software* sconosciuti e di individuare, in tempi rapidissimi tutti i file di interesse probatorio (ivi compresi quelli cancellati, crittografati o steganografati), per poi procedere alla loro cristallizzazione direttamente nel luogo in cui si trovano;

2) l'operazione, anche se eseguita secondo le *best practices* della *computer forensics*, è, di fatto, irripetibile in quanto il materiale, rimasto nella disponibilità dell'imputato, deve considerarsi non più utile per finalità investigative.

In breve l'utilizzo dello strumento dell'ispezione, con la conseguente acquisizione, anche mediante masterizzazione, dei soli *file* pertinenti al reato, andrebbe utilizzata soltanto laddove il computer assuma la veste di mero contenitore della prova del crimine e si ritenga opportuno non operare un sequestro, per esempio perché lo si ritiene sproporzionato al fatto contestato, oppure nel caso di attività presso terzi (banche, *provider*, etc.) estranei di fatto alla vicenda [16].

Un caso pratico dei rischi insiti in tale procedura è rappresentato dall'eccezione della difesa, sollevata nel corso del processo all'autore del Worm Vierika [17]; in sede di perquisizione la PG si era limitata ad acquisire una copia dei soli *file* aventi rilevanza investigativa; più precisamente, al momento della perquisizione domiciliare, l'indagato aveva indicato alla PG operante il programma, masterizzandone le copie da sottoporre a sequestro sotto il diretto controllo degli agenti, ma, in sede processuale, la difesa eccepiva la correttezza del metodo utilizzato dalla PG per estrarre i programmi dal *computer*.

Il Giudice non accoglieva la tesi, pur ammettendo che le modalità

---

un procedimento penale a carico di ignoti, per poi formalizzare il capo di imputazione in un secondo momento al soggetto identificato grazie all'analisi delle evidenze digitali.

[15] In tal senso si veda G. Costabile, *Scena criminis, cit.*

[16] In tal senso si veda G. Costabile, *Scena criminis, cit;* G. Todesco, *L'indagine informatica di Polizia Giudiziaria: trasmissione dati su rete, perquisizioni ed ispezioni informatiche*, in marcomattiucci.it, 1998.

[17] Cfr. Tribunale Penale di Bologna, sez. I monocratica, sentenza 21 luglio 2005 (dep. 22 dicembre 2005), est. di Bari.

di acquisizione si discostavano dalle *best practices*, osservando che "*non è permesso al Tribunale escludere a priori i risultati di una tecnica informatica utilizzata a fini forensi solo perché alcune fonti ritengono ve ne siano di più scientificamente corrette, in assenza della allegazione di fatti che suggeriscano che si possa essere astrattamente verificata nel caso concreto una qualsiasi forma di alterazione dei dati e senza che venga indicata la fase delle procedure durante la quale si ritiene essere avvenuta la possibile alterazione*" [18].

La soluzione preferibile è, dunque, rappresentata dal sequestro del solo *hard disk* oppure dall'acquisizione, con strumenti idonei, di un'immagine dello stesso, laddove si ritenga opportuno lasciare l'*hard disk* nella disponibilità dell'imputato.

Tale soluzione, applicabile alla maggior parte dei reati informatici, consente un pieno controllo del contenuto del supporto e la ripetibilità, in qualsiasi momento, dell'analisi eseguita, ma, di contro, richiede, in sede di perquisizione e sequestro, la presenza di personale in grado di rimuovere e maneggiare l'*hard disk* senza danneggiarlo e, soprattutto, in grado di verificare la presenza di dispositivi in grado di impedire l'accesso ai dati in esso contenuti.

In tal senso si è recentemente espressa la Corte di Cassazione [19] che, decidendo in merito al sequestro dell'intero *computer* (comprese periferiche varie), ha stabilito che, trattandosi di sequestro probatorio, la prova in ordine alla sussistenza del reato è tutelabile limitando il sequestro alla memoria fissa del computer e ad eventuali supporti contenenti elementi utili alle indagini ordinando, invece, la restituzione di tutti gli apparati "neutri" (stampanti, scanner, schede video...).

Vi sono, tuttavia, casi in cui è non solo consigliato, ma addirittura necessario procedere al sequestro dell'intero *computer* e delle relative periferiche. L'analisi dettagliata dell'intera casistica esula dalla portata del presente lavoro, ragion per cui ci si limiterà qui ad osservare come esemplare il caso delle indagini per divulgazione di materiale pedo pornografico.

In tale frangente il sequestro si rende necessario, non soltanto ai sensi dell'articolo 253 (sequestro probatorio), ma ai sensi dell'articolo 321 (sequestro preventivo), in quanto trattasi di beni di cui vi è obbligo di confisca [20]. Allo stesso modo la materiale disponibilità di beni infor-

---

[18] Per una critica a questa decisione si veda LUPARIA, *Il caso "Vierika": un'interessante pronuncia in materia di virus informatici e prova penale digitale*, in *Diritto dell'internet*, 2006, n. 2, 155.

[19] Cass. sez. III, 8 novembre 2003, n. 1778.

[20] Art. 600 *septies* c.p.

matici, soprattutto nei casi più gravi di divulgazione, rende possibile per l'imputato protrarre o aggravare le conseguenze del reato [21].

Proprio in merito all'acquisizione si ha il principale confronto tra differenti correnti dottrinarie: una prima che vede nell'analisi un accertamento irripetibile ed una seconda che, invece, lo considera ripetibile.

La differenza non è soltanto terminologica, ma ha pesanti ricadute in sede processuale: l'accertamento ripetibile, infatti, può essere compiuto senza dare alcuna comunicazione alle parti, ma, di contro, la difesa potrà sempre richiedere, in sede dibattimentale, che questo venga ripetuto alla presenza delle parti e di un perito, nominato dal Giudice.

L'accertamento non ripetibile, invece, parte dal presupposto che la cosa sia soggetta a modifica e prevede che il PM dia avviso alla persona offesa ed alla persona sottoposta alle indagini del luogo, del giorno e dell'ora previsti per il conferimento dell'incarico, affinché questi possano partecipare con propri consulenti. Prima dell'inizio delle operazioni l'indagato può formulare riserva di incidente probatorio e, in tal caso, si procederà alle operazioni in tale sede.

Non vi è dubbio che tale pratica sembri offrire le maggiori garanzie difensive, ma vi sono almeno due elementi che bisogna tenere in considerazione: in primo luogo si tratta di un accertamento tecnicamente ripetibile (salvo grossolani errori del consulente oppure circostanze particolari), quindi non è tecnicamente possibile parlare di accertamento non ripetibile; in secondo luogo l'utilizzo di un simile strumento, laddove si proceda nei confronti di ignoti, rappresenterebbe una grave lesione al diritto alla difesa per il soggetto che, successivamente iscritto nel registro degli indagati, non soltanto non avrebbe alcuna possibilità di ottenere una nuova analisi del supporto in sede di dibattimento, ma ben potrebbe trovarsi di fronte ad un reperto ormai alterato; la valutazione dell'accertamento come non ripetibile, infatti, consentirebbe di effettuare anche operazioni in grado di provocare modifiche (per esempio l'avvio della macchina da analizzare senza alcuna cautela).

Proprio per tali ragioni, è indubbiamente preferibile procedere, ogni qualvolta ciò sia possibile, con la formula dell'accertamento ripetibile,

---

[21] In tal senso Cass., sez. III, 10 febbraio 2005, n. 10058. Conforme Cass., sez. V, 19 marzo 2002, n. 2816 in cui la Corte stabilisce che "*è legittimo il sequestro di un server informatico (completamente sigillato) presso lo studio di un avvocato indagato di concorso in bancarotta fraudolenta, al fine di verificare, con le garanzie del contraddittorio anticipato, la natura effettivamente pertinenziale rispetto al reato ipotizzato, di atti e documenti sequestrati, così escludendo indebite conseguenze sulle garanzie del difensore in violazione dell'art. 103 c.p.p. (Nella fattispecie la Corte ha ritenuto che il sequestro era funzionale alla selezione dei dati informatici pertinenti attraverso l'incombente processuale della perizia da espletarsi con incidente probatorio).*".

fermo restando il fatto che, in presenza di errori o attività che apportino modifiche alla struttura del reperto, lo stesso dovrebbe essere considerato "inquinato" e le risultanze in esso contenute non più genuine né utilizzabili in dibattimento. Dunque, per garantire la ripetibilità dell'analisi (vero principio cardine della *computer forensics)* [22], è necessario operare sempre su di una copia del supporto sequestrato; naturalmente non è sufficiente un semplice ghost del disco rigido, ma è necessario che si tratti di una perfetta duplicazione (tanto che in gergo si parla spesso di "clonare" un *hard disk*) che, a differenza della mera copia, consentirà di operare su un *hard disk* praticamente identico all'originale, consentendo, quindi, l'analisi anche di eventuali aree apparentemente vuote [23].

In commercio esistono numerosi prodotti, *hardware* e *software*, in grado di "clonare" un *hard disk,* garantendo la non alterazione dell'originale e l'esatta corrispondenza originale-copia. Si può trattare di prodotti *software* commerciali (Encase, ForensicToolkit), *open source* (dd, aimage, dcfldd, AFF) oppure di apparecchi *hardware* (*hardcopy*, *diskjokey*, i vari prodotti Logicube). Più economici i prodotti software (soprattutto quelli *open source*), più sicuri gli apparecchi *hardware,* ormai realizzare una copia, garantendo la ripetibilità dell'accertamento, non dovrebbe più rappresentare un problema [24].

---

[22] Sul punto la dottrina in materia di *computer forensic* è decisamente categorica. Si veda, *infra multis,* Costabile, *Scena criminis,* cit.; AA.VV., *Electronic Crime Scene Investigation: a guide for first responders*, cit.; Casey, *Digital Evidence and Computer Crimes*, London, 2004; Shinder, *Scene of the Cybercrime Computer Forensics Handbook,* Syngress, 2002; Clifford, *Cybercrime. The Investigation, Prosecution and Defense of a Computer-related Crime*, Durham, 2001.

[23] Cfr. Martucci, *I Crimini ad Alta Tecnologia e l'Arma dei Carabinieri*, in *www.marcomattiucci.it*; Fiammella, *Problematiche giuridiche in tema di computer forensic,* cit.

[24] In tal senso si veda Cass., sez. un., 24 aprile 2008, n. 18253; Cass., sez. I, 25 febbraio 2009, n. 11503, "*Non dà luogo ad accertamento tecnico irripetibile la lettura dell'hard disk di un computer sequestrato, che è attività di polizia giudiziaria volta, anche con urgenza, all'assicurazione delle fonti di prova. Rigetta, Trib. lib. Napoli, 17 Ottobre 2008*"; Cass., sez. III, 9 giugno 2009, n. 28524, "*L'esame dell'hard disk di un computer in sequestro e la conseguente estrazione di copia dei dati ivi contenuti non sono attività che le parti possono compiere durante il termine per comparire all'udienza dibattimentale senza contraddittorio e alla sola presenza del custode, in quanto implicano accertamenti ed interventi di persone qualificate e l'utilizzo di appositi strumenti, sì che devono essere necessariamente svolti in dibattimento, nel contraddittorio, e sotto la direzione del giudice. Rigetta, App. Bolzano, 03 aprile 2008*". Si veda, poi, Cass., sez. I, 18 febbraio 2009, n. 25191 secondo cui "*Ed invero la giurisprudenza di questa Corte è univoca nel ritenere che le attività di estrazione di copia di file da computer sottoposti a sequestro è da ricondurre alla fattispecie prevista dall'art. 258 c.p.p. È questa, in particolare, la soluzione accolta da* Cass., sez. un., 24 aprile 2008, n. 18253, Tchmil, in *CED on line* Com. n. 239397, con

Da ultimo, è sempre buona norma procedere all'acquisizione della firma elettronica dell'intero supporto acquisito, con un'operazione detta "hashing". L'operazione viene tipicamente compiuta utilizzando un algoritmo MD5, che, generando un'impronta della lunghezza di 128 bit (16 byte), costituisce un riferimento certo alla traccia originale, pur non consentendone la ricostruzione [25]. Sebbene la compromissione dell'algoritmo MD5 sia, ad oggi, possibile soltanto teoricamente, soprattutto per dati della dimensione di un moderno *hard disk*, sempre più spesso si ricorre ad un algoritmo della famiglia SHA [26].

Se si rende necessario avviare il *computer,* ad esempio nel corso di un'ispezione o per effettuare un'analisi preliminare, è necessario proteggere l'*hard disk* con un dispositivo che inibisca la scrittura sullo stesso (*write blocker*), a tal fine è consigliabile utilizzare un apparato *hardware,* in modo da effettuare una copia precisa dell'*hard disk* che consenta di avviare la macchina utilizzando un *hard disk* uguale all'origine, conservando quest'ultimo in un luogo sicuro.

Decisamente più valida è, però, l'ulteriore alternativa di realizzare una macchina virtuale, per esempio utilizzando VmWare o Virtual Box,

---

riferimento ad ipotesi nelle quali era stata disposta la restituzione di computer precedentemente sequestrati, previa estrazione di copia di alcuni file ritenuti utili ai fini delle indagini. Le Sezioni Unite, in particolare, hanno specificato che il relativo provvedimento di acquisizione di copia, disciplinato dall'art. 258 c.p.p., è autonomo rispetto al decreto di sequestro, e non è soggetto ad alcuna forma di gravame, stante il principio di tassatività delle impugnazioni.

La nozione di accertamento tecnico non ripetibile, del resto, si basa sulla sussistenza di almeno due requisiti: a) deve trattarsi di una attività di carattere valutativo su base tecnico - scientifica, e non di una attività di constatazione, raccolta o prelievo dei dati materiali pertinenti al reato; b) tale attività deve avere ad oggetto persone, cose o luoghi soggetti a modificazioni tali da far perdere loro, in tempi brevi ogni valenza, probatoria in relazione ai fatti su cui vertono le indagini.

"Orbene nessuno dei predetti requisiti risulta sussistere nel caso in esame, in quanto, anche ove si ritenga dimostrata la presenza di effettivi rischi di alterazione dei dati (e non di una astratta eventualità del genere), resta comunque difficile ricondurre l'attività di estrazione di copia dei file nell'alveo delle attività di carattere valutativo su base tecnico-scientifica".

[25] Si osserva che tale algoritmo è utilizzato a livello internazionale e garantisce un buon livello di sicurezza anche se, recentemente, alcuni ricercatori cinesi hanno trovato una collisione dell'algoritmo.

[26] La sigla SHA rappresenta l'acronimo di *Secure Hash Algorithm,* una famiglia di cinque diverse funzioni crittografiche sviluppate dalla National Security Agency (NSA) e pubblicate dal NIST come standard federale dal governo degli USA. Gli algoritmi sono denominati SHA-1, SHA-224, SHA-256, SHA-384 e SHA-512: il primo produce un *digest* del messaggio di 160 bit, mentre gli altri producono digest di lunghezza in bit pari al numero indicato nella loro sigla (i.e. SHA-256 produce un digest di 256 bit).

in grado di consentire di avviare la macchina in modalità soltanto virtuale, senza apportare alcuna modifica ai dati in essa contenuti.

In merito a quest'ultimo punto, si consideri che numerosi *software* di crittografia o di steganografia consentono di impostare un meccanismo di protezione che danneggia il *file* protetto in caso di errori nell'inserimento della *password* (oppure inserendo un'apposita *password*), quindi, errori di digitazione in sede di ispezione potrebbero portare alla cancellazione delle tracce del reato.

Allo stesso modo un *floppy*, un CD, ma anche una periferica interna, se lasciati inseriti, potrebbero avviare una procedura di cancellazione dell'intero *hard disk*; in breve, l'avvio del sistema con il disco originale installato e collegato è decisamente sconsigliato!

6. L'analisi dei reperti informatici rappresenta il culmine dell'attività investigativa, soprattutto di quella finalizzata alla repressione dei reati informatici, ma, per quanto apparentemente semplice, questa fase dell'indagine richiede una notevole attenzione e competenza: eventuali errori commessi in questa sede, potrebbero compromettere l'intera indagine, soprattutto in relazione alla successiva utilizzabilità processuale delle prove raccolte.

Non sempre le prove sono immediatamente individuabili, essendo ben possibile che le stesse siano dissimulate all'interno di altri *files* (steganografia), protette da meccanismi di crittografia o conservate all'interno di uno o più client di posta elettronica o *newsgroup*.

L'analisi dell'*hard disk*, ad esempio, rappresenta spesso la prova del nove nel corso di un'indagine per pedopornografia: non importa quali e quante prove si siano raccolte nelle precedenti fasi investigative, molto spesso l'analisi dell'*hard disk* è necessaria per dimostrare che il materiale è stato consapevolmente acquisito e, eventualmente, consapevolmente ceduto a terzi; proprio per tale ragione non è sufficiente verificare la mera presenza di immagini o filmati, ma bisogna dimostrare che il materiale è stato consapevolmente e volontariamente trattato.

Deve poi considerarsi che è oggi facile reperire programmi che consentono di creare un'intera partizione *fat32*, o *ntfs*, criptata; in alcuni casi, la partizione può comprendere l'intero sistema operativo con i relativi file (di *boot*, di *swap*, temporanei, etc.) ed è persino possibile che tale partizione si possa avviare solo utilizzando un apposito dischetto di *boot*; in assenza del *floppy* la partizione appare come spazio non formattato.

In relazione a crittografia e steganografia, è bene ricordare che si tratta di programmi perfettamente legittimi il cui utilizzo, in assenza di ulteriori elementi a carico, non può essere valutato a sfavore dell'imputato. Tra l'altro è opportuno ricordare che, secondo la legge italiana, l'imputato ha il pieno diritto di rifiutarsi di consegnare le eventuali *pas-*

sword, anche se necessarie ad accedere a *file* e/o cartelle crittografate; tale comportamento può, tuttavia, essere valutato negativamente dal Giudice nel caso di un'eventuale condanna.

Una volta effettuata la copia dell'*hard disk*, è possibile procedere all'analisi del suo contenuto avendo cura che anche le operazioni compiute in questa fase siano dettagliatamente documentate e, soprattutto, ripetibili. A tal proposito, parte della dottrina americana [27], ha contestato l'utilizzo di *software* proprietari per eseguire l'analisi e generare un rapporto: in linea di massima si sostiene che quando ci si avvale di tali programmi non è possibile sapere come si è arrivati ad un determinato risultato (per esempio recupero di una cartella cancellata) [28].

Tuttavia, laddove l'accertamento sia ripetibile, la questione è facilmente risolvibile: la possibilità di ripetere l'esame in sede di dibattimento è di per sé idonea garanzia del rispetto del diritto di difesa dell'imputato. In realtà, il corretto interrogativo dovrebbe essere non tanto che *tool* è stato utilizzato, ma se l'analista aveva o meno il necessario *background* tecnico e legale [29].

Ciò che, in realtà, veramente conta è, infatti, la preparazione e lo scrupolo del soggetto che fisicamente esegue l'analisi; si prenda, ad esempio, un'indagine in tema di detenzione di materiale pedopornografico: l'approccio più corretto porta a richiedere, spesso sin dalle fase delle indagini preliminari, non soltanto di valutare la presenza di materiale, ma anche di escludere (o confermare!) che la detenzione dello stesso sia avvenuta inconsapevolmente, ad esempio perché si è erroneamente scaricato un filmato pedo pornografico dai circuiti del p2p, ovvero si è involontariamente acceduto ad un sito pedo pornografico [30].

---

[27] Cfr B. Carrier, *Open Source Digital Forensics Tools, The Legal Argument*, in *http://www.digital-evidence.org*. Si veda anche Monti, *Attendibilità dei sistemi di computer forensic*, in *http://www.ictlex.net*

[28] Per un dettagliato documento relativo alle metodologie di analisi dei *software* destinati alla *computer forensics* si veda AA.VV., *General Test Methodology for Computer Forensic Tools*, November, 7, 2001, National Institute of Standards and Technology, U.S. Department of Commerce. Si veda anche AA.VV., *Cyber-forensic research experimentation and test environment (create)*.

[29] In tal senso si veda Hailey, *The "Tools Proven In Court" Question,* in *http://www.cybersecurityinstitute.biz* secondo cui la prima domanda dovrebbe essere non tanto che *tool* è stato utilizzato, ma "*does the analyst have the technical background to support the results of their investigation, have they properly authenticated their results, and was a sound investigation performed from start to finish?*".

[30] In tal senso si veda Trib. Perugia, 8 luglio 2003, n. 313/03 in cui il GUP osserva "*Quanto alle immagini estratte dalla Polizia Postale dalla memoria del disco fisso del pc del Tizio, deve invece condividersi l'assunto della difesa: non è adeguatamente provato che l'imputato fosse un utente di internet così evoluto da sapere che ogni immagine, sia pure visualizzata per un tempo minimo sul monitor, rimane*

Proprio per tale ragione, perplessità sorgono in merito all'utilizzabilità di *file* cancellati e recuperati dal disco rigido senza alcuna indicazione dell'originaria collocazione, laddove la detenzione consapevole dei suddetti file non venga in qualche modo confermata da elementi esterni, per esempio tracce delle ricerche effettuate utilizzando un motore di ricerca.

---

immagazzinata nella cartella dei cosiddetti files temporanei. Quella cartella, in vero, non risponde a finalità di archivio in senso stretto, ma ha l'unica finalità di rendere più rapido l'accesso ad un sito (e ad un documento) già visionato, ove si decida di accedervi di nuovo: si tratta dunque di una sorta di memoria invisibile del computer, che solo persone di particolare abilità e con strumenti tecnici adeguati sono in grado di riportare alla luce, a differenza della c.d. "cronologia" dei siti visitati.

Anche utenti medi di internet sanno, ma comunque non è provato che il Tizio lo sapesse, che ogni programma di navigazione in rete (Netscape, Internet Explorer, ecc.) prevede una "cronologia" dei documenti scaricati sul video, sia pure non archiviati o salvati su disco: per alcuni giorni, con un periodo di conservazione che l'utente può impostare a sua scelta, quei documenti rimangono di pronto accesso, e sono visibili anche in modalità "non in linea", cioè a prescindere da una nuova navigazione. In quel caso, e fino alla scadenza del termine impostato, vi è perciò una vera e propria forma di detenzione di quel materiale (ovviamente, su supporto informatico, non essendone necessaria la stampa su carta), perché conservato e immediatamente fruibile: ma non altrettanto accade con la cartella dei temporary internet files, con l'utente che non può normalmente riaccedere a quei dati ed il più delle volte neppure sa di averne conservato traccia.

In definitiva, è certo che il Tizio visitò i siti da cui trasse le 22 immagini indicate al capo B), immagini che vide riprodotte sul suo schermo; è altrettanto certo che non ne fece una copia da archiviare nelle normali cartelle del disco fisso. È possibile che per qualche tempo le foto in questione rimasero nella "cronologia" del pc, ma può anche darsi che l'imputato non avesse impostato affatto termini di conservazione, e così pure che non fosse consapevole di quella modalità di archiviazione automatica e temporanea; non è comunque provato che sospettasse l'esistenza dei files temporanei di internet"; in tal senso si veda anche Trib. Brescia, 24 maggio 2004, "*Elementi costituivi del reato di cui all'articolo 600 quater del c.p. sono, sul piano obiettivo, la detenzione di materiale avente l'indicato contenuto; sul piano soggettivo, la consapevolezza - non solo, ciò che è sin troppo ovvio, della detenzione del materiale, ma, soprattutto - della natura illecita, e in specifico afferente allo sfruttamento di minori, del materiale stesso. Con riferimento ai materiali informatici, e, segnatamente, a quelli connessi a navigazione nel web, va rilevato che la norma, punendo chi "si procura o dispone" di materiale illecito, e non chi, semplicemente, lo visiona, consente lo svolgimento della pretesa punitiva non nei confronti di tutti coloro che, navigando in internet, "entrino in contatto", semplicemente, con immagini aventi quel contenuto, ma coloro che "se ne approprino", salvandole e veicolandole o sul disco fisso del Pc o su altri supporti, con esso interfacciabili, che ne consentano la visione o comunque la riproduzione. Lo scaricamento dei materiali, ovviamente, deve essere consapevole e volontario, dovendosi escludere profili di responsabilità penale nei casi in cui il materiale rinvenuto sul Pc costituisca la mera traccia di una trascorsa consultazione del web, creata dai sistemi di salvataggio automatico del personal computer*".

7. Al termine di questo breve esame, occorre spendere due parole in merito alla possibilità che l'analisi di evidenze informatiche debba essere eseguita nel corso di un procedimento civile. In tali casi è assolutamente necessario che consulenti e perito circoscrivano l'ambito e la tipologia dei file da esaminare.

In sede civile, infatti, si contrappongono due parti private e, pertanto, decisamente maggiore rispetto alla sede penale è il rischio di una violazione della riservatezza dei dati custoditi nel computer [31] e, soprattutto, di un loro illecito utilizzo ad opera della controparte.

In tale sede, l'analisi preliminare del supporto dovrebbe essere condotta da parte del CTU: ai CTP dovrebbe poi essere consentito accedere esclusivamente ai dati relativi al procedimento in corso, senza poter in alcun modo visionare eventuali altri dati personali, estranei al procedimento e contenuti nell'*hard disk*.

Tuttavia non sempre, nella pratica quotidiana, è possibile seguire questa prassi; si pensi alla fattispecie tipica della contestazione ad un dipendente di attività di concorrenza sleale o di utilizzo improprio degli strumenti informatici messi a disposizione dal proprio datore di lavoro.

In tutte queste circostanze, sarà necessario fare riferimento alle linee guida del Garante in materia di posta elettronica e *internet* [32], in modo da operare nel pieno rispetto della tutela della riservatezza del lavoratore, pur riconoscendo il giusto diritto del datore di lavoro ad assicurare la funzionalità e il corretto impiego dei mezzi informatici da parte dei lavoratori, definendone le modalità d'uso nell'organizzazione dell'attività lavorativa.

Non può, infatti, sfuggire che l'utilizzo di *Internet* da parte dei lavoratori può formare oggetto di analisi, profilazione e integrale ricostruzione della navigazione *web* grazie ai dati ottenuti, ad esempio, da *server* aziendale o da un altro strumento di registrazione delle informazioni e

---

[31] In tal senso si veda il caso n°4:05-cv-00328-RAS, *Sony BMG Music Entertainment Vs Kim Arellanes* in cui la convenuta si è rifiutata di consegnare all'attore (BMG) il proprio *hard disk* sostenendo la necessità che l'analisi sia condotta da un esperto indipendente anche, e soprattutto, a garanzia dei *file* personali della convenuta (*e-mail*, fotografie, messaggi personali...) estranei alla vicenda. L'attore si è opposto alle richieste del convenuto sostenendo che soltanto l'analisi del supporto da parte di un proprio esperto di fiducia avrebbe garantito il pieno rispetto dell'attore all'acquisizione di prove a sé favorevoli. Il Giudice Richard A. Schell accoglieva le eccezioni della convenuta, disponendo che l'analisi fosse effettuata da un perito neutrale.

[32] Garante per la protezione dei dati personali, Deliberazione 01 marzo 2007 in *Bollettino* n. 81 del marzo 2007, *Lavoro: le linee guida del Garante per posta elettronica e internet* in *Gazz. Uff.*, n. 58 del 10 marzo 2007.

che le informazioni così trattate contengono dati personali, ma anche dati sensibili, riguardanti lavoratori o terzi, identificati o identificabili. Per tale ragione, l'attività di analisi e di valutazione dei supporti informatici aziendali in vista di un procedimento civile dovrà essere effettuata avendo ben chiari i principi di pertinenza e non eccedenza.

In base a tali principi, l'analisi potrà essere effettuata soltanto laddove effettivamente necessaria, riducendo al minimo l'utilizzazione di dati personali e di dati identificativi in relazione alle finalità perseguite [33]; i lavoratori dovranno essere stati preventivamente informati della possibilità di controlli a posteriori, che determinino trattamenti ulteriori rispetto a quelli connessi ordinariamente all'attività lavorativa [34]; gli ulteriori trattamenti dovranno essere effettuati per finalità determinate, esplicite e legittime, osservando il principio di pertinenza e non eccedenza. In ogni caso, i dati dovranno essere trattati "*nella misura meno invasiva possibile*" e le attività di analisi dovranno essere "*mirate sull'area di rischio, tenendo conto della normativa sulla protezione dei dati e, se pertinente, del principio di segretezza della corrispondenza*" [35].

È molto importante ribadire che all'onere del datore di lavoro di prefigurare e pubblicizzare una *policy* interna rispetto al corretto uso dei mezzi e agli eventuali controlli, si affianca il dovere di informare comunque gli interessati ai sensi dell'art. 13 del Codice: i dipendenti hanno, infatti, il diritto di essere informati, preventivamente ed in modo chiaro, sui trattamenti di dati che possono riguardarli.

8. Particolare attenzione viene posta dal Garante a proposito delle apparecchiature preordinate al controllo a distanza dei lavoratori.

Si osserva, infatti, che il datore di lavoro può riservarsi di controllare (direttamente o attraverso la propria struttura) l'effettivo adempimento della prestazione lavorativa e, se necessario, il corretto utilizzo degli strumenti di lavoro, ma, nell'esercizio di tale prerogativa, occorre rispettare la libertà e la dignità dei lavoratori, in particolare per ciò che attiene al divieto di installare "*apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori*".

In caso di installazione il loro utilizzo determina un illecito trattamento dei dati, a prescindere dall'illiceità dell'installazione stessa ed anche laddove i singoli lavoratori ne siano consapevoli [36]; in particolare,

---

[33] Principio di necessità.

[34] Principio di correttezza.

[35] In tal senso si veda il Parere 8/2001 sul trattamento di dati personali nell'ambito dei rapporti di lavoro adottato il 13 settembre 2001.

[36] Cass. civ., sez. lav., 18 febbraio 1983, n. 1236, in *Foro it.*, 1985, 2076, "*L'installazione in azienda, da parte del datore di lavoro, di impianti ed apparecchiature*

il Garante ha stabilito che non può ritenersi consentito il trattamento effettuato mediante sistemi *hardware* e *software* preordinati al controllo a distanza, grazie ai quali sia possibile ricostruire – a volte anche minuziosamente – l'attività di lavoratori [37]. Il controllo a distanza riguarda tanto l'attività lavorativa in senso stretto che le altre condotte personali poste in essere nel luogo di lavoro, pertanto, pur prescindendo da eventuali responsabilità civili e penali, i dati trattati illecitamente non sono utilizzabili in alcun modo [38].

---

richiesti da esigenze produttive, dai quali derivi anche una mera possibilità di controllo a distanza sull'attività lavorativa dei dipendenti, deve essere preceduta da un vero e proprio accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, non essendo sufficiente a legittimare l'installazione nè il fatto che le maestranze fossero a conoscenza dell'esistenza degli impianti potenzialmente idonei al controllo nè la circostanza che gli impianti stessi abbiano funzionato per un determinato periodo di tempo senza contestazioni da parte dei lavoratori (nella specie sono stati individuati come strumenti di controllo "preterintenzionale" a distanza dell'attività dei lavoratori, soggetti alla disciplina dell'art. 4, comma 2 l. n. 300 del 1970, dei dischi - installati dagli stessi dipendenti sulle macchine di lavorazione all'inizio della loro prestazione e collegati ad un registratore Kienzle - sui quali restano impressi tracciati grafici differenti a seconda delle diverse fasi di funzionamento o di arresto automatico della macchina, tracciati che consentono di valutare "a posteriori" l'efficienza degli operai, la tempestività dei loro interventi minuto per minuto, le pause eccessive di lavoro)" e Cass. civ., sez. lav., 16 settembre 1997, n. 9211, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1727, "*L'installazione in azienda, da parte del datore di lavoro, di impianti audiovisivi - che è assoggettata ai limiti previsti dall'art. 4 stat. lav. anche se da essi derivi solo una mera potenzialità di controllo a distanza sull'attività lavorativa dei dipendenti, senza che peraltro rilevi il fatto che i dipendenti siano a conoscenza dell'esistenza di tali impianti - deve essere preceduta dall'accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, non essendo sufficiente, in ragione della tassatività dei soggetti indicati dal comma 2 dell'art. 4 cit., a legittimare tale installazione un'intesa raggiunta dal datore di lavoro con organi di coordinamento delle r.s.a. di varie unità produttive; con l'ulteriore conseguenza che è identificabile in tale fattispecie un comportamento antisindacale del datore di lavoro, reprimibile con la speciale tutela approntata dall'art. 28 stat. lav., la quale prescinde dall'esistenza di alcuno specifico elemento intenzionale*".

[37] Il Garante fa esplicito riferimento ai seguenti esempi:

- lettura e registrazione sistematica dei messaggi di posta elettronica ovvero dei relativi dati esteriori, al di là di quanto tecnicamente necessario per svolgere il servizio *e-mail;*

- riproduzione ed eventuale memorizzazione sistematica delle pagine *web* visualizzate dal lavoratore;

- lettura e registrazione dei caratteri inseriti tramite la tastiera o analogo dispositivo;

- analisi occulta di *computer* portatili affidati in uso.

[38] Si veda l'art. 11, comma 2, del Codice per la protezione dei dati personali. Si veda anche Cass. civ., sez. lav., 17 giugno 2000, n. 8250, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1327, "*L'uso di una telecamera a circuito chiuso, finalizzata a controllare a*

In relazione ai programmi che consentono controlli "indiretti" (c.d. controllo preterintenzionale), il Garante osserva che il trattamento di dati che ne consegue può risultare lecito, purché siano rispettate le procedure di informazione e di consultazione di lavoratori e sindacati, in relazione all'introduzione o alla modifica di sistemi automatizzati per la raccolta e l'utilizzazione dei dati, nonché in caso di introduzione o di modificazione di procedimenti tecnici, destinati a controllare i movimenti o la produttività dei lavoratori.

Prescindendo, qui, dall'indicazione del Garante di privilegiare, rispetto all'adozione di misure "repressive", ogni opportuna misura, organizzativa e tecnologica volta a prevenire il rischio di utilizzi impropri, si osserva come la mancata esplicitazione di una precisa *policy* al riguardo dell'utilizzo degli strumenti informatici, può determinare una legittima aspettativa del lavoratore, o di terzi, sulla confidenzialità di tali forme di comunicazione, che si riverbera sulla qualificazione, in termini di liceità, del comportamento del datore di lavoro, che intenda apprendere il contenuto di messaggi inviati all'indirizzo di posta elettronica usato dal lavoratore o di quelli inviati da quest'ultimo.

In tutti questi casi, l'eventuale controllo è lecito solo se sono rispettati i principi di pertinenza e non eccedenza; per esempio, nel caso in cui un evento dannoso o una situazione di pericolo non sia stato impedito con preventivi accorgimenti tecnici, il datore di lavoro può adottare eventuali misure che consentano la verifica di comportamenti anomali.

In ogni caso, deve, per quanto possibile, essere privilegiato un controllo preliminare su dati aggregati, riferiti all'intera struttura lavorativa ovvero a sue aree, svolto in forma anonima e che può concludersi con un avviso generalizzato, relativo ad un rilevato utilizzo anomalo degli strumenti aziendali, seguito dall'invito ad attenersi scrupolosamente ai compiti assegnati ed alle istruzioni impartite. Laddove l'avviso non sia seguito da ulteriori anomalie, effettuare ulteriori controlli su base individuale non è, di regola, giustificato. Del pari viene esclusa l'ammissibilità di controlli prolungati [(39)], costanti o indiscriminati.

---

distanza anche l'attività dei dipendenti, è illegittimo ai sensi dell'art. 4 della l. n. 300 del 1970; ne consegue, sul piano processuale, che non può attribuirsi alcun valore probatorio al fotogramma illegittimamente conseguito. (Nella specie, la sentenza di merito, confermata dalla S.C., aveva respinto la domanda proposta da una società proprietaria di un pubblico esercizio nei confronti di una dipendente, intesa al risarcimento dei danni derivanti dalla sottrazione di somme custodite nella cassa e fondata sulla produzione di fotogramma proveniente da una telecamera a circuito chiuso installata nell'esercizio ove la dipendente prestava lavoro)".

(39) L'eventuale prolungamento dei tempi di conservazione deve essere valutato come eccezionale e trova giustificazione soltanto laddove sia legato ad esigenze

In ogni caso, il trattamento dei dati personali dovrà essere limitato alle sole informazioni indispensabili per perseguire quelle finalità preventivamente determinate ed essere effettuato con logiche e forme di organizzazione strettamente correlate agli obblighi, compiti e finalità già esplicitati.

Nel caso di datori di lavoro privati e di enti pubblici economici, il trattamento può essere legittimamente effettuato soltanto:

a) se ricorrono gli estremi del legittimo esercizio di un diritto in sede giudiziaria [40];

b) in caso di valida manifestazione di un libero consenso;

c) in presenza di un legittimo interesse al trattamento in applicazione della disciplina sul cosiddetto bilanciamento di interessi [41].

L'accesso del consulente sarà, quindi, lecito e possibile soltanto laddove il lavoratore sia stato preventivamente informato della possibilità di controlli ed il controllo stesso sia pertinente e non eccedente rispetto alle esigenze di tutela degli interessi del datore di lavoro.

EMANUELE FLORINDI

---

tecniche o di sicurezza del tutto particolari, all'indispensabilità del dato rispetto all'esercizio o alla difesa di un diritto in sede giudiziaria ed all'obbligo di custodire o consegnare i dati per ottemperare ad una specifica richiesta dell'autorità giudiziaria o della polizia giudiziaria.

[40] Cfr. art. 24, comma 1, lett. f) del Codice.

[41] Cfr. art. 24, comma 1, lett. g), del Codice.

IL PATROCINIO DEL MINORENNE NEI PROCEDIMENTI (PENALE E CIVILE) DAVANTI ALL'ORGANO GIURISDIZIONALE SPECIALIZZATO

SOMMARIO: 1. *Le due norme fondamentali della Costituzione repubblicana (artt. 25 e 111 della Costituzione) nei procedimenti davanti al Tribunale per i minorenni* - 2. *L'area penale: gli articoli 11 d.p.r. 448/1988 e 15 d.l.vo 272/1989* - 3. *L'area civile: gli articoli 336 3° comma novellato c.c. e 10 3° comma novellato della legge 184/1983* - 4. *L'art. 82 c.p.c.* - 5. *Le diverse tipologie di procedimento civile minorile e riti applicabili* - 6. *L'ammissibilità del ricorso straordinario per Cassazione* ex *art. 111 Costituzione contro i provvedimenti di natura personale* ex *art. 317* bis *c.c. e la natura esecutiva dei provvedimenti di carattere economico ex art. 317* bis *c.c.*

1. Gli articoli 24 e 111 della Costituzione Repubblicana sono le norme nodali della nostra legge primaria di fondamentale importanza nella trattazione del complesso tema concernente il patrocinio del minorenne nei procedimenti davanti all'organo giurisdizionale specializzato.

L'articolo 24 recita al primo comma:

"Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi";

e lo stesso articolo proclama solennemente al secondo comma:

"La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento".

L'articolo 11 - novellato nei primi commi dalla legge costituzionale n. 1 del 1999, recita al primo comma:

"La giurisprudenza si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge".

La stessa norma, altrettanto solennemente, proclama al secondo comma:

"Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti al giudice terzo ed imparziale.

La legge ne assicura la ragionevole durata".

Le specifiche disposizioni del processo davanti al Tribunale per i Minorenni presentano, in ordine al patrocinio del soggetto in età evolutiva, una regolamentazione differenziata delle due aree penale e civile [1] .

2. Nel settore penale, il quadro normativo ordinario di riferimento è assai semplice e lineare, in quanto il procedimento minorile (d.p.r. 448/1988 e d.lgs. 272/1989) è sostanzialmente unico, nonostante l'applicazione (art. 25 del citato d.p.r. 448/1988) dei procedimenti speciali del giudizio abbreviato (artt. 438-443 del c.p.p.), del giudizio direttissimo (artt. 449-452 c.p.p.) e del giudizio immediato (artt. 453-458) con esclusione del patteggiamento della pena su richiesta delle parti (artt. 444-448) e del procedimento per decreto (artt. 459-464 c.p.p.) [2].

---

[1] Il diritto di difesa ed il principio del contraddittorio costituiscono i due aspetti peculiari di ogni processo giurisdizionale, ove il giudice non può pronunciare la decisione senza avere prima ascoltato le parti (*audita et altera parte*) ed il loro difensore, aspetti enunciati dalla nostra legge primaria quali supreme regole del nostro sistema processuale ordinario nonché della giustizia minorile.

[2] Le peculiarità del processo penale minorile hanno un particolare significato che ne mettono in luce la cifra distintiva dell'organo giurisdizionale specializzato (Tribunale per i Minorenni o Sezione per i Minorenni presso la Corte di Appello: vedansi articoli 2, 3, 4 e 5 r.d.l. 20.07.1934 n. 1404) con competenza su tutto il distretto della Corte di Appello e con una struttura di organo collegiale, a composizione quaternaria, quinquennaria (la sezione minorile della Corte di Appello) o ternaria (nell'ufficio del GUP) mentre solo il GIP è a composizione monocratica.

Quanto alla composizione, sono previsti due (nel Tribunale per i Minorenni) ovvero tre giudici professionali (nella Corte di Appello Sezione per i Minorenni) e due giudici onorari, due componenti privati esperti, un uomo e una donna, "benemeriti dell'assistenza sociale, scelti tra i cultori di biologia, psichiatria, antropologia, criminologia, pedagogia e psicologia che hanno compiuto il trentesimo anno".

In materia penale, per evidenziare l'accentuata qualificazione dell'organo giurisdizionale specializzato basterà ricordare alcune disposizioni del D.P.R. 448/1988 e segnatamente:

- l'art. 1, sui principi generali del processo minorile, secondo cui, in caso di mancata previsione delle norme del d.p.r. 448/1988, si osservano quelle del codice di procedura penale (d.p.r. 447/1988); queste ultime norme sono applicate in modo adeguato alla personalità ed alle esigenze educative del minorenne;
- l'art. 2, sugli organi giudiziari nel procedimento a carico di minorenni, articolo che esalta il principio della specializzazione del processo penale minorile che esige una preparazione *ad hoc* non solo dell'organo giudicante ma di tutti i soggetti che istituzionalmente operano nel contesto della giustizia minorile;
- l'art. 4, sull'informativa che l'autorità giudiziaria deve dare al Procuratore della Repubblica per i Minorenni al fine dell'eventuale esercizio del potere di iniziativa per i provvedimenti civili di competenza del Tribunale per i Minorenni;
- l'art. 5, sull'istituzione in ciascuna Procura della Repubblica minorile di una sezione specializzata di polizia giudiziaria alla quale è assegnato personale dotato

La specializzazione dell'organo giurisdizionale per il minore non poteva non riflettersi sul difensore del soggetto in età evolutiva, difensore che dev'essere scelto tra gli avvocati con specifica preparazione nel diritto minorile (art. 11 d.p.r. 448/1988), come colui che ha svolto non saltuariamente la professione forense davanti alle autorità giudiziarie minorili o che ha frequentato corsi di perfezionamento e di aggiornamento per avvocati nelle materie attinenti al diritto minorile ed alle problematiche dell'età evolutiva.

---

di specifiche attitudini o preparazione (vedasi pure l'art. 6 2° e 3° comma D.L.vo 272/1989);

- l'art. 6, sui servizi minorili dell'Amministrazione della giustizia e sui servizi di assistenza istituiti presso gli enti locali di cui si avvale l'autorità giudiziaria in ogni stato e grado del procedimento;
- l'art. 7, sulle notifiche all'esercente la potestà dei genitori dell'informazione di garanzia e del decreto di fissazione, notifiche dichiarate obbligatorie a pena di nullità;
- l'art. 8, sull'accertamento relativo all'età del minorenne disposto anche d'ufficio con perizia;
- l'art. 9, sugli accertamenti relativi alla personalità del minorenne, disposti dal PM e dal giudice in ordine alle condizioni, alle risorse per personale, familiari, sociali ed ambientali del minorenne al fine sia di determinare l'imputabilità ed il grado di responsabilità sia di valutare la rilevanza sociale del fatto nonché al fine di disporre le adeguate misure e gli eventuali provvedimenti civili, con facoltà, da parte del PM e del giudice, di assumere informazioni da persone che abbiano avuto rapporti con il minorenne e di sentire il parere di esperti anche senza alcuna formalità;
- l'art. 10, sull'inammissibilità dell'azione civile per la restituzione ed il risarcimento del danno cagionato da reato e ciò per la preminenza offerta all'interesse del soggetto in età evolutiva con scarsa considerazione per la vittima;
- l'art. 11, sul difensore di ufficio dell'imputato minorenne, con predisposizione dei legali con specifica preparazione nel diritto minorile ad opera del Consiglio dell'Ordine Forense che - a norma dell'art. 15 1° comma d.lgs. 272/1989 – prepara ed aggiorna almeno ogni tre mesi l'elenco alfabetico degli Iscritti nell'albo idonei e disponibili ad assumere le difese di ufficio, elenco comunicato al Presidente del Tribunale per i Minorenni, Consiglio dell'Ordine che – d'intesa con il predetto Presidente e con il Procuratore della Repubblica per i minorenni – organizza annualmente corsi di aggiornamento per avvocati nelle materie attinenti al diritto minorile ed alle problematiche dell'età evolutiva;
- l'art. 12, sull'assistenza affettiva e psicologica dell'imputato minorenne assicurata, in ogni stato e grado del procedimento, dalla presenza dei genitori o di altra persona idonea indicata dal minorenne ed ammessa dall'autorità giudiziaria, assistenza alla quale si aggiunge quella dei servizi minorili di cui all'art. 6;
- l'art. 13, sul divieto di pubblicazione o di divulgazione, con qualsiasi mezzo, di notizie o di immagini idonee a consentire l'identificazione del minorenne comunque coinvolto nel procedimento, divieto che non opera dopo l'inizio del dibattimento se il Tribunale procede in udienza pubblica.

Alle disposizioni sopra richiamate del d.p.r. 448/1988, indicative della particolare caratterizzazione del processo penale minorile, occorre aggiungere:

3. Nel settore civile, la legge 28.03.2009 n. 149 ha apportato innovazioni profonde al regime dell'adozione piena-legittimante di cui alla legge 184/1983 (vedansi articoli da 8 a 18), al regime dell'affidamento familiare dei minori (vedansi articoli da 2 a 5 della legge citata) ed alle norme sulla potestà genitoriale e sul controllo di essa da parte del giudice (vedansi articoli 330, 333 e 336 c.c.) nonché qualche lieve correzione della disciplina dell'adozione tradizionale (ordinaria) dei maggiorenni (vedansi articoli 311-314) [3].

La legge di riforma 149/2001, novellando con la riscrittura di tanti articoli del previgente sistema, ha introdotto modifiche di natura sostanziale [4] e di natura processuale.

Quanto alle modifiche di natura processuale [5], esse – in linea con la nostra Costituzione (articoli 2, 3 2° comma e 30), con la Carta Europea

---

- l'art. 20 del d.lgs 272/1989, sull'adozione di opportune cautele nell'esecuzione dell'arresto e del fermo, nell'accompagnamento o nella traduzione a protezione del minorenne dalla curiosità del pubblico nonché per la riduzione, nei limiti del possibile, dei disagi e delle sofferenze materiali e psicologiche.

[3] Cfr. Morani, *La nuova disciplina dell'affidamento e dell'adozione nazionale dei minori*, in *Giur. merito*, 2002, 1430-1438.

[4] Le modifiche di natura sostanziale concernono in particolare:

- la solenne proclamazione, nello stesso titolo della legge, del diritto del minore ad una famiglia, diritto assunto come principio generale ispiratore della riforma che dà grande risalto alla posizione soggettiva del bambino, all'assoluta priorità del suo interesse preminente ed alle sue esigenze esclusive;
- l'istituto dell'affidamento con la determinazione delle sue peculiarità e dei suoi limiti temporali;
- la previsione del divario massimo differenziale di età (45 anni tra adottanti ed adottandi) e della rilevanza riconosciuta alla convivenza stabile e continuativa dei coniugi negli anni immediatamente antecedenti al matrimonio con possibilità di cumulo dei due periodi decorsi senza interruzione;
- la conoscibilità – da parte dell'adottato – del suo *status* e della disciplina dell'accesso alle notizie relative alle origini genetiche ed all'identità dei genitori biologici.

[5] La novella prevede l'unificazione delle due fasi – (fase camerale davanti al Tribunale per i Minorenni definita con decreto motivato e fase contenziosa, instaurata con l'opposizione al decreto di adottabilità davanti allo stesso Tribunale che lo ha emesso e definita con una pronuncia che può essere dichiarativa dello stato di adottabilità ai sensi dell'art. 15 2° comma legge 184/1983 ovvero di non luogo a provvedere ai sensi dell'art. 16 1° comma legge citata, pronuncia impugnabile ai sensi dell'art. 17 1° comma della legge detta davanti alla Corte di Appello Sezione minorile) – in un unico procedimento che si conclude con sentenza del Tribunale per i Minorenni impugnabile dal PM e dalle parti private davanti alla Corte di Appello Sezione minorile che pronuncia sentenza: per entrambe le decisioni non è più prevista l'immediata lettura del dispositivo contemplata dal testo dell'art. 17 3° e 4° comma della legge 184/1983 anteriore all'entrata in vigore della legge 149/2001.

Avverso la sentenza della Sezione minorile è ammesso ricorso per cassazione

dei Diritti dell'Uomo (CEDU, articoli 14, 3° comma, e 24), con le due principali convenzioni internazionali ratificate (la Convenzione di New York del 1989 resa esecutiva in Italia con la legge 176/1991 e la Convenzione Europea di Strasburgo del 1996 resa esecutiva in Italia con la legge 77/2003) – introducono le garanzie formali della difesa tecnica e del diritto di difesa, in tal modo estendendo l'assistenza obbligatoria (finora assistenza legale facoltativa) alle procedure camerali di adottabilità ed a quelle *de potestate* (entrambe suscettibili di dar vita ad un conflitto di diritti soggettivi tra vecchi e nuovi genitori, ovvero tra genitori e figli) ed in tema di adozione prevedendo la difesa d'ufficio (art. 10, 2° comma, novellato legge 184/1983), figura tipicamente penalistica.

Tali garanzie formali presentano non pochi limiti applicativi per le tante incertezze ermeneutiche degli interpreti.

Le modifiche di maggior rilievo in parola – è evidente – tendono ad avvicinare il processo civile minorile al modello del processo ordinario di cognizione attraverso l'attuazione del diritto di difesa e dei principi del contraddittorio e di terzietà del giudice per la migliore tutela delle parti.

Le dette disposizioni della legge 149/2001 costituiscono nel sistema della giustizia civile minorile una novità assoluta di straordinaria importanza, giacché la normativa in vigore dal 1° luglio 2007 dopo le sei proroghe rende operative ed efficaci le regole sospese degli articoli 8, 4° comma, e 10, 2° comma, della legge 184/1983 e l'articolo 336, 4° comma, c.c., in sintonia con i principi centrali degli articoli 24 e 111 novellato della Costituzione Repubblicana sul diritto di difesa e sul giusto processo.

Le innovazioni suindicate lasciano in ombra la rappresentanza sostanziale del minore, attribuita ai genitori e da loro svolta, ponendo in primo piano la difesa processuale esercitata dall'avvocato nella prospettiva in un processo civile più giusto davanti ad un giudice minorile più terzo.

In definitiva, sono tre i principi di rilievo processuale enucleabili dalle modifiche introdotte dalla legge 149/2001.

a) Non solo i genitori ma pure i figli minori assumono nei procedimenti di adozione ed in quelli *de potestate* la qualità di parti con le relative conseguenze per quanto attiene alla loro rappresentanza ed all'integrazione del contraddittorio (vedasi Corte Costituzionale sentenza 31.01.2002 n. 1).

b) Gli stessi minori che hanno compiuto i dodici anni ed anche al di sotto di tale età, in dipendenza della loro capacità di discernimento,

---

per i motivi di cui ai numeri 3, 4 e 5 del primo comma dell'art. 360 c.p.c. ed è applicabile pure il secondo comma dello stesso articolo (art. 17 2° comma novellato dalla legge 184/1983).

debbono essere sempre sentiti dal giudice (articoli 10, 5° comma, 15, 2° comma, 22, 6° comma, e 25, 1° comma, novellati della legge 184/1983) sia direttamente (nel caso di minore che abbia compiuto gli anni quattordici, il predetto deve prestare espresso consenso all'adozione) sia per tramite di un rappresentante o di un curatore speciale *ex* art. 78 c.p.c. prima che vengano emessi i necessari provvedimenti: e ciò in attuazione di quel diritto all'ascolto protetto riconosciuto loro in qualsiasi procedimento giudiziario o amministrativo attinente al loro *status* ed al loro diritto sostanziale dall'articolo 12 della Convenzione Internazionale sui Diritti del Fanciullo stipulata a New York il 26.11.1989 ratificata in Italia con la legge 176/1991 e dagli articoli 3 e 6 della Convenzione Europea sui Diritti del Minore stipulata a Strasburgo il 25.02.1996 e ratificata in Italia con la legge 77/2003.

c) Nei procedimenti giurisdizionali sopraindicati, i genitori e, ove previsto, anche i figli minori debbono essere necessariamente assistiti da un difensore per l'esercizio delle facoltà e dei diritti processuali (di presentazione di istanze anche istruttorie, di prendere visione ed estrarre copia degli atti contenuti nel fascicolo d'ufficio previa autorizzazione del giudice) loro attribuiti, potendo eventualmente fruire della nomina di un difensore di ufficio (vedansi articolo 10 2° comma novellato della legge 184/1983 ed articolo 336 4° comma novellato c.c.).

Tanto l'audizione generalizzata – non solo testimoniale, probatoria ma soprattutto informativa – dei minori quanto l'assistenza obbligatoria dei genitori e figli per mezzo di avvocati contribuiscono ad integrare nelle predette fattispecie procedimentali (ove sono in gioco essenziali diritti e status fondamentali) le condizioni minime di un giusto processo.

4. Come è noto, la norma generale sul patrocinio si rinviene nell'art. 82 c.p.c.

Tale articolo al secondo comma recita:

"Negli altri casi (sono i procedimenti diversi da quelli davanti al giudice di pace per i quali le parti possono stare personalmente nelle cause il cui valore non eccede euro 516,46 (art. 82 1° comma c.p.c.), le parti non possono stare in giudizio se non col ministero o l'assistenza di un difensore".

Lo stesso articolo 82 al 3° comma aggiunge:

"Salvo i casi in cui la legge dispone altrimenti, davanti al Tribunale ed alla Corte di Appello le parti debbono stare in giudizio col ministero di un procuratore legalmente esercente e davanti alla Corte di Cassazione col ministero di un avvocato iscritto nell'apposito albo".

Sennonché l'applicazione di questa norma generale al processo civile minorile pone seri problemi in ordine alla compatibilità di essa nell'am-

bito del rito camerale [6] che è quello espressamente previsto e prevalente nei procedimenti in camera di consiglio di cui agli articoli 737-742 *bis* c.p.c. davanti all'organo giurisdizionale specializzato, rito camerale pure contemplato per i provvedimenti indicati dall'art. 38 1° comma e 2° comma c.c. sia per i provvedimenti emessi dal Tribunale per i minorenni *ex* articoli 84 2° comma, 250 3° comma c.c., 264 2° comma c.c. e 336 c.c., 23 2° comma, 25 1° comma e 30 3° comma della legge 184/1983.

Con riferimento all'art. 82 2° e 3° comma c.c. sono stati avanzati non pochi dubbi circa l'operatività della norma generale predetta al rito camerale, operatività apparsa condivisa nei procedimenti unilaterali, mentre è stata ritenuta ammissibile nei procedimenti bi- o plurilaterali.

A riguardo delle critiche mosse dagli studiosi del processo all'inadeguatezza del rito camerale applicato nella maggior parte dei procedimenti minorili, mette conto fare menzione brevemente dei rilievi, svolti dalle nostre supreme magistrature al fine di superare l'insufficienza del modulo camerale nella composizione del conflitto tra concorrenti diritti fondamentali della persona.

Qui il riferimento è al "decalogo abbreviato" proposto dalla Consulta ed al "contenitore neutro" formulato dalla Corte di Cassazione.

Col decalogo abbreviato la Corte Costituzionale suggerisce al giudice minorile – in attesa di un intervento legislativo che tarda ad arrivare – al fine di un conveniente uso dello schema camerale nella composizione

---

[6] Per rito camerale si intende quello dei procedimenti in camera di consiglio detti di volontaria giurisdizione con un'espressione di origine dottrinaria e di derivazione romanistica (*iurisdictio inter volentes*) per la normale assenza di contestazione.

La disciplina generale di tali procedimenti è contenuti negli articoli 737-742 *bis* c.p.c..

I tratti connotativi del rito camerale desumibili dalle disposizioni citate sono:

- l'introduzione mediante ricorso;
- una struttura formale assai semplificata, rapida e lineare;
- l'amplissima latitudine di poteri dispositivi ed inquisitori del giudice;
- conclusione con decreto, ordinanza e talora con sentenza;
- reclamabilità nel termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione o dalla comunicazione;
- modificabilità dei provvedimenti in ogni tempo per circostanza sopravvenuta.

In ordine al rito camerale nei procedimenti civili minorili c'è stato un vasto e lungo dibattito in dottrina con giudizi assai negativi sulla legittimità del modulo soprattutto allorché sono in discussione diritti e *status* e con serie riserve riguardo ai suoi limiti sul diritto di difesa (cfr. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, 17 ss.; Proto Pisani, *Usi ed abusi della procedura camerale* ex *artt. 737 e s.s. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, Padova, I, 396; Proto Pisani, *Procedura camerale e tutela degli interessi dei minori*, in *Foro it.*, I, 1996, 65 ss.; Proto Pisani, *Per un nuovo modello di processo minorile*, ivi, 1998, 124 ss.).

dei conflitti intersoggettivi un ventaglio minimo di regole in base alle quali il giudice dovrà assicurare e consentire:

- col rispetto del superiore interesse del minore l'osservanza del principio del contraddittorio o del principio della domanda;
- la fissazione di termini compatibili e congrui per l'esercizio del diritto di difesa;
- l'acquisizione di prove precostituite e l'assunzione di prove costituende a condizione che il relativo modo di assunzione risulti compatibile con la natura camerale del procedimento;
- la proposizione di nuove domande, eccezioni e controdomande (vedansi: ordinanza 748/1988, sentenze 103/1985, 543 e 573/1989, 202/1975, 111/1972 e 122/1966).

Con la formula del contenitore neutro, le Sezioni unite civili della Cassazione (vedasi sentenza 5629/1996) propongono l'adattamento dello schema camerale, quale modello alternativo rispetto al rito ordinario di cognizione, schema capace di adeguarsi indifferentemente a forme di giurisdizione volontaria e contenziosa.

Tale adattamento costituirebbe una valida alternativa al modello ordinario di cognizione purché vengano sempre garantiti nel loro nucleo essenziale il principio del contraddittorio ed il diritto di difesa ed abbiano sufficienti opportunità di applicazione i poteri di allegazione e di prova nonché la conoscenza degli atti.

5. Un'ultima sintetica notazione si impone a completamento di questa riflessione sul tema in discorso e concerne la pluralità dei riti nei procedimenti civili minorili.

Qui mette conto tenere presenti le diverse tipologie di procedimento per stabilire se siano applicabili il rito camerale ovvero parzialmente le regole del processo di cognizione.

In base alla stessa disciplina codicistica ed alla struttura formale, rapida e lineare della procedura delineata, può ritenersi ed affermarsi che il rito camerale è operante:

- nei procedimenti relativi all'ammissione al matrimonio del minore che ha compiuto i sedici anni (art. 84 c.c.);
- nei procedimenti volti ad ottenere la sentenza in luogo e sostituzione del consenso mancante al riconoscimento del figlio naturale (art. 250 4° comma c.c.) [7].

Operano, invece – ancorché con diversi limiti – le regole garantiste

---

[7] Quali procedimenti camerali a lungo applicati sono da ricordare due procedure di recente venute meno.

La prima era l'azione di ammissibilità dell'azione di accertamento della paternità

del processo ordinario di cognizione negli altri procedimenti davanti all'organo giurisdizionale specializzato, quali:

- i procedimenti di accertamento della genitura (paternità o maternità) naturale;
- i procedimenti *de potestate* volti ad ottenere i provvedimenti ablativi, limitativi-sospensivi e reintegrativi della potestà genitoriale ovvero la rimozione dal patrimonio del minore (artt. 330-334 c.c.);
- i procedimenti di interdizione e di inabilitazione concernenti minori emancipati e minori non emancipati nell'ultimo anno della minore età (artt. 414-416 c.c.);
- i procedimenti di adozione (artt. 6 e seguenti della legge 184/1983 novellati dalla legge 149/2001).

6. Per chiudere il cerchio sull'argomento, due osservazioni finali giovano ad evidenziare lo sforzo fatto dalla giurisprudenza di merito e da quella di legittimità allo scopo di adeguare l'attuale normativa discriminatoria ai principi di uguaglianza, del contraddittorio e del giusto processo introdotti dalla nostra Costituzione nonché alle innovazioni di cui alla legge 54/2006 (vedasi l'art. 4 2° comma).

La prima osservazione attiene alla ricorribilità per cassazione *ex* art. 111 della Costituzione dei provvedimenti *ex* art. 317 *bis* sull'affidamento della prole naturale.

Il Supremo Collegio, ribaltando il proprio precedente orientamento ultratrentennale di inammissibilità del ricorso straordinario avverso i provvedimenti emessi ai sensi dell'art. 317 *bis* c.c., con sentenza n. 23032 del 2009, ha ritenuto ed affermato la piena ricorribilità per cassazione

---

e maternità naturali di cui all'art. 274 c.c., dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Consulta con sentenza n. 50 del 2006 per violazione degli artt. 3 2° comma, 24 e 111 della Costituzione. In tale procedura era previsto il rito camerale e cioè le norme di volontaria giurisdizione di cui agli artt. 737 e seguenti c.p.c.; il giudizio veniva avviato con ricorso e deciso con decreto.

L'altra procedura camerale, in vigore sino al 30.06.2007 a seguito della proroga stabilita dalla legge 149/2001, era quella prevista per il giudizio di adottabilità dall'art. 15 della legge 184/1983, giudizio che si concludeva con il decreto di adottabilità impugnabile con l'opposizione davanti allo stesso Tribunale per i Minorenni che decideva con sentenza a sua volta impugnabile con ricorso *ex* art. 739 c.p.c. alla Corte di Appello Sezione per i Minorenni.

Un procedimento dichiaratamente camerale è quello di cui agli artt. 406-413 sull'amministrazione di sostegno, procedimento introdotto dalla legge 09.01.2004 n. 6 il cui carattere non contenzioso comporta la mera facoltatività del patrocinio nel silenzio della legge predetta. Tale procedimento – diverso da quello per interdizione ed inabilitazione strutturalmente contenzioso – si instaura davanti al giudice tutelare con applicazione dei principi generali di cui agli artt. 737-742 *bis* c.p.c.

dei provvedimenti citati emessi in sede di reclamo in base ai rilievi:

- che la norma di cui all'art. 4 2° comma L. 54/2006 ha fornito una definitiva autonomia al procedimento di cui all'art. 317 *bis* c.c., allontanandolo dall'alveo della procedura camerale ed assimilandolo ai procedimenti di separazione e di divorzio con figli minori;

- che il giudice di legittimità, con indirizzo ormai costante, opportunamente ha superato la divaricazione di competenza tra Tribunale per i Minorenni e Tribunale ordinario (con l'affidamento dei figli di genitori non coniugati al primo e con la pronuncia sul mantenimento degli stessi e sull'assegnazione della casa familiare al secondo) ed ha attribuito al Tribunale minorile la cognizione delle domande congiunte di affidamento e di mantenimento dei figli naturali (vedasi ordinanza della Suprema Corte n. 8362 del 2007).

Di recente, con sentenza n. 22080 del 2009 il Supremo Collegio, aderendo al proprio indirizzo ormai consolidato (cfr. fra le molte decisioni la n. 4197 del 2008) ha riaffermato il principio della ricorribilità per cassazione del decreto della Corte di Appello – Sezione per i Minorenni che abbia pronunciato sulla domanda di autorizzazione ad entrare e permanere temporaneamente in Italia, domanda proposta *ex* art. 31 del D.L.vo 286/1998, in base alla duplice condivisibile considerazione:

- che il decreto della Corte di Appello incide sia sul diritto del minore ad essere assistito da un familiare sia sul diritto del familiare ad entrare od a trattenersi nella nostra Repubblica al fine di prestare assistenza al minore;

- che il provvedimento emesso dalla Corte di Appello Sezione per i Minorenni è definitivo, sebbene revocabile solo per fatti sopravvenuti e soprattutto perché la richiesta *ex* art. 31 citato può essere ripresentata unicamente prospettando una necessità di assistenza al minore diversa rispetto a quella in ordine alla quale già il giudice si è pronunciato in precedenza.

L'altra importante osservazione concerne la configurabilità di titolo esecutivo nei provvedimenti camerali pronunciati ai sensi dell'art. 317 bis c.c. ed aventi contenuto economico.

In passato i giudici minorili hanno sempre dato risposta negativa al quesito in parola non autorizzando la posizione della formula esecutiva ai provvedimenti di natura patrimoniale, apposizione richiesta dal genitore interessato e rifiutata dalla cancelleria.

Ultimamente sul punto è mutato l'indirizzo dell'organo giurisdizionale specializzato che, in base ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma di cui all'art. 317 *bis* c.c. ha accolto la soluzione ermeneutica che attribuisce efficacia di titolo esecutivo ai provvedimenti a contenuto patrimoniale in favore dei figli naturali emessi dai competenti Tribunali per i Minorenni.

Tra le numerose pronunce che hanno dato una lettura adeguatrice

diversa da quella più remota devono menzionarsi i decreti: 14.12.2007 del Tribunale per i Minorenni di Milano, 02.04.2008 del Tribunale per i Minorenni di Bologna, 23.05.2008 del Tribunale per i Minorenni di Catania, 16.07.2005 del Tribunale per i Minorenni di Venezia e 03.06.2009 del Tribunale per i Minorenni di Roma, decreti tutti in linea con l'indirizzo affermato dal giudice delle leggi con sentenza 394/2005 in tema di trascrivibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare in presenza di figli naturali.

Con detta sentenza la Consulta ha fatto riferimento alla *regula iuris* immanente al sistema ed applicabile in base ad interpretazione sistematica delle norme del codice civile in tema di tutela della filiazione (vedansi articoli 147, 148 e 261 c.c.), ponendo l'accento sul principio di responsabilità genitoriale di cui all'art. 30 della Costituzione e sul superiore interesse del figlio alla conservazione dell'abitazione familiare.

Il giudice delle leggi, infine, con sentenza 20.11.2009 n. 310, ha dichiarato inammissibile la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 4 2° comma della legge 54/2006 (nella parte in cui non prevede che il decreto *ex* art. 317 *bis* c.c., avente anche contenuto economico, notificato agli interessati e al terzo debitore, costituisce titolo esecutivo, decreto è impugnabile dalle parti e dal difensore con opposizione entro venti giorni dalla notifica), questione sollevata d'ufficio dal Tribunale per i Minorenni di Roma con ordinanza 16.01.2009; ha considerato la Corte in detta sentenza:

- che il giudice rimettente aveva omesso di sperimentare una diversa interpretazione della norma impugnata idonea a renderla immune dai dedotti dubbi di incostituzionalità, interpretazione del resto seguita da altri giudici minorili che avevano ritenuto la natura esecutiva del decreto predetto;

- e che il giudice romano neppure aveva utilizzato, ai sensi dell'art. 12 2° comma delle disposizioni sulla legge in generale, lo strumento del ricorso all'analogia per colmare la riscontrata lacuna normativa.

GIOVANNI MORANI

ORIENTAMENTI DI GIURISPRUDENZA UMBRA IN MATERIA DI AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO

SOMMARIO: 1. *Introduzione* – 2. *Il problema dell'onere della difesa tecnica* – 3. *Il duplice problema dell'amministrando affetto da menomazione fisica ma perfettamente "compos sui" e dell'amministrando totalmente incapace* – 4. *Sorte dell'atto compiuto dall'ads in difformità dall'interesse del beneficiario* – 5. *Quali sono i soggetti legittimati al reclamo in Corte d'Appello e al ricorso in Cassazione ? Quali decreti del giudice tutelare sono ricorribili in Cassazione?* – 6. *Conclusioni*

1. *Introduzione*

La metodologia del presente lavoro è consistita nel raccogliere i risultati di una serie di interviste rivolte ad alcuni giudici tutelari operanti nel Distretto umbro in ordine alle principali questioni interpretative e applicative che ancor oggi pone la disciplina dell'amministrazione di sostegno, introdotta dalla Legge 9 gennaio 2004 n. 6, in vigore dal mese di marzo 2006.

Per ogni questione considerata rilevante pertanto, si è affiancata al dibattito dottrinario e giurisprudenziale nazionale la soluzione data in Umbria dai giudici intervistati.

In via preliminare e sotto un profilo organizzativo occorre subito evidenziare per il Distretto umbro una criticità, già segnalata dalla dottrina: nei vari Tribunali della Regione, causa la dimensione limitata della pianta organica, non esistono magistrati "specializzati" nella materia tutelare, ma gli affari afferenti a questo delicato settore vengono, a rotazione, trattati dai vari magistrati assegnati alle sezioni civili.

Questo comporta che la materia tutelare si aggiunge, periodicamente, all'ordinario carico (come noto non lieve) di ruolo di ciascun giudice, con la conseguenza che alla sua trattazione il singolo magistrato non ha sempre la possibilità di dedicare tutto il tempo e le energie che essa

meriterebbe, considerata la delicatezza, anche nell'ottica costituzionale (artt. 2, 3 e 32 Cost.), degli interessi in gioco.

Ma quello appena segnalato è problema comune a tutti gli uffici giudiziari italiani di limitate dimensioni, per superare il quale taluno, in dottrina, ha proposto di assegnare la materia alla competenza del collegio; il che, a sommesso avviso chi parla, non risolverebbe l'inconveniente accennato ma si limiterebbe a "spostarlo" dalla sede monocratica a quella collegiale.

Venendo alle singole questioni emerse dalle interviste, esse possono essere così elencate in ordine di rilevanza pratica:

1) l'onere del patrocinio (o difesa tecnica) previsto in via generale dall'art. 82 co. 3 cpc riguarda anche il procedimento di apertura dell'amministrazione di sostegno o, invece, la parte può adire personalmente il G.T.?

2) Per l'apertura del nostro procedimento occorre che l'amministrando sia affetto da una vera e propria "infermità o menomazione psichica" o, invece, è sufficiente che ricorra una mera "infermità o menomazione fisica"? E *quid iuris* nel caso dell'amministrando totalmente incapace di intendere e volere?

3) Qual è la sorte dell'atto compiuto dall'amministratore quando non è conforme all'interesse del beneficiario?

4) Quali sono i soggetti legittimati al reclamo in Corte d'Appello e al ricorso in Cassazione ? Quali decreti del giudice tutelare sono ricorribili in Cassazione?

2. *Il problema dell'onere della difesa tecnica*

Comunemente si ritiene che la regola generale dell'onere di difesa tecnica davanti al Tribunale prevista dal co. 3 dell'art. 82 c.p.c. salvo che la legge disponga diversamente, trovi fondamento nel tecnicismo del processo e nella animosità delle parti che consigliano la presenza di un "mediatore" fornito di particolari conoscenze tecniche (Calamandrei).

Una posizione minoritaria sostiene che la regola generale appena enunciata valga anche per il procedimento di apertura dell'ads, poiché:

a) è sostanzialmente affine all'analogo procedimento in materia di interdizione e di inabilitazione;

b) ha natura "contenziosa" e non di "volontaria giurisdizione" [1], posta per un verso la "vicinanza" con i procedimenti di interdiz. e inabil., per

---

[1] Come noto i principali tratti di caratterizzazione della giurisdizione *inter volentes* sono dati dall'assenza di contraddittorio e di giudicato.

altro verso la prevista possibilità di ricorrere in Cassazione avverso il decreto pronunciato in sede di reclamo;

c) è procedimento che, pur nelle forme camerali, è previsto per la tutela di situazioni sostanziali di diritti o di *status* (Cass. n. 6900/96 e n. 5831/89).

La posizione maggioritaria al contrario, ritiene che ci troviamo di fronte ad uno di quei casi in cui la legge consentirebbe la difesa personale, in quanto il nostro procedimento:

a) è procedimento di volontaria giurisdizione;

a1) soprattutto con riguardo alla *finalità* del nuovo istituto, esplicitata nell'art. 1 L. 6/04 [2] che taluno, condivisibilmente, sostiene essere stata colpevolmente non riportata nel c.c., alla luce della quale non ricorre un'ablazione di diritti del soggetto beneficiario, né un effetto modificativo del suo *status* giuridico ma al contrario, in una logica radicalmente innovativa di valorizzazione delle facoltà residue del soggetto, viene mantenuta intatta la sua *capacità legale*, salvi i limiti indicati nel decreto di nomina;

a2) ma anche per il modo in cui il legislatore lo ha costruito: competenza di un giudice monocratico, legittimazione al ricorso conferita anche al soggetto che beneficia della misura di protezione, struttura camerale e soprattutto mancanza di un giudicato, data la forma di decreto del provvedimento finale, modificabile e revocabile anche d'ufficio, suscettibile di reclamo).

L'enunciato contrasto, è stato risolto dalla Suprema Corte (n. 25366/06 e 19233/08) in base ad un criterio che, pur concettualmente nitido, è suscettibile, secondo chi parla, di ingenerare problemi nella sua applicazione concreta.

La Corte, partendo dall'assunto secondo il quale il nostro proced. si distingue, per struttura e per funzione, da quello di interdiz. e inabil., ha statuito che il ministero di difensore si appalesa, nei casi più comuni, non necessario: questi sono i casi in cui si richiede solamente un provvedimento che individui gli atti (o le categorie di atti) che richiedono l'intervento dell'amministratore per il loro compimento in via sostitutiva o di assistenza.

Occorre invece il difensore tecnico nei casi in cui il decreto del giudice tutelare è idoneo a incidere su "diritti fondamentali del beneficiario" essendo in tali casi necessario salvaguardare i principi costituzionali del diritto di difesa e di garanzia del contraddittorio.

---

[2] Secondo cui la legge ha la "finalità di tutelare con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente".

Sul piano dell'applicazione concreta di tale distinzione teorica possono sorgere, come detto, dei problemi: in particolare, occorre capire quando un singolo atto il cui compimento deve avvenire con l'intervento dell'ads, *concretamente* "incide sui diritti fondamentali della persona".

La risposta appare agevole ad es. nel caso in cui l'ads sia tenuto a prestare il consenso a un intervento sanitario necessario al beneficiario (diritto fondamentale alla salute) ma che dire per il caso, frequente e apparentemente poco invasivo, in cui sia tenuto solamente a riscuotere la pensione in nome e per conto del beneficiario? Forse che la riscossione della pensione, ove sia l'unica fonte di sostentamento per l'interessato, è atto in concreto "non idoneo" a incidere sui diritti fondamentali della persona?

Esposta questa prima problematica per come sviluppatasi nel dibattito dottrinario e giurisprudenziale nazionale ci chiediamo ora quale sia l'orientamento rispetto ad essa dei giudici tutelari umbri intervistati.

L'orientamento, quasi unanime, non ritiene necessario l'esercizio dello *ius postulandi* da parte di un difensore, argomentando dalla natura di giuridizione *inter volentes*, dal costo della difesa tecnica e dal rapporto diretto istituito dalla legge fra giudice tutelare e interessato.

Tuttavia alcuni magistrati segnalano alcuni inconvenienti discendenti da tale posizione pur accolta in via di principio che rendono la presenza di un avvocato pur se non obbligatoria sicuramente auspicabile: le difficoltà tecniche che incontra la parte nella redazione dell'atto introduttivo nell'ottica di una chiara e precisa *postulatio* o le difficoltà derivanti dall'onere di legge di notificare il ricorso all'amministrando e agli stretti congiunti.

3. *Il duplice problema dell'amministrando affetto da menomazione fisica ma perfettamente "compos sui" e dell'amministrando totalmente incapace*

Ci si è chiesti se il nuovo istituto possa essere utilizzato, come sembra possibile sulla base del mero dettato letterale del nuovo art. 404 c.c., a favore di soggetti perfettamente capaci da un punto di vista psichico ma che per una infermità o semplice menomazione fisica incontrino difficoltà nella cura diretta dei propri interessi (si pensi al paraplegico in sedia a rotelle ma perfettamente capace d'intendere e volere).

Una posizione minoritaria sostiene che l'ads non può rappresentare un'alternativa rispetto agli ordinari strumenti negoziali (in particolare procura e mandato) che il soggetto ha a disposizione per assicurarsi l'intervento altrui nella cura dei propri interessi.

Ciò perché al privato non sarebbe consentito di rinunciare, in base a una personale valutazione di convenienza, alla pienezza della propria

capacità d'agire, rinuncia che si estrinsecherebbe nell'istanza volta a ottenere per sé il beneficio dell'ads.

Un indirizzo maggioritario invece, che ha trovato supporto nella nota Cass. n. 25366/06, ritiene la sufficienza di una mera inettitudine di tipo fisico a giustificare l'accesso alla nuova forma di protezione, giungendosi ad affermare l'esistenza di due diversi tipi di ads l'una *incapacitante* e l'altra *non incapacitante*.

Quest'ultima tesi trova conforto in un dato letterale: l'aggettivo "esclusiva" riferito alla rappresentanza, che porta a concludere che accanto alla ipotesi di cui parla il co. 1 art. 409 c.c. sarebbe configurabile anche una rappresentanza "non esclusiva" e cioè l'attribuzione all'ads di un potere *concorrente* con la conservata capacità di agire del beneficiario.

In Umbria, unanimemente, i magistrati intervistati, consentono il ricorso all'ads anche sulla base di una mera menomazione fisica, argomentando dalla natura "poco tutelante" della procura notarile che peraltro è utilizzabile solo per la *cura patrimonii* e non anche per la *cura personae*, e , esemplificativamente, l'utilizzo dell'ads per ogni caso di necessità di superamento delle barriere architettoniche da parte del beneficiario (paraplegico in sedia a rotelle o cieco educato).

Quanto all'altro rilevante problema dell'accessibilità della nuova forma di protezione per il soggetto totalmente incapace di intendere e di volere e, in particolare, affetto da "una grave e abituale infermità di mente", tale da legittimare, sul piano letterale, il ricorso ai diversi istituti dell'interdiz. e inabil., occorre anzitutto sgombrare il campo dal rilievo secondo il quale il legislatore della L. 6/04 avrebbe introdotto nei rapporti fra le tre diverse figure di protezione dei soggetti privi, in tutto o in parte, di autonomia, una disciplina incostituzionale perché avrebbe irragionevolmente sovrapposto gli ambiti di applicazione delle tre fattispecie, non fornendo al giudice un criterio normativo chiaro e preciso di distinzione fra fattispecie contermini.

Come noto una tale censura è stata respinta dalla Corte Costituzionale (n. 440/05, red. Bile), il cui ragionamento è stato nella sostanza il seguente:

la complessiva disciplina inserita dalla L. 6/04 sulle preesistenti norme del c.c. affida al giudice il compito di individuare l'istituto che da un lato garantisca all'incapace la tutela più adeguata alla fattispecie e dall'altro limiti nella minor misura possibile la sua capacità e consente ove la scelta cada sull'ads, *che l'ambito dei poteri dell'amministratore sia correlato alle caratteristiche del caso concreto* (è questo a nostro parere il criterio discretivo illuminato dalla Consulta e consistente nella *flessibilità* del nuovo istituto che mai genera un vero e proprio *status di incapacità d'agire* in rapporto alla *rigidità* di quelli tradizionali, i quali

all'opposto generano sempre un tale mortificante *status* di incapacità, totale per l'interdetto in quanto riguarda anche gli atti di ordinaria amministrazione o parziale per l'inabilitato riguardando i soli atti di straordinaria amministrazione).

La residualità delle figure tradizionali viene affermata dalla Corte con queste parole: "Solo se non ravvisi *interventi di sostegno* idonei ad assicurare all'incapace siffatta protezione, il giudice può ricorrere alle *ben più invasive misure* dell'inabilitazione o dell'interdizione".

Infine l'alta Corte precisa anche che alla luce del nuovo testo dell'art. 411 co. 4 c.c. "in nessun caso i poteri dell'amministratore possono coincidere "integralmente" con quelli del tutore o del curatore".

Su questa scia la S.C. con la famosa sentenza n. 13584/06 (rel. San Giorgio) scolpisce il criterio-guida per l'interprete.

La Corte, in estrema sintesi:

a) ribadisce che la nuova legge risulta ispirata al "principio della generale capacità del soggetto" e si caratterizza per una disciplina che assegna una "particolare duttilità" al nuovo istituto in contrapposizione al "carattere tendenzialmente irreversibile e totalizzante della tradizionale regolamentazione della materia, dominata dall'opposta concezione di una generale condizione di incapacità del soggetto, riguardato.. come individuo potenzialmente portatore di pregiudizio dei propri interessi patrimoniali e, massimamente, di quelli della propria famiglia e perciò da assoggettare necessariamente a misure idonee a impedirne ogni libertà di azione, sacrificandone ogni residua estrinsecazione della personalità";

b) esclude che la differenza di ambito fra il nuovo istituto di protezione e quelli tradizionali possa rinvenirsi in un criterio "quantitativo" correlato al diverso grado di capacità;

c) stabilisce che la distinzione con l'interdizione va colta non sul piano quantitativo ma "funzionale"essendo influenzata dal *tipo di attività, semplice o invece complessa* che deve essere compiuta in nome del beneficiario della protezione [3].

---

[3] Riportiamo il brano, ritenuto più significativo di questa importante pronuncia: "Ad *un'attività minima, estremamente semplice*, e tale da non rischiare di pregiudicare gli interessi del soggetto - vuoi per la *scarsa consistenza del patrimonio disponibile*, vuoi per la *semplicità delle operazioni da svolgere* (attinenti, ad esempio, alla gestione ordinaria del reddito da pensione), e per l'attitudine del soggetto protetto a non porre in discussione i risultati dell'attività di sostegno nei suoi confronti -, e, in definitiva, ad una ipotesi in cui non risulti necessaria una limitazione generale della capacità del soggette, *corrisponderà l'amministrazione di sostegno*, che si fa preferire non solo sul piano pratico, in considerazione dei *costi meno elevati e delle procedure più snelle*, ma altresì su quello etico-sociale, per il maggior rispetto della

Inoltre la S.C. affianca al criterio discretivo principale del tipo di attività da compiersi quelli concorrenti della *gravità e durata della malattia e della natura e durata dell'impedimento.*

Venendo agli orientamenti in Umbria relativi all'estensibilità dell'ads ai beneficiari totalmente incapaci, gli intervistati, prestando ossequio al pronunciamento del S.C., rispondono positivamente al quesito, argomentando che fin quando è possibile occorre utilizzare in prima battuta l'ads e solo nei casi,marginali (es. patrimonio cospicuo e/o di complessa gestione) di inadeguatezza del nuovo istituto a proteggere le esigenze del tutto peculiari del singolo interessato si dovrà dare ingresso ai tradizionali istituti.

4. *Sorte dell'atto compiuto dall'ads in difformità dall'interesse del beneficiario.*

Nello svolgimento dei compiti ad esso assegnati dal G.T. l'ads ha l'obbligo di tendere alla realizzazione dell'interesse del beneficiario.

Sotto questo profilo si apre un delicato problema relativamente al *criterio* alla stregua del quale giudicare se un atto è conforme o meno all'interesse del beneficiario.

La scelta di un *criterio di tipo oggettivo* [es. decisione in ordine alla vendita di un bene per un prezzo di mercato assai vantaggioso (criterio oggettivo) ma al quale l'amministrato è particolarmente affezionato (criterio soggettivo)] sembra contrastata da una serie di indici normativi letterali:

a) il riferimento alle "aspirazioni" del beneficiario di cui al co. 1 art. 410 c.c. oltre che ai bisogni;

b) il riferimento del co. 2 della stessa disposizione secondo cui il "dissenso" con l'interessato obbliga l'amministratore a informare tempestivamente il GT "circa gli atti da compiere".

Nel caso di *cura personae*, l'obbligo di tenere conto delle *aspirazioni del* beneficiario esclude certamente che la valutazione possa essere condotta alla stregua di parametri meramente oggettivi.

---

dignità dell'individuo che, come si è osservato, essa sottende, in contrapposizione alle più invasive misure dell'inabilitazione e della interdizione, che attribuiscono uno status di incapacità, concernente, nel primo caso, i soli atti di straordinaria amministrazione, ed estesa, per l'interdizione, anche a quelli di amministrazione ordinaria. Detto status non è, invece, riconoscibile in capo al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, al quale viene comunque assicurata la possibilità di compiere, ove ne sia in grado, quelle attività nelle quali si estrinseca *la c.d. contrattualità minima*, attraverso il riconoscimento allo stesso, a norma della L. n. 6, art. 409, comma 2, della possibilità di compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana".

Più in generale e quindi anche con riferimento alla *cura patrimonii* dal citato cpv. dell'articolo sembra doversi desumere che il dissenso del beneficiario rispetto a un certo atto si configuri come condizione ostativa al suo compimento da parte dell'amministratore il quale dovrà rimettere al giudice tutelare la questione.

L'interesse, quale criterio guida dell'azione dell'amministratore, va allora determinato *non unilateralmente* dallo stesso amministratore (sia pur in base a criteri obiettivi) ma alla luce di un *costante confronto* con il beneficiario.

Naturalmente ciò vale solo in linea di principio, perché il confronto è possibile unicamente con un soggetto che, pur indebolito nelle facoltà intellettive, conservi un sufficiente margine di discernimento che gli consenta di valutare la convenienza dell'atto che l'amministr. intenderebbe compiere.

Ciò significa che man mano che scemano le capacità psichiche tanto più assumerà peso la decisione dell'amministr. in ordine al compimento dell'atto.

Se poi l'amministr., nonostante il dissenso manifestato dall'amministrato, anziché interpellare il giudice tutelare, compie comunque l'atto programmato senza tenere in alcuna considerazione il dissenso stesso, sul *versante esterno* dei rapporti con i terzi non sembra potersi affermare *né l'invalidità, né l'inefficacia* dell'atto stesso.

Mentre nel *rapporto interno* amministrato-amministratore la non considerazione del dissenso manifestato non è privo di conseguenze: infatti il cpv. dell'art. 410 c.c. parla di "contrasto", in presenza del quale, oltre che in caso di "scelte o di atti dannosi o di negligenza", è consentito il ricorso al GT onde questi adotti "gli opportuni provvedimenti", fra cui in primo piano si trovano la rimozione o la sospensione dell'amministratore ai sensi dell'art. 384 richiamato dal nuovo art. 411 co. 1 c.c.

Se poi il dissenso che rende necessario rimettere la questione al GT, nell'amministrazione di assistenza, proviene dall'amministratore e ciononostante l'amministrato compie l'atto, in tal caso fra "gli opportuni provvedimenti" che il GT è chiamato ad adottare sembra non doversi escludere che possa rientrare l*a nomina di un curatore speciale* ai sensi e per gli effetti dell'art. 395 c.c. (nonostante la mancanza di un espresso richiamo dei nuovi artt. 404 e ss. alla disciplina della curatela).

In ordine a questa problematica i GT umbri intervistati, sottolineano come l'ipotesi del compimento di un atto da parte dell'amministratore in difformità dall'interesse del beneficiario, è di difficile emersione in punto di fatto e che comunque ove emergesse il giudice non avrebbe poteri di intervento sull'atto ma solo di revoca dell'amministratore (che ad es. aveva licenziato la badante dell'amministrato).

5. *Quali sono i soggetti legittimati al reclamo in Corte d'Appello e al ricorso in Cassazione ? Quali decreti del giudice tutelare sono ricorribili in Cassazione?*

Quanto alle impugnazioni, ricordiamo che l'art. 720 *bis* c.p.c., inserito dalla legge 6/04, è rubricato "Norme applicabili ai procedimenti in materia di amministrazione di sostegno" e mentre al co. 2 sancisce la *reclamabilità* alla Corte di'Appello a norma dell'art. 739 c.p.c. del "decreto del giudice tutelare" al co. 3 afferma la *ricorribilità* in Cassazione del decreto della Corte d'Appello "pronunciato ai sensi del secondo comma".

Un primo problema attiene alla *legittimazione* al reclamo (e al successivo ricorso in Cassazione) essendo sorta controversia in ordine all'*ampiezza* della categoria dei legittimati e ciò per il mancato richiamo in questa sede all'art. 718 c.p.c., che indica come legittimati a impugnare la sentenza pronunciata nel giudizio di interdizione o di inabilitazione non solo chi è stato *parte* nel giudizio dinanzi al giudice tutelare ma *tutti coloro* che avrebbero potuto proporre la domanda, anche se non partecipanti effettivi del procedimento di primo grado (e ciò in coerenza, mi pare, con la natura del procedimento di interd. e inab. che non tutela un diritto soggettivo privato, ma un *interesse pubblico*, quello alla salvaguardia della persona e del patrimonio dei soggetti incapaci).

Da tale omesso richiamo, taluni desumono che si applichi la regola generale per la quale solo chi è stato *parte* del giudizio dinanzi al giudice tutelare sia legittimato a impugnare il provvedimento.

Altri, preferibilmente (e in coerenza con lo scopo pubblicistico comune ai procedimenti in materia di ads, di interdiz. e di inabilitazione, che non sono procedimenti dispositivi ad impulso di parte ma procedimenti inquisitori ad impulso d'ufficio) estendono la legittimazione a *tutti coloro* che *ex* art. 406 c.c. avrebbero potuto proporre ricorso per l'apertura dell'amministrazione di sostegno, indipendentemente dal fatto che abbiano o meno partecipato al giudizio in primo grado.

Quanto poi al *ricorso per Cassazione*, secondo un orientamento dottrinale il controllo di legittimità andrebbe riferito non a tutti i decreti ma solo a quelli di apertura e revoca dell'ads nonostante il co. 3 dell'articolo in commento non fornisca alcuna specificazione al riguardo (evidentemente perché i soli considerati a contenuto effettivamente decisorio *ex* art. 111 co. 7 Cost.). Altri, al contrario e preferibilmente, ritengono che la ricorribilità in Cassazione si estenda anche ai decreti di proroga dell'ads.

In Umbria, i magistrati intervistati riferiscono di non aver mai avuto sentore di reclami contro i loro decreti né di ricorsi per cassazione.

6. *Conclusioni*

Come accennato nell'introduzione, il Distretto giudiziario dell'Umbria soffre, al pari di tutti quelli in cui gravitano Tribunali di dimensioni non rilevanti, della carenza di magistrati specializzati nella materia tutelare, che possano dedicarsi in via esclusiva allo studio e alla trattazione della materia cautelare in generale e a quella dell'amministrazione di sostegno in particolare.

Ciò peraltro non ha impedito, in questo spaccato della geografia giudiziaria nazionale, grazie anche al valore dei protagonisti tutti, magistrati e avvocati, che la l'importante rivoluzione culturale avviata dalla Legge n. 6/2004 mettesse radici profonde.

L'interpretazione delle singole disposizioni, alcune del tutto nuove, altre modificative del tessuto codicistico preesistente non è infatti avvenuta da parte degli operatori su un piano meramente letterale e grammaticale ma essi hanno fatto puntuale applicazione dei brocardi "incivile est, nisi tota lege perspecta, iudicare vel rispondere" e "littera occidit, spiritus autem vivificat" e quindi in definitiva delle regole ermeneutiche dettate dall'art. 12 delle preleggi (interpretazione logica, teleologica, sistematica).

Una elaborazione condotta alla luce di quella che la Cassazione ha definito la "stella polare" sotto la guida della quale leggere la riforma e racchiusa nell'art. 1 della legge 6/04 sopra richiamato [(4)].

Una riforma di civiltà, perché attuativa dei più fondamentali diritti inviolabili dell'uomo (artt. 2, 3 e 32 della Costituzione).

Sono ormai acquisiti alla cultura dell'interprete-giudice i fondamentali principi di sussidiarietà funzionale dell'interdizione-inabilitazione rispetto all'amministrazione di sostegno, di estensibilità e modulabilità dell'ads e di eccezionalità-residualità dell'interdizione/inabilitazione.

Infine pare doveroso concludere queste brevi note, per contiguità di materia, con un recente pronunciamento della Corte Costituzionale relativo alla necessità di mantenere un numero congruo di "insegnanti di sostegno" in tutti gli ordini e gradi della scuola pubblica, quali corrispondenti in campo pedagogico di ciò che gli ads rappresentano nel campo personale e patrimoniale.

La sentenza n. 80 del 22 febbraio 2010 dell'alta Corte (Redattore Saulle) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 413 della legge finanziaria per il 2008, nella parte in cui fissa un limite

---

[(4)] Secondo cui la legge ha la "finalità di tutelare con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente".

massimo al numero dei posti degli insegnanti di sostegno nonché dell'art. 2, comma 414, della stessa legge nella parte in cui esclude la possibilità, già contemplata dalla legge finanziaria per il 1998 di assumere insegnanti di sostegno in deroga, in presenza nelle classi, di studenti con disabilità grave [(5)].

[(5)] Riportiamo i brani, ritenuti più significativi di questa importante pronuncia: " 4. –Sotto il profilo normativo, il diritto all'istruzione dei disabili è oggetto di specifica tutela da parte sia dell'ordinamento internazionale che di quello interno. In particolare, per quanto attiene alla normativa internazionale, viene in rilievo la recente Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006, entrata in vigore sul piano internazionale il 3 maggio 2008 e ratificata e resa esecutiva dall'Italia con legge 3 marzo 2009, n. 18, il cui art. 24 statuisce che gli Stati Parti «riconoscono il diritto delle persone con disabilità all'istruzione». Diritto, specifica la Convenzione in parola, che deve essere garantito, anche attraverso la predisposizione di accomodamenti ragionevoli, al fine di «andare incontro alle esigenze individuali» del disabile (art. 24, par. 2, lett. *c*), della Convenzione).

Quanto all'ordinamento interno, in attuazione dell'art. 38, terzo comma, Cost., il diritto all'istruzione dei disabili e l'integrazione scolastica degli stessi sono previsti, in particolare, dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate); legge che, come già osservato da questa Corte, è volta a «perseguire un evidente interesse nazionale, stringente ed infrazionabile, quale è quello di garantire in tutto il territorio nazionale un livello uniforme di realizzazione di diritti costituzionali fondamentali dei soggetti portatori di *handicaps*» (sentenza n. 406 del 1992).

In particolare, l'art. 12 della citata legge n. 104 del 1992 attribuisce al disabile il diritto soggettivo all'educazione ed all'istruzione a partire dalla scuola materna fino all'università (comma 2). Questa Corte ha già avuto modo di precisare che la partecipazione del disabile «al processo educativo con insegnanti e compagni normodotati costituisce, infatti, un rilevante fattore di socializzazione e può contribuire in modo decisivo a stimolare le potenzialità dello svantaggiato» (sentenza n. 215 del 1987).

Pertanto, il diritto del disabile all'istruzione si configura come un diritto fondamentale. La fruizione di tale diritto è assicurata, in particolare, attraverso «misure di integrazione e sostegno idonee a garantire ai portatori di *handicaps* la frequenza degli istituti d'istruzione» (sentenza n. 215 del 1987).

Tra le varie misure previste dal legislatore viene in rilievo quella del personale docente specializzato, chiamato per l'appunto ad adempiere alle «ineliminabili (anche sul piano costituzionale) forme di integrazione e di sostegno» a favore degli alunni diversamente abili (sentenza n. 52 del 2000).

Sempre nell'ottica di apprestare un'adeguata tutela dei disabili, in particolare per quelli che si trovano in una condizione di gravità, il legislatore, con la legge 27 dicembre 1997, n. 449 (Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica), all'art. 40, comma 1, ha previsto la possibilità di assumere, con contratti a tempo determinato, insegnanti di sostegno in deroga al rapporto alunni-docenti stabilito dal successivo comma 3. Il criterio numerico indicato dalla disposizione da ultimo richiamata è stato poi sostituito con il principio delle «effettive esigenze rilevate», introdotto dall'art. 1, comma 605, lett. *b*), della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Di-

E ciò perché i tagli alla spesa pubblica, pur resi necessari dall'attuale congiuntura di crisi economico-finanziaria, non finiscano per scaricarsi sulle fasce più deboli della società comportando un pericoloso regresso rispetto a conquiste sociali di primaria importanza che apparivano acquisite per sempre, nonché un'aperta infrazione dell'art. 2 della nostra Carta costituzionale di cui rammentiamo, in chiusura, il monito "La Repubblica riconosce e garantisce *i diritti inviolabili dell'uomo* sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede *l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*".

ALESSANDRO PAZZAGLIA

---

sposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2007).

Le disposizioni censurate che prevedono, da un lato, un limite massimo nella determinazione del numero degli insegnanti di sostegno e, dall'altro, l'eliminazione della citata possibilità di assumerli in deroga, si pongono in contrasto con il riportato quadro normativo internazionale, costituzionale e ordinario, nonché con la consolidata giurisprudenza di questa Corte a protezione dei disabili fin qui richiamata.

È vero che, secondo costante giurisprudenza di questa Corte, il legislatore nella individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili gode di discrezionalità (da ultimo, *ex plurimis*, sentenze n. 431 e 251 del 2008, ordinanza n. 269 del 2009). Si deve tuttavia riaffermare che, sempre secondo la giurisprudenza di questa Corte, detto potere discrezionale non ha carattere assoluto e trova un limite nel «[…] rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» (sentenza n. 251 del 2008 che richiama sentenza n. 226 del 2000).

Risulta, pertanto, evidente che le norme impugnate hanno inciso proprio sull'indicato «nucleo indefettibile di garanzie» che questa Corte ha già individuato quale limite invalicabile all'intervento normativo discrezionale del legislatore.

La scelta operata da quest'ultimo, in particolare quella di sopprimere la riserva che consentiva di assumere insegnanti di sostegno a tempo determinato, non trova alcuna giustificazione nel nostro ordinamento, posto che detta riserva costituisce uno degli strumenti attraverso i quali è reso effettivo il diritto fondamentale all'istruzione del disabile grave.

La *ratio* della norma, che prevede la possibilità di stabilire ore aggiuntive di sostegno, è, infatti, quella di apprestare una specifica forma di tutela ai disabili che si trovino in condizione di particolare gravità; si tratta dunque di un intervento mirato, che trova applicazione una volta esperite tutte le possibilità previste dalla normativa vigente e che, giova precisare, non si estende a tutti i disabili a prescindere dal grado di disabilità, bensì tiene in debita considerazione la specifica tipologia di handicap da cui è affetta la persona *de qua*.

Alla stregua delle considerazioni che precedono, le disposizioni impugnate si appalesano irragionevoli e sono, pertanto, illegittime nella parte in cui, stabilendo un limite massimo invalicabile relativamente al numero delle ore di insegnamento di sostegno, comportano automaticamente l'impossibilità di avvalersi, in deroga al rapporto tra studenti e docenti stabilito dalla normativa statale, di insegnanti specializzati che assicurino al disabile grave il miglioramento della sua situazione nell'ambito sociale e scolastico".

OSSERVATORIO DI DIRITTO COMUNITARIO

LA COMUNITARIZZAZIONE DEL DIRITTO PROCESSUALE CIVILE INTERNAZIONALE E I SUOI RIFLESSI SULLA NOZIONE DI ORDINE PUBBLICO [1]

SOMMARIO: *1. Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile nello spazio giudiziario europeo. – 2. L'eccezione di ordine pubblico nel diritto comunitario. – 3. La giurisprudenza comunitaria e l'ordine pubblico processuale "europeo". – 4. Osservazioni conclusive*.

1. Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile nello spazio giudiziario europeo.

Nell'ambito dello spazio giudiziario europeo le decisioni in materia civile e commerciale pronunciate in uno Stato membro dell'Unione europea sono automaticamente riconosciute negli altri Stati membri, venendo così ad estendere la propria operatività oltre i confini dell'ordinamento d'origine, "senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento". Questo principio del riconoscimento automatico, già affermato dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale e il riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale [2], è stato mantenuto e, anzi, ne è stata ampliata la portata, a seguito dell'emanazione di alcuni regolamenti comunitari, contenenti regole uniformi sulla procedura civile internazionale, primo fra tutti il Rego-

---

[1] Il presente scritto contiene il testo della relazione tenuta dall'autrice al Convegno organizzato dalla Corte d'Appello di Perugia il 29 ottobre 2009 presso la sede della Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia, per celebrare la "Giornata europea della Giustizia civile".

[2] Vedi art. 27. La Convenzione fatta a Bruxelles il 27 settembre 1968 ha subito negli anni varie modificazioni e integrazioni a seguito dell'adesione di sempre nuovi Stati membri; il testo da ultimo aggiornato a seguito dell'adesione di Austria, Finlandia e Svezia, è pubblicato in *Gazz. Uff. Com. eur*. n. C. 27 del 26 gennaio 1998.

lamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 sulla stessa materia [3], che ha ripreso i contenuti della Convenzione di Bruxelles "comunitarizzandola" [4].

Questo regolamento, comunemente denominato Regolamento "Bruxelles I", riproduce in buona parte inalterate le disposizioni della Convenzione omonima, apportandovi ulteriori semplificazioni alla procedura per l'ottenimento dell'*exequatur*. Inoltre, esso riduce ancora di più, rispetto alla Convenzione, la portata delle condizioni limitative della circolazione delle decisioni civili negli altri Stati membri dell'UE [5]. Rimane tuttavia l'eccezione rappresentata dalla contrarietà all'ordine pubblico. Infatti l'art. 34 Reg. 44/2001 dispone espressamente che "le decisioni non sono riconosciute: 1) se il riconoscimento è *manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto*".

Questa norma rappresenta una clausola di chiusura per consentire allo Stato richiesto del riconoscimento di far prevalere, anche in uno spazio integrato che impone di mantenere relazioni fra Stati ispirate alla reciproca fiducia, alcuni limitati principi di fondamentale importanza del proprio ordinamento interno, derogando al meccanismo del riconoscimento automatico, quando questo determina l'ingresso nell'ordinamento del foro di valori in contrasto con i suoi principi fondamentali [6].

Si noti che nella proposta di regolamento predisposta dalla Commissione europea era escluso qualsiasi riferimento all'ordine pubblico, si sosteneva infatti che evocarlo fosse "incongruo tenuto conto del processo di integrazione europea" [7]. Al contrario, nel testo definitivo del Reg. 44/2001 il riferimento è rimasto. L'unica differenza rispetto alla corrispondente disposizione della Convenzione di Bruxelles (art. 27) riguarda l'aggiunta dell'avverbio "manifestamente" che "richiama ed evidenzia la gravità e la serietà della contrarietà all'ordine pubblico" [8].

---

[3] Il Regolamento n. 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale , il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale è pubblicato in *Gazz. Uff. Com. eur.* n. L. 12 del 16 gennaio 2001.

[4] Sulla c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato e processuale avvenuta grazie all'inserimento nel trattato istitutivo della CE di nuove competenze in tema di cooperazione giudiziaria in materia civile nel titolo IV, si veda De Cesari, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario. Atti in vigore e in formazione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Padova, 2005, 8 ss.

[5] Salerno, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) 44/2001 (La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, Padova, 2003, in particolare 247 e s.

[6] Biagioni, *L'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordine pubblico processuale nel sistema della Convenzione di Bruxelles*, in *Riv. dir. int.*, 2001, 723 ss., 726.

[7] COM (97) 609 Def. 13 par. 20.

[8] De Cesari, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario*, cit., 95.

Con quest'aggiunta è stato recepito l'orientamento della Corte di giustizia dell'Unione Europea che, adita per interpretare l'omologa norma della Convenzione di Bruxelles, suggeriva che di tale clausola si dovesse fare un uso limitato, solo in casi eccezionali [(9)]. Infatti il requisito dell'eccezionalità dell'intervento del limite dell'ordine pubblico veniva affermato già nella relazione di accompagnamento alla Convenzione di Bruxelles del 1968 [(10)].

Gli sviluppi recenti della codificazione del diritto comunitario e l'atteggiamento della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo indicano chiaramente che questa clausola è ancora necessaria nell'ambito della disciplina europea di diritto uniforme sul riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale. Infatti, l'eccezione di ordine pubblico, oltre che nel citato Reg. 44/2001, è stata inserita pure nel Reg. 2201/2003 [(11)], relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale [(12)].

Scopo di questo intervento è delimitare i contorni di questa nozione alla luce della giurisprudenza interpretativa della Corte di Giustizia, per verificare se l'ordine pubblico abbia assunto dei connotati e un ruolo diversi nello spazio giudiziario europeo e per chiarire l'equivoco in cui molte volte è incorsa la giurisprudenza interna, sia di merito che di legittimità, mostrando di confondere le due nozioni di ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale. Ora, a queste due categorie sembra aggiungersene una terza rappresentata da quello che è stato definito come ordine pubblico comunitario o europeo[(13)], i

---

[(9)] Corte di Giustizia, caso *Hoffmann c. Krieg,* decisione del 4 febbraio 1988, C-145/86, punto 21 (in *Raccolta* 645 e pubblicata anche in *Riv. dir. int. priv. e proc.,* 1989, 432), ove la Corte precisa che "il ricorso alla clausola di ordine pubblico deve applicarsi solo in casi eccezionali".

[(10)] *Relazione Schlosser alla Convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, pubblicata in *Gazz. Uff. Com. eur.* C. 59 del 5 marzo 1979, 44.

[(11)] Il Reg. 2201/2003, che ha abrogato il precedente Reg. 1347/2000 sulla stessa materia, è pubblicato in *Gazz. Uff. Un. Eur.* L. 338 del 23 dicembre 2003.

[(12)] Vedi artt. 22, lett. a) e 23, lett. a) del Reg. 2201/2003. L'Art. 23 Reg. 2201/2003 dispone che: "Le decisioni non sono riconosciute: a) se, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato richiesto".

[(13)] Per la ricostruzione di tale concetto vedi Nascimbene, *Riconoscimento di sentenza straniera e ordine pubblico "europeo"*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.,* 2002, 658 ss., 659; Basedow, *Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence,* in *Mélanges P. Lagarde,* Paris, 2005, 55 ss.; Romano G. P., *Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel Regolamento "Bruxelles I"*, in Bonomi (a

cui contorni sono stati descritti dall'opera interpretativa della stessa Corte comunitaria.

2. L'eccezione di ordine pubblico nel diritto comunitario.

La formula dell'art. 34, par. 1 del Reg. 44/2001 riferendosi, così come faceva l'art. 27 della "vecchia" Convenzione di Bruxelles, all' "ordine pubblico dello Stato richiesto" (del riconoscimento), non specifica di che "tipo" di ordine pubblico si tratta.

Chiariamo subito che, nel caso del riconoscimento delle sentenze straniere, così come nel caso di richiamo di leggi straniere in virtù dell'operare delle regole di conflitto, il limite è sempre quello dell'ordine pubblico *internazionale*, laddove l'aggettivo "internazionale" sta a precisare che si tratta di un concetto il quale riguarda il funzionamento delle norme di diritto *internazionale* privato [(14)]. La funzione dell'ordine pubblico internazionale è, com'è noto, quella di costituire una clausola di salvaguardia della coerenza interna di ogni ordinamento giuridico. Esso va perciò tenuto nettamente distinto dal c.d. ordine pubblico *interno*, che denota l'impossibilità che determinate norme materiali siano derogate per effetto della volontà privata [(15)].

Ora, parlare di "ordine pubblico dello Stato membro richiesto" in un atto di diritto comunitario derivato che mira a favorire la circolazione dei giudicati in vista della progressiva istituzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, come specificato dall'art. 61 del Trattato CE (ora sostituito con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona dall'art. 67, comma 1 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea), sembrerebbe presupporre che ogni Stato è libero di determinare i contorni di tale nozione autonomamente, sulla scorta dei principi fondamentali del proprio ordinamento giuridico [(16)]. Invero, questa concezione, suggerita dall'interpretazione letterale della norma e dalla definizione classica dell'ordine pubblico internazionale, mal si concilia con la *ratio* della disciplina comunitaria sull'armonizzazione delle norme processuali in materia civile e commerciale, e tanto meno con le aspettative di un siste-

---

cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino 2009, 149 ss., 162.

(14) Morelli, *Elementi di diritto internazionale privato italiano,* Napoli, 1986, 84; Ago, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1935, 326.

(15) Sulla distinzione tra le due nozioni di ordine pubblico vedi Badiali, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano 1962, in particolare 164 s.

(16) Recita il comma 1 del nuovo art. 67 TFUE (*ex* art. 61 TCE): "L'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri".

ma omogeneo per il riconoscimento, che mira a favorire il più possibile la libera circolazione dei giudicati e dunque dei valori giuridici ivi contenuti in tutto lo spazio giudiziario europeo, per quanto necessario al "corretto funzionamento del mercato interno", come specificato dall'art. 65 TCE (ora sostituito con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona dall'art. 81 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea).

Nel clima di reciproca fiducia del processo di integrazione europea, si ritiene comunemente che gli Stati membri condividano i principi di una comune civiltà giuridica. Ma è davvero sempre così?

3. La giurisprudenza comunitaria e l'ordine pubblico processuale "europeo".

A tutti è nota la forza pervasiva del diritto comunitario, grazie soprattutto all'opera interpretativa della Corte di giustizia [17]. In materia di riconoscimento, la Corte ha rilevato in più occasioni che l'*exequatur* delle decisioni straniere può essere negato per motivi di ordine pubblico se siano state violate regole di diritto di importanza essenziale e se la violazione sia grave e manifesta e contrasti in modo inaccettabile con l'ordinamento giuridico dello Stato richiesto.

Fondamentale al riguardo è la pronuncia resa il 28 marzo 2000 sul caso *Krombach* [18]. La questione sottoposta alla Corte di Lussemburgo, su rinvio pregiudiziale del *Bundesgerichtshof* tedesco [19], riguardava una controversia tra il dott. Krombach, residente in Germania, ed il sig. Bamberski, residente in Francia, a proposito dell'esecuzione in Germania di una sentenza pronunciata dalla Corte d'assise di Parigi nel 1995, che condannava il Krombach a versare al Bamberski, costituitosi parte civile nel processo francese per omicidio, la somma di 350.000 franchi. Questi i fatti: Krombach è un medico che aveva praticato un'iniezione ad una ragazza francese, figlia di Bamberski, la quale viveva con lui in Germa-

---

[17] Com'è noto, alla Corte di Giustizia è affidata la funzione di interpretare in maniera autentica e vincolante il diritto comunitario attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale (art. 234 TCE). Le pronunce della Corte hanno un'importante funzione come garanzia dell'unità del sistema e hanno contribuito alla corretta e uniforme applicazione del diritto comunitario negli ordinamenti interni. Attraverso questa sua funzione la Corte ha elaborato una serie di principi che sono entrati a far parte dell'ordinamento comunitario, determinandone lo sviluppo.

[18] Corte di giustizia, caso *Dieter Krombach c. André Bamberski*, 28 marzo 2000, C-7/98, in *Riv. dir. int. priv. e proc.,* 2000, 803 ss.

[19] La competenza interpretativa della Corte di Lussemburgo in tal caso è esercitata in virtù del Protocollo firmato a Lussemburgo il 3 giugno 1971, relativo all'interpretazione da parte della Corte della Convenzione di Bruxelles del 1968, divenuto parte integrante del sistema normativo della convenzione medesima.

nia. A seguito della morte della ragazza, le autorità tedesche avevano avviato un procedimento conclusosi con un non luogo a procedere nei confronti di Krombach. Allora il padre della ragazza morta si era rivolto alla magistratura francese, dando l'avvio ad un nuovo procedimento penale contro Krombach, nell'ambito del quale era stata ordinata la comparizione personale dell'imputato. Non comparso, la Corte d'assise di Parigi aveva applicato la procedura in contumacia prevista dalla legge francese, che esclude che l'avvocato difensore possa patrocinare l'imputato non comparso personalmente. Il processo si era concluso con una condanna penale e una condanna al risarcimento del danno. Di quest'ultima il padre della vittima chiedeva l'esecuzione in Germania, in applicazione della Convenzione di Bruxelles del '68 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in vigore per entrambi i Paesi. In sede di riconoscimento, Krombach si opponeva, invocando (oltre al mancato rispetto delle norme sulla competenza giurisdizionale della Convenzione) la violazione del diritto fondamentale alla difesa dell'imputato, data la sua impossibilità di farsi difendere da un avvocato durante il processo.

Il giudice del riconoscimento, dovendo valutare se vi fosse effettivamente una violazione di un principio di ordine pubblico dello Stato richiesto, propose un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, affinché questa rispondesse, tra gli altri, al seguente quesito: "*se il giudice dello Stato richiesto nell'ambito dell'ordine pubblico ai sensi dell'art 27,1 Convenzione di Bruxelles possa tener conto del fatto che il giudice dello Stato d'origine ha negato al debitore la possibilità di farsi difendere da un avvocato nell'azione civile nell'ambito del procedimento penale (...) in quanto il convenuto, residente in un altro Stato contraente, è imputato di un reato doloso e non è comparso in giudizio personalmente*" [(20)].

La Corte comunitaria, dopo aver ribadito l'eccezionalità dell'applicabilità del limite dell'ordine pubblico [(21)], ha osservato che: "*sebbene non spetti alla Corte definire il contenuto dell'ordine pubblico di uno Stato contraente, essa è pero tenuta a controllare i limiti entro cui il giudice di uno Stato contraente può ricorrere a tale nozione per non riconoscere una sentenza emanata da un giudice di un altro Stato contraente*" [(22)]. Inoltre, pur ammettendo che la clausola di ordine pubblico è di carattere eccezionale e che gli Stati restano "*liberi di determinare (…) conformemente alle loro concezioni nazionali, le esigenze del loro ordine pubblico*" [(23)], ha precisato che spetta alla Corte medesima stabilire i confini della nozione

---

[(20)] Caso *Krombak* cit., quesito n. 2, par. 17.
[(21)] Caso *Krombak* cit., par. 21.
[(22)] Caso *Krombak* cit., par. 23.
[(23)] Caso *Krombak* cit., par. 22.

e controllare il rispetto dei limiti entro i quali il giudice di uno Stato membro può ricorrervi, al fine di decidere di non riconoscere una decisione emessa dal giudice di un altro Stato membro, e ciò nell'esercizio della specifica funzione ad essa stessa assegnata, di interprete autentico delle norme del diritto comunitario e di quelle ad esso connesse [24]. Infine, ha ritenuto che nel caso di specie si fosse verificata una violazione di un diritto fondamentale riconosciuto come tale nell'ordinamento comunitario: il diritto all'equo processo sotto il particolare aspetto del diritto ad essere difesi nel corso del procedimento [25].

Si noti che la Corte di Lussemburgo nell'affermare il carattere essenziale del diritto alla difesa come componente del "giusto processo" ha incentrato l'*iter* argomentativo *prima* sul diritto comunitario, al cui interno ha rinvenuto, richiamandosi a sue precedenti pronunce, il fondamento di alcuni principi e tra questi "*il principio generale in forza del quale ogni persona ha diritto a un processo equo che si ispira ai diritti fondamentali*" [26], e solo *dopo* ha fatto riferimento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e ha citato la giurisprudenza della Corte di Strasburgo [27], per arrivare ad affermare che: *"da tale giurisprudenza risulta che il giudice nazionale di uno Stato contraente ha il diritto di ritenere che il rifiuto di sentire la difesa di un imputato assente nel dibattimento costituisca una violazione manifesta di un diritto fondamentale*" [28].

La pronuncia del caso sopra commentato non è rimasta isolata [29]. Questa giurisprudenza ormai consolidata della Corte di giustizia, recepita nel testo del Trattato UE, impone il rispetto dei diritti fondamentali della persona, quali sono garantiti dalla CEDU [30]. Così il diritto ad un equo processo è principio di ordine pubblico nel diritto comunitario.

---

[24] Come già ricordato, nel caso di specie si trattava della Convenzione di Bruxelles e non di un atto comunitario in senso stretto come il regolamento; la Convenzione è stata elaborata in base al vecchio art. 293 TCE e la Corte ha la competenza esclusiva a fornirne l'interpretazione autentica in virtù del Protocollo di Lussemburgo (vedi *supra*, nt. 19). Invece la competenza interpretativa per gli atti adottati *ex* titolo IV si basa sull'art. 68 TCE.

[25] Caso *Kromback* cit., par. 24-26. In argomento, Nascimbene, *Riconoscimento di sentenza straniera e ordine pubblico "europeo"*, cit., p. 658 ss.

[26] Si vedano i par. 26 e 42 della sentenza *Krombach*, cit.

[27] Caso *Krombak* cit., punto 39. Vedi anche la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Krombach c. Francia,* in *Riv int. diritti dell'uomo*, 2001, 589, il par. 89 della sentenza.

[28] Caso *Krombak* cit., punto 40.

[29] Biagioni, *L'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordine pubblico processuale,* cit., 723 ss.

[30] Si veda ora l'art. 6, comma 2 del Nuovo Trattato sull'U.E.

Il diritto all'equo processo è, com'è noto, sancito solennemente dall'art. 6 della CEDU, che a sua volta è stata richiamata dall'art. 6 del Trattato di Maastricht; tale diritto inoltre è ora solennemente ribadito nell'art 47, comma 2 della Carta di Nizza, entrata formalmente in vigore insieme al Trattato di Lisbona il 10 dicembre 2009. Poniamo l'accento sul fatto che la Carta all'art. 52, par. 3, afferma che: *"Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione"* e che comunque tale disposizione "*non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa"* [31].

4. Osservazioni conclusive.

La Corte di giustizia nel caso *Krombach* ha rilevato che il principio di ordine pubblico violato può attenere tanto alla sostanza del rapporto giuridico dichiarato esistente dalla decisione, quanto al processo da cui questa è scaturita. Inoltre, la contrarietà ad esso deve essere di una certa gravità e detta gravità deve misurarsi a partire dagli *effetti* dell'attribuzione di efficacia della decisione e non dalla decisione in sé. Possiamo pertanto parlare di un "ordine pubblico europeo", i cui contorni sono stati definiti progressivamente dalla stessa giurisprudenza comunitaria. Questa ha evidenziato un ordine pubblico "sostanziale", comprendente anche il c.d. ordine pubblico economico, e un ordine pubblico "processuale", identificato con i requisiti essenziali del giusto processo [32].

Più precisamente, la Corte ha riconosciuto l'esistenza di un concetto di ordine pubblico "economico" [33], indicando con tale espressione l'insieme dei principi fondamentali propri dell'ordinamento comunitario, legati alle quattro libertà fondamentali e al regime della concorrenza, che si aggiungono ai principi connessi alla tutela dei diritti dell'uomo, alla democrazia e allo stato di diritto, richiamati nell'art. 6 del (Nuovo) TUE [34].

---

[31] Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza da Parlamento Europeo, Consiglio e Commissione, il 7 dicembre 2000, pubblicata in *Gazz.Uff. Com. Eur.*, C 364 del 18 dicembre 2000.

[32] CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale,* Sesta ediz., Torino, 2009, 247 ss.

[33] Corte di giustizia, caso *Usines Renault* (*Régie nazionale des Usines Renault SA c. Maxicar SpA,* 11 maggio 2000 C-38/98 (in *Raccolta*, 2000 I, 2973 ss., in particolare par. 33 e par. 14), ove si delinea il c.d. ordine pubblico economico. Nel caso di specie il riferimento era ai principi comunitari sanciti negli artt. 30-36 del Trattato CE sulle limitazioni alla vendita e all'esportazione di merci e all'art. 86 sul divieto abuso posizione dominante.

[34] Corte di Giustizia, caso *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, 1 giugno 1999 causa C-126/97. Nel caso di specie si trattava di quello dell'art. 81 TCE sulla tutela della libera concorrenza all'interno del mercato comune.

Trova così conferma l'idea che anche l'ordinamento comunitario contiene una serie di principi ad esso peculiari, essenziali e inderogabili [35]. Così detti principi di diritto comunitario contribuiscono a formare quello che è stato definito come "ordine pubblico (internazionale) europeo" [36]. Ne deriva che, nell'ambito dell'istituto del riconoscimento delle decisioni, il concetto di ordine pubblico "assume un'estensione più lata rispetto alla corrispondente clausola di diritto internazionale privato, poiché comprensivo anche dell'ordine pubblico processuale" [37]. La nozione di ordine pubblico europeo o "comunitario" – riconducibile a norme del trattato e a principi generali di diritto deducibili dall'ordinamento UE - è direttamente rilevante negli ordinamenti degli Stati membri e pertanto può essere invocata dal giudice di ogni Stato membro a difesa del sistema e delle parti contro le violazioni palesi del diritto alla difesa [38].

In realtà, questo effetto di difesa del sistema e delle parti interessate contro le violazioni palesi si produce più per la capacità permeante del diritto comunitario che viene a formare un unico sistema integrato col diritto nazionale, che per la forte contiguità socio-culturale presente tra gli ordinamenti dei vari Stati membri. A questo riguardo le divergenze sono tuttora visibili, basti pensare alla disciplina dei rapporti di lavoro subordinato o, nell'ambito del diritto di famiglia, a quella della disciplina del matrimonio tra persone dello stesso sesso, della procreazione assistita o della maternità surrogata. Quest'ultima materia in particolare presenta problemi di evidente attualità, tuttavia i provvedimenti resi in altri Stati UE in merito esulano dall'ambito di applicabilità dei regolamenti comunitari sul riconoscimento delle decisioni attualmente in vigore, mentre rientrano sotto la disciplina comune sancita dagli artt. 64 ss. della legge n. 218 del 1995 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, che del pari contempla l'eccezione di ordine pubblico.

In conclusione, nell'ambito dello spazio giudiziario europeo, nonostante l'elevato grado di integrazione raggiunto, resiste ancora il limite dell'ordine pubblico, ma l'applicazione di tale limite deve avere carattere davvero eccezionale e deve operare sulla scorta del principio proporzionalità, nel senso che può precludere il dispiegarsi degli effetti della sentenza straniera nel foro solo ove ciò sia realmente e stretta-

---

[35] Biagioni, *L'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordine pubblico processuale nel sistema della Convenzione di Bruxelles*, cit., 730.

[36] Vedi *supra*, nt. 13.

[37] D'Alessandro, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007, 142.

[38] Nascimbene, *Riconoscimento di sentenza straniera e ordine pubblico "europeo",* cit., 664; Carbone, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale,* cit., 254 s.

mente necessario per salvaguardare esigenze meritevoli di tutela e di tipo imperativo nell'interesse della comunità nazionale [39]. Solo una violazione "manifesta" di un principio fondamentale dello Stato richiesto del riconoscimento può bloccare il riconoscimento degli effetti della decisione straniera.

ALESSANDRA LANCIOTTI

[39] Corte di giustizia, caso *Usines Renault* cit.. Per un approfondimento: SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere,* cit., 248; CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale,* cit., 249.

OSSERVATORIO CEDU

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, Sentenza del 9 dicembre 1994, López Ostra c. Spagna, *(Requête n. 16798/90).*

Gravi pregiudizi all'ambiente possono menomare il benessere di una persona e privarla del godimento del suo stesso domicilio, nuocendo, così, alla sua vita privata e familiare. L'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, garantendo all'individuo una sfera nella quale egli può perseguire liberamente lo sviluppo ed il completamento della sua personalità, garantisce anche il diritto alla protezione dell'ambiente. In base all'art. 8, le Pubbliche Autorità non devono solamente rispettare il diritto alla riservatezza della vita privata dell'individuo, ma anche proteggerlo (1).

(1) *Diritto alla protezione dell'ambiente, benessere della persona e godimento del suo domicilio.*

Il caso oggetto di approfondimento concerne un ricorso proposto dalla signora Gregoria López Ostra – residente, all'epoca dei fatti, a Lorca, comune situato nella comunità spagnola autonoma di Murcia – presentato dinanzi alla Commissione europea dei diritti dell'uomo il 14 maggio 1990, in forza dell'allora vigente art. 25 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Il ricorso è stato successivamente trasferito alla Corte, l'8 dicembre 1993.

La ricorrente lamenta la violazione del proprio diritto al rispetto del domicilio, che rendeva impossibile la sua vita privata e familiare, *ex* art. 8 della Convenzione. La causa erano odori, rumori e fumi inquinanti provenienti da una stazione di smaltimento di acque e di rifiuti situata a pochi metri dal suo domicilio e prodotti da alcune industrie vicine. La ricorrente reputava violato anche l'art. 3 CEDU ritenendosi destinataria di un trattamento degradante. La ricorrente imputava la responsabilità della situazione che la stessa e la propria famiglia erano costrette a vivere, alle autorità spagnole che a suo parere avrebbero mantenuto a riguardo un atteggiamento totalmente passivo.

La signora López Ostra afferma che, nonostante la cessazione parziale dell'attività della stazione di smaltimento di rifiuti fissata per il 9 settembre 1988, la suddetta struttura ha continuato ad emettere fumi, rumori ripetitivi e forti odori, che hanno reso insopportabile la sua vita familiare e provocato alla stessa e i suoi parenti seri problemi di salute.

Per contro, il Governo contesta la realtà e la gravità della situazione descritta.

Risulta dal fascicolo che la stazione di smaltimento oggetto di contestazione fu costruita nel luglio 1988 per risolvere un grave problema di inquinamento esistente a Lorca a causa della concentrazione di concerie. Dalla sua entrata in funzione però, questa provocò danni e disturbi di salute a numerosi abitanti.

Certo le Autorità spagnole e specialmente il Comune di Lorca, non erano inizialmente direttamente responsabili delle emissioni di cui si discute. Tuttavia, come segnalato dalla Commissione, la città permise l'installazione della stazione su dei terreni appartenenti al Comune e lo Stato concesse una sovvenzione per la costruzione.

Il Consiglio comunale di Lorca aveva provveduto con celerità a rialloggiare gratuitamente al centro città, e quindi a distanza rispetto all'impianto di smaltimento, durante i mesi di luglio, agosto e settembre 1988 gli abitanti lesi e a chiudere una delle attività della stazione a partire dal 9 settembre. Tuttavia, le Autorità municipali non potevano ignorare i problemi ambientali persistenti anche dopo la chiusura parziale. La permanenza dei suddetti problemi venne confermata il 19 gennaio 1989 dal Rapporto dell'Agenzia regionale per l'ambiente e la natura, successivamente ribadita da perizie effettuate negli anni successivi.

Pur potendo interpretare i fastidi che la ricorrente ed i suoi familiari erano stati costretti a sopportare a causa delle emissioni degli impianti come una violazione dell'art 8, comma 1, della Convenzione, ciò non era sufficiente per stabilire la responsabilità dello Stato convenuto. La Corte, infatti, si è interrogata se nel caso di specie possa ritenersi applicabile il secondo paragrafo della disposizione in esame che qualifica quali ingerenze della pubblica Autorità siano possibili nell'esercizio del diritto per garantire, in una società democratica, "… la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del Paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti o delle libertà altrui".

L'elevata concentrazione industriale nella città di Lorca e la soluzione dei gravi problemi di inquinamento ai quali lo stesso impianto doveva far fronte, potevano giustificare le ingerenze nella vita privata degli abitanti del quartiere circostante. Il ragionamento della Corte nella risoluzione della questione evidenzia che, in base all'art. 8, le Pubbliche Autorità

non dovevano solamente rispettare il diritto alla riservatezza della vita privata dell'individuo, ma anche proteggerlo.

Seguendo la sua costante giurisprudenza [1], la Corte ritiene che nel caso di specie è sufficiente comprendere se – supponendo che il Comune abbia adempiuto agli incarichi ad esso derivanti dal diritto interno – le Autorità nazionali abbiano adottato le misure necessarie per proteggere tanto il diritto della ricorrente al rispetto del suo domicilio quanto il diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, garantiti dall'art. 8 [2].

A parere della Corte, sia che si interpreti la questione sotto il profilo di un'obbligazione positiva dello Stato — adottare misure ragionevoli e adeguate per proteggere i diritti dell'individuo in virtù del par. 1 dell'art. 8 – sia sotto quello di un'ingerenza di un'autorità pubblica da giustificare secondo il par. 2 del medesimo articolo, i principi applicabili sono molto simili. In entrambi i casi è necessario aver riguardo al giusto equilibrio da conseguire tra i concorrenti interessi dell'individuo e della società nel suo insieme. Lo Stato gode in ogni ipotesi di un certo margine di discrezionalità. Inoltre, al pari delle obbligazioni positive derivanti dal par. 1, gli obiettivi enumerati al par. 2 possono giocare un ruolo significativo nella ricerca dell'equilibrio voluto [3].

Ritengono, inoltre, i Giudici di Strasburgo che non solo le autorità pubbliche non hanno adottato – successivamente alla decisione del 9 settembre 1988 di chiusura parziale dell'attività dell'impianto – alcuna altra misura rilevante al fine di proteggere l'individuo, ma hanno altresì impugnato le decisioni giudiziarie che, adottate in altri procedimenti amministrativi e penali, potevano andare in tale direzione.

Nonostante che il Governo rammenti che le Autorità municipali avevano assunto le spese di locazione di un appartamento al centro di Lorca nel quale la ricorrente e la sua famiglia si erano trasferiti per un periodo limitato di tempo, la Corte ritiene che tale comportamento del Comune non poteva cancellare completamente i disturbi e gli inconvenienti arrecati agli interessati. Questi ultimi, infatti, hanno dovuto subire per più di tre anni i disturbi causati dalla stazione, prima di trasferirsi al centro della città, con gli inconvenienti che ciò ha comportato.

---

[1] Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 gennaio 2009, *Tatar c. Romania,* in *Racc., Serie A; Id*, *Friedl/Austria*, del 31 maggio 1995, in *Racc., Serie A*, n. 305, § 45; Commissione Europea dei diritti dell'uomo, *Guerra ed altre/Italia*, decisione sulla rilevanza del 29 giugno 1996, richiesta n. 14967/1989, in *http://cmiskp.echr.coe.int/*.

[2] Si veda, tra le altre, la decisione Corte europea dei diritti dell'uomo*, X e Y c. Pays-Bas* del 26 marzo 1985, serie A n° 91, 11, par. 23.

[3] *Rees c. Royaume-Uni* del 17 ottobre 1986, serie A n° 106, 15, par. 37, nonché *Powell e Rayner c. Royaume-Uni* del 21 febbraio 1990, serie A n° 172, 18, par. 41.

Se la qualità della vita dipende anche dalla qualità dell'ambiente, un esercizio pieno ed effettivo dei diritti che tutelano il benessere di ciascun individuo e della collettività in generale, deve includere indirettamente anche l'esercizio del c.d. "diritto all'ambiente", inteso come garanzia di un giusto equilibrio tra i diritti individuali e le esigenze della società, piuttosto che come semplice diritto all'integrità ambientale.

L'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, garantendo all'individuo una sfera nella quale egli può perseguire liberamente lo sviluppo ed il completamento della sua personalità, ha finito per ricomprendervi anche il diritto alla protezione dell'ambiente[4].

Si afferma nel lontano caso *Friedl* che "sarebbe troppo restrittivo limitare la nozione di vita privata ad una cerchia intima nella quale ciascuno può condurre la sua vita personale come crede ed escluderne completamente il mondo esterno" [5].

Si deduce, quindi, che i Giudici di Strasburgo nell'ambito del caleidoscopio dei numerosi e differenti diritti fondamentali ricompresi nell'alveo dell'art. 8 CEDU, hanno offerto tutela ad un importante ed attuale situazione giuridica: il diritto ad un ambiente che rispetti determinate condizioni di vita e di igiene.

Gravi pregiudizi all'ambiente possono, infatti, menomare il benessere di una persona e privarla del godimento del suo stesso domicilio, nuocendo, così, alla sua vita privata e familiare.

L'ambiente è l'oggetto mediato di tutela. Questo viene preso in considerazione in quanto strumento per assicurare il rispetto dei diritti del singolo. Miglior qualità dell'ambiente significa miglior godimento del diritto al rispetto della propria vita privata.

Il riferimento all'art. 8 cit., piuttosto che alla violazione del diritto alla vita di cui all'art. 2 CEDU, garantisce la possibilità di rendere realizzabili interventi sullo stato dell'ambiente prima che questo versi in una condizione di degenerazione tale da mettere in pericolo la salute e la vita dell'individuo.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, in forza dell'interpretazione evolutiva della Convenzione, inquadra in questi termini la problematica della tutela della persona dai rischi provocati dall'inquinamento,

---

[4] Colacino, *La tutela dell'ambiente nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: alcuni elementi della giurisprudenza*, in *Diritto e gestione dell'ambiente*, n. 2, 2001; De Salvia, *Ambiente e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. diritti dell'uomo*, n. 2,1997; Costa, I*l ragionamento giuridico della Corte europea dei diritti dell'uomo, ivi,* 2, 2000.

[5] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Friedl/Austria*, del 31 maggio 1995, in *Racc., Serie A*, n. 305, § 45.

individuando nell'art. 8 della Convenzione la norma adatta per conferire rilevanza al diritto di cui trattasi e facendo assurgere l'ambiente come un vero e proprio «valore» della società, che richiede interventi positivi da parte dello Stato per la sua protezione.

In conclusione può osservarsi anche che interpretare la questione ambientale come una violazione dell'art. 8 della Convenzione, piuttosto che sotto il profilo dell'art. 2 (diritto alla vita) o dell'art. 3 (diritto all'integrità fisica), permette di prendere in considerazione fattispecie di inquinamento di entità minore di quelle che potrebbero mettere in pericolo la salute dell'individuo e la sua integrità fisica [6].

Quello che è certo è che l'operazione condotta dalla Corte conferma la tendenza di fare del diritto all'ambiente un diritto implicito ad altri diritti fondamentali. Proteggere l'ambiente significa garantire altri diritti della persona: il diritto alla salute, innanzi tutto, ma non solo. Specularmente, quindi, implementando il contenuto di questi diritti si possono raggiungere anche obiettivi di tutela ambientale [7].

VALENTINA COLCELLI

---

[6] In tal senso, Commissione Europea dei diritti dell'uomo, decisione sulla rilevanza del 29 giugno 1996, ricorso n. 14967/1989, *Guerra ed altre/Italia:* il ricorso veniva introdotto facendo riferimento alla violazione dell'art. 2, ma la Commissione, pur statuendo sulla non ricevibilità per mancato esaurimento delle vie di ricorso interne, ha comunque precisato che: " *(...) la question pourrait se poser de savoir si plutôt que sous l'angle de l'art. 2, la situation dénoncée par les requérantes ne devrait pas être examinée sous l'angle de l'art. 8 de la Convention qui garantit, entre autre, le droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiare*".

[7] Cass., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro it.*, 1979, I, 2302, per cui la tutela della salubrità dell'ambiente trovava fondamento anche nella necessità di tutelare la vita associata dell'uomo; nonché Cass., n. 421 del 1983, sul fatto che "*la Costituzione consente di ravvisare nell'ambiente un diritto fondamentale con un suo contenuto necessario di informazione, partecipazione e azione per ogni persona; l'ambiente è sede della partecipazione (artt. 2, 3 e 5), ossia il luogo, l'occasione, lo strumento per l'esercizio dei diritti, ma anche dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale".* ALPA, *Il diritto soggettivo all'ambiente salubre: "nuovo diritto" o espediente tecnico?*, in Grassi-Cecchetti-Andronio (a cura di), *Ambiente e diritto,* Firenze, 1999, 43.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, Grande Camera, Sentenza dell'11 luglio 2002, C. Goodwin c. Regno Unito, *(Requêtes n. 28957/95).*

Lo stress e l'alienazione che deriva dalla discordanza tra la posizione assunta nella società da colui che ha subito una operazione per il cambio del sesso e lo status *imposto dalla legge che rifiuta di riconoscere il cambio di sesso non può essere considerato una inconvenienza minore che deriva da un atto di mera formalità. In particolare, la protezione è data alla sfera personale di ciascuno individuo, incluso il diritto per stabilire dettagli della loro identità come esseri umani ed individuali che ricade sotto la protezione dell'articolo 8 della Convenzione CEDU. La mancanza di una legge che non permetta di raccordare il precedente* status *al cambio di sesso effettuato costitusce una violazione del richiamato articolo convenzionale* (1)

(1) *Il riconoscimento giuridico dell'avvenuto cambiamento di sesso e l'autoderminazione come diritto fondamentale.*

La ricorrente del caso in esame è una cittadina britannica transessuale nata nel 1937, che nel 1990 subisce un'operazione chirurgica per passare dal sesso maschile a quello femminile. Ella - in ragione della situazione giuridica dei transessuali nello Stato di appartenenza ed in particolare delle presunte discriminazioni di cui sarebbero vittime nei settori dell'impiego, della sicurezza sociale, delle pensioni e del matrimonio - promuove un ricorso contro il Regno Unito, lamentando la violazione degli artt. 8, 12, 13 e 14 della Convenzione.

La signora Goodwin ritiene che il mancato riconoscimento sotto il profilo giuridico da parte dello Stato della sua nuova identità sessuale, sia fonte di numerose situazioni discriminatorie ed umilianti nella vita quotidiana. Nel ricorso si fa riferimento al mancato ottenimento di una promozione, verificatosi presumibilmente perché il datore di lavoro era consapevole del cambiamento di sesso della signora Goodwin; ed ancora, si riporta come situazione discriminatoria l'impossibilità per la

ricorrente di godere del beneficio di accedere alla pensione dello Stato all'età di 60 anni, riconosciuto alle donne britanniche sulla base di un criterio puramente biologico di determinazione del sesso. Infine, si fa riferimento alla mancata attribuzione, da parte del Ministero degli Affari sociali di un nuovo numero di assicurazione nazionale, da fornire al proprio nuovo datore di lavoro, in considerazione del cambiamento del sesso. Per la registrazione all'assicurazione nazionale è necessario, infatti, il certificato di nascita, nel quale la definizione del sesso si basa esclusivamente su criteri biologici. Per la legge britannica (*Births and Deaths Registration Act* 1953) l'atto di nascita è immodificabile.

La ricorrente rappresenta nelle sue argomentazioni come – contrariamente all'interpretazione data al fenomeno dall'ordinamento giuridico britannico – la comprensione scientifica del transessualismo e l'atteggiamento della società al riguardo siano stati oggetto di una rapida evoluzione. Richiama, inoltre, alcune norme di altri Stati in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, tra le quali l'art. 29 del Codice civile olandese, l'art. 6 della legge italiana n. 164 del 14 aprile 1982 e l'art. 29 del Codice civile turco, che autorizzano le modifiche dello stato civile. Segnala, ancora, che in Nuova Zelanda in forza di una legge del 1995 (parte V, art. 28), i tribunali possono, dopo l'esame di prove mediche e altre prove, ordinare il riconoscimento giuridico della nuova identità sessuale di una persona transessuale. La ricorrente non vede alcuna ragione convincente per non adottare una procedura analoga nel Regno Unito, ricorrendo in questo senso una palese violazione della Convenzione.

Il Governo britannico afferma, al contrario, che l'assenza nel Regno Unito di un riconoscimento giuridico della nuova identità sessuale della ricorrente non comporti alcuna violazione dell'art. 8 della Convenzione. Il transessualismo, infatti, non sarebbe oggetto di un approccio uniforme all'interno degli Stati contraenti proprio nel rispetto del margine di discrezionalità di cui godono questi ultimi verso la Convenzione.

La Corte di Strasburgo si è trovata a valutare, quindi, se dal mancato riconoscimento sotto il profilo giuridico della conversione sessuale della ricorrente sia derivata una violazione del suo diritto al rispetto della vita privata, così come garantito dall'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [(1)].

[(1)] Corte europea dei diritti dell'uomo*, Rees c Royaume-Uni*, 17 ottobre 1986, serie A n° 106, 18-19, § 47, in *Recueil des arrêts et décisions*; *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 settembre 1990, serie A n° 184, 17, § 42, *ivi; Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 luglio 1998, 2029, § 60, *ivi*. **Sono casi analoghi Corte europea dei diritti dell'uomo***,* Corte europea dei diritti dell'uomo *Grant c. Regno Unito,* 23 maggio 2006, ricorso n. 32570/03, in *http://cmiskp.echr.coe.int/; Pretty c. Regno Unito*, 29 aprile 2002, in

In più occasioni la Corte ha affermato come la nozione di «rispetto», sancita dall'art. 8, manchi di chiarezza, soprattutto per ciò che concerne eventuali obbligazioni positive dello Stato. Per determinare, quindi, se esiste una obbligazione positiva da parte di uno Stato è necessario tenere in considerazione il giusto equilibrio tra l'interesse generale e gli interessi dell'individuo [(2)]. La Corte, inoltre, nel rispetto delle proprie funzioni e delle finalità della Convenzione, deve tenere di volta in volta in considerazione l'evoluzione di una singola situazione nello Stato convenuto e negli Stati contraenti in generale. Se la Corte, infatti, dovesse fallire non mantenendo - innanzi alla realtà sociale - un approccio dinamico ed evolutivo, un simile atteggiamento sarebbe di ostacolo ad ogni riforma o miglioramento. Soprattutto contribuirebbe a rendere le garanzie previste dalla Convenzione teoriche ed illusorie, anziché concrete ed effettive [(3)]. Già dalla fine degli anni '90 del secolo scorso la Corte si era dichiarata più volte cosciente della gravità dei problemi che incontrano i transessuali, sottolineando l'importanza di una riflessione costante ed adeguata su misure giuridiche in materia.

Analizzando la situazione della ricorrente come transessuale, la Corte rileva l'esistenza di una discordanza tra il ruolo adottato nella società da una persona transessuale operata e la condizione imposta dal diritto - che rifiuta di riconoscere il cambiamento sessuale. Tale distonia è fonte di *stress* ed alienazione della persona. Come tali, detti fattori non possono essere considerati una semplice conseguenza di secondaria importanza delle proprie scelte, derivanti da una mera formalità. La situazione genera un serio conflitto tra la realtà sociale ed il diritto che pone la persona transessuale in una situazione anomala, cagione di sentimenti di vulnerabilità, umiliazione ed ansia.

I Giudici di Strasburgo rilevano inoltre un comportamento idiosincratico dello Stato convenuto. Sembra, infatti, illogico che il medesimo Stato autorizzi il trattamento e l'intervento chirurgico per cambiare il sesso originario, riconosca così l'eventuale situazione dolorosa di una persona transessuale, finanzi tutta o parte l'operazione, consenta l'inseminazione artificiale di una donna che vive con un transessuale [(4)], ma nel contempo rifiuti di riconoscere le implicazioni giuridiche del risultato a cui conduce il trattamento chirurgico di cambiamento del sesso.

Giuda al dir., 2002, n. 21, 97; *Bensaid v. Regno Unito*, 6 febbraio 2001, in *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V.

(2) Corte europea dei diritti dell'uomo, *Cossey c. Royaume-Uni* del 27 settembre 1990, serie A n° 184, 15, § 37.

(3) Affermazione contenuta nel § 74 della sentenza in commento.

(4) Come dimostra il caso Corte europea dei diritti dell'uomo, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, del 22 aprile 1997, in *Recueil* 1997-II.

La Corte rileva, inoltre, che il carattere insoddisfacente della situazione e le difficoltà attuali dei transessuali nel Regno Unito sono state riconosciute non solo dai tribunali interni, ma anche dal gruppo di lavoro interministeriale istituito allo scopo di «esaminare, per ciò che concerne gli atti di nascita, la necessità di adottare delle misure giuridiche appropriate per risolvere i problemi che affliggono i transessuali, tenendo debitamente in considerazione l'evoluzione della scienza e della società, così come delle misure adottate, in materia, negli altri Paesi». Nel Rapporto conclusivo del gruppo di lavoro si legge che, nonostante l'adozione in alcuni settori importanti della società di misure atte ad aiutare i transessuali – quali ad esempio il divieto di discriminazione in materia di impiego di una persona per motivi legati alla sua transessualità, o la nuova politica di tutela in ambito penale che si propone di trattare i condannati, le vittime e i testimoni transessuali secondo il loro nuovo sesso – la comunità transessuale affronta quotidianamente dei problemi con i quali, normalmente, la maggioranza della popolazione non deve scontrarsi.

La Corte ha in ogni caso sottolineato l'assenza, nei Paesi membri del Consiglio d'Europa, di una procedura comune che disciplini le ripercussioni che il riconoscimento giuridico dei cambiamenti di sesso può avere negli altri ambiti del diritto – quali il matrimonio, la filiazione o la protezione della vita privata. La stessa ha riconosciuto che ciò non sia affatto sorprendente a causa della diversità dei sistemi e delle molteplici tradizioni giuridiche. Nel XXI secolo, in ogni caso, la facoltà per i transessuali di godere pienamente del diritto allo sviluppo personale - al fine di stabilire i dettagli della propria identità di esseri umani – ed il diritto all'integrità fisica e morale non dovranno essere considerati come una questione controversa. Essi rappresentano un aspetto dell'ampio concetto di autonomia personale sotteso alla nozione di vita privata tutelata dall'art. 8 della Convenzione.

A parere della Corte, inoltre, lo Stato convenuto non può più invocare sul punto l'esistenza di alcun margine di discrezionalità. Nessun importante fattore di interesse pubblico può invero entrare in concorrenza con l'interesse della ricorrente di ottenere il riconoscimento giuridico del suo cambiamento sessuale. Conclude affermando che la nozione di giusto equilibrio tra interessi contrapposti insita nella Convenzione fa ormai pendere la bilancia in favore della ricorrente, essendosi verificata una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata, garantito dall'art. 8, comma 1.

Deve, comunque registrarsi che, nel gennaio 2002, il Governo britannico ha presentato al Parlamento un documento che avvia la riforma degli atti di registrazione, realizzando un sistema "modificabile", in cui i

dati di una persona – il nome, ed eventualmente anche il sesso – possono essere rettificati. Il 1° luglio 2004 è stato, infatti adottato il *Gender Recognition Act*, entrato in vigore il 4 aprile 2005, che consente alle persone che abbiano già mutato sesso o che prevedano di farlo, di chiedere il rilascio di un "certificato di riconoscimento del genere", che accorda un riconoscimento quasi completo del loro mutamento di sesso.

L'approccio interpretativo dell'art. 8 CEDU ad opera della Corte di Strasburgo non si limita ad esaltare e tutelare la vita privata come sinonimo di intimità. I Giudici CEDU riconoscono alla vita privata anche un'altra dimensione quale massima espressione della libertà personale. Per questa via si garantiscono come fondamentali diritti – quale l'autodeterminazione – capaci di esaltare la persona umana ed il suo sviluppo. Il diritto di autodeterminarsi di un individuo, per la Corte passa anche attraverso il riconoscimento giuridico dell'avvenuto cambiamento del proprio sesso.

Il criterio attuale per determinare il sesso di una persona non può più essere unicamente quello biologico. La non concordanza dei fattori biologici di un transessuale operato non può costituire un sufficiente motivo per giustificare il rifiuto a riconoscere giuridicamente il cambiamento di sesso dell'interessato. Altri fattori devono essere tenuti in considerazione: il riconoscimento da parte della comunità medica e delle autorità sanitarie dello Stato contraente di una situazione clinica di turbamento dell'identità sessuale; l'offerta di trattamenti - ivi compresi gli interventi chirurgici - che permettano alla persona interessata di avvicinarsi, per quanto possibile, al sesso al quale sente di appartenere; e l'adozione da parte della stessa persona del ruolo sociale determinato del suo nuovo sesso.

Il diritto per i transessuali operati di vedere riconosciuta sotto il profilo giuridico la loro nuova identità viene "rafforzato" dai giudici di Strasburgo anche attraverso le valutazioni loro compiute in ordine alla presunta violazione dell'art. 12 della Convenzione [(5)]. Viene, infatti, osservato che mentre in passato il diritto di contrarre matrimonio, garantito dalla suddetta norma, era riferito al matrimonio tradizionale tra due persone di sesso biologico differente, oggi questo diritto debba essere interpretato in maniera differente. Il diritto di fondare una famiglia poi, secondo aspetto garantito dall'art. 12, non ha come precondizione quella della diversità biologica. L'incapacità per una coppia di concepire o di allevare un figlio non è, quindi, in se idonea a privare qualcuno del

---

[(5)] ZANCHINI, *Transessualità: da Strasburgo un'importante sentenza,* in *www.unionedirittiumani.it;* BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali,* Padova, 2001.

diritto di sposarsi, anche se uno dei due soggetti – transessuale operato – fosse stato originariamente dello stesso sesso dell'altro [6].

VALENTINA COLCELLI

[6] Nel diritto interno si veda **Corte Costituzionale, 23 maggio 1985, n. 161,** nella quale si afferma che nel transessuale "l'esigenza fondamentale da soddisfare è quella di far coincidere il soma con la psiche" e "il desiderio invincibile di ottenere il riconoscimento anche giuridico dell'appartenenza all'altro sesso vuole essere perseguito a costo di qualsiasi sacrificio".

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, Prima Sezione, Sentenza del 7 febbraio 2002, Mikulic c. Croatie, CEDH 2002-1, (*Requête n. 53176/99*).

L'art. 8 non protegge soltanto la «famiglia» ma anche la vita privata. La nozione di vita privata include l'integrità psico-fisica della persona che può compromettere aspetti della identità sociale e privata dell'individuo. Per tale ragione non si può interpretare la nozione di «vita privata» in termini restrittivi escludendo dalla stessa la relazione legale tra un ragazzo nato fuori dal matrimonio e il suo padre naturale. Il rispetto per la vita privata richiede che ognuno possa conoscere i dettagli della propria identità quale essere umano, costituendo un diritto individuale accedere all'informazioni sulle proprie origini per le implicazioni sulla formazione della personalità di ognuno (1).

(1) *La tutela della vita privata e familiare attraverso il diritto di conoscere le proprie origini.*

La ricorrente, Signora Montana Lorena Mikulić, minorenne croata di cinque anni, è nata il 25 novembre 1996 da una relazione non matrimoniale. Ella investe la Corte Europea dei diritti dell'uomo (Req. n. 53176/99) con un ricorso individuale (*ex* art. 34 CEDU), lamentando di essere vittima di una violazione da parte dello Stato croato dei diritti riconosciuti dalla Convenzione. In particolare, ella ritiene violato il suo diritto al rispetto della vita privata e familiare in ragione dell'eccessiva durata dell'azione giurisdizionale da lei e dalla madre intrapresa per ottenere il riconoscimento della paternità da parte del suo presunto padre biologico. L'azione in questione le avrebbe consentito di porre fine allo stato di incertezza sull'identità del proprio genitore e l'avrebbe portata in una fase più precoce della sua vita ad instaurare un legame familiare con il padre.

La ricorrente ritiene di non aver potuto accedere alle informazioni relative alle proprie origini genetiche e con queste soddisfare il diritto all'effettiva realizzazione della propria identità personale. Gli organi

giudiziari interni non avrebbero, infatti, proceduto con sollecitudine all'adozione di misure efficaci per costringere il presunto padre a sottoporsi ai numerosi esami ematologici (test del DNA) disposti dal giudice per provare l'esistenza del rapporto biologico di filiazione. Ella, tra l'altro, non aveva avuto alcuna possibilità di presentare un ricorso per accelerare in qualche modo il procedimento e soprattutto di ottenere la comparizione del presunto padre.

L'art. 8, comma 2, della Convenzione ha essenzialmente per oggetto la protezione dell'individuo contro le ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri, la norma però non si limita ad imporre allo Stato un obbligo di astensione da ogni attività che possa dirsi d'ingerenza. Secondo una consolidata giurisprudenza della Corte si affiancano a questo precetto negativo obbligazioni positive desumibili, di volta in volta, attraverso l'equo bilanciamento tra l'interesse generale e gli interessi particolari dei singoli, lasciato al libero apprezzamento dello Stato.

Nella fattispecie in esame è indispensabile confrontare l'interesse della ricorrente a ricevere tutte le informazioni necessarie per ricostruire la propria identità personale e la propria discendenza, con il diritto di protezione dei propri dati ai terzi vantato dal padre, che preclude la sottoposizione coatta ad analisi mediche, incluso il test del DNA per l'accertamento di paternità (§ 64). È nel bilanciamento di questi due diritti che si qualifica positivamente o negativamente l'attività dello Stato nel rispetto dei valori garantiti dall'art. 8 cit.

Non possibile, infatti, costringere una persona (nel caso, il presunto padre) a sottoporsi a qualsivoglia analisi clinica. Dall'altro canto, ricorda la Corte, è indispensabile sottolineare come numerosi Stati parte della Convenzione abbiano adottato soluzioni differenti in riferimento al problema che si apre quando un padre o una madre presunti rifiutino di ottemperare alla decisione di un tribunale che impone loro di sottoporsi agli esami necessari per accertare la c.d. "verità biologica" nei confronti di un figlio naturale. La Corte rileva come l'ordinamento croato non preveda alcun meccanismo atto a sanzionare l'ingiustificato rifiuto del preteso padre.

L'assenza di qualsivoglia misura procedurale finalizzata ad imporre al padre di conformarsi al provvedimento di un tribunale, è per la Corte legittimo - ed in linea con il principio di proporzionalità della protezione degli interessi coinvolti - solo nella misura in cui il sistema giuridico in questione offra dei mezzi alternativi in materia di riconoscimento della paternità.

Nel caso in esame le autorità croate non hanno garantito, in base a quanto accaduto, il rispetto della vita privata della ricorrente. La

procedura croata per la costituzione del rapporto giuridico di filiazione con il padre naturale, infatti, non realizza un giusto equilibrio tra il diritto della ricorrente a porre fine, senza inutili ritardi, alla situazione di incertezza sulla propria identità personale e il diritto del padre presunto a non sottoporsi al test del DNA. Dichiara, infatti, la Corte che "*la nascita, ed in particolare le circostanze della nascita, fanno parte della vita privata del bambino e di conseguenza dell'adulto il cui rispetto è garantito dall'art. 8 della Convenzione*".

L'assenza di qualsiasi meccanismo processuale o procedurale che non permetta l'accesso alle informazioni relative alle proprie origini genetiche rappresenta, quindi, una violazione della vita privata così come tutelata dall'art. 8 della Convenzione.

La Corte ha più volte sostenuto come le procedure aventi ad oggetto l'accertamento della paternità ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [(1)].

Il diritto vantato da chi chiede di avere accesso ai dati che permettono la conoscenza delle proprie origini rientra nell'ambito della nozione di «rispetto» della «vita privata e familiare» contenuta nell'articolo 8 cit.[(2)].

Come noto, la Corte europea dei diritti dell'uomo rinviene nella lettera dell'art. 8 CEDU una varietà di valori, spesso posti tra loro anche in una situazione di possibile conflitto, che si estrinsecano tutti intorno ai concetti chiave di "vita privata" e "vita familiare".

Nel senso indicato, l'art. 8 CEDU contemporaneamente, infatti, tutela diritti tra loro potenzialmente in contrasto e contrapposti: ad esempio garantisce il diritto alla *privacy* ed alla tutela dei propri dati personali nonché il diritto di conoscere le proprie origini, come nel caso che verrà esaminato. Un diritto, quest'ultimo, che si sostanzia nell'avere accesso a dati personali il cui titolare non sempre ha autorizzato la diffusione.

Vista la molteplicità di situazioni giuridiche rilevanti e riconducibili alle nozioni di "vita privata" e "vita familiare", la Corte nell'analizzare i casi sottoposti alla sua attenzione segue generalmente un approccio di tipo sostanziale piuttosto che formale. Essa valuta cioè le circostanze di volta in volta emergenti attraverso un'attenta correlazione all'evoluzione dei valori sociali [(3)].

[(1)] *Niemietz v. Germany*, judgment of 16 December 1992, Series A n. 251-B, 33-34, § 29; sent. *Rasmussen c. Danimarca*, 28 novembre 1984, serie A n. 87, 13, § 33, e *Keegan c. Irlanda*, 26 maggio 1994, serie A n. 290, 18, § 45.

[(2)] sent. del 13 febbraio 2003, *Odièvre c. France*, in *Reports of Judgments and Decisions*, 2003-III.

[(3)] Cartabia, *I diritti di azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee,* Bologna, 2007.

La funzione delle norme sui diritti fondamentali, infatti, è quella di tradurre i valori riconducibili alla dignità della persona umana in enunciazioni, che per loro stessa natura non possono che essere astratte e generali. Nel sistema designato dalla CEDU - che racchiude il catalogo dei diritti rappresentanti il nucleo proprio della legalità costituzionale europea - la norma non è infatti fine a se stessa. Essa al contrario, proprio per come astrattamente costruita, permette l'enucleazione del diritto applicabile alla fattispecie concreta. Il diritto comune europeo in tema di diritti fondamentali dell'uomo scaturisce dall'interpretazione giudiziaria delle disposizioni contenute nella CEDU La Convenzione in esame costituisce solo il punto di partenza.

La Corte, allora, principia il suo percorso interpretativo per arrivare ad enucleare anche nuovi diritti fondamentali che assurgano a rango di situazioni giuridicamente rilevanti nell'ambito del processo evolutivo che coinvolge i più disparati settori della società contemporanea (dalla sessualità e all'intimità della persona al progresso tecnologico ed informatico). Questi sono talvolta differenti e ulteriori rispetto a quelli tradizionalmente tutelati dagli ordinamenti nazionali dei singoli Stati membri.

Nel caso trattato si ribadisce proprio l'ampiezza delle nozioni di "vita privata" e "vita familiare". Nella decisione della Corte che qui si esamina si riafferma come il concetto di "vita familiare", così come enunciato all'art. 8 della Convenzione, non è circoscritto alle sole relazioni fondate sul matrimonio ma racchiude in se altri "legami familiari" *de facto*, purché si tratti di una relazione che sia sufficientemente duratura [(4)]. In ordine poi, all'estensione della sfera della vita privata, la Corte mette quindi l'accento sulla necessità che quest'ultima includa l'integrità fisica e psicologica di una persona, nonché che essa sia espressione anche di altri aspetti che appartengono all'identità fisica e sociale dell'individuo [(5)]. Il rispetto della "vita privata" comprende infatti anche il diritto per ogni persona di stringere relazioni con i suoi simili.

Per tale ragione, l'accesso alle informazioni relative alle proprie

---

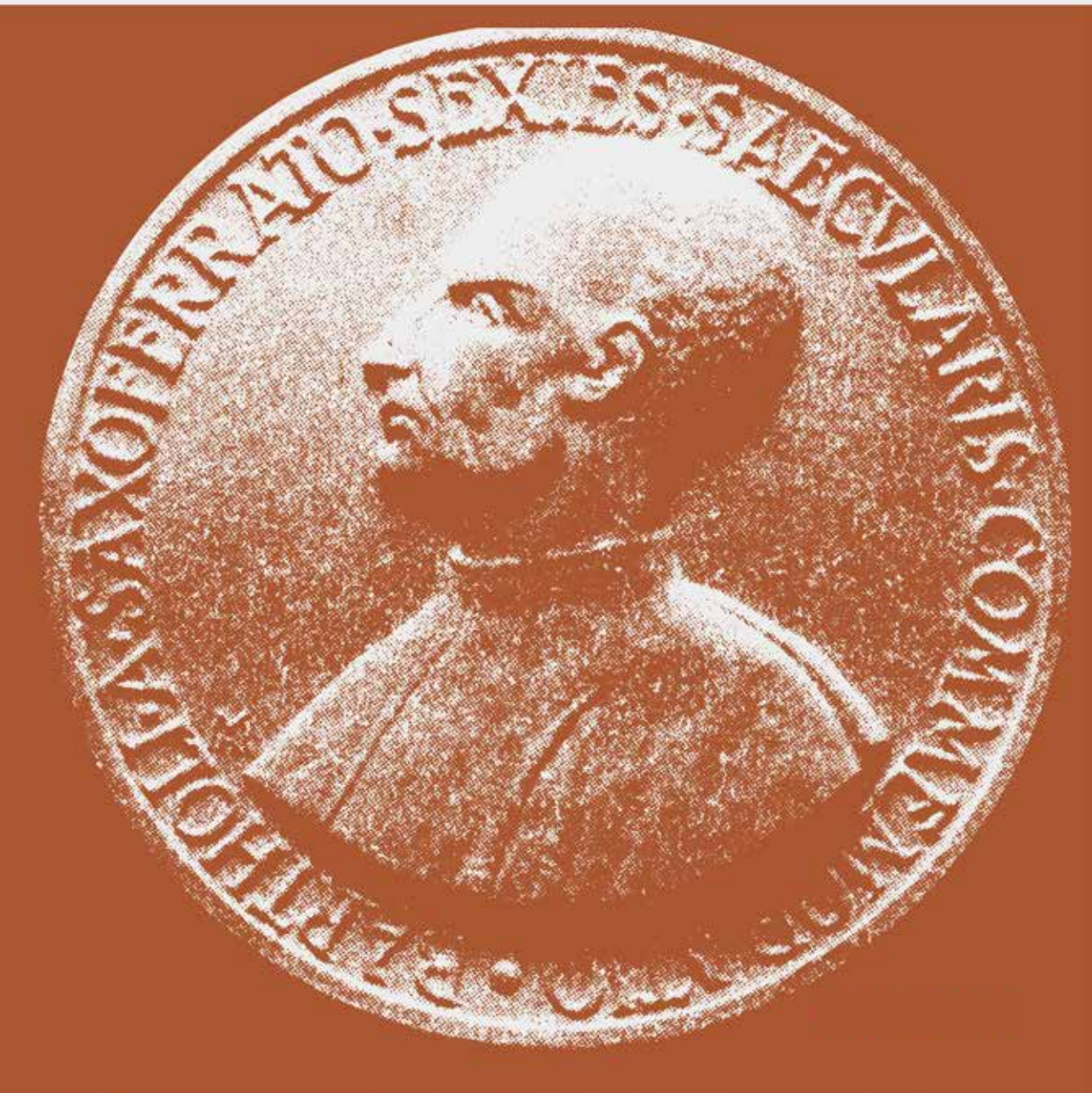
(4) Corte europea dei diritti dell'uomo, *Rasmussen c. Danimarca*, 28 novembre 1984, serie A n. 87, 13; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Keegan c. Irlanda*, 26 maggio 1994, serie A n. 290, 18; *Gaskin contro Regno Unito,* 7 luglio 1989, Serie A, n. 31; Sentenza del 13 febbraio 2003, *Odièvre c. France*, in *Reports of Judgments and Decisions*, 2003-III.

(5) Si veda S. Sonelli, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2004, 1439 e ss., J. Long, *La Corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odiévre c. Francia,* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2004, pt. 2, 283 ss.

origini genetiche rappresenta un corollario necessario del più elevato interesse al pieno sviluppo della personalità e della costruzione della propria identità di essere umano [(6)], nell'esclusivo ed assoluto rispetto della vita privata [(7)].

VALENTINA COLCELLI

[(6)] Sul diritto a conoscere le proprie origini PALAZZO, *La filiazione,* in Cicu-Messineo (a cura di), *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milano, 2007.

[(7)] Nel diritto interno si veda Corte costituzionale, sentenza del 25 novembre 2005, n. 425, sul fatto che una donna possa partorire in una struttura sanitaria appropriata e mantenere l'anonimato nella successiva dichiarazione di nascita e che tale diritto è compatibile con la normativa in materia di adozione, modificata dal recente Codice della privacy, che esclude la possibilità di autorizzare l'adottato all'accesso alle informazioni sulle origini senza aver previamente verificato la persistenza della volontà di non essere nominata da parte della madre biologica; **C**assazione, sentenza del 16 aprile 2008 n. 10051, sul fatto che il rifiuto da parte di presunti fratelli di sottoporsi al test del Dna rappresenta un elemento di prova favorevole a chi chiede il riconoscimento. Come già preventivamente affermato nelle sentenze Cassazione, sentenza n. 1733 del 2008 e n. 6694 del 2006.

Finito di stampare
nel mese di Agosto 2011
da Guerra Edizioni guru srl - Perugia